
Diálogo sobre la protección
jurisdiccional de los derechos
a la salud, educación, trabajo,
seguridad social y medio
ambiente sano en países de
América Latina

INFORME DE MEDIOAMBIENTE



NOMBRE DE LA PUBLICACIÓN

Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina

AUTORES Y AUTORAS DE INVESTIGACIONES**INFORME MEDIOAMBIENTE**

Soledad García Muñoz ©

Pablo Octavio Cabral ©

Alejandro Bérnago ©

Facundo Cattaneo ©

Hernán Rolando Medina ©

Charles Sabel ©

María Emilia Mamberti ©

Ana Timm ©

Alejandra Donoso ©

Ximena Sierra-Camargo ©

María Lucía Torres-Villarreal ©

Lina Muñoz-Avila ©

Paola Marcela Iregui-Parra ©

Anamaría Sánchez-Quintero ©

Camila Zuluaga-Hoyos ©

Andrés Martínez Moscoso ©

Adriana Abril Ortiz ©

Francisco Bermeo Cabrera ©

Horacio Javier Etchichury ©

COORDINADOR

Gonzalo Fibla

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN

Cipod

Registro de Propiedad Intelectual:

ISBN: 978-956-8491-69-7

Centro de Estudios de Justicia
de las Américas (CEJA)
Rodó 1950, Providencia, Santiago, Chile

EDICIÓN DE TEXTOS

Arlette Riquelme - Emerson Valenzuela

DISEÑO DE PORTADA

Camila Fisher

Año: 2019

Distribución gratuita

**Diálogo sobre la protección
jurisdiccional de los derechos
a la salud, educación, trabajo,
seguridad social y medio
ambiente sano en países de
América Latina**

INFORME DE MEDIOAMBIENTE

PROYECTO

Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina y el Caribe

EQUIPO GIZ - DIRAJus

Helen Ahrens, Directora Proyecto DIRAJus
Walter Albán
Manuel Jacques
Alexander Schubert

EQUIPO CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA)

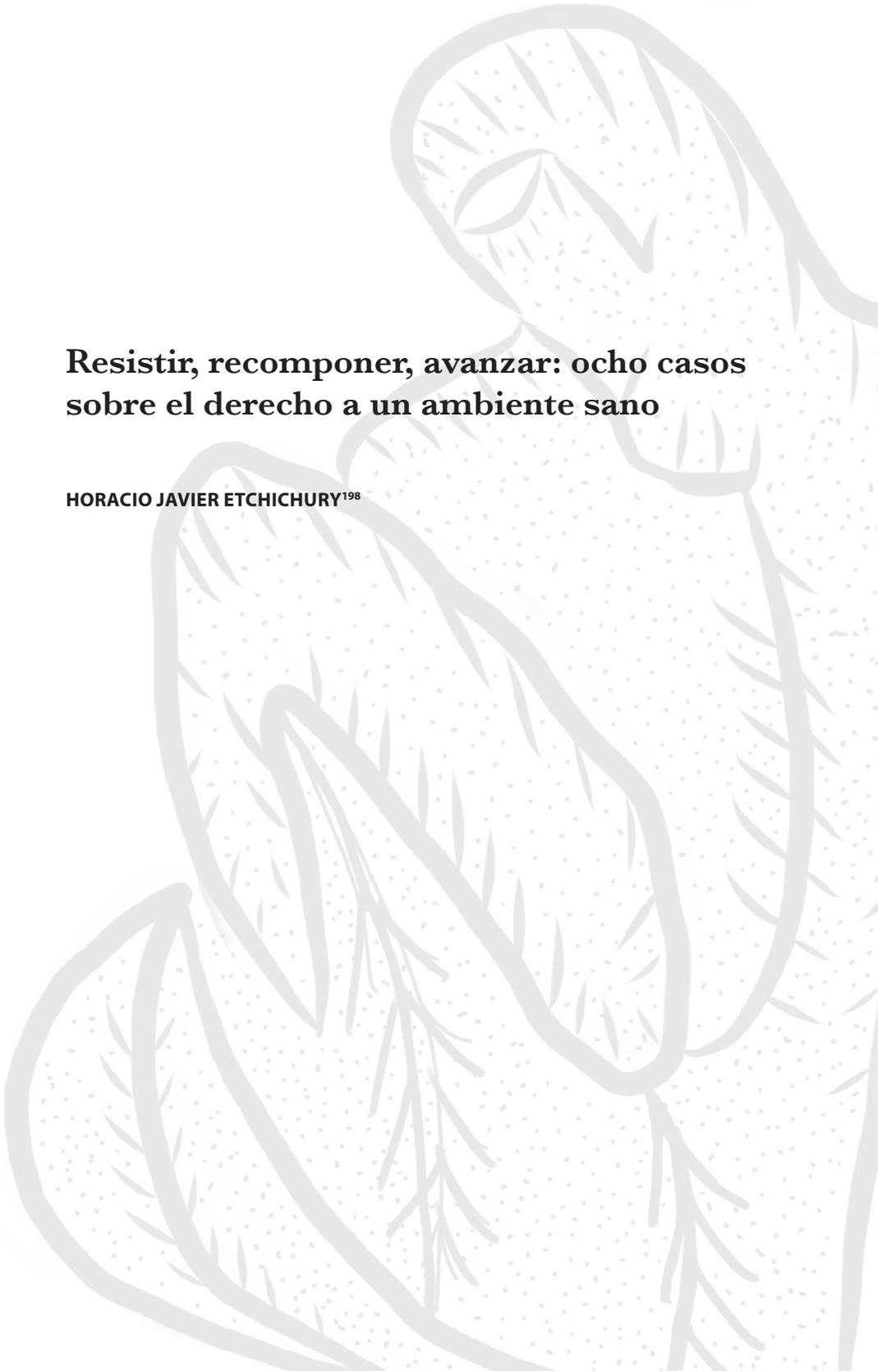
Jaime Arellano, Director Ejecutivo
Marco Fandiño, Director de Estudios y Proyectos
Paula Mesa, Directora de Comunicaciones y Relaciones Públicas
Gonzalo Fibla - Matías Sucunza, Coordinación de proyecto
Alejandra Bocardo, Investigadora
Ananías Reyes, Investigador
Juan José Martínez, Investigador
Tatiana Orantes, Pasante

ASESORÍA EXPERTA

Soledad García, REDESCA - CIDH
Horacio Etchichury, Universidad Nacional de Córdoba
Viviana Krsticevic, CEJIL

Contenido

Prólogo	7
Presentación de la publicación	9
Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el sistema interamericano desde la perspectiva de la relatoría especial sobre DESCAs de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): la evolución de su protección, la situación actual y el acceso a la justicia. SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ	13
Los derechos a una vivienda digna y a la salud en contextos sociales y económicos de exclusión. El caso de los habitantes del Barrio Alegre en el gran La Plata, Argentina. PABLO OCTAVIO CABRAL	33
Recomposición ambiental en el marco de un proceso colectivo, basado en oralidad e intermediación. ALEJANDRO BÉRGAMO Y FACUNDO CATTANEO	57
Barrick y sus laberintos. Dos formas de escapar a procesos. HERNÁN ROLANDO MEDINA	73
Participación, colaboración y coordinación para ejecutar sentencias estructurales: la arista inexplorada de un conocido litigio ambiental. CHARLES SABEL Y MARÍA EMILIA MAMBERTI	91
Exigibilidad y justiciabilidad del derecho a vivir en un medio ambiente sano en el caso de Quintero-Puchuncaví. ANA TIMM Y ALEJANDRA DONOSO	111
El conflicto entre la justiciabilidad de los DESCAs en Colombia y el derecho internacional de inversiones: el caso del parque natural Yaigojé Apaporis. XIMENA SIERRA-CAMARGO	135
La protección del ambiente mediante el litigio estratégico: la experiencia del grupo de acciones públicas (gap) en la defensa de la reserva de biosfera seaflower. MARÍA LUCÍA TORRES-VILLARREAL, LINA MUÑOZ-AVILA, PAOLA MARCELA IREGUI-PARRA, ANAMARÍA SÁNCHEZ-QUINTERO Y CAMILA ZULUAGA-HOYOS	161
El acceso a la justicia de los pueblos y nacionalidades indígenas al derecho del medio ambiente sano en Ecuador. Caso Río Blanco. ANDRÉS MARTÍNEZ MOSCOSO, ADRIANA ABRIL ORTIZ Y FRANCISCO BERMEO CABRERA	181
Resistir, recomponer, avanzar: ocho casos sobre el derecho a un ambiente sano. HORACIO JAVIER ETCHICHURY	207



**Resistir, recomponer, avanzar: ocho casos
sobre el derecho a un ambiente sano**

HORACIO JAVIER ETCHICHURY¹⁹⁸

1. INTRODUCCIÓN

El presente texto propone una lectura conjunta de ocho trabajos centrados en el derecho al ambiente, destacando las líneas y problemáticas comunes, además de puntos centrales que pueden interesar a quienes estudian la materia ambiental, litigan en ella o cumplen roles relacionados en dependencias estatales, incluyendo las judiciales. Cuatro trabajos provienen de Argentina; dos, de Colombia; uno de Chile y uno de Ecuador.

Organizamos nuestros comentarios en cuatro apartados, de acuerdo a una pauta general adoptada en el marco de la presente Convocatoria. El primero (*Aspectos generales*) revisa elementos transversales, tales como las normas en juego y la discusión sobre la exigibilidad del derecho a un ambiente sano. El segundo tramo (*Origen y acceso a los tribunales*) se concentra en los hechos que dan inicio a los casos, las barreras encontradas para llegar a los estrados judiciales y las estrategias para superarlas. La tercera sección (*Proceso*) analiza cómo en estos ocho casos la magistratura define el alcance del derecho al ambiente sano, y las modalidades de actuación de los tribunales, especialmente frente a las críticas más usuales a sus intervenciones en la materia. La última sección (*Resultado*) considera los logros obtenidos en cada caso a partir de la acción judicial, atendiendo particularmente a las modalidades de ejecución. Dentro de los límites de extensión fijados, cada apartado destaca aspectos de todos los casos, ordenados reflexivamente.

En el caso del Parque Yaigojé Apaporis (Colombia), el Estado declara a una zona como parque nacional y poco después autoriza allí un proyecto minero. Ante la sentencia de la Corte Constitucional (CC) ordenando la suspensión de la actividad extractiva, la empresa afectada plantea una demanda millonaria ante un comité arbitral externo. Queda expuesta la tensión entre el derecho internacional de los derechos humanos y el de las inversiones. En el caso Río Blanco (Ecuador) las comunidades denuncian el incumplimiento de la consulta previa a la habilitación de un emprendimiento de minería. Los efectos ambientales de esa actividad, objetados ante la justicia y ante mecanismos de "soft law", sirven de eje en el caso Barrick (Argentina). La exploración de hidrocarburos en una reserva de biosfera marítima es el marco del caso Seaflower (Colombia). El trabajo sobre la bahía Quintero Puchuncaví (Chile) analiza las consecuencias ambientales generadas en el largo plazo por un vasto complejo industrial. El caso Shell (Argentina) revisa las herramientas procesales utilizadas para remediar una explosión de gran impacto en el subterráneo de Buenos Aires. También el estudio sobre el caso del Riachuelo (Argentina) se concentra en la ejecución de la sentencia que busca recomponer un curso de agua agredido durante casi un siglo y medio. Por último, el caso Barrio Alegre (Argentina) pone en juego los derechos al medio ambiente y la vivienda en el marco de un desalojo de más de setenta familias asentadas cerca de basurales a cielo abierto.

2. ASPECTOS GENERALES

2.1 Formulación

Los ocho trabajos reflejan la diversidad con que los cuatro países consagran el derecho al ambiente, aunque comparten compromisos internacionales en ese sentido. En general, han adoptado un esquema de exigibilidad judicial, lo que da lugar –como se verá– a las objeciones democrática y técnica frente a posibles decisiones de los tribunales. La reflexión sobre el rol de la magistratura se vuelve todavía más importante cuando el derecho al ambiente plantea tensiones con estrategias de desarrollo y de atracción de inversiones adoptadas por los poderes políticos, dotados de legitimidad electoral. La lectura de los casos, por

otra parte, trae a primer plano una cuestión profunda: ¿hasta qué punto consagrar derechos puede transformar la realidad de nuestros países?

Argentina, Colombia y Ecuador presentan fórmulas constitucionales amplias para consagrar el derecho al ambiente sano. Chile, en cambio, parece darle un alcance más limitado: es un derecho contra la contaminación¹⁹⁹.

Los cuatro países comparten, en cambio, compromisos internacionales, incluyendo la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo de San Salvador (PSS). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) –a la que todos reconocen competencia– ha expuesto una variedad de obligaciones estatales en materia ambiental, a través de la Opinión Consultiva (OC) 23/2017. Más recientemente, en agosto de 2019, el Comité de Derechos Humanos dictaminó –en el marco del Protocolo Optativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP)– sobre fumigaciones masivas con agroquímicos y su impacto en el derecho a la vida. Allí el Comité destacó la “relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de los derechos humanos” (párr. 7.4)²⁰⁰. Estos instrumentos de nivel internacional sirven –como se ve en los casos– para fortalecer el rango del derecho al ambiente y justificar medidas de alcance más amplio para preservarlo, más allá del rango jurídico concreto de esos textos en el orden jurídico interno de cada país. Entre las pautas derivadas del orden internacional, cabe mencionar el principio de progresividad (Warwick, 2016) contenido en el art. 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC); que –para algunos de los autores de los trabajos– puede tener un efecto negativo, al permitir postergaciones. Aunque, más probablemente, pueda emplearse para evitar regresiones.

Bajo estas fórmulas amplias (o ampliadas a través de los instrumentos internacionales), el derecho al ambiente tiene dimensiones individuales y colectivas; y además, se conecta con otros derechos: desde el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia, hasta la libertad de expresión y de asociación, y los derechos a la vida, la salud y la vivienda, entre otros²⁰¹.

Uno de los casos analiza otra fuente: las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para empresas multinacionales. No tienen valor jurídico vinculante, sino que forman parte del denominado “soft law”²⁰². Los Estados se han comprometido a promoverlas a través de los Puntos Nacionales de Contacto (PNC), que aportan sus buenos oficios ante las denuncias que puedan presentarse. Las Directrices mencionan la obligación (no jurídica) de las empresas de respetar los derechos humanos y la sustentabilidad ambiental en el país receptor (Santner, 2011).

Tal como se discute en cuatro de los casos, Argentina consagró el derecho al ambiente, con referencia a las generaciones futuras y un conjunto de obligaciones estatales; el Gobierno federal fija mínimos ambientales que las provincias pueden mejorar. Dada la conexión del derecho al ambiente con otros derechos humanos, internamente deben considerarse las decisiones y aportes de los organismos internacionales de monitoreo de los tratados involucrados (sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH; las observaciones de los Comités del PDESC y del PDCP).

Las autoras del estudio sobre Quintero Puchuncaví (Chile) destacan que la constitución chilena garantiza solo el derecho de “vivir en un ambiente libre de contaminación”

199 Constitución de Argentina, art. 41; Constitución de Colombia, arts. 79-81; Constitución de Chile, art. 19.8; Constitución de Ecuador, arts. 86-91.

200 Comité de Derechos Humanos de NU, Dictamen aprobado por el Comité al tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2751/2016 (09/08/2019). CCPR/C/126/D/2751/2016.

201 Véase OC 23/2017, párrs. 66 y 212.

202 Puede definirse como un conjunto de normas que pese a no ser imponibles coactivamente por un tribunal, “se presume que tienen cierta validez” (Hill, Wolfson y Targ, 2004: 361).

(tomando parámetros de calidad ambiental), una fórmula más estrecha que la de los otros tres países. Sin embargo, su reconocimiento como un derecho individual favorece su exigibilidad. Por otra parte –destacan las autoras– este derecho es el único que habilita expresamente a restringir otros derechos y libertades para preservarlo.

En el trabajo sobre el caso *Seaflower* (Colombia), sobresale la conexión con el principio constitucional de la diversidad cultural y el derecho a la protección especial de grupos históricamente discriminados. Los autores del estudio sobre Río Blanco destacan especialmente el principio biocéntrico en la constitución ecuatoriana: se reconoce a la Naturaleza como sujeto de derechos, una noción todavía no desarrollada jurisprudencialmente.

2.2 Exigibilidad

Los trabajos ponen en primer plano la discusión sobre la exigibilidad, especialmente en el caso de la justiciabilidad. Tradicionalmente, la noción de derecho suele implicar la de garantía, en tanto exigibilidad ante distintos organismos (Abramovich y Curtis, 2003: 61), tales como la administración, el parlamento o los tribunales. Cada derecho representa una facultad reconocida (u otorgada) al individuo (o un grupo, o incluso la colectividad) contra acciones del poder político en cualquiera de sus formas, legitimado o no como representación de las mayorías. Esto se replica a una escala mayor cuando se reconocen derechos en pactos internacionales contra su posible afectación por parte del Estado²⁰³. Si el Estado es democrático (o si los órganos que lo integran tienen validación u origen electoral), se plantea esta paradoja, conocida como “objeción democrática” (Cruz Parceró, 2004:91): los derechos pueden oponerse a decisiones mayoritarias (las constituciones configuran un límite a las mayorías; los pactos internacionales, una restricción –acordada– a la soberanía).

Esta tensión entre democracia y derechos parece acentuarse ante el derecho al ambiente sano. Si se lo formula como judicialmente exigible, una magistratura sin origen electoral podría revisar una política económica adoptada expresamente por órganos electivos de un Estado democrático. Un tribunal internacional podría objetar esa misma decisión política, sin que la población en cuestión haya podido incidir directamente en la conformación del cuerpo.

También suele invocarse la denominada “objeción técnica”: alude a la carencia de formación específica de la magistratura para comprender la complejidad de los problemas (Sunstein, 2004: 210; Rosenkrantz, 2003: 245-246).

Una línea de pensamiento propone prescindir de la exigibilidad judicial, o al menos de las formas más fuertes de ella (Tushnet, 2008: 248). Los derechos cumplirían otra función: expresar compromisos y objetivos del Estado, orientando la acción de los órganos políticos. Los tribunales estarían a cargo de hacer cumplir las decisiones de la administración y de la legislatura, sin revisarlas ni invalidarlas a la luz de esos derechos. Una versión de este enfoque consiste en distinguir grupos de derechos, asignando exigibilidad judicial solo a algunos (por ejemplo, los que puedan considerarse pre-condiciones para la deliberación democrática²⁰⁴). Por ejemplo, el Protocolo de San Salvador limita –en su art. 19.6– la aplicación del sistema de peticiones individuales a solo dos de los derechos allí consagrados (libertades sindicales y educación).

203 Para un análisis sobre la reciente incomodidad de los Estados americanos (o sus tribunales máximos) con la Corte IDH, véase Contesse (2019).

204 Versiones sólidamente argumentadas de esta propuesta pueden hallarse en Nino (1992), Fabre (2000) y Morales (2015).

Este planteo resulta hoy difícil de aplicar en la mayor parte de América Latina: las constituciones expandieron la lista de derechos (Domingo, 2010), sin distinguir entre ellos, y aseguraron mecanismos judiciales de exigibilidad con control de constitucionalidad. En general, la región mantiene magistraturas no electivas. Muchos Estados, además, ratificaron su sujeción a mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, incluyendo el sistema interamericano y su corte.

Algunas propuestas intentan compatibilizar la democracia y los derechos exigibles ante un poder judicial de origen no electoral. Una es el modelo de democracia deliberativa de Habermas (1998), donde las decisiones políticas legítimas requieren que cada persona cuente con autonomía tanto pública como privada. El instrumento que posibilita esa autonomía es un sistema de derechos que incluye las libertades clásicas y derechos más recientes, como las condiciones de un ambiente sano (Habermas, 1998: 187-192). Reconociéndose mutuamente esos derechos, las personas pueden intervenir (si así lo deciden) en la deliberación pública, siendo así al mismo tiempo autoras y destinatarias de decisiones acordadas colectivamente.

El derecho, en este modelo, es la herramienta que formaliza las condiciones y el procedimiento para la deliberación, intentando equilibrar los sesgos y desigualdades fácticas. Ello implica, según Habermas, su exigibilidad judicial. La intervención de los tribunales se funda en que le corresponde la interpretación del derecho a partir de las pautas y metodología de una disciplina, formulada desde una entidad externa a los poderes cuyos actos se discuten (administración o parlamento). Por lo tanto, la independencia institucional y la solvencia técnica son necesarias para justificar la tarea judicial.

En el marco de este modelo, una declaración de inconstitucionalidad no destruye la voluntad política mayoritaria. Intenta restablecer la vigencia de derechos, esto es, la autonomía necesaria para generar derecho legítimo (el aprobado por las mayorías requeridas por el proceso democrático). De todas formas, esto no significa que los tribunales tengan la última palabra en interpretación jurídica (no hay "supremacía judicial"). La disputa hermenéutica continúa: siempre vuelve a la población.

2.3 Desarrollo e inversiones

Un derecho al ambiente amplio y exigible puede plantear –tal como se ve en algunos de los casos– una tensión con estrategias de desarrollo definidas por los poderes políticos. Algunas llevan décadas de implementación; otras forman parte de olas más recientes. Todas coexisten con el giro ambientalista de las constituciones y los compromisos internacionales, y con cuestionamientos más profundos desde las comunidades indígenas y otras poblaciones organizadas (Ulloa, 2015)²⁰⁵.

Por ejemplo, el caso Quintero Puchuncaví (Chile) muestra las consecuencias negativas de un enorme complejo industrial y portuario inaugurado hacia 1960, sobre el que no hubo estudios de impacto ambiental hasta fines del siglo XX. La erosión del suelo, la afectación del aire y la pérdida de biodiversidad afectaron a la población y sus actividades tradicionales.

En el caso del Parque Yaigójé Apaporis (Colombia), la autora destaca la "desarticulación" entre la política de fomento a las inversiones extranjeras a gran escala y el contexto jurídico del país, que garantiza derechos a las comunidades indígenas residentes en zonas

205 También desde el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo se ha propuesto en 1990 el concepto de desarrollo humano, definido como "un proceso para ampliar las opciones abiertas a las personas", incluyendo las de "llevar una vida larga y saludable, adquirir conocimiento y acceder a los recursos necesarios para tener un nivel de vida decente" (PNUD, 1990: 10).

donde esos proyectos pueden asentarse. En el mismo país, el caso del Seafloower muestra también la tensión entre la explotación petrolera y la protección constitucional de las minorías étnicas y el ambiente.

La estrategia de desarrollo basada en la inversión minera externa ocupa el centro del caso Barrick (Argentina), donde grupos de la sociedad civil –local y nacional– rechazan el planteo de esa actividad como la alternativa única de progreso. El modelo constitucional andino del “buen vivir”, a su turno, choca en Ecuador con proyectos extractivos acordados por el Estado con empresas extranjeras.

De modo similar, acuerdos internacionales para fomentar inversiones dificultan la regulación tuitiva del derecho a un ambiente sano. Las empresas extranjeras obtienen como garantía la posibilidad de demandar al Estado receptor ante tribunales arbitrales externos (Ekblom, 2018). A la vez, muchos de esos Estados han ratificado otros tratados que consagran el derecho al ambiente, y lo han incorporado, incluso, en sus constituciones.

Cuando un proyecto de inversión afecta ese derecho, el Estado tiene dos opciones. La primera consiste en tolerar el daño al ambiente, rechazando las demandas planteadas ante los tribunales locales. Queda expuesto así a responsabilidades en los sistemas internacionales de protección. La segunda opción, en cambio, privilegia el derecho al ambiente. Implica –de ser necesario– limitar o cancelar las actividades de la inversora. Aquí el Estado se arriesga a una demanda ante comités arbitrales externos. Bajo este dilema, hay que elegir entre dos reclamos de igual carácter. No aparece una jerarquía clara entre estas obligaciones, todas surgidas de convenciones internacionales.

El caso del Parque Yaigojé Apaporis (Colombia) muestra un derecho internacional fragmentado. Un mismo Estado se halla sometido a obligaciones contradictorias. Empresas demandan al Estado ante un comité arbitral de inversiones frente a una sentencia del máximo tribunal constitucional. Esa decisión se funda en los compromisos internacionales que obligan a proteger el ambiente, especialmente donde residen poblaciones indígenas.

La autora del estudio sobre ese caso propone una salida jurídica. A partir del art. 103 de la Carta de NU, sostiene que cada Estado debe privilegiar sus obligaciones derivadas de ese instrumento por sobre cualquier otra. Las normas de derechos humanos (y las que protegen al ambiente), por su carácter de *ius cogens*, prevalecen. Así podría resolverse la contradicción entre ambas áreas de derecho internacional por aplicación de un principio jerárquico, el que alude a la existencia de un orden público internacional. El trabajo destaca –citando los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos aprobados en 2011– la obligación de la empresa de actuar con “debida diligencia” para conocer el marco legal del país receptor.

Otra alternativa que podría merecer exploración es que un Estado americano solicitara a la Corte IDH –de acuerdo al art. 64 de la CADH– una opinión consultiva acerca de qué conducta debe seguir un Estado en estos casos. La OC 1/82 ha fijado una interpretación amplia sobre la competencia consultiva de la Corte, que puede analizar otros tratados de derechos humanos, no solo la convención regional²⁰⁶.

2.4 Transformación

Finalmente, la lectura de los ocho trabajos vuelve a plantear una pregunta profunda: ¿hasta qué punto los derechos pueden transformar la realidad?

206 Ventura y Zovatto (1989).

Hay quienes ponen confianza en el peso de la consagración de derechos. Un nuevo texto constitucional, bajo esta visión, produce cambios en la marcha del Estado, habilita nuevas estrategias de reclamo, y fija objetivos diferentes para la comunidad, además de convertirse en un criterio para evaluar la acción de gobierno²⁰⁷.

La postura escéptica, por su parte, minimiza la importancia del texto legal o constitucional. Esgrime los escasos avances en materia ambiental desde la incorporación de los derechos a las constituciones, o desde la suscripción de los tratados respectivos²⁰⁸. También se suelen invocar las relaciones asimétricas de poder en la sociedad, que impiden poner límites o exigencias a los actores económicos centrales.

Una evaluación más precisa de la importancia o irrelevancia de los derechos debería partir de su carácter. Se trata de textos normativos (Nino, 1980): fijan conductas a seguir. Pero de ninguna forma inciden directamente sobre los hechos. No pueden buscarse relaciones de causalidad entre los derechos y la situación social: lo normativo pertenece a un plano diferente a lo fáctico. Por lo tanto, un derecho (en tanto enunciado normativo) no puede generar (o causar) más viviendas, más escuelas o un ambiente sano. El proceso es diferente. Un derecho simplemente señala qué debe hacerse: deben construirse viviendas o escuelas, debe evitarse la degradación ambiental o la explotación irresponsable de un recurso natural. Solo cuando uno o varios actores decidan cumplir esa directiva, comienza la cadena causal en el plano fáctico. Los derechos no modifican la realidad: solamente indican qué hay que hacer frente a ella. Evaluar la importancia de los derechos nos exige estudiar, más bien, qué lugar ocupan como motivación para actuar, no cuáles son los índices sanitarios, educativos o ambientales en un país luego de adoptarlos. Esos datos deben emplearse para evaluar –por ejemplo, a través del sistema de indicadores– el desempeño de un país en el cumplimiento de sus obligaciones (Pautassi, 2010).

3. ORIGEN Y ACCESO A LOS TRIBUNALES

Los ocho casos surgen a partir de problemáticas diversas, donde el Estado cumple a un tiempo roles favorables y perjudiciales. Para enfrentar o denunciar estos daños ambientales, la población encuentra barreras en los tribunales y fuera de ellos. Surgen así estrategias para superarlas, con acciones que van más allá de lo judicial, apuntando a los demás poderes.

Pese a sus distintos orígenes, los conflictos revisados comparten un encuadre jurídico: en general se analizaron y se disputaron como violaciones del derecho al ambiente, generalmente en conexión con otros derechos (la salud, la vida, la vivienda, la información, la participación)²⁰⁹.

207 Un ejemplo de esta visión en el derecho internacional puede hallarse en el art. 5 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: "Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres". En otras palabras, la Convención considera factible lograr un cambio cultural (incluyendo la eliminación de prejuicios como actitud cognitiva) a través de la herramienta del derecho.

208 El cumplimiento global todavía insuficiente se detalla, tras un relevamiento abarcativo, en Fukuda-Parr, Lawson-Remer y Randolph (2015: 198).

209 El caso de Barrio Alegre (Argentina) presenta un énfasis importante en el derecho a la vivienda.

3.1 Crisis y acumulaciones: rol contradictorio del Estado

Algunos casos se desatan a partir de eventos específicos, a veces espaciados en el tiempo: picos de contaminación, habilitación de proyectos, derrames de sustancias tóxicas, afectaciones masivas de salud. Otros aparecen por la toma de conciencia o de acción frente a daños ambientales acumulados por décadas. Mientras ciertas ramas del gobierno buscan asegurar un ambiente sano, otras oficinas autorizan o fomentan actividades que lo destruyen, lo afectan o lo ponen en riesgo. Barrio Alegre (Argentina) se conmueve ante un hecho: el desalojo ordenado por un juez penal contra setenta familias que compraron de buena fe los terrenos a un usurpador. Sus viviendas, precarias y sin servicios, estaban rodeadas por basurales a cielo abierto. Por otra parte, sucesivas crisis sanitarias estimulan la acción, más o menos organizada, de pobladores en el caso Quintero Puchuncaví (Chile). Una explosión en el subterráneo de Buenos Aires genera un daño de largo aliento en el caso Shell. El Riachuelo, en la zona más poblada e industrializada de Argentina, sufre casi un siglo y medio de contaminación, sin que el Estado haya podido revertirla.

La incoherencia del Estado queda a la vista en el caso del Parque Yaigojé Apaporis (Colombia). Un organismo público declara un área como “parque nacional” –donde la minería está prohibida–, mientras otra oficina otorga –dos días después– un permiso por 29 años para llevar adelante esa actividad en el mismo lugar. Algo similar ocurre cuando el mismo Estado habilita la exploración petrolera en la reserva de biosfera Seaflower; contra ello se pronuncian las comunidades residentes. En el caso Barrick (Argentina), se autoriza un enorme proyecto minero en zona de reserva de biosfera; los sucesivos derrames de materiales tóxicos alarman a la población, especialmente ante la falta de respuesta de las autoridades.

La omisión de la consulta o la participación previa suele jugar un papel clave. Este incumplimiento pone al Estado en situación de infracción y habilita la intervención judicial.

La comunidad de Río Blanco (Ecuador) se moviliza ante la autorización de un proyecto minero que afectaba casi 6 mil hectáreas sin consulta previa. En el caso del Parque Yaigojé Apaporis, hubo un elemento adicional, según explica la autora del trabajo: la empresa minera incidió en sectores indígenas, que constituyeron una nueva asociación y así objetaron –por falta de consulta previa– la creación del parque nacional. Queda a la vista la posibilidad de un uso estratégico de la consulta por parte de actores ajenos a las comunidades. La CC colombiana se apoyó en este elemento para fundar su decisión contraria a los intereses de la empresa.

3.2 Obstáculos

Los ocho trabajos exponen, además, las diversas barreras que dificultan el reclamo por la vigencia del derecho al ambiente sano. No solo hay menciones a los impedimentos por normas procesales y tiempos de la administración o del poder judicial, sino también se repasan dificultades económicas, culturales y geográficas, además de obstáculos políticos. En la mayoría de los casos, además, la mera dimensión de la cuestión ambiental en juego opera como obstáculo: ¿cómo abordar –desde el poder judicial, o incluso desde el poder estatal en conjunto– problemas que obligan a remediar décadas de abandono, modificar planes de desarrollo, o enfrentar demandas de inversoras?

Las demoras judiciales, con abierto incumplimiento de los plazos legales, aparecen en el caso Seaflower (Colombia). Barrio Alegre (Argentina) muestra la dificultad planteada por la superposición de competencias: la justicia penal ordena desalojar un lugar en tanto el fuero contencioso–administrativo analiza los pedidos de actuación de las familias asentadas. El procedimiento penal, además, no les da participación, salvo que sean acusadas por el delito (pero no si son ocupantes de buena fe). A su turno, la justicia administrativa opone

otra barrera procesal: una tradicional lectura restrictiva de la legitimación activa, por lo que las familias deben argumentar su derecho a recurrir a ese fuero, pese a que la tutela judicial efectiva está consagrada como derecho humano. El autor del estudio sobre el caso propone adoptar vías procesales diferenciadas, aprovechando la habilitación constitucional de acciones afirmativas a favor de ciertos grupos tradicionalmente postergados o discriminados. Se trata de aplicar un principio de igualdad estructural, dado que el procedimiento no es neutral. La falta de defensa pública en ese fuero agrava las barreras económicas.

El estudio sobre Río Blanco (Ecuador) describe otros impedimentos: la desconfianza de las comunidades en el sistema, el analfabetismo, las carencias económicas, la falta de asistencia letrada y la criminalización de las protestas (especialmente mediante la aplicación del tipo penal de "terrorismo" o "sabotaje"). Incluso se describe que un pedido ante el Defensor del Pueblo no había tenido respuestas adecuadas. Una barrera adicional –según los autores– consiste en problemas de formación en los tribunales inferiores, que pueden hacer el control de constitucionalidad, pero no siempre conocen las categorías del derecho ambiental.

3.3 Estrategias y actores

La multiplicidad de barreras obliga a adoptar distintas estrategias para superarlas. La lectura de los trabajos expone las diferentes vías empleadas por parte de una variedad de agentes, aunque predominan organizaciones de la sociedad civil y clínicas o grupos universitarios. En general, los casos muestran que la mayor efectividad parece derivar de estrategias concebidas y acordadas con los grupos afectados (especialmente si han logrado organizarse). Esas estrategias se dirigen a múltiples planos: planteos judiciales –incluso ante más de un fuero o tribunal–, acciones de comunicación masiva y diálogo ante los organismos políticos (incluyendo al legislativo).

En Río Blanco (Ecuador), el proceso se inició con el pedido de una medida cautelar contra los ministerios de Minas y de Ambiente, por omitir la consulta previa requerida por el Convenio 169 de la OIT. El trabajo explica el carácter informal, oral y sencillo del procedimiento en las acciones de protección, que –además– pueden dirigirse contra una política pública.

Las familias residentes en el Riachuelo (Argentina) iniciaron reclamos individuales y desarticulados en defensa de la salud y contra la contaminación. Más tarde se organizó un planteo judicial de amplio alcance, directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), señalando las omisiones estatales, la subejecución de planes y las enfermedades padecidas. Se pedía, centralmente, un resarcimiento por los daños sufridos, pero finalmente prevaleció el enfoque de derechos.

El caso Quintero Puchuncaví (Chile) surge –principalmente– de la acción coordinada de la sociedad civil, especialmente tras el final de la dictadura pinochetista, frente a sucesivas crisis e intoxicaciones. La población afectada experimenta –según las autoras del trabajo– la injusticia ambiental, esto es, un impacto más gravoso debido a su vulnerabilidad²¹⁰. Se plantearon doce recursos de protección –previstos en la Constitución como medida urgente para tutelar derechos fundamentales– invocando el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, además de los derechos a la vida, la salud, la igualdad y la propiedad. Ocho se interpusieron contra el Estado (incluyendo ministerios y municipalidades) y cuatro contra empresas. Algunos denunciaban la contaminación como hechos aislados imputables a la

210 En los Estados Unidos, el movimiento llamado de "Justicia ambiental" (Environmental Justice) combinó las preocupaciones ecológicas con los reclamos de igualdad civil y política de los grupos marginados (Newton, 1996: 15, 17).

parte demandada, mientras que otros señalaban la imprevisión y la inacción de oficinas estatales. Acumulados todos ellos en un solo expediente, llegaron a la CS.

Tras documentar los daños y riesgos en el caso Barrick (Argentina), dos ONG llevaron adelante el reclamo por dos carriles diferentes. Una interpuso un planteo ante la CSJN como tribunal de primera instancia, con el objeto de acortar los plazos: demandó no solo al Estado nacional, sino también a la provincia sede de la inversión, a la empresa y a otras compañías subsidiarias. El argumento central –según el autor del trabajo– fue la violación de la legislación argentina sobre glaciares, que prohíbe la minería en las áreas periglaciales.

La segunda ONG, en cambio, inició un procedimiento en el marco de las directrices OCDE ante el PNC argentino, una oficina dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores. Señaló daños ambientales, incluyendo la afectación de los glaciares y la biodiversidad; daños sociales y a la salud de la población; y, por último, daños institucionales, que incluyen el cabildeo de la empresa contra la sanción de la ley argentina de glaciares.

El caso Seaflower (Colombia) refleja la acción de una clínica jurídica universitaria con veinte años de experiencia en trabajo pedagógico y en litigio estratégico. Adoptó un plan de varias dimensiones. En lo social, trabajó sobre medios y con organizaciones ambientales. Una campaña de cartas al Gobierno apuntó al plano político; hubo una dimensión pedagógica, expresada en talleres con la comunidad. En el terreno judicial, la clínica sumó una participación dentro de una acción popular iniciada por la autoridad ambiental del archipiélago afectado, dirigida a lograr la suspensión de la actividad exploratoria.

Otro actor universitario aparece en el caso de Barrio Alegre (Argentina). Un programa de extensión universitaria, integrado por distintas escuelas de una universidad pública, trabajó junto a abogados de una asociación civil. La estrategia abarcó varios caminos, judiciales y no judiciales, todos definidos en conjunto con la población afectada.

Ante la máxima corte provincial se reclamó la inconstitucionalidad de las reglas que excluían a las familias del trámite penal. Aunque no se aceptó el pedido, el tribunal ordenó enviar copia de lo actuado al juzgado criminal. La estrategia judicial buscó evitar el conflicto de competencias. Por ello se solicitó ante el tribunal contencioso–administrativo una medida cautelar: que distintas oficinas estatales se hicieran presentes en la causa por usurpación para hacer cumplir las pautas derivadas de los tratados de derechos humanos en materia de desalojos.

Otra vía apuntó a dar visibilidad política al reclamo, a través de expresiones en la calle y en los medios. En el ámbito político, se buscó que el Legislativo brindara una solución a través de la expropiación.

4. PROCESO

En casi todos los casos los tribunales tienden a un abordaje amplio, donde cada cuestión ambiental tiene fronteras difusas. Pasan así de lo individual a lo colectivo, del caso singular a la problemática general. Las soluciones –en consecuencia– tienen un mayor alcance: suspensión de actividades o proyectos económicos de gran magnitud; puesta en marcha de ambiciosos programas de remediación; convocatoria a distintas áreas de gobierno para informar, planear o actuar en la materia.

Para ejercer estas facultades amplias, el tribunal necesita fortalecer su legitimidad. Debe apoyarse en un sólido derecho al ambiente sano, pero también responder a las objeciones en torno a su menor legitimidad democrática y sus carencias en áreas científicas y técnicas.

El derecho al ambiente sano aparece entonces fundado en una acumulación de fuentes, tanto nacionales como internacionales (declaraciones y convenciones, en algunos

casos sin precisar sus diferencias). Se emplean categorías propias del derecho ambiental: en particular, el principio precautorio, que permite al tribunal actuar sin necesidad de tener certeza científica sobre el vínculo entre una actividad y el daño ambiental.

Adoptando audiencias orales a lo largo del proceso, los tribunales apuntan a atenuar las objeciones clásicas. Se abre la posibilidad del diálogo con las partes, abandonando el modelo de un tribunal aislado que decide a espaldas de la comunidad. La participación en las audiencias de profesionales y científicos, a su turno, se dirige a mitigar la objeción técnica. La oralidad facilita la transparencia y publicidad de lo actuado, especialmente cuando las audiencias se celebran en el lugar de los hechos o donde residen los grupos afectados.

4.1 Perspectiva colectiva

Como tendencia general, los tribunales se concentraron en el aspecto colectivo de los casos. En ocasiones derivaron los reclamos individuales a otras vías; en otro se llegó a reconvertir un planteo bilateral en un proceso colectivo. Ciertamente, las cuestiones ambientales suelen afectar a más de un individuo, y sería difícil aplicar remedios que abarquen solo a determinados sectores en el área perjudicada. Sin embargo, extender el alcance de la acción judicial puede poner en riesgo el derecho de defensa de grupos vulnerados ajenos al expediente. Para atenuar este problema, los tribunales recurren a la publicidad (un registro de causas colectivas, la convocatoria a audiencias abiertas) y a la designación de representantes de los colectivos afectados: generalmente, la defensa pública o el Defensor del Pueblo, que –al menos por ficción legal– representan al conjunto.

La CSJN en el caso del Riachuelo (Argentina) decidió concentrarse en el aspecto colectivo de la demanda, basado en el derecho al ambiente (en conexión con los derechos a la salud y la vivienda) de la población residente en la cuenca del curso de agua. Tomó al ambiente como un bien común e indivisible, mientras que derivó los reclamos por daños individuales a juzgados de primera instancia.

Una decisión más audaz se observa en el caso Shell (Argentina): el magistrado convirtió la etapa de ejecución donde se discutía cómo la empresa recompondría el ambiente en un proceso colectivo. Como no hay regulación legislativa de esta clase de procesos, el juez se apoyó en la reglamentación creada por la CSJN. La sentencia a ejecutar no ordenaba indemnizar a la empresa de subterráneos, sino solo recomponer el daño ambiental. El magistrado del caso Shell sostuvo que ello daba nacimiento a un proceso colectivo. La clase afectada es la población de Buenos Aires; el juez designó a la defensa pública como su representante. El objeto es recomponer el ambiente y, en segundo término, abonar la indemnización que corresponda, que no irá a la empresa de subterráneos, sino al fondo común previsto para ese destino en la legislación ambiental local. Los autores del trabajo sobre este caso consideran adecuada la decisión del juez: la indivisibilidad del ambiente como bien común constituye una “exhortación a lo colectivo”. La sentencia está impugnada.

4.2 Definir el derecho al ambiente sano

La determinación del contenido de este derecho también puede fortalecer la legitimidad judicial. Justifica su intervención, ya que de ese derecho se derivan obligaciones estatales (generalmente entendidas como de respetar, proteger y cumplir²¹¹) cuya infracción

211 Scott y Macklem, 1992: 73 y ss.

u omisión habilitan (y delimitan) la acción de la magistratura. En algunos casos, las zonas geográficas o las poblaciones afectadas no coinciden con las abarcadas por normas tuitivas del ambiente. En tales casos los tribunales acuden a interpretaciones amplias a fin de justificar su intervención.

La judicatura –en general– agrega a la fuente constitucional local distintas normas internacionales. Las declaraciones de Estocolmo (1972) y Río (1992) se suman, por ejemplo, a convenios de la OIT, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982) y la CADH, interpretada por la Corte IDH. Gran parte de esas normas está incorporada a los ordenamientos nacionales; de todos modos, parece primar una lógica acumulativa que no distingue –de acuerdo a las pautas del derecho internacional– la jerarquía o carácter vinculante de cada texto. Se persigue un efecto persuasivo (por el número y variedad de instrumentos internacionales). La base jurídica en sentido estricto ya está lograda a partir del articulado constitucional local, salvo para el caso de Chile, donde sí resulta necesario ir más allá de la fórmula consagrada en 1980, que se limita a la contaminación como problemática ambiental. Resulta llamativa la omisión, en algún caso, del PSS.

Se suele conectar, además, el derecho al ambiente sano con derechos civiles y políticos, en particular la vida y la integridad física; esto fue objeto de un amplio desarrollo en la OC 23/2017 de la Corte IDH (no siempre citada)²¹². Puede tratarse de una estrategia argumentativa para contagiar al derecho al ambiente con el tradicional reconocimiento de que gozan los derechos denominados “de primera generación”.

En el caso del Parque Yaogojé Apaporis (Colombia), la CC se propuso armonizar el derecho al medio ambiente y los derechos de las comunidades indígenas, en particular su autonomía. Recurrió a diversos instrumentos internacionales, casi todos ellos incorporados al derecho interno mediante leyes del Congreso. No hubo referencias, sin embargo, al PSS. El desarrollo económico y la explotación de recursos naturales no permiten sacrificar –sostuvo la CC– los derechos de minorías étnicas. La consulta previa no permitía que otros agentes interesados (las empresas, por ejemplo) incidieran en la formación de esa voluntad comunitaria: ello afectaría su derecho a la autonomía. Sin embargo, hizo una lectura no formalista del mecanismo de consulta: no era indispensable una instancia específica de consulta. La existencia de espacios de debate bastaba para dar por cumplida la obligación estatal. Sosteniendo la decisión de crear el parque nacional, la CC remarcó que ello no afectaba las actividades económicas de las comunidades.

La Corte Suprema (CS) chilena, en el caso Quintero Puchuncaví, también utilizó fuentes internacionales –además de las constitucionales– para establecer las omisiones ilegales del Estado. Destacó que no veló proactivamente por la protección de los derechos a la vida, la salud y el ambiente libre de contaminación. Consideró que las investigaciones parlamentarias en años previos hacían previsible la crisis, lo que agravaba la responsabilidad estatal a la luz de los principios precautorio y preventivo.

Al tratar la contaminación en el Riachuelo (Argentina), la CSJN enfatizó la conexión del derecho al ambiente con los derechos a la participación y la información, apoyándose en legislación infraconstitucional. En el caso Shell, del mismo país, el derecho al ambiente se vinculó con la dignidad de las personas y se citaron fuentes internacionales, algunas de ellas con jerarquía constitucional (como la CADH y el PDESC), y otras que no la tienen, como la Declaración de Estocolmo de 1972. Se estableció la existencia de un “orden público ambiental”, del que surge la obligación de recomponer.

La decisión de la máxima instancia sobre la reserva Seaflower (Colombia) se centró en la exploración de hidrocarburos y la protección de los derechos colectivos ambienta-

les. La legislación vigente no excluye esa actividad en la zona en juego; pero el tribunal se apoyó en que se trata de un Área Marítima Protegida –según una declaración nacional– y una reserva de biosfera reconocida por UNESCO. Las fuentes utilizadas incluyen derecho ambiental nacional e internacional: desde la constitución y legislación común colombiana hasta la Declaración de Río de 1992 y las convenciones de Naciones Unidas (NU) sobre el derecho del mar y sobre el cambio climático. El tribunal empleó categorías de protección ambiental, tales como la interconexión entre la actividad petrolera en una zona y el resto del ecosistema marítimo del Caribe.

Las autoras del trabajo sobre este problema destacan la importancia de la OC 23/2017, porque conectó la protección de los derechos a la vida y la integridad personal con el cuidado del medio ambiente; y porque consagró el principio precautorio (párrafos 175 a 180). En la misma opinión, la Corte IDH sostuvo que –en virtud del PSS– el derecho al ambiente debe protegerse, aunque no exista riesgo para personas.

En la cuestión de Río Blanco (Ecuador), la sentencia de primera instancia destacó la vulneración del derecho a la consulta previa a la luz de instrumentos internacionales, incluyendo la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la CADH y el convenio 169 de la OIT. Sin embargo –destacan los autores del trabajo– no se citó al PSS, ni lo hicieron las partes. No utilizó un concepto estricto o formal de pueblo indígena; así rechazó el argumento estatal que negaba a las comunidades denunciadas la legitimación activa para la consulta previa. El magistrado ordenó suspender la actividad minera hasta que se cumpliera la consulta: la simple difusión practicada no era suficiente. A diferencia de lo ocurrido con el concepto de pueblo indígena, adoptó una noción estricta de consulta previa. Mientras tanto, ordenó desmilitarizar la zona.

La segunda instancia en el mismo caso recurrió a una solución diferente. Analizando los resultados obtenidos en la comunidad en una reciente consulta popular nacional sobre la minería, consideró que las personas del lugar habían rechazado la actividad. En lugar de la consulta previa del convenio de la OIT, utilizó la parte pertinente de una consulta popular. Confundió un derecho de pueblos indígenas con un derecho político ciudadano. Por otra parte, aquella consulta popular aprobó prohibir constitucionalmente la minería metálica en ciertas zonas del país: ninguna de ellas corresponde a la disputa de Río Blanco.

La decisión de primera instancia permitiría reactivar el proyecto minero, una vez cumplida la consulta previa del convenio de la OIT. En cambio, la decisión de segunda instancia vuelve irreversible la suspensión. No fue, de todas formas, un triunfo para la comunidad: el gobierno ecuatoriano recurrió a la Corte Constitucional pidiendo reversión de la sentencia por defectos de fundamentación.

En el caso Barrick (Argentina), la presentación ante la CSJN y ante el PNC ofrecieron el mismo panorama: dilaciones y respuestas esporádicas por parte de los órganos involucrados, a pesar de que las ONG interpusieron solicitudes regularmente. El PNC solo recibió las sucesivas presentaciones escritas de la ONG y de la empresa; le tomó cinco años convocar a una reunión conjunta, donde la instancia se agotó.

4.3 Herramientas procesales

El tratamiento de cada caso vuelve a mostrar hasta qué punto el poder judicial intenta superar la objeción democrática. El uso de las audiencias parece apuntar en esa dirección. Sin embargo, no está claro si el objetivo es subsanar la falta de legitimidad electoral, o más bien elevar la calidad del diálogo sostenido. ¿Es la deliberación aquí un principio político o epistemológico? De modo general, Scott y Macklem (1992:6) recalcan la importancia de abrir la interpretación constitucional a múltiples voces, como una forma de evitar la “captación ideológica” de ese proceso.

A su turno, los procesos no judiciales (como el llevado a cabo bajo las directivas OCDE o ante los tribunales arbitrales de inversiones), por su falta de instancias participativas, generan todavía más interrogantes en torno a su legitimidad democrática e –incluso– su calidad epistemológica.

En el trabajo sobre Barrio Alegre (Argentina), se caracteriza a la deliberación en los tribunales –con la participación de las partes, técnicos y terceros interesados– como un proceso democrático, especialmente porque cualquier persona puede –si cuenta con la asistencia letrada suficiente– plantear ante los estrados la afectación de sus derechos. A la vez, subraya que en el sistema representativo (es decir, en los órganos electivos) puede ser difícil dar cabida a los reclamos de grupos minoritarios. El procedimiento judicial no adolece así de una menor legitimidad democrática relativa, que podría atenuarse a través de mecanismos de participación, sino que constituye una instancia democrática en sí.

Una posición cercana se halla en el estudio sobre el caso Shell (Argentina). El giro del magistrado, que hizo eje en las audiencias orales, permitiría superar la objeción democrática y dotar de transparencia a la actuación del tribunal. Agregan que no fueron necesarias reformas legislativas, sino el compromiso del juez con su función. Sin embargo, cabe pensar que el sentido de este enfoque procesal apuntó más bien a un principio epistemológico que democrático: la necesidad de hallar –en un plazo razonable– una solución técnica adecuada.

En el estudio sobre el Parque Yaigojé Apaporis (Colombia), se destaca que la CC llevó adelante una audiencia pública en la misma comunidad indígena. El mecanismo se potencia con la cercanía geográfica. También en el caso de Río Blanco (Ecuador), el trámite incluyó las audiencias como mecanismo central.

En materia de prueba, la tendencia observada en la mayoría de estos casos es que el principio precautorio no obliga a demostrar con “certeza científica”²¹³ el vínculo entre la conducta o actividad denunciada (tanto activa como omisiva) y la situación ambiental en juego. Esta visión amplia, como ya se mencionó, habilita la actuación judicial. Así lo entiende, por ejemplo, el tribunal de mayor jerarquía en el caso del Seaflower (Colombia). En cambio, la decisión de segunda instancia –luego revertida– del caso Quintero Puchuncaví requirió una conexión causal entre el daño observado y la acción de empresas y Estado. Por ello rechazó la acción de protección: la prueba necesaria solo podía darse en el marco de un proceso ordinario. Esto muestra que un criterio probatorio estricto puede servir también para eludir un reclamo, derivándolo a otro carril procesal.

4.4 Rol judicial

Bajo una visión, corresponde al tribunal un papel protagónico en el encuadre y resolución del problema, ejerciendo facultades explícitas e implícitas en el ordenamiento procesal, sometiendo a revisión –incluso a control de constitucionalidad– los actos de otros poderes públicos, con la facultad de impartir órdenes y fijar plazos a esos poderes. La visión opuesta –y quizá dominante hasta hace algunos años– prevé un alcance mucho menor para la tarea judicial: el marco legal del caso está centralmente definido por las pretensiones articuladas por las partes; las facultades del tribunal deben interpretarse de modo estricto; el control de constitucionalidad –si el sistema es difuso– debe ejercerse solo como último recurso; no deben invadirse las competencias de los otros poderes, especialmente si la posible decisión tuviere consecuencias económicas o presupuestarias.

La primera posición –“rol activista”– ofrece, en principio, la esperanza de dar mayor empuje a los derechos invocados; pero repone en primer plano la objeción democrática. La

213 Véase OC 23/2017, párr. 175; Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), principio 15.

segunda postura –“rol acotado”– convive con una visión fuerte de la división de poderes, pero deja pocas alternativas institucionales frente al incumplimiento de los derechos por parte de los órganos políticos. Si las personas afectadas pertenecen a una minoría (electoral, especialmente) o aún no han nacido (como en el caso de generaciones futuras que soportarán el daño ambiental acumulado), resulta difícil imaginar cómo puede asegurarse la efectiva aplicación del derecho al ambiente.

En la cuestión del Riachuelo (Argentina), los autores del trabajo sostienen que el derecho ambiental da espacio para un rol judicial activo. Sin embargo, destacan que la CSJN tomó un camino propio. Solo fijó los objetivos a alcanzar: mejorar la calidad de vida de la población afectada, recomponer el ambiente dañado, y prevenir daños futuros. A la vez, respetó las facultades de la Administración para definir los mecanismos específicos a aplicar. No intentó reemplazarla, sino que le solicitó la presentación de un plan integral para el saneamiento.

En el trabajo sobre Río Blanco se destaca que el orden jurídico ecuatoriano asigna a los tribunales un rol activo. El principio *iura novit curia*, por ejemplo, permite innovaciones procesales, tales como –en el caso– convertir un pedido de cautelar en una acción de protección, pasando a entender en el fondo de la cuestión. Una visión amplia del papel judicial aparece también en la sentencia del tribunal de mayor jerarquía sobre la reserva Seaflower (Colombia): el principio de legalidad no impide al juez tomar las medidas necesarias para asegurar los derechos en juego.

5. RESULTADOS

Los ocho trabajos ofrecen un panorama de resultados diversos. No se trata, como ya se señaló, de analizar la efectividad del derecho al ambiente: esa norma (o cualquier otra) no puede incidir por sí misma en la realidad. Los resultados en cada caso muestran qué medidas tomó el Estado a partir de un reclamo fundado en ese derecho, y qué efecto tuvieron. Se revisa, entonces, qué es posible alcanzar en esas instancias empleando el derecho al ambiente como argumento central.

Puede trazarse un arco imaginario donde situar los resultados obtenidos: desde el silencio hasta las intervenciones judiciales de mayor alcance. En ciertos casos, las decisiones de un tribunal llevaron a alguna de las partes a continuar la disputa por otros medios (por ejemplo, ante comités arbitrales de inversiones).

En un extremo de ese arco se halla la ausencia de respuestas, o el empleo de dilaciones procesales para postergar, en lo posible sin fecha, alguna decisión frente a la situación denunciada. Allí encontramos el caso Barrick (Argentina).

En el otro borde se ubican las decisiones de las máximas instancias de un país ordenando –sobre la base del derecho al ambiente– suspender una actividad de alto potencial económico e impulsada desde el mismo Estado. Los dos casos colombianos pueden alojarse en ese punto.

Desde este segundo extremo hacia el centro podrían colocarse otras decisiones. La de Ecuador también suspende un proyecto. Otras encaran programas de remediación de largo alcance, convocando a los demás poderes, como en el Riachuelo (Argentina). En el mismo país, la sentencia sobre Barrio Alegre parece limitarse a fijar requisitos para un desalojo en un vecindario determinado, pero su impacto va más allá, y repercute en el ámbito político y legislativo. La decisión chilena, en cambio, aborda problemas de gran magnitud, pero con un objetivo central más moderado: destrabar la inercia. Exige así un diagnóstico que dé inicio a un diálogo entre poderes, inexistente hasta ese momento. Estas sentencias suelen acompañarse con mecanismos de seguimiento o verificación, para garantizar su

cumplimiento. A medida que el alcance de la decisión es mayor, con impacto en organismos públicos y en poblaciones más numerosas, es más frecuente que los trabajos analizados caractericen a la sentencia (o al proceso) como “estructural” (Sigal, Rossi y Morales, 2017: 186). Así se diferencia de trámites limitados a la controversia entre dos partes, cuyo efecto se limita a ellas.

Mirando nuevamente ese arco imaginario, el primer extremo parece representar una conducta judicial “acotada”; y el segundo, una “activista”. Puede comprenderse, entonces, por qué las decisiones en este último extremo resultan de procesos –como ya se expuso– donde se acumularon fuentes para sostener el derecho al ambiente y se empleó el mecanismo de las audiencias públicas orales.

Sin embargo, cabe preguntarse si la ausencia de respuestas en el caso Barrick (Argentina) es una muestra de auto-restricción judicial, o bien lo contrario: un ejemplo de “activismo”, en este caso, a favor de la actividad económica denunciada. El mismo tribunal que consideró al Riachuelo una situación ambiental grave y tomó medidas en consecuencia, no ofrece respuestas fundadas a una demanda sobre tareas en zonas cercanas a glaciares.

La CC colombiana ordenó suspender toda actividad minera en la zona del Parque Yaigójé Apaporis. Consideró que el Estado había actuado con debida diligencia intentando evitar la responsabilidad internacional. En el caso Quintero Puchuncaví, la CS chilena no llegó a suspender de inmediato el funcionamiento del complejo industrial (tal como lo proponía un voto concurrente), sino que ordenó investigar la situación existente y tomar medidas para resguardar los derechos afectados. Pese a este alcance moderado de la resolución, las autoras del trabajo la caracterizan como una “sentencia estructural”: trata un conflicto grave y masivo de derechos humanos, que abarca numerosas personas en situación de vulnerabilidad, mantenido por una suerte de “inercia estatal”, sin que pueda resolverlo la intervención de una autoridad específica; por ello, la sentencia estructural va más allá –en sus efectos– del tema planteado en el caso. Las autoras destacan que la CS mantuvo un perfil prudente al definir su intervención: le interesó más romper la inmovilidad y habilitar la deliberación sobre el conflicto. Ello trajo –añaden– otros efectos: la legitimación de la palabra de las víctimas, el reencuadre de la situación como un problema de derechos humanos y la consecuente apertura de oportunidades políticas para dejar atrás la inercia. El trabajo sobre el Riachuelo (Argentina) también define al caso como “estructural”: implica la reorganización de entidades públicas, medidas de largo alcance y monitoreo de largo plazo.

La sentencia del caso Seaflower (Colombia) ordenó suspender la adjudicación de permisos de exploración y explotación en la zona de la reserva de biosfera. Luego no se han otorgado otros permisos. La ejecución de la sentencia se estableció a través de un Comité de Verificación y Seguimiento, previsto para las acciones populares. El tribunal local no convocó nunca a reunión del Comité en los tres años transcurridos desde la sentencia. Las autoras del trabajo destacan otro eje de preocupación: la suspensión de actividades se limita al ámbito bajo soberanía colombiana; no alcanza a prevenir los daños proyectados desde otros Estados²¹⁴.

En el Barrio Alegre (Argentina), el logro inmediato fue frenar el desalojo. Sin embargo, hubo consecuencias políticas importantes. Se consiguió la expropiación –por decisión de la legislatura local– del predio en disputa, para distribuirlo en lotes para las familias ocupantes, que pagarán, durante 25 años, cuotas que no excederán el 10% de sus ingresos. Además, se modificó el código procesal penal para contemplar especialmente la situación de desalojos en terrenos ocupados por asentamientos precarios. A su turno, el Defensor del

214 Por ello, la clínica sumó su aporte al proceso iniciado por la solicitud de Colombia para que la Corte IDH elaborara una OC acerca de las obligaciones de los Estados signatarios de la CADH en relación a daños ambientales transfronterizos (luego emitida como OC 23/2017).

Pueblo local solicitó la inconstitucionalidad de la norma que excluía a las familias en el caso, para volverla inaplicable de modo general. Una última derivación se dio en el Poder Judicial provincial. La máxima corte aprobó un protocolo de actuación ante ocupaciones de inmuebles por grupos de personas en situación de vulnerabilidad, para hacer valer las garantías derivadas de las normas internacionales sobre derechos humanos.

El caso Río Blanco (Ecuador) tuvo proyecciones más allá de lo judicial. Desde un punto de vista simbólico, se destaca que las comunidades lograron, por primera vez, suspender un proyecto extractivista minero, más allá de que la sentencia de segunda instancia haya sido apelada por el Gobierno. Los autores del estudio señalan que expedientes posteriores han seguido el antecedente de Río Blanco. También el Ejecutivo tomó medidas. Por una parte, reglamentó la consulta previa a los pueblos indígenas, pese a que esa facultad corresponde a la Asamblea legislativa. Además, el Presidente incorporó en una nueva Política Pública Minera la “capacitación” a la magistratura sobre el ordenamiento jurídico minero, para evitar su “errónea aplicación”. Ambas acciones muestran el impacto político de la sentencia.

El caso Barrick (Argentina) muestra un horizonte muy distinto, en las dos instancias abordadas. La CSJN aún no ha brindado una respuesta definitiva (pese a haber transcurrido casi una década). El PNC respaldó a la empresa en la reunión conjunta, alegando que no comprendía lo pedido por la ONG, pese a haber admitido el planteo cinco años antes. El autor del trabajo enumera falencias en ambas vías. El poder judicial –sostiene– alberga una concepción elitista del poder, sin espacio para la participación o la rendición de cuentas; considera que debería separarse la función jurisdiccional de la administrativa. Cabe señalar que esta visión coincide más bien con lo ocurrido en el caso; el mismo tribunal adoptó una actitud muy diferente en el caso del Riachuelo. Por otra parte, el autor señala que el PNC no cumple –por falta de capacidad o de voluntad– su función de recabar información para dar tratamiento al pedido, y favorece a la empresa frente a la ONG. Propone que las directrices se conviertan en normas de derecho internacional aplicables a ellas, o que los Estados las incorporen a su legislación interna. Así, se dejaría de lado al “soft law” como instrumento, favoreciendo normas jurídicas tradicionales. El estudio sobre el caso Barrick destaca que el peso económico y las conexiones políticas de la empresa terminaron incidiendo en la falta de respuestas; incluso es difícil acceder –afirma– a información pública sobre los proyectos mineros. Hasta las universidades –según el autor– tienen límites para intervenir, dado que varias reciben fondos de la minera. La difusión del conflicto en otras jurisdicciones (como la capital del país, por ejemplo) aparece como una posibilidad con mayor eficacia.

5.1 Ejecución y pasos posteriores

La etapa de implementación de sentencias es el eje de los trabajos sobre los casos del Riachuelo y Shell, ambos en Argentina. Los tribunales allí diseñan modalidades para garantizar –en la mayor medida posible– la efectividad de sus decisiones. Los mecanismos más innovadores combinan una participación ampliada –que va más allá de las partes directamente involucradas– y la delegación del rol de seguimiento en alguna instancia institucional.

El caso del Riachuelo (Argentina) muestra las alternativas establecidas por la CSJN frente a la magnitud del problema, la cantidad de personas y oficinas involucradas y la dificultad de la tarea prevista. La CSJN delegó la ejecución en un juzgado de primera instancia, y luego en dos juzgados penales, cada uno encargado de una temática definida. El carácter penal de ambos tribunales –según los autores del trabajo– puede haber resultado conveniente: ese fuero tiene más experiencia en un procedimiento oral sin formalismos, y en un rol más directivo.

Se implementaron además mesas de participación y diálogo con las poblaciones afectadas, la Defensa pública y el funcionariado estatal (especialmente para tratar casos de relocalización). Otras mesas convocan a funcionarios y técnicos, a fin de revisar instancias del plan de saneamiento. El juzgado establece la frecuencia de reunión de estas mesas (que funcionan fuera del tribunal) y solicita las actas que resumen lo tratado. Utiliza un enfoque “gradual” para obligar a las autoridades a cumplir esas tareas: no sanciona, sino que emplea la posibilidad de sanción. También utiliza supervisión informal, a través de llamadas telefónicas.

Otra modalidad de actuación son las audiencias públicas, llevadas adelante en el tribunal. Las autoridades no solo informan, sino que asumen compromisos; ello opera como una instancia de rendición de cuentas. El caso Shell también muestra el uso de las audiencias orales para alcanzar una solución técnica novedosa y en un plazo más breve sobre el tratamiento de la contaminación existente. A través de estas mesas y audiencias, el poder judicial parece intentar superar las objeciones técnica y democrática. También –añaden los autores del trabajo sobre el Riachuelo– hay impacto en la Administración, que incorpora prácticas más participativas y se sujeta a controles.

El caso del Parque Yaigójé Apaporis (Colombia) muestra una importante derivación a partir de la decisión judicial. Se trata del recurso ante otras instancias: los comités arbitrales de inversiones previstos por acuerdos internacionales de protección a empresas. La firma afectada por la sentencia de la CC planteó allí una demanda por cifras que alcanzan –según la autora del trabajo– al 12% del presupuesto anual del Estado. Se alegó que la decisión implicó una expropiación sin indemnización. El manejo de esta instancia arbitral es calculado: el estudio sobre el caso señala que se selecciona –a través de modificaciones en la composición accionaria– cuál es el tratado sobre inversiones que se aplicará, de acuerdo a la conveniencia de las empresas. Esto puede convertir –agrega– al arbitraje como “un mecanismo de facto de revisión del derecho público” nacional, ya que hay herramientas para hacer valer las decisiones de esa instancia. Eso puede acarrear un “enfriamiento regulatorio”, es decir, la inhibición estatal en el dictado de normas que pongan en vigor el derecho al ambiente.

6. PALABRAS FINALES

En una visión general de los casos, el derecho a un ambiente sano ha recibido lecturas amplias, fundadas en cláusulas constitucionales e internacionales. Mediante una interpretación conexas con otros derechos humanos y centrada en los aspectos colectivos de cada problemática, los tribunales construyeron bases para legitimar sus intervenciones, incluso de amplio alcance, contra organismos estatales y empresas privadas. La protección de poblaciones indígenas residentes en zonas de interés ambiental habilitó una línea específica de actuación judicial, incluso limitándose a requerir la consulta previa. La falta de legitimidad electoral condujo a la magistratura a adoptar mecanismos que incorporaron actores en el debate, especialmente al momento de definir los pasos de ejecución.

Las diversas barreras parecieron ceder con mayor facilidad ante estrategias definidas en conjunto por la población afectada y uno o más actores externos, surgidos desde las universidades u otras áreas de la sociedad civil. La resistencia fue el primer paso para impulsar la recomposición y pensar en próximos avances, especialmente cuando las estrategias incluyeron la comunicación y los órganos políticos.

Las industrias extractivas –fomentadas o aceptadas por el Estado– presentan el mayor desafío para el derecho a un ambiente sano, particularmente cuando los recursos se hallan en el lugar de vida de poblaciones indígenas o largamente asentadas. Los riesgos ambientales pueden cruzar los límites estatales: resultan escasas las instancias internacionales disponibles.

El caso Barrick ofrece un buen contrapunto: la insuficiencia de los dos carriles intentados pone a la vista la fortaleza de la firma minera para soportar la presión de organizaciones de la sociedad civil. Profundizar en este ejemplo servirá para comprender mejor los límites de la magistratura y de las instancias globales.

Por último, resulta preocupante la vía abierta ante los comités arbitrales de inversión: allí los derechos humanos no tienen peso. Las empresas confían en poder revertir fallos adversos de las justicias nacionales invocando la seguridad de sus inversiones. La supremacía del derecho internacional de los derechos humanos necesita quedar claramente establecida para evitar su postergación en las mesas de arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2003). "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en Víctor Abramovich, María J. Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, pp. 55–78. México: Fontamara.
- Contesse, Jorge (2019). "Resisting the Inter-American Human Rights system", *Yale Journal of International Law*, vol. 44 (en prensa).
- Cruz Parceros, Juan Antonio (2004). "Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)", *Discusiones*, año IV, núm. 4, pp. 71–98.
- Domingo, Pilar (2010). "Novel appropriations of the law in the pursuit of political and social change in Latin America", en Javier Couso, Alexandra Huneus y Rachel Sieder (eds.), *Cultures of legality. Judicialization and political activism in Latin America*, pp. 254–278. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ekblom, Sara (2018). *Recognized but not protected? The human right to safe drinking water and protection of foreign investments in water utilities*. Tesis de maestría, Universitetet i Bergen. Disponible en: <https://www.lawtransform.no/publication/recognized-but-not-protected-the-human-right-to-safe-drinking-water-protection-of-foreign-investments-in-water-utilities/>
- Fabre, Cécile (2000). *Social rights under the constitution. Government and the decent life*. Oxford: Oxford University Press.
- Fukuda-Parr, Sakiko, Lawson-Remer, Terra, y Randolph, Susan (2015). *Fulfilling social and economic rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Habermas, Jürgen (1998). *Facticidad y validez* (trad. Manuel Jiménez Redondo). Madrid: Trotta.
- Hill, Barry, Wolfson, Steve y Targ, Nicholas (2004). "Human rights and the environment: a synopsis and some predictions". *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 16, núm. 3, pp. 359–402.
- Morales, Leticia (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Newton, David E. (1996). *Environmental Justice: A Reference Handbook*. Santa Barbara (California): ABC-CLIO.
- Nino, Carlos S. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, Carlos S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Pautassi, Laura (2010). "Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Mas allá de la medición", en Víctor Abramovich y Laura Pautassi (comp.), *La medición de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Del Puerto.
- PNUD [Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo] (1990). *Human Development Report 1990*. Oxford: Oxford University Press.
- Rosenkrantz, Carlos (2003). "La pobreza, la ley y la Constitución", en Alfredo Bullard et al., *El derecho como objeto e instrumento de transformación. SELA 2002*, pp. 241–257. Buenos Aires: Del Puerto.
- Santner, Ashley (2011). "A soft law mechanism for corporate responsibility: How the updated OECD Guidelines for Multinational Enterprises promote business for the future". *George Washington International Law Review*, vol. 43, núm. 2, pp. 375–388.
- Scott, Craig, y Macklem, Patrick Macklem (1992). "Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution", *University of Pennsylvania Law Review*, no. 141, pp. 1–148.

-
- Sigal, Martín, Rossi, Julieta y Morales, Diego (2017). "Argentina: implementación de casos colectivos", en Langford, Malcom, Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta (eds.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, pp. 172–217. Bogotá: Dejusticia.
 - Sunstein, Cass R. (2004). *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. Nueva York: Basic Books.
 - Tushnet, Mark (2008). *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press.
 - Ulloa, Astrid (2015). "Environment and development. Reflections from Latin America", en Tom Peurreault, Gavin Bridge y James McCarthy (eds.), *The Routledge Handbook of Political Ecology*, pp. 320-331. Londres: Routledge.
 - Ventura, Manuel E. y Zovatto, Daniel G. (1989). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios (1982–1987)*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
 - Warwick, Ben (2016). "Socio-economic rights during economic crises: a changed approach to non-retrogression". *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, pp. 249-265.

