

# Manual de Litigación en Casos Civiles Complejos Medioambientales

Colección: **Sistema Adversarial Civil**

Directores: **Jaime Arellano y Leonel González**

Autor: **Juan Sebastián Lloret**



Global Affairs  
Canada

Affaires mondiales  
Canada



CEJA · JSCA

---

Centro de Estudios de Justicia de las Américas

# MANUAL DE LITIGACIÓN EN CASOS CIVILES COMPLEJOS MEDIOAMBIENTALES

---

Autor: Juan Sebastián Lloret<sup>1</sup>



---

<sup>1</sup> Abogado y Procurador – Universidad Nacional de Córdoba – Argentina; Profesor en Ciencias Jurídicas – Universidad Nacional de Salta – Argentina; Máster en Derecho Ambiental – Universidad del País Vasco – España; Director normalizador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales (IUSUNSA) – Universidad Nacional de Salta – Argentina; Investigador “A” – Consejo de Investigaciones – Universidad Católica de Salta – Argentina; Vice-Director – Maestría en Derecho Privado – Universidad Nacional de Salta – Argentina; Director – Especialidad en Peritaje Ambiental – Universidad Católica de Salta – Argentina; Consultor para la Oficina Latinoamérica y El Caribe (Panamá) del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA); Profesor de postgrado: Derechos de Incidencia Colectiva – Pobreza y Ambiente Urbano – Responsabilidad Ambiental – Desarrollo Sustentable Global; Profesor de Grado en Derecho Ambiental y Recursos Naturales – Universidad Católica de Salta – Argentina.



---

A mis Marías:  
estrellas que brindan su Norte  
a mi persistente mirada al Sur,  
por su vivificante orientación al amor.

© 2021 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA  
Rodo 1950 Providencia  
Santiago, Chile  
Tel.: 56 2 22742933  
[www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)

Colección  
Sistema Adversarial Civil

Directores  
Jaime Arellano  
Leonel González

Autor  
© Juan Sebastián Lloret

Equipo Editorial  
Ananías Reyes

Manual de Litigación en Casos Civiles Complejos Medioambientales

Registro Propiedad Intelectual: 2021-A-1319  
ISBN: 978-956-8491-82-6

# CONTENIDO

1. PRESENTACIÓN.....	7
2.- INTRODUCCIÓN.....	9
3.- Entender que es la litigación compleja y sus características.....	13
4.- Ejemplificando un conflicto ambiental para comprender su complejidad.....	21
5.- Ambiente y Derecho en Latinoamérica y El Caribe.....	25
6.- Reconfiguraciones del proceso adversarial en materia ambiental Latinoamericano y del Caribe.....	43
7.- La litigación estratégica como anverso del manejo judicial del caso complejo.....	75
8.- Los mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales (8.7, Acuerdo de Escazú).....	123
9.- Alegar de bien probado en procedimientos públicos ambientales (8.3.b. Acuerdo de Escazú).....	131
10.- Las sentencias ambientales como decisiones fundamentadas y escritas (8.6, Acuerdo de Escazú).....	135
11.- Impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento, cualquier decisión contra el ambiente (8.2, Acuerdo de Escazú).....	141
12.- Mecanismos de reparación ambiental (8.3.g, Acuerdo de Escazú).....	143
13.- Segunda fase estructural: la implementación de las medidas de ejecución y cumplimiento (8.3.f, Acuerdo de Escazú).....	147
14.- La defensa ambiental ante un jurado popular. Proyecciones.....	149
BIBLIOGRAFÍA.....	153



# 1. PRESENTACIÓN

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, ha acompañado los procesos de reforma procesal en América Latina en el transcurso de los últimos quince años. Se trata de un camino que avanza rápidamente, más allá de la justicia penal, ya que se han dado reformas muy profundas en los sistemas procesales civiles. Entendemos que ambos son clave para la configuración de un sistema eficiente y democrático de gestión de la conflictividad. Creemos que deben tomarse las experiencias generadas y aprendidas del anterior proceso de reforma penal, generar los esfuerzos desde una perspectiva integrada e impulsarlos desde un abordaje de política pública integral.

En este sentido, CEJA reconoce la implementación de la oralidad como uno de los principales desafíos de la reforma procesal civil en América Latina, entendiendo a la oralidad como un método para la producción de información y decisiones de alta calidad. Entender a la oralidad desde esta concepción implica el reto de asumir esfuerzos en la construcción y fortalecimiento de habilidades y destrezas que posibiliten la implementación de un verdadero sistema procesal oral. Desde esta perspectiva, se abre un escenario en donde todos los intervinientes procesales deben reorientar sus labores hacia el trabajo en un sistema oral.

En este contexto presentamos el “Manual de Litigación en Casos Civiles Complejos Medioambientales” elaborado por Juan Sebastián Lloret. Se trata de la cuarta publicación de la colección “Sistema Adversarial Civil” y tiene como propósito entregar herramientas para la litigación oral compleja en casos medioambientales. Este trabajo se desarrolla en el marco del proyecto “Mejorando el acceso a la justicia en América Latina”, desarrollado por el CEJA y financiado por la agencia Global Affairs Canada.

Una primera y necesaria aclaración es que este manual no ha sido concebido desde un sistema procesal civil en particular, sino que se ha construido sobre la base de las premisas básicas que rigen un procedimiento oral. Si bien desde CEJA somos conocedores de los diversos procesos de reforma a la justicia civil que se están desarrollando en la región, aspiramos a que los materiales que aquí se entregan sirvan como denominadores comunes para todos ellos.

El Manual parte por entregar una breve caracterización de los litigios complejos o colectivos, permitiendo poner en contexto el tema que trata en lo sucesivo. Luego, nos permite comprender las dimensiones y alcances de los conflictos ambientales que se suscitan en la región.

Posteriormente, el manual aborda los cambios de paradigmas que requiere un caso medioambiental complejo respecto del sistema adversarial tradicional. En este sentido se aborda la necesidad de un cambio de concepción de la gestión del caso, a través de la introducción del judicial case management, y el resguardo de garantías procesales que pueden ser puestas en riesgos por las características de la litigación en clave colectiva.

A su vez, se entregan diferentes herramientas de litigación que permitan crear la teoría del caso y litigar en los diferentes momentos procesales. Además se analiza la posibilidad de usar Mecanismos Autocompositivos de Solución de Conflictos (MASC) en los casos medioambientales complejos.

Finalmente se estudian otros dos temas. En primer lugar la implementación de sentencias que emanen de juicios colectivos y los desafíos que esto impone. En segundo lugar, se establecen proyecciones sobre la solución de conflictos medioambientales complejos ante un jurado popular.

A través de esta obra, se pretende dar un paso más allá del uso del modelo adversarial de solución de conflictos. Se busca entregar herramientas que permitan enfrentar aquellos conflictos que involucran a un gran número de personas, concibiendo normas especiales de gestión del conflicto y de resguardo de garantías procesales, así como nuevas herramientas de litigación que enfrenten los desafíos de este tipo de conflictos.

Esperamos que este manual aporte, desde un enfoque teórico-práctico, a la adquisición de nuevas herramientas por parte de los operadores e intervinientes de los sistemas de justicia que permitan la resolución de conflictos que afectan a un gran número de personas. Con esto se reconoce que los conflictos no solo se presentan de forma individual sino que también en clave colectiva. Estamos convencidos de que dicho reconocimiento se traducirá en un mejor acceso a la justicia de la población en general y, en especial, de aquellos grupos históricamente vulnerabilizados.

Jaime Arellano, Director Ejecutivo.  
Leonel González, Director de Capacitación.

## 2.INTRODUCCIÓN

Este texto bien podría ser una continuidad de otro de herramientas básicas de litigación civil. Una suerte de segundo capítulo de un manual latinoamericano y caribeño, que busca enfatizar el manejo estratégico de ciertos casos complejos como son los ambientales.<sup>2</sup>

Los “litigios complejos”, propone una investigación del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, son aquellos en los que se presentan diversos elementos que dificultan su resolución. Esta complejidad puede estar dada por la gran cantidad de personas cuyos intereses están en juego, por la necesidad de involucrar importantes recursos presupuestarios, y/o por requerir largos plazos de tiempo para su solución. La complejidad también puede estar dada por la forma en que se encuentra organizado el aparato gubernamental, requiriendo la intervención coordinada de múltiples organismos públicos, la creación de nuevos organismos, y/o la modificación de estructuras organizativas. Las sentencias dictadas en el marco de un litigio complejo, en consecuencia, suelen tener una alta incidencia en la definición de las políticas públicas.<sup>3</sup>

Lo cierto es que la litigación de casos medioambientales tiene cuestiones que la sacan del molde de la tarea tribunalicia tradicional del abogado, y por ello debe ser estudiada de manera específica como una forma de litigación especial.

---

<sup>2</sup>Por caso, de ser así, muchas herramientas pedagógicas básicas para la tarea adversarial no penal se exhiben en el excelente MANUAL DE LITIGACIÓN CIVIL (LORENZO: 2017). En ese Manual, claramente se establece como un caso paradigmático complejo al ambiental y al acceso a los derechos sociales ante la explotación de recursos naturales.

Otra obra es el MANUAL DE LITIGACIÓN DE AUDIENCIAS ORALES EN LA NUEVA JUSTICIA CIVIL DE COSTA RICA (MARÍN: 2018), que presta una explicación sumamente práctica para la actuación oral adversarial.

Asimismo, la clave colectiva de estos procesos puede ser complementada en el imprescindible MANUAL DE INTRODUCCIÓN A LOS PROCESOS COLECTIVOS Y LAS ACCIONES DE CLASE (VERBIC: 2017).

<sup>3</sup>Litigios Complejos en las Américas: investigación del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2018)

Los problemas del deterioro ambiental son denunciados en muchos foros científicos, políticos o sociales. Sumado, los efectos evidentes que causan hoy a la humanidad tanto la pandemia por zoonosis animal como las catástrofes amplificadas por el cambio climático, tienen un impacto tan profundo en la opinión pública que funcionan como evidencia notoria de la crisis que atraviesa nuestra casa común planetaria.<sup>4</sup>

En este sentido, el derecho, como regulador de las conductas humanas, no puede quedar ajeno a la emergencia de lo ambiental, ampliando su mirada más allá del efecto interno de las relaciones intersubjetivas hacia su impacto en las relaciones interespecies, intergeneracionales y con el ecosistema que nos rodea.<sup>5</sup>

El caso ambiental es, hoy, el gran paradigma de la complejidad para el derecho y la litigación. En términos sustanciales, con él se busca proteger bienes comunes de valor supraindividual y no patrimonios públicos o privados desde el interés monetario civil. En términos profesionales, su ejercicio rompe la habitualidad de la tarea del licenciado en leyes, obligándolo a repensar sus prácticas, estrategias y cometidos tras un fin social. Y por ende, en términos éticos, implica defender la calidad de vida de la comunidad donde -generalmente- viven todas las partes en pleito incluyendo al juez, todos juntos como iguales sujetos reflejos de protección.

Existen diversas formulas regulatorias sobre el derecho al ambiente en los países de Latinoamérica y El Caribe, pero un denominador común es que, las constituciones de diversos Estados de la región, consagran expresamente el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible y de una manera bastante similar<sup>6</sup> en sintonía con el artículo 11 del Protocolo de San Salvador.<sup>78</sup>

<sup>4</sup>ENCICLICA LAUDATO SI' (2015)

<sup>5</sup>KREILHUBER: 2019

<sup>6</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos - Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de Noviembre de 2017 - Solicitada por la República de Colombia - Medio Ambiente y Derechos Humanos (Obligaciones Estatales en relación con el Medio Ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la Vida y a la Integridad Personal - Interpretación y Alcance de los Artículos 4.1 y 5.1, en relación con los Artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En adelante Corte IDH OC-23/17 (párr: 44): Las constituciones de los siguientes Estados consagran el derecho a un medio ambiente sano: (1) Constitución de la Nación Argentina, art. 41; (2) Constitución Política del Estado de Bolivia, art. 33; (3) Constitución de la República Federativa del Brasil, art. 225; (4) Constitución Política de la República de Chile, art. 19; (5) Constitución Política de Colombia, art. 79; (6) Constitución Política de Costa Rica, art. 50; (7) Constitución de la República del Ecuador, art. 14; (8) Constitución de la República de El Salvador, art. 117; (9) Constitución Política de la República de Guatemala, art. 97; (10) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 4; (11) Constitución Política de Nicaragua, art. 60; (12) Constitución Política de la República de Panamá, arts. 118 y 119; (13) Constitución Nacional de la República de Paraguay, art. 7; (14) Constitución Política del Perú, art. 2; (15) Constitución de la República Dominicana, arts. 66 y 67, y (16) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 127 (párr: 58; nota 88)

<sup>7</sup>Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999, recuperado de <https://cidh.oas.org/Basicos/Basicos4.htm>

<sup>8</sup>La Corte IDH "ya ha manifestado que el derecho a un medio ambiente sano "debe considerarse incluido entre los derechos [...] protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana", dada la obligación de los Estados de alcanzar el "desarrollo integral" de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta" (ver Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, § 202)

Asimismo, otro elemento homogeneizador para nuestro propósito, es el resultado del proceso de negociación del Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe<sup>9</sup> [en adelante Acuerdo de Escazú-], llevado a cabo para los 33 países que componen la región –y que 22 al año 2.020 lo han suscripto-, que sentó las bases de una consolidación de la tutela judicial ambiental efectiva para cada persona, las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible (conf. artículos 8, 2 y 4.1), el cual resulta el esquema central sobre cuya base se desarrolla este texto.<sup>10</sup>

La finalidad de este sistema de acceso a la justicia ambiental es defender el derecho humano ambiental frente a cualquier decisión, acción u omisión que lo afecte o pueda afectarlo de manera adversa o en contravención a las normas jurídicas relacionadas con él, previniendo, haciendo cesar, mitigando o recomponiendo -administrativa o judicialmente- los daños al medio ambiente en el marco de las garantías del debido proceso. Por ello, la litigación ambiental compleja confluye hacia una concepción amplia de lo que denominamos la litigación civil -o no penal- <sup>11</sup> (conf. Acuerdo de Escazú, arts. 1 y 8).

<sup>9</sup>Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018. Abierto a la firma de los 33 países el 27 de septiembre de 2018 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, debe ser ratificado por 11 Estados para entrar en vigor. Tiene como objetivo garantizar la implementación plena y efectiva en la región de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible. Al cierre de su plazo abierto a su firma (26 de septiembre de 2020, art. 21.1) obtuvo 22 suscripciones y 9 ratificaciones pudiendo, en mas, obtener nuevas ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones o adhesiones y deposito de los instrumentos para su vigencia. Ver: <https://www.cepal.org/es/organos-subsidiarios/acuerdo-regional-acceso-la-informacion-la-participacion-publica-acceso-la-antecedentes-acuerdo-regional>.

<sup>10</sup>El Comité de Negociación del Acuerdo sostuvo nueve reuniones presenciales y seis reuniones entre períodos virtuales, incluyendo un sistema de modalidad de participación del público. El Comité estuvo compuesto por los siguientes países: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago y Uruguay.

El proceso inicio en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) en 2012 con la suscripción de la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en América Latina y el Caribe (Declaración de Santiago, de noviembre de 2014) cuando los países dieron inicio a la fase de negociación del acuerdo regional, creando un Comité de Negociación que reemplazó las reuniones de los puntos focales y de los dos grupos de trabajo anteriores.

<sup>11</sup>BURBANO (2015) expone que “El sistema de justicia no penal en América Latina está compuesto por diversas materias, tales como, civil-mercantil, laboral y de familia. Además, algunos países tienen materias contencioso administrativas, constitucional, agraria, inmobiliaria, niñez y adolescencia, entre otras”. “En términos generales, y aunque existen variantes en cada país, se puede decir que el sistema de justicia no penal en América Latina está compuesto por órganos que integran el Poder Judicial, justicia indígena que algunas veces integra el Poder Judicial, instituciones del Poder Ejecutivo, organismos públicos externos a los poderes públicos mencionados, organismos privados que incluyen organizaciones y litigantes particulares”. “La estructura compleja del sistema de justicia en materias no penales genera varias consecuencias”.

Buscando el marco de una teoría equilibrada sobre las políticas de gestión de la conflictividad<sup>12</sup>, debe sistematizarse los distintos niveles de intervención del Estado, existentes en materia ambiental. Por ello afirmamos que el esfuerzo del litigante debe estar concentrado en activar los mecanismos democráticos de la gobernanza ambiental y operar eficazmente los procedimientos administrativos y judiciales para el evitar daños en la incolumidad ambiental y/o resarcirlos<sup>13</sup>, como propone el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992<sup>14</sup>, reservando la actuación penal para aquellos casos agudos de contaminación o degradación ecosistémica masiva, donde el reproche ejemplificador del Estado se evidencia como una respuesta, aunque tardía, razonable y equivalente.

Claramente esos objetivos de democratización, prevención y recomposición ambiental, re significan la perspectiva de la metodología de la teoría del caso, entendida ésta aquí como la herramienta central desde la cual los litigantes analizarán, planificarán y desarrollarán su litigio ecológico y social.

Con este Manual, en definitiva, el Centro de Estudios de Justicia para las Américas (CEJA) busca introducir a los litigantes en el conjunto de instrumentos que permiten abordar el análisis y litigio de los casos ambientales desde una mirada estratégica, instando al sistema judicial a llevar a cabo un manejo ajustado a la naturaleza compleja y estructural del conflicto ambiental.

---

<sup>12</sup> Como la elaborada por BINDER: 2011.

<sup>13</sup> Binder (2011) identifica tres modalidades y cinco niveles de intervención en la conflictividad. Las modalidades son: 1. la preventiva "que busca evitar que un determinado conflicto nazca o que una manifestación de ese conflicto o un modo de desarrollo de él no aparezca"; 2. la disuasiva "que también pretende evitar que un conflicto o manifestación del conflicto no se produzca pero, a diferencia de la modalidad preventiva, no de un modo permanente, sino sólo y en tanto se desarrolla la acción disuasiva"; y 3. La reactiva "que responde a una manifestación previa del conflicto para provocar algún efecto". En cuanto a los niveles de intervención "en orden progresivo de participación estatal", identifica los siguientes: 1. Coordinación con organizaciones sociales; 2. Fortalecimiento de la autogestión mediante la elaboración de modelos ejemplares; 3. Creación de ámbitos de autogestión; 4. Organización de autoridades de resolución y tribunales; y 5. Uso de la violencia. Cada nivel, por su parte, puede acudir a diversas combinaciones de modalidades de intervención. Ver resumen en OZA: 2015:282.

<sup>14</sup> Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, recuperado en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

### 3. ENTENDER QUE ES LA LITIGACIÓN COMPLEJA Y SUS CARACTERÍSTICAS

Algunos aspectos concretos para determinar la complejidad de un caso pueden ser: -la cantidad y tipo de actores involucrados; -el tipo de prueba a producir y complejidad específica, y -el tipo de asunto a dirimir y complejidad de las controversias, todos factores que le permitirán al juez generar una dinámica propia para el caso, en función de las necesidades concretas que éste requiera (LORENZO: 2017:100-101).

Por ejemplo, las Reglas para Casos Civiles de Litigación Compleja, aprobadas por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, definen como casos civiles de litigación compleja a todo caso civil cuyas circunstancias requieran un manejo judicial especializado que sea declarado como tal (por el procedimiento de la regla 4), con el objetivo de evitarle cargas innecesarias a los litigantes o al tribunal y permitir una administración judicial eficiente del trámite procesal, basado en la consideración de uno o más criterios (de la regla 5), a saber: (1) multiplicidad de partes; (2) multiplicidad de alegaciones o defensas; (3) multiplicidad de testigos disponibles para el juicio; (4) volumen extenso de evidencia; (5) necesidad de peritaje; (6) presencia de intrincadas controversias de hecho o de derecho que exigen prueba documental y testifical abundante o inusual; (7) naturaleza compleja del remedio o de los remedios reclamados; (8) complejidad en la etapa apelativa; (9) casos certificados por el Tribunal de Primera Instancia como pleitos de clase; (10) tipo de caso: casos de responsabilidad civil por productos defectuosos (product liability); (11) intensidad de la actividad en la etapa preliminar al juicio; (12) controversias de carácter novel; (13) casos de responsabilidad civil como consecuencia de desastres naturales, eventos atmosféricos, catastróficos o desastres provocados; (14) cualquier otro factor que fomente la necesidad de una administración o manejo judicial temprano y organizado para evitar retrasos y cargas innecesarias a las partes y al sistema judicial.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Regla 3. Definiciones. Resolución ER-99-7 de 30 de junio de 1999; In re Reglas para Casos Civiles de Litigación Compleja, 148 DPR 932 (1999), y enmendadas mediante la Resolución ER-2006-2 de 29 de diciembre de 2006, In re Enmienda a Reglas para Casos Civiles de Litigación Compleja, 169 DPR 804 (2006). Las Reglas se atemperaron al formato del texto oficial publicado en las Decisiones de Puerto Rico (certificadas en estado de derecho vigente a mayo de 2016); Recuperado de <http://www.ramajudicial.pr/leyes/instancia/Reglas-Casos-Civiles-Litigacion-Compleja.pdf>

Es decir, conforme la entidad del conflicto traído a la justicia, el trámite podrá ser despachado con una mayor simpleza o necesitará de un trabajo más arduo, prolongado y controlado por la administración tribunalicia. Es por esto que la litigación tendrá una planificación y ejecución diferente, dando lugar a versiones que han sido denominadas de múltiples formas: compleja, estratégica, de interés público y colectiva.

3.1.- Litigación compleja, litigio estratégico, litigación de interés público, litigación colectiva y litigio estructural.

En las últimas décadas se han presentado múltiples casos ante los Tribunales de justicia que exponen un elevado grado de dificultad, algunos con una aparente conflictividad de alcance individual y otras colectivas. Estos casos anormales o extraordinarios presentan diversos elementos conflictuales que hacen más difícil arribar a una solución. La doctrina, a pesar de las diferencias conceptuales que se pueden identificar en uno u otro caso, suele llamar a este tipo de litigio como “litigio estructural”, “litigio de interés público”, “litigio colectivo”, “litigio estratégico”, “acciones de clase”, entre otras maneras (CEVASCO y CORVALÁN: 2018).

Explica PUGA (2016) que estas formas de llamar el “litigio complejo”, aparecen como conceptos nuevos en nuestra región, que en verdad son, en general, trasplantados de la experiencia norteamericana, donde tienen ya más de un siglo de antigüedad. Allí se habla de “impact litigation”, “complex litigation”, “public litigation”, “structural cases”, “collective suits” y “class actions”.

Sigue diciendo que estamos ante un fenómeno litigioso, y cada enfoque que le damos por lo general nos conduce a enfatizar distintos rasgos, como definitorio de ese fenómeno. Esto es relevante para la discusión conceptual, ya que según el enfoque que se elija, ciertas características del litigio no serán definitorias, y otras sí (PUGA: 2016).

Así, para la autora (PUGA: 2016), la idea de “litigio colectivo” (ver GIANINNI: 2005: 40-63<sup>16</sup>; VERBIC: 2017:219 y 2014<sup>17</sup>) enfatiza la relevancia de las reglas de procedimiento. El concepto de “litigio de derechos sociales”, asienta en la categorización de los derechos humanos invocados por las partes y/o el juez. El

<sup>16</sup> GIANINNI (2005:40-63) sienta que el objeto de los procesos colectivos es la tutela de los derechos de incidencia colectiva, de repercusión pluriindividual, que define como aquellos que pertenecen divisible o indivisiblemente a una pluralidad de sujetos, desbordando, por sus especiales cualidades, los tradicionales mecanismos de enjuiciamiento grupal (vg., intervención de terceros, litisconsorcio).

<sup>17</sup> A su turno, VERBIC (2017:219) agrega que la tutela colectiva de derechos paradigmática, en clave representativa, son aquellos procesos judiciales llevados adelante en beneficio de grupos de personas por ciertos atípicos representantes de derechos ajenos (individuos, organizaciones del tercer sector y organismos públicos), cuya actuación judicial impactará con cualidad de cosa juzgada “con diversos alcances” incluso sobre quienes no han sido parte formal en el debate.

Dice que en una primera aproximación tema podría afirmarse que todos los conflictos colectivos son conflictos de interés público, partiendo de la premisa que cualquier conflicto colectivo: (i) involucra una gran cantidad de personas afectadas en sus derechos de manera similar; y (ii) su debate en sede judicial exige abordar cuestiones de trascendencia política, social y/o económica, aunque más no sea por el gran número de personas afectadas (VERBIC: 2014).

“litigio estructural”, desarrolla la perspectiva de la teoría del derecho, y en particular enfatiza la tipología causal estructural, retratando un conflicto policéntrico donde se identifican intereses que participan de un interés compartido con otros.<sup>18</sup> El proceso estructural –agregan DIDIER, ZANETI y ALEXANDRIA DE OLIVEIRA (2020)- también presenta algunas características típicas pero no esenciales como la multipolaridad, la colectividad y la complejidad. Desde otra perspectiva -a la que PUGA (2016) llama socio-jurídica-, el “litigio de impacto”<sup>19</sup> pone el énfasis en la medida en que la decisión judicial pueda vincularse con efectos sociales diversos y ampliados en el ámbito de las relaciones sociales o la percepción de cuestiones públicas, antes que en sus reglas o teorías explicativas (propia de las primeras perspectivas procesales o sustantivas). Por último, las perspectivas que llama jurídico-políticas, están concentrada en la finalidad política que buscan los demandantes, e incluso el mismo juez en su decisión, hablándose así de “litigio de interés público”<sup>20</sup>, “litigio estratégico”<sup>21</sup>, y recientemente, de casos de “activismo judicial”.

Lo cierto es que, en estos casos de litigación compleja, por ejemplo, se encuentra en juego el ejercicio pleno de derechos fundamentales por parte de un gran número de personas, o debe atacarse decisiones gubernamentales o la planificación técnica del Estado o se requieren importantes recursos presupuestarios y/o tiempo para su solución, por lo que se suele requerir también la intervención coordinada de múltiples organismos públicos, la creación de nuevos organismos y/o la modificación de estructuras organizacionales (CEVASCO y CORVALÁN: 2018).

BERIZONCE (2011:76), BÖHMER y SALEM (2010), SABEL (2018), DAMASCENO

---

<sup>18</sup> La litis estructural, entonces, será aquella en la que se evidencia una causalidad estructural del hecho dañoso, que es también el único agravio, que es el que determina cuáles antecedentes serán tenidos como contribuciones al daño, pero también el que define quiénes serán considerados agraviados. En pocas palabras, dice PUGA (2013: 47-50) que cuando la litis es estructural, se subvierte en buena medida el carácter adversarial del litigio, el juez adquiere una centralidad inusual y sus decisiones se justifican desde una perspectiva regulativa antes que meramente arbitral.

<sup>19</sup> Su propósito es generar una modificación estructural en las condiciones sociales, constituyendo a su vez una nueva herramienta de acceso a la justicia para los sectores más postergados de la sociedad (en BÖHMER y SALEM: 2010).

<sup>20</sup> El litigio de interés público, es un fenómeno resultante del movimiento por la defensa de la gente, denominado “Movimiento por los Derechos Civiles”, en contraposición a la desproporcionada influencia de las grandes corporaciones económicas, cuyos antecedentes pueden ser rastreados en el Derecho Angloamericano. Muestra ejemplos no sólo en países de Latinoamérica, sino también en algunos países de Europa central y oriental y Sudáfrica, presentando el común denominador de estar guiados por la hipótesis de que es posible que los excluidos, las minorías o grupos desaventajados puedan provocar alguna medida de cambio social a través del litigio. Así, esta forma de llevar discusiones de corte social a los tribunales, resulta una forma de activismo político, generalmente con demandas frente al Estado (UCÍN: 2018).

<sup>21</sup> El litigio estratégico o de reforma estructural, puede ser definido como una herramienta judicial que involucra la selección y presentación de un caso ante los tribunales con el objetivo de alcanzar cambios en las políticas públicas que deriven en una mejora de la sociedad (GEARY: 2009).

En introducción editorial realizada en la obra del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS: 2008) se afirma que en algunos países latinoamericanos el litigio estratégico de interés público ha sido reconocido como una herramienta importante de transformación social a través de la expansión de los derechos.

(2018) y PUGA (2013) coinciden en que en los Estados Unidos, el modelo diferenciado de tratamiento de los litigios complejos se comenzó a delinear en los 50's del siglo pasado, con el emblemático caso "Brown vs Board of Education of Topeka". La cuestión consistía en la necesaria reforma del sistema educativo norteamericano, que dividía a los niños blancos y negros en escuelas diferentes, discriminándolos por la raza.

En un agudo análisis, SABEL (2018) observa que el litigio de interés público, en especial en su variante deliberativa o experimentalista, ofrece una promesa como un instrumento de reforma por la vía judicial. Así, la discusión del nuevo derecho de interés público (en su teoría y su práctica) en los países de ingresos medios con constituciones fuertes e instituciones administrativas débiles -como es la situación en la generalidad de los países de nuestra región- se expone como más urgente, porque la brecha entre los problemas públicos apremiantes y la capacidad pública para resolver los problemas es claramente grande y creciente. Para él, las respuestas del nuevo derecho de interés público de los países de este grupo forman un espectro definido por el alcance con el que los tribunales incentivan la innovación institucional para elaborar e implementar remedios.

Sin embargo -dice este mismo autor-, en Argentina, esta forma de litigación puede ser vista a la luz del caso ambiental más importante resuelto hasta el presente, sobre la Cuenca Hídrica del Río Matanza-Riachuelo donde se encuentra la Ciudad de Buenos Aires, afectada por -literalmente- dos siglos de residuos industriales acumulados que continuaba sumando el daño causado a diario por la operación de muchísimas empresas, varias de las cuales aún son fuentes de contaminación. En este país, tras este caso, explica que se ha desarrollado una variante de remedio de "interés público dialógico", rico en innovación institucional, que se ramifica, o así parece, en el tejido de la administración a nivel municipal, provincial y federal (SABEL: 2018).

VITORELLI (2020:56) identifica diferentes situaciones en que se encuentra el legitimado colectivo al abogar por la protección de los derechos amenazados o vulnerados. Hay conflictos colectivos simples en los que el reclamo es unívoco y fácil de aprehender por el colectivo legitimado, resultando en una decisión fácil para el juez o jueza.<sup>22</sup>

Pero -continúa VITORELLI (2020:55-56), inspirado en el pensamiento de HART (2001:166)- existen otros conflictos colectivos complejos, en los que ni el reclamo

---

<sup>22</sup> Como veremos más adelante, existen pretensiones ambientales asociadas a la violación de la legalidad o los deberes de la gobernabilidad ambiental por las administraciones, que pudieran insertarse en estas formas de procesamiento y resolución. A respecto, cabe observar las previsiones del Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal del que El juez decidirá sin más la demanda en cuanto al mérito, cuando no hubiere necesidad de producción de prueba (conf. art. 13. Anticipación de la decisión de fondo). Si esta pretensión está acompañada de otras cuestiones que requieren de un proceso de conocimiento más extendido, este mismo artículo del Código Modelo le indica al juez que podrá decidir sin más trámite, parte de la demanda, cuando no hubiere necesidad de producción de prueba, siempre que ello no implique prejuzgamiento directo o indirecto del litigio que quede pendiente de decisión. Por ende, el proceso continuará para la instrucción y juzgamiento de los demás pedidos que deberá decidir en resoluciones complementarias (conf. art. 13 párrafo único).

ni la protección judicial a brindar, pueden ser definidos de manera unívoca por los involucrados como, por ejemplo, casos relativos a conflictos socio ambientales. En estos litigios colectivos complejos, existe la posibilidad de que la protección sea otorgada de múltiples formas y nunca quedará claro, ex ante, cuál, entre las posibilidades existentes, es la más efectiva para la prevención o reparación de daños al bien jurídico protegido. Tampoco quedará claro cuál es la intención deseada por la comunidad lesionada. Por lo tanto, para VITORELLI (2020:56), los conflictos colectivos complejos son aquellos conflictos por los que se puede admitir un desacuerdo razonable sobre cuál a ciencia cierta sería la protección debida del derecho material, mientras que los otros tipos de litigios simples son aquellos en los que la reparación se manifiesta de manera unívoca.

A pesar de la identidad terminológica utilizada por VITORELLI (2020:56) con la de Estados Unidos, él le otorga un significado diferente. En ese país, la acción de clase es parte del género de los litigios complejos. Curiosamente, sin embargo, el significado de esta expresión no es unívoco en su propio país de origen<sup>23</sup> ya que, citando a TIDMARSH y TRANGSRUD (2002:304), tienen un carácter de “Lo sé, cuando lo veo” [I-know-it-when-I-see-it]. En general, bajo el nombre de litigio complejo se encuentran los pleitos que requieren que el Poder Judicial actúe más allá de lo que se espera de él en un proceso común, independientemente de la naturaleza del derecho material subyacente. Ejemplos de esta modalidad son las demandas relacionadas con lesiones causadas por exposición al asbesto. Es decir que, en Norteamérica, complejos son los casos en los que el sistema procesal ordinario no funciona bien para resolver la controversia.

Cerrando este enfoque, los conflictos ambientales serían para el autor seguidos, fenómenos transindividuales irradiados (difusos o expansivos, como le llama la doctrina; ver al respecto el maestro BUJOSA VADELL: 1995), con capacidad de lesionar derechos que interesan, de modo desigual y variable, a diferentes segmentos sociales, en un alto grado de conflictividad. El derecho material subyacente debe considerarse de toda la comunidad, compuesta por las personas afectadas por la lesión. La titularidad del derecho material subyacente, se va a atribuir en diferentes grados a los individuos que integran la sociedad, de una manera directamente proporcional a la gravedad del daño sufrido (VITORELLI: 2020:34).

A modo de conclusión del punto, podríamos resumir con CAFERATTA (2020:24-25), cuando hace referencia al debido proceso ambiental establecido por el Acuerdo de Escazú, donde sostiene que “Los casos ambientales son “casos difíciles”, “litigios de interés público”, “litigios masivos”, “atípicos”, “litigios estructurales” o “casos complejos”, que requieren del juez o jueza la adopción de un juicio de ponderación, razonabilidad o proporcionalidad. De allí la importancia de contar con reglas claras de acceso a la justicia ambiental”.

<sup>23</sup>VERBIC (2017:222) explica que “Los mecanismos de tutela colectiva de derechos en sede judicial pueden adquirir distintas formas y también diversas denominaciones. Entre aquellos que podemos identificar en el derecho comparado se destacan el sistema de caso testigo alemán (musterverfahren), el modelo de resolución de casos repetitivos a través de incidente o bien de recursos incorporado en el nuevo Código de Proceso Civil brasileño, y el sistema de litigio multidistrital vigente en los Estados Unidos de América.

Esto es claramente coincidente con la opinión de LORENZO (2017:98-99), que seguiremos en muchas partes de este Manual.

### 3.2.- La experiencia norteamericana en la materia.

Ya en 1976, Abram CHAYES (1976: 1281-1284-1288-1289) argumentó que los esfuerzos por aplicar principios del Estado de Derecho a las instituciones del Estado de Bienestar moderno habían generado una nueva clase de litigio: de interés público.

En este sentido, el caso de la contaminación de Love Canal, fue el disparador de un conjunto de regulaciones y políticas sobre desechos tóxicos en los EE.UU. Justamente en 1976, se dicta la Ley Federal de Recuperación y Conservación de Recursos [RCRA, in inglés Resources Conservation and Recovery Act]. Más adelante, se promulga la Ley Federal de Compensación y Responsabilidad Ambiental Integral, de 1980, que regula la limpieza de lugares con residuos peligrosos [CERCLA, en inglés Comprehensive Environmental Response and Liability Act], más conocida como “ley del súper fondo”, destinado a ser invertido en la gestión de sitios contaminados.

En Norteamérica, esta ley y su principal modificación de 1986 [SARA, en inglés Superfund Amendments and Reauthorization Act], crean un fondo federal que puede ser utilizado por la Agencia de Protección Ambiental [EPA, en inglés Environmental Protection Agency] o por los gobiernos estatales o municipales para remover residuos peligrosos y limpiar los lugares donde los mismos hubiesen sido depositados, siempre que estos lugares estén enlistados como prioritarios a nivel nacional [NPL, en inglés National Priorities List] en función del riesgo que presentan y conforme el sistema de evaluación [HRS, en inglés Hazard Ranking System] que gestiona el organismo.

La CERCLA impone una responsabilidad objetiva, retroactiva y solidaria por los costos de remoción y limpieza de los lugares contaminados a los propietarios y operadores de dichos lugares, así como a los generadores y transportistas de los residuos, basada en el principio contaminador-pagador (ver al respecto el criterio establecido en el Principio 16 de la Declaración de Río de 1992).<sup>24</sup>

La existencia del súper fondo permite que los organismos públicos hagan por sí mismos las limpiezas, cuando las partes potencialmente responsables se nieguen a hacerlo y luego accionar contra éstos para recuperar los montos invertidos (VERNETTI y OVIEDO: 2013:15).

Explica SARMIENTO (2007:231-264) que a pesar de los poderes con los que cuenta la autoridad ambiental, la práctica muestra que ésta ha optado, de forma preferente, por alcanzar acuerdos con los sujetos responsables (Superfund settlements) y evitar el

---

<sup>24</sup>PRINCIPIO 16: Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, recuperado en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

uso de sus potestades coercitivas. Esto sin perjuicio de que los particulares afectados puedan ejercitar acciones de responsabilidad civil de acuerdo con las normas del Tort Law (derecho civil extracontractual, que puede englobar también cuestiones que, para la tradición continental, se situarían dentro de otras ramas del derecho, como la administrativa), a las cuales la CERCLA excluye de forma expresa, limitando los daños indemnizables única y exclusivamente a los costes de las labores de reparación.

Dos textos resulta interesante comentar que enfocan el tema, y que sirven para profundizarlos.

El Manual de Litigación Compleja del Federal Judicial Center, que explica la Federal Rule of Civil Procedure 16(c)(12) que aborda específicamente los litigios complejos. Ésta, autoriza al juez o juez a adoptar medidas especiales, en procedimientos para gestionar acciones potencialmente difíciles o prolongadas que pueden implicar problemas complejos, múltiples partes, cuestiones legales difíciles o inusuales problemas de prueba.<sup>25</sup>

Por su parte, el Manual de Manejo de Litigios Civiles [Civil Litigation Management Manual], de la Conferencia Judicial norteamericana, que se dedica a los casos ordinarios. Pero, en el Capítulo 7 sobre casos de materias especiales incluye, entre otros litigios complejos o inusuales, las acciones colectivas y los casos que atraen una intensa atención de los medios y el público.<sup>26</sup>

Este último, para distinguir los casos ordinarios de los casos complejos, como reglas generales o señales para considerar que un caso necesitará una gestión judicial prolongada propone atender: -el número de participantes; -el número de casos similares o relacionados; -la multiplicidad de transacciones semejantes (por ejemplo la venta masiva de un producto cuestionado); -la oposición entre los expertos peritos; -la complejidad de la materia; -la inmadurez del tema en litigio (falta de tratamiento previo del tema); -la existencia de pretensiones de acción de clase involucradas; y -el volumen de evidencia probatoria a procesar.<sup>27</sup>

A su turno, el Manual de Litigación Compleja explica que muchos de los principios generales aplicables a litigios complejos se aplican a acciones de la CERCLA, por lo que la incluye entre los casos especiales. Conviene aproximarse a sus caracteres por ser un caso arquetípico de litigación ambiental compleja norteamericana.

Un caso de CERCLA -dice el Federal Judicial Center- exige “la atención del juez como administrador, adjudicador y mediador, como ningún otro litigio civil. Los Tribunales están llamados a emplear procedimientos en los casos multi-partes de un sitio «Superfondo» para fomentar la economía y la equidad en un proceso que no puede ser económico y, a menudo, no puede ser justo para todos los participantes”. Luego el Manual trata algunas de las características especiales del trámite de la

<sup>25</sup>Manual for Complex Litigation, Fourth, § 10.1 (8)

<sup>26</sup>Civil Litigation Management Manual - Second § 7 (118)

<sup>27</sup>Civil Litigation Management Manual - Second, § 7 (117/118)

CERCLA y cuestiones y problemas propios de este tipo de litigios.<sup>28</sup>

Normalmente, el proceso comienza después que el gobierno (generalmente la EPA) ha determinado la necesidad de una acción de respuesta en el sitio. Como parte de su investigación, la Agencia puede buscar información sobre la identidad de todas las personas o entidades que pueden haber poseído u operado el sitio, o haber generado o transportado sustancias peligrosas encontradas en el sitio. Luego pasa a una fase de ingeniería para diseñar la solución, llamada diseño de reparación, y finalmente a la fase de acción de reparación, donde la solución se implementa realmente. La EPA puede entablar una acción de la CERCLA en casi cualquier punto del proceso de remediación con respecto a cualquier unidad operativa o al sitio en su totalidad. No es necesario que la remediación esté completa antes de que actúe. La CERCLA solo requiere que haya una inminente liberación o amenaza de liberación de contaminantes peligrosos para iniciar una respuesta gubernamental, o que el gobierno o un demandante privado -que realiza la limpieza- hayan incurrido en costos de respuesta.<sup>29</sup>

La ley SARA<sup>30</sup> permite que los ciudadanos entablen demandas contra cualquier persona (incluido el gobierno) que haya violado una norma, reglamento, condición, requisito u orden vigente, o contra el gobierno, en tanto este último haya omitido un acto o deber bajo la CERCLA que no sea discrecional.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup>Manual for Complex Litigation, Fourth, §34.1:643

<sup>29</sup>Manual for Complex Litigation, Fourth, § 34.1:646

<sup>30</sup>SARA §310(a)

<sup>31</sup>Manual for Complex Litigation, Fourth, §34.23:665

## 4. EJEMPLIFICANDO EL CONFLICTO AMBIENTAL PARA COMPRENDER SU COMPLEJIDAD

Un conflicto sobre explotación de recursos naturales y daños ambientales es un caso complejo per se: la cantidad de involucrados, la intensidad de la etapa de preparación del juicio, las particularidades que tiene cada caso en cada sistema natural o cultural y en cada comunidad, las necesidades probatorias y la complejidad de las resoluciones a tomarse, requerirán un mayor esfuerzo de las partes y un manejo especial del tribunal (LORENZO: 2017:98-99). Si intervienen comunidades originarias afectadas, por ejemplo, el caso resulta de una atención mayor aún por la vulnerabilidad y condiciones culturales de las víctimas que amplifican la lesión.<sup>32</sup>

Vamos a construir un ejemplo de un caso arquetípico ambiental latinoamericano, al cual iremos adicionando elementos para caracterizar su litigación, y que nos servirá de ilustración durante toda la explicación de este manual.

Supongamos que en una pequeña y añosa comunidad campesina al pie de los Andes, está radicada una empresa de beneficio de mineral proveniente de la cordillera, inserta en terrenos entre el ejido del pueblo y el principal río de la cuenca. Miembros del poblado han denunciado intermitentes intoxicaciones de animales de granja, sin causas determinadas.

Un litigio ambiental como el descrito, concita muchas especificidades que desafían al operador de justicia. Repasemos algunas breves notas iniciales:

-la defensa ambiental que se requiere implica una forma de protección social ante desequilibrios naturales que deben ser re-establecidos (supraindividualidad);

-todas las personas que viven en la comunidad, se encuentran de diversas maneras incididos por el conflicto ambiental (pluriofensividad);

---

<sup>32</sup>Ver por ejemplo: Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, § 121. Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, § 250.

-los grupos, clases o categorías de personas incididos tienen intereses que pertenecen idénticamente a todos, de gozar de las prerrogativas que les aseguren un estado ecológico de derecho y una indemnidad ambiental (incidencia difusa);

-todos los ciudadanos impactados socio-ambientalmente tienen derechos tutelables, algunos comunes y otros diferenciados, que pueden hacer valer en juicio mediante múltiples alegaciones o defensas (transindividualidad);

-el procesamiento judicial de este caso, claramente puede resultar certificado por el Tribunal como pleito colectivo y/o de clase<sup>33</sup> (derechos colectivos);

-en el trámite debe preverse la necesidad de un manejo, administración o gestión judicial temprana y organizada, para evitar retrasos y cargas innecesarias a las partes y al sistema judicial durante el proceso (judicial case management).

Agreguemos más elementos al ejemplo. La empresa resulta que es de larga data, fundada y desarrollada originalmente del trabajo artesanal de una familia tradicional del lugar, y hoy emplea al 35 % de la población activa y es el principal contribuyente de tributos locales. En este caso:

-el establecimiento productivo resulta un bien patrimonial sobre el que se ejercen derechos de adquiridos –y convencionalmente protegidos<sup>34</sup>, lo cual adelanta que habrá intrincadas controversias de hecho o de derecho para discutir el uso regular o irregular de la propiedad -abuso del derecho y/o función socio-ambiental de la propiedad- (poli-centralidad);

-cada interés jurídico presente en el conflicto ambiental puede aspirar a

---

<sup>33</sup> Para más orientación, atender a los artículos 2 y 3 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

<sup>34</sup> Ha considerado la Corte IDH que “[El artículo 21 establece] un concepto amplio de la propiedad privada, comprendiendo el uso y goce de los ‘bienes’, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”. Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, § 102, y Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, § 240 (entre muchos otros). También dijo la Corte IDH “Los ‘bienes’ pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”. Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, § 122, Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, § 110 (entre muchos otros).

Señaló la Corte IDH que “A través del artículo 21 convencional [se han protegido también] los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas”. Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, § 84, Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, § 11 (entre muchos otros); recuperado del Digesto Corte IDH en: <https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto>

ocupar una posición jurídica diferente, incluso dentro de los frentes activo y pasivo y los eventuales terceros del caso (multipolaridad);

-cada uno de los actores intentará valerse de la prueba que pueda coleccionar en favor de sus alegaciones, por lo que muy posiblemente haya una multiplicidad inusual de testigos, tanto de una parte (como por ejemplo ciudadanos, agricultores, profesionales de la salud, docentes universitarios, etc.) como de la otra (por caso profesionales de la empresa, consultores ambientales, operarios de planta, funcionarios estatales de control, dirigentes sindicales, etc.), conformando como un extenso volumen de evidencia disponible para el juicio y una intensa actividad preliminar al juicio (complejidad procesal).

Podríamos agregarle también al supuesto en ejemplo, que el estudio de un instituto universitario asocia problemas de salud de la población a la actividad metalúrgica, y que ello es contrastado con auditorías de calidad y el uso certificado de tecnologías de punta, por parte de consultores de la propia firma. Ante esto piénsese que:

-para acreditar riesgos y/o daños ambientales, se requiere más despliegues probatorios y peritaje técnico que en lo usual, determinante para comprobar su entidad, dimensión, causalidad y reversibilidad (complejidad técnica);

-la protección ambiental está basada en una premisa esencialmente preventiva, cuya pretensión debe tratarse de un riesgo de daño de carácter significativo, tomando en cuenta la naturaleza y magnitud del proyecto o actividad y el contexto donde será llevado a cabo específicamente<sup>35</sup> (énfasis preventivo);

-para ejercer una pretensión reparatoria ambiental, debe tratarse de un daño significativo acontecido que requiere recomponerse, lo que deberá determinarse en cada caso concreto, atendiéndose las circunstancias particulares del mismo<sup>36</sup> (prioridad recompositiva);

-por el impacto del derecho sustancial y el interés público en juego, el proceso ambiental tiene, respecto al caso civil tradicional, repliegues negociatorios, que hacen menos viable las salidas concertadas prejudiciales y limitando las posibilidades de acuerdos transaccionales no recompositivos (limitaciones conciliatorias);

Supongamos también en el ejemplo que, como medidas de promoción industrial, el Estado ha zonificado como industrial la zona de la empresa, autorizándole a alcanzar valores de emisiones y efluentes que son incompatibles con la actividad agropecuaria, la urbana y de preservación del hábitat y fauna del río. Con este aditamento podemos agregar:

<sup>35</sup> Cfr. CIJ, Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina Vs. Uruguay). Sentencia de 20 de abril de 2010, párr. 101, y CIJ, Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica Vs. Nicaragua), Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua Vs. Costa Rica). Sentencia de 16 de diciembre de 2015, párr. 153 (ver Corte IDH OC-23/17, párrs. 137, 134 y 135)

<sup>36</sup> Cfr. Corte IDH OC-23/17, párrs. 140, 108 a 114

-durante el trámite es posible que haya que evaluar elementos como la urgencia, la cautela, la precaución, la provisionalidad y la interdisciplina, haciendo sumamente particulares y complejas las decisiones que deben tomarse en su desarrollo (flexibilidad procesal);

-el caso ambiental es un conflicto estructural, y como enseña BERIZONCE (2011:76), la decisión judicial no se agotará en un “trancher” que dirima el conflicto hacia el pasado -como sería en el ejemplo una condena de cierre definitivo de la firma por emisiones lesivas-, sino que se proyectará hacia el futuro asumiendo la jurisdicción una función atípica para contemplar los intereses encontrados, pudiendo incluir mandatos inyuctivos (injuctions) de naturaleza compleja, para resolver el reclamo (soluciones reestructurantes, remediales y dialogales);

-existe la posibilidad de tener que adoptar una micro institucionalidad (procedimientos, tareas, fondos, distinción entre metas interinas y finales, delegaciones, prohibiciones) en la ejecución de resoluciones y sentencias para construir una solución ajustada al problema (ejecución mandamental);

-también, y por todo ello, desde ya, es esperable una complejidad en la etapa apelativa (complejidad recursiva).

En pocas palabras, el caso ambiental requiere de órganos judiciales (jueces y fiscales principalmente) en un especial rol dirigido al control de los intereses públicos, de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, con una especial preparación y gestión del caso que suponen redimensionamientos en sus ejercicios funcionales habituales.

La litigación efectiva, por otra parte, exige para los licenciados en leyes conocimientos y manejos especializados, en la configuración de su teoría del caso ambiental, su abordaje fáctico y correcta argumentación, el despliegue probatorio y/o capacidad de evaluación sobre el uso eficiente, aunque restrictivo, de los medios alternativos de solución de conflictos.

## 5.AMBIENTE Y DERECHO EN LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE

Dentro la ecósfera -que es la capa de unos 10 kilómetros medidos por sobre la superficie de la tierra y mar, y por debajo de ambas-, lo cual a grosso modo es nuestro ambiente, acontecen interacciones dinámicas y ciclos biogeoquímicos -del carbono, nitrógeno, fósforo, azufre, oxígeno, y del agua o hidrológico-.

Estos fenómenos biosféricos, son impulsados por la energía solar y la gravitatoria. Como resultado, los nutrientes circulan principalmente entre la atmósfera y los organismos vivos y hacen posible nuestra existencia (DI PACE, CROJETHOVICH y HERRERO: 2004:113-130). De ahí surge la necesidad de protegerlo, para protegernos. Lo defendemos protegiéndonos, como un reflejo de supervivencia.

El derecho a que este medio ambiente se mantenga sano y equilibrado se entiende hoy como un derecho mixto o bifronte de la sociedad, con connotaciones tanto individuales como colectivas.<sup>37</sup>

En la dimensión colectiva, sobre la comunidad en su conjunto, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes como las futuras.<sup>38</sup> Podríamos darle dos sentidos.

Uno como derecho autónomo, que viene a proteger los componentes del medioambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, en tanto intereses jurídicos en sí mismos, y aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas.<sup>39</sup> Otro, como derecho humano, dirigido a proteger el espacio vital de nuestra especie.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Corte IDH OC-23/17, párr. 59

<sup>38</sup> Corte IDH OC-23/17, párr. 59

<sup>39</sup> Corte IDH OC-23/17, párr. 62

<sup>40</sup> VITORELLI (2020:68) propone al respecto una categoría de Litigios Globales que "existem no contexto de violações que não atinjam, de modo particular, a qualquer indivíduo. Os direitos subjacentes a tais litígios pertencentes à sociedade humana, representada pelo Estado nacional titular do território em que ocorreu a lesão"

En la faceta autónoma, se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, sino por su importancia para los demás organismos vivos, con quienes el hombre comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos.<sup>41</sup>

Si pensamos en el ejemplo de la firma metalúrgica, la eventual afectación al curso de agua ya es un elemento suficiente para invocar esta faz autónoma del derecho al ambiente, independientemente de que la población circundante tenga, pruebe o quiera reclamar efectos perjudiciales potenciales o reales en asuntos tales como salud humana, industria, propiedad o actividad agrícola privada. Si se contamina el río, se amenaza otros derechos humanos vitales conexos.<sup>42</sup>

Como veremos más adelante, una tercera dimensión, la individual, se refleja en la medida en que la vulneración del derecho al medio ambiente sano puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas por su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud.<sup>43</sup> De esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal, pero están indisolublemente conectados.<sup>44</sup>

Retomando lo dicho antes, colectivamente, el interés general de la sociedad está innegablemente ínsito en la degradación del medio ambiente, en tanto puede repercutir en daños irreparables en los seres humanos y su calidad de vida, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.<sup>45</sup> Estas tres dimensiones, autónoma, colectiva e individual del derecho al ambiente, se amalgaman en la noción del derecho humano a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible receptado en el artículo 11 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [-Protocolo de San Salvador-]<sup>46</sup> y el artículo 4.1 del Acuerdo de Escazú.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia de Argentina al tratar la contaminación del Riachuelo de la Ciudad de Buenos Aires, desarrolla el modo en que debe ser abordado este conflicto plurindividual:<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/75/266 del 28 de julio de 2020: Un primer paso hacia el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza consiste en admitir que los animales no humanos son seres sensibles, no meros bienes, y que se les debe respeto y reconocimiento legal.

<sup>42</sup> Corte IDH OC-23/17, párr: 136

<sup>43</sup> Corte IDH OC-23/17, párr: 59

<sup>44</sup> Corte IDH OC-23/17, párr: 63

<sup>45</sup> Corte IDH OC-23/17, párr: 59

<sup>46</sup> Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

<sup>47</sup> Fallos 326:2316.

-tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro ya que –allí se alegó- el caso se trató de actos continuados que seguirán produciendo contaminación en la cuenca;

-en segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé; y,

-finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento, cuyo destino –adelantamos- debe ir a satisfacer el interés común.

### 5.1.- El paradigma jurídico eco-céntrico.

Los argumentos que vienen a cimentar la importancia de una litigación estratégica ambiental para proteger el ambiente como bien jurídico autónomo son inocultables e innegables.

En la última década, como corolario del proceso de aumento del impacto de la actividad humana sobre la evolución del planeta y el abrupto cambio ambiental global experimentado, se ha consolidado tantos fundamentos que el mundo científico propuso la existencia de una nueva era geológica: el ANTROPOCENO.

La presión antrópica (humana) sobre el sistema terrestre alcanzó una escala tal que la humanidad ya ha abandonado el periodo previo de estabilidad: el Holoceno. Esto inició en el siglo 21 con la consolidación del consenso científico sobre el carácter principalmente antropogénico del calentamiento global del último medio siglo.

Para garantizar un espacio seguro para la humanidad, ROCKSTRÖM y OTROS (2009) identifican nueve fronteras planetarias, o en sus palabras “las precondiciones planetarias innegociables que la humanidad necesita respetar para evitar el riesgo de cambios ambientales catastróficos o deletéreos a nivel global”. Ellas son: cambio climático; acidificación de los océanos; reducción de la capa de ozono; cambios en el ciclo biogeoquímico del Nitrógeno y del Fósforo; uso del agua dulce; uso de la tierra; pérdida de biodiversidad; contaminación química; y concentración de aerosoles en la atmósfera.

En 2015, aquel grupo pero ya liderado por STEFFEN (et. al.: 2015), publicó una actualización de las informaciones sobre el estado del abordaje de las fronteras planetarias y destacó dos de ellas como centrales: el cambio climático y los cambios en la integridad de la biosfera (pérdida de biodiversidad y diversidad genética), dada la capacidad de ambas para empujar el sistema terrestre hacia un nuevo estado si no se producen cambios en sus trayectorias actuales.

A ello abona PEÑA CHACON (2019), citando el Informe Especial del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC) de las Naciones Unidas sobre calentamiento global de 1.5 °C y el Informe Planeta Vivo “Apuntando más alto” del Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF), ambos del 2018. Expone que de los nueve procesos fundamentales que sustentan la vida en la Tierra y los recursos de los que dependen los seres humanos y que permiten un espacio operacional seguro

para la humanidad y las demás formas de vida, ya se han traspasado al menos cuatro de ellos: integridad de la biosfera, ciclos biogeoquímicos del nitrógeno y fósforo, el sistema del suelo y el cambio climático.

Producto de este preocupante escenario global, propone PEÑA CHACON (2019:52) que “Las fórmulas clásicas de justicia de ‘dar a cada quien lo suyo’, o bien, ‘en condiciones iguales, tratamiento igualitario’, deben ser redimensionadas a la luz de una nueva ética ecológica planetaria, con el fin de poder alcanzar, a través de la Justicia Ecológica, los objetivos y fines propios de conservación (sostenibilidad ecológica y resiliencia), uso sostenible (eficiencia y prosperidad económica) y equidad social (solidaridad intra e intergeneracional y solidaridad ecológica)”.

Como resaltan MORATO LEITE y DINNEBIER (2019:114) en la misma obra, es necesario un gran cambio en el paradigma del derecho contemporáneo, saliendo de la visión estrictamente antropocéntrica hacia una visión ecocéntrica como la que empieza a florecer en Latinoamérica, que incluye la naturaleza como sujeto de derechos cuyos valores intrínsecos deben ser preservados.

## 5.2.- La cosmovisión de la Madre Naturaleza o la Pachamama.

En la región andina sudamericana la idea de la personalidad jurídica de la Naturaleza tiene una onda raíz cultural, lo que influye y potencia la posibilidad del reclamo autónomo ambiental (ZAFARONI: 2012). Esta tendencia ha sido resaltada por la Corte Interamericana.<sup>48</sup>

Según la Resolución 63/278 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2009<sup>49</sup>, cada 22 de abril es el Día Internacional de la Madre Tierra, bajo el reconocimiento de que la Tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar y el convencimiento de que, para alcanzar un justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, es necesario promover la armonía con la naturaleza y la Tierra.

Este ideario, ha abierto el camino a varias resoluciones posteriores de la Asamblea General, relativas a consolidar un dialogo y construcción para adoptar enfoques holísticos e integrados del desarrollo sostenible, en sus tres dimensiones -económica, social y ecológica-, que orienten a la humanidad hacia una vida en Armonía con la Naturaleza y lleven a la adopción de medidas para restablecer la salud y la integridad de los ecosistemas de la Tierra<sup>50</sup>, consolidando el trabajo en su programa “Armonía con la Naturaleza”. Muchas veces se ha resaltado que la finalidad de reconocer a la Naturaleza como sujeto de derecho se contraponen con claridad a las actuales leyes de protección ambiental, que son casi en su totalidad, antropocéntricas (sin atender

---

<sup>48</sup> Corte IDH OC-23/17, párr. 62.

<sup>49</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, Res. A/63/L.69 y Add.1, de 22 de abril de 2009

<sup>50</sup> Resoluciones 64/196, de 21 de diciembre de 2009, 65/164, de 20 de diciembre de 2010, 66/204, de 22 de diciembre de 2011, 67/214, de 21 de diciembre de 2012, 68/216, de 20 de diciembre de 2013, 69/224, de 19 de diciembre de 2014, 70/208, de 22 de diciembre de 2015, 71/232, de 21 de diciembre de 2016, 72/223, de 20 de diciembre de 2017, 73/235, de 20 de diciembre de 2018, 74/224, de 19 de diciembre de 2019, y 75/266, de 28 de julio de 2020. Ver <https://undocs.org/es/A/RES/74/224>

de forma directa la dimensión autónoma o ecocéntrica).

Pero este movimiento de cambio avanza desde sus inicios con la Carta de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982<sup>51</sup>, la cual estableció que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales; que toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera sea su utilidad para el ser humano; y que, por tanto, es un principio general respetar la naturaleza y no alterar sus procesos esenciales.

En la resolución O.N.U. 75/266, de 28 de julio de 2020, se concluye que los valores sociales y culturales son fundamentales para el futuro de la humanidad y para la forma en que los seres humanos gestionarán tanto el cambio climático como futuras pandemias. La clave de la sostenibilidad y de la salud del planeta consiste en restablecer la relación que la humanidad ha perdido con la tierra y con la Naturaleza en su conjunto.

En el último decenio ha venido ganando terreno en cada vez más Estados Miembros de Naciones Unidas un abanico de legislación, normativas y resoluciones judiciales centradas en el Planeta, también conocidas como jurisprudencia de la Tierra.<sup>52</sup> A través de esta filosofía y práctica, la humanidad acepta la realidad de que su bienestar proviene del bienestar de la Tierra y de que, a fin de sostener la vida de todas las especies del planeta y garantizar el futuro de sus generaciones, es necesario vivir en armonía con la Naturaleza y orientarse por las leyes de la Tierra.

Un antecedente ineludible en la región es la Constitución Ecuatoriana del año 2008, que cuenta con un Capítulo Séptimo sobre Derechos de la Naturaleza (arts. 71 a 74). En su texto, la Naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Finalmente, los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.<sup>53</sup>

A su turno, con la Ley de la Madre Tierra N° 300 de 2012 y la Ley de Derechos de la Madre Tierra N° 071 de 2010, el Estado Plurinacional de Bolivia reconoce como principios interdependientes y complementarios a los: a) Derechos de la Madre Tierra como sujeto colectivo de interés público<sup>54</sup>; b) Derechos colectivos e individuales de

<sup>51</sup> Resolución 37/7, anexo, del 28 de octubre de 1982. Ver <https://undocs.org/sp/A/RES/37/7>

<sup>52</sup> Resolución 75/266, de 28 de julio de 2020. Se puede consultar en el sitio web de la Armonía con la Naturaleza, en los enlaces <http://harmonywithnatureun.org/rightsOfNature/> y [www.harmonywithnatureun.org/rightsOfNaturePolicies/](http://www.harmonywithnatureun.org/rightsOfNaturePolicies/).

<sup>53</sup> La Santa Sede católica también reconoció los derechos de la Naturaleza en el documento final de la Asamblea Especial del Sínodo de los Obispos para la Región Panamazónica de 2019, convocada por el Papa Francisco del 6 al 27 de octubre de 2019 (parr. 74). Ver <http://www.synod.va/content/sinodoamazonico/es/documentos/documento-final-de-la-asamblea-especial-del-sinodo-de-los-obispo.html>

<sup>54</sup> Artículo 5.1. A los efectos de la presente Ley se entiende por Madre Tierra el sistema viviente

las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas; c) Derechos fundamentales, civiles, políticos, sociales, económicos y culturales del pueblo boliviano para Vivir Bien a través de su desarrollo integral; y, d) Derecho de la población urbana y rural a vivir en una sociedad justa, equitativa y solidaria sin pobreza material, social y espiritual.

En este sentido, el ejercicio de los derechos individuales están limitados por el ejercicio de los derechos colectivos en los sistemas de vida de la Madre Tierra, y cualquier conflicto entre derechos debe resolverse de manera que no se afecte irreversiblemente la funcionalidad de los sistemas de vida (conf. art. 6 seg. parr. Ley 71 del Estado Plurinacional de Bolivia).

5.3.- Estado Ambiental de Derecho, Gobernanza Ambiental, Indicadores de Gobernanza Ambiental y Daño ambiental.

La estrategia de la protección del medio ambiente, regulando colectivamente las conductas humanas es una protección por vía refleja, desarrollada a partir de la idea de que, en el marco del actual derecho internacional del medio ambiente, la protección de la biósfera es eficaz a través de la indirecta y necesaria protección de los seres humanos y sus derechos fundamentales (KISS y SHELTON: 2015:30-31), a partir del artículo 26 de la Convención Americana.<sup>55</sup>

Esto traza un desarrollo de lo general a lo particular; desde el Estado Ambiental de Derecho, que contiene, se desarrolla y se abre a la participación mediante la Gobernanza Ambiental, que a su vez se mide, evalúa y gestiona mediante la información pública e indicadores de desempeño y se controla, se corrige e impugna por los ciudadanos mediante el acceso a justicia y, en última instancia, ejercitando el reproche de responsabilidad ambiental.

La visión antropocéntrica de la protección refleja, explican MORATO LEITE y DINNEBIER (2019:124), se fundó en el Estado de Derecho, que aun cuando emana leyes de protección ambiental, lo hace en la lógica del beneficio que el medio ambiente trae para los seres humanos, y no para la protección de la naturaleza por sí misma.

Vigilando la conducta humana para mantenerla dentro del paradigma ecológico, los gobiernos se orientan en lograr la articulación entre sistemas jurídicos y sistemas ecológicos, a través del respeto por parte del derecho de las leyes naturales que rigen los procesos ecológicos esenciales. Lograrlo, es dar efectividad a un Estado de Derecho Ecológico pleno, una vida en armonía con la Naturaleza (DE ARAÚJO AYALA: 2018:64).

KREILHUBER (2019:8) define para el P.N.U.M.A. el Estado de Derecho en general,

dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada; alimenta y es el hogar que contiene, sostiene y reproduce a todos los seres vivos, los ecosistemas, la biodiversidad, las sociedades orgánicas y los individuos que la componen.

<sup>55</sup> Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400

considerando cuatro principios universales: rendición de cuentas, leyes justas, gobierno abierto y mecanismos accesibles e imparciales para resolver controversias.

Basado en esas ideas, para el proyecto producido por el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO y el WORLD JUSTICE PROJECT (2020:10) el Estado de Derecho Ambiental consiste en aplicar estos principios al contexto ambiental, haciendo que todos los entes sean igualmente responsables de respetar las leyes ambientales; desarrollando principios, leyes y regulaciones ambientales de calidad que protejan los derechos fundamentales, incluyendo a las comunidades afectadas en la toma de decisiones en materia ambiental; y juzguen imparcialmente las controversias de esta índole.

En el mismo sentido para la U.I.C.N. (2016), el Estado de Derecho en materia ambiental se entiende como el marco jurídico de derechos y obligaciones sustantivos y procesales que incorpora los principios del desarrollo ecológicamente sostenible en el Estado de Derecho. El fortalecimiento del Estado de Derecho en materia ambiental constituye la clave para la protección, conservación y restauración de la integridad ambiental. Sin él, la gobernanza ambiental y el cumplimiento de los derechos y obligaciones podrían tornarse arbitrarios, subjetivos e impredecibles.

El Estado de Derecho Ambiental crea una base para la Gobernanza Ambiental que protege los derechos y hace cumplir las obligaciones fundamentales (BID y WJP: 2020:10). Ofrece un marco para abordar la disparidad de las leyes ambientales en la letra y en la práctica (KREILHUBER: 2019:8-XVI) y es fundamental para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.<sup>56</sup>

Los principios que conforman el estado de derecho ambiental y guían la gobernanza ambiental son: a) principio de igualdad y principio de no discriminación; b) principio de transparencia y principio de rendición de cuentas; c) principio de no regresión y principio de progresividad; d) principio de buena fe; e) principio preventivo; f) principio precautorio; g) principio de equidad intergeneracional; h) principio de máxima publicidad; k) principio pro persona (art. 3, Acuerdo de Escazú) y de reparación (conf. arts. 8.3.g, Acuerdo de Escazú). También el Principio 11 de la Declaración de Río de 1992 que convoca a los Estados a promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican estos principios.

Como se analizó en LLORET – MOSMANN (2007) estos principios tienen una función de interpretación y sirven como criterio orientador del derecho para el operador jurídico. Son fundamento o razón del sistema jurídico y el soporte básico del ordenamiento, prestando a éste su verdadera significación. Operan como criterio orientador del juez. Los principios generales, y en especial los principios propios de una rama especial del derecho como el ambiental, sirven de filtro o purificador, cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas sustanciales o procesales que, quieran aplicarse a la rama específica (CAFFERATTA:

<sup>56</sup>Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1). Recuperado de: <https://undocs.org/sp/A/RES/70/1>

2003: 673).

El Grupo de Trabajo sobre el Protocolo de San Salvador ha indicado que el derecho al medio ambiente sano, tal como está previsto en el referido instrumento, conlleva cinco obligaciones para los Estados, que nos pueden ilustrar los objetivos de Gobernanza Ambiental: a) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir; b) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, servicios públicos básicos; c) promover la protección del medio ambiente; d) promover la preservación del medio ambiente, y e) promover el mejoramiento del medio ambiente.<sup>57</sup>

A su turno, la gobernanza ambiental comprende un amplio conjunto de directrices, objetivos, criterios y enfoques para tomar e implementar decisiones relacionadas con el medio ambiente. Es una mirada sobre la práctica y realidad de la cosa regulatoria ecológica. Es el sistema y los procesos según los cuales los aportes ambientales (que podríamos ejemplificar pensando en asignaciones del presupuesto ambiental y la cantidad de inspectores), se traducen en resultados ambientales, como aire y agua limpios. Esto incluye mecanismos que aseguran el cumplimiento y la aplicación de las leyes ambientales como brindar acceso democrático a la información ambiental, participar en las tomas de decisiones y reclamar los desvíos gubernamentales o los riesgos y daños ambientales, así como prácticas destinadas a mejorar resultados ambientales específicos (BID y WJP: 2020:10).

La Asamblea General de la OEA aprobó en 2014 ciertos indicadores de progreso para evaluar la situación del medio ambiente de los Estados bajo el Protocolo de San Salvador, en función de: a) las condiciones atmosféricas; b) la calidad y suficiencia de las fuentes hídricas; c) la calidad del aire; d) la calidad del suelo; e) la biodiversidad; f) la producción de residuos contaminantes y manejo de estos; g) los recursos energéticos, y h) el estado de los recursos forestales.<sup>58</sup>

Dentro de la gobernanza, los Indicadores de Gobernanza Ambiental (IGA) son una herramienta de evaluación cuantitativa diseñada para medir su efectividad. El estudio BID y WJP (2020) los organiza principalmente en: 1) Regulación y cumplimiento; 2) Participación ciudadana; 3) Derechos fundamentales sociales y ambientales; 4) Acceso y calidad de la justicia; 5) Calidad del aire y clima; 6) Recursos y calidad del agua; 7) Biodiversidad; 8) Bosques; 9) Océanos, mares y recursos marinos; 10) Gestión de residuos; y 11) Extracción y minería.

Con el estado de derecho ambiental, las leyes bien diseñadas son implementadas por instituciones gubernamentales capaces que son responsabilizadas por un público informado y comprometido, lo que conduce a una cultura de cumplimiento que abarca los valores ambientales y sociales. Implementando una gobernanza ambiental correcta, es posible una plataforma esencial que sustente los cuatro pilares del desarrollo sostenible: económico, social, ambiental y de paz. Por ello veremos que

---

<sup>57</sup> Corte IDH, OC-23/17; párr. 60.

<sup>58</sup> Corte IDH, OC-23/17; párr. 60. Cfr. GTPSS, Indicadores de Progreso: Segundo Agrupamiento de Derechos. OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.9/13, 5 noviembre 2013, párr. 38.

los instrumentos de la gobernanza tienen (y deben tener) también posibilidades de justiciabilidad, al igual que los riesgos y daños ambientales (KREILHUBER: 2019:1).

Aclara la Corte Interamericana que si bien no es posible realizar una enumeración detallada de todas las medidas que podrían tomar los Estados con el fin de cumplir el deber de prevención, pueden señalarse algunas, relativas a actividades potencialmente dañosas: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental”.<sup>59</sup>

Es decir que los dos grandes grupos de actividades de incidencia ciudadana para proteger (de manera refleja) el ambiente, son: impugnar ante incumplimientos en la gobernanza ambiental (desinformación, falta de participación, falta de control, falta de certificación ambiental, ilegalidad reglamentaria, entre otros) o recurrir ante riesgos o daños a la incolumidad ambiental.

Los derechos especialmente vinculados al medio ambiente que pueden afectarse y dar lugar al reclamo se han clasificado en dos grupos: i) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, también identificados como derechos sustantivos (por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad), y ii) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos de procedimiento o de acceso (tales como derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo).<sup>60</sup>

Las repercusiones directas e indirectas propias de la pluriofensividad ambiental deben, a su vez, ser recogidas dentro de los procesos judiciales en sus efectos diferenciados, o bien transindividuales o bien individuales. Dice ALPA (1991) que el daño ambiental es un daño causado a un interés colectivo carente de materialidad y de titularidad colectiva, mientras que el daño civil constituye una afectación a las personas o a sus bienes.

Como explica KEMELMAJER DE CARLUCCI (2006), hay, pues, un cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial en distinguir dos tipos de daños, aunque sean causados por un único acontecimiento: a) Daño de incidencia colectiva, o ambiental propiamente dicho y b) Daño individual (tradicionalmente regulado por el código civil).

Esta disquisición sustancial, de todos modos, no resulta óbice para su tratamiento procesal integrado, como lo hace el Código Modelo (conf. art. 20 y cc.).

5.4.- La litigación compleja ambiental basada en la gestión del conflicto socio-ambiental.

El autor argentino BINDER (2011), propone distintos niveles existentes en un

<sup>59</sup> Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, § 208.

<sup>60</sup> Corte IDH, OC-23/17; párr. 64

sistema de gestión de la conflictividad. Dice, deben ser medidos desde una menor intervención del Estado hasta una mayor: un Primer nivel, el de la intervención indirecta, donde el Estado no tiene intervención (pero sí promoción mediante la educación y la cultura, agregamos), y es regido por el ámbito privado y/o valores morales, sin litigación; un Segundo nivel, del Derecho en general, como pautas o guías de comportamiento, donde el Estado sólo interviene en la medida en que genera normas y las da a conocer; un Tercer nivel, de la conciliación en general, informal o formal, donde hay litigación pero en sentido amplio; otro Cuarto nivel, de Justicia reparadora mediante el proceso judicial civil (en sentido amplio, de justicia no penal), instado por la presentación de los casos por parte de los litigantes y la decisión de la solución por funcionarios o jueces a través de la valoración de la prueba e interpretación de las normas; y, un Quinto nivel, que se espera como el más acotado, de *minimun minimorum*, que implica el uso del poder punitivo Estatal mediante la justicia penal.

Bajo los parámetros del estado de derecho ambiental, la buena gobernanza ambiental y un derecho humano al medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, un abordaje esperable sobre la conflictividad ambiental, debe estar sentado en todos los niveles.

El paradigma ambiental se basa en la democracia ambiental intensiva, donde el pilar de las buenas prácticas ciudadanas es la educación ambiental. En este sentido, el primer grado de intervención indirecta y educadora del Estado crea valores comunitarios e interpersonales de auto-regulación (por ejemplo, conductas personales de reciclado, pautas de consumo sostenibles o disminución de la huella de carbono e hídrica) mediante políticas activas de sensibilización, formación y capacitación e incentivación fiscal de prácticas limpias. También aquí, en este campo de la ética ambiental ciudadana, es donde nacen las vocaciones y sinergias comunitarias para agruparse, reclamar o eventualmente organizarse para el litigio ambiental.

La regulación, esencialmente de base administrativa, para la ordenación y encauzamiento de conductas ambientalmente correctas, es el pie del segundo nivel. El establecimiento de la autorización, regulación y control, tanto permisionaria como habilitante y certificadora del Estado, dirige las conductas de los ciudadanos y los agentes estatales a la preservación del medio y sus elementos y sanciona las conductas contrarias.

En este tren, en el segundo eje toman relevancia las herramientas de la información, participación en la toma de decisiones regulatorias y autorizantes y la evaluación de impacto ambiental, por cuanto conforman instrumentos de efectivización de la buena gobernanza ambiental. Los resultados de estas prácticas dan lugar a la obtención de elementos para la litigación, tales como estadísticas, indicadores, evaluaciones técnicas y demás información que sirve de base para el planteo de casos. Por otra parte, la participación construye difusión y conocimiento de las problemáticas y consolida posturas sectoriales de reclamo y litigación en el público, frente al injusto ambiental.

En el tercer estadio, también de abordaje primordialmente administrativo, el Estado evalúa los pormenores de una regulación ambiental de interés público o una actividad con incidencia ambiental en particular.

En el primer caso, la intervención sobre la gestión, norma técnica, planes o política ambiental posee un sentido de involucramiento del ciudadano en el control de la legalidad ambiental. En el segundo, participa en el trámite de autorización de la iniciativa, proyecto, actividad, control de desempeño, etcétera, involucrado en base a un interés más especializado sobre determinados efectos de la actividad en el ambiente de la comunidad.

Igualmente, en ambos casos pueden insertarse elementos de observaciones y sugerencias sobre mejoras o ajustes, imbuidos en la idea de una democracia abierta. La idea más clara y general del primer tipo de regulación son los ordenamientos ambientales del territorio (conf. art. 7.3, Acuerdo de Escazú). Del segundo tipo, las evaluaciones de impacto ambiental (conf. art. 7.9, Acuerdo de Escazú). En estas etapas prejudiciales, por lo general, se cataliza los intereses y posturas encontrados de sectores de la sociedad y el Estado y permite consolidar mejores formas de proceder público-privada. Existe una estimulación de la composición amigable administrativa buscando la licencia social a los impactos o reglamentaciones u ordenamientos ambientales (CABRAL: 2006:199-213). El formato más universalizado de este procedimiento son las consultas o audiencias públicas (art. 7.6.c, Acuerdo de Escazú).

No obstante, conforme las pautas del Acuerdo regional, también puede abrirse en este tercer peldaño, instancias formales y alternativas de solución de controversias ambientales, en sede administrativa o judicial, en fase preventiva o reparadora del conflicto (art. 8.7). Aquí, la idea general, es que estos procedimientos de concertación transaccional también deben sostenerse bajo procedimientos oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos (art. 8.3.b) y reservando la posibilidad de re-discutirlas jurisdiccionalmente (art. 8.2.b).

Si evaluamos la concertación en los procedimientos de participación abierta e inclusiva como los procesos de toma de decisiones ambientales, vemos que debe arribarse a la solución bajo varios criterios: plazos razonables que dejen tiempo suficiente para informar al público y para que este participe en forma efectiva (art. 7.5), la oportunidad de presentar observaciones (art. 7.7), con involucramiento de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad (art. 7.14) y con la difusión, a través de medios apropiados, de las decisiones y la forma de recurrirlas administrativa o judicialmente (art. 7.9, todos del Acuerdo de Escazú).

Estos mismos parámetros debieran seguirse en una salida concertada ante un proceso de reclamo administrativo ambiental tramitado bajo un procedimiento sumarial tradicional. Pero esto resulta hoy dificultoso de imaginar, por las características de la relación "Administración-Administrado" y no la lógica "Administración-Público Interesado" (y directamente afectados, según el art. 7.16) que prevé el Acuerdo regional. En apretada conclusión, la forma de procesamiento bajo la responsabilidad administrativa tradicional requiere de un giro copernicano para atender las

exigencias del estado ambiental de derecho. Veremos más adelante la experiencia de los Tribunales Ambientales de Chile, que pueden generar algún aporte al respecto.

Las ideas sobre este tercer nivel conciliador en materia ambiental, también puede evaluarse sobre el ámbito propiamente judicial. Sabemos que el concepto de daño ambiental propiamente dicho corresponde a una naturaleza de incidencia colectiva, impersonal e indivisible, y por tanto indisponible para las partes bajo la noción civil tradicional del interés particular.

El concepto de transacción, por tanto, debe re-significarse en base a los mecanismos representativos y comunicativos de conocimiento comunitario antes analizados. El juez debe instrumentar procedimientos de concertación (como por ejemplo los modelos representativos de las class actions norteamericanas) de estos intereses difusos con miras a la sociedad portadora del derecho a la buena gobernanza ambiental o a la indemnidad ecológica.<sup>61</sup> Caso contrario, podría abrirse a una lógica de conveniencia para los emprendedores de dañar clandestinamente, por el incentivo del menor control público para la hipótesis del sumario estatal tradicional frente al que se ejerce en la autorización administrativa.

En último lugar, el cuarto y quinto nivel, también ven reconfigurados sus alcances ante el procedimiento especializado del Acuerdo de Escazú. La clave del sistema de responsabilidad ambiental son el estado de derecho, la prevención y la reparación ambientales. Y el procesamiento de la litigación ambiental, por cualquiera de las vías, penal o no penal, no escapa a esta lógica.

La finalidad principal del sistema de responsabilidad ambiental no es el castigo del reo sino la debida gobernanza y la inocuidad ambiental para el desarrollo sustentable.

La privación de la libertad del empresario o funcionario no restablece el desarrollo social, la equidad o el sistema ecológico. Dice GONZALEZ MARQUEZ (2003:85-88) que la pena no puede, en principio, tener el objetivo de reparar el daño. Si, en cambio, la prevención de conductas delictivas futuras, que puede lograrse mediante la prevención general o la especial, desincentivando la práctica ambiental negativa. No obstante -agrega- la Ley de Crímenes Ambientales de Brasil de 1998, presenta una tendencia reparadora del derecho penal ambiental al incorporar, frente a la sanción corporal típica de esta disciplina, sanciones novedosas como la condena a la realización de medidas a favor del ambiente o la comunidad.

Sin perjuicio de este antecedente brasilero, lo cierto es que sea por la vía penal o no penal, los activos sociales del trabajo y la manutención familiar, la generación sustentable de bienes y servicios para el progreso y la salubridad pública, deben ser

<sup>61</sup> La Regla 20.4.b de las REGLAS DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE PUERTO RICO, al regular las órdenes en la tramitación de pleitos de clase, se establece que "En la tramitación de pleitos a los cuales aplica esta regla, el tribunal podrá dictar órdenes apropiadas para:... (b) exigir, para la protección de los y las miembros de la clase o para la justa tramitación del pleito, que se notifique a algunos o a todos los miembros y todas las miembros de la clase, en la forma que el tribunal ordene, de cualquier actuación en el pleito, del propuesto alcance de la sentencia o de la oportunidad de los y las miembros para indicar si consideran la representación justa y adecuada para intervenir y presentar reclamaciones o defensas, o para unirse al pleito en cualquier otra forma"

parte de la solución junto al restablecimiento del equilibrio ecológico, porque éste es el imperativo del enfoque de derechos humanos para buscar los Objetivos del Desarrollo Sustentable globales.

Y eso torna al caso ambiental en estructural, complejo, de interés público, de tinte social, como analizamos en la primera parte del trabajo. Por eso la litigación ambiental civil (o no penal) es el centro neurálgico del problema del conflicto ecológico. Y esta es la litigación sobre la que vamos a concentrarnos en adelante.

#### 5.5.- Los ámbitos de la responsabilidad ambiental en la región.

Reconoce la resolución de Naciones Unidas A/75/266 del año 2020, que uno de los motivos fundamentales de que el derecho ambiental no sea eficaz para proteger la Naturaleza es el hecho de que en él nunca se ha sustituido la idea de la explotación ilimitada del planeta, promovida por el derecho privado moderno, aún abjurando en el concepto de sostenibilidad. Con cita de SOZZO (2019), el punto débil del derecho ambiental está directamente vinculado al hecho de que nunca ha trascendido los límites del derecho privado tradicional.

El desafío de la prevención y reparación ambiental mediante la remisión a normas de los sistemas de responsabilidad de las ramas jurídicas clásicas, es un problema actual, pero diagnosticado de larga data.

En 2003, ya explicaba SILVA REPETTO que el tratamiento de la responsabilidad por daño ambiental no puede pues reducirse a la mera remisión a las normas de ramas del derecho distintas de la ambiental, así como tampoco basta una simple adaptación de las normas e institutos del derecho privado o del derecho público. En esa misma obra GONZÁLEZ MÁRQUEZ (2003) identificaba que en el derecho latinoamericano se observa una creciente tendencia a la adaptación de las instituciones tradicionales propias de otras disciplinas jurídicas, con el objeto de lograr la reparación del daño ambiental, y no una tendencia hacia la edificación de un sistema de responsabilidad ambiental de carácter autónomo y original.

SARMIENTO (2007) propone hacer una distinción entre los modelos reparadores y los modelos sancionadores. Los primeros -cuyo ejemplo paradigmático lo centra en el caso estadounidense, aunque observa que desde los 80's vienen sostenido un proceso de criminalización de conductas administrativas hacia un modelo mixto- son aquellos ordenamientos que vuelcan el grueso de normas en la garantía de una reparación íntegra y exhaustiva del daño ambiental. Los ordenamientos de este modelo se caracterizan, principalmente, por articular instrumentos ex ante y ex post, que contribuyan a prevenir y, posteriormente, a reparar el daño ambiental. Conviven con normas civiles dirigidas a proteger la situación patrimonial de individuos afectados, pero, en definitiva, se centran eminentemente en una labor reparadora y directa sobre el medio ambiente.

Por otra parte, para SARMIENTO (2007) los modelos sancionadores se caracterizan por centrar la respuesta jurídica en la adopción de medidas punitivas -usando el caso del Derecho alemán, como un sistema sancionador administrativo y penal

imbricado y simultáneo, y un discreto protagonismo del Derecho de Daños para particulares-, cuya finalidad última se basa en un mensaje disuasorio a otros sujetos contaminantes. Estos modelos se mixturán igualmente con disposiciones dirigidas a la reparación, tanto ambiental como patrimonial, pero el núcleo del sistema gira alrededor de la sanción y el ilícito.

Como explica GONZALEZ MÁRQUEZ (2003:31) “Si consideramos que el derecho ambiental surge y evoluciona a partir de las ramas tradicionales del derecho, resulta comprensible que la primera manera en cómo las legislaciones de los países de Latinoamérica tratan de resolver los problemas derivados de la producción de daños al ambiente sea, precisamente mediante la aplicación de las reglas jurídicas propias del derecho civil, del derecho penal y del derecho administrativo, sin considerar que el bien jurídico protegido por el derecho ambiental es diverso del que aquéllos persiguen, así como también son distintas las particularidades del daño ambiental”. En Brasil -ejemplifica-, la Constitución Federal establece un triple reproche a quien daña el ambiente: sanción penal, sanción administrativa y sanción civil, por la vía del artículo 225, párrafo 3º de la Constitución Federal de 1988.

Es que en los últimos años, -sigue opinando GONZALEZ MARQUES (2003:31-33)- las transformaciones que ha sufrido el derecho administrativo en el ámbito ambiental, lo acercan mucho al derecho civil. Así, el derecho administrativo ambiental busca no sólo sancionar la infracción del ordenamiento jurídico sino también obligar al infractor a la reparación del daño causado, aunque esto pudiere significar el alejamiento de esa disciplina jurídica de su función original, que es fundamentalmente la policía de prevención ecológica, lo que la doctrina actual ubica como el estadio del pre-daño, anterior a una eventual necesidad de reparación.

En Europa por ejemplo, la Directiva sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales<sup>62</sup> establece un sistema predominantemente administrativo de responsabilidad medioambiental, siguiendo en eso a la CERCLA norteamericana. Supone dos regímenes de responsabilidad basados en el principio de “quien contamina paga”, con dos cánones de responsabilidad distintos en función de la actividad contaminante y del objeto dañado.

Explica BAUTISTA ROMERO (2009) que la responsabilidad es objetiva si al daño o la amenaza los causan alguna de las actividades económicas y profesionales particularmente peligrosas enumeradas en el Anexo III (como entre otras las referidas a instalaciones sometidas a permisos especiales de prevención de la contaminación, gestión de varios tipos de residuos incluyendo de industrias extractivas, vertidos en aguas bajo permisos especiales, gestión de sustancias peligrosas, preparados peligrosos, productos fitosanitarios, biocidas, organismos genéticamente modificados y las actividades en las aguas marinas). En cambio, la responsabilidad es subjetiva o por culpa si se trata de daños “causados a las especies y hábitats naturales protegidos por actividades profesionales, distintas de las enumeradas en el Anexo III”.

<sup>62</sup>Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:02004L0035-20130718>

En esta Directiva los particulares y ONG's están facultados para notificar a los organismos públicos designados de cualquier daño ambiental, o la amenaza inminente del mismo, e impugnar la acción o inacción de una institución pública para prevenir y reparar los daños medioambientales. La Directiva no da derecho a los particulares a ser compensados como consecuencia de daños ambientales. En su lugar, los organismos públicos designados determinan y evalúan la magnitud de los daños ambientales y acuerdan, en cooperación con los responsables, las medidas reparadoras que deben adoptarse.<sup>63</sup>

La visión del Derecho ambiental como un conjunto de normas contenidas en tres compartimentos estancos (civil, penal y administrativo) es -para SARMIENTO (2007) - un claro error, que, para colmo dice, se ha impuesto en todos los Estados de occidente. Opina que esa situación sólo puede encontrar una respuesta: una visión integral del Derecho Ambiental, desde una óptica que englobe tanto la perspectiva civil como la penal y la administrativa.

El enfoque de la Directiva europea del 2004, complementada por la Directiva penal ambiental posterior<sup>64</sup>, ofrece un marco mixto más claro desde el punto de vista de la reacción jurídica ante una actividad contaminante: un resarcimiento por daños personales a través de las normas de Derecho civil; un resarcimiento por daños ecológicos a través de una acción de responsabilidad pública; y finalmente un castigo a través de las normas de Derecho penal y/o Derecho administrativo sancionador, como reacción del Estado dirigida contra el particular (en este sentido, SARMIENTO: 2007).

Volviendo a este continente, el flamante Acuerdo de Escazú, propone para América Latina y El Caribe un modelo de acceso a la justicia en asuntos ambientales que estipula una lógica central basada en las formas de procesar el conflicto ambiental más que en las lógicas de los sistemas clásicos de responsabilidad.

Si bien el texto no se olvida del instrumento penalizador (ver al respecto art. 11.5, Acuerdo de Escazú), avanza en realidad sobre procesos administrativos y judiciales con un sentido más articulador, buscando mecanismos de garantía y saneamiento de una buena gobernanza, modulado con una faz preventiva y reparadora concreta frente al desequilibrio ecológico material.

Más que armonizar los distintos sistemas de responsabilidad ecológica o rituales procesales en la región, el tratado contiene la idea de acentuar las garantías y remedios procesales. Y bajo el paraguas de la tutela judicial ambiental efectiva que propone, podemos encontrar alguna homogeneidad y coherencia en la forma especializada de procesar la prevención y reparación ambiental. Repasemos el sistema del Acuerdo de Escazú.

---

<sup>63</sup>Ver voz Responsabilidad medioambiental en [https://ec.europa.eu/info/energy-climate-change-environment/implementation-eu-countries/environmental-liability\\_es](https://ec.europa.eu/info/energy-climate-change-environment/implementation-eu-countries/environmental-liability_es)

<sup>64</sup>Directiva 2008/99/CE: protección del medio ambiente mediante el Derecho penal. Recuperada de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:ev0012&from=ES>

En primer término incluye, ambivalentemente, la reclamación por la vía administrativa y por la vía judicial (art. 8), conformándose ambas a las garantías del debido proceso (art. 8.1), y sumándoles la posibilidad utilizar mecanismos alternativos de solución de las controversias en asuntos ambientales, para prevenirlas o solucionarlas, en los casos en que proceda (art. 8.7).

En segundo lugar, no obstante cada estado nacional legisle su sistema regulador bajo un modelo de responsabilidad de tinte sancionador, reparador o mixto, debe permitirle a los ciudadanos que mediante una legitimación activa amplia puedan impugnar y recurrir ante órganos estatales competentes (art. 8.3.c), con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental (art. 8.3.a), en cuanto al fondo y el procedimiento, los tres tipos de tramites ambientales: gubernativos, preventivos y reparativos (art. 8, Acuerdo de Escazú). Si se pretende ampliar la función reparativa ambiental en sede penal, debe entonces asegurarse esta amplitud, lo cual aparece dificultoso.

En tercer lugar, el reclamo o demanda ambiental puede referirse tanto a la Gobernanza Ambiental como a la Afectación Ambiental.

En el primer caso, el Acuerdo de Escazú asegura recursos administrativos y judiciales ante cualquier decisión, acción u omisión que contravengan, en general, normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente (art. 8.2.c seg. sup.), y en particular relativas al acceso a la información ambiental (art. 8.2.a en relación a los arts. 5 y 6) y a la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales (art. 8.2.b en relación al art. 7).

Los dos accesos en particular se los asegura al “público”, entendidos como una o varias personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas (arts. 2.c, 5.1 y 7.1, Acuerdo de Escazú).

En el caso de la defensa de la incolumidad ambiental, asegura el acceso a la tutela pero conforme el marco de su legislación nacional, ante cualquier decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente (art. 8.2.c prim. sup.). El reclamo por afectación a la legalidad ambiental (art. 8.2.c seg. sup.), también se ajustará a las formas de cada derecho nacional.

En cuarto lugar, estos procedimientos en sede administrativa o judicial -sea un “proceso de jurisdicción administrativa”<sup>65</sup>, uno civil, una acción civil en sede penal, una acción civil pública o por la vía constitucional de amparo o de una acción popular y/o de inconstitucionalidad- deben asegurar procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos (art. 8.3.b).

<sup>65</sup> El proyecto de Código Modelo de Procesos Administrativos -Judicial y Extrajudicial- para Iberoamérica, Aprobado por la Asamblea General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal con ocasión de las XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, ocurridas en Buenos Aires, el día 8 de junio de 2012, evitó la expresión “contencioso administrativo” para que el Código pueda servir de modelo tanto para los países de jurisdicción doble (que adoptan tribunales administrativos especiales) como para los de jurisdicción única, donde no existen tribunales especializados para el juzgamiento del Estado. Se vale de las expresiones “jurisdicción administrativa” y “justicia administrativa”.

Para las personas o grupos en situación de vulnerabilidad debe ofrecerse mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita (art. 8.5).

En quinto lugar, estos procedimientos deben posibilitar disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente (art. 8.3.d). También tomar medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba (art. 8.3.e). Esto último, sumado a la exigencia de la doble instancia<sup>66</sup>, hace difícil el uso de la vía clásica de la revisión de los actos administrativos sancionatorios, reclamando un proceso más abierto y especializado.

En sexto orden, estos procesos deben prever mecanismos de reparación, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación (art. 8.3.g). También mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas (art. 8.3.f), debiendo consignar estas por escrito, con su fundamentación (art. 8.6). Las acciones de clase -de cuño anglosajón- prevén mecanismos de representatividad, publicidad, alcance colectivo y trámite estructural que tienen una fuerte difusión en la región, permitiendo atender varios de estos requerimientos del Acuerdo de Escazú, a diferencia del modelo administrativo tradicional. Ante ello, en adelante recurriremos al Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero América del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de 2004 [-en adelante Código Modelo-]<sup>67</sup>, para ilustrar muchas de las cuestiones de litigación que analizaremos.

En séptimo lugar, y para cerrar estas grandes líneas del nuevo sistema de procesamiento regional de la conflictividad ambiental, como se adelantó, se debe promover en los derechos nacionales el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos y la forma en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias (art. 8.7).

---

<sup>66</sup> Para la Corte I.D.H. "en los términos de la obligación de reparación que surge como consecuencia de una violación de la Convención [ ], el proceso contencioso administrativo no constituye per se un recurso efectivo y adecuado para reparar en forma integral esa violación". Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, § 209, Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, § 340, Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, § 220, Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, § 167.

<sup>67</sup> Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero América, aprobado en la Asamblea General del Instituto Ibero-americano de Derecho Procesal, en octubre de 2004, durante la realización de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, en Caracas, Venezuela el 28 de octubre de 2004. Recuperado de [http://www.iibdp.org/images/codigos\\_modelo/IIIDP\\_Codigo\\_Modelo\\_de\\_Procesos\\_Colectivos\\_Para\\_Iberoamerica.pdf](http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIIDP_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.pdf)



## 6. RECONFIGURACIONES DEL PROCESO ADVERSARIAL EN MATERIA AMBIENTAL LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE

Sentemos nuestro punto de partida en que la “situación de la defensa de los derechos transindividuales en Iberoamérica, es insuficiente y heterogénea, por no decir caótica” y requiere ser armonizado. Esta definición tan categórica, corresponde a la exposición de motivos del Código Modelo del 2004.

Continúa el Código Modelo exponiendo que “El modelo aprobado se inspira, en primer lugar, en aquel que ya existe en los países de la comunidad iberoamericana, completando, perfeccionando y armonizando las reglas existentes, de modo de llegar a una propuesta que pueda ser útil para todos... un sistema original, adecuado a la realidad existente en los diversos países iberoamericanos”. Deja en claro que se insertan entre otros intereses la protección del ambiente.

El Código Modelo se auto define como “un verdadero sistema iberoamericano de procesos colectivos, armonioso y completo, que podrá ser tomado como modelo por los países de nuestra comunidad, empeñados en la transformación de un proceso individualista en un proceso social”, por lo que será motivo de muchas citas y será usado como recurso ejemplificador en el presente Manual.

Para tener un pie de apoyo, empecemos compartiendo con LORENZO (2017:20) que, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como la Convención Europea de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establecen, en lo que se ha llamado “cláusula genérica” (art. 8.1 C.A.D.H., 6.1 C.E.D.H. y 14.1 del P.I.D.C.yP.), los requisitos centrales a cumplir para la tutela judicial efectiva, cualquiera sea la materia sobre la que esta garantía verse: 1. Exigencia de debido proceso; 2. Contar con una audiencia oral y pública como centro del proceso; 3. Poner la resolución del conflicto a cargo de un órgano independiente e imparcial; y, 4. Terminar los casos en un plazo razonable.

En este sentido, esas cuatro exigencias componen el marco básico que debe cumplir un diseño normativo procesal, institucional y de prácticas específicas de litigación ambiental para cumplir adecuadamente las exigencias de los instrumentos internacionales de derechos humanos. El Acuerdo de Escazú las trata, en líneas

generales, en su artículo 8.

En la región, la cultura litigante de contienda impersonal y más beligerante de la escritura civil, está retirándose y dando paso a una litigación adversarial con mayor inmediatez y más dialogal y razonable. Si a ello se suma el uso de instancias negociales, se compone una práctica actual más colaborativa de la abogacía.

Sin embargo, la litigación compleja ecológica presenta planos que harán del proceso ambiental algo muy particular. Conforme el abordaje integral e inteligente de la conflictividad propuesto por BINDER (2011), los asuntos ambientales, desde su énfasis más marcadamente preventivo y hasta precautorio (conf. arts. 3.e y 3.f, Acuerdo de Escazú), buscan solucionarse en la etapa administrativa -fase del pre-daño-, creando consensos de solución mediante una participación abierta del público directamente afectado en procesos públicos y transparentes de toma de decisiones ambientales (conf. arts. 8.2, 8.3.b, 7.1, 7.16, entre otros, del Acuerdo de Escazú). Incluso, ante recursos administrativos, se podría apelar a los mecanismos alternativos de solución de controversias [-MASC-] en asuntos ambientales buscando solventarlos tempranamente (conf. art. 8.7), tal como se propone en el Capítulo VII (arts. 71 a 78) del Código Modelo de Procesos Administrativos -Judicial y Extrajudicial- para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de 2012.

Ahora bien, la exigencia del debido proceso, no debe entenderse en la judicialización de la materia ecológica como un sistema adversarial a ultranza, pues los Tribunales deben tomar decisiones de gestión y/u oficiosas y probatorias, para proteger el interés general e incluso para prevenir daños mayores, que poseen influencia en el tema central (thema decidendi) pero no son un anticipo de decisión ni implican prejuzgamiento. Esto, como veremos, está conectado con el case management judicial de los casos complejos y la litigación estratégica y colaborativa de las partes, que exigen flexibilizar los ritos procesales y dotar de funciones a los Tribunales para un mejor trámite y solución.

Este paso hacia una lógica de gestión judicial ambiental que reclama la solución ecológica, es un camino largo aún. Como venimos explicando, la complejidad de la litigación ambiental trae ínsita una pretensión de un interés general expandido, una responsabilidad social y un deber inter-especies añadido.

En este análisis de garantías, también se exige un sistema especializado de juzgamiento que debe atender las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida

la asistencia técnica y jurídica gratuita<sup>68</sup>, eliminación de barreras<sup>69</sup> y traducción a su idioma<sup>70</sup> (conf. art. 8.4.a, 8.4.d y 8.5, Acuerdo de Escazú). Además reclama para los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales una especial protección para ejercitar su labor (conf. art. 9).

Respecto de la garantía de audiencia oral y pública, su importancia no solo radica en asegurar la intervención de las partes como acto de gobierno republicano. Además, en el proceso ambiental, también es un mecanismo de gobernanza para la participación pública, de importancia democratizadora, por lo que cobra una nueva dimensión política y social, extra-partes en el sentido tradicional decimonónico del término. Además, es un medio de divulgación del derecho de acceso a la justicia ambiental y un magnífico procedimiento para acrecentar su efectividad (conf. art. 8.4.b, Acuerdo de Escazú).

Sin perjuicio de ello, otra de las maneras de amplificar la accesibilidad y el nivel participativo de los procesos ambientales es alentar el uso de las nuevas tecnologías, implementando medios electrónicos utilizados de una manera que no generen restricciones o discriminaciones para el público (conf. art. 4.9, Acuerdo de Escazú). Los medios electrónicos de gestión del caso, ayudan a una mayor comunicabilidad de la tarea representativa del abogado o grupo ambientalista. En esto, el trámite electrónico y la procuración remota pueden permitir mejores instancias de control.

Respecto a la garantía de independencia del órgano, el carácter incluyente y difuso del conflicto a solucionar, llevan al Juez o Jueza a la posibilidad de estar imbuidos en la problemática comunitaria en la que viven, pudiendo ser también afectados.

---

<sup>68</sup> Por ejemplo en "un caso [...] en el que la víctima, mujer e indígena, ha tenido que enfrentar diversos obstáculos en el acceso a la justicia, el Estado tiene el deber de continuar proporcionando los medios para que la víctima acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurar la provisión de intérprete y apoyo desde una perspectiva de género, en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad". Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, § 230, Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, § 213.

<sup>69</sup> Estableció el Tribunal regional que "El derecho a la accesibilidad desde la perspectiva de la discapacidad comprende el deber de ajustar un entorno en el que un sujeto con cualquier limitación puede funcionar y gozar de la mayor independencia posible, a efectos de que participe plenamente en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con las demás." Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, § 214.

<sup>70</sup> En razón de que la imposibilidad de denunciar y recibir información en el idioma propio implicara "un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad [...], basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia", la Corte IDH concluyó que "el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento". Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, § 201, Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, § 185.

La exigencia de procedimientos en condiciones de imparcialidad (art. 8.3.b, Acuerdo de Escazú), se re-significan con base en noción de independencia. El tradicional concepto resulta más explicable con el neologismo de imparcialidad (inspirar la confianza necesaria a las partes en el caso<sup>71</sup>, actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho<sup>72</sup>). Más que una neutralidad, parece exigir una nuestralidad (inspirando la confianza necesaria a los ciudadanos en una sociedad democrática<sup>73</sup>, de que se protegerá el ambiente social en acecho, tomando medidas positivas de protección). Se puede entrever en estas ideas, nuevas formas de sostener una actuación de independencia de los poderes fácticos -demandantes o demandados- pero simultáneamente una direccionalidad en el sentido reparador social con la solución.

A esta especial posición del juez o jueza en el proceso ambiental debemos sumarle la potestad de dictar medidas de facilitación, inversión o adjudicación dinámica sobre las cargas para quien está en mejor posición o tiene el deber de probar (art. 8.3.e, Acuerdo de Escazú). Y es que la complejidad de la prueba ambiental trastoca la normalidad de la tarea probatoria, obligando a re-balancear estas cargas, redefinir los esquemas de acreditación en función de la atención de la con-causalidad y formas diferentes de imputar la relación causal, redefinir estrategias para afrontar los costes elevados de las operaciones de muestreo (del medio natural, antrópico o social), de laboratorio, medición y/o modelización, entre otras.

No es una reversión del proceso de litigación adversarial lo que transita la región, sino su modulación ritual a esta materia sustancial. Sostienen GONZALEZ BALLAR y PEÑA CHACON (2015:177) que estos casos exigen un juzgador proactivo, quien además de ser el director del proceso sea el jefe de la prueba, buscando la verdad real, salvaguardando el interés público ambiental y cumpliendo el mandato constitucional de garantizar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Otra reconfiguración en el rol neutral del juez esta dado en que, más allá de la posibilidad de dictar medidas cautelares, puede disponer medidas provisionales que, por ejemplo, prevengan o cesen, o adelanten la recomposición o mitigación de daños al ambiente (art. 8.3.d, Acuerdo de Escazú). Hemos dicho ya que la materia necesita de una tutela judicial urgente para sus finalidades ambientales.

Como ya enseñaba CALAMANDREI (1945:41-42) “Es preciso no establecer

<sup>71</sup> Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, § 170 y 171, Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, § 145, Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, § 117.

<sup>72</sup> Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, § 56, Corte IDH. Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, § 186, entre muchos otros.

<sup>73</sup> Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, § 170 y 171

confusión entre tutela preventiva y tutela cautelar: conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir relación de género a especie. En ciertos casos, también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional pueda surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de la lesión se anuncie como próxima o posible: en estos casos la tutela jurisdiccional, en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. Se habla en estos casos, en contraposición a la tutela sucesiva o represiva, de tutela jurisdiccional preventiva”.

Debemos sentar la idea de que lo urgente es distinto y más amplio que lo cautelar (PEYRANO: 1995:899). No obstante ambas formas de tutela urgente, las medidas cautelares y la tutela anticipada, poseen caracteres comunes: 1) ambas son importantes instrumentos para la efectividad del proceso (una asegura la idoneidad del proceso -la tutela cautelar- y otra adelanta la provisión de lo solicitado por el actor -anticipación de tutela-); 2) no producen efecto de cosa juzgada material ya que son dictadas mediante una cognición necesariamente sumaria; 3) no causan instancia ya que se exigen reversibilidad jurídica para cualquier providencia que se trate, sean anticipatorias, sean cautelares; y, 4) son de ejecutabilidad inmediata (BOMFIM MARIN: 1997:563-567).

Por final, dijimos que la cuarta exigencia es el deber de dar una respuesta a los casos en un plazo razonable. En temas ambientales, la razonabilidad no consiste en medir la limitación temporal en tiempos humanos sino ecológicos, donde los procesos de los sistemas de ambiente poseen dinámicas y escalas propias, muchas veces hasta más prolongadas que las generaciones humanas. Asimismo, la complejidad del caso ambiental, que ya venimos analizando, hace sumamente intrincado llegar a su solución definitiva e integral, por lo que debe articularse el trámite para ir alcanzando remedios a los distintos elementos el conflicto.<sup>74</sup> Un avance por fases o etapas, permite lograr soluciones razonables a escala ambiental en períodos de justicia pronta y en tiempos prudentes para la expectativa social.

Si tenemos presente que el Acuerdo de Escazú busca mecanismos de reparación tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración y la atención a las personas afectadas (conf. art. 8.3.g), es lógico que estas obligaciones de

---

<sup>74</sup>La Corte IDH. admitió que el concepto de plazo razonable “no es un concepto de sencilla definición” y fue acudiendo a la jurisprudencia de la Corte Europea que estableció inicialmente que se debían tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: “a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales”. Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, § 77.

Resalta la Corte IDH que “Para determinar la complejidad del asunto la Corte ha valorado distintos elementos, entre los que se encuentran: i) la complejidad de la prueba; ii) la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas; iii) el tiempo transcurrido desde que se ha tenido la noticia del presunto hecho delictivo; iv) las características del recurso contenidos en la legislación interna, o v) el contexto en el que ocurrieron los hechos.”. Corte IDH. Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, § 182.

hacer, llevarán a complejos y largos modos de ejecución y de cumplimiento de las decisiones (conf. art. 8.3.h), implicando la reestructuración de una situación ambiental negativa a una ideal. Por ello debe concebirse, citando a DIDIER, ZANETI y ALEXANDRIA DE OLIVEIRA (2020), como un procedimiento caracterizado por su flexibilidad intrínseca, con la posibilidad de adoptar formas atípicas de medidas ejecutivas y de tutela anticipada, mudar el objeto del litigio y utilizar mecanismos de cooperación judicial.

Por momentos, veremos, la naturaleza colectiva de la conflictividad ambiental, aparenta tornar más rígida la actuación litigante. Por ejemplo, condiciona la respuesta mediante salida negociada, exigiendo el cumplimiento de mecanismos objetivos de reparación ecológica y la construcción de consensos más abiertos y democráticos, que los requeridos para una mera negociación entre contendientes civiles. Y esto también impacta en el plazo razonable. De hecho, ya adelantamos que el art. 8.7 del Acuerdo de Escazú permite usar los MASC solo “en los casos en que proceda”.

Sabemos que avanzar sobre la litigación civil escrituraria y la cultura de expediente tradicional dominantes en el sub continente Latinoamericano y del Caribe, pasando a una lógica oral y adversarial, significan hoy un gran desafío. Pero el esfuerzo de reconfigurarla aún más hasta obtener procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos, llevados por órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental, que brinden una legitimación activa amplia extensiva a personas, asociaciones, organizaciones o grupos (conf. art. 8.3 y 4.6, Acuerdo de Escazú) y adopten decisiones fundamentadas y consignadas por escrito que además se sistematicen y difundan (conf. art. 8.6 y 8.4.c), es un reto que debe asumirse concienzudamente. Va parte del futuro del planeta en ello.

Agreguemos a esta reflexión un aditamento final, sumando que un mecanismo que puede resultar útil para mejorar la litigación compleja ecológica en la región es promover el intercambio de experiencias y la elaboración de códigos voluntarios de conducta, guías, buenas prácticas y estándares (art. 11.3.c y 12, Acuerdo de Escazú).

6.1.- La estructuración bifásica del proceso ambiental regional y el manejo judicial del caso (case magement).

Hemos analizado someramente los distintos elementos que ha englobado el Acuerdo regional de Escazú, que enmarcan la tutela judicial efectiva ambiental para Latinoamérica y El Caribe. En este sentido, debe verse ahora la estructura procesal que resulta idónea para contener de mejor manera estas garantías fundamentales.

Al respecto, para la estructuración del caso complejo, conforme DIDIER, ZANETI y ALEXANDRIA DE OLIVEIRA (2020), habrían dos grandes momentos: i) Determinar el estado de disconformidad ambiental y la Decisión estructural que establece un objetivo a alcanzar (un nuevo estado de cosas) y ii) Cumplir el objetivo establecido en la decisión estructural. Para desarrollar esta característica “bifásica” del proceso estructural, los autores se basan en la normativa concursal, falencial o de quiebras. Como veremos, los principios y directrices derivadas del derecho fundamental

al ambiente (la prioridad preventiva o precautoria y el deber reparativo) y la configuración compleja de su conflicto (multipolaridad e intereses policéntricos), propician el aprehender este esquema de igual manera para los casos ambientales.

En Colombia, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, recibió una acción de tutela interpuesta por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” -en representación de diversos Consejos, Asociaciones y Foros de campesinos y etnias de la región de Chocó - contra la Presidencia de la República y otros organismos estatales (Ministerios, Agencias, Corporaciones y Contralorías, entre otros), en el denominado caso del “Río Atrato”, dictando una importante sentencia en el año 2016, la que cabe abordar. En esta casusa se accionó para detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales, que incluían maquinaria pesada -dragas y retroexcavadoras- y sustancias altamente tóxicas -como el mercurio- en el río Atrato, debido a las múltiples afectaciones ambientales, sociales y en salud que vienen produciendo la explotación minera y forestal ilegal que se realiza en el río mencionado.

La cuenca del río Atrato con 40.000 km<sup>2</sup> representa poco más del 60% del área del departamento y es considerada una de las de mayor rendimiento hídrico del mundo y queda en la región de Chocó, uno de los territorios más ricos en diversidad natural, étnica y cultural de Colombia, donde el 90% del territorio es zona especial de conservación. Las riberas del Atrato son el hogar de una población cercana a los 500.000 habitantes, muchas pertenecientes a múltiples comunidades afrocolombianas e indígenas, entre ellas las demandantes, que las han habitado ancestralmente.

La Corte Constitucional colombiana entendió que el bien jurídico constitucional medio ambiente reviste una triple dimensión: es un principio que irradia todo el orden jurídico, correspondiendo al Estado proteger las riquezas naturales de la nación; es un derecho constitucional fundamental y colectivo exigible por todas las personas a través de diversas acciones judiciales; y una obligación de protección en cabeza de las autoridades, la sociedad y los particulares: el “saneamiento ambiental” es servicio público y propósito fundamental de la actividad estatal.

En un sentido similar a la opinión consultiva de la Corte IDH 23/17, la Corte Colombiana considera la dimensión autónoma del derecho con un enfoque ecocéntrico, premisa básica según la cual la tierra no pertenece al hombre y, por el contrario, asume que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie. La especie humana es solo un evento más dentro de una larga cadena evolutiva. Concibe a la Naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella.

En otro apartado del fallo, entiende la Sala Constitucional que las disposiciones constitucionales que garantizan la protección del medio ambiente, en tanto interés superior, tornan claro que la actividad minera, que tiene la potencialidad de afectar el medio ambiente y la sostenibilidad de los recursos naturales, obligan al Estado a

tomar medidas estrictas de regulación y control de su ejercicio legal, concluyendo que las autoridades estatales demandadas son responsables de la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas demandantes, por su conducta omisiva al no realizar acciones efectivas para detener el desarrollo de actividades mineras ilegales.

Frente a este cuadro, la Corte resuelve proferir dos tipos de órdenes (remedies). Unas de ejecución simple, generalmente referidas a órdenes de abstención o de acción que pueden ser efectuadas por una autoridad sin el concurso de otras. Y también dictar órdenes complejas y mandatos estructurales (Plan de Descontaminación, Recuperación de Ecosistemas y Evitación de daños adicionales al ambiente de la Cuenca; Plan de Acción para erradicar definitivamente la Minería Ilegal; Plan de Acción Integral de Etnodesarrollo; Estudios Toxicológicos y Epidemiológicos; Estructuración de una Línea Base de Indicadores Ambientales) que exigen procesos de articulación y ejecución compleja, involucrando a varias autoridades y requiriendo acciones coordinadas. Además declara el efecto de la sentencia inter comunis.

Con este precedente tan ilustrativo resulta evidente que, frente a los procesos ambientales, se requiere organizar un procedimiento que, por una parte, preserve o restituya el contexto ecológico ideal o posible y además satisfaga los intereses afectados plurindividualmente. Al respecto, analizan DIDIER, ZANETI y ALEXANDRIA DE OLIVEIRA (2020), resulta absolutamente imposible estipular de antemano los circuitos procesales apropiados para el desarrollo del proceso estructural, dada la extrema variación de los tipos de disputas estructurales que pueden contener. Por esta razón, proponen que debe haber cierta flexibilidad intrínseca al procedimiento por el que se desarrolla el proceso estructural, el cual puede discurrir por intermedio del manejo judicial del caso.

La esencia del judicial case management para ANDREWS (2003:337) “es que el sistema judicial en su conjunto y, los tribunales en los casos individuales, regulan el contenido y el progreso de la litigación”.

El case management posee dos vertientes o esferas. Una macro, que contempla la administración de la justicia, la gestión judicial, la derivación y radicación, la selección y planificación de la estructura de distribución de tareas, la oficina judicial. Otra vertiente, referida a la actividad de dirección del caso concreto del juez, dirigido a cumplir fines de resolver con justicia, prontitud y equidad. No todo caso requiere de poderes intensos de manejo, por cuanto puede recibir soluciones repetitivas y estandarizadas, o soluciones consensuales simples. El caso ambiental, en tanto complejo, si lo requiere.

El manejo judicial del caso en concreto consiste entonces en la administración y control judicial de la litigación para alcanzar los fines del sistema de justicia en nuestra región. Es un mecanismo de flexibilidad, eficiencia y facilitación de la cooperación de las partes en el proceso judicial para conflictos que encierran complejidades para estructurar su solución. Entre las Reglas de Brasilia sobre Acceso

a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad<sup>75</sup> [-Reglas de Brasilia-], la que lleva por número 38, propone adoptar las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto.

Entre las Reglas para Casos Civiles de Litigación Compleja, aprobadas por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, la número 7 determina el marco en que la autoridad judicial debe ejercitar el manejo de este tipo de casos:

- conducirse bajo un control y supervisión judicial cuidadoso;
- estar a cargo de la supervisión de todos los procedimientos y de la resolución del caso complejo;
- tener un rol activo durante el curso de la litigación del caso;
- ser creativo en la formulación de órdenes necesarias para el manejo efectivo de éste;
- promover un ambiente que propenda a la solución de conflictos entre las partes;
- referir el caso complejo o cualquiera de sus controversias, en cualquier etapa de los procedimientos, a algún interventor neutral (MARC) o a un comisionado especial (árbitro, auditor, examinador y/u otro que atienda cuestiones que involucren cuestiones sumamente técnicas o de un conocimiento pericial altamente especializado).

Europa no permanece ajena a este movimiento. Como explica GARCIA ODGERS (2019:195), luego de un largo laizzes faire procesal, en 1999, Inglaterra incorporó en las Civil Procedure Rules<sup>76</sup> el judicial case management como herramienta central para el cumplimiento de diversos objetivos, y especialmente, del denominado objetivo predominante (overriding objective). Este último -continúa-, busca asegurar un tratamiento justo, económico y expedito para todos los casos, bajo un enfoque de estricta proporcionalidad, de justicia distributiva. Cuando se removió la barrera de la escrituración entre el juez y las partes y su litigio -dice GARCIA ODGERS-, el juez ya no podía mantenerse como un espectador, sino que se convirtió en un activo participante, dirigiendo y controlando el desarrollo del litigio.

El Manual de Litigación Compleja norteamericano establece como características de este manejo judicial eficaz, en general, que este debe ser activo, con un juez que anticipa problemas, innovando creativamente en la formulación de un plan de litigio; sustantivo, con un juez que en una etapa temprana se familiariza con cuestiones sustantivas a fin de adoptar decisiones informadas sobre la definición de la cuestión; oportuno, donde el juez decide las disputas con prontitud más que con perfección,

<sup>75</sup> Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador). Ver <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/download/1338/817/15>

<sup>76</sup> Cfr: artículo 1.1, de las Civil Procedure Rules, disponibles en World Wide Web: <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>

evitando fallos demorados costosos y gravosos para los litigantes; continuo, con un juez que supervisa periódicamente el progreso del litigio para comprobar que se están cumpliendo los calendarios y considerando si es necesario modificaciones del plan de litigio; firme, pero justo, sin imposiciones arbitrarias y siempre considerando las opiniones de los abogados e imponiendo sanciones apropiadas para los abandonos y las tácticas dilatorias; y, cuidadoso, estableciendo tempranamente un tono adecuado que mejora la credibilidad y eficacia ante los abogados.<sup>77</sup>

Tras esta idea de rearmado del esquema procesal, sentados en el principio flexibilizador y las facultades de manejo del juez, el redimensionamiento del proceso estructural debe asegurarse mediante: i) el uso del citado procedimiento en dos fases (constatación del problema y objetivo reparador e implementación de la solución), fraccionando las decisiones de mérito (tutela judicial anticipada) y, ii) con la aplicación de técnicas procesales flexibles, como la que atenúa las reglas de congruencia objetiva y la estabilización objetiva de la demanda, incluso admitiendo la posibilidad de alterar el objeto de pedir (como lo autoriza el art. 10 del Código Modelo); mas la ampliación del régimen de participación en el proceso, garantizando una mayor legitimidad democrática; optimizando la producción probatoria, adecuándola al problema subyacente, que a menudo presupone la investigación de múltiples cuestiones de hecho, muchas veces indeterminadas; para esto último resultan vitales la atipicidad de los medios de prueba y el uso de negocios procesales; y por fin, la atipicidad de los instrumentos de cooperación judicial (DIDIER, ZANETI y ALEXANDRIA DE OLIVEIRA: 2020).

En este proceso que propugnamos, la primera fase está esencialmente dirigida a la tutela inmediata de la realidad ambiental alterada y su restablecimiento, con la eventual atención primaria a las personas afectadas. Este primer escalón puede estar también signado por la necesidad de revertir una decisión ambiental gubernamental contraventora (retracción de la decisión violatoria de la gobernanza ambiental, como por ejemplo una falta de acceso a la participación pública previa en una autorización), lo cual puede ser un objeto único (una acción de inconstitucionalidad, o de nulidad en sede contencioso-administrativa) o compuesto (por caso, una acción colectiva ambiental de objeto múltiple: reparatorio más la invalidez normativa).

En esta primera fase, la secuencia que sigue a buscar la tutela inmediata o/e invalidez normativa, es arribar a la decisión estructural definitiva que remedie el conflicto y la compensación de los derechos individuales que hayan sido perjudicados.

Toda esta primera fase, es la expresión práctica de los principios de prevención y

---

<sup>77</sup>Manual for Complex Litigation, Fourth § 10.13 (12)

de precaución<sup>78</sup>, pro-persona<sup>79</sup> y de reparación<sup>80</sup> (conf. arts. 3.e, 3.f, 3.k y 8.3.g, Acuerdo de Escazú).

La fase siguiente, consistente lograr en segundo lugar el cumplimiento del objetivo establecido en la decisión de fondo anterior (invalidez normativa, reestructuración ambiental o ambos), y reúne diversas tareas de gestión judicial vinculadas su implementación (conf. art. 8.3.g, Acuerdo de Escazú), basados en el principio de que quien contamina debe cargar los costos de reparación.<sup>81</sup>

Conjugando lo visto anteriormente sobre los instrumentos para la tutela judicial ambiental efectiva previstos en el Acuerdo de Escazú y las fases estructurales del proceso ambiental bifásico de este punto, podemos organizar el siguiente cuadro.

Fases estructurales	Instrumentos del Acuerdo de Escazú relacionados

<sup>78</sup>PRINCIPIO 15 de la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, reunida en Rio de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

<sup>79</sup>PRINCIPIO 1 de la Declaración de Rio 1992: "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza". PRINCIPIO 13: "Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales".

<sup>80</sup>PRINCIPIO 13 de la Declaración de Rio 1992: "Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales".

<sup>81</sup>PRINCIPIO 16 de la Declaración de Rio 1992: "Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales".

Fases estructurales	Instrumentos del Acuerdo de Escazú relacionados
<p>I) tutela inmediata de la debida gobernanza o la realidad ambiental alterada y su restablecimiento</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Legitimación activa amplia (8.3.c)</li> <li>• Órganos estatales especializados (8.3.a)</li> <li>• Implementación de medios electrónicos para el público (4.9)</li> <li>• Mecanismos de apoyo a personas y grupos vulnerables (8.5)</li> <li>• Medidas de eliminación de barreras (8.4.a)</li> <li>• Uso de interprete o traductor (8.4.d)</li> <li>• Mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones (8.4.c)</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Procedimientos públicos (8.3.b)</li> <li>• Medidas de facilitación de prueba de daño ambiental (8.3.e)</li> <li>• Medidas cautelares y provisionales (8.3.d)</li> <li>• Mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales (8.7)</li> <li>• Decisiones fundamentadas y escritas (8.6)</li> <li>• Impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento, cualquier decisión adversa en contravención al ambiente, en particular contra la información y participación públicas (8.2.a-b-c seg. sup.)</li> <li>• Impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento, decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente (8.2.c prim.sup.)</li> <li>• Mecanismos de reparación (8.3.g)</li> <li>• Atención a las personas afectadas (8.3.g)</li> <li>• Medidas de Ejecución y cumplimiento (8.3.f)</li> </ul>

Fases estructurales	Instrumentos del Acuerdo de Escazú relacionados
<p>II) Implementación de la restitución al estado previo al conflicto ambiental y la compensación de víctimas y afectados</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Restitución al estado previo al daño, restauración, compensación, pago de una sanción económica, satisfacción, garantías de no repetición, atención a las personas afectadas, instrumentos financieros para apoyar la reparación (8.3.g)</li> <li>• Medidas de Ejecución y cumplimiento (8.3.f)</li> </ul>

6.2.- Bases de la tutela judicial efectiva ambiental en Latinoamérica y El Caribe.

6.2.1.- Legitimación activa amplia (art. 8.3.c, Acuerdo de Escazú).

La legitimación es la llave del proceso. Siempre se tiene poder de accionar, en tanto el acceso a la justicia<sup>82</sup>, ha referido la Corte Interamericana, constituye una norma imperativa del derecho internacional.<sup>83</sup> Pero la norma procesal puede condicionar de tal manera el derecho de acción que torne dificultoso poder entrar al proceso.

El Tribunal regional ha sostenido que los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos.<sup>84</sup> El derecho al ambiente de suyo lo es, en los términos del art. 11 del Protocolo de San Salvador.

La Carta de la Naturaleza, en el artículo 23 in fine, establece expresamente una formula legitimatoria amplia, expresando que toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernan directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización.<sup>85</sup>

<sup>82</sup>Ver Declaración sobre justicia, gobernanza y derecho para la sostenibilidad ambiental de presidentes de tribunales supremos y magistrados de rango superior; fiscales generales y fiscales principales, auditores generales, jefes de ministerios públicos y otros representantes de alto rango de las comunidades jurídica y de auditoría; Congreso Mundial sobre Justicia, Gobernanza y Derecho para la Sostenibilidad Ambiental; Río de Janeiro (Brasil) del 17 al 20 de junio de 2012. <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/RIO+20/Declaracion%20Rio+20%20Congreso%20de%20Justicia,%20Gobernanza%20y%20Derecho.pdf>

<sup>83</sup>Corte IDH, OC-23/17, § 233; con cita de cfr. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr: 131, y Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr: 160

<sup>84</sup>Corte IDH, OC-23/17, § 233; con cita de cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr: 91, y Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párr: 174.

<sup>85</sup>Cfr. Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 37/7 de 28 de octubre de 1982, Doc. ONU A/RES/37/7, párr: 23.

En las Directrices de Bali del programa ambiental de Naciones Unidas (P.N.U.M.A.), la número 18 también indica que los Estados deberían dar una interpretación amplia del derecho a iniciar una demanda en relación con asuntos ambientales con miras a lograr el acceso efectivo a la justicia.<sup>86</sup>

Revisemos la postura del sistema interamericano, antes de hacer alguna consideración sobre la legitimación en los estados nacionales. El artículo 44 de la Convención establece que “cualquier persona o grupo de personas” tiene la autoridad para presentar una petición ante la Comisión.

DE OLIVEIRA MAZZUOLI y DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA (2015) explican que la jurisprudencia interamericana establece que una petición es admisible cuando hay víctimas concretas, individualizadas y determinadas, no siendo admitidas peticiones “en abstracto”. Recuerdan que una presentación ambiental motivada en representar “a todos los ciudadanos de Panamá” no cumplió con el requisito de elegibilidad para la determinación de los individuos o grupos, según la Petición ante la Comisión N° 11.533. Reclamar por obras que afectan a “grupos ecológicos, cívicos y científicos”, introdujo personas jurídicas -y no individuos- en la lista de víctimas, en consecuencia violación a la Convención Americana. Por lo tanto, la CIDH señaló su ausencia de competencia *ratione personae*.<sup>87</sup>

Esto trae algún desconcierto respecto de la idea que venimos adelantando sobre una legitimación que vaya más allá de la afectación concreta a bienes personales o patrimoniales o comunitarios, enfocada sobre un interés ambiental en abstracto, en sí mismo, y de forma autónoma de la protección de otros derechos humanos.<sup>88</sup>

No obstante, 14 años más tarde, la Corte IDH enfoca el punto de manera diferente. En la Opinión Consultiva 23/17, bajo la premisa de que el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos humanos (como salud o propiedad), permite advertir una apertura a la tendencia de los derechos nacionales a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino, incluso, en ordenamientos constitucionales.<sup>89</sup>

Como exponen GONZALEZ BALLAR y PEÑA CHACON (2015:121) “En el proceso ambiental lo ideal es que el esquema de legitimación sea expandido al tal punto, que cualquier sujeto, en defensa del interés público ambiental, pueda plantear las acciones necesarias para alcanzar tal fin. Por ello, deben estar legitimados para demandar todos los sujetos que tengan o invoquen la afección de intereses legítimos o derechos subjetivos, intereses supraindividuales, ejerzan la acción popular o cuando se vea amenazado o afectado el orden público ambiental”.

---

<sup>86</sup> [https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/08/6\\_DirectricesBaliAcceso\\_2010.pdf](https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/08/6_DirectricesBaliAcceso_2010.pdf)

<sup>87</sup> CIDH, Informe N° 84/03. Parque Natural Metropolitano de Panamá, 22 de octubre 2003; párr. 28-32.

<sup>88</sup> Corte IDH, OC-23/17, § 62 y 63

<sup>89</sup> Corte IDH, OC-23/17, § 62 y 63

Al proponer el Acuerdo de Escazú que los Estados Partes deben ofrecer en su legislación nacional una legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, pareciera enrolarse en la tesis amplísima y de concurrencia de intereses que pueden habilitarla, en el sentido de los autores costarricenses (conf. arts. 8.3.c y 8.2).

Podemos rápidamente deducir, en las previsiones del Acuerdo, que permiten impugnar o recurrir en cuanto al procedimiento y el fondo, cualquier decisión, acción u omisión:

- que contravenga normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente; requiriendo solo la lesión a la legalidad sin exigir una repercusión personal, patrimonial o comunitaria negativa (conf. arts. 8.2); es decir garantizado como un derecho público y por tanto de naturaleza popular (cualquier persona física o jurídica capaz, puede instrumentar la acción);

- relacionadas con el acceso a la información ambiental; exigiendo solo una lesión al derecho del público -entendido éste como una o varias personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas- (conf. arts. 8.2, 5.1 y 2.b), como un derecho transindividual difuso y por tanto habilitando a cualquier interesado del público a instrumentar la acción;

- vinculadas con el acceso a la participación pública en procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a asuntos ambientales de interés público -políticas, estrategias, planes, programas, ordenamiento territorial, normas y reglamentos- (conf. arts. 8.2 y 7.3); entendido como un derecho transindividual difuso y por tanto habilitando a cualquier interesado del público a instrumentar la acción;

- relacionadas con el acceso a la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales particulares (distintas de las de interés público), asegurado como un derecho del público pero bajo la obligación estatal de identificar a los directamente afectados por un impacto significativo (conf. arts. 8.2, 7.16 y 2.b); entendido como un derecho transindividual de base;

- que afectan o pudiendo afectar de manera adversa al medio ambiente (conf. arts. 8.2.c); entendido como un derecho transindividual de base.

Cabe acotar que estas prescripciones, conllevan la obligación estatal de reconocer la capacidad para ejercer los derechos de acceso a personas, grupos y organizaciones de defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales (conf. arts. 8.2 y 9, Acuerdo de Escazú).

En este sentido, el artículo 71 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la Naturaleza o Pacha Mama.<sup>90</sup> A esta garantía, el legislador de ese país le adiciona el instrumento de la acción

---

<sup>90</sup>Corte IDH, OC-23/17, § 62

popular prevista en el artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental y artículo 16 de la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental (CEPAL: 2018:123).

Por el contrario, en una versión opuesta, la experiencia norteamericana es mucho más restrictiva. La Suprema Corte decidió en *Sierra Club v. Morton* (405 U.S. 727. 1972) que para tener legitimación una asociación debe alegar que ya sea ella o alguno de sus miembros han sido o podrían ser lesionados por la conducta del demandado, no bastando un mero interés propio de la organización (organizational interest) para darle legitimación a la asociación como representante del interés público en una acción colectiva ambiental.<sup>91</sup>

Ambos modelos de acción para los casos ambientales enumerados en el artículo 8.2 del Acuerdo Regional (contra desvíos en la Gobernanza ambiental y contra la incolumidad o Afectación Ambiental), se dirigen a asegurar el estado ecológico de derecho, pero a diferentes tipos de agravios.

La defensa de los instrumentos de acceso a la información, la participación de decisiones generales de interés público ambiental y a la legalidad ambiental -presupuestos del estado ambiental de derecho-, asientan en la idea de una legitimación prácticamente irrestricta. Bajo la noción de la intervención ciudadana en la “cosa pública”.

El derecho de acceder a la información pública, en general, se encuentra contemplado el artículo 13 de la Convención Americana del cual se desprende la obligación de los Estado de brindar la información y adoptar las medidas necesarias para la creación de prácticas y mecanismos que garanticen a los habitantes un acceso efectivo a la información pública o a la información de interés colectivo.<sup>92</sup>

Asimismo, el derecho a reclamar la legalidad procedimental o sustancial de las decisiones regulatorias y normas ambientales, podría emparentarse en primer lugar con garantías como las acciones de inconstitucionalidad o en otros casos con las acciones administrativas de nulidad.

En Colombia, la primera encuentra su fundamento en el artículo 40 numeral 6 de la Constitución de 1991, mediante el cual se le confiere a todo ciudadano el derecho político a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Debido al carácter público o popular de la acción se resalta el acento democrático que inspira el sistema de control constitucional vigente en Colombia. El interés que se esgrime y se pretende hacer valer en esta clase de procesos no es el particular o individual de quien acciona sino el público, relativo a la intangibilidad y supremacía de la Constitución para que el máximo tribunal de justicia examine la constitucionalidad de las normas legales ambientales y, en caso de hallarlas opuestas al Estatuto Supremo del Estado, así lo declare con fuerza de cosa juzgada, retirándolas del ordenamiento jurídico en forma definitiva (PÉREZ BOHÓRQUEZ: 2013).

---

<sup>91</sup> Citado en GIDI: 2004:83

<sup>92</sup> Corte IDH; Caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”, Sentencia de 19 de septiembre de 2006

También puede peticionarse la inconstitucionalidad dentro de otra acción más amplia, como establece la Constitución Nacional Argentina en su artículo 43, que legitima específicamente al afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines registradas conforme a la ley, a interponer acción expedita y rápida de amparo colectivo donde el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Un punto a considerar es la contravención normativa por regresividad (o en violación al principio de no regresividad), en función del contacto entre esta clausula que estamos analizando y dicho principio (arts. 8.2.c y 3.c, Acuerdo de Escazú). En un profundo estudio ESAÍN (2013) aborda este principio aclarando que líneas generales encarna una interdicción al poder estatal de implementar medidas que importen una disminución en los estándares de protección ambiental, y por lo tanto, su infracción normativa permite discutir su regularidad.

Cabe evaluar si en base a este principio, como propone SISTI (2018), la revisión de la conducta regresiva del Estado respecto a políticas públicas sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales no debe ser atendida judicialmente bajo la pauta de la práctica hermenéutica de las categorías sospechosas acuñadas en la jurisprudencia norteamericana, como en los supuestos de discriminación, invirtiendo la carga de probar la regularidad (no regresividad) de la normatividad.<sup>93</sup>

Pasando a mecanismos administrativos más específicos a los que hacíamos referencia, encontramos una Ley de Protección del Medio Ambiente de la provincia de Salta en la República Argentina<sup>94</sup> que va en línea con la regulación del Acuerdo de Escazú relativos a obligar la participación pública en asuntos ambientales de interés público, tales como normas y reglamentos que tengan o puedan tener un significativo impacto sobre el medio ambiente (conf. art. 7.3).

Esta norma provincial establece entre los artículos 29 a 37 un procedimiento administrativo participativo dentro del cual se deben encuadrar la adopción de normas técnicas de naturaleza ambiental (estándares de calidad de efluentes, emisiones, tecnológicos, productos y procesos), que incluye publicidad, participación multi-institucional y audiencias públicas, cuyo incumplimiento por el Poder Ejecutivo, legitima a cualquier interesado (popularmente) para acudir a instancias administrativa y judicial a los fines de impugnar su validez jurídica.

Pasando en limpio, las 5 vías de acceso judicial del Acuerdo de Escazú deben conformarse a las garantías del debido proceso (art. 8.1), -un debido proceso colectivo agregamos-, además enmarcarse en cada legislación nacional (art. 8.2).

Siguiendo esa línea, la legitimación extraordinaria permite ante una lesión o ilicitud ambiental:

-la reclamación por uno o más miembros del difuso de afectados, sin probar una

---

<sup>93</sup> La Corte Suprema argentina ha trabajado estas en relación a actos discriminatorios en Fallos 321:194, 329:2986, 327:5118, 329:2986; 331:1715 y 332:433, entre otros.

<sup>94</sup> [http://boletinoficialsalta.gob.ar/VersionImprimibleLeyes.php?nro\\_ley2=7070](http://boletinoficialsalta.gob.ar/VersionImprimibleLeyes.php?nro_ley2=7070)

afectación diferenciada -afectación transindividual- y en defensa del interés general de la sociedad -supraindividual-; y,<sup>95</sup>

-la reclamación por uno o más perjudicados en su persona o patrimonio de un conjunto o grupo -afectación individual homogénea o pluriofensiva- en defensa de los derechos de la clase -plurindividualidad-.<sup>96 97</sup>

Esta actuación es procesalmente representativa, pero bajo una auto-postulación reglada y ficta y no en base a un apoderamiento concreto de los representados (recomendamos al respecto el estudio en profundidad del maestro BUJOSA VADELL: 1995), que pueden ser cientos o miles, o toda una comunidad.

Enseña GIDI (2004: 71-80) “La representación adecuada, es la clave del debido proceso en las acciones colectivas norteamericanas”. Continúa “Las reglas de legitimación y de la cosa juzgada en las acciones colectivas representan las dos caras de la misma moneda. Atrás de cada una existe la necesidad de proteger los derechos de los miembros ausentes. [...] Uno de los componentes más importantes de cualquier legislación de acción colectiva es determinar quién puede representar los intereses del grupo en el tribunal. Hay muchas bases para identificar un representante adecuado para los intereses del grupo. La ley puede dejar esta facultad en un individuo (sea o no miembro del grupo), en una asociación privada (esté o no previamente autorizada por el gobierno, por el juez o por sus miembros), o en el gobierno (a través de órganos o funcionarios públicos, el ombudsman, o del Ministerio Público). Estas opciones no son necesariamente mutuamente excluyentes. [...] en la práctica el representante puede litigar pobremente, o aun peor, perder el caso intencionalmente. Los intereses de los miembros ausentes del grupo pueden ser mal representados o ser víctimas de fraude. Sin embargo, los miembros ausentes no deben estar obligados por los actos de una representación inadecuada”.

El Código Modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en su artículo 2.I establece, entre los requisitos de la demanda colectiva, el tener que justificar la adecuada representatividad del legitimado (LLORET: 2019).<sup>98</sup>

<sup>95</sup> Código Modelo, art I. La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:

I - intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.

<sup>96</sup> Código Modelo, art I. La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:

II - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

<sup>97</sup> La Corte IDH dijo que es procedente en casos referidos a derechos propios de pueblos indígenas, que las comunidades indígenas sean consideradas víctimas de afectaciones ambientales colectivas. Corte IDH, Caso “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina; 6 de Febrero de 2020, § 30

<sup>98</sup> Un análisis de la jurisprudencia ordenatoria de los estándares de escrutinio de los requisitos de legitimación extraordinaria y de representatividad adecuada se puede consultar en LLORET: 2019

Luego, en el párrafo 2° del mismo artículo, indica al juez que al escrutar la representatividad adecuada deberá analizar datos como: a) la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b) sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c) su conducta en otros procesos colectivos; d) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; e) el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

Este análisis jurisdiccional de la existencia del requisito de la representatividad adecuada puede hacerse en cualquier tiempo y grado del procedimiento (art. 2.3°, Código Modelo). Y siempre que exista un interés social relevante, el Ministerio Público, si no promoviera la acción o no interviniera en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley (art. 3.3°, Código Modelo). Como advierte GIDI (2014:90), “El éxito del Ministerio Público al asumir este nuevo papel social ha ampliado considerablemente su poder político como institución, al grado que ahora es considerado por algunos como una especie de ‘cuarto poder’ del gobierno”.

Finalmente -completan las previsiones del Código Modelo-, para el caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada, o el desistimiento infundado o abandono de la acción por la persona física o asociación actora, el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción (art. 3.4°).

Cabe comentar ilustrativamente la causa “Granizo Rodríguez” de la Corte Constitucional del Ecuador<sup>99</sup>, porque aborda este tema de la legitimación desde la óptica de la naturaleza y no del perjuicio concreto. En dicho caso, un funcionario presentó una acción extraordinaria de protección en calidad de coordinador regional de la Agencia de Regulación y Control Minero de Riobamba, debido a una denuncia presentada por un particular, por presunta explotación ilegal de la señora Mireya Ríos, quien requerida del permiso legal presentó un permiso provisional de minería artesanal, que no justificaba la utilización de maquinaria pesada, lo que constituyó una distorsión al régimen especial vulnerando los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 71 (derecho de la naturaleza) y 82 (seguridad jurídica) de la Constitución de la República del Ecuador. La Corte justificó la apertura de la instancia, entre otras, en razón de que el combate a la minería ilegal protege los derechos de la naturaleza y sentenció declarando su vulneración. Aceptó la acción disponiendo que el Ministerio del Ambiente proceda a realizar una inspección en la zona para determinar los posibles daños ambientales generados y su cuantificación, a efectos de realizar las labores de restauración del área afectada a costa de los infractores.

Veamos ahora la legitimación pasiva ambiental, quiénes deben responder como

<sup>99</sup> Sentencia No. 218-15-SEP-CC de 9 de julio de 2015, citada en Corte IDH, OC-23/17, nota al pie N° 100. Consultar en <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=218-15-SEP-CC>

causantes de las contravenciones, riesgos o daños ecológicos, sean particulares o el Estado.

La Corte IDH aclara que los Estados deben garantizar, sin discriminación, el acceso a la justicia a las personas afectadas por daños ambientales originados en su territorio.<sup>100</sup> Esta garantía de protección ambiental, consiste en la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio. Para cumplir y no responsabilizarse los Estados deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente y mitigar el daño ambiental significativo que se hubiere producido, aún cuando hubiera ocurrido a pesar de desplegar acciones preventivas.<sup>101</sup> Los Estados deben actuar con la debida cautela para prevenir el posible daño y actuar conforme al principio de precaución, frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica.<sup>102</sup>

La ley ambiental argentina<sup>103</sup> plantea en su artículo 31 que “Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación”.

Es decir que las pretensiones supraindividuales y de interés social para proteger el bien jurídico ambiental, pueden interponerse contra una colectividad organizada o, siendo un grupo, categoría o clase desorganizado también se puede, solo si tienen un representante adecuado (art. 35, Código Modelo). La sentencia los abarcará colectivamente erga omnes (art. 36, Código Modelo). Caso contrario su defensa frente a la acción les concernirá y les alcanzará individualmente.

Respecto a los intereses o derechos individuales homogéneos, la sentencia que acoja la demanda, no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase demandados, que podrán plantear pretensiones o defensas propias en el proceso de ejecución, para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual (art. 37, Código Modelo).

Ahora bien, la Corte Interamericana ha señalado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción, sino que corresponde atenerse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de las obligaciones de garantía. Estas refieren

---

<sup>100</sup> Corte IDH, OC-23/17, § 240

<sup>101</sup> Corte IDH, OC-23/17, § 242

<sup>102</sup> Corte IDH, OC-23/17, § 180 y 242

<sup>103</sup> Ley 25.675 de Política Ambiental Nacional. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

a mecanismos que no solo deben incluir medidas preventivas, sino también aquellas apropiadas para investigar, sancionar y reparar posibles abusos, mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. El nivel de intensidad necesario en la supervisión y fiscalización dependerá del nivel de riesgo que entrañe la actividad o conducta.<sup>104</sup>

En un caso ya referido, tramitado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina<sup>105</sup>, se presentaron diecisiete personas ejerciendo derechos propios, y algunos de ellos también en representación de sus hijos menores, demandando no solo a 44 empresas sino también responsabilizando tanto al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante el incumplimiento de sus deberes concurrentes de preservación y protección ambientales, al considerar que éstos contribuyeron, ya sea con su acción u omisión, a la contaminación industrial del río Matanza – Riachuelo, donde viven o trabajan.

En este mega caso argentino, los ciudadanos accionaron con la pretensión de que se condene a los demandados a fin de que cesen y recompongan la situación de contaminación de la cuenca que ya tenía una población de 3.000.000 de habitantes, abarcando parte de la Capital Federal y once partidos de la Provincia de Buenos Aires y además acumulando en su reclamo los daños y perjuicios que se les había ocasionado. Los actores, dividieron el resarcimiento de los daños como consecuencia de la contaminación, en dos grandes grupos. El primero, comprendiendo a las personas que habitan un asentamiento o barrio informal directamente contiguo al río. En el otro, a los vecinos afectados que poseían en común la característica de desempeñarse como profesionales, ya sean médicos, psicólogos, odontólogos, enfermeros, en el hospital interzonal. Procuraron se reparen sus incapacidades sobrevenientes, gastos por tratamientos médicos, gastos por nueva radicación, daños morales, daños psíquicos, daños futuros -comprensivos de gastos que habrá que realizar para liberar a los niños de la contaminación que portan en su organismo-, y la pérdida del valor locativo de los inmuebles.

Las otras pretensiones que se plasman en la demanda por los ciudadanos de Buenos Aires, son el interés de que se resarza el daño infringido al medio ambiente y la recomposición de éste, de carácter transindividual. La Corte diferencia entonces aquellos otros daños a los individuos a través del ambiente, de este daño ambiental per se.

Sobre este último analiza que, en consecuencia, el Tribunal debe meritarse los daños perpetrados y adoptar medidas, teniendo en cuenta si el daño ambiental ocasionado es irreversible o no. Para los bienes colectivos cuya situación pueda revertirse solicitan se fije una indemnización destinada a crear un fondo común de recomposición, y por los bienes ambientales dañados en forma irreversible, se fije una indemnización en concepto de daño moral colectivo.

<sup>104</sup> Corte IDH, OC-23/17, § 119 y 154.

<sup>105</sup> M. 1569. XL. "MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)". <http://www.litigioscomplejos.com/sentencias/argentina/mendoza.pdf>

### 6.2.2.- Medidas de eliminación de barreras (art. 8.4.a, Acuerdo de Escazú).

El Observatorio de conflictividad civil y acceso a la justicia (OCCA) creado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) en el año 2017, entiende el acceso a la justicia como “La posibilidad de las personas de acudir y obtener una respuesta efectiva por parte de mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos que sean formal y materialmente útiles para la tutela de sus derechos” (con cita de ERRANDONEA y MARTIN: 2015:347).

El OCCA es un mecanismo para monitorear los conflictos civiles que viven las personas y las diversas barreras que enfrentan para resolverlos, con especial énfasis en los grupos en situación de vulnerabilidad en América Latina.<sup>106</sup> Califica como barreras institucionales a las de confianza, de información, de eficiencia, de eficacia, de formalismo y burocracia y como barreras sociales culturales y económicas a las económicas, geográficas y físicas, lingüísticas y culturales y de género.<sup>107</sup>

Para sortearlas, en la región se han concebido las Reglas de Brasilia, documento encaminado a defender a sectores vulnerables dirigido a los poderes públicos con competencias en administración de justicia, los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento (jueces, fiscales, defensores oficiales, abogados, funcionarios, ombudsman, policías, etc.).<sup>108</sup>

La regla 50 de Brasilia fija una directriz general para que en todas las actuaciones judiciales, en las que participe una persona en condición de vulnerabilidad, se respete su dignidad, otorgándole un trato diferenciado adecuado a las circunstancias propias de su situación. En el Capítulo III sobre celebración de actos judiciales, se establecen singularmente variados dispositivos procesales para hacer efectiva esta pauta.

En orden a la barrera de falta de confianza, las reglas 26 y 27 de Brasilia proponen contrarrestarla mediante una labor de diseño, divulgación y capacitación de una nueva cultura cívica jurídica, promoviendo desde el primer contacto con las Autoridades o con las Oficinas de Atención a la Víctima, las actuaciones y apoyos necesarios destinados a proporcionar información básica sobre sus derechos, los procedimientos y los requisitos para garantizar un efectivo acceso a justicia.

Sobre las barreras de información, el Acuerdo de Escazú plantea que la implementación se guiará por el principio de máxima publicidad por los Estados partes (art. 3.h), concediendo el derecho a solicitar y recibir información de las autoridades competentes sin necesidad de mencionar algún interés especial ni

<sup>106</sup> <https://occa.cejamericas.org/inicio/quienes-somos/>

<sup>107</sup> <https://occa.cejamericas.org/que-observamos/barreras-de-acceso-a-la-justicia/>

<sup>108</sup> Regla 24. Sección 3ª.- Destinatarios. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador). Ver <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilias/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilias/download/1338/817/15>

justificar las razones por las cuales se solicita (art. 2.a). Establece la obligación de divulgar en sistemas de información ambiental públicos textos legales ambientales vigentes, organismos competentes, permisos concedidos, informes, estudios e información científica, técnica, o tecnológica en asuntos ambientales elaborados por instituciones académicas y de investigación, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, y registrar sitios contaminados, emisiones, residuos y uso de recursos naturales (conf. art. 6). Debe divulgarse el derecho de acceso a la justicia y los procedimientos para hacerlo efectivo y las decisiones judiciales y administrativas, en particular sanciones (art. 8.4.b y 6.3.j). Los procedimientos deben ser públicos y transparentes (art. 8.3.b). Es decir que toda la información ambiental en poder del estado es de libre conocimiento y disponibilidad de los ciudadanos, salvo algunas excepciones (art. 5.6).

Para evitar barreras contra la eficiencia se busca concebir procesos tendientes a entregar el máximo servicio y productos judiciales al menor costo y tiempo posible. En el marco de Escazú, los procedimientos deben ser efectivos y oportunos (art. 8.3.b), transcurrir en plazos razonables<sup>109</sup> y arribar a soluciones concretas.

En este sentido se conjuga la posibilidad de utilizar mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales que permitan prevenir o solucionar dichas controversias (art. 8.7) con la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para prevenir y hacer cesar daños al medio ambiente (8.3.d).

Al respecto, el Código de Procedimientos Civil de Brasil de 2015 prevé una herramienta sumamente útil para mejorar la performance de los trámites complejos: los acuerdos procesales (BERIZONCE y MOSMANN: 2020:247). Su art. 190 indica que “versando el proceso sobre derechos que admitan autocomposición, es lícito que las partes plenamente capaces estipulen modificaciones al procedimiento para ajustarlas a las particularidades del proceso y acordar sobre sus cargas, derechos, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. De oficio o a pedido de parte el juez controlará la validez de las convenciones previstas en este artículo negándoles su aplicación en casos de nulidad o de incorporación abusiva en un contrato de adhesión o en los casos en que alguna parte se encuentre en manifiesta situación de vulnerabilidad”.

Explican BERIZONCE y MOSMANN (2020) que, como pauta general, en esta norma se ha interpretado que las cláusulas contractuales relativas al litigio son válidas a condición de que no atenten contra el orden público o resulten abusivas. Agregan que es medular, una conjugación equilibrada entre el ámbito de la disponibilidad de las partes y los poderes indeclinables del juez. Es decir que, a medida que aumentan los deberes de la jurisdicción, disminuye el espacio reconocido a la voluntad de las partes. Y finalmente, impone un límite genérico para la validez en razón de la situación de vulnerabilidad de las personas, porque da lugar a posiciones asimétricas que deben ser neutralizadas por el magistrado para preservar la igualdad real.

<sup>109</sup> En el caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú la Corte declara que “La garantía general sobre el plazo razonable establecida en el artículo 8.1 de la Convención Americana debe ser analizada en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias particulares.”; Corte IDH. Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308, § 178.

Para lograr mayor eficacia, el Acuerdo de Escazú busca que la previsión por los Estados de mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones (art. 8.3.f) y mecanismos de reparación (art. 8.3.h), lo que veremos oportunamente.

Venimos tratando ya los nuevos paradigmas de servicio público dialógico y constructivo de abordaje de la conflictividad. Estos buscan una actuación judicial menos obstaculizada por el formalismo y la burocracia. Por ejemplo, la regla 60 de Brasilia, plantea que en las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. Deberá respetarse el uso de lenguaje inclusivo. El Acuerdo de Escazú ordena al hacer pública la información debe brindarse resumida en un lenguaje no técnico y comprensible para el público (art. 7.17.d).

Las barreras económicas impiden acceder a justicia ambiental por motivos monetarios. Para el Acuerdo de Escazú, los procedimientos no deben acarrear costos prohibitivos (art. 8.3.b). En Panamá, el artículo 117 de la Ley General de Ambiente N° 41 establece que las acciones judiciales que tengan por objeto la defensa del derecho a un medio ambiente sano se tramitarán conforme el procedimiento sumario y no ocasionarán costas judiciales, salvo en demandas temerarias (CEPAL: 2018:129).<sup>110</sup>

Uno de los mayores obstáculos para litigar un caso ambiental es la prueba. Como analizaremos, el Acuerdo regional prevé instrumentos para facilitar su producción, cuando corresponda y sea aplicable, medidas como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba (art. 8.3.e).

En Colombia, la Ley núm. 472 de 1998, establece en el artículo 19 un amparo de pobreza, que solicitado de acuerdo al Código de Procedimiento Civil o por la Defensoría del Pueblo, hace correr por cuenta del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos el costo de los peritajes. En Brasil, las acciones civiles públicas no exigen adelanto de costos, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto ni condena de la asociación autora, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogado, costas y gastos procesales por el artículo 18 de la Ley núm. 7347 de 1985.

El Código Modelo dispone en su artículo 12.1° facultades judiciales para distribuir, diligenciar y suplir deficiencias en la tarea probatoria, pudiendo incluso ordenar su práctica con cargo al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos.

Las barreras geográficas y físicas, están vinculadas sobre todo a la distancia de los centros urbanos donde se hallan establecidas las instituciones judiciales. Explica la PNUMA/ORPALC (2008) que Brasil ha respondido a este desafío promoviendo la justicia itinerante. La primera fue el Juzgado Ambiental de Cuiabá, creado por el Tribunal del Estado de Mato Grosso en 1996, con competencia civil, penal y fiscal. Son equipos de justicia integrados por jueces, fiscales, defensores, conciliadores y otros profesionales que se desplazan en autobuses o barcos a áreas remotas o de difícil acceso (CEPAL: 2018:131).

---

<sup>110</sup> Artículo 117 de la Ley General de Ambiente núm. 41 de 1998 (Capítulo III, Acción Civil)

En este contexto, como explica CEJA (2019:128), el internet también constituye una herramienta poderosa para potenciar el acceso a la información, la rendición de cuentas y el combate a la corrupción, pero solo si esta se usa de buena manera. Así como el uso de la plataforma virtual puede acercar la información de la justicia a una persona alejada geográficamente y darla en tiempos mucho más actualizados, también puede poner barreras.

Frente a las barreras lingüísticas y culturales, el Acuerdo de Escazú propone el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales (art. 8.3.d). La regla 32, Sección 3ª del capítulo II de Brasilia plantea directamente el derecho a intérprete, cuando fuese preciso darle a conocer personalmente alguna resolución o documento, no conozca, no hable o no entienda el idioma utilizado en la actuación judicial respectiva, o tenga limitaciones auditivas o de expresión oral.

Las barreras de género se manifiestan en lo cultural, esencialmente bajo el concepto de que la masculinidad se asocia a patrones de uso intensivo y concentrado de los recursos naturales y la femineidad al uso conservativo y distributivo de los bienes naturales. En la Declaración de Río de 1992, se incorporó en el Principio 20 la idea de que las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible.<sup>111</sup>

6.2.3.- Mecanismos de apoyo a personas y grupos vulnerables (art. 8.5, Acuerdo de Escazú).

El Acuerdo de Escazú entiende por “personas o grupos en situación de vulnerabilidad” a aquellas personas o grupos que encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso reconocidos en el presente Acuerdo, por las circunstancias o condiciones que se entiendan en el contexto nacional de cada Parte y de conformidad con sus obligaciones internacionales (art. 2.e).

Conforme la regla 3 de Brasilia estas circunstancias o condiciones pueden ser la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas – culturales, la migración, la condición de refugio o migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, entre otras, son circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales.<sup>112</sup>

La idea general de implementar mecanismos de apoyo para estas personas esta expresada en la regla 29 de Brasilia, que destaca la conveniencia de promover una política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ampliando funciones de la Defensoría Pública y creando

---

<sup>111</sup> Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, recuperado en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

<sup>112</sup> Regla 3 de Brasilia. Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas. I.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad

mecanismos de asistencia técnica jurídica, consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados y abogadas todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar al acceso a la justicia.

#### 6.2.4.- Uso de interprete o traductor (art. 8.4.d, Acuerdo de Escazú)

La generación y divulgación de información ambiental por las autoridades competentes, por el Acuerdo de Escazú, debe procurarse en los diversos idiomas usados en el país y en formatos alternativos comprensibles para dichos grupos, por medio de canales de comunicación adecuados (art. 6.6). Es decir que, la información de base para instrumentar un reclamo ambiental debe provenir en una forma clara y asequible.

Con este insumo, se asegura que dichos sectores de las sociedades de Latinoamérica y el Caribe puedan acceder a los procedimientos, salvando las diferencias idiomáticas. En la regla 61 de Brasilia se fomenta los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe.

#### 6.2.5.- Órganos estatales especializados (art. 8.3.a, Acuerdo de Escazú)

Los asuntos ambientales suelen ser complejos y pueden requerir conocimientos muy específicos. En Latinoamérica y El Caribe existen varias experiencias de organismos especializados para el acceso a justicia en materia ambiental (PNUMA: 2015).

Hay tribunales ambientales administrativos en Antigua y Barbuda, Chile Guyana, Jamaica, Costa Rica y Perú. También tribunales agroambientales en nueve ciudades de Bolivia y 15 Tribunales agrarios de primera instancia y uno de apelación en Costa Rica. Tribunales ambientales en El Salvador, Paraguay, Nicaragua y Argentina (provincia de Jujuy). En Guatemala se han creado Tribunales de primera instancia penal de delitos contra el ambiente. En Brasil existen Cámaras especializadas con competencia ambiental y agraria, tanto en la órbita federal como estadual, un Juzgado Especial Criminal y un juzgado ambiental volante (CEPAL: 2018:112).<sup>113</sup>

También existen las Procuradurías para la defensa de los derechos humanos e incluso las específicamente ambientales -como la PROFEPA mexicana<sup>114</sup>, la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios de Colombia<sup>115</sup> y la a Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente de Perú<sup>116</sup>- y las Defensorías del Pueblo que existen en países como la Argentina, Colombia, el Ecuador, el Perú y el Uruguay (CEPAL: 2018:113).

Por otra parte, se han previsto en la mayoría de los países de América Latina y El

<sup>113</sup> CEPAL, Acceso a la información...ob. cit.; p. 112

<sup>114</sup> <https://www.gob.mx/profepa/es/que-hacemos>

<sup>115</sup> <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Asuntos-Ambientales-y-agrarios.page>

<sup>116</sup> [https://cdn.www.gob.pe/uploads/institution/orgchart/000/000/046/organigrama\\_minam.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/institution/orgchart/000/000/046/organigrama_minam.pdf)

Caribe, Fiscalías ambientales adscritas al Ministerio Público. Por lo general, estas estructuras están asociadas a la competencia de la investigación criminal ambiental (CEPAL: 2018:113). La Red de Ministerio Público Ambiental de Latinoamérica tiene miembros con presencia de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.<sup>117</sup>

En concreto, el eje de la existencia de órganos especializados resulta asociado a la posibilidad de contar con organizaciones que posean capacidades técnicas para aplicar de manera justa y equilibrada los varios institutos sumamente específicos de la materia ambiental que, como venimos diciendo, es de interés público y repercusión social, pueda asegurar una tutela judicial efectiva.<sup>118</sup> Desde este punto de vista, la posibilidad de presentar, dirimir y adjudicar respuestas justas<sup>119</sup> <sup>120</sup> y en plazo razonable<sup>121</sup> a los conflictos ambientales, está íntimamente vinculada a la

---

<sup>117</sup>Ver al respecto: <https://www.redempambiental.org/cat/diretoria>

<sup>118</sup>Es jurisprudencia constante de la Corte Interamericana que el derecho al debido proceso “se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”; en Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, § 128 y Corte IDH. Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, § 188, entre muchos otros.

<sup>119</sup>“[T]odos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana”; en Corte IDH. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, § 183.

<sup>120</sup>Es “un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber”; en Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, § 127, y Corte IDH. Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, § 200, entre muchos otros.

<sup>121</sup>“De manera consistente [el] Tribunal ha tomado en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: i) complejidad del asunto; ii) actividad procesal del interesado; iii) conducta de las autoridades judiciales, y iv) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.”; en Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, § 255 y Corte IDH. Caso Noguera y otra Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2020. Serie C No. 401, § 83, entre muchos otros.

complejidad del asunto sometido a la litigación.<sup>122 123 124 125</sup>

El artículo 40 del Código Modelo propone, siempre que sea posible, los que los procesos colectivos sean procesados y juzgados por magistrados especializados.

En este sentido, podemos decir que existen ya implementados tres mecanismos orgánicos de tratamiento de la litigación compleja, que sirven para instrumentar los recaudos del Acuerdo de Escazú: los Tribunales especializados de trámite específico y conformación mixta, las Fiscalías ambientales integrales y los funcionarios especializados para casos civiles de litigación compleja.

El ejemplo del primer mecanismo es el modelo de los tres Tribunales Ambientales de Chile, que son órganos jurisdiccionales especiales, autónomos e independientes, que si bien no forman parte del Poder Judicial, están sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema y cuya función es resolver las controversias medioambientales sometidos a su competencia.<sup>126</sup>

Estos tribunales administrativos especializados chilenos son colegiados y mixtos, compuestos por dos ministros letrados y uno no letrado proveniente de disciplinas científico-técnicas. Al proporcionar atención especializada y conocimiento acabado de las leyes ambientales, así como un mayor conocimiento sobre leyes de la naturaleza, pueden ofrecer una solución más rápida y menos costosa a las demandas ambientales de la población (PRING y PRING: 2016).

Tienen estos Tribunales la facultad de proponer bases para la conciliación en audiencia, si es procedente. Esta potestad del Órgano encuentra un lógico límite -convencional y constitucionalmente incontrovertible-, respecto de la acción de reparación ambiental, que consiste en no poder ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación

<sup>122</sup>“Para determinar la complejidad del asunto la Corte ha valorado distintos elementos, entre los que se encuentran: i) la complejidad de la prueba; ii) la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas; iii) el tiempo transcurrido desde que se ha tenido la noticia del presunto hecho delictivo; iv) las características del recurso contenidos en la legislación interna, o v) el contexto en el que ocurrieron los hechos.”; Corte IDH. Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, § 182.

<sup>123</sup>La Corte también afirmó que un asunto es complejo si involucra una “pluralidad de sujetos procesales”; Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, § 106.

<sup>124</sup>En cuanto a la complejidad del asunto, la Corte tuvo la ocasión de precisar en el Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua que unas investigaciones muy extensas, unas pruebas muy amplias o la implicación de varias instancias, pueden hacer que un caso sea más complicado; Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, § 78.

<sup>125</sup>La Corte también afirmó que unos asuntos a resolver pueden ser complejos si “involucraban debates técnicos sobre gestión de presupuestos e implementación de convenios”; Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, § 163.

<sup>126</sup>Ley N° 20.600. Ver <https://www.tribunalambiental.cl/normativa/>

ambiental colectivo del daño causado.<sup>127</sup> Además, estos Tribunales pueden ser un buen lugar de homologación de los acuerdos reparadores en contextos sumariales “Administración-Administrado” con la debida publicidad y participación de los directamente damnificados, a lo cual ya nos hemos referido al hablar del abordaje inteligente de la conflictividad ambiental.

En el artículo 42 de su ley de creación se establece que, de manera excepcional, estos tribunales podrán eximir a la parte, total o parcialmente, del pago del honorario del perito cuando considere que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo.

La otra experiencia existente a resaltar son las Fiscalías ambientales del Brasil. Su sistema está tan adelantado en este nivel de organización que luce Fiscalías Ambientales de distintos tipos: volantes o ambulantes, ecosistema o región y por materia (PNUMA y ORPALC: 2008). El Ministerio Público Federal cuenta con fiscales ambientales que investigan y dan curso a las denuncias, tanto criminales como civiles, en representación de las personas y el ambiente (PRING y PRING: 2016). Cuando el Ministerio Público es notificado de un daño real o potencial de un interés público, tiene la obligación legal de actuar mediante la investigación de la denuncia pública (LLORET: 2012). Ante la presentación de una queja o el descubrimiento independiente de un posible daño ambiental, los fiscales ambientales tienen el deber de investigar, negociar con las partes, llegar a un “acuerdo de ajuste de conducta” o llevar el caso ante un tribunal (CEPAL: 2018:113). Estas funciones resultan acordes a las receptadas en el artículo 3.III, 3.3° y 3.5° del Código Modelo Colectivo Iberoamericano. En una consultoría realizada para PNUMA se puede observar un diagnóstico de las condiciones institucionales, las opciones instrumentales y las herramientas jurídicas utilizadas por las Fiscalías de cada país de Latinoamérica y El Caribe (LLORET: 2016).

Recordemos que en estos casos, la reconfiguración de la “imparcialidad” que hemos analizado antes, bajo la idea del Juez (o Fiscal) como integrante de la comunidad a la que aqueja el problema ambiental, es un reproche que puede verse amplificado. Pero si atendemos que generalmente los juzgados ante los cuales actúan los funcionarios fiscales son, por lo general, de competencia ordinaria, la versión “juez general-fiscal especializado” atraviesa de mejor manera esta crítica (parcialidad, hiper-especialización, sesgos profesionales, “captura de la decisión” por especialistas del Foro, aislamiento del sistema general de derecho, entre otros) desde una lógica mas adversarial. Y esto es algo fundamental en países en vías de desarrollo que necesitan legitimar sus órganos judiciales.

En el caso de que sean Fiscalías especializadas las que, vinculadas con la comunidad, son “movidas” por la denuncia de ciudadanos o la noticia criminis, elaboran las estrategias de protección del interés público, produce pruebas especializadas, controlan la participación y defensa adecuada de los ciudadanos afectados o víctimas y ofrecen representación bajo criterios de gratuidad por ser funcionarios asalariados públicos, etc., dejando el juzgador a salvo de la crítica de sectores de la producción, estatales y/o privados (PNUMA y ORPALC: 2008).

---

<sup>127</sup>Ver Ley N° 20.600, arts. 38 y 44

La figura de la Fiscalía especializada e integral, también permite una posición de negociación de fuerte presencia del interés general de la sociedad, además de que con su experticia en la litigación va generando una cultura litigante de creciente nivel argumentativo y probatorio, todo lo cual exige mejor desempeño de los abogados defensores y redundan en la mejora de la calidad de los procesos ambientales. Esto puede hacer más evidente y menos resistida la posterior implantación de los Tribunales ambientales especializados.

Finalmente, una figura trascendente en la litigación compleja son los funcionarios o auxiliares especializados que pueden asistir a los jueces. En la regla 7 para casos civiles de litigación compleja de Puerto Rico, el juez designado a cargo de la supervisión de todos los procedimientos y de la resolución del caso complejo, puede referirlo en todo o cualquiera de sus controversias, en cualquier etapa de los procedimientos, a algún interventor neutral de acuerdo con el Reglamento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos o podrá utilizar el recurso de comisionado especial.<sup>128</sup>

Este comisionado especial es un árbitro, auditor o examinador al que se le encomienda un asunto cuando estén involucradas cuestiones sobre cuentas y cómputos difíciles de daños o casos que involucren cuestiones sumamente técnicas o de un conocimiento pericial altamente especializado. La orden judicial debe especificar con particularidad sus poderes y requerirá que informe sobre determinadas cuestiones litigiosas solamente, que haga determinados actos o que solamente reciba prueba y transmita el expediente de ésta, y fijará un término razonable dentro del cual el comisionado deberá presentar su informe. Las determinaciones de hechos de un comisionado especial, en tanto y en cuanto el tribunal las adopte en la sentencia, se considerarán como determinaciones de hechos del tribunal. El tribunal fijará los honorarios del comisionado o comisionada.<sup>129</sup>

#### 6.2.6.- Implementación de medios electrónicos para el público (art. 4.9, Acuerdo de Escazú)

Explica LILLO (2015:12) lo diversas que pueden ser las necesidades que impulsan a un sistema judicial a modernizarse en cuanto al uso de herramientas tecnológicas (TIC's), enumerando: mejorar el acceso a la justicia; forjar un acercamiento con la comunidad a través del acceso a información legal, tanto respecto del funcionamiento de la institución como a otros materiales que pueden ser de interés, por ejemplo, para la preparación de casos; facilitar y hacer más efectiva la tramitación de causas; y, en general, mejorar la productividad de los tribunales, optimizar la calidad de la información que es producida en audiencia y facilitar la toma de decisiones.

En el CEJA, se ha analizado que ciertamente no parece del todo sensato exigir un alto nivel de publicidad de información judicial en línea a un país en el que las personas tienen restringido acceso a internet (CEJA: 2019:128). No obstante, la propia regla 95 de Brasilia procura el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezcan las nuevas tecnologías para mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

<sup>128</sup> Regla 41 de Procedimiento Civil de Puerto Rico, 32 L.P.R.A. Ap. III.

<sup>129</sup> Conf. Reglas 41 y 42.2 de Procedimiento Civil de Puerto Rico, 32 L.P.R.A.

Además, la gobernanza ambiental exige parámetros de publicidad de la información y prácticas participativas que van más allá de los actores en el caso, conformando una necesidad imperiosa de utilizar la tecnología como una forma de legitimar los procesos de toma de decisión negociada o resolutive. Esta forma de ejercicio democrático de las políticas públicas, con los principios de gobierno abierto como una de sus bases, desencadena o deriva en principios de revisión jurisdiccional bajo sistemas de “justicia abierta” (COYLA: 2019).

Dice el informe de CEJA que “En los últimos 10 años, en América existe una crisis de confianza hacia las instituciones, siendo el Poder Judicial uno de los más afectados por este fenómeno. En paralelo, también ha existido una expansión de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC’s) que ha permitido a los gobiernos elaborar nuevas iniciativas para vincularse con la ciudadanía”. En este aspecto, las políticas de gobierno digital se han destacado como el paradigma público para utilizar las TICS para tanto mejorar la eficiencia interna de los procesos estatales como también generar canales más íntegros de información con la población (CEJA: 2019:125).

Expresa el informe que tanto Chile como Costa Rica, son países líderes en digitalización institucional, pero la facilitación al acceso de información judicial no se condice con mayores niveles de confianza social en sus territorios. Esto lo asocia principalmente a la existencia de una brecha digital extendida y multidimensional que evita que los programas implementados en los países, lleguen a tener un impacto significativo en la confianza social (CEJA: 2019:126). Por ello hay que hacerlo, pero acompañado de un esfuerzo democratizador.

Esto nos obliga a profundizar un punto más sobre la institucionalidad de los Tribunales Ambientales de Chile. En este país se debe distinguir entre tribunales que son parte del poder judicial<sup>130</sup> de los que no. Aunque para estos la ley de tramitación electrónica no es obligatoria, el pleno de la Corte Suprema mediante un auto acordado N° 180/19 dio una instrucción en esa línea. Con este antecedente, adoptaron dicho modelo de gestión.<sup>131</sup> Hoy en día, los Tribunales Ambientales chilenos contienen toda su tramitación en el soporte virtual, de libre acceso para el ciudadano, con audiencias filmadas y ofrecidas por su canal institucional, y esto ayuda a trabajar el tándem soporte digital-apertura democrática.<sup>132</sup>

#### 6.2.7.- Mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones (art. 8.4.c, Acuerdo de Escazú)

En Escazú, las sanciones administrativas y las sentencias judiciales deben darse a conocer (arts. 6.3.j, 8.6 y 8.4.c) con la clara finalidad de implementar el acceso a la información ambiental del Público (arts. 1 y 5.1) y como mecanismos para asegurar el cumplimiento (art. 8.3.f).

Es un excelente recurso de transparencia activa, pero como se propone desde CEJA, a la luz de la trayectoria con las TICs, el internet (no solo sitios, sino también pensando

<sup>130</sup> Regidos por la Ley de Tramitación Electrónica N°20.886/2015

<sup>131</sup> Instrucción de Presidencia, oficio 8/2019 que refiere las actas 85 y 35 de la Corte

<sup>132</sup> Ver al respecto <https://www.ta.cl/transmision/>

en redes sociales y aplicaciones móviles) parece ser una herramienta crucial de difusión democrática, pero no puede ir sola y sin ninguna forma de evaluación. Una de las primeras cosas que debe valorar una estrategia comunicativa robusta es la persona destinataria, para luego definir el formato del mensaje y el canal (CEJA: 2019:128). Esto es un imperativo en el Acuerdo de Escazú, atento lo previsto en los artículos 8.4.d y 6.6 sobre comunidades vulnerables y de diversidad lingüística y cultural.

## 7.LA LITIGACIÓN ESTRATÉGICA COMO ANVERSO DEL MANEJO JUDICIAL DEL CASO COMPLEJO

La litigación estratégica, es una herramienta que promueve la consecución de reformas estructurales para el cumplimiento y efectivo goce de derechos en la sociedad, a través de la intervención de uno de los poderes del Estado: el Poder Judicial. Algunas veces se presenta acompañada de otras acciones conjuntas al trámite del expediente, que tienden a promover la instalación de una temática en la agenda pública, la concientización de la población y el reconocimiento judicial sobre la violación de un derecho buscando cambios en las políticas estatales (BOHMER y SALEM: 2010:2-8).

Agrega VILLAREAL (2007:18-21) que el litigio estratégico es la herramienta de pericia de los abogados con la cual contribuyen al desarrollo del Derecho de Interés Público; es aquel que se realiza con el claro objetivo de contribuir al cambio social, por ejemplo, en materia ambiental. No obstante el centro de acción del litigio estratégico se limita a los tribunales mediante un plan denominado teoría del caso. Debe reconocerse que el Derecho de Interés Público, además de acudir al litigio estratégico, se apoya en otras herramientas claves como el cabildeo, el lanzamiento de campañas de difusión, la documentación, la capacitación y los amicus curiae, las cuales, la mayoría de las veces, son utilizadas de forma paralela.

Enfrente de la litigación estratégica, resulta esperable del sistema de administración de justicia un manejo judicial (Judicial Case Management), adecuado a la complejidad del caso.

Y acompasado con este manejo judicial del caso, resulta necesario para las partes presentar una gestión estratégica del caso, una litigación construida en función de objetivos claros y precisos (que cimentan su case theory al momento del pleito). Esta es la expresión de la litigación estratégica de defensa de los derechos humanos en general ya en sede judicial (conf. art. 9, Acuerdo de Escazú). El conjunto de habilidades dispositivas y colaborativas que llevan a cabo los litigantes en el trámite concreto.

Comencemos a desarrollar la estructura básica dentro del marco general de la

litigación compleja del caso ambiental. Dijimos que un caso, y en mayor medida, un caso ambiental, comienza mucho antes de ingresar a un Tribunal. Incluso, como podemos ver en el Acuerdo de Escazú, las instancias administrativas enfocadas sobre todo al control de la debida gobernanza ambiental y el pre-daño, resultan usualmente concentradas en las autoridades gubernativas competentes (conf. arts. 8.2 y 8.4.c y cc.).

Agreguemos el deber de difusión a la opinión pública (conf. arts. 5 y 6, Acuerdo de Escazú), la participación de los interesados en el licenciamiento de proyectos y actividades individuales y programas de interés público (conf. art. 7) y el derecho de acceso a trámites administrativos bajo pena de impugnación de las decisiones ilegales o perjudiciales (conf. art. 8). Con todo este bagaje prejudicial el interesado consigue información y anticipa las estrategias judiciales que proseguirán en tribunales.

Por ello, la táctica del caso ambiental, a diferencia de otro civil más habitual y corriente, implica que antes que pensar en cómo y de qué manera llevarlo ante el juez o jueza, inicia en alternativas extrajudiciales previas, en el contexto del debate social y la instancia administrativa. Todo esto da forma a esta perspectiva o noción del “litigio estratégico” ambiental.

Rescatemos del caso hipotético que venimos exponiendo la siguiente variable: la empresa XXX tiene larga data en el lugar, fundada y desarrollada originalmente del trabajo artesanal de una familia tradicional del lugar, hoy emplea al 35 % de la población activa y es el principal contribuyente de tributos local.<sup>133</sup>

Los efectos irradiados por el problema sobre la opinión pública y el interés de la comunidad incida son -como podría suponerse- enormes. Por tanto, el caso debe ser llevado en esa clave de apertura. Mucha gente temerá quedarse sin trabajo y el gobierno sin fondos públicos. Debe aspirarse a un debate democrático, dialogal, constructivo y transparente de la problemática. Otra forma de solución autoritaria, sesgada u opaca, no tendrá visos de legitimidad, acatamiento ni perdurabilidad. Estos últimos proceder, muy probablemente, sean también disparadores de la acción judicial por los ciudadanos involucrados.<sup>134</sup> Y el proceder correcto, también probablemente, reencauce el conflicto hacia su solución administrada.

Esta forma de gestionar respuestas de diferente intensidad de intervención estatal -conforme analizamos ya con BINDER (2011)-, permea desde el mismo sistema de acceso a la justicia ambiental, a través de un menú escalonado de formas adecuadas para cada nivel de conflictividad.

Lo cierto es que, dejando la especificidad de la tarea de gestión extrajudicial del caso, atento los objetivos editoriales de este trabajo, pasaremos a analizar distintos elementos la teoría del caso ambiental, con pretensiones concretas de judicialización.

<sup>133</sup> Ver al respecto el Capítulo 3.- Ejemplificando un conflicto ambiental para comprender su complejidad.

<sup>134</sup> Generalmente estas formas de debate se vehiculizan inicialmente a través de los medios de comunicación masivos. En la República Argentina, la ley 26.522 que regula los Servicios de Comunicación Audiovisual en todo el ámbito territorial del país, establece que la programación deberá evitar contenidos y publicidades que induzcan a comportamientos perjudiciales para el ambiente o para la salud de las personas (art. 70 y 81.i). Ver: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm>

### 7.1- Preparar la litigación estratégica ambiental: la teoría del caso

Explica CEVASCO (2017:13) que cuando hablamos de “case theory” nos estamos refiriendo a un conjunto de actividades estratégicas bajo las reglas procesales que debe desarrollar un litigante, a partir de la cual estará en condiciones de decidir la manera más eficiente y eficaz de presentar su caso ante un Tribunal para ser conocido en un real o hipotético juicio oral.

En este contexto de proceso adversarial y complejo, de interés público y expresión supraindividual y de repercusión pluriofensiva, hay que comenzar indicando que es muy importante que la persona que decida litigar estos casos tenga en claro para qué sirve elaborar una versión estratégica de los hechos, cuales son los elementos estructurales que debe tener la teoría propia del caso, así como también de qué modo debe utilizarla frente al reto de llevar su conflicto a un eventual juicio para un resultado favorable (CEVASCO: 2017:13). Esto nos introduce en el corazón de la litigación estratégica, el instrumento denominado la teoría del caso.

Retomando el texto de LORENZO (2017:33), una estructura básica como marco general en un proceso civil, constaría de cuatro momentos que permitirían organizar la litigación: admisión del caso, audiencia preliminar, juicio oral e impugnación, transversalmente atravesados por la facultad de negociación de las partes (en aspectos procesales, sustanciales y modales de ejecución de la sentencia).

En nuestra estructuración en dos grandes fases para la solución del caso ambiental, sabemos que alternarán algunas de aquellas tareas ordinarias de litigación de los abogados, con otras facultades y prácticas especializadas. Lo que siempre guiará el proceder es tener presente los macro objetivos de estos casos.

Desde la posición de quien acciona para la protección ambiental, podemos enumerar como indispensables:

- 1) la preparación estratégica del caso ambiental;
- 2) la litigación para la obtención de medidas urgentes de tutela ambiental y social;
- 3) la litigación para reestructurar el conflicto ambiental y sus efectos adversos (concluyendo la primera fase); y,
- 4) la ejecución de las decisiones definitivas (para la segunda fase).

A cada etapa, desde la contraparte demandada, le corresponde también prepararse estratégicamente, pero para controvertir las bases del caso iniciado. En ambos extremos, siempre estará abierta, como expresamos antes, la facultad de negociación (procesal, sustancial y ejecutoria), dentro de los límites en que es posible transar.

Luego de que el abogado toma contacto con la realidad de un caso, la primera tarea de gabinete es identificar con claridad y precisión la controversia existente. En

segundo lugar un buen litigante podrá realizar una proyección sobre el futuro del mismo, en forma previa a llevar un caso a los estrados judiciales. Tercero, deberá aplicar las tácticas de abordaje que resulten acordes al caso.

Para identificar si se tienen un caso, es necesario aclararse, en primer orden, cual es la hipótesis fáctica. El modo de hacerlo es describir el hecho de manera directa con un lenguaje sencillo (CEVASCO: 2017:15). Si enfocamos el caso utilizado como ejemplo<sup>135</sup>, diríamos: la actividad metalúrgica de la empresa XXX, radicada indebidamente entre el ejido del pueblo XXX y el río XXX, provoca intoxicaciones de animales de granja y problemas de salud a la población...

Con ello, podríamos re-construir rápidamente una teoría del caso articulada para el conflicto ambiental, modulando actividades y momentos -sin implicar esto secuencias estancas, sino etapas dinámicas y conjungables-.

Los momentos estratégicos en particular serían: 1) Preparación estratégica del caso ambiental - Admisión del caso; 2) Preparación de la litigación - Audiencia Preliminar; 2.1) Momento de mayor intensidad o formalidad en la Negociación del caso – Medios alternativos de solución de conflictos; 3) Litigación del Caso propiamente dicha – Audiencia de Juicio Oral ante juez profesional o jurados; 3.1) Impugnación – Control del debido proceso y revisión de la decisión. 4) Cumplimiento de las decisiones definitivas.

Recordemos que a dicho punto 2.1 lo concebimos así porque, por una parte hemos explicado que las facultades de transacción las encontramos, en lo procesal durante todo el trámite a través de los negocios procesales típicos y atípicos (ver BERIZONCE y MOSMANN: 2020) y en lo sustancial a través de la transacción de los elementos modales del objetivo del pleito, es decir sin perforar el límite de la obligación de recomponer, de orden público (pretensión y mecanismos de cumplimiento; ver GIANNINI: 2011). Este momento se formaliza por lo general en la celebración de la audiencia preliminar (que da inicio al punto estratégico número 2), como ilustra el artículo 11.1° del Código Modelo “El juez oír a las partes sobre los motivos y fundamentos de la demanda y de la contestación e intentará la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto, como la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral de tercero”.

Hasta acá, aparentemente, tendríamos todo reconfigurado y listo para avanzar en la elaboración de la teoría del caso ambiental.

Pero desde el punto de vista de la complejidad del conflicto ecológico y la estructuración de sus remedios, podemos rápidamente entrever que no es todo tan lineal. Si retomamos el caso del ejemplo y rescatamos otros de sus elementos, agregaríamos una debilidad en la propuesta del demandante (que a su vez es la fortaleza del demandado): ...la empresa XXX cumple los valores de emisiones y efluentes autorizados por el Estado, compatibles con la zonificación industrial del área de la empresa. Lo que parecía una disputa entre privados, a resolver con la

---

Ver al respecto Capítulo 3.- Ejemplificando un conflicto ambiental para comprender su complejidad.

prueba, comienza a mezclar cuestiones de derecho administrativo. Lo hacemos porque en la realidad, este matiz conflictivo, es sumamente usual. Piénsese en ello.

Ahora, casi de más está decir esta verdad de Perogrullo: tanto mejor será el litigante, en cuanto mayor capacidad, habilidad o adiestramiento suficiente tenga para adelantarse a los argumentos de la contraparte. De ninguna manera, entonces, podemos proyectar una litigación tan “lineal” como la antes referenciada (más propia de la tradición escrituraria), aunque sí nos da un hilo conductor.

Para contrarrestar estas premisas opuestas y disímiles, necesitaremos no solo fortalecer nuestros elementos del caso, sino saber que la política y el derecho ambiental han generado instrumentos que impactarán en el proceso facilitando, equilibrando y justificando las posiciones argumentales en esta clase de litigación, en tanto estén dirigidas a proteger el interés general y humano vital y estructurar decisiones de incolumidad ambiental. Por eso necesitamos revisar todos los componentes de la tutela ambiental judicial efectiva, en conexión con los deberes de manejo del caso del juez y las facultades procesales de las partes. Nos permitirá entender desde la posición litigante como se construye una teoría del caso óptima.

Podemos entonces organizar esquemáticamente las distintas tareas de administración del caso judicial, definidas con roles facilitadores, directorios y decisorios del juez y roles cooperativos y dispositivos de las partes, todos los cuales resultarán elementales en la elaboración de la estrategia de litigación por el abogado. También podemos sumar al esquema los objetivos de cada etapa del caso, porque estos marcarán un modelo de organización por objetivos y planeación estratégica de la tarea forense ambiental, que haga contra frente con el denominado objetivo predominante -overriding objective- (GARCIA ODGERS 2019:195) que guía el judicial case management.

En este mismo esquema, podemos trasladar y organizar los distintos institutos regulados por el Acuerdo de Escazú que ya vimos en gráfico anterior, y de este modo brindar un panorama más completo de las variables que deberá considerar el litigante ambiental en su plan de acción.

Veamos todas estas ideas en un cuadro general entonces.

Fases estructurales	Instrumentos del Acuerdo de Escazú relacionados	Acciones de administración judicial del caso	Etapas estratégicas de litigación del caso
l) tutela inmediata de la debida gobernanza o la realidad ambiental alterada y su restablecimiento	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Legitimación activa amplia (8.3.c)</li> <li>• Órganos estatales especializados (8.3.a)</li> <li>• Implementación de medios electrónicos para el público (4.9)</li> <li>• Mecanismos de apoyo a personas y grupos vulnerables (8.5)</li> <li>• Medidas de eliminación de barreras (8.4.a)</li> <li>• Uso de interprete o traductor (8.4.d)</li> <li>• Mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones (8.4.c)</li> </ul>	– Admisión del caso	1) Preparación estratégica del caso ambiental
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Procedimientos públicos (8.3.b)</li> <li>• Medidas de facilitación de prueba de daño ambiental (8.3.e)</li> <li>• Medidas cautelares y provisionales (8.3.d)</li> <li>• Mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales (8.7)</li> <li>• Decisiones fundamentadas y escritas (8.6)</li> <li>• Impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento, cualquier decisión contra la información, participación, en adversidad o contravención al</li> </ul>	– Audiencia Preliminar – Negociación formal e intensa del proceso y el caso – Impugnación incidental	2) Litigación para la obtención de medidas urgentes de tutela ambiental y social

Fases estructurales	Instrumentos del Acuerdo de Escazú relacionados	Acciones de administración judicial del caso	Etapas estratégicas de litigación del caso
	<p>ambiente (8.2)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Mecanismos de reparación (8.3.g)</li> <li>• Medidas de Ejecución y cumplimiento (8.3.f)</li> </ul>		
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Medidas de facilitación de prueba de daño ambiental (8.3.e)</li> <li>• Mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales - mediación, conciliación y otros- (8.7)</li> <li>• Decisiones fundamentadas y escritas (8.6)</li> <li>• Impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento, cualquier decisión contra la información, participación, en adversidad o contravención al ambiente (8.2)</li> <li>• Mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones (8.4.c)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Negociación del caso</li> <li>- Audiencia de Juicio Oral</li> <li>- Impugnación definitiva (apelación)</li> </ul>	<p>3) Litigación para reestructurar el conflicto ambiental y sus efectos adversos</p>

<b>Fases estructurales</b>	<b>Instrumentos del Acuerdo de Escazú relacionados</b>	<b>Acciones de administración judicial del caso</b>	<b>Etapas estratégicas de litigación del caso</b>
<p>II) Implementación de la restitución al estado previo al conflicto ambiental y la compensación de víctimas y afectados</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Restitución al estado previo al daño, restauración, compensación, pago de una sanción económica, satisfacción, garantías de no repetición, atención a las personas afectadas, instrumentos financieros para apoyar la reparación (8.3.g)</li> <li>• Medidas de Ejecución y cumplimiento (8.3.f)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ejecución de mecanismos de reparación (8.3.g)</li> <li>- Negociación de medidas de implementación</li> </ul>	<p>4) Cumplimiento de las decisiones definitivas</p>

## 7.2.- Preparación estratégica: la admisión del caso ambiental

Pasemos ahora a estudiar algunos de estos lineamientos básicos de la teoría del caso ambiental esquematizados.

Explica LORENZO (2017:30-34) que la etapa de admisión del caso es el momento inicial para valorar la viabilidad de judicializar o no el conflicto ambiental. Indica que en forma previa a llevar un caso a los estrados judiciales, un buen litigante podrá realizar una proyección sobre el futuro del mismo. La contracara, es el trámite y decisión de la autoridad judicial de conceder viabilidad al procesamiento del conflicto en esa sede.

Para litigar con eficacia -continúa- debe pensarse estratégicamente en tres planos: hechos, derecho y prueba. Dice LORENZO (2017:53) que “trabajar un caso significa un ir y venir constantemente entre hechos, derecho y prueba”.

Persigue construir una teoría del caso coherente y robusta, a la vez que permita surcar los distintos momentos procesales decisivos como negociaciones y audiencias, y poder argumentar precisa y persuasivamente (LORENZO: 2017:42-44).

La teoría del caso –ambiental, agregamos nosotros- es para esta autora el instrumento metodológico que le permite entonces al abogado litigante ordenar sus ideas, diferenciar lo deseado de lo probable, evaluar las situaciones que se van presentando en el andar del proceso y tomar las mejores decisiones posibles para el bien jurídico protegido y eventuales afectados (LORENZO: 2017:43).

En un caso de escasa complejidad, la reclamación puede ser producto de la presentación de formularios para lograr su solución -concertada o en contradictorio- y mediante métodos estandarizables. Contrariamente, la demanda ambiental exige un encuadramiento factico-jurídico vigoroso, y por tanto siempre originales y poco replicables. El arribo a su solución, por tanto, reclama el manejo judicial profundo y creativo del que ya hemos dado explicación.

El trance de elaboración de la demanda del caso, se dirige, hacia el momento de testeo inicial, a su presentación para la admisión y la gestión eficiente del conflicto (mejor resultado, a menor costo). Se debe buscar, al judicializarlo, obtener trámites expeditos y categóricos.

En la práctica de construir el caso ambiental, el litigante parte de la escucha activa de sus clientes, a quienes va a defender. Recordemos nuestro caso hipotético<sup>136</sup>: podría un abogado, un fiscal o un funcionario administrativo, recibir la presencia de los campesinos aquejados por la enfermedad de sus animales de cría. O a los vecinos cercanos al río.

También las primeras noticias podrían llegar de una manera un tanto más técnica y detallada: como el caso de que un procurador público recibiera un oficio de la universidad, informándole sobre los estudios realizados en el ámbito del pueblo en cuestión.

---

<sup>136</sup>Ver al respecto Capítulo 3.- Ejemplificando un conflicto ambiental para comprender su complejidad.

Este simple acto comunicativo puede ser muy concreto e ilustrativo. O puede ser ya demostrativo de una barrera lingüística. Comunicarse es vital para defender, y por tanto, es una primera de varias barreras que el sistema busca despejar.

Es vital que la demanda que se elabore comience transmitiendo bien el planteo del caso. Construir historias, argumentar, debatir y persuadir es una tarea central del buen litigante. En el caso ambiental, lo que cambia es el auditorio. Los operadores jurídicos son, en cierta forma, decisores intermedios de medidas que van a impactar en la sociedad que aprovecha los servicios del ambiente (respira, se alimenta, desarrolla su economía, entre muchos mas).

Hablar claro (evitar latinazgos, lenguaje accesible y desformalizado) no es solo un imperativo de justicia sino democrático: los destinatarios son los sujetos del derecho humano al ambiente sano. Además, decir simple restringe el margen de interpretación de los operadores de justicia, limitando la arbitrariedad judicial y la interpretación artera (chicana) del oponente.

Lo cierto es que, en este punto, el caso ambiental se asemeja más, por una parte, a un caso contencioso-administrativo, donde existe actividad previa habilitante o de control del Estado (como ya alertamos). Si estos trámites previos han sido llevados en una versión correcta, incorporan mecanismos de información y participación ciudadana. Y en estos trámites habrá información sobre la cual indagar.

Por otro lado, se asemeja más a una forma de movilización social, comunitaria o política institucionalizada. Por ello, a veces aparecen integrados a elementos de organización intermedia como asociaciones no gubernamentales o laborales o profesionales o, incluso también, lo que genera muchas veces prurito y desconfianza en la opinión pública, complementado por posicionamientos políticos adversos al gobierno regulador.

Por ello, en el caso ambiental, generalmente, no hay un relato inicial de un damnificado, una comunicación en primera persona. El reclamo ambiental encarna el interés de la sociedad, y puede proceder de personas, grupos y organizaciones genéricamente denominados defensores de derechos humanos ambientales (art. 9, Acuerdo de Escazú).

Cuando la petición de interesados también incluye afectaciones a su persona, patrimonio, o derechos individuales o políticos, resulta más notorio el ejercicio de lo que antes se explicó como la “protección refleja”.

Dijimos que la presentación del caso –y la oposición de la demandada- debe iniciar proponiendo los hechos de una forma directa. Es lo que se define como la proposición fáctica para la identificación del caso (CEVASCO: 2017:15).

Dicha base fáctica de la teoría del caso desencadena:

-la construcción de los relatos fácticos (teoría fáctica);

-la consecuente selección de las normas jurídicas (teoría jurídica);

-la estrategia del manejo probatorio (teoría probatoria); y,

-la respuesta equivalente –también tripartita- de la contraparte (lo que abre la posibilidad de confirmarlas bajo el test de contrastación, que veremos enseguida).

Una herramienta del Tribunal –muy eficaz- para canalizar una teoría del caso en litigios complejos, son las conferencias de las partes. La Regla Civil 12 de Litigación Compleja de Puerto Rico explica uno a uno aspectos en que los abogados o las abogadas de las partes deberán prepararse a cubrir, al fijarse allí la dirección de la litigación, por lo que la asistencia a dichas conferencias será compulsoria.

Dichas Conferencias en este país son celebradas por el tribunal en un número mínimo de tres (3) con antelación a juicio: la Inicial, la de Seguimiento y la Final. La primera con el objeto de estipulación de hechos, posible acumulación de otras reclamaciones u otras partes al pleito, plan y calendarización del descubrimiento de prueba, posibilidad de referir la causa a interventores neutrales (conciliar) o nombrar un comisionado especial, designación de representantes unificados de las partes demandantes y demandadas (comités timón) y cualquier otro asunto que ameriten las circunstancias particulares del caso. La segunda para simplificar algunas controversias y expedir las órdenes que faciliten el manejo eficaz y la pronta solución del caso. La tercera, en fecha cercana al juicio, donde las partes podrán formular el plan para celebrarlo, incluyendo un programa para facilitar la admisión de evidencia.

Desde el punto de vista del Tribunal, los propósitos de estas reuniones son establecer un control oportuno y continuo de lo que las partes van desarrollando.

El punto “D” de la regla 12 puertorriqueña denota la vinculación más estrecha con las potestades directivas del judicial case management, disponiendo que nada impide que el Tribunal, a instancia propia o a solicitud de parte, fije y ordene la celebración de conferencias periódicas con el propósito de dar seguimiento y supervisar las órdenes previamente dictadas y disponer sobre cualquier asunto que requiera su intervención y adjudicación, así como mantener la administración y manejo judicial continuo del caso.

Iremos enfocando los elementos a medida que analicemos las situaciones.

### 7.3.- Litigación para la obtención de medidas urgentes de tutela ambiental y social

Ya sea que la litigación proceda contra ilicitudes en la gobernanza ambiental (información, participación o contravenir la normativa) o por una afectación al medio ambiente, la herramienta metodológica de litigación adversarial es la teoría del caso.

Y como sentamos, la teoría del caso ambiental se ordena bajo dos grandes objetivos: prevenir y reparar. Ambos objetivos resultan sincrónicos y complementarios. Todo el esfuerzo del litigio de protección ambiental esta puesto, primero, en pos de frenar los

efectos negativos de decisiones, acciones u omisiones que evadieron los principios centrales del estado ambiental de derecho. Reorientándolas, se esta previniendo.

No es ajeno que la planificación estratégica del caso ambiental será diferente si apunta a probar que se incumplió un trámite, o se puso en riesgo o se degradó un recurso ambiental.

Cabe por cierto observar el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que en su artículo 13 permite, incluso, la anticipación de la decisión de fondo, si no hubiere necesidad de producción de prueba, lo cual es sumamente útil en un caso de incumplimiento legal, que con las constataciones documentales queda ya sometido a la interpretación y resolución judicial.

El artículo 5 del Código Modelo también ayuda a esta idea, porque, de considerarse incluso que los oficios para la recolección de documental administrativa resulta prueba, igualmente habilita al juez, a requerimiento de la parte interesada, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que, con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación. Si no hubiere controversia en cuanto a la parte anticipada en esa decisión liminar, después de la oportunidad del contradictorio, ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada, y proseguirá el proceso, si fuere el caso, para el juzgamiento de los demás puntos o cuestiones comprendidas en la demanda (art. 3.4°).

Parados en el ejemplo sobre la metalúrgica<sup>137</sup>, podríamos plantearnos intentar allí discutir que la planta de beneficio de mineral ha sido objeto de permisos indebidos por contravenir normas vigentes, o anulables por haber faltado a los requerimientos de participación pública, aunque sea de larga data, al momento de reexaminaciones o actualizaciones de sus permisos originales (conf. art. 7.2, Acuerdo de Escazú).

Incluso, si recordamos que en el caso hipotético dijimos que el Estado había zonificado el área fabril, contigua a una población y un río, brindándole un carácter tal que tiene permitido valores de emisiones y efluentes demasiado altos para la vida urbana y actividad agropecuaria, podemos proyectar un litigio sobre la legalidad de dicha regulación y su procedimiento inconsulto (conf. art. 7.3, Acuerdo de Escazú).

También podríamos encarar la discusión de los riesgos que implican para la salud de los pueblerinos o las intoxicaciones que está provocando en los animales de granja del ejemplo. Y este es el caso (de protección refleja) más tradicional. Requiere probar los riesgos o daños acontecidos por las decisiones, hechos u omisiones que injustificadamente los generaron, su relación de causalidad con las consecuencias, los factores de atribución (dolo o culpa) de sus autores o quien/es debe responder por él (si son dependientes). Por supuesto, a la contraparte corresponde la prueba negativa de estos elementos de la responsabilidad.

Es posible como dijimos, además, acumular ambas pretensiones, la que avanza sobre la legalidad ambiental en el proceder público y la que pone en riesgo o daña el entorno. Esta sería la lógica que reclamaría nuestro caso usado como ejemplo.

Recapitulando lo dicho hasta aquí, hemos abordado el hecho de que, al presentar la

<sup>137</sup>Ver al respecto Capítulo 3.- Ejemplificando un conflicto ambiental para comprender su complejidad.

demanda, debe imprimirse el relato fáctico, el encuadre jurídico y el ofrecimiento probatorio que, cumplido el traslado al demandado, éste deberá presentar también por escrito marcando su posición sobre los tres aspectos. Nuestra teoría del caso, en consecuencia, empezaría a acomodarse en una estructura como la mostrada por la siguiente tabla.<sup>138</sup>

<b>TEORIA JURIDICA</b>	<b>TEORÍA FÁCTICA</b>	<b>TEORÍA PROBATORIA</b>

Sentamos que, claramente, un caso por actos, omisiones o decisiones de mala gobernanza no tendrá las mismas características que otro por riesgos o daños ambientales. En los primeros habrá un mayor ejercicio argumentativo, de análisis normativo, frente a los segundos, donde la prueba del riesgo o la afectación adversa resultará crucial.

Así, planteadas las diferentes vertientes del caso ambiental, en cualquier caso, resulta inevitable la tarea de construir un relato, dándole sentido. Dice LORENZO (2017:64), que esta tarea consiste en brindar lo que el juez no conoce hasta ese momento en que nosotros presentamos el caso; es la historia concreta de este hecho puntual. Y es la primera tarea del litigante entonces, comunicarle al juez el hecho detrás del caso, la historia detrás del Derecho.

Un buen relato de los hechos debe ser realista (buscando hechos no controvertibles), no contradictorio, simple (comprometiendo solo lo que puede probarse) y consciente (elementos constantes en el caso, no fantasías) (CEVASCO: 2017:35).

Antes de ahora, ya habíamos proyectado uno –con la brevedad editorial que exige el texto- sobre nuestro caso hipotético. Lo reiteremos: la actividad metalúrgica de la empresa XXX, radicada indebidamente entre el ejido del pueblo XXX y el río XXX, provoca intoxicaciones de animales de granja y problemas de salud a la población. Es lo que asume la demandante.

Vimos también una posible respuesta de la metalúrgica, que sería ...la empresa XXX no provoca intoxicaciones como contrastan las auditorías de calidad y el uso certificado de tecnologías de punta y el cumplimiento de valores de emisiones y efluentes autorizados por el Estado, compatibles con la zonificación industrial del área de la empresa.

Una vez hecho un buen relato, los mismos se traducen en proposiciones fácticas, y por ello hay que ponderar de manera estratégica su debilidad o fortaleza frente a las proposiciones de la parte contraria. Esta tarea consiste en dividir cada una de las afirmaciones hechas en el relato mediante oraciones breves y específicas.

Hagamos una división de proposiciones de nuestro caso hipotético, oponiendo las correspondientes a cada una de las partes en litigio.

<b>Proposiciones fácticas del demandante</b>	<b>Proposiciones fácticas del demandado</b>
empresa de beneficio de mineral, mal ubicada en terrenos entre el ejido del pueblo y el principal río de la cuenca	empresa emplazada de larga data en el lugar donde esta, derechos adquiridos de propiedad, habilitación legal
pobladores denunciaron intermitentes intoxicaciones de animales de granja sin causas determinadas	zonificación estatal como industrial: valores de emisiones y efluentes autorizados, incompatibilidad de la actividad agropecuaria
estudio de un instituto universitario asoció problemas de salud de la población a la actividad metalúrgica	metalúrgica contrasta sus propias auditorías de calidad y el uso certificado de tecnologías de punta

Nuestra calificación de elementos fácticos, estratégicamente hablando, deben confrontarse entonces con los elementos de la contraparte, dando lugar a lo que CEVASCO (2011:17) llama “test de la superposición”, consistente en verificar si nuestros hechos son “fuertes” o “débiles”, en función a cuán bien puedan ser explicadas por la contraparte.

Ya estimamos que una destreza que mejora los éxitos en la lid adversarial es la anticipación de las posibles proposiciones ajenas, y acá se ve en su máxima expresión.

Si la contraparte tiene una explicación igual o mejor que la nuestra, con los mismos hechos, nuestro caso será débil. También se deberán distinguir los hechos de nuestro caso, en cuanto se traten de hechos controvertibles (posibles de modificar o cambiar por los litigantes, a través de una interpretación diferente de los sucesos ocurridos o la presentación de evidencia que los confronte) o hechos incontrovertibles (como podrían ser los malestares de salud de vecinos acreditados clínicamente) (CEVASCO: 2017:17).

La calificación de fuerte o débil de una afirmación fáctica, proviene de su “sentido

de justicia”, de la irrefutabilidad o interpretación alternativa o confrontativa de la contraparte.

Como se puede ver, las proposiciones de ambas partes del conflicto usado como supuesto en este manual, tienen distintas fortalezas. En principio, los abogados evaluarán sus tesis fácticas como fuertes y seguramente avanzarán hacia la construcción de una base jurídica.

Ya en este punto, la tarea de la teoría jurídica consiste en elaborar un mapa conceptual de la normativa que resulta aplicable al caso, vinculado a las hipótesis fácticas. Propone LORENZO (2017:51) que los elementos que conforman este esquema son la normativa aplicable, la doctrina sobre el tema y la jurisprudencia que puede repercutir en la decisión del caso. Grafiquemos.

<b>Proposiciones Jurídicas del demandante</b>	<b>Proposiciones fácticas del demandante</b>	<b>Proposiciones Jurídicas del demandado</b>	<b>Proposiciones fácticas del demandado</b>
la actividad de la empresa afecta animales de granja	no hay causas determinadas de las intermitentes intoxicaciones de animales de granja, resultan atribuibles a la empresa por su peligrosidad	la actividad de la empresa se encuentra dentro de los parámetros legales	zonificación estatal como industrial: valores de emisiones y efluentes autorizados, incompatibilidad de la actividad agropecuaria
la actividad de la empresa afecta la salud de la población	estudio de un instituto universitario ha asociado problemas de salud de la población a la actividad metalúrgica	la actividad de la empresa no afecta la salud de la población	firma contrasta sus propias auditorías de calidad y el uso certificado de tecnologías de punta realizadas por sus consultores

<b>Proposiciones Jurídicas del demandante</b>	<b>Proposiciones fácticas del demandante</b>	<b>Proposiciones Jurídicas del demandado</b>	<b>Proposiciones fácticas del demandado</b>
la empresa contamina el pueblo y el río	empresa de beneficio de mineral, mal ubicada en terrenos entre el ejido del pueblo y el principal río de la cuenca <sup>139</sup>	la empresa no contamina el pueblo y el río	empresa emplazada de larga data en el lugar donde esta, derechos adquiridos de propiedad, habilitación legal

No es casual que hayamos dejado fuera otros elementos del caso que no son propiamente proposiciones aunque seguramente sean sumamente persuasivos en la toma de decisión judicial, como:

...la empresa XXX fue fundada y desarrollada originalmente del trabajo artesanal de una familia tradicional del lugar...

...la empresa XXX hoy emplea al 35 % de la población activa y es el principal contribuyente de tributos del Pueblo...

Ni las condiciones políticas ni las jurídicas del conflicto son proposiciones fácticas: lo son los hechos del caso sometidos a acreditación. Igualmente la conflictividad enfocada desde la complejidad, se hace cargo de todos los elementos que condicionan la respuesta al litigio complejo, multívocamente. La planificación de la litigación estratégica requiere eso. Hay que pensar siempre en los esquemas colaterales de la litigación. Esto puede ser recogido, por ejemplo, al momento de los argumentos finales.

El cierre de la empresa provoca despidos y pérdidas económicas. La continuidad sin cambios de la empresa implica insalubridad en la comunidad y los cordones granjeros. Eso se halla en el mar de fondo de la conflictividad ambiental.

Un problema estructural -dicen DIDIER, ZANETI y ALEXANDRIA DE OLIVEIRA (2020)- se define por la existencia de un estado de disconformidad estructurada. Esta es una situación de ilicitud (califiquémosla como una ilicitud impropia) en el sentido de ser una situación que no corresponde a un estado de cosas considerado ideal (una situación de ilicitud continua y permanente, o una situación de disconformidad, aunque no propiamente ilícita).

Este foco en el estado de disconformidad, lleva a la doctrina a proponer que debe

<sup>139</sup> La doctrina llama usualmente a esto "zonas de sacrificio ambiental"

primar en los casos complejos y estructurales una flexibilización del pedido y la causa de pedir (DIDIER, ZANETI y ALEXANDRIA DE OLIVEIRA: 2020), y que deben ser interpretados extensivamente (así lo plantea por ejemplo el art. 10 del Código Modelo Iberoamericano de Procesos Colectivos).

Lo siguiente es evaluar las teorías fácticas y jurídicas de cada posición litigante, para establecer el siguiente paso. Teniendo una mayoría de proposiciones débiles: cabrá preguntarse si les conviene continuar el caso. Teniendo algunas perspectivas fuertes y otras débiles ante distintas proposiciones, se tendrá ante sí varias alternativas: desechar demandar el caso, negociar un acuerdo ó litigar (CEVASCO: 2017:38). Cuando las teorías fácticas y las jurídicas resultan fuertes, la teoría del caso se torna admisible para la justicia y ofrece más claramente la perspectiva de litigarlo.

La importancia de no confundir hechos con interpretaciones o conclusiones está dada por el tercer elemento de la teoría del caso que debemos abordar: la teoría probatoria. Cada afirmación fáctica debe ser demostrada. Si construyéramos el caso en base a elementos ambiguos, las posibles formas de acreditarlos serían muy disímiles y abiertas, con bajo poder de convicción.

No es necesario tener todas las pruebas al momento de la admisión del caso, sino solo las esenciales que permiten consolidar una posición judicial admisible en la audiencia inicial. Una demanda sin pruebas es insustancial, y por tanto rechazable.

La base de acreditación (teoría probatoria) puede poseer elementos de evidencia variantes, y algunos de ellos impactados por disposiciones externas (como por ejemplo obtener información en poder de terceros). Esto debe estar en el cálculo del litigante, para argumentar su proponibilidad en tiempo oportuno.

En este tercer momento de armado de la teoría del caso, existen algunos factores que funcionan diferente que en los casos civiles ordinarios. En la litigación adversarial, la iniciativa probatoria es de las partes y veda al juez de intervenir activamente en la acreditación de los hechos (por las garantías de independencia, imparcialidad, neutralidad ya vistas).

El Juez Ambiental, en cambio, posee una manda protectoria del ambiente que se traduce en potestades de requerir producción de información para el proceso, salvaguardando un interés público trascendente que está calificado por el legislador por encima del interés de las partes (art. 8.3.e, Acuerdo de Escazú).

La posibilidad o no de los jueces de solicitar y/o producir prueba de oficio en el proceso civil ordinario en la región no es pacífica, aunque si está más difundida y pacífica esta potestad de hacerlo en temas ambientales.

Generalmente se acepta esta iniciativa tras el deber de los jueces ambientales de desplegar funciones preventivas para evitar el acontecimiento o agravamiento de afectaciones ambientales, como una manifestación de su responsabilidad social. En el marco de estas funciones tutelares de juez ambiental, se hace necesaria la posibilidad que dispongan medidas de acreditación, para conocer los riesgos asociados al caso concreto y tomar medidas consecuentes y razonables en beneficio de la comunidad.

La contracara de esto es que, en materia ambiental, se torna más inaceptable que en otras áreas la práctica de fallar con bajo aporte probatorio, recurriendo -como muchas veces se hace, sobre todo en acciones de amparo- a un esfuerzo de motivación jurídica en desmedro de la valoración de prueba por exigua.

Reproduzcamos el cuadro que permite visualizar la construcción de las Teorías Jurídica, Fáctica y Probatoria del Caso, elaborado por LORENZO (2017:66).

<b>TEORIA JURÍDICA</b>	<b>TEORIA FÁCTICA</b>	<b>TEORIA PROBATORIA</b>
<p>Mención general de toda la normativa involucrada (arts. + interpretaciones doctrinarias y/o precedentes jurisprudenciales).</p> <p>A continuación en cada celda dividimos las exigencias.</p>	<p>Hechos desagregados.</p>	<p>Prueba para acreditar cada afirmación.</p>
<p>Exigencia normativa 1</p>	<p>Hecho 1</p>	<p>Prueba 1</p>
		<p>Prueba 2</p>
	<p>Hecho 2</p>	<p>Prueba 2</p>
	<p>Hecho 3... consignamos todos los hechos que se vinculen con la exigencia normativa 1</p>	<p>Prueba 2</p>
<p>Exigencia normativa 2</p>	<p>Hecho 4</p>	<p>Prueba 3</p>
		<p>Prueba 4</p>
	<p>Hecho 5</p>	<p>Prueba 4</p>

<p>Exigencia normativa... Se procede de la misma manera con cada exigencia normativa existente para el caso, vinculándola con el o los hechos que se correspondan y la prueba que acredite esos hechos.</p>		
---	--	--

Con la tipicidad se ordenan las exigencias que las normas legales tienen. En nuestro caso, refieren a los incumplimientos a los procedimientos que la buena gobernanza ambiental exige (constitucionalidad, convencionalidad, legalidad, máxima divulgación y transparencia, rendición de cuentas, participación, igualdad, no discriminación, no regresión, progresividad, buena fe y demás) y a los deberes de indemnidad que derivan de los principios de prevención, precaución y reparación (pro-ambiente, pro-persona, equidad intergeneracional y demás). Todo enmarcado en el estado ecológico de derecho.

Esta construcción típica, luego, debe vincularse con los hechos que originalmente hemos seleccionado. Las afirmaciones fácticas deben vincularse a las pruebas sobre los hechos, sin adjetivaciones ni interpretaciones, que quedarán reservadas para una etapa ulterior, de elaboración de la teoría persuasiva de los argumentos de cierre del juicio (alegatos de bien probado, en la jerga tradicional forense).

En el caso hipotético que estamos desarrollando en nuestra explicación, y solo utilizando el Acuerdo de Escazú como único elemento de calificación jurídica -a modo de ejemplo-, podríamos plantear lo siguiente:

-la empresa contamina el pueblo y el río, afectando de manera adversa al medio ambiente (art. 8.2.c), correspondiendo disponer medidas cautelares y/o provisionales con el fin de prevenir y hacer cesar dichos efectos (art. 8.3.d, en función del principio de prevención art. 3.e) y condenarla a implementar mecanismos de reparación restituyendo al estado previo al daño, o en caso de imposibilidad parcial o total, según corresponda, a la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica (art. 8.3.g);

-la actividad de la empresa afecta la salud de la población, por actividades adversas al medio ambiente (art. 8.2.c), con repercusión en las personas por lo que requieren atención reparatoria (art. 8.3.g), en virtud del principio pro persona (art. 3.k);

-la actividad de la empresa afecta animales de granja, bajo un licenciamiento y zonificación del Estado como industrial que no ha sido revisado, reexaminado o actualizado respetando el acceso a la información y participación (arts. 5,6 y 7), perjudicando a personas que requieren la satisfacción económica (art. 8.3.g), en virtud del principio pro persona (art. 3.k);

-el Estado no ha cumplido sus deberes de garantizar la implementación plena y efectiva protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible (art. 1), acceso a una buena gobernanza (arts. 5, 6, 7 y 8) y a la prevención y reparación de riesgos y daños ambientales (arts. 3.e y 8.2) y a la salud (arts. 3.k y 4.1), por lo que corresponde ser co-demandado por su omisión (art. 8.2).

Hecha nuestra calificación jurídica (recortada a efectos de este ejercicio), pasemos a nuestra teoría probatoria.

Dijimos que una teoría del caso es fuerte, en tanto resulta incontestable por la contraria. La debilidad o fortaleza de los elementos de la faz probatoria del caso, se basan en un análisis de credibilidad. Una teoría probatoria fuerte nos permite atravesar satisfactoriamente el análisis de admisibilidad, efectuado ya en sede judicial en la audiencia preliminar.

CEVASCO (2017:39) esquematiza el análisis para la decisión estratégica probatoria del litigante partiendo de una pregunta: ¿Qué prueba servirá para acreditar cada una de las proposiciones fácticas? Sienta el orden de abordaje bajo tres objetivos sobre cada elemento de evidencia:

-Legalidad, referido al control de admisibilidad del Tribunal y la calidad de convicción en juicio;

-Relevancia, también dirigido al control de admisibilidad del Tribunal y la calidad de convicción en juicio;

-Credibilidad, dirigido exclusivamente a la calidad de convicción del Tribunal en juicio.

Un cuadro de CEVASCO (2017:40) permite pautar este avance en la tarea. Reproduzcámoslo.

TEORIA JURÍDICA	TEORIA FÁCTICA		TEORIA PROBATORIA	
	Elemento 1	Prop. Fact. 1	Débil / Fuerte	Prueba 1
Prop. Fact. 2		Débil / Fuerte	Débil / Fuerte...	

Elemento 2	Prop. Fact. 3	Débil / Fuerte	Prueba 2	
	Prop. Fact. 4	Débil / Fuerte...	Prueba 3	
Elemento 3	Prop. Fact. 5		Prueba 4	
	Prop. Fact. 6			

Cada uno de ellos, a su vez, será una vez admitidos, confrontados con los del adversario para re-evaluar su fortaleza.

Nacen en este momento las observaciones que venimos haciendo sobre la estrategia ante una debilidad postulatoria: evaluar la conveniencia de acuerdos prejudiciales menos confrontacionales, aunque los márgenes de negociación ambientales sean más escuetos y existan posibilidades de auxilio por el Tribunal tras sus facultades de iniciativa y definición de las cargas probatorias. Por ello hemos afirmado que la audiencia preliminar es el momento más trascendente de la opción negociadora en el proceso ambiental.

Con todo este panorama, conviene recapitular ¿cómo planificar el caso ambiental? Respondámoslo esquemáticamente:

1.- desde lo fáctico: hacer un sustento explicativo -"historia"- que se verá atravesada por un contexto de la realidad natural, urbana y/o socioeconómica. Luego procederemos a su evaluación sobre la calidad fuerte o débil, basado en la propiedad de refutabilidad que tengan nuestras proposiciones;

2.- desde lo jurídico: determinar el sustento normativo, que se verá atravesado por los principios propios de la materia ambiental y los derechos humanos. Luego procederemos a su evaluación de la calidad fuerte o débil, basado en la propiedad de fundabilidad que tengan nuestros elementos;

3.- desde lo probatorio: determinar el sustento de acreditación, que se verá atravesado por las morigeraciones que pueden instarse sobre de las cargas de probar, distribución dinámica e imputaciones legales sobre elementos de la responsabilidad que resolverá el juez. Luego procederemos a su evaluación de la calidad fuerte o débil, basado en la propiedad de credibilidad que tengan nuestras pruebas;

...pero debemos adelantar un cuarto elemento... que retomaremos en la audiencia de juicio...

4.- desde lo argumentativo: determinar el sustento de “convencimiento”, que se verá atravesado por la expansión o comunicabilidad de las afectaciones al ambiente y sus elementos y a la sociedad, dando lugar a los debates del Estado Ecológico de Derecho, Sustentabilidad, Gobernanza ambiental, Calidad de vida y Equidad Intergeneracional, entre otros. La preparación requiere también un análisis sobre la calidad persuasiva fuerte o débil, basado en la propiedad de coherencia (intrínseca y extrínseca) que tengan nuestros argumentos de alegato de cierre (LLORET: 2007:95-189).

Una teoría del caso ideal (CEVASCO: 2011:41), entonces, se resume en:

-un buen relato de los hechos (contempla hechos incontrovertibles/historia simple, consistente y no contradictoria);

-una Teoría fáctica fuerte (con proposiciones fácticas fuertes);

-respaldada por una Teoría probatoria fuerte (pruebas legales, relevantes, confiables y creíbles); y

-una Teoría jurídica coherente y persuasiva que explica, respalda y funda normativa, jurisprudencial y doctrinariamente, cubriendo todos los elementos del caso.

La teoría del caso, por fin, es una herramienta, que debe usarse de manera flexible y práctica, sobre todo en un caso de litigación compleja y estructural como la ambiental, donde otra información también irá integrándose al pleito.

#### 7.3.1.- Medidas cautelares y medidas provisionales (8.3.d, Acuerdo de Escazú)

La estructuración del proceso ambiental en clave de los principios preventivo y precautorio trae como resultado la necesidad de prever medidas anticipadas de tutela. Los procesos estructurales y complejos como los ambientales requieren de un trámite que muchas veces no resulta atemperado a los peligros de los daños continuados o las necesidades sanitarias de la comunidad.

El Código Modelo, por ejemplo, establece un modelo de tutela jurisdiccional anticipada (art. 5) con base en la tutela judicial efectiva (art. 4) de trámite prioritario, atendiendo la relevancia del bien jurídico que deba ser protegido (art. 16).

En doctrina, GONZALEZ BALLAR y PEÑA CHACON (2015:161) proponen que al juzgador ambiental le debieran bastar el requisito de la apariencia o aspecto exterior de buen derecho (fomus bonus iuris), en su juicio de probabilidad o verosimilitud, para dar cabida a la cautela. Insisten que corresponde admitirse medidas precautorias aún cuando no haya plena certezas científicas sobre los efectos perjudiciales por influencia del criterio homónimo.

Al abordar otro requisito cautelar, de la existencia de un riesgo de transformación de la situación fáctica (periculum in mora), dicen que el juzgador debe basarse en los peligros ambientales ponderados por encima de los intereses de particulares o de la Administración Pública. Su compromiso es procurar resolver el daño ex-ante en vez de remitir el remedio a una solución ex-post, ya que por sus características

muchos daños ambientales son irreversibles, o bien, de difícil o imposible reparación (GONZALEZ BALLAR y PEÑA CHACON: 2015:161-162).

Finalmente, completando el tercer requisito de garantizar los eventuales daños de la medida anticipada (contra-cautela o caución) por quien la solicita, debe contemplarse que el Acuerdo de Escazú establece para el acceso procedimientos sin costos prohibitivos y sin barreras al ejercicio (conf. art. 8.3.b y 8.4.a) y asegura la igualdad y no discriminación en la tutela judicial (art. 3.a).

El Código Procesal Civil de Bolivia prevé que pueden otorgarse cautelares sin necesidad de dar caución, fundando en la consideración de los restantes requisitos de verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida.<sup>140</sup> Podríamos agregarles a estos otros criterios doctrinales como el de razonabilidad e instrumentalidad (al respecto GONZALEZ BALLAR y PEÑA CHACON: 2015:164).

Otro ejemplo advertible, se encuentra legislado en el estado europeo oriental de Georgia, donde el artículo 29 del Código de Procedimiento Administrativo sirve como una orden judicial automática para muchos casos ambientales, ya que suspende el acto administrativo pertinente durante el tiempo del caso, interdictando así el “requisito de legalidad de la actividad” que se impugna y eliminando esencialmente la necesidad de una fianza en la cautela.<sup>141</sup>

En el marco de la tutela urgente, las medidas anticipadas también agregan la posibilidad de que el juez o jueza tome decisiones oficiosas para proteger el interés general ambiental. Es advertible que estas medidas provisionales (art. 8.3.b, Acuerdo de Escazú), resultan sumamente contra-sistémicas a la forma adversarial de resolución de conflictos. Incluso, estas potestades se extreman en la excepción que prevé el artículo 5 párrafo 1° del Código Modelo: “No se concederá la anticipación de la tutela si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de un bien jurídico relevante”.

Pero en los derechos nacionales se advierte esta concepción amplia de la tutela urgente. En la Ley General del Ambiente argentina, el segundo párrafo in fine del artículo 32 autoriza a que “En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”. Este último supuesto, el Tribunal actúa lisa y llanamente por un deber constitucional de proteger el interés público ambiental, ante la evidencia del riesgo o la lesión. De otra forma,

---

<sup>140</sup> Código Procesal Civil aprobado por Ley 439 de 19/11/2013. ARTÍCULO 320. (MEDIDAS SIN CONTRACAUTELA). Las medidas cautelares podrán ordenarse bajo responsabilidad de la parte solicitante, sin necesidad de dar caución. La autoridad judicial deberá fundar su decisión en consideración a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida. Sin embargo, se requerirá contra-cautela cuando se trate de intervención judicial y en los casos señalados por Ley.

<sup>141</sup> Administrative Procedure Code of Georgia; Law of Georgia No 1800 of 24 June 2005 - LHG I, No 37, 14.7.2005, Art. 244. Recuperado de <https://matsne.gov.ge/ru/document/download/16492/48/en/pdf>

la habilitación procesal no encontraría una explicación que la fundamente.

Resulta lógico que, ante la evaluación jurisdiccional del adelanto de la tutela y la articulación bifásica del proceso al que se propende, como propone VERBIC (2017: 348-349), pueda el juzgador ambiental evaluar: (i) la posibilidad de implementar previamente al dictado de la medida una etapa probatoria sumaria, aun de oficio, donde incluso pueda alterarse o relativizarse la carga de la prueba bajo ciertas condiciones; (ii) la sustanciación, aunque sea también sumaria, de la pretensión cautelar antes de proceder a su resolución. Esta última alternativa, de escuchar a las partes antes de decidir sobre la procedencia de la medida, rompe con la tradicional regla en la materia pero sus aportes para una mejor decisión son indudables.

### 7.3.2.- Litigación en procedimientos públicos (8.3.b, Acuerdo de Escazú)

DIDIER, ZANETI y ALEXANDRIA DE OLIVEIRA (2020:45-81) advierten que dada la complejidad y la multipolaridad que suelen caracterizar a los procesos estructurales y la posibilidad de que las decisiones en ellos lleguen a un número importante de personas, es necesario pensar en nuevas formas de participación de los sujetos en el proceso, como la admisión de *amicus curiae* y la celebración de audiencias públicas, por su legitimidad democrática. Sin embargo, dicen, la apertura del procedimiento a la participación de terceros no debe convertirse en un obstáculo para resolver el problema estructural.

Sabemos que en un abordaje inteligente y democrático de la conflictividad, como el que seguimos en este texto elaborado por BINDER (2011), la gestión del problema debe buscar catalizarlo en su estadio más temprano posible, sin excesos del imperium estatal. Si se llega al procedimiento judicial ambiental, en general, es que se han incumplido o ha fracasado la gobernanza ambiental, o la evaluación de los peligros inherentes a las actividades o cosas ambientalmente riesgosas; se ha soltado a rodar la cadena causal dañosa.

Ante este supuesto -propone LORENZO (2017:80) para casos ordinarios- es recomendable que el litigante constate si su caso está dentro del universo de posibles derivaciones y ofrezca a su cliente intentar la vía alternativa en forma previa a judicializarlo; de esa forma, si la conciliación fracasa y es necesario judicializar, esta situación podrá presentarse ante el magistrado que dirige la audiencia, evitando nuevas derivaciones. El inconveniente surge en la vía ambiental por la incidencia del principio de responsabilidad, de “quien contamina, paga” -o mejor aún, quien contamina, recompone y en caso de imposibilidad, indemniza-. La solución entonces, aunque sea concertada, no puede resultar aceptable si no existe una reparación integral de todos los daños ecológicos posibles de ser revertidos. Lo irreversible, deberá indemnizarse.

Además, el acuerdo sobre la reparación ambiental y la satisfacción de grupos sociales afectados, requiere formulas democráticas, informadas y participativas, tal como el Acuerdo de Escazú propone para los contextos de evaluación, revisión o actualización de decisiones ambientales de interés público. Si estos estándares son cumplidos, por ejemplo con la intermediación de una Administración pública que lo gestione, podría proceder a homologarse ese acuerdo.

Entonces, en la casi totalidad de los casos habrá que iniciar el proceso judicial, que tendrá dos instancias esenciales, la/s audiencia/s preliminar/es y el de audiencia de juicio propiamente dicho. Ambas instancias, como dice el Acuerdo de Escazú, deben realizarse mediante procedimientos públicos (arts. 8.3.b).

La teoría del caso incluye los preparativos de la litigación en audiencias. Las habilidades para llevarlas a cabo, entre otras destrezas, implican la debida presentación del caso, la actuación en la producción y control de la prueba y la valoración del caso y proyección de una expectativa de sentencia mediante las conclusiones del alegato final.

### 7.3.2.1.- La Audiencia Preliminar pública ambiental (8.3.b, Acuerdo de Escazú)

La regla para la toma de decisión en los procesos judiciales adversariales en general y los ambientales bajo el Acuerdo de Escazú en particular, es la audiencia preliminar, oral<sup>142</sup> y pública<sup>143</sup>, pues se está tratando una cuestión de interés general.

La audiencia preliminar permite:

- la organización de la información y decisión de procedibilidad;
- la efectivización de la admisibilidad probatoria; y,
- la delineación de un momento formalizado para procurar salidas alternativas al conflicto, coordinado por el tribunal.

En la audiencia preliminar, la teoría del caso se pone en acción, arrancando con el objetivo de presentarlo persuadiendo al juez de su procedencia. Por ello, la historia debe ser expuesta en lenguaje llano y rigurosidad técnica (presta una utilidad fundamental al elaborar la presentación hacerse las preguntas básicas y organizativas de: qué, quién, cómo, dónde, cuándo, para qué, porqué...).

Tanto para el juez, cuanto para los litigantes, es ideal escalonar las discusiones y decisiones en la audiencia preliminar (por ej. hacer una vinculación de derecho con

<sup>142</sup> En el Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela,

la Corte IDH aclaró que "del artículo 8.1 de la Convención no se desprende que el derecho a ser oído deb[a] necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento. Lo anterior no obstaría para que la Corte considere que la oralidad es una de las "debidas garantías" que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos", si se presentan argumentos que justifiquen por qué es necesaria la oralidad. Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, § 75, Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, § 120.

<sup>143</sup> La Corte IDH explica en la sentencia en el Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, con base en la jurisprudencia europea, que la publicidad del proceso "tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen"; además, "es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia". Asimismo, la publicidad "hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros". Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, § 168, Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, § 217.

los hechos por un lado y una vinculación de la prueba con los hechos, por el otro).

En la litigación compleja, la actuación presenta algunos desafíos adicionales. En primer lugar, en la generalidad de las causas, no son “clientes” los que se representa en el sentido tradicional del término (los denominados damnificados). Nunca debe perderse la perspectiva que el caso ambiental se plantea respecto de quien ejercita un interés difuso que lo excede, buscando la protección del bien colectivo supraindividual.

En el proyecto de Código Modelo, esta forma de tutela esta enunciada en el artículo 1 numeral I. Igual el modelo, deja a salvo que se puedan acumular las acciones por reparaciones civiles derivadas del daño (conf. arts. 20, 22 y 27) y también podrá optarse por proponerlas individualmente (conf. art. 33, par. 3°).

En un juicio civil ambiental resulta normal entonces encontrar partes complejas o múltiples, o la intervención voluntaria u obligada de terceros, como por ejemplo aseguradoras o empresas tercerizadas a cargo de consultorías o contratadas para llevar parte de la gestión ambiental de una industria. También puede estar codemandado el Estado, por faltar a su deber de legalidad o no garantizar la incolumidad ambiental. Son las situaciones que contemplan los artículos 3 (legitimación activa colectiva), 35 y 38 (legitimación pasiva colectiva) del Código Modelo.

Todas estas complejidades deben ser atendidas en la estrategia inicial. Máxime, porque en estos casos el Juez debe, a su turno, procurar unificar las posiciones procesales y su representación entre aquellos a los cuales la controversia les resulte común, buscando una litigación congruente, ordenada y con las debidas garantías.

Entre las Reglas para Casos Civiles de Litigación Compleja de Puerto Rico, la número 9, prevé la posibilidad de nombrar en los casos de pluralidad de integrantes en los frentes del pleito, comités timón de abogados de las partes demandantes y demandadas. Cada comité reúne a distintas partes interesadas dentro de un frente procesal común que no debería exceder de 5 miembros. Al hacer dicha determinación, el juez podrá solicitar de las partes la información que estime pertinente y se asegurará que los abogados designados representan razonablemente los diversos intereses presentes en el litigio. También se asegurará que las calificaciones, la organización, los recursos y los compromisos de los abogados designados le permitirán cumplir con las obligaciones. La participación como integrantes de un comité timón requiere de un meticuloso ejercicio de sus obligaciones como consejeros legales de las partes representadas y como funcionarios del tribunal (regla 10). Será obligación de todos los abogados del caso mantener una estrecha comunicación con sus respectivos comités timón y cooperar diligentemente en todo requerimiento legítimo de éstos, en atención y protección de los derechos comunes de la parte individual representada por estos (regla 11).

Más adelante, la audiencia preliminar la vemos detallada en el Código Modelo en su artículo 11. Propone que este acto procesal conste de dos partes, luego de la fase postulatoria donde accionante y accionada presentaron sus demandas (conf. art. 10) con el relato fáctico, el encuadre jurídico y el ofrecimiento probatorio, y

consecuentemente son citadas por el Juez o Jueza para:

- oír a las partes sobre los motivos y fundamentos de la demanda y de la contestación (par. 1°);
- instrumentar métodos alternativos de solución al conflicto, siempre preservando la indisponibilidad del bien colectivo (par. 2° a 5°);
- decidir sobre la procedibilidad de la acción (num. I);
- separar las pretensiones (difusas y/o individuales homogéneas) para un mejor manejo del caso (num. II);
- fijar los puntos controvertidos y decidir las cuestiones procesales pendientes (num. III);
- determinar las pruebas a ser producidas y esclarecer a las partes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba (num. III y IV); y,
- convocar a la audiencia de instrucción y juzgamiento (audiencia de juicio), si fuere el caso (num. III).

Ante ello, podemos analizar que la audiencia preliminar presenta tres momentos estratégicos para las partes:

- producir los relatos de las teorías fácticas y subsumirlos en las normas, pero ahora conociendo los argumentos contrarios y actuando bajo el escrutinio de la contraparte y la autoridad judicial, lo que las enfrenta a posibles incongruencias e insuficiencias;
- ofrecer prueba en forma esquemática, dando inicio a la discusión contradictoria sobre la admisibilidad y pertinencia de las mismas; y
- evaluar la conveniencia de acceder a las formas concertadas de salida alternativa del conflicto y/o establecer acuerdos procesales para el trámite.

Usando el caso hipotético que venimos trabajando<sup>144</sup>, nuestra teoría del caso podría ejemplificarse de la siguiente forma:

---

<sup>144</sup>Ver al respecto Capítulo 3.- Ejemplificando un conflicto ambiental para comprender su complejidad.

TEORIA JURÍDICA DEL DEMANDANTE	TEORIA FÁCTICA DEL DEMANDANTE		TEORIA PROBATORIA DEL DEMANDANTE	
la actividad de la empresa afecta animales de granja	pobladores denunciaron intermitentes intoxicaciones de animales de granja sin causas determinadas, que asocian a la peligrosidad de la actividad	Débil	testimoniales de los pobladores y campesinos	Débil (interés en el resultado del proceso)
			informe del organismo de control del Estado (presuntamente sin tramitación sustancial)	Débil (es un co-demandado; tiene bajo incentivo a cooperar)
	se justifica dificultades probatorias	si se concede inversión de la carga: Fuerte	se solicita inversión de la carga de la prueba de lo actuado administrativamente ante los reclamos de granjeros	Fuerte (si se concede)

TEORIA JURÍDICA DEL DEMANDANTE	TEORIA FÁCTICA DEL DEMANDANTE		TEORIA PROBATORIA DEL DEMANDANTE	
la actividad de la empresa afecta la salud de la población	estudio de un instituto universitario ha asociado problemas de salud de la población a la actividad metalúrgica	Fuerte	informe de la Universidad	Fuerte (3ro. imparcial)
			testimonial de expertos de la Universidad	Fuerte (testigos calificados en su expertise)
la empresa contamina el pueblo	empresa de beneficio de mineral, mal ubicada en terrenos entre el ejido del pueblo y el principal río de la cuenca	Fuerte	informe de la Universidad	Fuerte
		Fuerte	informe del Estado sobre el trámite seguido en la zonificación oficial vigente (presuntamente no informado ni participativo)	Fuerte

TEORIA JURÍDICA DEL DEMANDANTE	TEORIA FÁCTICA DEL DEMANDANTE		TEORIA PROBATORIA DEL DEMANDANTE	
la empresa contamina el río	pedido de medidas de facilitación de pericia por el Tribunal	Débil (imposibilidad de costeo por parte de granjeros)	pericias para determinar contaminación del río por efluentes de la metalúrgica, y posible nexo de causalidad con el abrevadero de los animales de granja	Débil (por cuenta de demandantes)
		Fuerte (si concede)		Fuerte (por cuenta de fondos públicos)

Para terminar de diseñar la estrategia del caso, entraremos ahora a la audiencia de juicio propiamente dicha, para observar la cuestión de la tarea argumentativa.

Luego, enfocaremos la prueba globalmente, tanto en el momento de su admisibilidad en la audiencia preliminar, como en su producción y valoración al tiempo de la celebración del juicio y la sentencia posterior. Por ello, volveremos a ver estas etapas nuevamente.

7.3.2.2.- La Audiencia de Juicio Oral y Pública ambiental (8.3.b, Acuerdo de Escazú)

El juicio oral es el momento central de un proceso controvertido. Lo caractericemos como:

- oral, contradictorio y continuo;
- iniciado con la presentación de las teorías del caso por las partes;
- contiene la realización de la producción de la prueba, bajo los criterios de inmediación, concentración, donde se busca obtener información de calidad sobre el conflicto, se produce el control de la misma -por las partes y juez o jueza- y se asegura un marco de publicidad propio del principio republicano de gobierno;
- concluye con alegatos finales, que es una propuesta de sentencia en expectativa por las partes;
- da lugar al momento valorativo, reflexivo y justificatorio de la elaboración de la sentencia fundada, que es un acto de gobierno de las autoridades judiciales.

Desde el punto de vista de los litigantes -explica LORENZO (2017:103-104)-, el

juicio está estructurado en tres momentos:

-anuncio de la información;

-presentación y control de la información (momento central del juicio: presentación de testigos, peritos, prueba documental y/o material y de control en función a que cada parte tendrá la oportunidad de contra examinar la prueba de la contraria);

-propuesta de valoración de la información (alegatos de clausura: retomar el anuncio, explicar cómo lo acreditaron a través de la producción de la prueba y valorar por qué su versión de los hechos es más creíble que la versión de la contraria y dejar expuesta una propuesta de sentencia).

Reiteramos que el cuarto momento dentro del juicio pertenece exclusivamente a los jueces (o jurados populares):

-la deliberación, valoración y decisión judicial.

El juicio es fundamentalmente un ejercicio persuasivo. Salimos de la dimensión de admisibilidad técnica para entrar en la persuasiva (“una historia con sentido jurídico”, le llama LORENZO: 2017:105). Por eso, al anunciar el caso en su apertura, debe contarse una historia que proyecte sobre la mente de los decisores o decisoras imágenes de la vida cotidiana, corrientes, vívidas, con gestos y pausas, pero que importan incuestionablemente en los elementos del caso. Debe usarse oraciones de estructura simple: sujeto + verbo + predicado. Puede evaluarse usar un respaldo visual.

Situados en el caso hipotético de nuestro ejemplo<sup>145</sup>, se puede recrear en la exposición una descripción de las zonas campesinas y los animales afectados, el contexto del pueblo cercano a la zona fabril y el río. Reflejar cómo se ven las emisiones a la atmósfera (gases, material particulado) y volcado de efluentes al río (lavado de fundición, aguas de enfriado a alta temperatura) y la vinculación con la calidad de vida y ecológica del área. Estos tipos de imágenes pueden ilustrar el contexto de los elementos técnicos admitidos en la audiencia preliminar.

Está prohibido argumentar todavía, en tanto las pruebas no se han rendido. Desde nuestro caso hipotético, mal podría por ejemplo el abogado de la demandada, decir algo respecto al valor pericial del estudio de la Universidad, que va a ser analizado en juicio. Podría desembocar en un planteo de objeción de la contraparte, tornando trabado e irritante el momento del inicio de la tarea por el litigante, máxime si el trámite se lleva ante jurados populares, muy sensibles a la procedencia de las oposiciones estruendosas.

Pueden también describirse las personas físicas o jurídicas involucradas en el conflicto. En este punto, las condiciones de vida de los ciudadanos demandantes, las condiciones de vulnerabilidades que hubiere, pueden ser puntos de vista del

<sup>145</sup>Ver al respecto Capítulo 3.- Ejemplificando un conflicto ambiental para comprender su complejidad.

actor. El demandado debería también desde nuestro ejemplo, caracterizar la empresa demandada, su origen local, el tiempo de arraigo y su compromiso social con el desarrollo del pueblo dando trabajo, dinámica económica y tributos.

Digamos también que el juicio ambiental propiamente dicho, reúne caracteres que lo diferencian de una audiencia tradicional, en tanto el discurso forense se ve eclipsado por el debate de criterios propios de la ciencia del ambiente, los recursos naturales, el urbanismo, la economía, la administración, la antropología, la paleontología, la química, entre muchas otras. La connotación argumentativa del ejercicio persuasivo que se recomienda, debe mixturarse con una posición técnica en el ejercicio valorativo.

Además, en los juicios con límites específicos (en el texto de LORENZO: 2011:101, se ejemplifica con el proceso laboral y el influjo decisivo de su principio “in dubio pro operario”), como lo es el ambiental (con su criterio hermenéutico “in dubio pro natura”), y si le sumamos el tipo de demandante específico que pueden convocar (como ser sujetos en situación de vulnerabilidad), terminan configurados para transitar bajo la previsión de garantías de acceso reforzadas (es interesante revisar al respecto la Teoría de la instrumentalidad subjetiva, analizada en MOSMANN:2015), donde éstas se ven ampliadas. El relato introductorio debe justificar estas cuestiones si se piensa invocar estas medidas de acción positiva en el proceso.

Explica LORENZO (2017:105) que aparte de la buena e ilustrativa historia, los elementos de una buena apertura son: ordenar cronológicamente el relato; haber analizado estratégicamente la presentación (basándose en hechos fuertes); y practicarla previamente. La forma de evaluación que aconseja la autora es el “test de una sola oración”: si estoy en condiciones de resumir mi caso en una sola oración que explique su esencia, estoy en condiciones de hacer una buena apertura.

Las partes deben convencer al juez de que su propuesta concreta, en el caso, supera a la propuesta de la contraparte. Construir esa historia con un significado jurídico determinante.

Este ejercicio de organización y control, facilita la búsqueda del “hilo conductor” desde el discurso introductorio hasta los alegatos y permite mantener una idea, un “tema”, una frase corta que remita inmediatamente a las proposiciones y elementos de nuestra teoría del caso.

Por ejemplo, resulta sumamente potente e ilustrativa la frase del Papa Francisco en su Encíclica *Laudato Si'* «todo está conectado» (PAPA FRANCISCO: 2015), como lema para analizar, en distintos momentos del documento eclesiástico, la interconexión entre la ecología, la calidad de vida humana y la ética humanista de respeto a todos los seres vivos. Cualquier lector podrá revisar el texto vaticano para ver que la frase esta usada de muy buena manera, y luego, al oírla, probablemente le evocará el texto.

Siguiendo esta idea, en nuestro caso sobre la industria de fundición, como ancla discursiva durante el trayecto del juicio, podríamos utilizar «una industria próspera

no sirve, si enferma y empobrece a su comunidad», por ejemplo.

La trayectoria de la exposición en la tarea litigante, en su caso, debe seguir una figura de forma circular: buscar que lo que abre el alegato de apertura sea aquello con lo que se pretende cerrar. Por ello, el discurso de apertura es un “anticipo” de lo que tratará (historia, controversia, acreditación). No se debe alegar, solo anunciar. Como dice CEVASCO (2017:39) “lo que abunda, daña”, o a decir de LORENZO (2017:117) “menos es más”. Es importante, por cierto, el uso correcto del lenguaje verbal y no verbal.

Por último, lo seres humanos adultos, por lo general, mantienen su concentración por unos treinta minutos en promedio, por lo que ese resulta límite de tiempo razonable para hacer uso de la palabra (LORENZO: 2017:118).

Una relectura del esquema que ofrece LORENZO (2017:114), para orientar los planos del alegato de apertura, desde ambas posiciones, se ve de la siguiente manera:

<b>Formato demandante</b>	<b>Formato demandado</b>
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La norma violada. El “tema”.</li> <li>2. La historia sobre lo que el demandado vino haciendo. Incumplimiento.</li> <li>3. A quién estamos demandando y por qué.</li> <li>4. Socavar posibles defensas.</li> <li>5. Consecuencias y daños.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Poner un freno. Existe otra versión. Cabal acatamiento de sus obligaciones. El “tema”.</li> <li>2. La versión propia de la historia sobre lo que se imputa como demandado.</li> <li>3. Personalizar al defendido. Arraigo comunitario. Responsabilidad social empresaria. Cumplimiento.</li> <li>4. Subrayar las omisiones.</li> <li>5. Negación de los factores de atribución. Expresar los eximentes.</li> </ol>

6. Qué se pretende obtener a partir de lo presentado.	6. Cambiar el foco: imposibilidad de decidir hasta que todos los hechos se presenten y prueben.
---	---

Pasemos ahora al análisis global de la prueba, su preparación y la admisibilidad en audiencia preliminar y su producción y valoración en audiencia de juicio.

### 7.3.3.- La prueba ambiental y las medidas de facilitación (8.3.e, Acuerdo de Escazú)

El proceso busca la verdad en el caso en concreto, la verdad sobre los hechos. Y para ello la información que llegue a él debe ser suficiente, relevante, de calidad: con más y mejores elementos de acreditación con que se cuente, mejores expectativas de una sentencia justa se tendrá.

Una teoría probatoria estratégicamente bien construida, ya tuvo sus comienzos en la formulación del caso por el litigante, vinculada a los elementos jurídicos y proposiciones fácticas que fueron analizándose. Continúa en la etapa del ofrecimiento y la admisibilidad por el Magistrado o Magistrada y sigue en la preparación y producción en el juicio. Ese será su momento clave, el tiempo de rendir los elementos de acreditación que sustentan la teoría del caso.

Hemos visto como se da ese vaivén de vínculos entre hechos, derecho y prueba, y como se producen los testeos de fortaleza y debilidad de las posiciones litigantes. Podemos resaltar que aparecen ante sí:

-un momento de catalización, en la audiencia preliminar, con la tarea de evaluación de admisibilidad del juez o jueza;

-un momento de máxima confrontación, al contrastarse las dos teorías probatorias del caso, concluida la fase postulatoria.

Las reglas de juego de esta tarea, están establecidas por las normas procesales, por lo general, bajo el principio rector de la libertad probatoria como el del artículo 12 del Código Modelo: todo medio de prueba será admisible, incluida la prueba estadística o por muestreo, siempre que sea obtenida por medios lícitos.<sup>146</sup>

<sup>146</sup> Art. 12. Pruebas.- Son admisibles en juicio todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidos por medios lícitos.

Par.1º - La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate, condenándose al demandado perdidoso al reembolso de los emolumentos devengados. Si a pesar de lo anterior, no es posible aportar la prueba respectiva, el juez podrá ordenar su práctica con

En la audiencia preliminar oral adversarial, la inadmisibilidad probatoria está asociada a la:

-sorpresa, impidiendo el ejercicio del debido control por la contraparte, derivado del principio de buena fe procesal. Lo lógico en términos adversariales es que, en la etapa anterior a la audiencia, suceda el descubrimiento de la prueba, como una manera de sostener una igualdad y deber de colaboración entre las partes. La regla 23 de procedimiento civil de Puerto Rico establece disposiciones generales respecto al descubrimiento de prueba. Allí, en general, las partes pueden hacer descubrimiento sobre cualquier materia no privilegiada (documentos, objetos, testigos, declaraciones, peritos), que sea pertinente al asunto en controversia en el pleito pendiente, siempre que exista una probabilidad razonable de que dicha información conduzca al descubrimiento de evidencia admisible. La persona apercibida de prueba tiene un deber legal o ético que le exige preservar prueba. La parte que haya respondido a una solicitud de descubrimiento tiene el deber continuo de actualizar, corregir o enmendar sus respuestas y notificar a la parte contraria toda información adicional que obtenga con posterioridad a dicha solicitud y que esté relacionada con dicho descubrimiento;

-impertinencia, vinculada a la relación entre el elemento probatorio anunciado y el hecho del caso que se busca acreditar. Si el contenido no es relevante, procede la oposición de su incorporación al trámite. Al respecto, por ejemplo la regla de la evidencia de Puerto Rico numero 401, define lo que es evidencia pertinente en tanto haga más probable la existencia de un hecho y por tanto tenga consecuencias para la adjudicación de la acción. Por su parte la siguiente regla 402 determina que la evidencia pertinente es admisible excepto cuando se disponga lo contrario por imperativo constitucional o disposición legal. La evidencia no pertinente es, por supuesto, inadmisibile. Algunos factores que permiten excluirlas son: el riesgo de causar perjuicio indebido, el riesgo de causar confusión o desorientación al juzgador –como dos peritos con conclusiones opuestas de un mismo hecho- o la dilación indebida de los procedimientos (conforme regla 403);

-sobreabundancia, relativo a la cantidad de elementos ofrecidos que buscan acreditar un mismo presupuesto fáctico (prueba acumulativa). En este caso, la contraparte puede oponerse al ingreso de la prueba, ante lo cual, al igual que en el resto de los supuestos, el Juez o Jueza procederá a escuchar las razones de la proponente, y evaluará el rechazo, la incorporación parcial o condicionada o el pleno ingreso al proceso de la prueba (LORENZO: 2017:91-93).

Vale la pena detenerse un segundo en la admisibilidad de la prueba pericial, debido a la importancia que tiene para los procesos modernos como los ambientales,

---

cargo al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos.

Par. 2º - Durante la fase de instrucción, si surgieren modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento de la causa, el juez podrá rever, en decisión fundada, la distribución de la carga de la prueba, y conceder a la parte a quien le fue atribuida un plazo razonable para la producción de la prueba, respetando las garantías del contradictorio en relación a la parte contraria.

Par. 3º - El juez podrá ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio.

llegando en muchos casos a ser decisiva para resolverlos.

La oferta probatoria de expertos puede ser, como las restantes, por sobreaabundante o irracional, también impertinente. La cuestión ambiental puede tentarnos a pensar que todo debe probarse por pericias lo cual las tornaría incuestionables, so pena de volver más costoso un proceso que, de por sí, resulta inicialmente caro. Pero adviértase que los hechos no solo deben probarse mediante evidencia directa sino que también pueden acreditarse mediante evidencia indirecta o circunstancial, que unida a otros hechos ya establecidos, pueda razonablemente inferirse su veracidad.

Otro punto es la discusión de la admisibilidad de la prueba pericial y la posibilidad de revisar la idoneidad del experto. Generalmente los códigos tradicionales asientan esta característica en la verificación inicial del título profesional habilitante que el técnico ostenta y la calidad del trabajo pericial, que será sopesada al momento en que el Tribunal valora las pruebas.

Los peritos están pensados para auxiliar al Tribunal en materias que no son de su competencia profesional. Por ello en los sistemas regionales impera el sistema de lista judicial, desinsaculada o por elección judicial, por sobre la libre búsqueda y ofrecimiento de parte.

Contra esta última forma liberalizada de códigos más actuales, se ha reaccionado por las sospechas de “dependencia” del experto que genera su contrato de servicios, oponiéndole un requisito de independencia “de origen”. En realidad, si se pretende buscar una adversarialidad tonificada, esta opción no está del todo excluida, por cuanto la acreditación de la libertad de criterio del experto puede asociarse al ejercicio de control de los requisitos de admisibilidad y el del momento del contraexamen.

Recordemos que en los sistemas adversariales, el juicio de admisibilidad se lleva adelante en dos momentos. En los momentos iniciales, para incluir o no la prueba (ver por ejemplo la regla de evidencia 703 de Puerto Rico), y durante el juicio, para medir la credibilidad y confiabilidad de profesional. Y al final, donde la resolución del caso también llega a constituir una valoración, una estimación del Tribunal de las tareas practicadas (o incluso por un jurado), lo que se requiere que previamente se acompañe toda la información que hace razonable la práctica pericial que se sostuvo, justificándola en los parámetros y protocolos establecidos dentro de la comunidad científica a la que pertenece o a la disciplina en la cual desarrolla su arte, oficio o técnica (ver por ejemplo la regla de evidencia 702 de Puerto Rico).<sup>147</sup>

Igualmente, tanto en el sistema tradicional como en el adversarial, los tribunales conservan generalmente la facultad de nombrar, a iniciativa propia o solicitud de parte, una o más personas como peritos del juzgado, mediante orden escrita y previa

<sup>147</sup> De una serie de decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema de los Estados Unidos, esencialmente los casos *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 U.S. 579 (1993); *General Electric Co. V. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997); *Kumho Tire Co. V. Carmichel*, 526 U.S. 137 (1999), se ha derivado la práctica o estándar de admisibilidad por confiabilidad de la prueba pericial y se reforzó en forma importante el rol de “portero” de los jueces para la admisión de expertos (ver al respecto *DIXON y GILL: 2001:116*).

oportunidad a las partes de expresarse sobre la necesidad del nombramiento y sugerir candidatas o candidatos y manifestar su aceptación o rechazo (ver regla de la evidencia 709 de Puerto Rico).

Pero reflexionando sobre el caso ambiental, venimos analizando que, por lo general, la prueba será en muchos casos requerida y dirigida por el Juez o Jueza. Esto relativiza un tanto la tensión de la modalidad (sea por libre convocatoria o en listados previos) de introducción al proceso de pericias, si finalmente es el Tribunal quien decide y escoge buscando probar temas de interés general.

Ante ello, resulta entendible la práctica de litigación generalizada y permitida por múltiples procesos nacionales, de contratación de un asesor de parte, para controlar y rebatir las pericias o conclusiones sentadas en sentido contrario a sus teorías del caso.

En Puerto Rico -explican GONZÁLEZ POSTIGO y JIMÉNEZ (2018:54-55)- los jueces no son meros árbitros imparciales que no pueden participar en el descubrimiento de la verdad. Al contrario, los jueces pueden participar activamente en el proceso mediante preguntas a los testigos de ambas partes. Por supuesto, el Juez o Jueza no puede intervenir en el proceso en una forma que lesione la imparcialidad fundamental, convirtiéndose en representantes legales de una de las partes.

En esa línea, las medidas oficiosas y de facilitación probatorias, como género, las vemos expresadas por ejemplo en el Código Modelo Colectivo Iberoamericano. En el artículo 12, par. 3º, éste autoriza al juez ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio. Y por el párrafo 1º, el juez puede, por razones de orden económico o técnico, impartir las órdenes necesarias para suplir deficiencias probatorias de las partes y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate u ordenar su práctica con cargo al Fondo Público creado por la norma. A tono con el Código Modelo recordemos la previsión concreta del Acuerdo de Escazú del art. 8.3.e sobre potestades probatorias oficiosas judiciales.

Bien, el problema central de la prueba en el derecho ambiental, es el desafío técnico que implica la acreditación de las alteraciones al sistema de ambiente en los hechos (alteración de la funcionalidad o del equilibrio sistémico) o la importancia de la afectación de los elementos en el conjunto (pérdida de especies o valores colectivos) y la mensura de estos impactos (en base a la escala de reversibilidad al estado previo). Otro tanto puede referirse a acreditar el nexo de causalidad cuando hay simultaneidad de afectaciones o de autores.

Por ello antes de Escazú algunos derechos nacionales ya habían dotado al Juez o Jueza de amplios poderes oficiosos de iniciativa probatoria en materia ambiental, sobrepasando la idea de director del proceso hacia la figura del jefe de la prueba, asociada a los deberes de protección ambiental de raíz constitucional y regulación pública que sobre los mismos recae (GONZALEZ BALLAR y PEÑA CHACON: 2015: 175-178).

Esto reconfigura las bases del sistema de responsabilidad civil, a los cuales –por principio- deben ajustarse los textos procesales con las cargas de probar. Y es que, conforme las reglas sustanciales, cada quien debe probar lo que alega. De ello se sigue la existencia de la carga de probar en dos dimensiones: subjetivamente ¿quién debe probar el hecho en el proceso?; y objetivamente, ¿quién pierde si no hay prueba suficiente? (FERRER BELTRAN: 2019:57-60).

Ahora, mientras el Acuerdo de Escazú profundiza para la región el mecanismo de la inversión o la distribución dinámica, existen voces que vienen reaccionando a esto, bajo la noción de que en realidad es un problema de una mejor estimación de los deberes de colaboración procesal y de los incentivos que impulsan a traer pruebas al proceso. En esta clave, las formas de alterar las cargas serían contrarias a la base sustancial del proceso, afectando la seguridad jurídica (NIEVA FENOLL, FERRER BELTRÁN y GIANNINI: 2019).

Por lo pronto, podemos traer a colación el ejemplo que planteamos para acompañar de forma práctica la explicación del Manual<sup>148</sup>. En la plataforma probatoria de la empresa metalúrgica, la prueba que enfrenta a los estudios de la Universidad son las propias auditorías de calidad y el uso certificado de tecnologías de punta, que tiene en su poder. Existe una carga objetiva de probar, muy fácilmente perceptible, en un ejemplo tan simple: de no proceder a producir pruebas exculpatorias, los informes técnicos vincularán los problemas de salud con la actividad de beneficio de mineral, responsabilizándola.

Es como se vería el tema por ejemplo usando el artículo 1.734 del Código Civil y Comercial argentino: “Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”.

La regla 110 de la evidencia de Puerto Rico expone los criterios de evaluación y suficiencia de la prueba a los que echa mano la juzgadora o el juzgador en esta tarea: -el peso de la prueba recae sobre la parte que resultaría vencida de no presentarse evidencia por alguna de las partes; -la obligación de presentar evidencia primeramente recae sobre la parte que sostiene la afirmativa en el asunto en controversia; -la decisión de la juzgadora o del juzgador se hará mediante la preponderancia de la prueba a base de criterios de probabilidad, a menos que exista disposición en contrario; -cuando pareciese que una parte, teniendo disponible una prueba más firme y satisfactoria, ofrece una más débil y menos satisfactoria, la evidencia ofrecida deberá considerarse con sospecha.

Ahora, qué pasaría a la luz de estos criterios, si los estudios de la empresa tuvieran falencias en la técnica implementada para las mediciones y muestreos, imputables a las consultoras que realizaron las mismas y que se encuentran ligadas con la metalúrgica demandada mediante un contrato de confidencialidad. La disyuntiva de la metalúrgica sería: -traer los estudios con la posibilidad de que, ante las inconsistencias de la medición, se requiera nuevas explicaciones que terminen condenándola; o sencillamente, -no traer los estudios y buscar rebatir los informes universitarios por otros medios y desacreditar el equipo de la institución educativa

<sup>148</sup>Ver el capítulo 3.- Ejemplificando un conflicto ambiental para comprender su complejidad.

(aportar otros informes de controles estatales, por ejemplo).

Sin pretensiones de agotar el debate epistemológico sobre el instituto, en el concepto de no mudar las cargas, se propone que el Juez o Jueza debieran incentivar el deber de colaboración de la empresa para obligarla a traer la mejor información técnica disponible al pleito y dictar una sentencia correcta. La sanción procesal basada en la falta de aporte de la prueba y la imputación de la responsabilidad objetiva por el manejo de la actividad y los riesgos empresarios serían elementos que le permitirían al Tribunal condenar, tal como vemos en la “sospecha” de la regla 110 puertorriqueña. El problema trascendente es la falta de conocimiento de la contraparte de las evidencias más firmes y satisfactorias en poder de la empresa. Sigue el interrogante dando vueltas ¿Cuánta intensidad puede significar el deber de colaborar con el proceso, a costa de su propio interés?

Sin tomar partido por la concepción favorable o contraria a estas potestades probatorias judiciales, debemos ver con objetividad los fundamentos que llevaron a los negociadores de Escazú imponer esta directiva.

Explica MITIDIERO (2015:100-102) que la colaboración es tanto un modelo de justicia cuanto un principio del derecho procesal civil, que promueve una concepción menos individualista y más dinámica del contradictorio, otorgando más poderes asistenciales al juez, sin ser una posición dominante o superior, para estimular la efectiva participación de las partes en el contradictorio buscando alcanzar en tiempo razonable una decisión de merito justa y efectiva (ver al respecto el art. 6° del CPC de Brasil<sup>149</sup>).

En este tópico, la colaboración es una posición pautada por el diálogo respecto al material factico-jurídico y probatorio recogido en el proceso y bajo un propósito de advertir a las partes la existencia de lagunas y eventuales irregularidades en sus manifestaciones procesales, con el objetivo de evitar soluciones meramente formales en el litigio. Se fundamenta en la necesidad de una equilibrada distribución de la cuota de participación de cada una de las partes del proceso (derecho de contradictorio, igualdad, buena fe) sin renunciar a la primacía de su autorresponsabilización (MITIDIERO: 2015:100-102).

Es real que en el caso ambiental, el interés común de las partes que se plasma en el plano procesal, se ve acentuado por el interés común de la sociedad a la protección ecológica, desde el Tribunal hacia las partes. No obstante, obviamente, se mantiene vivo el derecho de defensa.

La forma de plasmar la modalidad cooperativa de actuación en el CPC brasilero indica, para las causas complejas, que el saneamiento procesal debe ocurrir en colaboración con las partes en audiencia (art. 357, § 3<sup>o</sup><sup>150</sup>) e inclusive mediante la

<sup>149</sup> Art. 6° Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>150</sup> § 3° Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz,

delimitación consensual de las cuestiones de la causa (art. 357, § 2<sup>151</sup>) (MITIDIERO: 2015:100-102).

Retomando la idea de Ferrer Beltrán (en NIEVA FENOLL, FERRER BELTRÁN y GIANNINI: 2019) el problema con que nos encontramos es que la lógica de incentivos, aconsejaría a la empresa directamente la estrategia de “ocultar” antes que “colaborar”, ya que la existencia de cualquier prueba “interna” que pudiera devenir en incriminatoria, disminuiría al extremo la posibilidad de romper el “sospechado” vínculo causa-efecto con su actividad.

Frente a esto, las facultades judiciales que expresa Escazú, serían por ejemplo similares a las del artículo 1.735 del Código Civil y Comercial argentino de 2015, que permite al juez distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla.

O más allá, incluso, las del artículo 12 par. 1º del Código Modelo, que permiten al magistrado indicar a quien le incumbe la carga, recayendo de manera dinámica -y no estática- a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración.

Y, aún más allá todavía, existen opciones nacionales como la de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica, cuyo artículo 109 establece directamente el peso de probar de iure: “La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá... a quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental”, olvidando que una estrategia exculpatoria podría basarse más simplemente en probar eximentes y no la ausencia de contaminación.

Es decir, la tesis seguida por Escazú va mas allá de la colaboración procesal de las partes anclando en la responsabilidad de protección del interés público ambiental del Jueza o Jueza y eligiendo los modelo de sistemas que han previsto potestades probatorias para ellos.

Lo que resulta vital, en la aplicación por los derechos nacionales de las facultades de distribuir las cargas, es -por supuesto- el debido respeto al derecho de defensa de la contraparte. Por ejemplo, la segunda parte del artículo 1.735 del Código argentino previene que “Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”.

Si volvemos a nuestro ejemplo de caso práctico, recordemos que una forma de mejorar una debilidad en la plataforma probatoria de las personas accionantes

---

se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

<sup>151</sup> § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz. II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

es proponer pericias para determinar contaminación del río por efluentes de la metalúrgica y un posible nexo de causalidad con el abrevadero donde se hidratan y alimentan los animales de granja. Si el Tribunal toma una medida de inversión de la carga justificada en la presunción que ofrece las testimoniales sobre intoxicaciones animales, claramente mejora la posición litigante de los granjeros. Pero existe una responsabilidad mayor en el Juez o Jueza, signada porque el río pudiera estar contaminando. Y es un bien común. Este es en verdad un argumento fuerte para requerir la medida.

Recordemos, por otra parte, el rol de garante del Estado y su corresponsabilidad en el caso de falta en el ejercicio de prevención ambiental (falta imputable en el cumplimiento la prestación del servicio ambiental; defecto en el debido ejercicio del poder de policía ambiental). Este aditamento nos lleva a pensar en otras aristas a la debilidad fáctica original de la prueba en su poder.

Vamos a simplificar la vacilación. En el ejemplo del caso hipotético, claramente, el requerirle pruebas al Estado respecto a informes de su organismo de control, que no constató si la actividad de la empresa afectaba animales de granja (o tanto o más preocupante, que no concurre a facilitar las actuaciones sustanciadas), aparenta una vía insustancial. Con nada para aportar al esclarecimiento.

Pero los accionantes podrían contar con documentos de cargo donde le requirieron a la dependencia administrativa su intervención. Y esto sí lo coloca en una clara situación de reproche de responsabilidad pública. Como advertimos antes, ahora otra vez: este si es en verdad un argumento fuerte para requerir la medida con inversión de la carga probatoria.

Tan es así que en países como Panamá, el artículo 109 de la Ley 41 General del Ambiente expone que los informes elaborados por personal idóneo del Ministerio de Ambiente, de la Controladuría General de la República o las entidades componentes del Sistema Interinstitucional de Ambiente constituyen prueba pericial y dan fe pública. Es decir, sin hay un informe de una repartición estatal se pre-constituye prueba. Con más razón debe aportarla.

En la litigación estratégica, disposiciones como estas pueden ser, por una parte asociadas a la facilitación de generación de evidencia por el sector público con el objeto de ser introducida en el proceso ambiental. Por otra, su omisión, como un signo evidente de falta de servicio a las obligaciones públicas.

Finalmente sobre el ejercicio del criterio de distribución de cargas del magistrado o magistrada, cabría una reflexión final. Preguntarse desde qué momento se debe invertirse la carga del de la prueba (onus probandi).

MOREIRA DE PAULA (2009:379-380) sostiene que la necesidad surge al inicio del litigio (inicio litis), para permitir que se puedan conceder tutelas de urgencia en el inicio de la disputa.

Explicando un poco más, afirma que la razonabilidad de esto radica en que es la

misma dificultad la que se tiene para probar hechos constitutivos de autoría -en vista de una hiposuficiencia económica o de una hipersuficiencia técnica del obligado a probar- la que se encontrará para los fines de sentenciar, la que también se muestra presente para la obtención de liminares, sobre todo al inicio litis (MOREIRA DE PAULA: 2009:379-380).

En la etapa de juicio, la prueba que efectivamente se producirá, será aquella declarada admisible en el momento preliminar.

Existe por lo general en los códigos de procedimientos, una regulación de los tipos de prueba, lo cual no es un “orden administrativo” para presentarla. El único orden directriz es llevar primero la actividad probatoria de la actora y luego de la demandada (LORENZO: 2017:118).

Venimos haciendo hincapié en la utilidad de los acuerdos procesales de la partes en los casos complejos. Consensuar un orden diferente, o asociar la agenda de producción de la prueba respetando una secuencia probatoria que ofrecen las posiciones de las partes, no deja de ser una buena medida de racionalización del trámite. LORENZO (2017:120) contradice la lógica de “prueba por goteo” de los viejos sistemas escriturarios por la prueba concentrada en el juicio oral.

Enfocándonos en la prueba de testigos, en un proceso adversarial, sentemos que toda persona que posea información percibida por sus sentidos, y que resulte importante aportar para acreditar los hechos controvertidos del caso, puede concurrir a prestar declaración. Solo tienen límite aquellas que poseen un impedimento (como secretos profesionales o facultades de abstenerse), lo cual tornaría la pregunta en indebida o ilícita.

La forma es someterlas primero al examen de quien ofrece su concurrencia (directo) y luego al contraexamen de la contraria.

Los testigos en el pleito adversarial son “de parte”, no neutrales. Sin compartir los intereses de quien los convoca, sus vivencias resultan útiles para su teoría del caso. Debe consecuentemente gestionar su presencia el litigante (y no los Juzgados, como sucede en el sistema tradicional): buscarlos, prepararlos (no el habitual “entrenamiento”, sino seleccionar y entrevistar para recoger testimonios útiles para la teoría del caso) y producir la declaración en juicio.

En el examen directo resulta mejor utilizar una secuencia cronológica y no dispersar temporalmente los hechos indagados confundiendo al juzgador. La bibliografía recoge tres tipos de preguntas al testigo: abiertas, cerradas e introductorias o de transición.

Las primeras invitan al testigo a responder libremente. Interrogado un testigo campesino en nuestro caso hipotético, podría formularse las siguientes preguntas: ¿Quién es usted? ¿A qué se dedica? ¿Dónde se halla su granja? ¿Qué animales cría allí? ¿Cómo advirtió que los animales enfermaban? ¿A qué atribuye esta situación? Tienen la desventaja de no guardar control sobre las respuestas, pero generan

credibilidad, por ello son preferibles para comenzar.

Las preguntas cerradas, tienen la ventaja de focalizar la información, sin sugerir la respuesta por sí o no. Preguntado el mismo testigo campesino en nuestro caso hipotético: ¿Qué síntomas presentaron los animales? ¿Qué color tenía el efluente al que se refiere? ¿Qué olor sintió? Su desventaja es la impresión de inducción al testigo sobre el juzgador.

Finalmente el recurso de transición entre respuestas permite introducir al testigo en otros aspectos del interrogatorio. Sitúa, orienta, localiza u ordena la continuidad entre porciones de su relato (LORENZO: 2017:128-133).

Pasemos a las objeciones que puede hacerse sobre las preguntas. Explica CEVASCO (2017:73) que puede obedecer a que fueron formuladas de manera: -impertinente; -repetitiva; -compuesta (confusamente); -que asumen hechos no declarados con anterioridad; -que confunden o inducen a error; -especulativa (buscando opinión, salvo para el caso de peritos); -sugestiva (en el interrogatorio directo, estando permitidas en el contrainterrogatorio).

RIOS LEIVA (2017:123) explica que toda objeción que tenga lugar en el curso de un juicio oral constituye propiamente un incidente, pues es una cuestión accesoria que requiere de un pronunciamiento especial de parte del tribunal. Volveremos sobre esto al revisar las impugnaciones y recursos.

Pasemos entonces a los peritos, como se dijo, pieza fundamental en la plataforma probatoria ambiental. Son personas con conocimientos especializados, profesionales o técnicos, en determinadas áreas (ingenieros, licenciados ambientales, médicos toxicólogos, geólogos, sociólogos, contadores, etc.) que no declaran sobre lo que percibieron a través de sus sentidos, sino que explican cómo aplicando determinados procedimientos propios de su experticia arribaron a conclusiones específicas que sirven para apoyar la versión de una u otra parte.

En un trámite adversarial, realizan una actuación objetiva, pero arriban a una conclusión no neutral que apoya alguna teoría del caso, sostenida por reglas científicas o técnicas de su ciencia (LORENZO: 2017:133).

Adelantamos que los peritos se distinguen de los testigos porque se les permite brindar opiniones o conclusiones. Las materias sobre las que aportan al caso son aquellas en que el juez es lego y por tanto su uso debe resultar sumamente cuidadoso: debe evitarse el resquemor derivado de la denominada “captura de la decisión judicial por el perito”. Quien ha sido investido de las facultades de fallar tras atravesar una serie de garantías es el magistrado, no el técnico.

TARUFFO (2008:93-94) distingue tres formas de contribución de un perito en un juicio: a) ofrecer al tribunal datos e información científica o técnica general que éste necesita para valorar los hechos objeto del juicio; b) expresar opiniones y evaluaciones de hechos específicos respecto de los cuáles ha tomado conocimiento personal y que únicamente pueden ser observados y comprendidos en virtud de

conocimientos especiales; y, c) expresar opiniones y evaluaciones de hechos específicos presentados ante él que requieren para su comprensión conocimientos especiales.

No debe confundirse el perito con el testigo experto, que es alguien que tomó conocimiento del hecho en forma espontánea, pero tiene, sin embargo, un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia que es relevante para un punto sobre el que prestará declaración. El problema que esto supone es que, de autorizarse y seguirse sus opiniones, el mismo no habrá estado sometido previamente a las reglas de control en la admisibilidad, propias del experto. La contraparte, en estos casos debiera tener y ejercer un poder de control muy exhaustivo ante la posibilidad que se le autorice emitir opiniones o conclusiones.

Por lo demás, el control del perito realizado en la etapa de la admisibilidad trasciende al momento de su declaración en el juicio.

La declaración preliminar, en realidad, es el informe previo que emite y que será conocido de antemano por la contraria. La prueba es su declaración, su explicación experta ante los juzgadores (magistrados o jurados) en público. Como agrega LORENZO (2017:136), no sólo se trata de que el perito declare en la audiencia lo que concluyó, sino también cómo arribó a esa conclusión y cuál es su experticia personal para poder ejecutar determinados procedimientos de análisis. La contraria, utilizando la información previa (el informe por ejemplo) y la que obtenga de la declaración, podrá analizarla y contrainterrogar, buscando la desestimación de aquellas conclusiones que resulten desfavorables para su teoría del caso.

La prueba de expertos tiene, a priori, una calidad fuerte. El juez no sólo tiene el poder sino la obligación de constituirse en un filtro en este tipo de pruebas.

Resulta esencial para las partes llevar adelante un control de la información que se incorpora al pleito mediante el sopeso de la credibilidad y confiabilidad del perito, luego interviniendo en su declaración y concluyendo en la valoración al alegar definitivamente.

En gran parte, las reglas generales de la producción de la prueba testimonial son las mismas de la declaración del perito: tipos de preguntas abiertas, cerradas y de transición y los tipos de objeciones que pueden invalidarlas, salvo la referida a la declaración especulativa, permitida para el experto. Su opinión versada justamente es lo buscado.

Grafiquemos un poco el acto de declaración del perito.

Hemos dicho que una vez admitida, la tarea pericial inicia con su informe (a modo de declaración previa). En la audiencia, el litigante que lo propuso comenzará primeramente a indagarlo, solicitando que declare sobre su idoneidad y experiencia, lo cual tiene un claro vínculo con la admisibilidad: -cuéntenos, ¿cuál es su profesión y antecedentes curriculares?, ¿cuál es su vinculación profesional con la materia del pleito?, ¿cuál es su producción científica vinculada a este tema?, ¿cuáles son los

trabajos relativos al tema en debate que ha realizado?

La segunda etapa se debe dirigir a probar la aptitud y credibilidad del procedimiento realizado, es decir mostrar que el declarante ha seguido aquellos pasos establecidos y aceptados por su ciencia, arte u oficio. -explíquenos (podría decirsele), ¿qué tareas periciales realizó?, ¿bajo qué protocolos trabajó?, ¿cuál es método utilizado?, ¿qué mecanismos de control y verificación de resultados dispuso?

Finalmente, debe instarse al perito a exponer sus conclusiones, dirigiéndose a dejar en claro la plausibilidad y convicción de su tarea. Que exponga sus resultados con claridad y usando un lenguaje lo más simple y llano posible, e incluso recurriendo, si fuere posible, a ejemplos y soportes visuales. Una posible interrogación sería: -confirmanos por favor ¿a qué conclusiones ha arribado?, ¿cómo puede asumirse como validados dichos resultados?, ¿cuál es su opinión experta respecto a los hechos del caso? Con eso concluiríamos el examen directo.

Nos falta ver una tercera fuente de prueba, que es la material. Es el conjunto de elementos probatorios que pueden presentarse en un juicio, diferente a los testigos o peritos, tales como documentos, objetos, registros audiovisuales en cualquier formato. La discusión sobre su admisibilidad también se da, en específico, en el momento previo al juicio, asegurando su fiabilidad. Estas pruebas, explica LORENZO (2011:148), deben introducirse asociadas a las otras dos formas de prueba. La utilidad -dice-, se las darán el testigo o perito que la pongan en contexto y expliquen su utilidad para resolver la controversia o arribar a su conclusión.

Recordemos que el principio esencial en la producción de toda la prueba es el de contradicción probatoria. La contraria tendrá tres formas o instancias de ejercitar el control: las objeciones en el examen directo, el contraexamen y el uso de las declaraciones previas.

Ya hemos visto las objeciones y sentado su carácter impugnativo adversarial (-impertinente; -repetitiva; -confusa; -infundada; -inductiva; -especulativa; -sugestiva). Repasemos las otras dos.

El contraexamen de testigos y expertos consiste en la actividad de contra interrogación por la parte que no ha propuesto la prueba, buscando la desacreditación del declarante o de la versión de los hechos que concurrió a explicar.

La tarea central del litigante es la búsqueda de los testigos, peritos y prueba material que produzcan aportes a su teoría del caso. La tarea central de la contraparte consistirá, respecto de las pruebas opuestas e inconvenientes, utilizar los registros previos que se hayan tomado y el chequeo de otras fuentes para preparar y confrontar contradicciones (por caso, el declarante: -miente; oculta; -tergiversa; exagera; -subestima; -se confunde; -se equivoca; -es inconsistente) y sobre estos puntos realizarle preguntas sugestivas (de respuestas por sí o no). Generalmente, se abandona la organización cronológica de la tarea, cambiándola por una modalidad de percusión "temática o modal" sobre distintos puntos o sobre cuestiones declaradas de forma inconsistente por quien presta el acto.

En lo que llamamos declaraciones previas, podemos sumar también otros elementos útiles para “desarmar” el testimonio: manifestaciones espontáneas brindadas en otro contexto, manifestaciones públicas, papers científicos publicados, pericias anteriormente realizadas por los sujetos de prueba. Estos elementos pueden auxiliar para refrescar la memoria en el examen directo, pero tendrán un efecto de confrontación sumamente fuerte en el contraexamen, utilizados para evidenciar la contradicción.

En nuestro caso hipotético<sup>152</sup>, al contrainterrogar a un testigo campesino por ejemplo, usando información de declaraciones previas (tribunalicia y extra tribunalicia), podría sugerírsele: -¿Usted manifestó que vende animales de muy buena calidad? ¿Usted manifestó que anualmente vende unos XXX animales mayores y unas XXX aves de corral por año? Incluso el año que dice haber tenido problemas en la granja ¿vendió la misma cantidad aproximada de animales? Si se obtuvo una secuencia de respuestas afirmativas, con la última cualquier persona interpreta que sus animales no han estado enfermos y por ello los pudo vender normalmente, que mantuvieron la misma calidad. La pregunta que no debemos hacer, es justamente la referida a permitir las explicaciones de esto último (generalmente se busca la interrupción enérgica del acto: -“no más preguntas”). No debe haber posibilidad de que se re-explique el declarante. El razonamiento conveniente a nuestro caso es lo que retomaremos en los alegatos finales.

Respecto al perito, aplica esta misma lógica que venimos exponiendo incluye usar el informe pericial para realizar el control de la pericia (el perito: -es incapaz; -tiene interés; -no es idóneo; -le falta experiencia; -se aparta de la *lex artis*; -yerra en su conclusión; -no es fiable). Con ello articularemos el contraexamen.

Aclara LORENZO (2017:178) que la información de confronte sobre un testigo que miente no debe ser ofrecida como prueba y lo mismo sucede con las declaraciones previas. Se introducen en la oportunidad contra-examinadora para confrontar versiones y debilitar la credibilidad. Llevaremos el contrainterrogatorio hasta que, reafirmada la contradicción, exhibiremos el elemento de confronte y preguntaremos al respecto.

Traigamos el tema de los problemas en los informes de auditorías realizadas por la consultora a la empresa metalúrgica de nuestro ejemplo. Si la empresa hizo reportes de las auditorías en su junta de accionistas, esto posibilita conocerlas y traerlas a juicio. Luego de preguntar al experto responsable sobre la fiabilidad de su procedimiento y recibida una eventual respuesta conformatoria, exhibiendo el reporte para accionistas, interrogaremos: -¿cómo explica entonces los errores de su Consultora en este documento?

Hagamos otra reflexión más sobre las particularidades de la regulación de la prueba ambiental. Asumamos que, en general, los sistemas procesales nacionales de la región prevén la figura del perito como del Tribunal, muy posiblemente porque los

<sup>152</sup>Ver capítulo 3.- Ejemplificando un conflicto ambiental para comprender su complejidad.

ata a sus objetivos de protección ambiental como el Acuerdo de Escazú, restando para las partes solo la posibilidad de participar en la discusión de la procedencia o no, la admisibilidad y los puntos y métodos de pericia, antes que su libre proponibilidad. En este caso, un perito de parte podría auxiliar para rebatir las operaciones y conclusiones y, en su caso, ofrecer nuevas consideraciones sobre información experta.

Sobre este tema -ya referido- de la facultad que tiene el Juez de intervenir de alguna forma en la producción de información en el proceso ambiental, por ejemplo, fijando puntos de pericia o nombrando peritos de oficio o interrogando, Erick RIOS LEIVA (2017:122) opina que cada vez que el juez realice una pregunta, podrá estar beneficiando o perjudicando a una de las partes, asumiendo quizás parte del rol que le correspondería a su abogado, por lo que podría quedar en entredicho su imparcialidad. Si a pesar de todos los inconvenientes y riesgos que conlleva para el Tribunal, este asume la responsabilidad de interrogar, será indispensable que de forma previa haya realizado un trabajo acucioso de estudio del caso, conociendo a cabalidad todos sus detalles, ideando de forma precisa la información relevante que puede ser extraída y diseñando con toda claridad el método de interrogatorio que sea mínimamente consistente con su deber de imparcialidad y que además se haga cargo de evitar una dilación innecesaria de su examen.



## 8. LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN ASUNTOS AMBIENTALES (8.7, ACUERDO DE ESCAZÚ)

El conflicto ambiental incorpora un interés difuso o colectivo, conforme lo designe el derecho nacional, a un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Es un derecho plurindividual. Por ello, quien lo defiende, ejerce un rol representativo de la comunidad que está afectada por el conflicto ecológico.

Lo que persigue el proceso colectivo es una sentencia de efectos expansivos, con alcance a todos. Sin este efecto, es imposible pensar en un caso ambiental porque la solución es indivisible, no puede abordarse el problema dividiendo la incidencia sobre la sociedad, no obstante que distintos grupos se encuentren alcanzados de distinta manera (por la distancia a sus viviendas, condiciones de vulnerabilidad, vínculo laboral, entre tantos posibles factores). Por ello, la Corte de Justicia de Argentina califica estos derechos como naturalmente colectivos.<sup>153</sup>

Si pensamos nuestro ejemplo práctico<sup>154</sup>, ante la omisión de la participación pública en la renovación del licenciamiento ambiental de la metalúrgica: quienes la objetan, resultaron afectados; quienes tomaron contacto con los gases contaminantes, resultan afectados; lo que no se recompone, se recompone parcialmente o se restablece en su totalidad, perjudica o beneficia a todos quienes entren en contacto con sus efectos o secuelas.

Por esto el bien ambiental es un bien de naturaleza colectiva, un bien común, de relevancia social, y constituye un interés universal que se debe tanto a las generaciones presentes como las futuras, por lo que su protección esta alcanzada por un derecho de orden público e indisponible.

Estos tres elementos: la calidad representativa de la actuación procesal colectiva, los efectos colectivos de la decisión y la naturaleza colectiva del bien ambiental, confluyen para darle un tratamiento condicionado y extraordinario a la negociación

<sup>153</sup> CSJN "HALABI, ERNESTO C/ P.E.N. – LEY 25.873 –DTO. 1563/04 S/ AMPARO LEY 16.986", 24/02/2009, (Fallos: 332:111)

<sup>154</sup> Ver el capítulo 3.- Ejemplificando un conflicto ambiental para comprender su complejidad.

y transacción al pleito ecológico. Para arribar a una solución mediante un medio alternativo de resolución de conflictos [MARC], se debe analizar y atender muy seriamente estos elementos.

En el contexto ambiental, el acuerdo entre partes aparece como de dificultosa concreción en el estadio extracontractual, no obstante que, al concretarse, deba homologarse judicialmente controlando los parámetros representativos y sustanciales cumplimentados.

En el proceso ambiental, la regla es el juicio, por cuanto la prueba, esencialmente la pericial, debe ser producida y valorada tanto para la tutela anticipada como la solución definitiva del caso. Y de los detalles de la prueba, es posible establecer las pautas y objetivos de remediación ecológica y reparación social.

Es diferente en la reclamación de los daños individuales contra personas o patrimonios particulares derivados del daño colectivo ecológico (daños de rebote), ya que estos se amoldan bajo los principios generales de disponibilidad (de lo que deriva su transabilidad o negociabilidad) de los derechos privados.

El acuerdo previo requeriría, de lograrse, establecer el hecho/acción /decisión ambiental adversa o el riesgo de ella y en su caso, la discusión del mecanismo de reparación. Esto, por ejemplo, resulta claro en las previsiones del artículo 11 párrafo 3° sobre la audiencia preliminar del Código Modelo: “preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación”.

Recordemos que la forma más civilizada de resolver un conflicto es la autocomposición (SOLETO y FANDIÑO: 2017:32). No usamos esta noción acá en el sentido individual y judicial del término. Esta idea persigue el abordaje temprano de la conflictividad colectiva, extrajudicial y generalmente en sede de la administración, parados en el abordaje inteligente de la conflictividad de BINDER (2011).

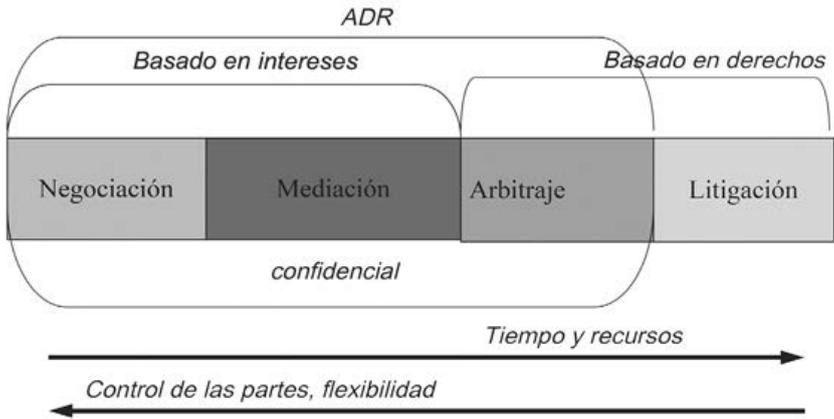
El momento de aliviar concertadamente el conflicto ambiental corresponde al primer escalón de la trama: la intervención preventiva y en coordinación estatal con las organizaciones de la sociedad.

Los procedimientos de educación ambiental aportan la generación de una mayor cultura del respeto y la protección. Una mayor accesibilidad sobre la información ambiental socialmente relevante y otorgar una mayor participación a la comunidad incidida ante iniciativas de proyectos y programas buscando “licencia social”. La buena gobernanza ambiental contrae y cataliza las tensiones socio-ambientales democráticamente. Esto no implica que no puedan tener algún andamiaje los medios alternativos en sede judicial.

La doctrina siempre contrapuso las formas autocompositivas y la heterocomposición para clasificar los MARC. La complejidad del conflicto ambiental nos exime de encasillarlo así.

SOLETO y FANDIÑO (2017:36-37) apuntan que quizá es más conveniente distinguir por ámbitos materiales, atento que también hay métodos híbridos, describiendo los métodos aplicables en materias dispositivas de otros que se desarrollan en ámbitos especiales (como el familiar), desplegando una organización de los métodos de menor a mayor control de las partes: empezando por los procedimientos en los que las partes tienen menor control y mayor el tercero introducido para resolverlo, para acabar con los que menos control tiene este tercero y mayor las partes. Reproduzcamos un gráfico al respecto<sup>155</sup>.

## Espectro de sistemas de resolución de conflictos



En América Latina, mediación y conciliación son los mecanismos de resolución de conflictos más conocidos, junto al arbitraje. Existe bastante consenso acerca de entender que la principal diferencia es el rol que tiene el tercero que interviene en el conflicto. Mientras que el mediador tiene una función de acercar a las partes, al conciliador se le asigna la posibilidad de presentar fórmulas de acuerdo (SOLETO y FANDIÑO: 2017: 48)

Otros métodos híbridos son el maestro especial (Special Master), de concepción norteamericana, que es normalmente un abogado que supervisa la actividad que le encarga el juez (SOLETO y FANDIÑO: 2017:46).

También las Conferencias Judiciales -desarrolladas en países como Canadá, Singapur y Australia- mediante el cual un juez facilita el diálogo y la negociación entre las partes en disputa ejerciendo funciones de mediador para llegar a un acuerdo, acotar la disputa o explorar los posibles resultados de una negociación (FANDIÑO CASTRO y PARRA HERRERA: 2020:8).

En la actualidad, la mayoría de los métodos compositivos tienen algún grado de

integración con el sistema de justicia por lo que poseen un carácter complementario y no alternativo, tal como se asumió en el último cuarto de siglo pasado con el auge del arbitraje (SOLETO y FANDIÑO: 2017:60).

De hecho, con la figura de las “conferencias judiciales”, se puede afirmar que estamos ante una tercera fase de los MASC, esto es, una fase que busca articular y armonizar los medios alternativos con el sistema judicial para transformar la tutela judicial en formas que cobijen a la resolución colaborativa y dialógica de resolución de conflictos (FANDIÑO CASTRO y PARRA HERRERA: 2020:84)

En la convocatoria a audiencia preliminar del Código Modelo Iberoamericano, las partes o sus procuradores deben comparecer habilitados para transigir (conf. art. 11), puesto que el juez intentará la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto, como la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral de tercero (conf. art. 11.1°).

Generalmente se hace referencia a mediación intrajudicial cuando la iniciativa de la mediación parte del órgano jurisdiccional o cuando se utilizan los servicios del órgano jurisdiccional. Sería más correcto hacer referencia a la mediación conectada con el Tribunal, tal como se denomina a esta clase de mediación en el sistema estadounidense. La no conectada podrían pertenecer a otra institución del Estado o incluso podrían pertenecer a organizaciones de la sociedad civil o no gubernamentales o centros de mediación particulares o privados (SOLETO y FANDIÑO: 2017: 62-63).

Ante los casos complejos ambientales, resulta más ajustada la mediación conectada, donde se ejerce mayor vigilancia por el derecho de los ausentes. Se lleva a cabo una vez iniciado el proceso a través de demanda, y en cualquier momento de su devenir, incluso en fase de ejecución de sentencia (SOLETO y FANDIÑO: 2017:101).

La regla 20.5 de Procesos Civiles de Puerto Rico impone directamente que el pleito de clase no podrá ser desistido o transigido sin el consentimiento del tribunal y todos, las y los miembros de la clase, serán notificados del propuesto desistimiento o transacción en la forma que disponga el Tribunal. GIANNINI (2011) directamente opina que el proceso colectivo debe quedar excluido de mecanismos como la mediación previa no judicial.

Para atender el carácter representativo de la acción, como regla, los acuerdos transaccionales colectivos se encuentran sometidos a procedimientos especiales y requieren de aprobación judicial. Estos procedimientos generalmente están orientados a dotar de publicidad a la propuesta de acuerdo y a permitir la intervención de otros interesados y ciertos organismos públicos con el objetivo de garantizar control y transparencia (VERBIC: 2017:316-317).

Como el Código Modelo carece de previsiones sobre esta temática, VERBIC propone observar el sistema de la Regla Federal de Procedimiento Civil 23 de los Estados Unidos de América a modo de ejemplo, para ilustrar el tipo de control y de procedimiento aplicable para garantizar el debido proceso y la autonomía individual

de los miembros del grupo ausentes en el debate.

En primer lugar, la regla americana que abordamos establece que el Tribunal que entiende en el caso debe notificar por medios razonables a todos los miembros del grupo, que serán afectados por el acuerdo propuesto. Debe celebrarse una audiencia (denominada fairness hearing) para discutir los alcances del acuerdo, y que la Corte solo puede proceder a su aprobación si entiende que el mismo resulta “justo, razonable y adecuado”. Finalmente contempla, también, la exigencia según la cual las partes deben efectuar una presentación por escrito identificando cualquier acuerdo al que hubieran arribado en conexión, como por ejemplo los convenios de honorarios que pudieran celebrar los abogados de la clase con el demandado (VERBIC: 2017:317-318).

GIANNINI (2011), basado en el estándar de la “justicia”, “razonabilidad” y “adecuación” del acuerdo para su aprobación, siguiendo la previsión de la Regla Federal 23(e)(2) norteamericana, propone que debe revestirse al acto de formalidades y recaudos específicos destinados a verificar que el acuerdo sea justo para el grupo, por haber sido el fruto de una negociación seria, efectiva, proba y enérgica de quien se encuentra habilitado legalmente para estar en juicio en representación del conjunto de los afectados.

En tanto el bien ambiental posee una naturaleza colectiva, exigiendo la “primacía preventiva y reparativa” por sobre la composición de intereses privados, en todos los casos, es obligatorio restablecer la situación preexistente al daño. Solo en caso de irreparabilidad material debe pensarse en una indemnización, que además no debe confundirse con la idea de una compensación tradicional. Una transacción económica ordinaria podría, sino, aparecer conteniendo aspectos de enriquecimiento sin causa, a costa de activos sociales (bienes comunes) que deben prevalecer inalterados y no resarcidos económicamente.

Por ello marcamos como el principio general que gobierna a la negociación sobre un bien de naturaleza común lo fijado por el artículo 11.3° del Código Modelo. Recordemos que la Ley N° 20.600 de los Tribunales Ambientales de Chile, en su artículo 44, le permiten al órgano ejercitar facultades conciliatorias pero prohíbe como objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado. En concreto: no puede negociarse la recomposición ambiental, aunque si se puede transar la modalidad para llevarla a cabo.

En tercer orden, sobre los efectos colectivos de la sentencia, debe atenderse la participación de todos los alcanzados, contemplando mecanismos especiales para quienes se hallan en condición de vulnerabilidad.

GIANNINI (2011) propone ciertas condiciones adicionales que garanticen que los integrantes del grupo que no participan directamente en el pleito (las ‘unnamed parties’ del derecho norteamericano) queden vinculados por un acuerdo transaccional colectivo, que refleje una protección inadecuada de sus intereses:

1) Necesidad de un análisis riguroso de la representatividad adecuada del legitimado colectivo, ante la salvaguarda de la garantía del debido proceso (art. 8, Convención Americana de Derechos Humanos) que hace necesaria la existencia de mecanismos que aseguren que quien va a actuar gestionando y hasta disponiendo de intereses que no le pertenecen, lo haga apropiadamente. Por el interés social relevante, debe imponerse la actuación obligatoria como fiscal de la ley del Ministerio Público, como prevé el artículo 3.3° del Código Modelo;

2) Examen del contenido. Parámetros objetivos para la homologación de la transacción. Algunos criterios útiles para esta tarea están expresados en el Manual de Litigación Compleja americano (§21.62). Piénsese en pautas como la expectativa de éxito de la pretensión deducida, la dificultad probatoria y complejidad jurídica del caso, el tiempo y costos que insumiría demostrar la razón en juicio, el vigor con que el caso fue impulsado, la existencia de coerción o colusión que puedan haber influido en las negociaciones, el monto del acuerdo comparado con aquel pretendido en la demanda, el costo que irrogaría proseguir con el proceso y el interés público servido por el acuerdo (ISSACHAROFF: 2014);

3) Posibilidad de notificación del contenido básico de la propuesta de acuerdo a los integrantes del grupo. Los criterios generales del acceso a la información pública ambiental están establecidos en los artículos 5 y 6 del Acuerdo de Escazú, que serán de suma utilidad al respecto;

4) Posibilidad de consagrar un régimen específico de autoexclusión ('opt out') de los integrantes del grupo. Esta posibilidad refiere a los amenazados del riesgo o afectados ambientales, en su faz personal. Esto, por cuanto la solución estrictamente ecológica o recompositiva, tiene un efecto naturalmente colectivo, indivisible en sus proyecciones a los individuos (ver arts. 27, 24 y 22.3°, Código Modelo). Igualmente, cualquier miembro de la clase debe poder impugnar la propuesta transaccional, como lo propone la Regla Federal 23(e)(5) norteamericana.

Por otro lado, la regla 47 de Brasilia, promueve la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para las personas menores de edad cuando sea necesaria, o con la asistencia, apoyo o representación legal cuando su condición lo requiera.

La recomendación busca principalmente que la actividad se lleve a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen. Por ejemplo, respecto de las comunidades indígenas, propicia conveniente por parte del sistema de administración de justicia estatal abordar los temas relativos al peritaje cultural y/o antropológico y al derecho a expresarse en el propio idioma (conf. regla 49 de Brasilia).

Nos expresamos sobre la conveniencia de mecanismos híbridos ante el conflicto ambiental, conectados con el Tribunal. El artículo 11.2° del Código Modelo Iberoamericano, para tratar casos colectivos, ofrece la posibilidad de someterlo a la

evaluación neutral de un tercero (special masters), cuya propuesta obtenida dentro del plazo fijado por el juez, será reservada, inclusive para éste, y no vinculante para las partes, pues su finalidad exclusiva es la de orientarlas en la tentativa de composición amigable del conflicto.

Recordemos que conforme la regla 7 para casos civiles de litigación compleja de Puerto Rico, en cualquier etapa de los procedimientos el juez puede referirlo en todo o cualquiera de sus controversias, a un interventor neutral de acuerdo con el Reglamento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos vigente en dicho país.

Esto se enlaza con las “Conferencias Judiciales” (Judicial Dispute Resolution), que explicamos antes (recordemos la potestad conciliatoria del Juez en la audiencia preliminar del Código Modelo, art. 11.1°). Resultan también un método híbrido donde los beneficios de la mediación y del enfoque colaborativo se articulan, con la predictibilidad y garantía de que un juez conduzca las sesiones y tome una decisión sobre la controversia, independientemente de si es vinculante o no (FANDIÑO CASTRO y PARRA HERRERA: 2020:79).

Incluso si las partes lo solicitan -antes o durante la conferencia judicial-, el juez o jueza puede incluso proponer una fórmula de arreglo vinculante, en cuyo caso la conferencia judicial pasará a denominarse “conferencia judicial vinculante” (Binding Judicial Dispute Resolution) (FANDIÑO CASTRO y PARRA HERRERA: 2020:8).

Este mecanismo produce, al decir de estos autores, una reducción del conflicto social, por cuanto: -las partes aprenden o afinan las habilidades de resolver conflictos (escucha activa, reflejo, parafraseo y otras técnicas); -se administra la carga de procesos judiciales en las cortes para poder prestarles más atención; -el proceso, con la dirección del juez, puede corregir el desbalance de poder económico y de otro tipo entre las partes; -el proceso fomenta la confianza en las instituciones y en los servicios judiciales; -el proceso fortalece la comunidad a través de reconstruir o reparar las relaciones entre las partes; -el proceso fomenta la búsqueda de narrativas colectivas que superen las perspectivas individuales (FANDIÑO CASTRO y PARRA HERRERA: 2020:78-79).

Finalmente, en caso de arribarse a un acuerdo, total o parcial, el mismo deberá ser homologado por sentencia, en el marco de una audiencia que respete los caracteres de publicidad intensiva devenida de los derechos colectivos en juego, que constituirá título ejecutivo judicial (conf. art. 11.4° del Código Modelo).

Veamos ahora el tercer y cuarto momento del juicio, el de la propuesta de valoración de la información y el de la deliberación judicial.



## 9. ALEGAR DE BIEN PROBADO EN PROCEDIMIENTOS PÚBLICOS AMBIENTALES (8.3.b ACUERDO DE ESCAZÚ)

El alegato final de los litigantes es una propuesta de sentencia, una estimación de que lo que han probado en el juicio hace consistente resolver el caso conforme la teoría que han propuesto y trabajado durante el proceso.

Adicionalmente debe hacerse cargo de cuestionamientos hechos por la contraparte. Igualmente, si se ha llevado un planteo y actuación solida en el pleito, puede esperarse una resolución acorde.

El alegato de clausura es un ejercicio argumentativo, basado en la teoría del caso probada. Es la única oportunidad de valorar del litigante y no de anunciar, en tanto ya no hay oportunidad de traer algo nuevo al proceso. Debe concentrarse en lo probado: cómo y porque es creíble, por tanto no cabe repetir el discurso de apertura. No es lógico esperar un hecho mágico que revierta la mala actuación probatoria, con un discurso convincente que apele a cuestiones extrajurídicas o ajenas al trámite (LORENZO: 2017:180). Este es un mito muy difundido en el sistema de jurados.

El dato conector con otros momentos orales del trámite, estarán encabezado por nuestro “hilo conductor”, nuestro “tema”. Recordemos que, a modo de ejemplo, propusimos que nuestro demandante hipotético usase «una industria próspera no sirve, si enferma y empobrece a su comunidad». Tampoco debe darse una clase magistral, ni relatar el expediente de manera mecánica, ni argumentarse sin ordenar los hechos probados y su valoración esperable, ni llevarlo a una confrontación personal (LORENZO: 2017:182-183).

Para que el alegato de clausura funcione como el proyecto de sentencia para los que deben decidir el caso (DUCE y BAYTELMAN: 2004) debería contener todo el análisis de la prueba, detallando lo que cada evidencia producida durante el debate acredita, los hechos y el derecho aplicable. Que lleve a los juzgadores a suscribir nuestro razonamiento y fallar de la forma en que les solicitamos (CEVASCO: 2017:140).

No podemos dejar de mencionar que en el derecho ambiental, la fuerza argumental del momento del cierre tiene mucho impacto del derecho sustancial debido a un

elemento jurídico esencial del que ya hemos hablado: los principios (LLORET y MOSMANN: 2007). Y es que es inescindible el vínculo entre el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible y los derechos humanos. Este espacio de confluencia está sumamente marcado por los derechos fundamentales, a los cuales, el Acuerdo de Escazú ha venido a maridar de manera más contundente. Por ello serán un recurso de argumentación fuerte.

Los daños ambientales pueden afectar todos los derechos humanos, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio.<sup>156</sup>

Este vínculo se ve claramente en el concepto de «ecología integral» que tiene su fundamento en el hecho de que “todo está conectado”, de la Carta Encíclica Laudato Sí’. Por ello, ecología y justicia social están intrínsecamente unidas, y eso es un puente, un vínculo entre el paradigma de equilibrio ecológico y el derecho humano a un ambiente digno. Con la ecología integral emerge un nuevo paradigma de justicia, ya que “un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente, para escuchar tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres” (PAPA FRANCISCO: 2015: §16-49-137).

Esto explica que nuestro derecho ambiental interamericano se haya receptado justamente en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, dedicado a los derechos económicos, sociales y culturales. Sin recursos naturales no hay economía, sin ambiente no hay desarrollo social y sin vínculo con el entorno no hay diversidad cultural.

El Grupo de Trabajo sobre el Protocolo de San Salvador, ha establecido que el ejercicio del derecho al medio ambiente sano debe guiarse por los criterios de disponibilidad, accesibilidad, sostenibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, común a otros derechos económicos, sociales y culturales.<sup>157</sup>

La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, asociado al deber de conducirse fraternalmente entre las personas humanas.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> Corte IDH, OC-23/17; párr: 64

<sup>157</sup> Corte IDH OC-23/17, párr: 60. El 8 de junio de 2010 la Asamblea General de la OEA por medio de la Resolución AG/RES. 2582 (XL-O/10) encomendó al Grupo de Trabajo la elaboración de un documento de indicadores de progreso sobre los derechos incluidos en el Protocolo de San Salvador. El documento con los indicadores de medición de este segundo grupo fue finalizado en noviembre de 2013 y aprobado por la Asamblea General de la OEA en junio de 2014. Cfr. Asamblea de la OEA, Resolución AG/RES. 2823 (XLIV-O/14) titulada “Adopción del Mecanismo de Seguimiento para la Implementación del Protocolo de San Salvador”, aprobada el 4 de junio de 2014, y GTPSS, “Indicadores de Progreso: Segundo Agrupamiento de Derechos” 5 de noviembre de 2013, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.9/13.

<sup>158</sup> Corte IDH, OC-23/17; párr: 59.

Existe una relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, de la que surgen múltiples puntos de conexión por los cuales todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio.<sup>159</sup>

Un paradigma ecológico de la gobernanza y los derechos, es la contracara del paradigma de la política de derechos humanos y el desarrollo. Ambos confluyen al construirse un sistema de responsabilidad ambiental.

En este sentido, se ha planteado en el litigio de interés público de los derechos económicos, sociales y culturales una nueva estrategia judicial hermenéutica, consistente en ampliar la teoría de las categorías sospechosas para casos de discriminación concebida en los tribunales norteamericanos y receptada en tribunales de la región, para invertir la carga de la prueba en casos de violación del principio de regresión de los DESCAs (incluyendo en este tándem también los ambientales).

Sostiene SISTI (2018) que “La no regresividad es una garantía novedosa en el derecho, y por ende tenemos que traerla a discusión de manera que resulte accesible, incluso para quienes aún no acordarían en que existe una exigibilidad directa de los DESCAs. Pedirle al Estado que explique por qué es constitucional una medida que brinda menor protección que la que se brindaba con anterioridad, es una postura que seguramente resulte más viable para un juez al momento de analizar una política pública”. Esto resulta directamente dirigido a discutir manifestaciones de mala gobernanza ambiental.

Cerrando el punto recordemos que existe un fenómeno de trascendencia en cada mandato judicial de componer la decisión irregular o el ambiente descompuesto. Es vital entonces poder traducir en el alegato final este sentido de construcción colectiva, que se reproduce y adiciona cada vez que se efectiviza una sentencia. Se halla un gran poder de convicción tras ello.



## 10.LAS SENTENCIAS AMBIENTALES COMO DECISIONES FUNDAMENTADAS Y ESCRITAS (8,6, ACUERDO DE ESCAZÚ)

Ingresando al área de la decisión del juzgador (profesional o jurado popular), veamos la regla 110 de la evidencia de Puerto Rico, que muestra una regulación pertinente sobre la tarea de evaluación y suficiencia de la prueba, traída de la concepción norteamericana, para ilustrar el punto. Según esta regla, la decisión del juzgador se hará mediante la preponderancia de la prueba, con base en criterios de probabilidad.

La tarea de valoración de la prueba nunca es en abstracto, sino siempre conforme a las teorías del caso en competencia, respecto a cuál de ellas es más plausible, con una mirada no atomística sino integradora de todo lo probado. No consiste en enumerar todo. Lo fundamental es que se exprese sistemática y claramente las razones que movieron a confiar más en ciertas versiones de hechos que en otras, haciéndose cargo del trabajo específico de los litigantes por acreditar o desacreditar la prueba. Así, RIOS LEIVA (2017:138-139) termina sosteniendo que la sana crítica, finalmente se traduce nada más y nada menos que en el deber de fundamentación de la valoración de la prueba dentro de ciertos márgenes de razonabilidad y sentido común.

Esta tarea, en el caso de jurados, estará pautada por las instrucciones que les brinda el Juez y se realiza en ocasión de la discusión y votación final. El veredicto en este caso es una decisión concreta resultado de dicho debate secreto.

En caso de los Magistrados profesionales, la decisión tomada en el caso ambiental, al igual que las restantes sentencias civiles, especificará los hechos probados y consignará separadamente sus conclusiones de derecho (motivación).

Esta resolución ambiental que define sobre el fondo de la cuestión, avanza respecto a la existencia de la violación a la legalidad o requisitos de la gobernanza ambiental y/o los riesgos ambientales adversos y/o la situación de daño ambiental (y a la salud) o no, y en su caso, la atribución e imputación del grado de responsabilidad. Además establece el mecanismo de reparación del ambiente degradado y define quien es el obligado a realizarlo.

Pero en cuanto estas decisiones definitivas atienden a un conflicto estructural y pluriofensivo, recuerdan GONZALEZ BALLAR y PEÑA CHACON (2015:191-195), que los efectos ambientales adversos alcanzan tanto a un individuo, como la colectividad, a las generaciones futuras y a los propios procesos ecológicos esenciales, por lo que debe admitirse condenas acumulativas de obligaciones de hacer, no hacer e indemnizar (conf. arts. 6, 7 y 8, Código Modelo).

Por esto, se hace evidente que los efectos normales de la cosa juzgada en los países del civil law, como enseña GIDI (2004:95-97), que obligan solamente a las partes en el procedimiento sin perjudicar ni beneficiar a terceros, en estos casos pluriofensivos están reconfigurados.

Dice el autor brasilero que “Una acción es una acción colectiva si resuelve los intereses de los miembros ausentes de un grupo. La sentencia debe tener efectos obligatorios ultra partes, más allá de las partes. El carácter erga omnes (contra todos) de la cosa juzgada es un elemento esencial del procedimiento de la acción colectiva. Una sentencia limitada a las partes presentes en el tribunal (incluyendo terceros intervinientes) destruye la esencia fundamental del proceso colectivo” (GIDI: 2004:98). Hay dos formas de resolver la cosa juzgada colectiva en el derecho civil: o la ley da efecto obligatorio a la sentencia colectiva siendo irrelevante su resultado (pro et contra) o bien obliga a los miembros ausentes tan sólo si el grupo triunfa (secundum eventum litis).

Mirando el Código Modelo, su artículo 33 opta por la postura de una sentencia en este último sentido, que haga cosa juzgada erga omnes, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba hasta dentro de 2 años de conocida.

En el Código Modelo Iberoamericano los daños individualmente sufridos por el injusto ambiental, se pueden integrar al reclamo por los legitimados en nombre propio e interés de las víctimas y sucesores (art. 20) o bien pueden ser propuestas individualmente fuera de esta acción. La sentencia colectiva de rechazo no perjudica ni beneficia las víctimas en ninguna de estas opciones, en tanto dejan subsistente el poder interponer reclamos individuales (art. 33.3°).

La sentencia que declara procedente el pedido, sí beneficia a las víctimas. Les permite el cobro determinado para todos los miembros del grupo por la sentencia, como valor uniforme o mediante fórmulas de cálculo (es el efecto “para toda la clase”, omne genus, arts. 22.1° y 22.2° del Código Modelo) o reclamar una liquidación individual ante la falta de acuerdo con esos montos (art. 22.3°).

En realidad, en tanto las sentencias reestructuran, reconstruyen o restablecen un estado ideal, la solución requiere sentencias prospectivas. Avanzan más allá de las órdenes ejecutivas o adjudicaciones (como la de indemnizar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales padecidos por la comunidad y los ciudadanos), instituyendo una configuración de procedimientos, responsables, plazos y objetivos, para hacer posible el reequilibrio del ecosistema o ambiente afectado (en este sentido BERIZONCE:

2011). Es decir volver todos los derechos transindividuales desestructurados, a su quicio.

Analiza VERBIC (2008) que en el derecho procesal norteamericano existen las specific equitable relief, cuya más conocida es la denominada injunction, de carácter excepcional y que puede revestir carácter cautelar o definitivo y -en cualquiera de ambos supuestos- tomar forma de una orden de hacer (mandatory) o bien de no hacer o cesar en determinada conducta (prohibitory). El profesor FISS (1978:7) -allí citado- identifica tres tipos de injunctions: (i) preventiva (preventive), que lleva por objeto evitar que se produzcan ciertos hechos en el futuro; (ii) reparadora (reparative), la cual busca compeler al demandado a asumir cierta conducta para corregir efectos de hechos ilícitos ocurridos en el pasado; y (iii) estructural (structural), que tiene por objeto reorganizar una institución social en actividad.

La solución de reestructuración ambiental que propugnamos (structural injunctions), conforme VERBIC (2017:350), tienen un carácter de “remedio híbrido”, conformado por diversas mandas y herramientas de gestión, diagramadas para la implementación de la solución específica acordada al caso.

Respecto al daño adverso, GONZALEZ BALLAR y PEÑA CHACON (2015:191-195) enumeran los distintos tipos de condenas ambientales desde una óptica del civil law: -las órdenes preventivas de adoptar acciones u omisiones (si no hubieran sido objeto de tutela anticipada); -la condena por daño ambiental propiamente dicha (en tanto resulte técnicamente viable) consistente en la recomposición o reparación del ambiente por quien el tribunal estime obligado o por un tercero a su costa<sup>160</sup>; y -la condena indemnizatoria que atiende a la totalidad o porción no recuperable técnicamente, aquello que requiera compensarse y la liquidación de los daños morales y patrimoniales a la sociedad y cada uno de los afectados<sup>161</sup>.

En nuestro caso de ejemplo, de la planta de beneficio metalífero<sup>162</sup>, podría pensarse en la condena a cesar y remediar los daños y prevenir nuevos riesgos, combinando criterios de optimización de los procesos mediante la mejor tecnología disponible e indemnizando los daños irremediables colectivos. También debería la firma condenada sufragar los perjuicios personales y patrimoniales en particular, por las expoliaciones al ambiente urbano y los problemas a los pequeños granjeros.

No obstante lo dicho, existe una clara evidencia en este ejemplo, que podemos cotejar en la realidad, y que se repite en una y otra geografía de nuestra región. Nos referimos al problema de la efectividad de la decisión.

En nuestras latitudes, o no llega la solución, o no se cumple la condena por resultar parcializada respecto a lo que el conflicto reclama. Esto por no atender la “reestructuración al estadio ideal”: el desarrollo sustentable. La solución profunda y

<sup>160</sup> Ver al respecto art. 6°. Obligaciones de hacer y de no hacer, del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

<sup>161</sup> Ver al respecto art. 8°. Acción indemnizatoria y art. 22. Sentencia de condena, del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

<sup>162</sup> Ver al respecto Capítulo 3.- Ejemplificando un conflicto ambiental para comprender su complejidad.

definitiva debe ir efectivamente más allá, por cuanto, en caso contrario, se corre el riesgo de alcanzar sentencias “de papel, no en los hechos”.

La clave es interpretar cuando una empresa, actividad o emprendimiento es un activo social (la de nuestro ejemplo emplea al 35% de la población activa y es gran contribuyente de tributos, a costa de deteriorar el entorno y perjudicar pequeños productores) y cuando no. La solución integral es que, si existe un margen para que sea un engranaje de desarrollo sustentable, la estructuración de la solución puede buscar contemplarlo. Una solución a medio camino dejará activas las tensiones entre los planteos de continuidad (asociaciones sindicales de obreros, Estado, cámaras o rubros comerciales asociados) y de cierre (vecinos bajo efectos nimbby<sup>163</sup>, granjeros río abajo).

En el caso propuesto, resulta razonable pensar en una relocalización con reestructuración integral bajo otros criterios productivos: tecnologías limpias, otros patrones de organización y de consumo de energía y materias primas, entre otras tantas otras cosas. En esto consiste el desafío del juez o jueza ambiental. En trazar el límite donde se abandona el mal-desarrollo<sup>164</sup> y comienza la sustentabilidad.

En esta tarea, resulta importante repasar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), también conocidos como Objetivos Mundiales, que se adoptaron por todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas en 2015 como un llamado universal para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad para 2030. Los 17 ODS están integrados, ya que reconocen que las intervenciones en un área afectarán los resultados de otras y que el desarrollo debe equilibrar la sustentabilidad medio ambiental, económica y social.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Not in my back yard: Abreviatura de no en mi patio trasero: una persona que no quiere que se construya o haga algo desagradable cerca de donde vive. <https://dictionary.cambridge.org/es-LA/dictionary/english/nimbby>

<sup>164</sup> Existen en Latinoamérica posturas directamente enfocadas en paradigmas alternativos de la producción y el consumo, donde cobran centralidad conceptos como los de “derechos de la naturaleza”, “buen vivir”, “bienes comunes”, “ética del cuidado”, la “economía social”, “agricultura de alimentos y procesos”, “soberanía alimentaria”, el “derecho a la ciudad”. Ver por ejemplo SVAMPA y VIALE: 2014.

<sup>165</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 (A/Res./70/1), titulada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Los Objetivos de desarrollo sostenible que persigue son 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo; 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible; 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades; 4. Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos; 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas; 6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos; 7. Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos; 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos; 9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación; 10. Reducir la desigualdad en los países y entre ellos; 11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles; 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles; 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos; 14. Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible; 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres,

En Europa bajo este paraguas, se ha concebido el Pacto Verde como una nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar la Unión en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, basado en el mandamiento verde: «no ocasionarás daños». Podría resultar para un juez o jueza un buen baremo para plantearse objetivos de sustentabilidad ante una sentencia que busque una reforma estructural.<sup>166</sup> El Pacto Verde Europeo aspira a proteger, mantener y mejorar su capital natural, así como a proteger la salud y el bienestar de los ciudadanos frente a los riesgos y efectos medioambientales. Al mismo tiempo, esta transición ha de ser justa e integradora. El Pacto Verde es parte integrante de la estrategia de la Comisión Europea para aplicar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas y la Agenda 2030<sup>167</sup>.

Por final, en las formalidades, más allá de sus particulares caracteres, la sentencia debe ser objeto de mecanismos de sistematización y difusión pública (conf. art. 8.4.c, Acuerdo de Escazú). Son contestes los costarricenses GONZALEZ BALLAR y PEÑA CHACON (2015:198) en aseverar que en los procesos por derechos plurindividuales deben publicitarse los términos de la sentencia recaída o el acuerdo homologado, en un diario de circulación en el lugar donde desplegará sus efectos y en el registro de procesos colectivos.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina oportunamente dictó las Acordadas N° 32/2014 de “Registro Público de Procesos Colectivos” y N° 12/2016 de “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos”, a fin de asegurar el conocimiento público de estos trámites en la justicia nacional.<sup>168</sup>

---

gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad; 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas; 17. Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

<sup>166</sup> A efectos de pensar un objetivo planificado en una sentencia, podemos repasar que el Plan (Bruselas, 11.12.2019 COM(2019) 640) consiste, entre varias metas en: Suministro de energía limpia, asequible y segura; Uso eficiente de la energía y los recursos en la construcción y renovación de edificios; Movilización de la industria en pro de una Economía Limpia y Circular; Acelerar la transición a una movilidad sostenible e inteligente; De la granja a la mesa: idear un sistema alimentario justo, saludable y respetuoso con el medioambiente; Preservación y restablecimiento de los ecosistemas y la Biodiversidad; Aspirar a una contaminación cero para un entorno sin sustancias tóxicas; Un mayor nivel de ambición climática; finanzas e inversiones ecológicas; Ecologización de los presupuestos nacionales y emisión de las señales de precios correctas; Ver en [https://eur-lex.europa.eu/resourcel.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0004.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resourcel.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF)

<sup>167</sup> <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/index.htm>

<sup>168</sup> Ver <https://www.cij.gov.ar/nota-20757-La-Corte-Suprema-aprob--un-reglamento-de-actuaci-n-en-procesos-colectivos.html>



## **11.IMPUGNAR Y RECURRIR, EN CUANTO AL FONDO Y EL PROCEDIMIENTO, CUALQUIER DECISIÓN CONTRA EL AMBIENTE (8.2, ACUERDO DE ESCAZÚ)**

La litigación adversarial tiene dos facetas bien marcadas en la tarea de control del litigante.

Primero impugnar los actos que durante el trámite puedan significar una lesión al debido proceso y el derecho de defensa. Toda solicitud que desee realizar un litigante durante el curso de una audiencia, debe tener como telón de fondo las reglas sobre los incidentes (RIOS LEIVA: 2017:123).

Esto ocurre, generalmente, en las que se denominan “audiencias argumentativas”, donde el tribunal debe adoptar una determinada decisión sobre la base de las exposiciones o alegatos que los intervinientes realicen, en referencia a ciertos antecedentes y sin que exista necesidad de rendir prueba. Por ejemplo, discusiones de medidas cautelares y, en general, en la mayoría de los incidentes que surjan tanto dentro como fuera de una audiencia cualquiera: una discusión acerca de la admisibilidad de un determinado medio probatorio en una audiencia preparatoria o en la resolución de una excepción previa de especial pronunciamiento (RIOS LEIVA: 2017:70).

La regla 16 de casos civiles de litigación compleja de Puerto Rico, en el punto (c) comienza limitando la presentación de recursos por las partes ante el foro apelativo a decisiones finales o definitivas del tribunal. Luego fija excepciones. Habilita solo la consideración de resoluciones interlocutorias en la instancia superior cuando en la medida recurrida se revisen decisiones interlocutorias que afecten cualquier derecho sustantivo de alguna de las partes, pueda simplificar la litigación o facilitar el manejo judicial del caso ó amerite como propicia una consideración más detenida del problema y la etapa ponga fin a una reclamación distinta y separable de otras reclamaciones litigadas en el caso ó se trate sobre un interdicto y se demuestre que la decisión del tribunal puede razonablemente provocar daños serios e irreparables o, por fin, incluya una determinación expresa y clara de que la decisión merece revisarse con premura.

Por lo demás, el formato de audiencia con alegaciones podrá ser aplicable en

aquellas hipótesis en que la misma ley prevé expresamente esta forma de resolución de la controversia, de acuerdo a un determinado diseño procedimental, por contraposición a la llamada audiencia de juicio oral que es aquella que revestirá una mayor complejidad derivada de las reglas de rendición de la prueba (RIOS LEIVA: 2017:70).

En la concepción de LORENZO (2017:91-94), a diferencia del juicio oral, donde el tribunal tendrá que ver la litigación de las partes, la producción de la prueba y abstenerse de intervenir por la imparcialidad que debe guardar para tomar la decisión, en estas audiencias previas al juicio el juez tiene un protagonismo central en la conducción y orden de las discusiones, pudiendo incluso promover algunas que pasen desapercibidas y que las partes no cuestionen pero que aparezcan evidentes para el juez: errores en la norma pretendida, carencias fácticas, ausencias probatorias, impertinencias en la prueba ofrecida, etc. Califica esta tarea como ordenadora de la audiencia y del litigio, para obtener información ordenada y de calidad.

Por su parte, una vez emitida la sentencia definitiva, las partes podrán interponer los respectivos recursos que ofrezcan sus derechos nacionales. El Código Modelo en su artículo 18 concede a la apelación de la sentencia definitiva un efecto meramente devolutivo (dando atribución de plena jurisdicción al Tribunal de apelación para revisar la sentencia y resolver cuantas cuestiones de hecho y derecho se le planteen), salvo cuando la fundamentación fuere relevante y pudiere resultar para la parte una lesión grave y de difícil reparación, caso en el cual el juez podrá atribuir al recurso efecto suspensivo (paralizando la ejecución mientras dure el trámite).

## 12.MECANISMOS DE PREPARACIÓN AMBIENTAL (8.3.g, ACUERDO DE ESCAZÚ)

El Acuerdo de Escazú ha previsto un ramillete de posibles mecanismos de reparación en manos del Juez o Jueza, consistente en, según corresponda, la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación (art. 8.3.g).

En la inteligencia del Código Modelo Iberoamericano se debe efectivizar tanto las obligaciones de hacer y no hacer (art. 6), y las obligaciones de dar consistentes en una indemnización a un fondo público (art. 8), con mas la posibilidad de ejercitar la acción por los daños individualmente sufridos de manera colectiva –derechos individuales homogéneos- (conf. arts. 20, 22 y 33.3°) o en forma individual (conf. arts. 21.3°, 31 y 33.3°) y en concurrencia de créditos (art. 28).

En este tren, el juzgador debe secuenciar su lógica remedial, atendiendo una hermenéutica de abordaje escalonada. En primer lugar y conforme los principios ambientales, debe preconizar la prevención frente a la reparación y, ésta, frente a la compensación o indemnización.

Lo central que deben entender los operadores del caso ambiental es que la dinámica de los elementos ambientales funcionando en la naturaleza presta servicios ambientales, y que son estos efectores ecológicos, culturales y/o sociales los que deben restaurarse, reestructurarse.

La idea de las soluciones alternativas y el dialogo participativo para escoger las formas más convenientes (por idóneas y eficientes), pueden provenir ínsitas en las discusiones de los procedimientos de evaluaciones de impacto ambiental y de evaluación de programas y normativa de interés público ambiental.

Los operadores deben interpretar el caso judicial como una prolongación de estas herramientas, no obstante las condiciones que el contexto judicial establece.

Es decir, las partes, cuando estiman las pretensiones y elaboran su teoría del caso, deben comprender el modo de resolver que puede esperarse del juez o jueza y por

tanto, deben construir y justificar estos objetivos como forma de lograr consolidar una plataforma del caso preordinada hacia una sentencia favorable.

Esta idea no solo implica especializar las técnicas de argumentación jurídica sino, muchas veces, saber obtener de los asesores técnicos o peritos, una identificación correcta de las medidas más eficientes para solucionar el problema ambiental al que se enfrenta y los elementos y/o efectos ambientales, sociales e institucionales que el mismo encierra o produce.

GONZALEZ BALLAR y PEÑA CHACON (2015:196) exponen cuales son los criterios que debe tenerse presente para determinar los mecanismos de reparación: -de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio; -las acciones que proporcionen servicios ambientales o recursos naturales del mismo tipo, calidad y cantidad que los daños; -las mejores tecnologías disponibles; la viabilidad y permanencia en el tiempo; -el costo que implica aplicar la medida; -el efecto en la salud y seguridad públicas; - la probabilidad de éxito de cada medida; -el grado de prevención de riesgos y daños futuros de cada medida; -el grado en que cada medida beneficiará al medio ecosistémico o urbanístico dañado; -el grado en que cada medida atenderá los intereses sociales, económicos y culturales de la localidad; -el período de tiempo requerido para la recuperación de los ciclos biológicos que fueron afectados por el daño causado al ecosistema; -el grado en que cada una de las medidas logra reparar el lugar que ha sufrido el daño ambiental; y, -la vinculación geográfica con el lugar dañado.

También resulta central determinar los daños que no resulta posible remediar o compensar ecológicamente. El pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición y la atención a las personas afectadas dan cuenta de ítems que posiblemente no pueden ser vueltos al estado anterior y están destinados a persistir y por tanto se deben sufragar monetariamente.

Respecto a los daños colectivos técnicamente irremediables, esto es por su imposibilidad de reversión material, incompensabilidad o por la irrazonabilidad en los costos-beneficios, la indemnización debe dirigirse -como por ejemplo dice el artículo 31 de la Ley Ambiental argentina-, a la sociedad.

La restitución debe estar dirigida, en primer orden a buscar conceder a la colectividad servicios ambientales equivalentes y sustitutos sociales razonables. También deben incluir la compensación de los gastos públicos hechos por instituciones en colaboración a las medidas realizadas por el tribunal dirigidas a proteger el interés común en juego (pericias oficiosas, gastos imputados a la administración pública, asesoramiento científico oficial, etc.).

En la compleja categoría de daños irremediables o degradación permanente, se incluye tanto: -el daño interino, intermediario, momentáneo, transitorio o de interregno, que es el que media temporalmente entre la conducta dañosa y el pleno restablecimiento o recomposición (vale decir, la privación temporaria de la fruición del bien de uso común del pueblo); -el daño residual (deterioro ambiental irreversible, que subsiste o perdura, no obstante todos los esfuerzos de restauración);

-el daño moral colectivo<sup>169</sup>; y, -la restitución al patrimonio público del provecho económico del agente con la actividad o emprendimiento degradador, la plusvalía ecológica que indebidamente ocasionó (p. ej. madera o minerales retirados contra la ley del inmueble degradado o incluso, el beneficio por el uso ilícito del área para el fin agrosilvestre-pastoril, turístico, comercial)”.<sup>170</sup>

Esto no es lo mismo que los punitive damages del derecho anglosajón. Las “sanciones pecuniarias disuasorias” contra el sujeto dañador son resultado de haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable y tienen el fin de disuadir o desanimar la reiteración de acciones del mismo tipo y que a la vez las sumas se agreguen a las indemnizaciones por los daños realmente experimentados. Esta naturaleza jurídica resulta diferente de la reparatoria/resarcitoria del daño moral social ambiental y su sub-especie el daño moral colectivo (daño social extrapatrimonial). Por ello, la doctrina entiende que pueden ser acumulados en la medida que los sistemas nacionales contemplen estos daños punitivos, que pueden resultar un buen complemento del principio de reparación integral (GONZALEZ BALLAR y PEÑA CHACON: 2015: 211-217).

De conformidad al Código Modelo, los efectos de la cosa juzgada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos, no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos (art. 34.3º). Las indemnizaciones individuales, incluso, pueden ser sometidas a árbitros.

---

<sup>169</sup> La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, de la República Argentina expuso que “...que debe admitirse el daño colectivo extrapatrimonial sufrido por la comunidad de Tandil -incluidos sus ocasionales visitantes- por la privación del uso, goce y disfrute de un bien relevante del dominio público municipal (art. 2341, Cód. Civil). A esa opinión se llega tanto si se parte del concepto de daño sufrido colectivamente como lesión a un bien público o colectivo, atendiendo a la naturaleza extra patrimonial y colectiva de ese bien agraviado, como si se centra el enfoque en el estado espiritual disvalioso que recae en la esfera social de una categoría de sujetos -los habitantes de Tandil- que disfrutaban de la escultura por la afectación a una obra del patrimonio cultural local, que ostenta protección normativa constitucional (arts. 20, inc. 2º y 28, Constitución Provincial; arts. 41 y 43, Constitución Nacional)”. Autos “MUNICIPALIDAD DE TANDIL C. TRANSPORTE AUTOMOTORES LA ESTRELLA S. A. y OTRO”, sentencia del 22/10/1996, publicada en LLBA, 1997-273, DJBA 152, 411 – ED

<sup>170</sup> Fallo del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, Sala Segunda, en autos “Brasilit Industria e Comercio Ltda. y Otro c. Ministerio Público del Estado de Río de Janeiro”, del 12/09/2013 (publicado en LA LEY Argentina, LXXXVII-233, 12/12/2013, 4)



## 13.SEGUNDA FASE ESTRUCTURAL: LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS DE EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO (8.3.f ACUERDO DE ESCAZÚ)

En esta segunda fase de la litigación estructural, las actividades procesales se proyectan a tornar efectiva la decisión reestructurante, del resultado proyectado en la sentencia.

La legitimación para la liquidación y ejecución de condena en el Código Modelo, se concede a los demandantes. Transcurridos 60 (sesenta) días desde que la sentencia condenatoria quedare firme, sin que promueva la liquidación o la ejecución, deberá hacerlo el Ministerio Público, cuando se trate de interés social relevante, quedando facultados, asimismo, para dicha iniciativa, en todos los casos, los demás legitimados (art. 14).

Establece el mismo Modelo Iberoamericano que la ejecución podrá ser colectiva si es promovida por los legitimados en el proceso colectivo y abarcará a las víctimas cuyas indemnizaciones ya hubieran sido fijadas en liquidación, sin perjuicio del trámite de otras ejecuciones (art. 24), ante el juez de la pretensión condenatoria (art. 25.II).

La regla 16 (a) de casos civiles de litigación compleja puertorriqueña, habilita al comité timón de las partes afectadas a presentar por las apelaciones y recursos de certiorari contra sentencias finales y resoluciones interlocutorias, en aquellos asuntos de interés común.

Lo que hay que tener presente es que, para que esta segunda fase se desarrolle con éxito, la decisión estructural debe al menos establecer: i) el tiempo, el modo y el grado de reestructuración que se aplicará; ii) el régimen de transición; y iii) la forma de evaluación permanente/fiscalización de las medidas de estructuración (DIDIER, ZANETI y ALEXANDRIA DE OLIVERA: 2020).

Por lo general, las decisiones definitivas, por mayor nivel de detalle que posean en los objetivos de implementación, no agotaran los medios necesarios para llevarse adelante. Además, si como en nuestro caso de ejemplo<sup>171</sup> también corresponde la

<sup>171</sup>Ver al respecto el Capítulo 3.- Ejemplificando un conflicto ambiental para comprender su complejidad.

actuación de organismos públicos, se mezcla la jurisdicción del Tribunal con las atribuciones del poder Administrador, propiciando tensiones. Debe revisitarse la idea de división de poderes con la finalidad de dar debida respuesta al problema ambiental.

Tres instrumentos pueden resultar muy útiles para llevar adelante la decisión estructural, especialmente la ambiental.

Primero, la delegación de la actividad ejecutiva mediante institutos similares a las Facilidades de Resolución de Reclamaciones (Claims Resolution Facilities) norteamericanas. Conforme DIDIER, ZANETI y ALEXANDRIA DE OLIVERA (2020) son una nueva forma de participación de terceros en el proceso y pueden estar constituidos por convenciones procesales (ej. arts. 190 y 200 del CPC brasilero-LGL\2015\1656) o por delegación de funciones judiciales, (como autoriza la regla 7 para casos civiles de litigación compleja de Puerto Rico, en cualquier etapa de los procedimientos a un comisionado especial).

También se podría proyectar un orden de decisiones “en cascada”. Es una característica llamativa de las decisiones estructurales que, muchas veces, a la decisión principal le siguen otras, que tienen por objeto resolver problemas derivados de la eficacia de decisiones anteriores de manera que permitan la realización efectiva del resultado buscado por la decisión principal (DIDIER, ZANETI y ALEXANDRIA DE OLIVERA: 2020 con cita de ARENHART: 2013:400).

En tercer lugar, una relativización del principio de congruencia, lo que se encuentra ampliamente justificado en los procesos ambientales con la finalidad de asegurar el interés público ambiental. Señalan GONZALEZ BALLAR y PEÑA CHACON que el juez o jueza podrán extender sus fallos a cuestiones no sometidas por las partes y pronunciarse sobre extremos no solicitados por las partes pero que sean una consecuencia legal de la decisión o necesaria para la eficacia de la sentencia (2015:198).

## 14.LA DEFENSA AMBIENTAL ANTE UN JURADO POPULAR. PROYECCIONES

El proceso adversarial analizado en este manual, con un Juez o Jueza que lo maneja y una burocracia administrativa que lo gestiona (Oficinas judiciales de audiencias, por ejemplo), puede ser perfectamente juzgado por un Tribunal profesional o por un Jurado Popular.

Hemos propuesto hace tiempo que existen factores que llevan a pensar en los jurados como una forma elegible de juzgar los conflictos ambientales. Un creciente malestar ambiental y una deslegitimación de algunos dispositivos de administración de justicia (por la forma en que aborda los conflictos ecológicos y sociales asociados) y una necesidad de construir una cultura ambiental autóctona (que refleje la expresión de los deseos de la sociedad sobre sus bienes comunes y vitales), abona a ello (LLORET: 2015:257-298).

Una justicia ambiental democrática sirve al estado ecológico de derecho, a la equidad o justicia distributiva y esto se logra con participación, en un proceso virtuoso que construye capacidades sociales. Para esto sirven los jurados, para despertar una cultura de participación democrática judicial (LLORET: 2015:257-298).

Por eso, no dudamos en concluir que el jurado permite conducir un proceso político de “afianzamiento de la justicia” en materia socio-ambiental, mediante la profundización de la participación popular en el marco de una concepción constitucional del Estado sostenida por la soberanía del pueblo y el control y descentralización del poder gubernamental, legitimando las decisiones estructurales de contenido político e interés público (LLORET: 2015:257-298).

Alexis de Toqueville en su monografía de 1835 “La democracia en América” escribió: “No se si el jurado es útil para los litigantes; pero estoy seguro de que es muy beneficioso para aquellos que deciden el litigio; y lo considero uno de los medios más eficaces para la educación del pueblo que la sociedad pueda emplear” (LLORET: 2015:257-298).

El Jurado Civil particularmente, no vive su tiempo de apogeo, pero proyectos como

el Civil Jury Project de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York (NYU), dan cuenta que los beneficios legitimatorios y de búsqueda de transparencia y profundización democrática de las practicas del derecho y la administración de justicia que brindan, los hacen todavía esenciales para las sociedades.<sup>172</sup>

Recientemente en Argentina, se promulgó la ley N° 3.325-B de la Provincia del Chaco<sup>173</sup>, que propicia la ampliación de las materias en juicios por jurados también a casos civiles y comerciales. Se suma al anuncio de las provincias de Mendoza<sup>174</sup>, La Rioja en 2013<sup>175</sup> y en Chubut en 2019<sup>176</sup>177.

Este primer antecedente argentino concentra la tarea de jurados populares para casos de responsabilidad civil extracontractual que significan altos montos indemnizatorios con cifras anormales y extraordinarias o para casos en que se hayan afectado derechos individuales homogéneos o derechos naturalmente colectivos. Es decir, los proyectos y la ley han optado por generar un sistema de procesamiento juradista para casos con alto efecto de comunicabilidad social y/o que involucren un ostensible y determinante interés general.

Se trata de contrarrestar la tradición de los países del civil law (incluso de Europa continental), donde los procedimientos civiles no tienen audiencia alguna, prácticamente todo el proceso es por escrito y llevado a cabo únicamente por un juez de tribunal con poderes exorbitantes. Sería muy extraño encontrar en la Argentina un juicio civil público, con declaraciones iniciales y finales, interrogatorio directo y cruzado de testigos y peritos, y la presencia de público en la sala del tribunal (HARFUCH y LLORET: 2020).

Resaltemos las líneas generales de la norma de Chaco, Argentina.

Comienza con un trámite de admisibilidad y preparación de la litigación de fuerte connotaciones adversariales y manejo judicial. Abre un procedimiento de control de la legitimación colectiva y la representatividad adecuada a cargo del Juez o Jueza con la intervención Fiscal. Articula audiencias para conformar razonablemente los frentes de la controversia, basado en las pautas tradicionales del derecho procesal civil sobre los litisconsortes, terceristas, aseguradores y demás interesados, sin llegar a habilitar la conformación de “Comités Timón”, pero otorgando facultades judiciales de concentrar en la mayor medida posible la actuación por intereses confluyentes.

Una vez determinados los polos de la controversia, realizada la secuencia del voire-

<sup>172</sup> <https://civiljuryproject.law.nyu.edu/status-of-projects/>

<sup>173</sup> <https://cejamericas.org/2021/01/08/la-provincia-argentina-de-chaco-aprueba-la-primera-ley-de-juicio-por-jurados-en-materia-civil-y-comercial-de-america-latina/>

<sup>174</sup> <http://www.juicioporjurados.org/2020/05/mendoza-el-gobernador-suarez-anuncio-la.html>

<sup>175</sup> <http://www.juicioporjurados.org/2014/12/proyecto-de-ley-de-juicio-por-jurados.html>

<sup>176</sup> <http://www.juicioporjurados.org/2019/12/chubut-sanciona-la-ley-de-juicio-por.html>

<sup>177</sup> <https://www.reporteaustral.com.ar/noticias/2019/06/06/76747-organizaciones-de-derecho-celebran-la-posibilidad-de-incluir-el-juicio-por-jurados>

dire (proceso de selección de los 12 jurados y sus suplentes -en paridad de género y étnica-, provistos desde una lista previamente sorteada de manera general, y sobre los cuales se ejercita una serie de entrevistas y recusaciones públicas) y la agenda de la controversia (estipulaciones procesales de las partes, orden de presentación de la evidencia, calendario de la audiencia, entre otros arreglos), se inicia el proceso de juicio propiamente dicho.

Previamente, el Juez o Jueza imparte las instrucciones al Jurado que deben estar revisadas y controvertidas previamente por las partes y redactadas de manera de permitir que el público en general pueda entender el significado y los fundamentos del veredicto que el jurado tiene que pronunciar en base a esas indicaciones. El plenario oral y público se lleva a cabo con las tres secuencias del sistema adversarial revisado: alegato de apertura, producción de prueba y alegatos de clausura.

El jurado rinde su veredicto según su leal saber y entender, de acuerdo con la prueba de los daños, la causación, la atribución y/o la eximición exclusivamente producida en el juicio y sin expresión de los motivos de su decisión. Las instrucciones del juez o jueza al jurado, los escritos de demanda, contestación y reconvencción de las partes y el registro íntegro y obligatorio del juicio en audio y video, constituyen plena y suficiente base para el control amplio de la decisión.

Cabe detenerse en la idea de que el juicio por jurados, de forma contundente, exige pruebas. Y que, a su vez, las críticas centrales a este tipo de proceso están dirigidas justamente al mecanismo de su valoración -que califican de intuitivo y no racional- (ver el profundo estudio de TARUFFO: 2011:312-318, 327-333).

En la litigación ambiental latinoamericana, sobre todo en la instrumentación y decisión de conflictos ambientales por la vía del amparo constitucional, los casos se fundan más en un gran esfuerzo argumental decisivo del juez o jueza profesional que en una valoración de lo acreditado por las partes. Es decir que la opción parece ser entre juicios de baja intensidad probatoria fallados con robusta justificación jurídica por los tribunales profesionales, o juicios de alta intensidad probatoria ante jurados de baja robustez valorativa. Es en realidad una falsa dicotomía.

Si el derecho es un instrumento social y dirigido a la comprensión y operación de la comunidad, sus imperativos principistas deben poseer la racionalidad suficiente para ser evaluados y aplicados por la ciudadanía.

En el derecho ambiental norteamericano, donde el principio eclipsante es el contaminador-pagador, los esfuerzos están puestos enfáticamente en el tratamiento de la evidencia, en especial en la pericial (ver al respecto el Manual de Litigación Compleja norteamericano, Fourth, § 23-23.37, Expert Scientific Evidence, p. 469-515) y los ciudadanos parecieran llevarlo a cabo con eficiencia.

En los procesos latinoamericanos, se requeriría la capacidad para la valoración de criterios como el preventivo, precautorio y pro-ambiente y los deberes de protección, que también debiera poder hacerse muy bien por los ciudadanos destinatarios, pero con el beneficio de elevar el estándar probatorio a través de la exigencia de la mayor

evidencia que exige el juicio oral y público con jurados. Mal podría traducirse con éxito la litigación argumental, doctrinaria y de precedentes escrita que se frecuente actualmente en una audiencia oral con jurados. Los ciudadanos querrán saber cuáles son las pruebas de cargo y descargo y sus consecuencias.

Además, como concluyéramos en la anterior oportunidad, debemos estudiar con seriedad la idea de una oportunidad “juradista” con los casos colectivos ambientales de Latinoamérica y El Caribe, en tanto presentan un tipo de “cultura” de litigación totalmente escapada de proceso civil tradicional por dirigirse a derechos de cuerpo privado y alma pública, dando lugar a audiencias públicas basadas en el principio participativo, con una fuerte impronta publicística de amplio acceso a la información, una flexibilidad de las formas a través de una apertura a modernas formas de trámite y con una vocación judicial de gerenciamiento del conflicto y de la solución del caso (LLORET: 2015:298).

# BIBLIOGRAFÍA

ALPA, Guido (1991) La natura giuridica del danno ambientale, 1991; citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño ambiental en el derecho privado. Editorial Rubinzal Culzoni: Santa Fe; p. 64.

ANDREWS, Neil (2003) English civil procedure. Fundamentals of the new civil justice system (New York, Oxford University Press, 2003), p. 337. citado en GARCÍA ODGERS: 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz (2013) Decisões estruturais no direito processual civil brasileira. Revista de Processo, San Pablo: Ed. RT, v. 225, año 38, 2013. p.p. 400.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO y WORLD JUSTICE PROJECT (2020) Indicadores de Gobernanza Ambiental para América Latina y el Caribe: Una evaluación de la gobernanza ambiental en la práctica en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Jamaica, Perú, República Dominicana y Uruguay; Editado por el Banco Interamericano de Desarrollo; 2020. Recuperado en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Indicadores-de-gobernanza-ambiental-para-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>

BAUTISTA ROMERO, José Juan (2009) El sistema de responsabilidad por daños al medio ambiente; en Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental, ISSN-e 1576-3196, N°. 18, 2009. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3065148&orden=225548&info=link>

BAYTELMAN, A.; DUCE, M. (2004) "Litigación penal, Juicio Oral y prueba", 1ra. Edición, Universidad Diego Portales.

BERIZONCE, Roberto Omar (2011) Los Conflictos de interés Público; Revista de Derecho Procesal; Rubinzal Culzoni Editores; Tomo 2011-2; Santa Fé: 2011

BERIZONCE, Roberto O. - MOSMANN, María Victoria (2020) Convenios y acuerdos procesales y situaciones de vulnerabilidad; RCCyC 2020 (mayo), 04/05/2020, 247;

Cita Online: AR/DOC/789/2020

BINDER, Alberto (2011) Análisis político criminal, bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2011.

BÖHMER, Martín; SALEM, Tatiana (2010) Litigio estratégico: una herramienta para que el Poder Judicial tenga voz en políticas públicas clave; CIPPEC, Documento de Políticas Públicas, Análisis N°89, Diciembre de 2010; recuperado de <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1966.pdf>

BOMFIM MARINS, Víctor A.A. (1997) Antecipacao da Tutela e Tutela Cautelar, en "Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela", obra coletiva sob a coordenação de ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, Capítulo XXIII, p. 563/7; citado en [http://justiniano.com/revista\\_doctrina/medidas\\_cautelares.htm](http://justiniano.com/revista_doctrina/medidas_cautelares.htm)

BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo (1995) La Protección Jurisdiccional de los intereses de grupo; 1ra. Ed. J. M<sup>a</sup>. Bosch Editor, Barcelona: 1995

CABRAL, Antonio (2006) Os efeitos processuais da audiência pública; Revista de Direito do Estado; N°2 (Abril-Junho 2.006) Rio do Janeiro: Renova: 2006; p.199/213

CAFFERATTA, Néstor A. (2003) Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada; DJ2002-3, 1133 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003, 673

CAFFERATTA, Néstor (2020) El debido proceso ambiental en el Acuerdo de Escazú; PULSOAMBIENTAL Revista Política y de Debate, N°14, SEPTIEMBRE 2020, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, págs. 24/25, recuperado en <https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/09/PulsoAmbiental-N%C2%BA14-Septiembre-2020.pdf>

CALAMANDREI, Piero (1945) Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares; Editorial Bibliográfica Argentina: Buenos Aires: 1945

CEJA (2019) Índice de Accesibilidad a la Información Judicial en Internet. Undécima versión. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA; Santiago de Chile: 2019; pag. 128. Recuperado de [https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5633/IACC\\_FINAL\\_agosto2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5633/IACC_FINAL_agosto2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

CELS (2008) Centro de Estudios Legales y Sociales. La lucha por el derecho. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p.17-19

CEPAL (2018) Comisión Económica para América Latina y el Caribe (), Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (LC/TS.2017/83); Naciones Unidas, 2018; p. 123

CEVASCO Luis J., CORVALÁN, Juan G. (2018) Litigios Complejos en las Américas

para analizar estas circunstancias con una mirada comparada; Investigación del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2017. Recuperado de <https://litigioscomplejos.com/presentacion/>

CEVASCO Luis J. (2017) Técnicas y habilidades en la realidad del litigio. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Buenos Aires – Ediciones SAJ. Recuperado de <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1706>

CHAYES, Abram (1976) The Role of the Judge in Public Law Litigation [El rol del juez en el litigio de interés público], 89 Harvard Law Review, 1281, 1284, 1288-89 (1976)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017) Opinión Consultiva OC-23/17 - Medio Ambiente y Derechos Humanos - 15 de Noviembre de 2017 - Solicitada por la República de Colombia (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)

COYLA, Christian José Luis (mod.) (2019) en Justicia Abierta: Reflexiones; 2019; recuperado de <https://comunidades.cepal.org/ilpes/sites/default/files/2019-01/conclusiones%20JUSTICIA%20ABIERTA.pdf> y en Justicia Abierta: un desafío para la gobernanza democrática, <https://comunidades.cepal.org/ilpes/es/grupos/discusion/justicia-abierta-un-desafio-para-la-gobernanza-democratica>

DAMASCENO DE CARVALHO, Faria, A. M., & SILVA NUNES, L. (2018). O tratamento adequado dos conflitos de interesse público no direito brasileiro. Revista De Interés Público, (2). Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/6352>

DE ARAÚJO AYALA, P. (2018) "Constitucionalismo Global Ambiental e os Direitos da Natureza" em A Ecologização do Direito Ambiental Vigente, Rupturas Necessárias, Morato Leite, J.R. (coordenador), Lumen Juris, 2018, citado por Peña Chacon, Justicia Ecológica...ob. cit.; p. 64.

DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio; DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA, Gustavo (2015) Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Revista Internacional de Derechos Humanos / ISSN 2250-5210 / 2015 Año V – N 19 0 5 ([www.revistaidh.org](http://www.revistaidh.org)) (<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34252.pdf>); con cita de la CIDH, Informe N° 84/03. Parque Natural Metropolitano de Panamá, 22 de octubre 2003; párr. 28–32.

DI PACE, M; CROJETHOVICH, Martín, A.; HERRERO, A. C. (2004) Ecología de la Ciudad, María Di Pace (dir.), 1ra. Ed., Buenos Aires: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2004; "Ecología y Ambiente", pág. 113-130.

DIDIER, Fredie Jr., ZANETI, Hermes Jr., ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael (2020) Elementos Para Uma Teoria Do Processo Estrutural Aplicada Ao Processo Civil Brasileiro; Revista de Processo; vol. 303/2020; Maio/2020; p. 45 – 81

DIXON, Lloyd, GILL, Brian (2001) Changes in the Standards for Admitting Expert Evidence in Federal Civil Cases Since the Daubert Decision; RAND Corporatio: 2001; pps. 116; [https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph\\_reports/2005/MR1439.pdf](https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph_reports/2005/MR1439.pdf)

ERRANDONEA, J. y MARTIN, A. (2015) “El acceso a la justicia en el Sistema Interamericano y su impacto en el ámbito interno”. Ahrens, p. 347

ESAÍN, José Alberto (2013) Progresividad y no regresión en el nivel de protección ambiental; en obra colectiva El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado Latinoamericano, PEÑA CHACON, Mario (coord.), 1ra. Ed. San José, C.R.: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); pp. 199-256. Disponible en web <https://maestriaderechoambientalucr.files.wordpress.com/2013/07/principio-de-no-regresic3b3n-ambiental-en-el-derecho-comparado-latinoamericano-1.pdf>

FANDIÑO CASTRO, Marco; PARRA HERRERA; Nicolás (2020) CONFERENCIAS JUDICIALES (JDR): una propuesta para la resolución de conflictos en América Latina; Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA): Santiago, Chile: 2020

FEDERAL JUDICIAL CENTER (2020) Manual for Complex Litigation, Fourth - Third printing; 2020; Sección § 10.1 (8), recuperado en [https://www.fjc.gov/sites/default/files/materials/30/Manual%20for%20Complex%20Litigation\\_Fourth%20Edition\\_Third%20Printing\\_2020.pdf](https://www.fjc.gov/sites/default/files/materials/30/Manual%20for%20Complex%20Litigation_Fourth%20Edition_Third%20Printing_2020.pdf)

FISS, Owen M.(1978) “The Civil Right Injunction”, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978, p. 7 (citado en VERBIC: 2008)

GARCÍA ODGERS, Ramón(2019). El surgimiento del judicial case management: una síntesis evolutiva del control judicial del proceso civil en Europa. Revista de estudios histórico-jurídicos, (41), 179-205. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552019000100179>

GEARY, Patrick, et al. (2009). Los derechos de los niños: Una guía sobre el litigio estratégico, Child Rigths Information Network (CRIN), Londres, 2009

GIACOSA, Natalia; LLORET, Juan Sebastián(2011)EL PRINCIPIODEPROGRESIVIDAD AMBIENTAL Y LOS HORIZONTES DE SU APLICACIÓN; Jurisprudencia Argentina – Número Especial Derecho Ambiental; Coord.: Cafferatta, Néstor A., fascículo n. 13, 28/12/2011; Págs. 36/50

GIANNINI, Leandro J. (2005) Tipología de los derechos de incidencia colectiva”, en Libro de ponencias y trabajos seleccionados del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ed. La Ley, Mendoza, 2005, pp. 40-63

(2011) TRANSACCIÓN Y MEDIACIÓN EN LOS PROCESOS COLECTIVOS (Requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase); Revista de Processo, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, n° 201, Noviembre 2011, pp. 149-199.

GIDI, Antonio (2004) Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil - Un modelo para países de derecho civil; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Doctrina Jurídica Núm. 151, (2004); pp.192

GONZALEZ BALLAR, Rafael; PEÑA CHACÓN, Mario (2015) El proceso ambiental en Costa Rica. 1ª Ed. San José, C.R.: ISOLMA.

GONZALEZ MARQUEZ, José Juan (2003) La Responsabilidad Ambiental por el Daño Ambiental en América Latina; Serie Documentos sobre Derecho Ambiental N° 12; Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), México D.F.: 2003; págs. 85 y 88. Recuperado de [http://centro.paot.org.mx/documentos/pnud/Dano\\_ambiental.pdf](http://centro.paot.org.mx/documentos/pnud/Dano_ambiental.pdf)

GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel, JIMÉNEZ, Rolando Emmanuelli (2018) Reglas de evidencia en Puerto Rico: Un análisis legal y empírico sobre su aplicación en los procesos judiciales. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA Santiago, Chile (2018)

HARFUCH; Andrés; LLORET, Juan Sebastián (2020) The Dawn of the Civil Jury in Argentina; JURY MATTERS: School of Law - New York University ; Civil Jury Project Volume: 5 | Issue 6 June – 2020. En <https://myemail.constantcontact.com/June-Newsletter-of-the-Civil-Jury-Project.html?soid=1127815376566&aid=-4ikzzRipbl>

HART, H. L. A. (2001) O Conceito de Direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001; p. 166

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DERECHO PROCESAL (2004) Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero América, aprobado en la Asamblea General del, en octubre de 2004, durante la realización de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, en Caracas, Venezuela el 28 de octubre de 2004. Recuperado de [http://www.iibdp.org/images/codigos\\_modelo/IIDP\\_Codigo\\_Modelo\\_de\\_Procesos\\_Colectivos\\_Para\\_Iberoamerica.pdf](http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.pdf)

ISSACHAROFF, S. (Reportero General) (2017) Principios del Derecho de los Procesos Colectivos, American Law Institute, Ed. UNAM, México (2014), pp. XXI-XXII (disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3734/15.pdf>, última visita el 2/1/17). (citado en VERBIC: 2017:318)

JUDICIAL CONFERENCE OF THE UNITED STATES (2010) Civil Litigation Management Manual - Second Edition; - Committee on Court Administration and Case Management; 2010; p. 118; recuperado en <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/CivLit2D.pdf>

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2006) Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA); Acad.Nac. de Derecho 2006 (julio), 02/10/2006, 1 - Acad.Nac. de Derecho 2006 (julio), 02/10/2006, 1

KISS, Alexandre y SHELTON, Dinah (2005) Judicial Handbook on Environmental. 2005. Nairobi: United Nations Environment Programme, págs. 30/31.

KREILHUBER, Arnold (dir.) (2019) Environmental Rule Of Law - First Global Report; United Nations Environment Programme (UNEP), 2019; recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1YaHtUkEW4qIHOhAZlWCggTv0P-KFHFCC/view>

LILLO L., Ricardo (2010) INFORME: BUENAS PRÁCTICAS EN EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL PODER JUDICIAL: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA); recuperado de <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3938/Informe Buenas Practicas en el uso de nuevas tecnologias en el poder judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

LLORET, Juan Sebastián (2007) Hacia una comprensión integral del Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad - Desafíos Disciplinarios y Sistémicos; en Obra Colectiva Perspectivas sobre Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad, Tomo I, I.-Lloret, Juan Sebastián, recop. II. Garros Martínez, María Cristina, recop. 1ra. Ed. Salta: Universidad Católica de Salta – EUCASA, 2007, págs. 95/189.

(2012) Reflexiones sobre el marco institucional de la acusación y el reclamo ambiental en Argentina, con miras a Rio+20; 25/06/2012, elDial.com - DC18C1

(2015) Justicia Ambiental y Jurados Populares; Publicado en Revista de Derecho Procesal Penal 2014-2 : Juicio por Jurados II /dirigido por Edgardo Donna y Ángela Ester Ledesma – 1ra. ed. – Santa Fe : Rubinzal Culzoni, 2015; pags. 257/298

(2016) Enjuiciamiento de Crímenes Ambientales en Latino América. Consultoría. Oficina para Latinoamérica y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). En alianza con la Red Latinoamericana de Ministerio Público Ambiental (RedeMPA). Ciudad de Panamá: 2016. Recuperado de [https://www.academia.edu/42288582/ESTUDIO\\_FISCALIAS\\_Enjuiciamiento\\_Ambiental\\_LatinoAmérica\\_PNUMA](https://www.academia.edu/42288582/ESTUDIO_FISCALIAS_Enjuiciamiento_Ambiental_LatinoAmérica_PNUMA) y de <https://www.redempambiental.org/Enjuiciamiento-de-Crimenes-Ambientales-en-Latino-America>

(2019) LA CONSTRUCCION DEL PROCESO CONSTITUCIONAL POR DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN ARGENTINA: HITOS JURISPRUDENCIALES DE BASE; en Obra Colectiva “Derecho Procesal Constitucional. Fragmentos y testimonios a 25 años de la reforma de la Carta Magna”, IJEditores, 15 de diciembre de 2019. Web: [https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=e14a3e1a3b6f645ac3704dd431a4b1d6&from\\_section=relacionados](https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=e14a3e1a3b6f645ac3704dd431a4b1d6&from_section=relacionados)

LORENZO, Leticia (2017) MANUAL DE LITIGACIÓN CIVIL, Centro de Estudios de

Justicia de las Américas (CEJA): Santiago de Chile, pp. 198. Recuperado de <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5594>

MARCHIORI, T. (2015). A Framework for Measuring Access to Justice Including Specific Challenges Facing Women. Recuperado de <https://rm.coe.int/1680593e83> .

MARIN, Felipe(2018) MANUAL DE LITIGACIÓN DE AUDIENCIAS ORALES EN LA NUEVA JUSTICIA CIVIL DE COSTA RICA, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA): Santiago de Chile; pp.172. Recuperado de <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5616/Manual%20de%20Litigaci%c3%b3n%20de%20Audiencias%20-%20VF%20para%20WEB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

MITIDIERO, Daniel (2015) Colaboración en el proceso civil / Presupuestos sociales, lógicos y éticos; 3ra. Ed. rev., actual. y ampliada. San Pablo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais: 2015

MORATO LEITE, José Rubens, FRANÇA DINNEBIER, Flávia(2019) Derechos de la Naturaleza: Fundamentos y Protección por el Estado Ecológico de Derecho en América Latina; (citado en Peña Chacón: 2019: 114)

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz (2009) Direito Procesal Ambiental; Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre: 2009; 616 p.

MOSMANN, Ma. Victoria; LLORET; Juan Sebastián (2007) Principio de Congruencia en materia ambiental. Breve análisis de normas nacionales y locales; en Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. Memorias. Tercero - 2004, Cuarto - 2005, Quinto - 2006;. Foro Consultivo Científico y Tecnológico: Distrito Federal de México: 2007; p 363/364. [http://www.foroconsultivo.org.mx/libros\\_editados/ambientalistas\\_3\\_4\\_5.pdf](http://www.foroconsultivo.org.mx/libros_editados/ambientalistas_3_4_5.pdf)

MOSMANN, VICTORIA (2015) Proceso y Sujetos en Situación de Vulnerabilidad - Instrumentalidad Procesal de Equiparación Subjetiva. Revista Iberamericana de Derecho Procesal – Año 1 –Vol. 2- jul.- dez- 2015; Editorial revista Dos Tribunais Thomson Reuters (2015)

NIEVA FENOLL, Jordi; FERRER BELTRAN, Jordi; GIANNIN, Leandro J.; (2019) Contra la carga de la prueba; Marcial Pons: Madrid; 2019

OZA, Lisandro (2015) Política criminal y enfoque de derechos: la incidencia de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en el ejercicio de la violencia estatal, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (U.N.L.P.), 2015, p. 282. Recuperado en [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50664/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50664/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

PADRE FRANCISCO (2015) Carta Encíclica LAUDATO SI' sobre el Cuidado de la Casa Común, del Santo Padre Francisco, CARTA ENCÍCLICA LAUDATO SI' DEL SANTO SOBRE EL CUIDADO DE LA CASA COMÚN, Dado en Roma, junto a San

Pedro, el 24 de mayo, Solemnidad de Pentecostés, del año 2015, tercero de mi Pontificado. Recuperado de [http://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_encyclica-laudato-si.html](http://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_encyclica-laudato-si.html)

PEÑA CHACÓN, Mario (2019) Justicia Ecológica del Siglo XXI; en Mario Peña Chacón (comp.), Derecho Ambiental del Siglo XXI; Editorial ISOLMA; San José - Costa Rica; 2019

PÉREZ BOHÓRQUEZ, Ana Carolina (2013) El agotamiento previo de la acción de inconstitucionalidad para acceder al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; Verba Iuris 30; Julio - diciembre 2013; Bogotá D.C. Colombia; p. 61-82

PEYRANO Jorge Walter (1995) "Lo Urgente y lo Cautelar" en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires: 1995, tomo I, pág. 899

PNUMA (2015) Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Octubre 2015; STEC; Stephen (dir.); PONER EN PRACTICA EL PRINCIPIO 10 DE RIO: Guía de implementación. Recuperado de <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/11201/UNEP%20MGSB-SGBS%20BALI%20GUIDELINES-Spanish-Interactive.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

PNUMA/ ORPALC (2008) PAPEL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN DEFENSA DEL AMBIENTE. Documento de base para el estudio, debate y desarrollo del Taller del "Primer Encuentro del Ministerio Público Fiscal Ambiental" Buenos Aires: 2008; Recuperado de <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/rol%20de%20las%20fiscalias/Conclusiones%20Taller%20Regional.pdf> y <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/rol%20de%20las%20fiscalias/El%20Papel%20del%20Ministerio%20Pulblico.pdf>

PRING, G. y C. PRING (2016), Environmental Courts and Tribunals: A Guide for Policy Makers, Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

PUGA, Mariela (2013) Litigio Estructural (Tesis Doctoral Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina); 2013. Recuperada de [https://www.researchgate.net/publication/251231477\\_LITIGIO\\_ESTRUCTURAL\\_-\\_Tesis\\_Doctoral\\_Mariela\\_Puga/link/00b7d51eef3c69135c00000/download](https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga/link/00b7d51eef3c69135c00000/download)

(2016) LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: Litigio estratégico, de impacto, complejo, de interés público, estructural... ; en Libro de ponencias del III Congreso Internacional y VI Jornadas de Administración y Justicia de la CABA, 7, 8 y 9 de noviembre de 2016, Facultad de Derecho (UBA), sobre "Procedimientos y Litigios Complejos". Recuperado de [https://www.academia.edu/30477259/Litigios\\_Complejos\\_y\\_la\\_Cuesti%C3%B3n\\_Terminol%C3%B3gica\\_pdf](https://www.academia.edu/30477259/Litigios_Complejos_y_la_Cuesti%C3%B3n_Terminol%C3%B3gica_pdf)

RÍOS LEIVA, Erick (2017) Manual de Dirección de Audiencias Civiles; Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago, Chile, 2017. 148 p.

ROCKSTRÖM, J. et al. (2009) Planetary boundaries: Exploring the safe operating space for humanity. *Ecology and Society*, v. 14, n. 2, 2009.

SABEL, C. F., SIMON, W. H., & MAMBERTI, M. E. (2018). Derechos de desestabilización: el triunfo del Litigio de Interés Público. *Revista De Interés Público*, (2). Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/6350>

SARMIENTO, Daniel (2007) La responsabilidad ambiental en perspectiva comparada. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2006. Disponible en: [http://www.danielsarmiento.es/pdf/responsabilidad\\_medioambiental.pdf](http://www.danielsarmiento.es/pdf/responsabilidad_medioambiental.pdf) y en *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*; Dimitry Berberoff (dir.), 2007, págs. 231-264

SILVA REPETTO, Rossana (2003) Prólogo, en GONZÁLEZ MÁRQUEZ: 2003:8. Recuperado de [http://centro.paot.org.mx/documentos/pnud/Dano\\_ambiental.pdf](http://centro.paot.org.mx/documentos/pnud/Dano_ambiental.pdf)

SISTI, P. L. (2018). La regresividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales como categoría sospechosa. *Revista De Interés Público*, (2). Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/6357>

SOLETO Helena; FANDIÑO Marco (2017) *MANUAL DE MEDIACIÓN CIVIL*; Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA: Santiago, Chile: 2017; p.136

SOZZO, Gonzalo (2019) *Derecho privado ambiental: el giro ecológico del derecho privado*, Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni, 2019.

STEFFEN, W. et al. (2015) Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet. *Science*, v. 347, n. 6223, 2015.

SVAMPA, Maristella y VIALE, Enrique (2014) *Maldesarrollo: La Argentina del extractivismo y el despojo*; Katz Editores: Buenos Aires; 1ra. edición, 2014

TARUFFO, Michele (2008) *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, 93-94

(2011) *La motivación de la sentencia civil*; Editorial Trotta: Madrid: 2011; pp. 414

TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H., (2002) *Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure*, Concepts and Insights series, Editor FoundationPress, 2002; p. 304

UCÍN, M. C. (2018). Presentación de la Revista de Interés Público (REDIP). *Revista De Interés Público*, (1). Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/6328>

UICN (2016) *Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental*, adoptada en el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, en Río de Janeiro, Brasil,

del 26 al 29 de Abril de 2016. Recuperado de [https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/spanish\\_declaracion\\_mundial\\_de\\_la\\_uicn\\_acerca\\_del\\_estado\\_de\\_derecho\\_en\\_materia\\_ambiental\\_final.pdf](https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/spanish_declaracion_mundial_de_la_uicn_acerca_del_estado_de_derecho_en_materia_ambiental_final.pdf)

VERBIC, Francisco (2008) El caso “Mendoza” y la implementación de la sentencia colectiva. Revista Jurisprudencia Argentina, 2008-IV, fascículo 5. Suplemento Corte Suprema de Justicia de la Nación, Octubre/2008

(2014) Un nuevo proceso para conflictos de interés público; LA LEY 12/11/2014, 12/11/2014, 1

(2017) MANUAL DE INTRODUCCIÓN A LOS PROCESOS COLECTIVOS Y LAS ACCIONES DE CLASE en obra colectiva DIÁLOGO MULTIDISCIPLINARIO SOBRE LA NUEVA JUSTICIA CIVIL DE LATINOAMÉRICA; FANDIÑO, M. – GONZALEZ, L. (dir.); Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago, Chile; pp. 219-366. Recuperado de <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5610/3%20-%20Di%C3%A1logo%20multidisciplinario%20sobre%20la%20nueva%20justicia%20civil%20-%20VERSI%C3%93N%20DEFINITIVA.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

VERNETTI, Ana María y OVIEDO, Claudia Luján (2013) Ordenamiento territorial, gestión territorial y gobernanza. Instrumentos de gestión sustentable. Revista Proyección, N° 14, Instituto CIFOT. Vol. VIII – junio 2013, 206 páginas -pp.15 – ISN: 1852-0006, Recuperado [https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos\\_digitales/12728/revistaproyeccion14.pdf](https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/12728/revistaproyeccion14.pdf)

VILLADIEGO BURBANO, Carolina (2015) Los Sistemas de Justicia No Penal en América Latina: Estructura e Información de la Justicia Civil-Mercantil, Laboral, de Familia y Contencioso Administrativa (CEJA); 2015. Recuperado en <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1198>

VILLARREAL, Marta (2007) El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público; p.13-26; en obra colectiva EL LITIGIO ESTRATÉGICO EN MÉXICO: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico Experiencias de la sociedad civil; Fabián Sánchez Matus (coord.); Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH): Distrito Federal: 2007; pp. 249

VITORELLI, E. (2020). Tipología dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. Revista De Interés Público, (4). Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/9955>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2012) La Pachamama y el Humano, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires: 2012.



---



**E**l Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, ha acompañado los procesos de reforma procesal en América Latina en el transcurso de los últimos veinte años. Se trata de un camino que avanza rápidamente, más allá de la justicia penal, ya que se han dado reformas muy profundas en los sistemas procesales civiles. Ambos procesos son clave para la configuración de un sistema eficiente y democrático de gestión de la conflictividad.

Con la finalidad de entregar herramientas para la litigación civil oral compleja en casos medioambientales presentamos este manual elaborado por Juan Sebastián Lloret, el cual se integra como la cuarta publicación de la colección “Sistema Adversarial Civil”. A través de esta obra se busca entregar herramientas que permitan enfrentar aquellos conflictos que involucran a un gran número de personas, concibiendo normas especiales de gestión del conflicto y de resguardo de garantías procesales, así como nuevas técnicas de litigación que permitan enfrentar los desafíos de este tipo de conflictos.

Este trabajo se desarrolla en el marco del proyecto “Mejorando el acceso a la justicia en América Latina”, desarrollado por el CEJA y financiado por la agencia de cooperación internacional: Global Affairs Canada.