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

INFORME DE MEDIOAMBIENTE

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

AUTORES Y AUTORAS DE INVESTIGACIONES
INFORME MEDIOAMBIENTE
Soledad García Muñoz ©
Pablo Octavio Cabral ©
Alejandro Bérgamo ©
Facundo Cattaneo ©
Hernán Rolando Medina ©
Charles Sabel ©
María Emilia Mamberti ©
Ana Timm ©
Alejandra Donoso ©
Ximena Sierra-Camargo ©
María Lucía Torres-Villarreal ©
Lina Muñoz-Avila ©
Paola Marcela Iregui-Parra ©
Anamaría Sánchez-Quintero ©
Camila Zuluaga-Hoyos ©
Andrés Martínez Moscoso ©
Adriana Abril Ortiz ©
Francisco Bermeo Cabrera ©
Horacio Javier Etchichury ©

COORDINADOR
Gonzalo Fibla

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN
Cipod

Registro de Propiedad Intelectual:
ISBN: 978-956-8491-69-7

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

EDICIÓN DE TEXTOS
Arlette Riquelme - Emerson Valenzuela

DISEÑO DE PORTADA
Camila Fisher

Año: 2019

Distribución gratuita

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

INFORME DE MEDIOAMBIENTE

PROYECTO

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

EQUIPO GIZ - DIRAJus

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

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

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

ASESORÍA EXPERTA

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

Contenido

Prólogo **7**

Presentación de la publicación **9**

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el sistema interamericano desde la perspectiva de la relatoría especial sobre DESCA de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): la evolución de su protección, la situación actual y el acceso a la justicia. SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ **13**

Los derechos a una vivienda digna y a la salud en contextos sociales y económicos de exclusión. El caso de los habitantes del Barrio Alegre en el gran La Plata, Argentina. PABLO OCTAVIO CABRAL **33**

Recomposición ambiental en el marco de un proceso colectivo, basado en oralidad e inmediación. ALEJANDRO BÉRGAMO Y FACUNDO CATTANEO **57**

Barrick y sus laberintos. Dos formas de escapar a procesos. HERNÁN ROLANDO MEDINA **73**

Participación, colaboración y coordinación para ejecutar sentencias estructurales: la arista inexplorada de un conocido litigio ambiental. CHARLES SABEL Y MARÍA EMILIA MAMBERTI **91**

Exigibilidad y justiciabilidad del derecho a vivir en un medio ambiente sano en el caso de Quintero-Puchuncaví. ANA TIMM Y ALEJANDRA DONOSO **111**

El conflicto entre la justiciabilidad de los DESCA en Colombia y el derecho internacional de inversiones: el caso del parque natural Yaigojé Apaporis. XIMENA SIERRA-CAMARGO **135**

La protección del ambiente mediante el litigio estratégico: la experiencia del grupo de acciones públicas (gap) en la defensa de la reserva de biosfera seaflower. MARÍA LUCÍA TORRES-VILLARREAL, LINA MUÑOZ-AVILA, PAOLA MARCELA IREGUI-PARRA, ANAMARÍA SÁNCHEZ-QUINTERO Y CAMILA ZULUAGA-HOYOS **161**

El acceso a la justicia de los pueblos y nacionalidades indígenas al derecho del medio ambiente sano en Ecuador. Caso Río Blanco. ANDRÉS MARTÍNEZ MOSCOSO, ADRIANA ABRIL ORTIZ Y FRANCISCO BERMEO CABRERA **181**

Resistir, recomponer, avanzar: ocho casos sobre el derecho a un ambiente sano. HORACIO JAVIER ETCHICHURY **207**

Prólogo

En el año 2015, los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas aprobaron la Agenda 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que constituyen un enfoque integrado para abordar los desafíos del desarrollo inclusivo. "No dejar a nadie atrás" es uno de sus principios lemas. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estableció en 2016 el Foro de los Países de América Latina y el Caribe sobre el Desarrollo Sostenible para dar un seguimiento específicamente al desarrollo inclusivo en la región latinoamericana. Durante su encuentro cuatrienal en Abril 2019, este Foro constató que la región sigue siendo una de las más desiguales. Ello se pone de manifiesto no solamente en las elevadas disparidades en la distribución del ingreso, sino también en múltiples brechas en los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) se encuentran regulados tanto al nivel universal, como interamericano y nacional. Al nivel universal, en 1966, se promulgaron los DESC mediante la ratificación que la Asamblea General de las Naciones Unidas hizo de los dos pactos básicos de Derechos Humanos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. Posteriormente, en 1968, al nivel interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó y abrió a ratificación la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); y finalmente, se adiciona a esta Convención, en 1988, el Protocolo de San Salvador (PSS) que complementa los DESC por el derecho a un medio ambiente sano.

¿Cuánto de este impresionante paquete de DESCA del Derecho Internacional Público ha sido reconocido por los países latinoamericanos? No siendo aquí el lugar apropiado para dar una respuesta detallada se puede constatar que, fuera de Cuba, todos los países de América Latina y el Caribe han ratificado el PIDESC, pero que sólo 16 de los 34 países de la OEA han ratificado el Protocolo de San Salvador. Más allá, los 25 Estados Parte de la CADH se han comprometido a "adoptar providencias (…) para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA (…) por vía legislativa u otros medios apropiados" (Art.26 CADH). Y, en efecto, a partir de los años 90 del siglo pasado muchos de los DESCA han sido incluidos en las nuevas Constituciones de los países latinoamericanos. En esta línea algunas califican al Estado respectivo como Estado Social de Derecho.

¿Qué es un Estado Social de Derecho? En términos muy generales, es uno que garantiza un nivel de vida justo para todos sus habitantes y mitiga los riesgos sociales a través de los DESCA y apoya a grupos desfavorecidos, no por misericordia sino por sus obligaciones legales o contractuales. Los beneficios no se otorgan de forma discrecional. Más bien, las personas son titulares de derechos y, en consecuencia, pueden reclamar sus beneficios frente a la Justicia.

Surge entonces la pregunta si la ratificación de los DESCA y su anclaje en las respectivas Constituciones justifica calificar el modelo estatal en América Latina efectivamente como basado en Estados Sociales de Derecho. ¿Están dirigidas las instituciones estatales a cumplir efectivamente con los DESCA para beneficio de los ciudadanos? ¿Las personas son titulares de sus derechos y, en consecuencia, pueden hacer valer sus derechos vía el poder judicial en caso de incumplimiento o vulneración por estas instituciones?

El proyecto "Derecho Internacional Regional y Acceso a la Justicia – DIRAJus" de la cooperación alemana/GIZ parte del entendimiento común de que un acceso efectivo a la

justicia es importante para el goce de los derechos fundamentales. Ello vale también para los DESCA cuando las intervenciones sociales de las instituciones estatales no los garantizan. En estos casos, las decisiones y acciones judiciales deberán promover e impulsar la interpretación judicial de los DESCA, convirtiéndose en determinantes para la ruta recorrida por las políticas públicas. Así ellas contribuirán también a la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

En el año 2016, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el proyecto DIRAJus realizaron una primera Convocatoria para estudiar con profundidad los desafíos actuales que enfrenta la plena aplicación del derecho de acceso a la justicia. Ella culminó con una publicación conjunta sobre el tema. En ella se detallan los múltiples obstáculos que enfrenta la efectiva materialización de este derecho. En el campo teórico, pero también material, los grandes ausentes que explican las carencias pareciera ser el reconocimiento y comprensión de los derechos subjetivos de las personas. En esencia, estos son la expresión de la capacidad de los individuos para expresarse frente a la comunidad y, especialmente, al Estado, para manifestarse como tales contra la no integración, exclusión, discriminación etc.

En un segundo llamado, CEJA y el proyecto DIRAJus realizamos a comienzos del año 2019 una Convocatoria de juristas y abogados, estudiosos y activistas de los DESCA en la región de la CADH y del PSS, para iniciar un diálogo regional sobre experiencias respecto del rol del poder judicial en la materialización de estos derechos en sus respectivos países. Se presentaron más de 70 propuestas de trabajos a la Convocatoria, de los cuales se seleccionaron 20 para su elaboración detallada.

Los trabajos presentados a la Convocatoria CEJA/DIRAJUS sobre DESCA que se encuentran publicados en este libro están dirigidos a analizar situaciones, desarrollos, lugares y formas específicas de su afectación. Se trata de discutir donde y porqué, con qué efectos y por quienes estos derechos son puestos en duda o negados. Y discutir cómo mejorar su "efectivización" o materialización. Los trabajos y los resúmenes elaborados por los expertos muestran que la necesidad de defender los DESCA frente al Estado mediante la Justicia resulta estar llena de contradicciones y obstáculos. De allí que, en resumen, su impacto en la vida real de las naciones y el bienestar individual de sus habitantes muchas veces quede en entredicho.

Tanto la colección tan variada de trabajos sobre DESCA como los resúmenes de los expertos que acompañaron su elaboración constituyen un rico material de análisis. Procesarlo requiere todavía una mayor consideración del debate universal sobre derechos humanos y específicamente DESCA, y de sus expresiones locales, que aquel a los que los autores han podido recurrir y/o utilizar para sus propios trabajos. Ello se debe a la complejidad de la materia y el poco tiempo disponible para su procesamiento. Es el inicio del debate. Ha comenzado bien y de continuar promete mucho.

Corresponde agradecer al Director Ejecutivo de CEJA, Jaime Arrellano, como al Director de Estudios y Proyectos, Marco Fandiño y al equipo de CEJA conformado por Gonzalo Fibla, Ananías Reyes y Alejandra Bocardo tanto por su confianza en la cooperación con el proyecto DIRAJus como por la ejecución de la Convocatoria. Agradezco también al equipo de asesores académicos de DIRAJus conformado por Walter Albán, Manuel Jacques y Alexander Schubert. Continuar la reflexión iniciada sobre el rol de los DESCA como derechos esenciales en América Latina y el rol de la Justicia en su reconocimiento pleno seguirá constituyendo un gran desafío.

Dr. iur. Helen Ahrens
Directora del proyecto DIRAJus

Presentación de la publicación

1. INTRODUCCIÓN

En el marco del proyecto "*Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina y el Caribe*" el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el proyecto DIRAJus de la Agencia de Cooperación Alemana GIZ realizaron un llamado abierto orientado al desarrollo de estudios de caso en la región. Esta invitación estuvo dirigida a profesionales, especialistas, academia, grupos, instituciones y organizaciones activas en la promoción y defensa de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) de América Latina y el Caribe.

El foco del llamado estuvo dado en la exigibilidad y justiciabilidad de los DESCA. La convocatoria retoma una cuestión que se desprende del Preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"):

> *"(…) la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros (…)".*

Desde la exigencia de una tutela efectiva y partiendo del hecho que el Protocolo se dirige al Estado en su conjunto, surge una pregunta central: ¿en qué medida han contribuido los sistemas judiciales a asegurar que los beneficios de la proclamación de los DESCA alcancen a toda la población de los respectivos países, garantizando su plena exigibilidad y justiciabilidad? En este contexto, CEJA y el proyecto DIRAJus, convocaron a iniciar un diálogo regional respecto del rol de la Justicia en la materialización de estos derechos. Para ello se partió del relato de una situación específica de afectación, violación o reconocimiento total o parcial de uno o más DESCA (conflictos concretos en los que los autores y autoras hayan trabajado o conozcan), especificando cómo surgió el conflicto, de qué manera se lo identificó y cuáles son las causas a las que responden; los intereses en juego; las estrategias, actividades y acciones de abordaje y articulación con actores sociales; la construcción del conflicto en caso judicial y su institucionalización; las limitaciones y externalidades que explican y rodean la causa judicial, su procesamiento y resultado; y, los demás elementos esenciales o accesorios, estructurales o contingentes, que hayan condicionado o posibilitado en el caso en concreto, la exigibilidad y justiciabilidad de los DESCA en cuestión.

El propósito de iniciar este diálogo fue también el de reunir distintas experiencias en varios países de la región, posibilitando una reflexión sustantiva sobre la cuestión de los DESCA en una dimensión que trascienda la perspectiva local y permita un análisis comparado a nivel regional. Así, fruto de este llamado abierto y plural se recibieron más de 60 propuestas de investigación. En la primera fase del proyecto se seleccionaron 20 de ellas para continuar con un intenso trabajo de seguimiento. En el proceso de acompañamiento de los trabajos

participó el CEJA y la agencia GIZ. Además, se contó con la asesoría técnica de Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba), Viviana Krsticevic (CEJIL) y Soledad García Muñoz (REDESCA – Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

El proceso de pesquisa culminó con 19 trabajos finales que se compilan en esta publicación compuesta de tres volúmenes y que constituyen un aporte a la reflexión teórica y práctica de los DESCA en América Latina. Se suman a estos estudios locales tres informes reflexivos. El primero de ellos fue realizado por Horacio Etchichury y aborda la situación de la justiciabilidad del derecho al medioambiente. El segundo se aboca al derecho a la salud y a la alimentación y fue elaborado por Alejandra Bocardo, Gonzalo Fibla y Ananías Reyes de CEJA. El tercer informe global fue preparado por Viviana Krsticevic y ahonda en algunos desafíos del derecho al trabajo, seguridad social y educación. Por su lado, la Relatora Especial DESCA Soledad García Muñoz plantea en un informe global algunas líneas de trabajo y horizontes de la agenda regional en la materia y que sirve de punto de partida a la reflexión.

2. METODOLOGÍA DE LAS INVESTIGACIONES

Investigaciones locales

La selección de los casos, así como el objetivo de estudio fue delimitado por los propios autores y autoras, teniendo en consideración la relevancia de la temática para los derechos humanos en sus respectivos países y la contingencia de los conflictos y/o afectaciones a los DESCA. El enfoque metodológico, así como las técnicas a utilizar, se ajustaron de acuerdo a las necesidades de los propios proyectos de investigación.

Sin perjuicio de las particularidades de cada caso, los trabajos responden a la identificación de cuatro grandes momentos o dimensiones que fueron propuestas como criterios rectores que debieron ser abordados con diversos niveles de intensidad de acuerdo a cada proyecto de investigación.

Primera Dimensión	*Trayecto inicial de la resolución del conflicto* Esta parte de la investigación se refiere al conjunto de sucesos, acciones o hechos que conforman la ruta del caso estudiado para hacerlo exigible y/o justiciable. Se refiere al contexto político, social y cultural en el cual el conflicto emerge y cómo se desarrolla previo al ingreso al sistema de justicia u otra instancia estatal. Del mismo modo, se debe aludir al contexto normativo y cómo eventualmente el mismo influye en el conflicto. Además, se debe referir a cómo se delimita e identifica el conflicto, así como también se espera aportar información sobre la estrategia utilizada para hacer exigible y/o justiciable el DESCA en juego. Finalmente, es necesario desarrollar cuáles son las respuestas estatales frente al conflicto. Debe conformarse por dos aspectos: a) Surgimiento del conflicto, proceso de identificación como conflicto justiciable vinculado a la vulneración de DESCA, y proceso de definición de estrategia de exigibilidad o justiciabilidad implementada en el caso. Indicar el tipo de obligación del Estado infringida (respetar, proteger y realizar). b) Primeros pasos del caso, respuestas estatales –de instancias administrativos y/o jurisdiccionales–, obstáculos normativos y/o operativos en el transcurso del ingreso al sistema de justicia.

Segunda Dimensión	*Ingreso al aparato judicial y proceso* Esta parte de la investigación se refiere al ingreso del conflicto de DESCA a la jurisdicción. Resulta relevante en este punto indagar en cómo son los requisitos formales y/o sustanciales que facilitan –o dificultan– la justiciabilidad de los derechos; por ejemplo, plazos, requisitos de admisibilidad, procesos, etapas, acciones, etc. vistos siempre desde una perspectiva crítica sobre cómo ellos pueden impactar la vigencia de los DESCA. Además, es especialmente relevante el tema de los plazos y tiempo de duración de los procesos y en qué medida esto puede afectar en los DESCA de las personas involucradas.
Tercera Dimensión	*Respuesta jurisdiccional* Esta parte de la investigación se debe hacer cargo del contenido de la sentencia que resuelve el conflicto. En concreto, debe analizar la decisión, el cómo reconoce o no los DESCA, cómo aplica los estándares internacionales –y, en particular el Protocolo de San Salvador–, la realización del control de convencionalidad, entre otros. Se debe analizar críticamente la calidad del proceso analítico de la judicatura, teniendo especial atención a que se trata de un caso de DESCA. Asimismo, debe ahondar en cómo la sentencia sirve para la delimitación del contenido esencial del DESCA en juego, así como su titularidad. Debe existir un análisis crítico respecto a la eficacia de las garantías que permiten hacerlo justiciable. Por otro lado, debe identificarse si en la sentencia se realiza un llamado a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.
Cuarta Dimensión	*Cumplimiento de la resolución* Esta parte de la investigación debe abocarse a las consecuencias que trae consigo lo resuelto. Es decir, en cómo hacer operativo lo declarado en la sentencia y los mecanismos de que dispone la jurisdicción para ello. Se debe contrastar de modo crítico lo declarado en la sentencia en materia de DESCA con aquello que ocurre en la práctica. Posibles preguntas asociadas con esta etapa son la relación con la dictación de posterior política pública, los efectos particulares o generales de la sentencia, la judicialización de casos similares en tiempo posterior, el carácter de leading case del caso analizado, etc.

Con todo, cabe destacar que no necesariamente todos los trabajos abordan cada una de las mencionadas dimensiones o profundizan en el mismo nivel cada una de ellas. Estas dimensiones se plantearon como una propuesta para ordenar el análisis del caso de DESCA y valorar a través de este marco la afectación al derecho o derechos del caso objeto de estudio. También permite construir un marco base para comparar los casos surgidos en diversos contextos nacionales y en los cuales hay diversos derechos involucrados.

Los casos priorizaron un enfoque cualitativo o predominantemente cualitativo.

3. LIMITACIONES Y FORTALEZAS

La presente publicación posee tanto fortalezas como limitaciones.

Entre las limitaciones podemos señalar la propia metodología empleada. Las investigaciones locales parten de una idea de estudio de caso, es decir, se representa a través de un caso ejemplificador o de especial interés el camino de exigibilidad o justiciabilidad de los DESCA. Ello lleva a que las reflexiones emerjan desde los estudios de caso surjan desde lo particular, de manera descriptiva e inductiva. Las conclusiones y proyecciones que se

derivan de estos estudios no permiten revelar tendencias absolutas en la materia, sino que abren la discusión a áreas especialmente conflictivas y que requieren de otras investigaciones que las complementen. Cabe ser señalado que los casos no abordan necesariamente aspectos estructurales que explican las circunstancias en donde emergen las vulneraciones de los derechos, sin perjuicio de que en alguno de ellos se identifican estas circunstancias –legales, sociales, culturales o fácticas– como definitorias en la afectación o vulneración de los mismos.

A pesar de las limitaciones descritas, los trabajos resultan útiles para obtener un reflejo fidedigno del estado de situación de la región. Ello considerando que es poca la información sobre las dinámicas de interacción que hay entre las instituciones públicas involucradas y los caminos que siguen los casos de DESCA al interior del sistema de justicia. Además, plantea la posibilidad de abordar los conflictos y vulneraciones de los DESCA desde una perspectiva que va más allá de lo meramente normativo, sino que desde un enfoque social y contextuado. Así, a través de los estudios de caso es posible detectar el camino de una vulneración mediante una estrategia de justiciabilidad o de exigibilidad de manera descriptiva y particularista, integrando en el análisis los movimientos sociales, las organizaciones de la sociedad civil, la academia y la clínica jurídica. Esta fortaleza lleva a obtener información de suma importancia para decisiones de políticas públicas, pues describen las dinámicas de poder que subyacen a las violaciones a los derechos humanos; o bien describen aquellas circunstancias del contexto que influyen ostensiblemente en cómo se exigen y hacen justiciables los DESCA.

Investigaciones globales

Se decidió agrupar en tres grandes grupos los 19 estudios locales, atendiendo a los derechos conculcados en los conflictos: medioambiente; salud y alimentación; y trabajo, seguridad social y educación. Estos tres trabajos implican un análisis global u holístico que busca complementar los hallazgos y reflexiones locales. Por consiguiente, se desarrollaron tres estudios globales que abordan de manera holística los elementos identificados del análisis transversal de los trabajos que componen cada uno de estos grupos.

A efectos de dar continuidad a las dimensiones presentes en los estudios de caso, se continuó con la identificación de las cuatro dimensiones en estos trabajos globales. Adicionalmente, se incluyen otras reflexiones que emergen a propósito de los estudios y de tendencias identificadas. Por ejemplo, se incluyen reflexiones sobre el rol de la judicatura y los movimientos sociales en la exigibilidad y justiciabilidad de los casos de derechos humanos; el papel de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos en la determinación de los DESCA; el litigio estratégico; derechos humanos y empresas; entre otros.

4. ESTRUCTURA DE LA PUBLICACIÓN

Tal como fue indicado anteriormente, la publicación se divide en tres volúmenes o informes temáticos:

1. Informe de Medioambiente
2. Informe de Salud y Alimentación
3. Informe de Trabajo, Seguridad Social y Educación

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el Sistema Interamericano desde la perspectiva de la relatoría especial sobre DESCA de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): la evolución de su protección, la situación actual y el acceso a la justicia

SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ[1]

1 Este documento de carácter académico ha sido elaborado por la REDESCA de la CIDH en el marco del proyecto diálogo regional sobre el rol de los sistemas jurisdiccionales en la materialización de los DESCA conducido por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el proyecto DIRAJus de la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ). La Relatora Especial sobre DESCA Soledad García Muñoz, deja constancia de su agradecimiento a dichas instituciones por su invitación a participar en dicho proyecto. Igualmente, subraya y agradece el destacado desempeño de Renan Bernardi Kalil, personal asociado de REDESCA, en las tareas desarrolladas bajo su supervisión por el mandato en relación con dicho proyecto, entre ellas la de redacción del presente documento*

1. INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, "Sistema Interamericano" o "SIDH") ha avanzado en las últimas décadas en el reconocimiento y la institucionalización de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante, "DESCA") en el continente americano. En este sentido, tuvo gran relevancia la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, "Declaración Americana") en desarrollo de las normas sobre derechos humanos contenidas en la propia carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como la inclusión del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "CADH", "Convención" o "Convención Americana") relativo al Desarrollo Progresivo de los DESC, o la posterior adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, "Protocolo de San Salvador").

El presente documento, ha sido elaborado como aporte de tipo académico al proyecto de diálogo regional sobre el rol de los sistemas jurisdiccionales en la materialización de los DESCA, conducido por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas y el proyecto DIRAJus, el cual tiene el objetivo de presentar la evolución de la protección y tutela de los DESCA en el Sistema Interamericano, ofrecer algunos elementos de análisis general sobre la situación de los DESCA en el hemisferio y los principales estándares interamericanos sobre acceso a la justicia en materia DESCA. Cabe subrayar la importancia del mencionado proyecto para visibilizar las experiencias de exigibilidad y justiciabilidad en los sistemas nacionales, así como la oportunidad que representa para la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante, "REDESCA" o "Relatoría Especial DESCA") en el ánimo de ampliar sus alianzas estratégicas y promover los DESCA, como el conocimiento del mandato en la región. Este documento refleja fundamentalmente la perspectiva y los aportes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH", "Comisión" o "Comisión Interamericana") como de su REDESCA en la materia. Es una contribución que debe ser ampliamente visibilizada, siendo la Comisión el órgano principal de la OEA para la promoción y protección de los derechos humanos en los 35 países que integran la Organización, la perspectiva y desarrollos de la CIDH junto con su REDESCA. Se trata de un aporte desde luego complementario de los que lleva adelante la Corte Interamericana, como el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador –del cual la REDESCA hace parte– y otros espacios de la OEA que tienen competencias en materias relacionadas con los DESCA.

En la primera parte presentamos el desarrollo institucional de la tutela de los DESCA en el ámbito da la Comisión Interamericana. Así, exponemos la creación de la Unidad DESC como un paso importante en la institucionalización de los DESCA en la CIDH, el involucramiento de los países y de la sociedad civil en este proceso, la decisión de la CIDH de fundar la Relatoría Especial DESCA y los logros obtenidos por la REDESCA desde su creación.

En la segunda parte abordamos un análisis general sobre la situación de los DESCA en las Américas y exponemos algunas de las preocupaciones del mandato a partir de información recibida durante visitas de país junto con la CIDH, como de las investigaciones realizadas de oficio, los insumos provenientes de los diferentes mecanismos a través de los cuales la CIDH ha dado seguimiento a la situación de los países –tales como audiencias públicas, visitas temáticas, solicitudes de información bajo el artículo 41 de la Convención Americana o artículo 18 de su reglamento y medidas cautelares–. También son fuentes relevantes para el mandato las decisiones y recomendaciones de organismos internacionales especializados, los informes del Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador, informes de organizaciones de la sociedad civil o medios de comunicación.

En la tercera parte, presentamos las principales líneas establecidas por el Sistema Interamericano en su rol esencial de asegurar el derecho de acceder a la justicia, lo cual se configura como una garantía fundamental y como un mecanismo para el reconocimiento y aplicación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Por fin, exponemos nuestras principales conclusiones en relación con los DESCA en las Américas y el acceso a la justicia.

Las fuentes principales de este documento provienen de los trabajos de la Comisión y su REDESCA, como de otros órganos interamericanos.

2. LOS DESCA EN LA CIDH: LA CREACIÓN DE LA REDESCA Y SU APORTE AL SISTEMA INTERAMERICANO

La CIDH ha identificado en la última década destacados logros y avances en la región en materia de derechos sociales y ambientales, que permitieron a grandes sectores de la población salir de la pobreza y de la pobreza extrema, resulta especialmente preocupante para la REDESCA identificar que algunos de estos logros se encuentren hoy en serio riesgo de retroceso a nivel regional. Por otro lado, llevar este tema a debate es importante para reafirmar la universalidad, progresividad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos, así como la relevancia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales para disminuir la pobreza y la desigualdad en las Américas.

La CIDH ha trabajado durante décadas en el respeto y garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la región. En 2012, la Comisión creó una Unidad sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la Unidad DESC.

Entre sus actividades, destacó el hecho que la Unidad DESC realizase un proceso de consultas regionales sobre la situación de los DESCA, que tuvieron lugar en Argentina, Colombia, Brasil, Costa Rica, Estados Unidos, Jamaica y México. La finalidad de dicho proceso fue recabar información sobre las prioridades temáticas identificadas en las subregiones para abordar el trabajo sobre DESCA. Con apoyo de dicha unidad, la CIDH también ha elaborado un informe sobre "Acceso al Agua en las Américas: Una Aproximación al Derecho Humano al Agua en el Sistema Interamericano" incluido en su informe anual de 2015.

Asimismo, la Unidad DESC ha expresado su beneplácito por haber cumplido con su cometido inicial, prioritario y determinante como lo fue la plena institucionalización de los DESCA en el Sistema Interamericano de derechos humanos con la constitución efectiva de la Relatoría Especial en la materia y la publicación del informe sobre "Pobreza y Derechos Humanos" a poco de creado dicho mandato.

Además, la CIDH es parte del Grupo de Trabajo encargado de analizar los informes periódicos de los Estados partes del Protocolo de San Salvador. Hasta la creación de la Relatoría Especial DESCA hubo comisionados y comisionadas que lo integraron. Después, por decisión unánime de la CIDH, la Relatora Especial DESCA resultó designada para integrar dicho Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador de la OEA, funciones que empezó a desempeñar oficialmente durante el mes de julio de 2017.

El Protocolo ha sido ratificado por 16 países del continente. El Protocolo de San Salvador reconoce el derecho al trabajo, a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, los derechos sindicales, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, a un medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación, y a los beneficios de la cultura, entre otros. Este instrumento fue adoptado en 1988, y el texto se basó en un borrador preparado por la CIDH.

En la apuesta de la CIDH a profundizar el trabajo en materia DESCA, las numerosas demandas de organizaciones de la sociedad civil y también de varios Estados de la región en el marco del denominado proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano, la Comisión decidió crear una Relatoría Especial para estos derechos en 2014.

Asimismo, en función de las consultas realizadas para elaborar su Plan Estratégico, la CIDH decidió incorporar los temas ambientales como una de las áreas de trabajo de la nueva Relatoría Especial. Por un lado, con el objeto de buscar responder al progresivo y cada vez más importante foco de atención sobre la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, y por el otro para desarrollar integral y coherentemente los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano en los que existe una vinculación de los temas ambientales y la garantía de los derechos humanos. Además, dicha integración pone de relevancia la situación que grupos históricamente discriminados y excluidos padecen como consecuencia de desastres naturales, el cambio climático y la contaminación del suelo, el agua y el aire (CIDH, 2017b).

Identificados los recursos mínimos necesarios para su puesta en funcionamiento, en 2017 la Comisión abrió la convocatoria a un concurso público para el cargo de Relatora sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. La Relatora Especial DESCA es la responsable de apoyar a la CIDH en el cumplimiento de su mandato de promoción y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en las Américas.

Con la creación de la Relatoría Especial DESCA, la Comisión Interamericana busca fortalecer y profundizar su trabajo de defensa y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. No hay dudas que este es un paso de gran trascendencia en la historia de la CIDH y de los derechos humanos en la región.

Además, la creación de la REDESCA es resultado del esfuerzo de numerables activistas y organizaciones sociales, coincidiendo también con una aspiración de los Estados de la región. En efecto, se trataba de un tema pendiente hace tiempo para el Sistema Interamericano de Derechos humanos lograr un mejor equilibrio de los mandatos temáticos de la CIDH, enfocando su labor de promoción y protección en todos los derechos humanos sin jerarquizar los de tipo civil y político o limitar la protección de los DESCA a través de un enfoque indirecto. A partir de este paso, la CIDH está avanzando hacia la promoción y protección de manera directa de los DESCA y aportando a la construcción de nuevos estándares interamericanos, lo que permite actualizar la agenda temática de la Comisión, como también ampliar su alcance, impacto y base social.

Desde su incorporación a la CIDH, la REDESCA ha comenzado a trabajar con el sistema de peticiones y casos. Tras sus reuniones iniciales con los equipos de medidas cautelares, de admisibilidad, de protección y corte, la REDESCA ha comenzado a brindar sus aportes especializados a dichos equipos y se encuentra abocada a la realización de un diagnóstico constante de litigio DESCA para identificar aquellos relacionados con la agenda estratégica para el fortalecimiento y ampliación de los estándares de la CIDH en la materia. En igual sentido, la Relatora se ha reunido con peticionarios/as y representantes de visita en la CIDH o en visitas de país o durante los periodos de sesiones, dando sus insumos durante el proceso de registro, estudio de solicitudes de medidas cautelares e informes de admisibilidad de peticiones y casos en trámite ante la CIDH.

Asimismo, a partir de la puesta en marcha de su REDESCA, la CIDH viene dando mayor tratamiento al artículo 26 de la CADH mediante la admisibilidad en peticiones que involucran derechos sociales o ambientales. Lo mismo ha ocurrido con su tratamiento en fase de fondo, en donde con apoyo de su REDESCA, la CIDH ha desarrollado importantes estándares para los DESCA o para la cuestión de empresas y derechos humanos, enmarcados en los hechos materia de litigio. Al respecto, puede subrayarse el caso 12.428, *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares versus Brasil*, el cual involucra temas como seguridad en el trabajo, trabajo infantil y la obligación del Estado de supervisar

actividades empresariales peligrosas. Dicho asunto se encuentra sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte", "Corte IDH" o "Corte Interamericana") desde septiembre de 2018.

También, con el apoyo de la REDESCA se han logrado desarrollar nuevos estándares en relación con derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a causa de la conexidad con los derechos civiles y políticos. De esta forma, la CIDH está mejorando su capacidad de respuesta frente a los grandes retos de derechos sociales y ambientales que afectan a los/las habitantes de América. En este sentido, la CIDH y su REDESCA sometieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva. Mediante esta solicitud, se pretende obtener una interpretación conjunta de varias normas interamericanas claves sobre las obligaciones de los Estados en relación al ejercicio de la libertad sindical, y la negociación colectiva y huelga como parte de esta, en tanto catalizadores para la protección de derechos laborales, así como de la interpretación de estas normas desde un enfoque de género (CIDH, 2019a).

La CIDH y su REDESCA tienen el compromiso de colaborar con los Estados Miembros para la construcción e implementación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos para garantizar la vida digna de las personas que viven en situación de pobreza y lograr, progresivamente, la erradicación plena de la pobreza y pobreza extrema en el continente americano. Para la REDESCA, el combate de la pobreza y la desigualdad es el paraguas superior de todo el mandato, de manera alineada con la agenda 2030 de Naciones Unidas. Por ello, la Relatoría celebra haber inaugurado sus funciones con la aprobación y lanzamiento del primer informe temático sobre Pobreza y Derechos Humanos de la CIDH en toda su historia. Además, la Relatoría se encuentra culminando la redacción del informe sobre Empresas y Derechos Humanos, para cuya elaboración ha puesto en marcha un intenso proceso de consultas y participación.

3. LA SITUACIÓN DE LOS DESCA EN EL CONTINENTE AMERICANO[2]

En torno a la situación general de los DESCA en la región, la REDESCA como parte fundamental de su mandato, observa con preocupación que la situación de pobreza y pobreza extrema en el continente es persistente, lo cual se traduce en un detrimento para el goce efectivo de todos los derechos humanos y en especial de los DESCA. Según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, para el 2017, el número de personas pobres en América Latina llegó a 184 millones, equivalente al 30,2% de la población, al tiempo que el número de personas en situación de pobreza extrema se situó en 62 millones, representando el 10,2% de la población. No obstante, se prevé un crecimiento de 1,3 puntos del PIB en la región, lo que podría dar lugar a una ligera reducción de la tasa de pobreza hasta el 29,6%. Como consecuencia, el número de personas en situación de pobreza se reduciría unos dos millones. A su vez, la tasa de pobreza extrema se mantendría en el mismo nivel que en 2017, con lo que la cantidad de personas en esta situación se elevaría un millón aproximadamente (CEPAL, 2018a, pp. 80-82). De manera general la pobreza a nivel regional a mediano plazo ha reducido entre 1,1, y 0,2 puntos porcentuales por año, pero esta cifra no se refleja en la pobreza extrema. El aumento de la incidencia y el incremento de la población total resultan en un aumento neto de 8 millones de personas en dicha situación (CEPAL, 2017, pp. 89-90).

2 Esta sección está basada en el capítulo DESCA del Informe Anual de la CIDH (CIDH, 2018a).

Por ello, la pobreza debe ser analizada desde una perspectiva de derechos humanos, a partir del reconocimiento de las personas, grupos y colectividades que viven en esa situación como titulares de derechos humanos y los Estados deben cumplir con su obligación de adoptar medidas orientadas a erradicar la pobreza en la región para cumplir con el propósito establecido en la Carta de la Organización de Estados Americanos: promover el desarrollo económico, social, cultural y erradicar la pobreza.

Considerando que en la última década se lograron importantes avances en la región en materia DESCA, que permitieron a grandes sectores de la población salir de la pobreza y de la pobreza extrema, resulta especialmente preocupante observar que algunos de estos logros se encuentran hoy en serio riesgo de retroceso en la región. Por ello, la REDESCA recuerda que los Estados tienen la obligación de adoptar pasos deliberados y concretos para avanzar en la erradicación de la pobreza, abordando esta problemática desde un enfoque de derechos humanos y desarrollando estrategias para garantizar a toda su población contenidos por lo menos esenciales de los derechos sociales y ambientales. Tomando como base el contenido y estándares del informe de la CIDH sobre pobreza y derechos humanos, preocupa a la REDESCA la persistencia de la pobreza y la desigualdad en el continente, como el riesgo del aumento de la pobreza y la pobreza extrema en países donde se están registrando graves crisis de derechos humanos o adoptándose medidas de austeridad que disminuyen la inversión social. Asimismo, los Estados deben garantizar la participación de las personas en situación de pobreza desde sus propias perspectivas y experiencias, para lograr su empoderamiento económico y social. Especiales esfuerzos deben hacerse para garantizar los DESCA de las mujeres y combatir la feminización de la pobreza.

En el cumplimiento de su mandato, la REDESCA identifica situaciones graves de falta de acceso o contaminación del agua en el hemisferio, falta de acceso a una alimentación adecuada, desnutrición infantil y de mujeres gestantes, desafíos en materia de acceso a la vivienda, asentamientos informales, desalojos forzados, afectaciones de derechos humanos generadas por actividades empresariales, falta de acceso a la educación, a la salud y al empleo o libertad sindical en la región, como también los particulares obstáculos para las personas, grupos y colectividades viviendo en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica.

Llama la atención de la Relatoría la relación directa entre pobreza, desigualdad y falta de oportunidades con el aumento de la movilidad humana en la región. En ese sentido, desde el mandato se está prestando particular atención a las causas y consecuencias en relación con derechos sociales y ambientales del éxodo venezolano, como de las denominadas "caravanas de migrantes" en Centro América, México y América del Norte.

Destaca cómo con el aumento de la movilidad humana en la región, los DESCA están especialmente amenazados para las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo. De igual forma, la Relatoría expresa su preocupación por las amenazas, la criminalización, las represalias y la violencia contra personas defensoras de derechos sociales y del medio ambiente en las Américas, así como por el uso desproporcionado de la fuerza y la represión policial en el contexto de manifestaciones, protestas y reclamos claramente relacionados con los DESCA. La REDESCA también viene manifestando su honda preocupación con la expansión de los grupos anti-derechos en la región, con efectos especialmente negativos en relación con los derechos sexuales y reproductivos, el acceso al aborto en condiciones compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos, los derechos de las personas LGBTTI y el derecho a la educación con perspectiva de género.

Preocupa especialmente a la Relatoría Especial la tendencia que viene identificando en cuanto a la adopción de legislaciones, políticas sociales y fiscales, como medidas de austeridad en distintos países de la región que limitan o suponen retrocesos en el acceso y disfrute de los DESCA en especial a los sectores más vulnerabilizados de la población. En

tal sentido, la REDESCA comparte el análisis del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2012, pp. 1y2), cuando afirma que:

> *"todos los cambios o ajustes propuestos en materia de políticas tienen que cumplir los siguientes requisitos: en primer lugar, la política debe ser una medida provisional que abarque solamente el período de crisis. En segundo lugar, debe ser necesaria y proporcional, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la simple inacción, tendría efectos más perjudiciales sobre los derechos económicos, sociales y culturales. En tercer lugar, debe tener un carácter no discriminatorio e incluir todas las iniciativas posibles, incluidas medidas fiscales, para apoyar los subsidios sociales encaminados a mitigar el posible aumento de las desigualdades en tiempos de crisis e impedir que se vean desproporcionadamente afectados los derechos de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En cuarto lugar, en la política se debe especificar un contenido mínimo básico de derechos o el nivel mínimo de protección social, conceptos desarrollados por la Organización Internacional del Trabajo, y velar por que ese contenido mínimo básico siempre esté protegido".*

También, llama la atención sobre las consecuencias de los desastres naturales y la corrupción en el disfrute de los DESCA. De hecho, la Relatoría Especial ha incorporado expresamente un enfoque anticorrupción en su agenda estratégica. En tal sentido, el mandato hizo sus aportes a la resolución 1/18 de la CIDH, introduciendo la dimensión de especial afectación que la corrupción supone para los DESCA y las políticas sociales. Subrayamos la recomendación de:

> *"Fortalecer los mecanismos para monitorear y evaluar los programas sociales, con particular énfasis en aquellos ámbitos donde los actos de corrupción son más frecuentes, tales como los programas sociales y aquellos que definen la asignación y seguimiento a los grandes proyectos de infraestructura y de industrias y proyectos extractivos" (CIDH, 2018b, ítem 3, e, iv).*

Así mismo la REDESCA se encuentra especialmente atenta a la relación entre las actividades de las industrias extractivas y el disfrute de los derechos humanos en las Américas, en particular los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Si bien la CIDH y esta Relatoría Especial reconocen que este tipo de proyectos y actividades empresariales pueden impulsar el desarrollo económico de los Estados y beneficiar a las poblaciones donde se encuentran, con frecuencia han recibido información preocupante sobre violaciones e impactos negativos de estas actividades sobre el disfrute de los derechos humanos. Esto se traduce, por ejemplo, en una situación latente de conflictividad social alrededor de la calidad y acceso a fuentes agua y suelos, las garantías de contar con procesos amplios de acceso a la participación e información en la toma de decisiones, así como deficiencia en la provisión de recursos adecuados y reparaciones efectivas para las víctimas. Esta Relatoría Especial también ha tenido conocimiento de casos de desplazamiento forzado de personas, afectaciones graves al derecho a la salud y contaminación ambiental en general por causa de dichas actividades empresariales. En muchas ocasiones, las zonas donde se encuentran una gran cantidad de recursos naturales, y por ende donde se emplazan los proyectos, son territorios históricamente habitados por comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas, las que comúnmente, se encuentran ya en una situación de vulnerabilidad. Sobre esta última situación, es importante mencionar, que la falta de implementación efectiva de la consulta y consentimiento previo, libre e informado como de los estudios de impacto ambiental y social de acuerdo los estándares desarrollados por la jurisprudencia intera-

mericana, recopilados además en el informe temático de la CIDH sobre Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes e Industrias Extractivas de 2015, es una de las principales causas de vulneración a los derechos humanos de estos personas tanto de forma individual como colectivamente.

De la misma forma, la REDESCA manifiesta su preocupación respecto a la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en estos sectores económicos, en particular aquellos que buscan la protección del ambiente y la tierra en el continente por ser constantemente blanco de estigmatización, amenazas y represalias debido a su oposición o tarea de visibilización de los impactos negativos de tales proyectos. Por ejemplo, durante el primer semestre de 2018 la CIDH indicó que 57 personas habrían sido asesinadas por ser defensores ambientales en Brasil, mientras que en Colombia solo en el primer trimestre de 2018 se reportaron 48 muertes de líderes sociales y defensores de la tierra. Así mismo según el informe de Global Witness (2018) (organización no gubernamental que realiza monitoreo sobre las actividades de defensoras y defensores ambientales), en su último reporte indicó que, de los 10 países más peligrosos para ser defensor o defensora del ambiente, 7 se encuentran en América Latina. En esa medida la REDESCA ha recordado a los Estados que tienen una obligación particular de respetar y proteger a las y los defensores ambientales y de la tierra, por cuanto el trabajo que este grupo realiza es primordial para todos los derechos humanos. Así mismo, la REDESCA también subraya que las actividades de extracción son realizadas tanto por empresas de origen nacional como aquellas de origen extranjero, empresas privadas como públicas o a través de diversos esquemas de asociación; también se presentan dentro del sector formal o bajo acciones informales e ilegales las cuales generan un intenso ritmo de deforestación, violencia y contaminación. Esto da cuenta de la importancia de la obligación de tener un marco normativo robusto y efectivo, una labor de vigilancia estatal oportuna y de la responsabilidad de las empresas de este sector de respetar los derechos humanos ejerciendo la debida diligencia y previniendo posibles vulneraciones a estos derechos a través de sus operaciones, sean de índole local o internacional.

La REDESCA viene siendo especialmente activa también en relación con el derecho al medio ambiente. Así, el mandato acompañó los eventos de apertura a la firma del Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, Participación y Justicia en material ambiental, también conocido como Acuerdo de Escazú. Este sería el primer instrumento a nivel regional que obliga a los Estados a cumplir con los preceptos del Principio 10 de la Declaración de Rio sobre medio ambiente y desarrollo. Del mismo modo, la REDESCA también es parte activa de los esfuerzos respecto a la implementación de la Opinión Consultiva No. 23 sobre el contenido del Derecho al medio Ambiente Sano a la luz de los instrumentos del Sistema Interamericano de derechos humanos. Por otro lado, la REDESCA dentro de su agenda estratégica, está buscando apoyos para impulsar un proyecto regional sobre el impacto del cambio climático en los derechos humanos. Por ejemplo, en el 173 periodo de sesiones de la CIDH, se celebró una audiencia sobre "Cambio climático y DESCA de mujeres, NNA, pueblos indígenas y comunidades rurales". Lo mismo en relación con el derecho humano al agua y saneamiento, en relación con el derecho a la alimentación.

También a respecto al derecho al medio ambiente, la REDESCA sigue con preocupación la deforestación e incendios que afectaron la Amazonía durante 2019. En particular, hizo notar que, en Brasil, según el Instituto Nacional de Investigación Espacial (DETER/INPE), una agencia del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Comunicación, la deforestación en los meses de junio y julio de 2019 habrían aumentado considerablemente en comparación con los mismos meses en 2018. Asimismo, según un experto de la Administración Nacional de la Aeronáutica y del Espacio de los Estados Unidos (NASA por sus siglas en inglés), durante 2019, se han registrado un aumento en la cantidad e intensidad de incendios en la Amazonía brasileña. Según el experto, si bien la temporada seca juega un papel importante en la exacerbación de los incendios, la detección realizada de los incendios en este periodo es

más consistente con las acciones de limpieza de tierras. La REDESCA observa que diversas organizaciones de la sociedad civil también atribuyeron como una de las causas principales del aumento de los incendios a la quema de bosques por actores privados para expandir actividades económicas como la minería o agropecuaria sumado a políticas públicas que tenderían hacia el debilitamiento de la protección de la Amazonía y el medio ambiente. En ese marco, la CIDH advirtió que las poblaciones indígenas que conviven en la Amazonía son las principales afectadas al provocar desplazamientos forzosos de comunidades, pérdida de tierras destinadas a la subsistencia, y el grave riesgo de que pueblos indígenas en aislamiento, como los Awá del territorio indígena de Araribóia en la Amazonía de Maranhão, puedan desaparecer (CIDH, 2019b). Bajo ese mismo contexto, la REDESCA sigue los incendios forestales que también fueron extendidos y graves en Bolivia y Paraguay.

La REDESCA también expresó solidaridad al pueblo de Bahamas por los daños ocasionados por el huracán Dorian y llamó a urgente implementación de estrategias y planes para abordar la emergencia humanitaria, así como la posterior reconstrucción y rehabilitación de las zonas afectadas poniendo los derechos humanos en el centro (CIDH, 2019c)

De la información y análisis consultados sobre la región, se observa que la desigualdad habría disminuido en el último decenio. Sin embargo, se detecta un estancamiento en esa reducción de la desigualdad. Por lo que urge retomar la senda de las políticas redistributivas, potenciando la adopción de políticas fiscales de carácter progresivo que no sólo protejan los avances logrados, sino que impidan los retrocesos hacia el combate de la pobreza y la desigualdad (CEPAL, 2018b).

Para ello, es fundamental que el enfoque de derechos humanos en su indivisibilidad se aplique en todas las etapas de construcción de las políticas públicas. Esto parte por afirmar la voluntad política de todos los poderes estatales que, en cumplimiento de los compromisos asumidos con la Comunidad Internacional, como sobre todo con sus sociedades, aseguren que los Estados organizan sus aparatos para asegurar la máxima movilización de recursos, en favor de la progresividad y no regresividad en derechos. Ancladas en el principio de indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, las políticas públicas en DESCA son una herramienta indispensable para la reducción de las desigualdades. De esa manera contribuyen a la construcción de sociedad más justas y democráticas.

Es por lo mismo que en este escenario regional de incertidumbre y cambios, debe ser una prioridad reforzar las políticas laborales de los países tomando especialmente en cuenta los avances de la robotización, automatización, digitalización e inteligencia artificial en América Latina. Aunque en ritmo más lento que en Europa y Estados Unidos, esas nuevas tecnologías están produciendo transformaciones e impactos en el mercado de trabajo, siendo que los efectos en la vida de las personas trabajadoras son todavía inciertos, como la creación o extinción de puestos de trabajo, las calificaciones necesarias para ejecutar nuevas tareas y el aumento de arreglos alternativos de trabajo (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018; INFOBAE, 2018). Por ello, se hace necesario construir nuevas capacidades institucionales que busquen soluciones innovadoras a largo plazo, además de enfrentar los riesgos inminentes que se presenten en la formulación y aplicación de tales políticas.

Por lo tanto, la REDESCA observa que a nivel general en casi todos los países de América Latina y el Caribe existen programas, políticas y legislación enfocada a atender los distintos derechos que forman parte del mandato. No obstante, la efectividad de los mismos depende en varias medidas de como los Estados responden a esa necesidad. Por ejemplo, los empleos de peor calidad, como el trabajo informal y el trabajo por cuenta propia, en que las condiciones de trabajo son inseguras, son persistentes en toda la región. En el continente americano se verifica una disminución en los trabajos en el sector formal y asalariado, el avance de la informalidad y la creación más intensa de puestos de trabajo en las actividades por cuenta propia (OIT, 2017, pp. 43-44). Esta situación conspira contra la plena efectividad de las protecciones sociales asociadas con el pleno empleo y las garantías laborales.

En relación a los derechos laborales, subrayamos que la libertad sindical y la libertad de asociación son derechos humanos fundamentales que, junto con el derecho de negociación colectiva, reunión y huelga forman el núcleo básico para proteger y promover el derecho al trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias (Comité DESC, 2016, párr. 1). Los derechos de sindicación y de negociación colectiva son habilitantes y permiten promover la democracia, una buena gobernanza del mercado de trabajo y unas condiciones laborales decorosas (OIT, 1998). Sin embargo, en el continente americano hay una gran cantidad de datos que comprueban la existencia de prácticas extendidas de actos antisindicales por empleadores privados, así como por los propios Estados, que crean barreras para el ejercicio de la libertad sindical. Según los datos presentados por los presidentes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical de la OIT sobre el seguimiento de normas internacionales del trabajo y derechos humanos sobre las quejas presentadas ante el Comité de Libertad Sindical por regiones entre 1951 y 2015, 55% de las quejas son originadas en el continente Americano (49% de América Latina y 6% de América del Norte). Los países con mayor número de quejas son Colombia (187), Argentina (182) y Perú (170) (Oficina Internacional del Trabajo, 2016).

Por otro lado, la REDESCA pone de manifiesto su especial preocupación por la situación regional del derecho a la salud en su relación con los demás DESCA. En sus trabajos de monitoreo, como con el sistema de casos de la CIDH, la REDESCA llama la atención que se trata de un derecho sobre el que ha identificado serias violaciones en distintos países de la región, resultando urgente y prioritario que se adopten medidas y acciones nacionales, como regionales para evidenciar las situaciones más graves, identificar las buenas prácticas en materia de legislación, como políticas públicas, así como articular esfuerzos en la materia. En esta línea, uno de los proyectos estratégicos de la REDESCA se articula precisamente en torno al derecho a la salud.

Por último, la REDESCA pone de manifiesto la existencia de un marco normativo interamericano que genera distintas obligaciones en materia DESCA para los 35 países de la OEA, tanto por vía de la Carta de la OEA, la Declaración Americana, como del Pacto de San José, el Protocolo de San Salvador y otros tratados adoptados en la OEA. Siendo mayor el grado de compromiso con los DESCA en la medida que se hayan ratificado los tratados del sistema que los reconocen, la REDESCA reitera su especial llamado a la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, como a la firma y ratificación del Protocolo de San Salvador y demás tratados de derechos humanos del sistema. La REDESCA se encuentra especialmente a disposición, junto con el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador para generar procesos de asistencia técnica e incidencia en aquellos países que aún no han ratificado dicho Protocolo.

4. ACCESO AL SISTEMA DE JUSTICIA EN MATERIA DESCA

El Sistema Interamericano tiene un rol esencial para asegurar el derecho de acceder a la justicia, lo cual se configura como una garantía fundamental y es un medio para el reconocimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. El SIDH ha desarrollado estándares sobre los alcances del debido proceso judicial y de la tutela judicial efectiva en casos que buscan la exigibilidad de los DESCA. Los estándares son instrumentos importantes para guiar la interpretación de la Convención Americana por los tribunales nacionales en casos de acceso a la justica que involucran los DESCA y para contribuir en la mejoría de la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en los países americanos, fortalecer los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas y los mecanismos de participación y vigilancia social de las políticas públicas en esta materia.

En el Sistema Interamericano, derecho de acceso a la justicia está contemplado de manera específica en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y en el artículo XVIII de la Declaración, así como en el artículo 7, numerales c, d, e, f, g de la Convención de Belém do Pará. En los órganos del Sistema Interamericano se encuentra evidenciado a través del sistema de peticiones individuales, informes anuales, temáticos y de país y en las Opiniones Consultivas emitidas por la Corte.

Existen cuatro temas centrales y prioritarios respecto a la protección judicial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: 1) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales; 2) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a los DESCA; 3) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a los DESCA; y 4) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de los DESCA.

Sobre la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales, los Estados tienen la obligación de proveer servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos en ciertas circunstancias, a fin de que la desigualdad económica o social de los litigantes no sea una barrera para la posibilidad de protección judicial efectiva y de garantizar su acceso a la justicia. Situaciones cotidianas que las personas en situación de vulnerabilidad, de pobreza o pobreza extrema enfrentan son las dificultades involucradas con los costos del proceso, administrativo o judicial, como las tasas de justicia y la localización e insuficiente presencia de los tribunales. Cuando es necesario para tener un acceso eficaz, que los demandantes deban estar representados por un abogado que pueda sustentar sus reclamos, deberá aumentarse el número que defensores públicos disponibles, de manera tal que este servicio esté al alcance de toda persona que lo necesite (CIDH, 2007, párrs. 5 y 6; CIDH, 2017c, párrs. 504, 514 y 520; CIDH, 2002, párrs. 50, 53, 54 y 55).

Además, la CIDH ha identificado casos estructurales de desigualdad que restringen el acceso a la justicia de ciertos grupos. En esas situaciones, existe la obligación de los Estados de proveer servicios legales gratuitos, de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto y de ofrecer información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela, a fin de disminuir la vulnerabilidad de sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad (CIDH, 2007, párrs. 8 y 9).

La CIDH ha establecido criterios para la determinación de la asistencia legal gratuita en casos concretos: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso; y c) la importancia de los derechos afectados. Además, la Comisión ha identificado que ciertas acciones judiciales complejas, como algunas acciones constitucionales, exigen que los Estados proporcionen asistencia legal gratuita para permitir su efectiva promoción (CIDH, 2007, párrs. 6 y 7; CIDH, párr. 514).

Sobre los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a los DESCA, hay que se tener en cuenta que la mayoría de las adjudicaciones de prestaciones sociales se resuelve en la esfera administrativa. En parte de los países de la región la organización de las políticas y servicios sociales no ocurre por una perspectiva de derechos, pero bajo una lógica asistencial, lo que ofrece un amplio espacio de discrecionalidad y selectividad política por la administración pública de los Estados, aunque existan algunos controles institucionales. De este modo, el SIDH apunta a la necesidad de establecer reglas del debido proceso legal en los procedimientos administrativos en materia DESCA y la obligación de los Estados de establecer reglas claras de conducta para sus agentes, con el objetivo de evitar el uso de la discrecionalidad para discriminar ciertos grupos de personas (CIDH, 2007, párrs. 10 y 11; CIDH, 2017c, párr. 524).

De acuerdo con el SIDH, el debido proceso legal administrativo tiene como elementos: a) la garantía de una audiencia para la determinación de los derechos en juego, lo que incluye el derecho a ser asistido jurídicamente, a la notificación previa sobre la existencia misma del proceso, a ejercer una defensa, a disponer de un plazo razonable para preparar

los alegatos y formalizarlos y para promover y evacuar las correspondientes pruebas; b) el derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto; c) la necesidad de garantizar la publicidad de la actuación administrativa; d) el derecho al plazo razonable, teniendo en cuenta que un retraso prolongado en un procedimiento administrativo configura una vulneración del artículo 8 de la Convención en principio; e) el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas, incluyendo la necesidad de justificar debidamente toda norma o medida que obstaculice el acceso a los tribunales, la necesidad de la justicia ocuparse de realizar al menos la supervisión esencial de la legalidad y racionalidad de las decisiones de la Administración. Es relevante subrayar que la falta de recursos judiciales efectivos contra las consecuencias negativas de las políticas sociales en sectores de educación, salud, vivienda, trabajo y seguridad social o contra decisiones administrativas relativas a la asistencia social o migraciones, conlleva a que las personas no puedan obtener reparación en caso de violación de sus derechos. Eso es un obstáculo al acceso a la justicia de las personas en situación de pobreza y que se ven afectadas por estas políticas (CIDH, 2007, párrs. 14, 15 y 16; CIDH, 2017c, párr. 525).

Sobre los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a los DESCA, debe considerar la obligación de los Estados en diseñar y consagrar normativamente recursos efectivos para la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de las autoridades judiciales, en procedimientos con las garantías adecuadas. Un aspecto importante para el análisis del derecho al debido proceso en procedimientos judiciales es la relación directa entre la idoneidad de los recursos judiciales y la posibilidad real de exigibilidad de los DESCA, teniendo en cuenta las características diferenciales de los procedimientos de índole social (CIDH, 2007, párr. 17 y 18; CIDH, 2017c, párr. 526).

El derecho al debido proceso en los procedimientos judiciales en materia DESCA tiene tres grandes elementos. El primero es el principio de igualdad de armas, ocupando un rol relevante por cuanto el tipo de relaciones reguladas por los DESCA suelen presentar y presuponer condiciones de desigualdad entre las partes de un conflicto (como ocurre entre en la relación entre trabajadores y empleadores) o entre el de beneficiario de un servicio social y el Estado prestador de servicio, en que esa desigualdad suele traducirse en desventajas en los procedimientos judiciales y crea el deber estatal de adoptar medidas que permitan aminorar las carencias que imposibiliten el efectivo resguardo de los propios intereses. Las particulares circunstancias de un caso pueden determinar la necesidad de contar con garantías adicionales a las prescritas explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, a fin de garantizar un juicio justo. (CIDH, 2007, párrs. 17, 18, 19 y 20; CIDH, 2017c, párrs. 527 y 528).

El segundo es el derecho a contar con una decisión fundada relativa al fondo del asunto, siendo que tras la etapa de prueba y debate, los órganos judiciales deben razonar sus decisiones y determinar así la procedencia o no de la pretensión jurídica que da base al recurso y que los Estados deben garantizar que los recursos judiciales efectivos sean resueltos conforme el artículo 8.1 de la CADH, por lo que los tribunales de justicia deben adoptar decisiones que permitan resolver el fondo de las controversias que se le planteen (CIDH, 2007, párr. 21).

El tercero es el derecho al plazo razonable del proceso, siendo que el SIDH ha identificado como criterios para evaluar la razonabilidad del plazo de un proceso la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales, la finalidad judicial del procedimiento judicial respectivo y la naturaleza de los derechos en juego. En casos sobre DESCA, la CIDH ha destacado como elemento esencial de la efectividad del recurso su oportunidad y que el derecho a la protección judicial exige que los tribunales dictaminen y decidan con celeridad, en especial en casos urgentes. En este orden de ideas, la Comisión ha puntualizado que el elemento relevante para evaluar el plazo razona-

ble de los procesos es su eficacia y no la cantidad de actos que se plasmen en el expediente. Otro aspecto que se toma en cuenta en el análisis de ese derecho es la etapa de ejecución de las sentencias, pues el derecho de acceder a la justicia exige que la solución final de toda controversia tenga lugar en un plazo razonable.

Ese punto es central para los DESCA puesto que una amplia gama de procesos sociales –en particular en materia de seguridad social– los trámites de ejecución de sentencias se han vistos seriamente demorados y obstaculizados por normas de emergencia y defensas dilatorias a favor de los Estados. En este sentido, el SIDH ha considerado que una demora prolongada en el proceso, incluyendo los procedimientos de ejecución de sentencias judiciales firmes, puede llegar a constituir, por sí misma, una violación a las garantías judiciales. Específicamente sobre la etapa de ejecución de sentencias, el plazo debe ser más breve debido a la existencia de una decisión firme con una materia concreta. (CIDH, 2007, párrs. 22, 23, 24 y 26; Corte IDH, 2019, párr. 154 y 157).

Sobre los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de los DESCA, el Estado tiene la obligación de brindar mecanismos judiciales idóneos y efectivos para la protección de los derechos sociales, tanto en su dimensión individual como colectiva. Tradicionalmente las acciones judiciales tipificadas en los ordenamientos jurídicos de los países de la región, así como las medidas sencillas y rápidas para amparar violaciones en casos graves y urgentes han sido diseñadas para la protección de los derechos civiles y políticos. En relación con los DESCA, las acciones y medidas frecuentemente no funcionan de manera adecuada por los siguientes motivos: a) la limitación en la posibilidad de accionar de grupos o colectivos de víctimas afectadas por las violaciones; b) las demoras burocráticas en los procedimientos judiciales que les hacen perder efectividad; c) la exclusión de la tutela de algunos DESCA que no se consideran derecho fundamentales; d) la imposición de requisitos procesales excesivos para admisión de acciones judiciales para la tutela de algunos DESCA (CIDH, 2007, párr. 27; CIDH, 2017c, párrs. 529 y 530).

El SIDH ha intentado fijar algunos principios básicos que las acciones de protección urgente deben cumplir para ajustarse a la CADH. El derecho a la tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos judiciales destinados a proteger los DESCA no presenten condiciones o barreras que le quiten efectividad para cumplir con sus fines. El SIDH ha identificado casos de fuertes obstáculos y restricciones para la ejecución de sentencias firmes contra los Estados, en especial cuando se reconocen derechos de la seguridad social. La tendencia al uso de legislación de emergencia en esta materia limita la posibilidad de ejecutar obligaciones patrimoniales a los Estados y suele otorgar privilegios exorbitantes para la administración frente a los titulares de derechos ya reconocidos en la vía judicial que en general están en situación de desventaja frente al Estado (CIDH, 2007, párr. 27; CIDH, 2017c, párr. 531).

La Convención Americana, en su artículo 25, establece el deber de los Estados de crear un recurso sencillo, rápido y efectivo para la protección y garantía de los derechos humanos. Así, los órganos del SIDH han delineado estándares en relación con los alcances de tal obligación en materia DESCA. Tanto la CIDH como la Corte IDH han señalado la necesidad de proveer medidas procesales que permitan el resguardo inmediato e incluso cautelar o preventivo de los DESCA, a pesar de que el fondo de la cuestión pueda llegar a demandar un análisis más prolongado en el tiempo. Estas medidas deben: a) contar con recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes; b) tramitación como recursos individuales y como acciones cautelares colectivas a fin de resguardar los derechos de un grupo determinado o determinable; c) garantizar una legitimación activa amplia a su respecto; d) ostentar la posibilidad de acceder a instancias judiciales nacionales ante el temor de parcialidad en el actuar de la justicia local; e) preverse la aplicación de estas medidas de protección en consulta con los afectados; y f) garantizar que la formalidad de la prueba no sea la misma que aquella que se demanda en los procesos ordinarios cuando

tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales que requieren una respuesta urgente (CIDH, 2007, párrs. 28, 29 y 30; CIDH, 2017c, párr. 532).

Otro aspecto relevante para la tutela judicial de los DESCA es el reconocimiento de su dimensión colectiva. El SIDH ha comenzado a delinear estándares sobre los mecanismos de tutela judicial para garantizar el litigio colectivo y la dimensión de las obligaciones estatales de proveer este tipo de procedimiento. Hubo una evolución en la jurisprudencia del SIDH en esa materia cuando reconoció la dimensión colectiva de determinados derechos y la necesidad de poner en práctica dispositivos jurídicos para garantizar esa dimensión. El análisis del SIDH sobre la dimensión colectiva de la tutela de los DESCA ha sido desarrollado bajo la interpretación del artículo 25 de la CADH. Sobre la dimensión individual, el SIDH ha avanzado en exigir la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva de los DESCA, como la necesidad que los Estados diseñen e implementen mecanismos jurídicos de reclamo de la tutela de derechos sociales esenciales, como los derechos de los trabajadores (CIDH, 2007, párrs. 31 y 32).

En relación con la efectiva ejecución de la sentencia que dicta el Poder Judicial de cada Estado, el SIDH ha establecido estándares sobre las obligaciones estatales, en especial cuando aquel que debe obedecerla es el Estado. De esta manera, la CIDH ha recalcado que el deber estatal de garantizar la observancia de los fallos judiciales alcanza particular importancia cuando quien debe cumplir la sentencia es un órgano del poder ejecutivo, legislativo o judicial, provincial o municipal, de la administración central o descentralizada, de empresas o institutos públicos, o cualquier otro órgano similar. Los órganos que componen el Estado suelen tener privilegios procesales, como la inembargabilidad de sus bienes y pueden tener una inclinación a usar su poder y sus privilegios para tratar de ignorar las sentencias dictadas en contra de ellos. La CIDH considera que cuando un órgano estatal no está dispuesto a acatar una sentencia desfavorable es posible que intente desconocer el mandato judicial mediante su absoluta falta de observancia o que se decida por técnicas más elaborados que acarreen el mismo resultado de incumplir el fallo, pero procurando darle cierto aspecto de validez formal a su manera de actuar (CIDH, 2007, párr. 33).

La Comisión ha sostenido que el incumplimiento de una orden judicial firme y la falta de acatamiento de las decisiones cautelares judiciales conllevan la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del artículo 25 de la Convención Americana (CIDH, 2007, párrs. 34 y 35).

La CIDH ha delineado un estándar relacionado a los límites del accionar exigible a las víctimas a fin de lograr el acatamiento de las mandas judiciales a su favor, siendo que el Estado debe garantizar el cumplimiento inmediato de las decisiones judiciales sin requerir a los afectados que impulsen acciones adicionales de acatamiento. De la misma forma, la CIDH ha enfatizado la necesidad de garantizar el cumplimiento de las decisiones administrativas de forma eficaz (CIDH, 2007, párrs. 36 y 37; CIDH, 2017c, párr. 533 y 534).

El SIDH ha comenzado a desarrollar estándares en relación con el diseño y puesta en práctica de mecanismos eficaces de ejecución de sentencias, con la expresión que la responsabilidad de las autoridades estatales no concluye cuando el sistema de justicia dicta sentencia definitiva y esta queda firme. La Corte apunta que el Estado, a partir de este momento, debe garantizar los medios necesarios a fin de posibilitar la efectiva ejecución de dicha decisión definitiva. En efecto, el derecho a la protección judicial resultaría ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de los Estados diera lugar a que un mandato judicial final y obligatorio persista ineficaz en detrimento de una de las partes. La etapa de ejecución de las decisiones judiciales firmes debe ser entendida como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. En los fallos en materia de acciones de garantía, la Corte ha sostenido que, en razón de la naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe acatarlos en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias al efecto. En este punto, las normas presupuestarias no pueden justificar una demora prolongada en el tiempo en

el acatamiento de las decisiones judiciales que resguardan derechos humanos. La Corte ha entendido que la demora en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que conlleve una mayor afectación de los derechos protegidos en la decisión y, en consecuencia, desvirtúe el derecho a la tutela judicial efectiva (CIDH, 2007, párrs. 38, 39 y 40).

Por fin, destacamos que la justiciabilidad de los DESCA en el SIDH está ocurriendo de tres maneras. Los derechos a la libertad sindical y a la educación son exigibles bajo el artículo 19, numeral 6 del Protocolo de San Salvador. Los demás DESCA –e incluso los mencionados– son exigibles bajo el artículo 26 de la CADH. Para los países que no han ratificado la Convención o el Protocolo, los DESCA son exigibles bajo la Declaración Americana.

El artículo 26 establece una obligación en cabeza de los Estados partes, de procurar el desarrollo progresivo de los derechos que dicha norma contiene. Aunque ambos órganos del Sistema Interamericano han reafirmado su competencia para pronunciarse sobre posibles violaciones del artículo 26 de la Convención Americana en el marco del sistema de peticiones y casos individuales, esta disposición había sido materia de poco desarrollo en la jurisprudencia del Sistema Interamericano relativa a casos contenciosos. En sus pronunciamientos sobre la materia, la Corte ha ido enfatizando la interdependencia e indivisibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales respecto de los derechos civiles y políticos, hasta llegar a considerar la directa violación del artículo 26 por vez primera en el caso Lagos del Campo vs. Perú (Corte IDH, 2017).

Siendo la puerta de entrada al sistema de casos del Sistema Interamericano, con un estimado de entre 2.000 y 3.000 peticiones recibidas en los últimos años resulta de suma importancia para los DESCA el enfoque interpretativo que la CIDH sigue en la materia. Así, junto con reconocer que la interpretación del artículo 26 de la Convención y la determinación concreta de su alcance y contenido puede revestir ciertas complejidades interpretativas, a partir de la creación de su REDESCA la Comisión ha empezado a reconocer cada vez más reiterada y vigorosamente la necesidad de aplicación autónoma del artículo 26 en aquellos casos que involucran DESCA.

Así, en general la Comisión está considerando que el análisis de un caso concreto a la luz del artículo 26 de la Convención Americana debe ser efectuado en dos niveles. En un primer momento, es necesario establecer si el derecho del que se trata el caso se deriva "de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos", tal como remite el texto del artículo 26. Es decir, el artículo 26 de la CADH es el que atribuye a la Carta de la OEA como fuente directa de derechos, asignando carácter de derechos humanos a las disposiciones que sobre la materia pueden desprenderse de dicho tratado. Dado que el objeto de la Carta de la OEA no fue individualizar derechos sino constituir un organismo internacional, es necesario recurrir a textos auxiliares para identificar los derechos que se desprenden de las disposiciones de dicho instrumento.

Una vez establecido ello, corresponde determinar si el Estado en cuestión incumplió la obligación de "lograr progresivamente" la plena efectividad de tal derecho, o aquellas obligaciones generales de respetar y de garantizar el mismo. En este segundo nivel de análisis, es preciso tomar en consideración la naturaleza y alcance de las obligaciones exigibles al Estado bajo los artículos 1.1, 2 y 26 de la Convención, así como los contenidos del derecho de que se trate, como se efectuará más adelante.

Para establecer los criterios que permitan derivar derechos específicos de la Carta de la OEA, determinar su contenido y las obligaciones de los Estados en relación con ellos, es que el artículo 29 de la CADH adquiere relevancia en tanto que establece los parámetros de las reglas generales de interpretación de dicho tratado. En ese sentido, de acuerdo con dicho artículo la interpretación de las disposiciones de la CADH no podrá limitar ni suprimir derechos reconocidos por la normativa interna de los Estados o por cualquier otro tratado del que este sea parte, ni excluir los efectos de la Declaración Americana sobre Derechos y

Deberes del Hombre u otros actos internacionales de la misma naturaleza. La disposición recepta así el principio "pro persona" en el Sistema Interamericano y ofrece una herramienta clave para la efectiva protección de todos los derechos humanos reconocidos en las Constituciones de los Estados Parte, como en los instrumentos interamericanos o universales de derechos humanos ratificados por los mismos.

A partir de la interpretación integral, que el artículo 26 requiere a la luz de las disposiciones del artículo 29, la Comisión considera pertinente referirse a las obligaciones que se desprenden del artículo 26 de la Convención Americana y que pueden ser materia de pronunciamiento por parte de los órganos del Sistema Interamericano en el marco de casos contenciosos. Al respecto, para el caso específico, la Comisión considera que en la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana se debe tener en cuenta el Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador" pues permite determinar el alcance de la obligación estatal en materia de desarrollo progresivo del derecho en análisis. En su artículo 1, el Protocolo establece que los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el instrumento.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contempla en su artículo 2.1 disposiciones similares a las del artículo 26 de la Convención Americana y a las del artículo 1 del Protocolo de San Salvador. La Comisión ya ha acudido a los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto a la noción de progresividad y al alcance de las obligaciones que se desprenden de la misma. En ese sentido, dicho Comité (1990) ha explicado que la noción de progresividad:

> *no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo (párr. 9).*

A la luz de lo anteriormente descrito puede afirmarse que la Comisión entiende que el artículo 26 de la Convención Americana impone diversas obligaciones a los Estados que no se limitan a una prohibición de regresividad, el cual es tan sólo un correlato de la obligación de progresividad, pero no puede entenderse como la única obligación justiciable en el Sistema Interamericano bajo esta norma. Así, la Comisión afirma que teniendo en cuenta el marco interpretativo del artículo 29 de la Convención Americana, el artículo 26 visto a la luz de los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, se desprenden, al menos las siguientes obligaciones inmediatas y exigibles: i) obligaciones generales de respeto y garantía; ii) aplicación del principio de no discriminación a los derechos económicos, sociales y culturales; iii) obligaciones de dar pasos o adoptar medidas para lograr el goce de los derechos incorporados en dicho artículo; y iv) ofrecer recursos idóneos y efectivos para su protección. Las metodologías o fuentes de análisis que resulten pertinentes para cada una de estas obligaciones, deberán ser establecidas según las circunstancias propias de cada caso.

En relación con los componentes exigibles e inmediatos de la obligación de dar pasos o adoptar medidas, el Comité DESC ha indicado, por ejemplo, que la adopción de medidas por sí misma no se encuentra limitada o condicionada a otras consideraciones;

por ello, si bien el logro de la realización efectiva de los derechos podrá ser paulatino, la adopción de medidas o providencias para tales efectos deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible a su cumplimiento. El Estado además tiene obligaciones básicas que deben satisfacer niveles esenciales de tales derechos, las cuales no están sujetas al desarrollo progresivo, sino que son de carácter inmediato (Comité DESC, 1990; CIDH, 2017c, párrs. 236 y 237).

5. CONCLUSIONES

El Sistema Interamericano ha inaugurado una nueva etapa en su accionar con el realce dado a los DESCA por la CIDH y por la Corte. La creación de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) es un símbolo de ese proceso y un importante avance en la institucionalización de los DESCA en el SIDH. Los logros cosechados por la REDESCA desde su fundación confirman el valor histórico de la decisión de la CIDH al ponerla en marcha, en aras de asegurar la promoción y protección de los derechos humanos en su integralidad, con apego a los principios de indivisibilidad, interdependencia e interrelación que requiere la realización efectiva de la dignidad humana, en su intrínseca relación con la democracia, el desarrollo y el medio ambiente.

En este sentido, la Relatoría Especial sobre DESCA procura consolidarse como la entidad especializada líder en la promoción y protección de los DESCA para la aplicación a la materia del mandato hemisférico de la CIDH, fomentando la integralidad de los derechos humanos, con énfasis en las causas estructurales de la desigualdad y en las poblaciones en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica.

En su labor de analizar y monitorear la situación de los DESCA en el continente Americano, la Relatoría Especial sobre DESCA también viene llamando la atención específica en relación con el debilitamiento del derecho al trabajo y del derecho al medio ambiente sano. En cuanto al primero, la disminución del empleo formal y asalariado y el crecimiento del empleo informal y por cuenta propia es preocupante por debilitar las condiciones de vida de las personas y dificultar su supervivencia a través de su trabajo. El avance de ese cuadro lleva a un aumento de la pobreza e incrementa la desigualdad en el hemisferio, además que vulnera el goce del derecho al trabajo y a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias. Por eso es tan importante desarrollar estándares en esta materia, especialmente en tiempos de lo que se denomina la "Cuarta Revolución Industrial" a consecuencia de la digitalización y robotización del mundo del trabajo.

Sobre el derecho al medio ambiente sano, la Relatoría Especial DESCA notó el aumento de la degradación ambiental en las Américas y la urgencia de coordinar una actuación conjunta con los países de la región para garantizarlo y enfrentar los desafíos emergentes del cambio climático. La REDESCA apunta que el derecho al medio ambiente es central para garantizar todos los DESCA, considerando su profunda conexión con otros derechos, como el agua, la vivienda, el trabajo, la salud, la alimentación o la cultura. Asimismo, el mandato viene insistiendo en la importancia del denominado Acuerdo de Escazú elaborado con el auspicio de CEPAL-ONU, sobre derechos de acceso y participación en materia medio ambiental, llamando a los Estados de la región a ratificarlo.

Por fin, destacamos que el acceso a la justicia para los DESCA es fundamental. Por un lado, debido a que un derecho que no cuente con una vía de reclamación es más difícil de ser ejercido. Por este motivo, es clave que las personas accedan a la justicia –cuando sea necesario– para hacer efectivo sus DESCA. Por otro lado, el acceso a la justicia redunda en un mayor reconocimiento de estos derechos que históricamente han sido relegados respecto a los civiles y políticos. Mucho se ha avanzado en el reconocimiento en pie de igualdad

de todos los derechos humanos, su interdependencia e indivisibilidad. En este sentido la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en el Sistema Internacional ha significado un gran avance. En esta conquista, la ratificación de muchos países de la región, también fue clave. Desde la Relatoría Especial DESCA la afirmación de la indivisibilidad de todos los derechos humanos, así como la complementariedad de los sistemas y mecanismos nacionales e internacionales de derechos humanos, es un aspecto clave a fomentar para la efectiva promoción y protección de los DESCA.

Asimismo, es un aspecto central la justiciabilidad en la materia a la luz del control de convencionalidad para apoyar procesos nacionales de pleno reconocimiento de estos derechos, así como de los defensores/as que trabajan para su vigencia muchas veces con grave riesgo para sus vidas, como es el caso de quienes defienden el medio ambiente, la tierra y el territorio.

En cuanto al Sistema Interamericano, la sentencia de la Corte en el caso Lagos del Campo versus Perú y las que posteriormente han recaído con una interpretación autónoma del artículo 26 del Pacto de San José, auguran importantes avances de los estándares del sistema. Dicha decisión representa un hito histórico en la jurisprudencia interamericana y un paso hacia adelante en la región en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los DESCA. La posibilidad de exigir jurídicamente y de manera vinculante el respeto y garantía de los DESCA a través de los órganos del Sistema Interamericano permitirá desarrollar y definir progresivamente el contenido de cada uno de estos derechos y las obligaciones de los Estados Partes en relación con ellos, facilitando la formulación de políticas públicas adecuadas y estableciendo estándares y lineamientos regionales para su efectivo disfrute y realización, en especial respecto de las poblaciones en mayor situación de vulnerabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Banco Interamericano de Desarrollo (2018). *La automatización en la región: actualidad y perspectivas*. Recuperado de: http://conexionintal.iadb.org/2018/09/03/la-estructura-productiva-regional-y-el-uso-de-robots-actualidad-y-perspectivas.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2017). *Panorama Social de América Latina: 2017*, Recuperado de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/42716/7/S1800002_es.pdf.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2018). *La desigualdad disminuye en América Latina en la última década, pero su reducción presenta signos de estancamiento*, Recuperado de: https://www.cepal.org/es/comunicados/la-desigualdad-disminuye-america-latina-la-ultima-decada-pero-su-reduccion-presenta.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2018). *Panorama Social de América Latina: 2018*, Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44395/11/S1900051_es.pdf.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*. Disponible en: OEA/Ser.L/V/II.129 Doc.4.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015, junio 24). *Comunicado de prensa 73/2015*, Recuperado en 18 septiembre 2019, Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/073.asp. Acceso en: 17 ene. 2019.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Informe anual de la CIDH*. Disponible en: OEA/Ser.L/V/II. Doc. 210.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*. Disponible en: OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Plan Estratégico 2017-2021*. Disponible en: OEA/Ser.L/V/II.161 Doc. 27/17.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017, mayo 1). *Comunicado de prensa 56/2017*, Recuperado en 18 septiembre 2019. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/056.asp.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Informe anual de la CIDH*. Disponible en: OEA/Ser.L/V/II.Doc 30.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). Resolución No. 1/18: Corrupción y Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019, julio 31). CIDH y su REDESCA solicitan Opinión Consultiva sobre libertad sindical con perspectiva de género, Recuperado en 18 septiembre 2019. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/185.asp.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019, septiembre 3). *CIDH y su REDESCA expresan profunda preocupación por la deforestación y la quema en la Amazonía*, Recuperado en 18 septiembre 2019. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/215.asp.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019, septiembre 23). *CIDH y su REDESCA expresan solidaridad al pueblo de Bahamas por los daños ocasionados por el huracán Dorian y llaman a urgente implementación de respuesta basada en los derechos humanos*, Recuperado en 26 septiembre 2019. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/237.asp.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2012). *Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Doc. HRC/NONE/2012/76.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016). Observación general núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1990). Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, E/1991/23.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375.
- Oficina Internacional del Trabajo (2016). 326ª Reunión del Consejo de Administración – Tercer punto del orden del día – Iniciativa relativa a las normas: Informe conjunto de los presidentes de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones y del comité de libertad sindical. Febrero, 2016.
- Organización Internacional del Trabajo (1998). *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, adoptada en 1998.
- Organización Internacional del Trabajo (2017). *Panorama laboral 2017: América Latina y Caribe*.

Los derechos a una vivienda digna y a la salud en contextos sociales y económicos de exclusión. El caso de los habitantes del Barrio Alegre en el gran La Plata, Argentina

PABLO OCTAVIO CABRAL[3]

RESUMEN

En el presente documento se aborda una experiencia de efectividad de derechos sociales ante el Poder Judicial, en un caso de un grupo de personas trabajadoras migrantes que habita un barrio de la periferia de la Ciudad de La Plata y que se enfrentó a un juicio de desalojo de sus viviendas. La intervención se efectuó desde un proyecto de extensión de la Universidad Nacional de La Plata, alcanzando una decisión del Fuero Contencioso Administrativo que impidió el desalojo con fundamento en normas internacionales de protección de derechos humanos, y obteniendo una ley provincial de expropiación del inmueble a favor de sus ocupantes.

Palabras claves: Acceso a la vivienda • Justicia administrativa • Desalojo

ABSTRACT

This document deals with an experience of social rights effectiveness at the Judiciary, in a case of a group of migrant workers who live in a neighborhood on the outskirts of the City of La Plata and who faced an eviction trial of their homes. The intervention was carried out from an extension project of the National University of La Plata, reaching a decision of the Contentious Administrative Jurisdiction that prevented the expulsion based on international norms in the protection of human rights, and obtaining a provincial law of expropriation of the property on behalf of its occupants.

Keywords: Access to housing • Administrative justice • Eviction

3 Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública, profesor de Derecho Administrativo y Derecho a la Comunicación (UNLP), Director de la Revista Derechos en Acción de la UNLP –ReDeA– (www.derechosenaccion.com.ar), miembro del Centro de Investigación en Derecho Crítico (UNLP). ORCID 0000-0001-5768-4958. E-mail: pablooctaviocabral@yahoo.com.ar. El Centro de Investigación en Derecho Crítico –CIDerCrit– (Res HCD N° 069/18) está dirigido por el Prof. Alejandro Medici y codirigido por el Prof. Dino Di Nella. El presente trabajo se enmarca en una de sus líneas de investigación. Ver proyecto en: http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/71349. Ampliar en www.derechosenaccion.com.ar.

1. TRAYECTORIA INICIAL

En este capítulo inicial presentaremos el conflicto social y jurídico que dio origen a la intervención de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, dando cuenta del contexto histórico general haciendo hincapié en el problema de vivienda y salud del colectivo de trabajadores migrantes, habitantes del Barrio Alegre, una breve descripción del proyecto de extensión construyendo lazos sociales mediante el cual intervenimos en dichas problemáticas, para –finalmente– relatar la forma de acercamiento a las víctimas de violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

1.1 El contexto histórico social general

La ciudad argentina de La Plata es un núcleo urbano de 700.000 habitantes, capital política de la Provincia de Buenos Aires, distante 60 km de Buenos Aires, sede de los gobiernos bonaerense y municipal, y con una importante presencia de educación superior por ser la sede de una de las más importantes universidades públicas de Argentina, la Universidad Nacional de La Plata[4].

La problemática de falta de viviendas dignas, así como la consolidación de conglomerados de villas miseria, generó en las periferias de las grandes urbes de la provincia de Buenos Aires numerosos procesos judiciales de desalojos masivos en el fuero penal, interviniendo en alguno de ellos la justicia contencioso administrativa ante pedidos de garantía de los derechos constitucionales en juego de las personas a ser desalojadas[5]. Así, se generaron diversos conflictos de competencia entre los magistrados de ambos fueros, resueltos por la Suprema Corte de Justicia provincial en favor de la intervención de la justicia penal y anulando las actuaciones en el fuero contencioso administrativo[6].

En la Ciudad de La Plata y su conurbano se produjeron desalojos de grupos numerosos de personas en tres localidades vecinas, en el marco de procesos penales por el delito de usurpación en los que intervino cautelarmente el Juez en lo Contencioso Administrativo, Dr. Arias, con mucha repercusión mediática por la violencia de algunas intervenciones policiales y la presencia en el lugar del propio magistrado intentando el cumplimiento de las medidas precautorias por él ordenadas. Luego, el magistrado fue objeto de un proceso ante el jurado de enjuiciamiento en el que fue destituido, entre otros motivos por sus intervenciones en los mencionados desalojos[7]. De veintiún hechos imputados al juez, cinco de ellos fueron respecto de su actuación en el marco de los desalojos en los que dispuso la suspensión cautelar de las decisiones tomadas por los jueces penales con fundamento en el artículo 231 bis del Código Procesal Penal de la provincia.

4 La Universidad Nacional de La Plata, fundada en 1905 por el Dr. Joaquín V. González, cuenta con 17 Facultades, donde estudian 110 mil alumnos de grado. Ampliar en www.unlp.edu.ar.

5 En el Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata tramitaron las siguientes causas: Expte. 29.029; Expte. 33.516; Expte. 14.325; Expte. 14.325; Expte. 39.032; Expte. 21.505; Expte. 13.926; Expte. 10.084, entre otras.

6 SCBA, causa B. 73.724 autos "Cales Añasgo, Ronad y otros c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires", sent. del 15-VII-2015, sostuvo que: "Los hechos que dieran origen a la controversia de competencia planteada en este caso por un juez perteneciente al fuero especializado en lo contencioso administrativo en modo alguno subsumen en el concepto de la materia contencioso administrativa que establece la Constitución y reitera la ley procesal".

7 El 15/04/18, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionados dictó sentencia en el expediente caratulado "Arias, Luis Federico, Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial La Plata s/Guillermo Ricardo Castello. Denuncia"(Expte. SJ 313/15), destituyendo al magistrado.

Estos antecedentes anticipan la respuesta diferente frente a los conflictos sociales llevados a la justicia por parte de ambos fueros, recibiendo nula recepción de la problemática de los grupos vulnerables que se encontraban en grave situación habitacional por parte de los jueces penales, frente a una visión con mayor sensibilidad social y aplicación de normativa de protección de derechos humanos, por parte del juez contencioso administrativo. Como veremos más adelante, la cuestión de competencia que coadyuvó a la destitución del magistrado, fue uno de los obstáculos generalizados para lograr la judicialización del conflicto en tratamiento.

1.2 El problema habitacional y de salud del *Barrio Alegre*

Los habitantes del Barrio Alegre eran poseedores de buena fe de los lotes en los que construyeron sus precarias viviendas, conformando un grupo de setenta familias –aproximadamente–, entre los cuales se encontraban alrededor de 90 niños, niñas y adolescentes, madres embarazadas, personas adultas mayores y personas con discapacidad, siendo la mayoría trabajadores migrantes provenientes de la hermana República del Paraguay.

Allí vivían en condiciones de extrema vulnerabilidad social en un gran lote ubicado en un perímetro delimitado por las calles 122 entre 613 y 614 de la ciudad de La Plata. El barrio no contaba con servicio de cloacas, ni red de agua corriente, ni gas, ni red de electricidad. Las precarias construcciones eran de cartón, chapa y madera, con muy poca solidez y nada aptas para superar las inclemencias del clima, tanto en invierno como en verano. Las condiciones ambientales eran pésimas, por la existencia en los predios linderos de grandes excavaciones inundadas en las que se depositaba basura a cielo abierto. La mayoría de sus habitantes se desempeñaban en la actividad de la construcción y en el trabajo en casas particulares, con mínimas condiciones de protección laboral y ausencia de seguridad social.

El día 15 de mayo de 2013, dichos vecinos, luego de sufrir las consecuencias de la referida inundación, fueron intimados en un proceso penal por usurpación donde se libró una orden de desalojo, notificada por la Policía Bonaerense respecto de las tierras donde viven. El desalojo se ordenó en aplicación de la medida cautelar que establece el artículo 231 bis del CPPBA, que habilita la posibilidad de desalojar un inmueble ocupado, ante el primer pedido del propietario, sin avisar, intimar o consultar en forma alguna a las personas que lo habitan, todo ello antes que el juez resuelva sobre la culpabilidad o inocencia del presunto delincuente o usurpador. La orden de desalojo la dictó la Jueza de Garantías N° 5 de La Plata, quien dispuso la medida sin haber identificado previamente a quienes la sufrirían. Nuestro sistema jurídico impide que las personas que hoy ocupan el inmueble se presentaran al juicio penal a plantear la inconstitucionalidad del art. 231 bis y la injusticia e ilegalidad del desalojo, sin autoinculparse, ya que no son parte porque no se encuentran imputados de ningún delito.

Las familias afectadas encontraban muchas dificultades para acceder a la protección del Estado, sea a través de la asistencia del Poder Ejecutivo local o provincial o mediante la intervención del Poder Judicial; barreras culturales, económicas, geográficas, etc. No existe en la zona presencia del Estado municipal, ni provincial o nacional. Por su parte el Poder Judicial, en su estructura de defensa pública –en cabeza del Ministerio Público provincial– no encuentra abogados o áreas que intervengan ante la justicia contencioso administrativa en defensa de derechos económicos sociales ambientales o culturales. Frente a ello se realizó un abordaje desde la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, desde el proyecto de extensión "Construyendo Lazos Sociales" y la asociación AJUS[8] buscando una solución de la problemática de las doscientas personas afectadas.

1.3 El proyecto de Extensión Universitaria *Construyendo Lazos Sociales*

El Proyecto de Extensión Universitaria *Construyendo Lazos Sociales* de la UNLP, aborda los ejes de educación, extensión e inclusión social y laboral y está dirigido hacia sectores sociales con mayor vulnerabilidad: Sujetos que egresan de los contextos de encierro, usuarios de hospitales neuropsiquiatricos y quienes habitan en Barrio Alegre. Es ejecutado por la Facultad de Bellas Artes, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, con integrantes de las áreas de Medicina y Psicología. Se busca a partir del mismo, analizar y reflexionar sobre estrategias educativas, en donde, la construcción del conocimiento conciba el empoderamiento del sujeto y la activación de los procesos identitarios (Mazzarini, 2017).

Desde la Cátedra de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencia Jurídica y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata fuimos invitados a mediados de 2012 a participar del proyecto de extensión, junto con los alumnos y docentes de la comisión 6 de dicha cátedra[9] para sumarnos a sus actividades en un barrio de la periferia de la ciudad, habitado por trabajadores migrantes –en su mayoría paraguayos– con importantes dificultades económico sociales y de integración a la comunidad platense.

1.4 Derechos afectados y grupos vulnerables, su protección normativa y las conductas exigibles al Estado

La situación en la que se encontraban las personas afectadas fue analizada desde un punto de vista jurídico, determinando que se encontraban vulnerados una serie de derechos fundamentales, por hallarse violadas aquellas normas que los protegen e incumplidas conductas por parte de los Estado provincial y municipal.

Del relato de los hechos surge que, previamente al desalojo dispuesto por la justicia penal existían violados derechos sociales reconocidos constitucionalmente como el derecho a una vivienda adecuada, derecho a una vida digna, medio ambiente y derecho a la salud. Luego de la intervención del Poder judicial ordenando el desalojo, se violaron derechos garantizados especialmente para ese tipo de proceso. También identificamos los siguientes grupos especialmente vulnerables y de especial protección; niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, adultos mayores, trabajadores migrantes y mujeres embarazadas.

Centraremos el análisis, por un lado, en el derecho social de fondo que se encontraba violado antes del intento de desalojo en el caso, es decir el derecho a la vivienda adecuada, del que se derivan y conectan los otros derechos como la salud, vida digna, medio ambiente, y por el otro, los derechos reconocidos internacionalmente en el procedimiento de desalojo. Daremos cuenta de las obligaciones estatales específicas, derivadas de ambos derechos, que no se cumplían en el presente caso.

Derecho a la vivienda adecuada

Del breve relato de los hechos se puede percibir una situación de vulneración del derecho a la vivienda adecuada, reconocido constitucionalmente. Respecto del derecho a una vivienda digna donde constituir un vínculo familiar autónomo y libre de violencia y de

8 La Asoc. Abogados por la Justicia Social estaba integrada por los abogados y docentes; D. Oliveira, J. P. Gomara, B. Bagnarelli, R. Borda, C. Lovisuto, J. F. Díaz, C. R. Villegas, V. Volponi, E. Desojo, P. L. Sisti, entre otros y otras.

9 El titular de la Cátedra 2 de Derecho Administrativo II era el Profesor Carlos A. Botassi, profesora adjunta Irina A. Leal y equipo de la comisión integrada por los docentes L. Rivas, J. Pinzás, J. Vargas y E. Kinter.

cobertura de las necesidades básicas para una vida digna. Los fundamentos normativos, tanto a nivel nacional como internacional, son abundantes. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, los Estados Partes "reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia".

Como lo ha expresado el Comité DESC en su Obs. Gral N° 4, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. El derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto.

Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se pueden considerar que constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes: Seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; lugar y adecuación cultural.

Las condiciones de habitabilidad del grupo de personas que vivían en el Barrio Alegre, se encontraba lejos del garantizado derecho a la vivienda digna, por lo que pudimos identificar algunas de las obligaciones incumplidas por parte del Estado provincial, así como de la comuna local: a) Los Estados deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados. b) Se encuentran también obligados a adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados deben crear subsidios para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. c) Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos.

Derechos y garantías en los procedimientos de desalojos

La situación de desprotección y violación de los derechos fundamentales antes detallados, se agravó con la orden judicial de desalojo, que profundizó la situación de vulnerabilidad de las familias del Barrio Alegre, afectando específicas normas del orden internacional que establecen con detalle y precisión las garantías que deben estar presentes en

estos procedimientos que impactan directamente en los derechos a la vivienda digna, salud y medio ambiente.

Respecto de los desalojos forzosos tiene especial importancia la Obs. Gral. Nº 7, que los define como "el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos" (Pto. 3), agrega que "Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda" (Pto. 16).

En dicho documento el Comité puso de manifiesto que "fundamentalmente, las obligaciones de los Estados Partes en el Pacto en relación con los desalojos forzosos se basan en el párrafo 1 del artículo 11 interpretado junto con otras disposiciones pertinentes. En particular, el párrafo 1 del artículo 2 obliga a los Estados a utilizar 'todos los medios apropiados' para promover el derecho a una vivienda adecuada. Ahora bien, dada la naturaleza de la práctica de los desalojos forzosos, la referencia en el párrafo 1 del artículo 2 al logro progresivo de tales derechos basándose en los recursos disponibles rara vez será pertinente. El propio Estado deberá abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos y garantizar que se aplique la ley a sus agentes o a terceros que efectúen desalojos forzosos. Este planteamiento se ve reforzado además por lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del PIDCyP, que complementa el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada" (Obs. Gral. Nº 7, Punto 8).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la afectación del derecho a la vivienda digna puede traer aparejada la violación de otros derechos también protegidos por nuestra Constitución Nacional. En este sentido ha señalado el citado Comité que "dadas la interrelación y la interdependencia que existen entre todos los derechos humanos, los desalojos forzosos violan frecuentemente otros derechos humanos. Así pues, además de infringir claramente los derechos consagrados en el Pacto, la práctica de los desalojos forzosos también puede dar lugar a violaciones de derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar, y el derecho a disfrutar en paz de los bienes propios" (Obs. Gral Nº 7, Pto. 4). También destacó que "las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos. En todos estos grupos las mujeres son particularmente vulnerables a causa de la discriminación jurídica y otras formas de discriminación que suelen darse en materia de derecho de propiedad (incluida la propiedad de una vivienda) o del derecho de acceso a la propiedad o a la vivienda, y de su particular vulnerabilidad a los actos de violencia y abuso sexual cuando se quedan sin hogar. Las disposiciones contra la discriminación del párr. 2 del art. 2 y del art. 3 del Pacto imponen a los gobiernos la obligación adicional de velar por que, cuando se produzca un desalojo, se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación" (Obs. Gral Nº 7, Pto 10).

Por ello, como media cautelar de contenido positivo, se solicitó que las demandadas adopten las siguientes conductas activas; a) Se hagan presente en el barrio Alegre a fin de prestar asistencia social inmediata y concreta a las familias que lo habitan, en lo que respecta a salud y condiciones de adecuación de sus viviendas. b) Se presenten en la IPP N° 8658–12 llevada a cabo contra el señor Marco Antonio Fernández por la UFI N° 6 y ante el Juz. de Garantías N° 5 de La Plata por el delito de usurpación, y dispongan todas las medidas necesarias para que, de poder decretarse o haberse resuelto el desalojo forzoso respecto de los inmuebles en cuestión, se cumpla con la Obs. Gral. N°7 del Comité DESC.

2. INGRESO AL PODER JUDICIAL Y PROCESO

2.1 Cuestionamientos teóricos sobre la judicialización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Existen muchos obstáculos que superar para poder sostener la judicialización de los derechos sociales con argumentos sólidos. Son conocidas las objeciones fundadas en el carácter programático de los derechos sociales, de su consideración como metas políticas, de la dificultad de determinación del contenido de las prestaciones estatales, de la imposibilidad de determinar objetivamente estos derechos a partir de la constitución, de la alteración del principio de división de poderes y de la dificultad de elección en una colisión de derechos fundamentales de similar rango, sumando a esto hay que tener en cuenta la situación económica de penuria eterna de nuestros países tercermundistas.

Como se sabe los jueces, en nuestro país, no son elegidos democráticamente, no los elige el pueblo soberano, sino que su nombramiento se produce mediante un procedimiento en el que intervienen el poder político (legislativo y ejecutivo) y, luego de la creación de los consejos de la magistratura, algunos grupos de interés (académicos, abogados, magistrados).

Roberto Gargarella, en varios textos, pero especialmente en "La justicia frente al gobierno" ha desarrollado un profundo estudio en torno a las discusiones que justifican o critican, respectivamente, el carácter contra mayoritario del poder judicial en sociedades democráticas. Parece claro, al menos, que existen problemas en el hecho de que la justicia se ocupe de todo tipo de cuestiones constitucionales, como hoy lo hace, y que resuelva tales cuestiones con la autoridad que significa poder decir la última palabra (Gargarella, 1996).

El poder judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa, mediante la declaración, por parte de cualquier juez, de inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el parlamento. Además, la justicia contencioso administrativa, existente a nivel federal como provincial, realiza un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los poderes ejecutivos nacionales, provinciales y municipales.

Así se objetó en el marco del debate sobre los alcances del control judicial de la administración que los jueces deben respetar el papel constitucional que al poder ejecutivo le reserva el sistema político. Al describir este argumento, el catedrático español García de Enterría explica que: "Ese respeto es tanto más exigible en cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre" (García de Enterría, 1998:34). Si bien este autor se manifiesta en contra del gobierno de los jueces, su postura auspicia que el poder judicial revise la legalidad del actuar discrecional de la administración y garantice una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Si bien es cierto que el poder judicial tiene un origen contra mayoritario o no democrático, lo que me interesa destacar es que en su seno se deciden políticas públicas institucionales mediante procedimientos deliberativos que constituyen verdaderas prácticas democráticas. Este tipo de control judicial de la actividad legislativa y administrativa permite que el juez analice las decisiones tomadas por dichos poderes en ejercicio de las llamadas potestades discrecionales, a la luz de los argumentos expuestos por el particular que impugna la decisión y por el gobernante que la sostiene y que han sido ordenadamente discutidos en el proceso judicial desarrollado en sus estrados.

Los procedimientos judiciales se encuentran previamente regulados por ley, a través de los llamados códigos procesales, y permiten un dialogo entre las posturas de las

partes arribando a una decisión que debe inclinarse por el mejor argumento, sin importar si tal decisión tiene el respaldo de las mayorías. Además, existe la colaboración de técnicos (peritos), terceros (testigos y *amicus curiae*) y en algunos casos relevantes se pueden realizar audiencias públicas, dónde se escucha a todos los interesados. En otro trabajo, he tratado de demostrar que el Poder Judicial, en especial la justicia contencioso administrativa, a pesar de no tener una legitimidad democrática de origen, posibilita prácticas concretas de toma de decisiones mediante procedimientos propios de la democracia deliberativa (Cabral, 2003).

El componente democrático de esta intervención está dado por la posibilidad que tiene cualquier ciudadano, sin importar su poder político o económico (siempre que funcionen bien los órganos estatales de asesoramiento y representación jurídica gratuita), de abrir la discusión en el ámbito judicial, acceder a la justicia, y exponer sus argumentos en contra o a favor de una determinada decisión pública institucional. El componente deliberativo se encuentra, tanto en la estructura del propio proceso judicial, como en la realización de audiencias públicas donde no sólo participan las partes sino dónde también intervienen terceros, interesados y *amicus curiae*. Refiere Habermas que la teoría discursiva, a diferencia de la concepción liberal y la republicana, entiende que los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como la más importantes exclusas para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración sujetos al derecho y a la ley (Habermas, 2005, p. 187).

A diferencia de las prácticas deliberativas que se desarrollan en el Poder Legislativo (en tanto órgano central del sistema representativo) en el procedimiento judicial las partes de la relación procesal se encuentran identificadas, los ciudadanos recuperan la palabra, hablan por sí mismos, libremente exponen sus argumentos, cuentan sus necesidades y exigen sus derechos, frente a la administración, en un pie de igualdad formal garantizado por el principio de igualdad de armas. Aquí no importa el peso político del accionante sino sus razones, no interesa si el reclamo proviene de un sector minoritario y excluido de la sociedad (presos, enfermos, minorías sexuales, desocupados, cartoneros, etc.) lo que importa son sus argumentos, en fin, sus derechos.

En nuestro sistema democrático representativo –gobierno de las mayorías– es difícil que estos grupos minoritarios encuentren la respuesta de aquellos candidatos a quienes votaron en la última elección y que, según reza nuestra constitución, los representan y gobiernan. La acción judicial es una estrategia más para que estas personas puedan decir presente e intervenir en la arena pública con una voz propia, recuperando así su identidad política y rompiendo el conjuro mágico de la representación. Aquel ciudadano que percibe que el Estado no está actuando correctamente, ya sea porque el accionar de la administración lesiona sus derechos o porque la omisión de ésta genera un incumplimiento de su obligación prestacional, y canaliza su disconformidad a través de la interposición de una acción judicial, está participando, de una forma racional y activamente, en la gestión de la cosa pública.

Es por intermedio del poder judicial, independiente del poder político, mediático y económico, que el ciudadano obtiene alguna respuesta a su problema, inquietud o necesidad. Aún en el caso de no prosperar su demanda, el ciudadano obtiene una explicación argumentada y con fundamentos del rechazo a su pretensión, recreándose con cada acción judicial un modelo de acción comunicativa racional entre el particular y el Estado. El juez que, a partir de dicha acción interpuesta por un particular, solicita un informe a la administración, le ordena que cumpla con las obligaciones por ella asumidas, anula un acto viciado en sus elementos, condena a indemnizar a un ciudadano, manda a prestar un servicio o le impone el cumplimiento de un plazo legal, está dando una respuesta positiva a la demanda del ciudadano y está ayudando al Estado a administrar mejor.

2. 2 Dificultades para el acceso a la justicia en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales

Dentro del concepto genérico de "tutela judicial efectiva" se incluye una serie de garantías que se desarrollan en distintas etapas de la protección jurisdiccional de las personas y que se extienden a todos los tipos de procesos judiciales y administrativos. El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido producto de una larga evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria que comenzó creando garantías específicas dentro del proceso criminal y que culminó aglutinando en un concepto más amplio y general todos los derechos y garantías que le permiten gozar al ciudadano de un servicio de justicia efectivo.

A nivel internacional el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha sido proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14), en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 6) y en el Pacto de San José de Costa Rica de Derechos Humanos (art. 8 y 25). En la Provincia de Buenos Aires el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido incorporado en la última reforma constitucional a través de su art. 15.

El Estado argentino está obligado jurídicamente, por la adhesión al Pacto de San José de Costa Rica y su incorporación a la Carta Magna, a garantizar la prestación de un servicio de justicia que efectivamente diluya y desvanezca las marcadas diferencias sociales, económicas y culturales de las personas que llegan a los estrados judiciales. El derecho a la tutela judicial efectiva que protege nuestro ordenamiento jurídico debe ser considerado en su doble aspecto: a) como derecho subjetivo fundamental y b) como garantía instrumental protectora de los derechos constitucionales.

Los derechos civiles y políticos reconocidos en los tratados de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos) son operativos y deben ser garantizados y efectivizados a sus habitantes por los Estados. Este reconocimiento se expresa en tres tipos de obligaciones de los Estados en la materia: 1- Respetar los derechos protegidos; 2- Garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción y 3- Adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos. No sucedió lo mismo con los DESCA, ya que los instrumentos jurídicos internacionales que los reconocieron no dispusieron su plena efectividad o su exigibilidad directa e inmediata, sino que mediatizaron su satisfacción por el mecanismo de la progresividad. Los motivos centrales de esta limitación, además de aditamentos ideológicos, son de naturaleza económica y encuentran su núcleo en la escasez de recursos para afrontar la plena efectividad de los derechos sociales.

El artículo 2.1 del PIDESC establece el compromiso de los Estados: "a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos." En el ámbito regional la CADH establece en su artículo 26 similar criterio, reiterado luego en el art. 1 del Protocolo Adicional de San Salvador. Estas normas acuñaron el principio de progresividad y –su consecuencia lógica– la prohibición de regresividad y otorgaron al sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos una disminuida herramienta de efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales.

No obstante, la dificultad para efectivizar los derechos sociales que tal progresividad conlleva, la doctrina y jurisprudencia ha intentado –con cierto éxito– limitar los alcances de tal principio estableciendo pautas para determinar un piso mínimo de protección de esos derechos, los contenidos básicos a garantizar y disponer criterios precisos para medir el progreso en su goce efectivo.

En esta línea de limitación y determinación del principio de progresividad se enmarca la Obs. Gral. N° 3 del Comité DESC, que al respecto sostuvo: "La principal obligación de resultado que se refleja en el artículo 2 (1) es tomar medidas '*para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos*' en el Pacto. Sin embargo, el propio Comité habilita en ciertos casos la adopción de medidas regresivas por parte de los Estados. Al respecto dijo en la misma Observación General que: "las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto de la plena utilización de los máximos recursos disponibles".

El camino hacia la efectivización de los derechos sociales está directamente vinculado con la posibilidad de su judicialización y la necesaria existencia de recursos procesales para obtener el goce pleno de tales derechos. En la Obs. Gral. Nº 9, el Comité de DESC, avanzó en dicha dirección al expresar que el Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contienen los sistemas en que se prevé tal opción.

2.3 Problemas estructurales del acceso a la justicia administrativa en la provincia de Buenos Aires[10]

Entre los condicionantes sociales que alteran el acceso a la justicia se destaca en nuestro país la imposibilidad del afectado de costear los gastos que acarrea iniciar una acción judicial. Debe considerarse como fundamental, a fin de garantizar el efectivo acceso a la justicia, la existencia de un servicio de asistencia jurídica gratuita y la eliminación de los costos del proceso.

Las defensorías que hoy por hoy existen en la provincia entienden únicamente en causas civiles y penales no existiendo asistencia estatal en materia contencioso administrativa. En la provincia de Buenos Aires el servicio de defensa pública que el Estado brinda a sus ciudadanos es ejercido por la Procuración General. La Constitución bonaerense dispone en su artículo 189 que el Ministerio Público será desempeñado por el procurador y subprocurador general de la Suprema Corte de Justicia; por los fiscales de Cámaras, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de las Cámaras de Apelación; por agentes fiscales, asesores de menores y defensores de pobres y ausentes, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de primera instancia. El procurador general ejercerá superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público.

En la estructura del Poder Judicial de la provincia, la reforma constitucional bonaerense del año 1994, estableció la creación de un nuevo Fuero Contencioso Administrativo para intervenir en la revisión de la actuación u omisión de las administraciones provincial y municipales (Art. 166 CPBA), integrado en la actualidad con, al menos un juzgado de primera instancia por cada Departamento Judicial (a excepción de Mar del Plata, La Plata, San Martín y San Isidro en los que se incorporaron más organismos) y por cuatro cámaras de apelaciones regionales (Dep. Jud de La Plata, San Nicolás, San Martín y Mar del Plata).

En el actual estado de la defensa pública bonaerense, las personas de escasos recursos que se vean obligados a exigir judicialmente a los estados provincial o municipales por la efectividad de sus derechos humanos básicos (salud, alimentación, vivienda, educación, etc.) carecen de la asistencia jurídica gratuita, ya que –como vimos– la normativa vigente no le otorga tal competencia al Ministerio Público (Cabral, 2013-b).

10 Ampliar en Cabral (2005).

Así, en efecto, los habitantes del Barrio Alegre enfrentaron las dificultades propias de aquellas personas que no cuentan con los recursos económicos para afrontar los costos de un juicio, no obteniendo por parte del Estado un servicio de defensa en juicio gratuito, debiendo obtener el patrocinio de profesionales pertenecientes, en este caso, a una organización no gubernamental de protección de derechos humanos como, en este caso, AJUS.

3. RESPUESTAS JURISDICCIONALES

3.1 Estrategia general

El presente caso fue identificado por los integrantes del proyecto de extensión de la UNLP que trabajan en el territorio barrial donde surgió el conflicto. La estrategia se construyó en conjunto con los afectados e incluía, además de la acción jurídica –en sus tres variantes procesales–, una tendiente a la visibilización social del problema (se realizaron manifestaciones, cortes de calle, se hicieron notas periodísticas, etc.) y otra dirigida a lograr una solución política (se llevó el problema a legisladores de todas las bancadas y se logró que el congreso provincial sancionara una ley de expropiación).

En lo que respecta a la estrategia procesal se trabajó en la intervención defensiva en sede penal –en el marco de la denuncia por el delito de usurpación– y en dos acciones, una ante el Superior Tribunal provincial pretendiendo la declaración de inconstitucionalidad y otra ante el Fuero Contencioso Administrativo pretendiendo el reconocimiento y restablecimiento de los derechos a la vivienda digna y a la salud. Así se trabajó en las siguientes estrategias procesales;

Desestigmatizar a las víctimas

En la causa penal el tratamiento de los vecinos era de "delincuentes", "usurpadores", "mal vivientes" (se puede leer en la denuncia penal y en los informes policiales) y no de familias y personas socialmente vulnerables. Para ello, los vecinos propusieron como forma para que los jueces los conozcan acercarles sus historias personales, de gente humilde, pero trabajadora que vino a este país en busca de mejores condiciones de vida. Así ellos mismos construyeron, con ayuda de las profesoras del taller de fotografía del proyecto de extensión, un relevamiento de las familias que viven en el barrio, con una foto de su casa y de los integrantes del grupo familiar, destacando en aquellos casos particulares en los que existieran personas especialmente vulnerables (niños, ancianos, personas con discapacidad, mujeres embarazadas, personas enfermas, etc.). Dicho anexo fue incorporado en todas las presentaciones judiciales. Se propuso dejar de lado un modelo judicial tradicional –monológico– en el que prima una sola voz dotada de autoridad –del juez–, por un proceso en el que se puedan oír las voces de los sectores sociales más vulnerables, muy pocas veces escuchados en su paso por tribunales.

Evitar un conflicto de competencia entre el Fuero Contencioso Administrativo y el Fuero Penal

Esta segunda estrategia tenía como objetivo evitar reiterar las experiencias que se venían desarrollando en resonantes casos de desalojos en los que se generaban conflictos de competencia cuyo origen radicaba en la petición de los actores ante el fuero contencioso administrativo, consistente en la solicitud que el juez disponga cautelarmente la suspensión de la medida de desalojo ordenada en forma previa por el juez del fuero penal que intervie-

ne en el proceso de usucapión. Vimos que la decisión en tales casos de la Suprema Corte se inclinó por reconocer la competencia del Juez penal y anular la decisión cautelar del juez contencioso que suspendió los desalojos.

Existiendo una causa penal en un fuero con dificultades para tramitar conflictos con DESCA en juego, se evitó generarle al magistrado del fuero contencioso administrativo una cuestión de competencia con su par penal y de esa forma eludir precedentes jurisprudenciales que obturaron la intervención de la justicia administrativa. Así, además de pedir el reconocimiento de todos los DESCA en juego, como medida cautelar se tomó la precaución de no generar un conflicto de competencia con el juez penal, solicitando a los Estados demandados que se presenten en la causa por usurpación y garanticen la normativa internacional vigente en materia de desalojos. Ambas estrategias dieron buenos resultados, pudiendo superar las dificultades normativas que obstaculizan el ejercicio y procesamiento de los DESCA, así como las barreras operativas, institucionales, culturales y fácticas ya descriptas principalmente respecto del fuero penal.

A tal fin se peticionó en el escrito de demanda que el Poder Ejecutivo Provincial y el Municipio; "Se presenten en la causa penal llevada a cabo contra el señor Marco Antonio Fernández por usurpación y dispongan todas las medidas necesarias para que, de poder decretarse o haberse resuelto el desalojo forzoso respecto de los inmuebles que ocupamos, se dé cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Obs. Gral N°7 del Comité DESC. En especial, la obligación del inciso 15, a), que dispone "la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo", así como lo ordenado en el inciso 16: "Los desalojos no deberán dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda."

Con el objetivo de eludir la generación de una cuestión de competencia entre la justicia penal (en la que se ordenó el desalojo enmarcado en una denuncia de usurpación con fundamento en el art. 231 bis del CPP) y la justicia contencioso administrativa, se dejó expresa constancia que: "…no venimos por esta acción a impugnar las decisiones del juez penal interviniente en la causa que por usurpación se le lleva al señor Fernández, sino que, aún frente a un posible desalojo justificado, pretendemos que el Estado lo lleve a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos, respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad, garantizando y protegiendo nuestro derecho a una vivienda digna y adecuada, a la salud física y mental, etc." El resultado, como veremos, fue el dictado de una medida cautelar en la que se hizo lugar a lo peticionado y su confirmación por la alzada.

Identificar las conductas omitidas para construir una pretensión procesal de reconocimiento de derechos

El antiguo sistema judicial contencioso administrativo no preveía la posibilidad para los particulares de iniciar una acción pretendiendo una decisión judicial tendiente a realizar una conducta positiva por parte del Estado provincial o municipal. El proceso regulado por el código Varela se distinguió por su carácter revisor de la actuación administrativa y por su formalismo extremo que, acompañado por una interpretación restrictiva de la Suprema Corte provincial, desvaneció toda posibilidad de control judicial del poder político, negando sistemáticamente el acceso a la justicia administrativa en el territorio bonaerense (Cabral; 2002:2).

Luego de la modificación constitucional del sistema de justicia administrativa la legislatura bonarense sancionó la ley 12.008 –CPA– que adoptó el sistema de unidad de

acción y pluralidad de pretensiones enunciando en su artículo 12 las peticiones procesales que pueden ser radicadas en el fuero contencioso administrativo.

En el inciso 6 del art. 12 del CCA se incorporó la llamada pretensión prestacional al afirmar que en el proceso contencioso administrativo podrán articularse pretensiones con el objeto de obtener la realización de una determinada prestación, por parte de alguno de los entes previstos en el art. 1 del mismo texto. La reforma del CCA efectuada mediante ley N° 13.101 realizó una modificación estructural del sistema de la ley 12.008, reestableciendo algunas instituciones del viejo código Varela y eliminando del listado de pretensiones la regulada en el inciso 6. Esta contrarreforma llevada a cabo por el poder político provincial no logró eliminar de la realidad jurídica las pretensiones utilizadas por los ciudadanos encaminados a que el Estado provincial y los municipios cumplan con sus obligaciones constitucionales originadas en el reconocimiento de los derechos sociales y de tercera generación.

Desde la dogmática jurídica, la doctrina ha reconocido el mero carácter enunciativo del artículo 12 del código y que las diversas pretensiones, enunciadas y no enunciadas en dicho catálogo, pueden ser utilizadas en forma conjunta o individual siendo factible acumular varias pretensiones en una sola acción procesal. También se argumentó a favor de la procedencia de la pretensión prestacional combinando el artículo 166 de la Constitución bonaerense que considera materia contencioso administrativa la conducta estatal omisiva con el artículo 15 del mismo texto que garantiza la tutela judicial continua y efectiva.

Salvada esta cuestión corresponde analizar los alcances, límites y potencialidades que esta nueva pretensión tiene en cuanto a lograr la efectivización de los derechos sociales y los llamados derechos de tercera generación. La pregunta a responder es si un ciudadano puede exigir a través de una pretensión prestacional que el Estado le efectivice un derecho social o de tercera generación que se encuentra expresamente garantizado en la Constitución nacional o provincial.

Daniel Soria analiza la naturaleza del deber jurídico que obliga al Estado a actuar positivamente en una situación determinada, distinguiendo aquellas obligaciones determinadas y específicas impuestas por normas expresas, de aquellas otras más genéricas o abstractas. Las primeras, a diferencia de las segundas, pueden ser viabilizadas por la pretensión prestacional del proceso contencioso administrativo. Entre las obligaciones determinadas y específicas se encuentran, por ejemplo, el deber del estado de cumplir con la ejecución del contenido de un acto administrativo, el pago de sumas debidas, la entrega de un objeto, la remoción de un obstáculo, la realización de una inspección u otra actividad, entre otras, advirtiendo que siempre ha de tratarse de deberes positivos impuestos por normas expresas, establecidos en actos operativos o convenidos en contratos administrativos (Soria; 2011:230).

Dentro de las obligaciones más genéricas o abstractas menciona el derecho a la salud, a la seguridad ciudadana, a la vivienda digna, en fin, algunos de los derechos sociales y de tercera generación que garantiza nuestro sistema constitucional. En opinión de este autor, estos derechos "al igual que otras actividades inherentes al Estado de bienestar o servicial, escapan del ámbito de aplicación de esta norma. No cabría por ende condenar a la Provincia por el tan generalizado estado de inseguridad ciudadana" (Soria; 2011;236).

¿Dónde hallamos los límites que dividen unas obligaciones de otras? Daniel Soria propone como criterio la determinación de las personas legitimadas y la concreción de los objetos de las actuaciones involucradas, encontrando la malla de seguridad del sistema en la densidad y precisión regulatoria establecida en las normas materiales de aplicación. Es entonces en el tipo de norma que dispone la obligación del Estado de actuar positivamente donde Soria encuentra el fundamento de la distinción mencionada. Explica que "La fuente de las prestaciones pude hallarse tanto en actos normativos (reglamentos u ordenanzas generales), administrativos o convencionales, etc.", en otras palabras, deberes positivos "impuestos por normas expresas, establecidos en actos operativos o convenidos en contratos

administrativos". En la tarea de identificar las normas materiales de aplicación para la resolución del caso abordado, se deben recortar las disposiciones del ordenamiento jurídico con la densidad y precisión regulatoria para construir, a partir de la omisión del Estado, la conducta a exigir judicialmente.

En la demanda cont. adm. se identificó la pretensión como de *restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelado* (Art. 12 CCA) y en el objeto de la demanda se identificaron los derechos fundamentales violentados (vivienda adecuada, a la salud, a la vida digna, a un ambiente adecuado, al trabajo y a la educación) con su reconocimiento normativo, y se precisó la omisión de los Estados demandados de un deber jurídico, concreto y específico a cargo de las Administraciones Pcial. y Municipal, construido en el efectivo y acreditado incumplimiento de las conductas identificadas como obligaciones jurídicas emanadas de los tratados internacionales de derechos humanos (Art. 11 del PIDESC y las Obs. Grales. del Comité de DESC Nº 4 y N° 7 y art 36 inc. 7 de la Const. Pcial).

A modo de ejemplo identificamos las siguientes conductas reglamentadas por disposiciones aplicables al caso, como la necesaria presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, así como la expresa obligación del Estado Parte de adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda a las personas desalojadas (Obs. Gral. N° 7, incisos 15 y 16).

3.2 Acción originaria de inconstitucionalidad ante la SCBA

Se planteó ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires una acción originaria y declarativa de inconstitucionalidad del artículo 231 bis del Código Ritual Penal, junto con una medida cautelar. El Supremo tribunal provincial el 08/05/2013 rechazó la acción por cuestiones formales propias del encorsetamiento que caracteriza a la vía intentada.

No obstante, el rechazo de la pretensión, la SCBA tomó en cuenta los derechos afectados y la vulnerabilidad del grupo de personas solicitantes, ordenando una medida inédita –remitir copia de lo actuado al fuero penal– por no estar prevista en las normas rituales y cuyo objetivo puede ser identificado como una recomendación o advertencia a la actuación de la jueza penal a cargo del desalojo. Dijo la corte: "Ahora bien, sentado lo anterior, corresponde, teniendo en consideración la extrema situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las familias que promueven la demanda, prima facie acreditada por medio de la prueba documental acompañada y el grave peligro de que en forma inminente esa condición empeore, en caso de ser ciertas las afirmaciones expuestas en el escrito inicial, previa individualización por parte del letrado patrocinante de la actora de los autos en los que se habría dictado la orden de desalojo a la que se alude en la demanda, para lo cual se confiere el término de un día, se extraigan y certifiquen por el actuario fotocopias de la presente causa para ser remitidas de inmediato al órgano judicial correspondiente a fin de que tome conocimiento de la situación descripta en la demanda, a los efectos que estime pertinentes (arts. 15, 36 y conc. Const. Pcial; 34 y 36, C.P.C. y C.)."

3.3 Juicio de desalojo en sede penal

Como vimos, los vecinos se anoticiaron por intermedio de notificación policial de la existencia de una causa penal en la que sólo se encuentra imputado el señor Fernández del delito de usurpación y en la que se ordenó el desalojo de los terrenos que ocupan con fundamento en el artículo 231 bis del CPPBA. En dicho proceso los vecinos se presentados para

ser tenidos por parte, en tanto resultarían directamente afectados por la medida de desalojo dispuesta, resultando tales planteos desestimados en esa sede judicial.

3.4 Demanda Contencioso Administrativa

El día jueves 9 de mayo se inició una acción contencioso administrativa ante el Juzgado CA N° 2 de la Plata, a cargo de la Dra. Logar, contra la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata para que se garantice a las familias –en su mayoría trabajadores migrantes– su derecho a la vivienda digna, a la salud, medio ambiente y la educación en cumplimiento de normas constitucionales y de tratados internacionales de derechos humanos.

Ese mismo día el juzgado dictó una medida cautelar favorable a los actores consistente en ordenar a las demandadas a garantizar la asistencia social inmediata y concreta a las familias que habitan el Barrio Alegre en materia de salud y vivienda y presentarse en sede penal a fin de garantizar el cumplimiento de la Obs. Gral. N° 7 del Comité DESC respecto de los desalojos.

En la Justicia Contencioso Administrativa local de primera instancia se dictó una medida cautelar ponderando los requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora, no afectación del interés público y que la urgencia comprometida en el caso y el perjuicio que la medida pudiera originar tanto a la demandada como a los terceros y al interés público. Así entendió acreditados los presupuestos para la procedencia de la medida solicitada.

La jueza sostuvo que la tutela peticionada tendía a preservar los derechos garantizados constitucionalmente de acceso a una vivienda digna y el derecho a la salud (Art. 22, inc. 1º, ap. "c" y 3º, C.C.A.) ordenando el cumplimiento de los demandados de las conductas peticionadas en el escrito de inicio, con fundamento en la Obs. Gral. del Comité DESC N° 7. En efecto, respecto del derecho en juego afirmó que "*la Observación General Nº 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales de Naciones Unidas, establece que "los desalojos no deberán dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarios, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda" (inciso 16). Que dicha normativa internacional aplicable en el ordenamiento interno conforme lo establece el ordenamiento constitucional (arts. 77 inc. 22, Const. Nac.; 11 Const. Prov.), torna verosímil el derecho invocado por la actora (art. 22 inc. 1º, ap. "a" y 3º, C.C.A.).*

En cuanto al peligro en la demora, fundamentó la procedencia de este recaudo en las circunstancias reseñadas por la actora, dando cuenta de la inminencia del desalojo de los inmuebles que habitan como poseedores de buena fe (art. 22 inc. 1º, ap. "b" y 3º, C.C.A.).

La medida concretamente dispuesta cautelarmente consistió en: "*ordenar a la Municipalidad de La Plata y a la Provincia de Buenos Aires a través de sus organismos competentes –Ministerio de Infraestructura, Ministerio de Salud y Ministerio de Desarrollo Social–, se hagan presente en el "Barrio Alegre" de la ciudad de La Plata –delimitado por las calles 122 entre 613 y 614– a prestar la asistencia social inmediata y concreta de las familias que habitan en el mismo, en materia de salud y vivienda. Asimismo, las demandadas deberán presentarse en la causa penal incoada contra el señor Marco Antonio Fernández, por el delito de usurpación, IPP Nº 8658-12, en trámite por ante la UFI Nº 6, y con intervención del Juzgado de Garantías Nº 5 de La Plata, a los fines del cumplimiento de la Observación General Nº 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales de Naciones Unidas (inc. 16) (arts. 22 y concs., C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101)".*

El tipo y calidad de respuesta es muy diferente según el fuero en el que se litigó, ya que en la justicia administrativa se reconoció la condición de exigible y justiciable de los DESCA y en la justicia penal ni si quiera se tuvo como parte a las víctimas de la violación de dichos derechos. El fuero contencioso administrativo utilizó estándares internacionales como los dispuestos en las observaciones del Comité de DESC respecto de la forma en que deben llevarse a cabo los desalojos. El fuero penal demostró en este caso no estar preparado para dar respuesta institucional adecuada a este tipo de conflictos.

Apelada la decisión judicial por el municipio codemandado, la Cámara Contencioso Administrativa con sede en La Plata resolvió el 27/08/2013 confirmar la medida adoptada por el magistrado interviniente. Para así decidir, la alzada consideró que: "el despacho cautelar tiene a preservar los derechos que se intentan salvaguardar en el sub examine, se vinculan directamente con el interés público preservado en normas jurídicas concretas –supranacionales, constitucionales y legales–, a fin de efectivizar el mandato constitucional dirigido a la protección de los derechos garantizados constitucionalmente de acceso a una vivienda digna y el derecho a la salud (arts. 16, 17, 31, 33, 41, 42, 43, 75 inc. 22 y 124 in fine de la Const. Nac.; 15, 28, 36 incs. 1, 2, 7 y 8 de la Const. Prov.; y tratados internacionales y normas legales)." La causa se encuentra en proceso con las medidas adoptadas y sin que las familias accionantes se hayan visto desalojadas de sus viviendas.

3.5 Formulación de hipótesis respecto del contendido analítico anterior

La incorporación al ordenamiento jurídico nacional de normativa internacional de protección de los derechos humanos obliga a los Estados (Nacional y provinciales) a dar garantía de efectividad a los derechos sociales. La Justicia Administrativa es un carril institucional adecuado para el control de la administración pública en el ámbito de las políticas sociales, teniendo aptitud para la efectivización de derechos sociales y la participación ciudadana. Para ello es necesario que el proceso administrativo incorpore tutelas procesales diferenciadas que contemplen la distinción entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales.

Una cuestión teórica que se desprende de la experiencia relatada es el nivel de respuesta que en casos de sujetos especialmente vulnerables puede brindar el Poder Judicial, considerando que en el caso mencionado la solución a la problemática social provino del fuero contencioso administrativo y no desde el fuero penal, en el cual fueron estigmatizados, no se los escuchó ni mucho menos se consideraron sus derechos fundamentales en juego.

Como explica Giurleo, puede existir en los integrantes del Poder Judicial, mayor o menor sensibilidad por temas sociales, explicando que, la posibilidad de introducir problemáticas sociales en ámbito de la justicia institucional tiene que ver con la mayor o menor "sensibilidad" (permeabilidad) respecto a ciertas problemáticas sociales. El Poder Judicial puede ser más o menos permeable (más o menos sensible), mientras que el Poder Ejecutivo también puede ser más o menos permeable, con la diferencia de que ese resto de "permeabilidad" entre "lo que el Ejecutivo cree que debe materializar" y "los derechos garantizados para los ciudadanos", debe "amoldarse" necesariamente al marco que establece la Constitución local (Giurleo, 2018).

En el ámbito nacional se ha avanzado mucho en el proceso histórico de reconocimiento de los DESCA por intervención de los poderes judiciales federal y provinciales. El ingreso al Poder Judicial de los derechos sociales, culturales y ambientales ya es un hecho en la Argentina y en gran parte de la región, lo que hoy debemos debatir es qué tipo de tratamiento institucional se debe dar a las víctimas de violaciones de estos derechos luego que atraviesan la puerta de tribunales. Un ejemplo de ello es la necesidad de adaptar las estructuras procesales para este tipo específico de conflicto en los que intervienen grupos

vulnerables y en las que resulta imperioso construir tutelas procesales diferenciadas en las que las categorías de derechos en juego (patrimoniales o fundamentales) determinen un tratamiento preferencial de la parte más débil en juicio.

4. CONSECUENCIA E IMPACTO

En concreto, la decisión adoptada cautelarmente por la justicia administrativa implicó en la práctica la suspensión del desalojo dispuesto en la sede penal. Asimismo, como se expreso, se combinaron estrategias jurídicas con políticas y mediáticas, obteniendo por parte del poder legislativo una solución de fondo al expropiar los inmuebles en cuestión y otorgárselos a sus ocupantes con un plan de pagos, en el marco de un nuevo régimen provincial de acceso justo al hábitat (Ley 14.449.) Actualmente el proyecto de extensión sigue trabajando en el barrio, siendo su principal actividad la construcción de una biblioteca popular donde hoy se brindan diversos talleres, cursos y seminarios de arte dirigidos por la Facultad de Bellas Artes de la UNLP. Sigue siendo un grave problema la contaminación y riesgo ambiental para la salud el basurero a cielo abierto instalado en los predios linderos al Barrio Alegre.

4.1 Poder legislativo[11]: Ley 14.552. Expropiación del inmueble ubicado en el Barrio Alegre

En fecha 21 de noviembre de 2013 se aprobó en la legislatura provincial la ley por la cual se declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación el inmueble ubicado en el Barrio "Alegre" (Villa Alba), de la localidad de La Plata. La ley dispone que la adjudicación será de un lote por núcleo familiar y su dimensión garantizará condiciones mínimas ambientales y de habitabilidad, que el monto total a abonar por cada adjudicatario será determinado por el costo expropiatorio. Los adjudicatarios abonarán cuotas mensuales que no podrán exceder del diez por ciento (10 %) de los ingresos del núcleo familiar. El plazo se convendrá entre el Estado y los adjudicatarios, no pudiendo ser mayor de veinticinco (25) años. Agrega que las mejoras existentes en los inmuebles a expropiar se presumen realizadas por los ocupantes y que serán adjudicatarios de los lotes aquellos ocupantes que reúnan los siguientes requisitos: a) Detentar una ocupación efectiva del inmueble la cual no podrá ser inferior a un (1) año. b) No poseer ninguno de los miembros del grupo familiar inmuebles a su nombre ni, ser beneficiarios de otra vivienda bajo cualquier otro régimen.

4.2 Acción judicial colectiva

La Defensoría de Casación del ministerio Público de la provincia de Buenos Aires interpuso una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 231 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires que autoriza el desalojo compulsivo de ocupantes de inmuebles. La acción fue de carácter colectivo y se interpuso en "favor de todas las personas

11 En el ámbito de la provincia de Buenos Aires se aprobó la ley 14.449 de Acceso Justo al Hábitat; la ley 14.875 modificó el Código Procesal Penal y agregó un nuevo artículo a la regulación procesal penal provincial una norma adaptando tal procedimiento a la ley 14.449 (art. 231 ter). En la esfera nacional, en octubre de 2018, se sancionó la Ley 27.453 creando un régimen de regularización dominial para la integración socio urbana.

que resulten alcanzadas por desalojos compulsivos dispuestos en el marco de procesos penales en virtud de la aplicación del art. 231 bis del CPP". La demanda desarrolla el "Contexto de aplicación del art. 231 bis del CPP", sección en la que argumenta con el desarrollo de algunos casos paradigmáticos, entre los que se encuentra: "a. Desalojo en Barrio Alegre de La Plata". La causa se encuentra tramitando ante el superior tribunal bonaerense, habiéndose contestado la demanda por parte del Asesor General de Gobierno provincial. El pasado 19 de abril hizo su presentación como amigo del tribunal el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires.

4.3 Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. La sanción del Protocolo de actuación judicial frente a ocupaciones de inmuebles por grupos numerosos de personas en situación de vulnerabilidad

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en las actuaciones administrativas tramitadas por expediente 3001-18502/16, resolvió –en fecha 17-04-19– aprobar el *Protocolo de Actuación Judicial frente a ocupaciones de inmuebles por grupos numerosos de personas en situación de vulnerabilidad* (SCBA. Res. 707/19). Así, la reglamentación de las garantías constitucionales y convencionales de los derechos fundamentales a través del protocolo en estudio, implican por parte del máximo Tribunal de Justicia buscar una solución a las situaciones en las que en procesos de desalojos masivos se violen derechos de familias en situaciones de extrema vulnerabilidad social, como lo expresó al remitir a la sede penal las actuaciones iniciadas mediante la acción originaria interpuesta por los vecinos del Barrio Alegre. La norma que analizaremos a continuación, es un ejemplo de las tutelas procesales diferenciadas a favor de grupos altamente vulnerables antes destacadas.

Las facultades esgrimidas por el Tribunal provincial surgen del artículo 5 del CPP-BA (ley 11.922 y modif.), que dispone que la SCBA dictará las normas prácticas que sean necesarias para aplicar este Código, sin alterarlo. Su sanción encuentra fundamento en la necesidad de cumplir con los recaudos que la normativa interna e internacional que establecen para un procedimiento preventivo como el desalojo, tendiente a evitar que puedan comprometerse seriamente otros derechos humanos de las personas y grupos afectados por los desalojos (personas en situación de vulnerabilidad), y que, con ello, se genere responsabilidad estatal.

El ámbito de aplicación del protocolo son los órganos del fuero penal del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires que intervengan en los requerimientos de restitución preventiva de inmuebles ocupados por un grupo numeroso de personas humanas en situación de vulnerabilidad. El objetivo es garantizar en este tipo de fundamento la aplicación de las garantías constitucionales e internacionales que protegen a grupos de personas vulnerables. Encuentra especial fundamento normativo en las observaciones generales N° 4 y N°7 del Comité DESC referidos al derecho a una vivienda adecuada establecido en el inciso 1 del artículo 11 del PIDESC.

Establece la norma una serie de recaudos que deberán cumplirse en este tipo de intervención judicial, algunos anteriores a proceder a ordenar el desalojo como verificar que el inmueble a desocupar no se encuentre inscripto en el Registro Público Provincial de Villas y Asentamientos Precarios y en caso afirmativo verificar si se encuentra acreditada una de las excepciones del artículo 70 bis de la ley 14.449 y proceder en consecuencia (citar a una audiencia para relocalizar a las personas y familias afectadas, entre otras), determinar e identificar cuáles son las personas que ocupan el inmueble que podrían integrar un grupo en situación de vulnerabilidad, dar intervención a la defensoría Oficial, al Asesor de incapaces, a la Subsec. Soc. de Tierras y Acceso Justo al Habitat, al Defensor del Pueblo, entre otros.

En cuanto al desalojo, obliga a que se realice en horario diurno y con buenas condiciones climáticas, debe limitarse en lo posible el uso de la fuerza pública, el acta conminatoria debe ser puesta en conocimiento de la defensa interviniente, del Defensor del Pueblo, del Ministerio de Desarrollo Social, del Municipio, de la Sec. de DDHH, entre otros. El procedimiento reglamentado por la Suprema Corte, coincide con la medida cautelar peticionada por los vecinos del Barrio Alegre y tiende a evitar los conflictos denunciados por el ex juez contencioso administrativo Luis Arias. Se trata de un ejemplo de tutela procesal diferenciada en protección de grupos de personas socialmente vulnerables y en cumplimiento de las garantías y derechos que surgen para ellos de nuestro bloque de constitucionalidad. En cuanto a los efectos prácticos de la aplicación del protocolo para desalojo de personas en situación de vulnerabilidad, la puesta en marcha del procedimiento allí establecido está en pleno desarrollo en estos primeros meses desde su creación normativa por la SCBA.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y PAUTASSI, L. –compiladores– (2010); La medición de derechos en las políticas sociales, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires.
- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., (2006); El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, Ediciones del Puerto, Buenos Aires.
- ACKERMAN, B. (2011); El futuro de la revolución liberal, Ediciones Ariel, Barcelona, 1995; La justicia Social en el Estado Liberal, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; La Constitución viviente, Marcial Pons, Buenos Aires.
- AÑÓN ROIG, M. J. (1994); Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ARANGO, R. (2005); El concepto de derechos sociales fundamentales, Editorial Legis, Bogotá.
- ARISTÓTELES (2007); Ética nicomaquea, Losada, Buenos Aires.
- ATIENZA, M. (2008); Tras la justicia, Ariel Derecho, Barcelona, 2013; Marx y los derechos humanos, Palestra, Lima.
- BALBÍN, C. F. (2011); Tratado de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Buenos Aires.
- BARRA, R. C. (1980); Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.
- BARRA, R. C. (2002); Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.
- BARRY, B. (2001); Teorías de la Justicia, Editorial Gedisa, Barcelona.
- BENTHAM, J. (2008); Los principios de la moral y la legislación, Editorial Claridad, Buenos Aires.
- BERCOVICH, L. y MAURINO, G. (2013); Los derechos sociales en la gran Buenos Aires. Algunas aproximaciones desde la teoría, las instituciones y la acción, Edueba, Buenos Aires.
- BERIZONCE, R. O. (2009); Tutelas procesales diferenciadas, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- BERIZONCE R. O y FUCITO F. (2014); Tutelas procesales diferenciadas de los Derechos Económico, Sociales y Culturales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, Buenos Aires.
- BLASCO, P. L. (2013); La justicia entre la moral y el derecho, Editorial Trotta, Madrid.
- BOAVENTURA DE SOUZA S. (2009); Si Dios fuese activista de los Derechos Humanos, Editorial Trotta, Madrid, 2014; Reinventar la democracia. Reinventar el Estado, Clacso Libros, Buenos Aires, 2006; Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho, Editorial Trotta, Madrid.
- BORON, A. AMADEO, J. y GONZÁLEZ, S. (2010); La teoría marxista hoy. Problemas y perspectivas, Clacso Libros, Buenos Aires.
- BORON, A. A y LIZÁRRAGA, F. (compiladores) (2014); El liberalismo en su laberinto. Renovación y límites en la obra de John Rawls, Ediciones Luxemburg, Buenos Aires.
- BOTASSI, C. A. –Director– y CABRAL, P. O. –Coordinador– (2017), Derecho Administrativo, Librería Editora Platense, La Plata.
- BOURDIEU, P.; El sentido práctico, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013; Nobleza de estado. Educación de elite y espíritu de cuerpo, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013; La eficacia simbólica. Religión y política, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2009; Poder, Derecho y Clases Sociales, Editorial

Desclée de Brouwer SA, Bilbao, 2000; Intelectuales, política y poder, Eudeba, Buenos Aires, Buenos Aires, 2003; Las estrategias de la reproducción social, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013; Capital cultural, escuela y espacio social, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013 (a); El sentido social del gusto. Elementos para una sociología de la cultura, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013 (b).

- BOURDIEU, P.; CHAMBORDEON, J-C. y PASSERON, J-C. (2002); El oficio de sociólogo. Presupuestos epistemológicos, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires.
- BOURDIEU, P. y TEUBNER, G. (2000); La fuerza del Derecho, Ediciones Uniandes, Bogotá.
- BROWN, W. y WILIAMS, P. (2003); La crítica de los derechos, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- CABRAL, P. O. (2002); "La tutela judicial efectiva en la Provincia de Buenos Aires. La problemática de la jurisdicción contencioso administrativa", JA, Suplemento de derecho administrativo, 9 de octubre de 2002.
- CABRAL, P.O. (2004); La justicia administrativa como herramienta constitucional de control del sistema político-administrativo, Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina, suplemento de derecho administrativo de fecha 3 de noviembre de 2004.
- CABRAL, P.O. (2006); La relación entre el Sistema Institucional de Control del Poder Público y el Acceso a la Justicia Administrativa en la provincia de Buenos Aires, en el libro colectivo "Acceso a la Justicia. Trabajo del Concurso Argenjus 2005", Editorial La Ley, Buenos Aires.
- CABRAL, P.O. (2008); El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia deliberativa, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el mes de septiembre de 2008 (año 2, Nº 2).
- CABRAL, P.O. (2013-a); La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la Ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos." Publicado en Jurisprudencia Argentina el 12/06/2013 (SJA 2013/06/12-9; JA 2013-II).
- CABRAL, P.O. (2013-b): "DEFENSORÍAS PÚBLICAS ESPECIALIZADAS PARA ACTUAR ANTE EL FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Propuesta de creación de la Defensoría Pública para litigar ante el Fuero Contencioso Administrativo bonaerense", presentada en el Segundo Encuentro de Políticas Públicas para la Provincia de Buenos Aires, organizado por el Senado de la Provincia de Buenos Aires, 2013 y en el Congreso Nacional sobre la Reforma Judicial "Hacia la Democratización de la Justicia", Universidad Nacional de La Matanza, 14 de mayo de 2013.
- CABRAL, P.O. (2018-a); Las tutelas procesales diferenciadas en materia ambiental. Revista Derechos En Acción, 8(8).
- CABRAL, P.O. (2018-b); El proceso contencioso frente al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Revista Derechos En Acción, 6(6).
- CABRAL, P.O. (2018-c); La judicialización de la política. Propuesta de un abordaje sociológico a un fenómeno político que impacta en el campo jurídico. Trayectorias Universitarias, 4(7), 3-16.
- CAMPBELL, T. (2008); La Justicia. Los principales debates contemporáneos, Editorial Gedisa, Barcelona.
- CARBONELL, M. (2010); Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos claves, Palestra, Lima.
- CASSAGNE, J. C. (2008); Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- CÁSERES, T. D. (1974); La Justicia y el Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- CASTEL, R. (2011); La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?, Manantial, Buenos Aires.
- CAPPELLETTI, M. (2010); ¿Jueces legisladores?, Communitas, Lima.
- CORTELEZZI, J. A., Capitulo "La acción de daños y perjuicios por hechos y omisiones de la administración" en la obra colectiva dirigida por Guido Santiago TAWIL "Derecho Procesal Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- COSSIO DÍAZ, J. R. (1989); Estado Social y Derechos de Prestación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- COHEN, G. (2014); Por una vuelta al socialismo o cómo el capitalismo nos hace menos libres, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- DAHL, R. (2008); La igualdad política, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- DAMASKA, M. R (2000); Las caras de la Justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- DROMI, J. R. (1987); Manual de derecho administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- DUBET, F. (2011); Repensar la cuestión social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

- DWORKIN, R.; El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica, Gedisa Editorial, Barcelona, 1992; Una cuestión de principios, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012; Justicia para erizos, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- ELSTER, J.; Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión, Gedisa Editorial, Barcelona, 1999; Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica, Katz, Buenos Aires, 2006; La explicación del comportamiento social. Más tuercas y tornillos para las ciencias sociales, Gedisa Editorial, Barcelona, 2010; Razón y racionalidad, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2014; El cemento de la sociedad. Las paradojas del orden social, Gedisa Editorial, Sevilla, 2006; La democracia deliberativa, Gedisa Editorial, Barcelona, 2001
- ENGELS, F. (2004); El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, Editorial Nuestra América, Buenos Aires.
- EPP, C. R. (2013); La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A. (2013); El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos, Editorial Trotta, Madrid.
- FELBER, C. (2014); La economía del bien común. Un modelo económico que supera la dicotomía entre capitalismo y comunismo para maximizar el bienestar de nuestra sociedad, Paidós, Buenos Aires.
- FERRAJOLI, L. (2006); Los fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2001; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2016); Principia Iuris. Teoría del Derecho y la Democracia. Editorial Trota, Madrid.
- FISS., O. (2007); El derecho como razón pública, Marcial Pons Editores, Madrid.
- FOUCAULT, M. (1998); La verdad y las formas jurídicas, Gedisa Editorial, Barcelona.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. (1998): "Democracia, jueces y control de la administración", Editorial Civitas, Madrid.
- GARCÍA PASCUAL, C. (1996); Legitimidad democrática y Poder Judicial, Edicions Alfons El Magnánim, Valencia.
- GARGARELLA, R (1999).; Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política, Editorial Paidós, Barcelona.
- GARGARELLA, R. (1996); La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Ariel Editores, Barcelona.
- GARGARELLA, R. (2004); "Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras", Claves para todos, editorial Capital Intelectual, Buenos Aires.
- GARGARELLA, R. (2014); Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- GIURLEO, P. La judicialización de las demandas villeras. Justicia, Política y Acción Colectiva en las villas de Buenos Aires", inédito.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2000); La ética en la Administración pública, Civitas, Madrid.
- GORDILLO, A.; Tratado de Derecho Administrativo, Ediciones Macchi S.A., Buenos Aires, 1974; Derechos Humanos, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997; Después de la Reforma del Estado, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.
- GREIF, J. (2014); Quo vadis justitia? Acceso a la justicia, Librería Editora Platense, La Plata.
- GROSMAN, L. S.; Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución, Editorial Libraria, Buenos Aires, 2008.
- HABERMAS, J. (2005); Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Editorial Trotta, Madrid.
- HERRERA, C. M. (2008); Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- HERRERA, E. (2006); Práctica metodológica de la investigación jurídica, Astrea, Buenos Aires.
- HOFFE, O. (2003); Justicia Política, Ediciones Paidós, Madrid.
- HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R. (2011); El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- HONGJU KOH, H. y SLYE, R. (2004); Democracia deliberativa y derechos humanos, Gedisa Editorial, Barcelona.
- KELSEN, H.(2006); Qué es la justicia, Librería el Foro, Buenos Aires.
- KENNEDY, D. (2010); Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

- KNEEN, B. (2013); La tiranía de los derechos, Editorial Cienflores, Ituzaingó.
- LACLAU, E. (2014); Fundamentos retóricos de la sociedad, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- LAPORTA, F. J (2007); El imperio de la ley una visión actual, Editorial Trotta, Madrid.
- LECLERCQ, M. G. (2007); Legitimidad política y neutralidad estatal. Sobre los fundamentos del liberalismo, Eudeba, Buenos Aires.
- LINARES, S. (2008); La (i)legitimidad democrática y del control judicial de las leyes, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- LUHMANN, N. (2005); El derecho de la sociedad, Herder, México.
- LUQUI, R. E. (2005); Revisión judicial de la actividad administrativa. Juicios contenciosoadministrativos, Astrea, Buenos Aires.
- MARMOR, A. (2001); Interpretación y teoría del derecho, Gedisa Editorial, Barcelona.
- MARÍ, E. (1991); Materiales para una teoría crítica del derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MARTÍNEZ DE HOZ, J. A (1981); Bases para una Argentina Moderna 1976-80, Compañía Impresora Argentina S.A., Buenos Aires.
- MARX, K. (2003); El Capital, Ediciones Akal SA, Madrid.
- MESSNER, J. (1960); La cuestión Social, Ediciones RIALP SA, Madrid.
- MIGDAL, J. S (2011); Estados débiles, Estados fuertes, Fondo de Cultura Económica, México.
- MORENO, G. R (2019); Comentarios a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Librería Editora Platense, La Plata.
- NINO, C. S. (2007); Introducción al análisis del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- NOLTE, E. (1995); Después del comunismo, Ediciones Ariel, Barcelona.
- NOVOA MONREAL, E. (1999); El derecho como obstáculo al cambio social, Siglo XXI Editores, México D.F.
- NOZICK, R. (2012); Anarquía, Estado y utopía, Fondo de Cultura Económica, México.
- NUSSBAUM, M. C. (2012); Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión, Paidós, Madrid.
- OVEJERO, F., MARTÍ, J. L. y GARGARELLA, R. (2004); Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad, Paidós, Barcelona.
- PARDO, J. E. (2013); La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis, Marcial Pons, Madrid.
- PISARELLO, G. (2011); Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático, Editorial Trotta, Madrid.
- PRIETO SANCHIS, L. (2009); Justicia constitucional y derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid.
- RAWLS, J., La justicia como equidad. Una reformulación, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2004; Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México, 2011; Liberalismo Político, Fondo de Cultura Económica, México, 2011; El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública, Paidós, Madrid, 2001.
- ROBLES MORCHÓN, G. (2009); La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho, Editorial Trotta, Madrid.
- ROUSSEAU, J. J. (1993); El contrato social, Ediciones Altaya S.A., Barcelona.
- ROSANVALLÓN, P. (2012); El capitalismo utópico. Historia de la idea de mercado, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2006; La sociedad de iguales, Manantial, Buenos Aires.
- ROSILLO MARTÍNEZ, A. (2012); Liberación y justicia social. Derechos humanos desde la teología de la liberación, CENEJUS, Aguascalientes.
- ROSS, A. (2011); Sobre el derecho y la Justicia, Eudeba, Buenos Aires.
- SANDEL, M. (2000); El liberalismo y los límites de la justicia, Gedisa Editorial, Barcelona.
- SANTIAGO, A. (2010); En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales, Marcial Pons, Buenos Aires.
- SARLO, O. y BLANCO, A. (2008); El principio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- SEN, A. (2011); La idea de la Justicia, Taurus Alfaguara, Buenos Aires.
- SCHEIBLER, G. (2017); Cuestiones de Derecho Urbano, Librería Editora Platense, Buenos Aires.
- SCHUSTER, F. G. (2004); El método en las ciencias sociales, Editores de América Latina, Buenos Aires.
- SKINNER, Q. (2003); Hobbes y la libertad republicana, Prometeo, Buenos Aires, 2010; "El nacimiento del Estado", Editorial Gorla, Buenos Aires.
- SORIA, D. (2011), Aspectos básicos de las pretensiones en el código procesal administrativo de la Provincia de Buenos Aires, en el libro El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Botassi C (Dir), Librería Editora Platense, Buenos Aires.

- SPENCER, H. (1978); La Justicia, Editorial Heliasta, Buenos Aires.
- THERBORN, G. (2005); La ideología del poder y el poder de la ideología, Siglo XXI Editores, Madrid.
- VASILACHIS DE GIALDINO, I. (2013); Discurso científico, político, jurídico y de resistencia. Análisis lingüístico e investigación cualitativa, Gedisa Editorial, Barcelona.
- WACQUANT, L. –coordinador– (2005); El misterio del ministerio. Pierre Bourdieu y la política democrática, Gedisa Editores, Barcelona.
- WALDRON, J. (2018); Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y los Tribunales, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- WALZER, M. (2010); Pensar políticamente, Paidós, Madrid.
- WEBER, M. (1987); Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, Fondo de Cultura Económica, México.
- ZAGREBELSKY, G. y MARTINI, C. M. (2006); La exigencia de justicia, Editorial Trotta, Madrid.
- ZAGREBELSKY, G. (2009); La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional, Editorial Trotta, Madrid, 2014; El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Editorial Trotta, Madrid.

Recomposición ambiental en el marco de un proceso colectivo, basado en oralidad e inmediación

ALEJANDRO BÉRGAMO Y FACUNDO CATTANEO[12]

RESUMEN

La experiencia adquirida en el poder judicial motiva a los autores a proponer la implementación de procesos colectivos, basados en oralidad e inmediación, para la tutela de los derechos fundamentales de incidencia colectiva. Los valores que los inspiran son los de garantizar una justicia cercana a la comunidad, transparente en la forma de solventar los conflictos e independiente de los otros poderes. La hipótesis de la investigación es que no se requieren modificaciones presupuestarias, ni legislativas, sino una transformación cultural: jueces activos comprometidos con su función.

Palabras claves: Proceso colectivo • Medio ambiente • Activismo judicial • Tutela judicial efectiva • Contaminación

ABSTRACT

The experience gained by the Judiciary motivates the authors to propose the implementation of collective processes, based on orality and immediacy, for the protection of the fundamental rights of collective incidence. The core values that inspire them are those of guaranteeing justice to the community, transparency in the way of solving conflicts and respect of the independence of the remaining public departments. The hypothesis of the investigation is that no budgetary or legislative modifications are required, but rather a cultural transformation: active judges committed to do their best at their function.

Keywords: Class actions • Environment • Judicial activism • Effective judicial protection • Pollution

12 Alejandro Nicolás Bérgamo Scarso, Abogado, Universidad de Buenos Aires. Magister en Magistratura y Derecho Judicial, Universidad Austral. Auxiliar docente en Elementos de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Buenos Aires (UBA), (Cátedra: Dr. Jorge A. Rojas. Comisión: Dr. Alberto J. Tessone), Email: alejobs88@gmail.com; Facundo José Cattaneo Aráoz, Abogado, Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Austral. Auxiliar docente en Elementos de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires (UBA) (Cátedra: Dra. Susana Cayuso. Comisión: Dra. Ana M. Bestard), fcattaneoaraoz@gmail.com.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

En este trabajo abordaremos un caso colectivo, en el que se detectó contaminación producto de la filtración de hidrocarburos en una estación de subterráneos y que representa la afectación más importante al medio ambiente, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La metodología empleada en la investigación se remonta al inicio del conflicto (1979), el mecanismo a través del cual ingresó al aparato judicial, como fue canalizado procesalmente, las razones que han postergado la recomposición del medio ambiente impuesta en una sentencia que tiene veinte años (1999) y el cambio de paradigma adoptado desde la jurisdicción (2017) en aras de efectivizar la tutela efectiva del DESCA.

1. TRAYECTO INICIAL DEL CONFLICTO

Hacía fines de la década del 70' (1979), se produjo una explosión en la Línea E de subterráneos a raíz de una filtración de hidrocarburos en los tanques contenedores, ubicados de la estación de servicio explotada por Shell CAPSA S.A (SHELL), en pleno centro de la Ciudad de Buenos Aires, dejando como resultado un operario herido.

Este episodio determinó la realización de una constatación en el sitio y la celebración de un acuerdo de participación entre Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado (SBASE), SHELL y otras subsidiarias, con el objeto de eliminar las emanaciones de gases y evitar el progreso de la contaminación.

En el marco de ese acuerdo, SHELL suministró a la estación de subte dos extractores para el barrido de gases e instaló un interruptor automático antiexplosivo, asumiendo el compromiso de realizar monitoreos periódicos.

Sin embargo, nada se acordó para mitigar el daño ambiental provocado por el derramamiento de petróleo en una superficie mayor a una hectárea con una profundidad que oscila entre los 14 y 20 metros.

Regía por aquél entonces la Constitución de 1853-1860 –la última reforma se produjo en 1994–, que no contemplaba en forma expresa la tutela del medio ambiente, sino que se lo consideraba como una de las materias incluidas en los derechos implícitos del artículo 33.

No obstante, el marco normativo vigente en el orden nacional se integraba con abundante cantidad de leyes que reglamentaban diversos aspectos vinculados al ambiente[13] y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, había tenido oportunidad de pronunciarse en algunos conflictos relativos a la materia.

En el caso "Plaza de Toros" (1869)[14], lo hizo reconociendo el ejercicio del poder de policía del estado que prohibió la construcción de una plaza para celebrar corridas de toros en resguardo de la seguridad, moralidad y salubridad pública. En "Saladeristas Podestá" (1887)[15], consideró que el dictado de una legislación provincial que ordenaba la suspensión de las faenas realizadas por los saladeros en el Riachuelo de Barracas (establecimientos insalubres de primera clase), tutelando la salud pública, no violaba los derechos adquiridos de los titulares de un permiso especial de fecha anterior.

13 Solo para dar cuenta de la profusa fuente legislativa, citamos algunas leyes: 2.797, 4.198, 11.709, 9.504, 13.660, 17.319, 18.703, 20.284, 21.413, 22.190, 22.428, 22.421, entre otras.

14 "Empresa Plaza de Toros c/ Gobierno de Buenos Aires". Fallos 7:150. 13 de abril de 1869.

15 "Los Saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios". Fallos 31:273. 14 de mayo de 1887.

También los órganos judiciales inferiores emitieron decisiones que constituyeron, avances significativos en el reconocimiento de derechos de naturaleza ambiental. El caso "Kattan" (1983)[16], es el antecedente más destacado en la temática y da cuenta de la irrupción de los conflictos de incidencia colectiva en los estrados judiciales. Concretamente, allí se resolvió hacer lugar a un amparo declarando nulas las autorizaciones administrativas que otorgaban permiso para la caza de toninas overas. En "Quesada" (1990)[17], al discutirse la tala de árboles de una plaza en la Capital, se consideró que el ejercicio del poder de policía de los órganos administrativos está sujeto al principio de razonabilidad como pauta para determinar sus límites.

En ese contexto normativo y jurisprudencial, luego de que se produjera otro siniestro a causa de la filtración de combustible, SBASE demandó a la petrolera[18].

2. INGRESO AL APARATO JUDICIAL COMO UN PROCESO INDIVIDUAL: SBASE VS. SHELL

En 1991, SBASE inició un proceso judicial contra SHELL y otras empresas vinculadas. El objeto de la pretensión consistía en la condena a reparar los daños y perjuicios provocados por la contaminación ambiental. El proceso judicial tramitó a través de un proceso de conocimiento pleno (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 319, 330 y siguientes), ante un juzgado civil con competencia patrimonial[19].

Es importante precisar que en el año 1994, durante la sustanciación del procedimiento de primera instancia, se llevó a cabo la última reforma constitucional que introdujo el capítulo "Nuevos Derechos y Garantías", que contiene una regla que reconoce la protección expresa al ambiente[20] y otra relativa a la tutela de los derechos de incidencia colectiva[21].

Además, produjo un fenómeno de integración que modificó sustancialmente el paradigma clásico del sistema de fuentes incorporando –en las condiciones de su vigencia– un importante elenco de tratados internacionales sobre derechos humanos, a los que se les reconoció máxima jerarquía[22]. Solo para dar cuenta de algunos que gravitan en la solución

16 Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2. "Kattan, Alberto E y otro c/ Gobierno Nacional - Poder Ejecutivo". 10 de mayo de 1983.

17 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D. "Quesada, Ricardo c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires". 22 de agosto de 1990.

18 Clarín, (21/05/2007). Medio ambiente: Una situación de riesgo en las estaciones de subte de las líneas C y E, y que genera malos olores. Noticias Clarín. Home. Recuperado el 24 de agosto de 2019 de https://www.clarin.com/ediciones-anteriores/tratan-contaminacion-lima-independencia-28-anos_0_S1EMhCIJCtx.html

19 Juzgado Nacional en lo Civil N° 100. "Subterráneo de Buenos Aires SE c/ SHELL CAPSA y otras s/ daños y perjuicios".

20 Art. 41: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos."

21 Art. 43, segundo párrafo: "Podrán interponer esta acción [amparo] contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

22 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

de este conflicto, debemos mencionar a la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo Adicional, adoptado en San Salvador. Sendos instrumentos consagran el derecho humano a la salud y a vivir en un ambiente sano, imponiendo a los estados propender a su tutela efectiva.

Por otra parte, el Congreso de la Nación en ejercicio de la potestad legislativa que ejerce en forma concurrente con las Provincias, continúo sancionando normas específicas que establecen los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente[23].

La jurisprudencia, por su parte, fijó que es competencia de la justicia ordinaria el conocimiento y decisión de las cuestiones ambientales. La excepción a esa regla la constituyen los casos en que se verifique una afectación interjurisdiccional y se configure algunos de los supuestos que determinan la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia[24].

En ese escenario, el órgano judicial de primera instancia desestimó la pretensión indemnizatoria incoada por SBASE pero ordenó a SHELL la recomposición del ambiente (1997). Esa decisión fue impugnada por las dos partes, pero es interesante destacar los agravios que SHELL introduce en su recurso de apelación:

1) La violación del deber de congruencia, en tanto la remediación ambiental ordenada no conformaba el objeto de la pretensión.
2) La violación del principio de legalidad, pues entendía que no existía una norma que impusiera la obligación de llevar a cabo la remediación.

El tribunal de apelación confirmó la decisión recurrida, desestimando la pretensión de SBASE y ordenando a SHELL a recomponer el medio ambiente (1999). Esa resolución, que analizaremos en el siguiente capítulo, culmina el proceso individual (patrimonial) entre las partes.

3. RECONOCIMIENTO JURISDICCIONAL EN MATERIA DE DESCA (1999)

En Primera Instancia y en la Cámara de Apelaciones, se reconoció la trascendencia del derecho a gozar de un ambiente sano como una dimensión intrínseca del respeto a la dignidad de la persona humana y al desarrollo sostenible (López Alfonsín y Tambussi, 2000). Esas decisiones, fueron recogidas en diarios de la época vislumbrando la concientización social acerca de la cuestión ambiental.

Solo para dar evidencia a tal afirmación, citamos la nota que publicó el diario La Nación titulada "Condenan a Shell por contaminar" (1997)[25], en la que se hace referencia a la sentencia de primera instancia como una respuesta a los diversos reclamos de los vecinos del barrio porteño de San Cristóbal, y la de Página 12 que hizo lo propio con la de la Cámara de Apelaciones al publicar un artículo que tituló "Shell condenada a limpiar tierra contaminada bajo la 9 de julio"[26].

23 V.gr. Leyes 13.273, 24.702, 24.776, 24.774, 24.868, 24.930, 25.018, 25.068, entre muchas otras.
24 "Roca, Magdalena c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad". Fallos, 318:992. 16 de mayo de 1995 y "Lubricentro Belgrano s/ infracción ley 24.051". Fallos, 323:163. 15 de febrero de 2000.
25 La Nación (20/11/97). Condena a Shell por contaminar. La Nación. Sociedad. Recuperado el 24 de agosto de 2019 de https://www.lanacion.com.ar/sociedad/condena-a-shell-por-contaminar-nid81139 .
26 M.C. (30/10/99). Shell condenada a limpiar tierra contaminada bajo la 9 de Julio. Página 12. Recuperado el 24 de agosto de 2019 de https://www.pagina12.com.ar/1999/99-10/99-10-30/pag18.htm .

Retomando nuestro análisis, volvemos a la sentencia de la Alzada para destacar la interpretación que realiza sobre el medio ambiente: bien indivisible cuya tutela está consagrada en el derecho internacional y hace hincapié en la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (DNUMA, 1972), en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica, 1969) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), explicitando su jerarquía supralegal y plena operatividad[27].

En ese sentido, subrayó que la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, reconoce al hombre el derecho fundamental a gozar de condiciones de vida satisfactorias en un medio cuya calidad permita vivir con dignidad y bienestar, imponiendo su protección y mejoramiento para las generaciones futuras.

A partir de esas premisas, los jueces dedujeron la existencia del *orden público ambiental* como fundamento para sostener la condena a SHELL a recomponer el medio ambiente. Siguiendo a Lorenzetti (2010), esa tarea podía ser canalizada a través de dos esquemas diferentes según qué postura adopte el órgano judicial:

- ***Rol pasivo de la jurisdicción ("jurisdicción autorrestrictiva").***
  Responde al paradigma clásico y consiste en remitir la cuestión a la esfera legislativa o administrativa, reconociéndoles sus facultades discrecionales y propias de sus zonas de reserva. Se exhorta a cumplir un objetivo, pero sin explicitar cómo hacerlo ya que los medios constituyen un núcleo ajeno a la interpretación judicial. Se sostiene la conveniencia de que la implementación de los DESCA esté en manos de la legislatura y el ejecutivo, haciendo énfasis en dos argumentos centrales: la justicia no tiene legitimidad democrática y tampoco está preparada para encarar con eficacia esta clase de tareas.
- ***Rol activo de la jurisdicción ("activismo judicial").***
  En sentido contrapuesto, aparece el activismo. Consiste en asumir el desafío de desarrollar la tarea en el marco del proceso de ejecución, asegurando la participación de los sujetos legitimados y bajo la dirección del juez.

Es cierto que existen diversos obstáculos que dificultan el desarrollo de esta labor en el marco de un proceso judicial (v.gr. la falta de adecuación de las estructuras procesales para el abordaje de problemas de índole colectiva), pero también lo es que las imposibilidades muchas veces provienen de la actitud restrictiva de los operadores jurídicos que intervienen –jueces y abogados– con miradas opacas, tímidas y poco reactivas ante las circunstancias de conflictos de enorme trascendencia que exigen el despliegue del sistema protectorio de los derechos fundamentales.

Más allá de la razonabilidad de sendas posturas y sin desconocer el argumento de la "objeción democrática", consideramos que es saludable que los jueces a cargo de la causa asuman el desafío de intentar la solución del problema. En nuestro caso, una vez detectada la contaminación del ambiente debían adoptarse todas las medidas para lograr la remediación.

Insistimos en que abundan las críticas respecto a esta postura.

El vocablo "activista", suele emplearse en forma descalificadora y asociada a una idea de progresismo judicial para denostar la acción de un magistrado al que se le reputa un ejercicio de la jurisdicción que desborda el principio clásico de división de poderes, ejecutando acciones sin poseer los conocimientos técnicos para llevarlos a cabo.

27 "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros". Fallos, 315:1492. 7 de julio de 1992.

Lo que sostenemos es que la irrupción de los derechos de incidencia colectiva ha complejizado el ejercicio de la magistratura. La resolución de conflictos sociales, en el marco de procesos judiciales no se agota en el dictado de una sentencia definitiva luego de un proceso de subsunción mecánica (racionalismo jurídico), sino que este es un punto de partida para la etapa de la ejecución que debe desarrollarse con los sujetos legitimados, en un plazo razonable y respetando las normas que plasman el proyecto de vida comunitario.

Activismo, en nuestra concepción, no entraña la prerrogativa para manipular el sistema jurídico arbitrariamente y mucho menos para crear normas de alcance general o derogar las vigentes. Si en la resolución de un caso concreto se juzga que la aplicación de la norma que lo rige produce un resultado repugnante al sistema jurídico debe ser declararla inconstitucional. De lo contrario, debe ser aplicada al caso concreto pues no existe una tercera alternativa.

Esta circunstancia no transforma a los jueces en simples burócratas. Todo lo contrario. El desarrollo de la vida en comunidad, los avances tecnológicos y el acceso a la información de los actos de gobierno –que incluye a las decisiones jurisdiccionales–, los coloca en una exigencia permanente de cara a la sociedad.

La labor del juez culmina recién, cuando los justiciables reciben el bien de la vida reclamado. Por eso sostenemos que el ejercicio de la magistratura no debe ser ejercido en forma aislada, sino que requiere integración (con otras disciplinas) y generar legitimidad fomentando la participación ciudadana. Esto último es vital, puesto que el derecho a una tutela judicial efectiva pasa también por que las voces de los interesados estén en el centro del debate.

Las audiencias públicas y las mesas de diálogo en las que el órgano judicial reciben a las partes, afectados, terceros interesados, amigos del tribunal y técnicos para el intercambio de información vinculada a la cuestión suscitada son la demostración más acabada de un poder judicial comprometido con la búsqueda de la mejor solución a los conflictos.

En definitiva, el rol práctico que proponemos para el ejercicio de la función pública procesal es el que puso de resalto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Mendoza", "Verbirsky", "Clarín", entre otros. Analicemos cuáles de estas cuestiones han sido aplicadas en nuestro caso.

4. EXIGIBILIDAD DEL DESCA: LAS DIFICULTADES EN LA EJECUCIÓN

El intento por lograr la remediación inició en el año 2000, cuando el juez de primera instancia declaró el inicio del trámite de ejecución de sentencia. Los veinte años posteriores demuestran que en los conflictos ambientales mucho más complejo que adoptar una decisión, es lograr su efectivo cumplimiento y exhiben la ineficiencia del sistema de justicia para responder a una demanda social.

En concreto, se ha producido un retardo indebido en la recomposición del medio ambiente, circunstancia disvaliosa que se ha puesto de resalto en alguna nota periodística[28] y que a nuestro criterio justifican la visión negativa que la sociedad tiene del sistema de justicia.

28 El Mensajero Diario (10/02/11). Shell afecta desde hace más de 30 años una estación de subte. El Mensajero Diario. Sección Ciudad. Recuperado el 24 de agosto de 2019 de http://www.elmensajerodiario.com.ar/contenidos/shell-afecta-hace-30-aos-estacin-subte_5423/

Segmentamos, para una exposición ordenada, las etapas de ejecución.

4.1 El fracaso del sistema de cambio de tierra (2000-2014)

El proyecto original para recomponer el medio ambiente, fue consignado en la sentencia de la Cámara de Apelaciones y consistía en el cambio de tierra y traslado de los residuos peligrosos a la Provincia de Buenos Aires, monitoreo del suelo y agua contaminada, y la extracción del gas.

La ejecución de este plan, suponía cavar un pozo de 100 metros de largo por 60 de ancho y 20 de profundidad, en la intersección de las avenidas 9 de Julio e Independencia (pleno centro neurálgico de la ciudad). Según los cálculos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA), ese pozo habría estado en el lugar por al menos dos años con gravosas consecuencias sobre el tránsito, la salubridad pública (al exponer los contaminantes al aire libre) y el sistema de transporte de pasajeros subterráneo (interrupción de las líneas C y E durante los trabajos)[29].

¿Cuánto se avanzó? Obviamente, muy poco. Los elevados costos y los múltiples inconvenientes que surgieron (v.gr. no se contaba con un lugar a donde trasladar la tierra extraída), determinaron la imposibilidad de ejecutarlo satisfactoriamente. Solo pudieron concretarse algunos trabajos puntuales de contención y monitoreo, en resguardo de la seguridad de usuarios y trabajadores del subterráneo.

4.2 La sustitución del plan de remediación: superación de obstáculos (2015-2018)

En el año 2015 la Dirección General de Evaluación Técnica dependiente de la Agencia de Protección Ambiental, dictó la Disposición 1675/15 en la que se expidió positivamente acerca de la factibilidad técnica de ejecutar otro plan de remediación.

¿En qué consistía ese nuevo proyecto? En extraer el agua presente en el subsuelo a través del abatimiento del nivel freático por bombeo (depresión), tratarlos en el lugar por medio de un proceso de decantación, aireación y filtros de carbón para luego ser conducidos a su destino final a través del vuelco a una red pluvial. Esta última fase, a tenor de la resolución, exigía que se respeten los parámetros de calidad de agua tratada fijada por la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR)[30].

Este programa de saneamiento era superador desde el plano técnico –en comparación con el anterior (cambio de tierra)–, pero además podía realizarse. Así es que fue puesto en marcha comenzando con el bombeo y tratamiento de los líquidos, de lo que dan cuenta los informes incorporados a la causa durante los dos años posteriores.

Así se llegó a 2017 con varias toneladas de líquido tratado, acopiado en barriles de 200 litros sellados con fajas de seguridad en las inmediaciones de la estación de servicios. El problema de no haberse especificado el caño en el que se volcarían los efluentes tratados se volvió insostenible pues no era posible continuar con la extracción. Veamos como quedó trabado el inconveniente.

29 En el Subte (30/04/2013), A 34 años, ¿aún hay combustible en Independencia? En el Subte. Sección Subterráneos. Línea E. Recuperado el 24 de agosto de 2019 de https://enelsubte.com/noticias/a-34-anos-aun-hay-combustible-en-independencia/

30 La Resolución ACUMAR/001/07 establece como exigencia de calidad de agua tratada el contenido de Hidrocarburos Totales de Petróleo (HTP) en una concentración inferior a los 30 mg/l.

En la Resolución 500/APRA/15 se autorizaba a SHELL al vuelco en la red pluvial por un plazo de 12 meses a contar desde su fecha de publicación[31]. Además de haberse vencido el plazo indicado por la autoridad administrativa, Agua y Saneamientos Argentinos S.A (AySA) –concesionaria del servicio de agua y cloaca– se opuso formalmente a que el vuelco se efectivice en cañerías bajo su custodia argumentando que se trataba de una red mixta pluvio-cloacales del radio antiguo de desagües sin capacidad disponible.

Con este problema instaurado, que obstruía la continuidad del plan, se encontró el juez que asumió la dirección del proceso en 2017.

¿Cuáles son las razones que explican tantos años sin encontrar una salida? En puridad, nada nuevo.

A la ineficiencia propia del sistema de justicia, que opera sobre la base de un proceso escriturario y basado en la delegación de funciones, corresponde añadirle otros vinculados a la problemática del caso.

Ya explicamos que los conflictos tramitan en canales procesales diseñados por el legislador. Lo que sucede es que ese corsé muchas veces es inútil para el abordaje del conflicto. Esto puede ocurrir por diversos motivos: la índole del derecho en juego, la universalidad de sujetos afectados y la imposibilidad de garantizar acceso a la jurisdicción economizando recursos, etc. Como advertimos cuestiones que se presentan en casos como este, en los que está en juego la tutela de un derecho de incidencia colectiva (medio ambiente) y que respaldan el reclamo social de una legislación para los procesos de esa naturaleza.

Volvamos al trámite de la causa, para destacar que se advierte un cambio de matriz recurriendo a un ciclo de audiencias con el objetivo de identificar cuáles eran las opciones para realizar el vuelco y posibilitar la continuidad de la extracción de líquidos. En los siguientes puntos, sintetizamos el procedimiento de audiencias públicas dirigido por el aparato judicial.

- Audiencia 21 de abril de 2017: SHELL exteriorizó una propuesta para dar curso a la remediación que consistía en el vuelco de los efluentes líquidos, derivados del tratamiento de agua freática del sitio de la remediación en un conducto pluvial de dominio público del GCBA.
- Audiencia 17 de mayo de 2017: Se aclaró que ese conducto era antiguo y estaba en desuso. Los representantes de la Agencia de Protección Ambiental (APRA), informaron que su utilización podría ser viable siempre que se efectuarán algunos controles previos de laboratorios autorizados. El órgano judicial ordenó que SHELL realizara tales estudios y presentara sus resultados en el APRA, para ser compartidos con el perito interviniente y el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI). Éstos se comprometieron a expedirse en relación a la factibilidad técnica de la propuesta.
- Audiencia 21 de junio de 2017: APRA, informó que SHELL cumplió con la presentación de los informes que le fueron requeridos y que las muestras extraídas cumplen con las normas de control vigentes. El Ingeniero Sr. Torres, perito de oficio, expresó que no encontraba inconvenientes técnicos hidráulicos para que se proceda al vuelco en el conducto pluvial escogido y el INTI expuso que acompañaría la propuesta siempre que ese vuelco no supere el límite máximo fijado por la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR)[32].

31 La Resolución 500/APRA/15 se firmó el 15 de octubre de 2015 y se publicó en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 21 de octubre de 2015.

32 La Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), a la que ya hemos referido, es un ente autónomo, autárquico e interjurisdiccional que conjuga el trabajo con los tres gobiernos que tienen competencia en el territorio: Nacional, Provincial y de la Ciudad de Buenos Aires. El organismo se crea en 2006, mediante la Ley 26168 atendiendo a la preocupante situación de deterioro ambiental de la Cuenca. En 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) intimó a ACUMAR a implementar un plan de saneamiento en respuesta a la causa judicial conocida como "Mendoza", reclamo presentado en 2004 por un grupo de vecinos.

- El órgano judicial dispuso que esas conformidades debieran instrumentarse a través de presentaciones escritas, lo que fue cumplido bajo tal formalidad. El perito acompañó con su dictamen, un informe favorable de la Unidad de Proyectos Especiales Plan Hidráulico (UPEPH).
- El Juez estableció un plazo de 10 días para que se realicen objeciones.
- Resolución judicial del 13 de septiembre de 2017: No se presentaron objeciones relevantes al plan presentado por SHELL, tampoco se introdujeron otras alternativas. Lo único que se adujo fue la necesidad de precisar y acordar algunas cuestiones técnicas. El órgano, entonces, adoptó una resolución el 13 de septiembre de 2017 en la que hizo una recapitulación de lo actuado en las audiencias y dispuso que el plan de remediación presentado por SHELL sería el que se implementaría, volcando los líquidos en el caño individualizado siempre que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, otorgara la norma de excepción necesaria. Nadie impugnó esa decisión, lo que pone de resalto el amplio grado de consenso que la sostiene.
- La norma de excepción. La Agencia de Protección Ambiental (APRA), autoridad de aplicación, dictó el acto administrativo necesario para dar comienzo al vuelco de los fluidos tratados (Resolución N° 471/APRA/17). Al hacerlo tuvo especial consideración a que todos los órganos estatales –locales y nacionales–[33] y el perito ingeniero habían expresado su conformidad para que el vuelco de fluidos se materialice en la cámara de acceso al conducto de tormenta de la calle México, añadiendo las consideraciones y sugerencias técnicas que convenientemente debían respetarse.

La norma contempló en su elemento motivación, como antecedente de hecho, la resolución judicial adoptada por el juez del 13 de septiembre de 2017[34]. Destacamos esta particular coordinación entre poderes (judicial y ejecutivo), imprescindible para el desarrollo de actividades de esta naturaleza y envergadura, pues es muy poco habitual en nuestro país y que resultó absolutamente indispensable para la construcción de la remediación. Las constancias de la causa dan cuenta que las audiencias públicas celebradas por el juez crearon el ámbito propicio para lograr esa interacción.

El acto administrativo otorgó un nuevo permiso excepcional de vuelco durante el plazo de doce (12) meses, conforme el artículo 35 de la Ley N° 3.295 (texto consolidado por Ley N° 5.666), (Ley 3.295, 2010), a contar desde la fecha de verificación de cumplimiento de los requisitos técnicos consignados en la resolución y que debían ser constatados mediante inspección de la Dirección General de Control Ambiental.

Entre los requisitos técnicos se encontraba el ensamblaje del caño, en el que se volcarían los efluentes desde la estación de servicio con el conducto pluvial del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a través del cual se produciría la descarga en el Río de la Plata. Las siguientes imágenes dan cuenta de que esos trabajos preparatorios se están cumpliendo.

Lo importante es que el plan continúa en marcha, quedan detalles por ajustar.

33 La Dirección General de Sistema Pluvial dependiente del Ministerio de Ambiente y Espacio Público mediante Nota N° NO-2017-27639557- DGSPLU e Informes N° IF-2017-16967460-DGSPLU y N° IF-2017-27497213-DGSPLU adhiere a lo expresado por la Unidad de Proyectos Especiales del Plan Hidráulico, manifestando su conformidad con permitir el vuelco. Concretamente, en el Informe N° IF-2017-27805231-DGEVA, la Subgerencia Operativa de Calidad de Aire y Agua dependiente de la Dirección General de Evaluación Ambiental (APRA), efectuó un exhaustivo análisis de lo solicitado y del proyecto propuesto, concluyendo que se configuraba una situación de emergencia fundada en la constatación de Fase Libre No Acuosa Liviana (FLNA) en el predio, durante un período prolongado de tiempo, señalando que se extendió fuera de los límites del predio amenazando la integridad física de las estructuras subterráneas linderas y de las personas.

34 En la parte resolutiva, dispuso: "1) Declarar que el plan presentado por la empresa Shell CAPSA, ante las autoridades de la Dirección General de Evaluación Técnica de la Agencia de Protección Ambiental del GCBA (el consignado en el punto I de esta resolución), será el que se implementará para dar cumplimiento a la sentencia definitiva si el Gobierno de la Ciudad otorga la excepción que le fue solicitada [...]".

Sin embargo, debía producirse un cambio para evitar que las dificultades que se vayan suscitando obstruyan o paralicen la ejecución de la solución construida.

4.3 El marco adecuado para la recomposición: el proceso colectivo (2019)

La indivisibilidad propia del medio ambiente, su pertenencia comunitaria y uso común impiden que algún sujeto pueda atribuirse su titularidad exclusiva. Por eso, lo ambiental debe ser considerado como una exhortación a lo colectivo y cualquier solución debe ser construida por la comunidad. Es evidente que en una democracia deliberativa, la base de cualquier plan de remediación ambiental debe ser acordado y consensuado por la sociedad.

En la Argentina, no están regulados los procesos colectivos y la única alternativa disponible en el decálogo de normas procesales para la tramitación de pretensiones de clase –como lo es la de remediación del medio ambiente– es a través del marco residual del juicio de conocimiento pleno. Ya hicimos referencia a su deficiente funcionamiento, pero debemos resaltar que su estructura tampoco contempla institutos de especial trascendencia para el abordaje de los conflictos de esta índole, tales como la identificación del bien colectivo, el procedimiento para la certificación de clase y la elección del representante adecuado, los efectos de la cosa juzgada, la notificación a los interesados, las medidas de publicidad, etc.

Tampoco es posible imaginar una solución práctica con la actuación conjunta de los afectados, bajo la figura de la acumulación de pretensiones individuales o del litisconsorcio, pues no se trata de otorgar reparaciones individuales sino de tutelar un bien indivisible y de uso comunitario.

No obstante, los jueces deben cumplir su función. Dictar sentencia y posibilitar la ejecución en tiempo razonable. De lo contrario, los derechos fundamentales de incidencia colectiva tornarían en letra muerta. Meras expresiones de deseo que se ahogarían en un mar de injusticias.

Es también acertado –como ya lo hemos indicado– que la función más delicada de los jueces consiste en no inmiscuirse en las facultades privativas de los otros poderes. Empero, como lo ha destacado el Máximo Tribunal en innumerables precedentes, sí en el marco de un caso se verifica la afectación al medio ambiente deben asumirse comportamientos positivos para su tutela[35].

35 Tal es así que el Dr. LORENZETTI, en la celebración del aniversario número 150 de la creación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en alusión a la causa "Mendoza" expresó: "[h]emos enfrentado al problema de la contaminación del Riachuelo en un megaproceso que incluye a cinco millones de personas, cientos de empresas, varios municipios y estados. Lo hemos hecho con prudencia, señalando que se viola la Constitución cuando se contamina un río y se afecta la salud de los niños, pero dejando en la administración la decisión de cómo limpiar ese río y de qué forma sancionar a las empresas involucradas" (LORENZETTI, Ricardo, Discurso por los 150 años de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de febrero de 2013. Recuperado de http://www.ricardolorenzetti.com)

Siguiendo esa línea, años más tarde, la propia Corte Suprema suplió la omisión legislativa mediante las Acordadas 32/2014 que creó el "Registro Público de Procesos Colectivos" y 12/2016 que establece el "Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos", refrendando una de sus más fuertes premisas: "*donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer*" (Salgado, 2011).

No desconocemos que existe un reparo importante en un sector limitado de la doctrina, por considerar que la Corte Federal se atribuyó potestades legislativas, pero lo cierto es que se ha cubierto un vacío normativo a través de un instrumento práctico para tramitar conflictos de estas características[36].

Nada impide que el legislador nacional cree una norma superadora o integradora, pues como enseñaba el maestro Morello (2007) "*los conflictos en masa reclaman una acción colectiva*".

Estas nociones básicas, determinan que la actuación individual de algunos sujetos –como la exhibida durante décadas por SBASE y SHELL– no resulta eficaz cuando el problema afecta al conjunto de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires. Pero, como explica el profesor Salgado (2011), "*sólo puede hablarse de que un proceso colectivo ha cobrado vida como tal a partir de que el tribunal, luego de ponderar si se presentan las condiciones necesarias que den andamiaje a la propuesta, así lo decida*".

Por eso resulta absolutamente necesaria la decisión del juez, en tanto dispone que el desafío por delante –la esperada remediación–, debía ser encarado en el marco de un proceso colectivo[37] compatibilizando las limitaciones procedimentales (a las que nos hemos referido en varios apartados de este trabajo), con la efectiva tutela del medio ambiente[38]. Esto es, en términos concretos, compartiendo la postura de Manili (2006), un razonable activismo judicial.

La resolución a la que nos estamos refiriendo data del 29 de marzo de 2019 y expresamente declara, que el proceso individual iniciado por SBASE concluyó con la sentencia de la Sala H de la Excma. Cámara de Apelaciones (1999), que desestimó su reclamo patrimonial, y a partir de allí nace un caso colectivo identificando con precisión: su objeto, el derecho de incidencia colectiva en juego, la clase afectada y los encargados para ejercer su representación, las medidas de publicidad apropiadas, etc. Veamos detenidamente esas cuestiones.

Los elementos del proceso colectivo

Evaluaremos los elementos subjetivos y objetivos, en tanto la actividad debería ser concentrada a través del trabajo en audiencias a celebrarse en la sede del órgano competente.

Subjetivo: la clase y el representante adecuado

La legitimación procesal, requisito de admisibilidad subjetivo, supone una relación de correspondencia entre los sujetos que conforman la relación jurídica procesal y la sus-

36 Puede verse al respecto la obra de VERBIC, Francisco y SUCUNZA, Matías A., Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente Acordada de la Corte Suprema en https://classactionsargentina.com/2016/05/20/postulacion-de-pretensiones-colectivas-a-la-luz-de-la-acordada-csjn-n-122016/ o en AR/DOC/1275/2016.

37 Es interesante la motivación que funda la sentencia en ese punto, pues recuerda que, "*la Corte Suprema de Justicia, en el célebre caso "Siri" (1957), estableció la preeminencia de la Constitución por sobre las leyes reglamentarias en la protección de los derechos fundamentales. Y así como hace cincuenta años creó el amparo para dar efectiva protección de los derechos fundamentales que no contaban con una garantía expresa, más recientemente retomó los enunciados de ese fallo para fundamentar la decisión de establecer pautas para la protección de los derechos de incidencia colectiva, ante la ausencia de normas que hagan efectiva su operatividad reconocida por el art. 43 de la Constitución Nacional*".

38 En la sentencia, se tutela expresamente derecho de incidencia colectiva relativos a medio ambiente sano y a la salud, citándose la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador).

tancial. Impone que los sujetos que actúen en el proceso se encuentren habilitados normativamente para hacerlo.

El juez recordando que la Constitución Nacional, (1994), en el Artículo 13, no le otorgaba legitimación para actuar en este proceso, desplazó a SBASE explicando que no invocó el carácter de afectado. La norma constitucional es clara y permite que un legitimado extraordinario postule una pretensión en nombre de una clase de personas sin su autorización previa, por eso es esencial que la pretensión colectiva sea ejercida por quien resulte un adecuado representante. SBASE naturalmente no lo es de ahí que acompañamos la decisión del juez de expulsarlo del proceso.

Seguidamente, se consignó que la clase afectada eran los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires asignándoles como representante adecuado al Ministerio Público de la Defensa de la Nación y la Fiscalía Nacional ante los jueces de primera instancia en lo Civil, Comercial y Laboral.

Apartó también a un perito cuya actividad no tenía ninguna utilidad práctica para el trámite de remediación, y estableció la participación del INTI, del perito Ingeniero, la APRA y demás organismos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como auxiliares de la jurisdicción.

Objetivo: Recomposición del medio ambiente

El elemento objetivo de este proceso, de naturaleza colectiva, fue desdoblado en dos:

- La remediación ambiental. Evitar que la contaminación avance y establecer las bases para conducir la remediación. La ejecución, de dificultosa concreción, requiere de un trámite procesal apto (proceso colectivo), con suficiente oralidad e inmediación para adoptar las decisiones que resuelvan los problemas que se vayan presentando.
- Indemnización. Luego de cumplirse íntegramente el plan de remediación, deberá determinarse cuál es el pasivo ambiental y establecerse el monto de la indemnización.

Actos de facilitación de acceso a justicia

La participación ordenada y el acceso a justicia de la universalidad de personas que se considerasen afectados, o incluso de entes especializados con interés directo en el asunto y fundamentalmente en colaborar con la solución (defensor del pueblo, universidades nacionales, fundaciones, asociaciones, etc.), fueron temas considerados en la decisión.

A fin de garantizar esa amplia participación, se ordenó la siguiente actividad:

- Inscripción del proceso en el Registro Público de Procesos Colectivos, creado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la Acordada 32/2014. La premisa es favorecer el acceso a justicia de los afectados en forma ordenada y prolija, puesto que evitará la reproducción de causas con idéntico objeto (remediación ambiental de la contaminación producida en la estación de servicios de Shell situada en Lima 835 CABA) y contribuirá a la asignación eficiente de los recursos.
- Digitalización de la Sentencia de la Cámara de Apelaciones. A fin de que cualquier habitante de la Ciudad de Buenos Aires pueda tener acceso a la sentencia definitiva de la causa en la que se ordena la remediación del ambiente, se ordenó su digitalización en el sistema de información del Poder Judicial de la Nación. Esa decisión y toda la actividad posterior podrá ser consultada por cualquier persona que cuente con acceso a internet en el sitio web www.pjn.gov.ar.

- Nueva foliatura de la causa. Hasta tanto la Justicia Nacional no se despapelice y funcione con un expediente digital desprovisto de otro soporte (lo que está realmente muy cerca de concretarse), es fundamental que el registro digital se corresponda con el escrito. Para ello, una nueva foliatura de la causa a partir de la sentencia que condena a la reparación ambiental –iniciando el proceso colectivo– es sumamente aconsejable. El aparato judicial debe brindar a los sujetos que intervengan y a la comunidad en general información precisa, ordenada y sistematizada.
- Modificación de carátula y creación del código "Proceso Colectivo". La publicidad depende, para lograr eficazmente su cometido, de datos correctos y veraces. La carátula de un proceso permite identificar un caso del universo de los existentes, consignando los sujetos intervinientes (activo y pasivo, y órgano judicial competente) y el tipo de proceso del que se trata. Como en el reordenamiento se apartó a SBASE (hasta el momento "actor" del proceso individual) y se lo reemplazó por los Habitantes de la Ciudad de Buenos Aires ("clase" del proceso colectivo), y también el tipo de proceso (de "daños y perjuicios" mutó a "proceso colectivo"), era indispensable ordenar la remisión al Centro de Informativa para que realice las modificaciones. Se trata de otro acto formal que tiende a garantizar la publicidad.

En suma, todo fue ordenado y colocado al servicio de la recomposición del medio ambiente.

Es importante prevenir al lector que esta decisión, se encuentra impugnada por todos los intervinientes y el proceso ha sido elevado a la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del fuero para el tratamiento de esos recursos.

En particular, SHELL se agravia de que el proceso sea declarado "colectivo", que se convoque a la clase afectada (habitantes de la Ciudad de Buenos Aires) y a sus representantes adecuados (Ministerio Público Fiscal y de la Defensa), para ejercer su derecho de defensa, a que se inscriba en el registro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a que se publique la sentencia de la Cámara de Apelaciones, a la recaratulación de la causa, a la foliatura correcta, y demás medidas de publicidad.

También se agravia de la condena a indemnizar el pasivo ambiental, aduciendo que se viola su derecho de defensa por cuanto el órgano judicial comete incongruencia por exceso. Es decir, lo condena a realizar una prestación que no estaba reclamada y que tampoco estaba prevista legislativamente.

De la cuestión que hace a la indemnización, nos ocuparemos en el siguiente apartado. Aquí nos interesa destacar, que la petrolera persigue mantener el caso dentro de un esquema de proceso individual impidiéndole a la sociedad que conozca y participe de un conflicto de enorme trascendencia. Esta postura es inadmisible e irrazonable, pues la decisión de la Alzada que condenó a remediar el ambiente –hace veinte años– señaló que la solución del caso "*desbordaba el marco bilateral del proceso*".

¿Cómo es posible entonces que un tema de esta índole, que representa una de las cuestiones ambientales más delicadas de la CABA, no haya adquirido conocimiento público masivo? No lo sabemos, pero es de esperar que el Superior confirme el decisorio.

4.4 Etapa final: determinación del pasivo ambiental e indemnización

La Ley General del Ambiente Nº 25.675 sancionada en el año 2002 estableció los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable en el ámbito nacional. De esa manera, el legislador nacional dio un paso sus-

tancial en la tarea de reglamentar el derecho al medio ambiente y configuró las bases para la política ambiental.

Entre sus reglas, destacamos la contenida en el art. 34 que crea el Fondo de Compensación Ambiental, de administración por la autoridad competente de cada jurisdicción, destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales, la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente. Disponiendo que las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado y finalmente delega en la autoridad local la regulación concerniente a la integración, composición, administración y destino de dicho fondo.

En el año 2009 se promulgó en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ley especial que dispone la integración, composición, administración y destino del Fondo de Compensación Ambiental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) (art. 1, Ley 3.341). Estableciendo que las indemnizaciones impuestas en sede judicial por daño ambiental de incidencia colectiva integrarían ese fondo y que aquellas tendrían por fin compensar el menoscabo ambiental mediante acciones u obras que tiendan a mejorar el ambiente y que representen valores colectivos para la población de la zona afectada.

En esas normas se basó el juez de primera instancia para establecer la obligación de SHELL de abonar una indemnización al Fondo de Compensación Ambiental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, difiriendo la determinación de su monto para luego de la ejecución de la remediación. Lo que nos parece ajustado por dos razones. En primer lugar, sostenemos que esa norma es aplicable al caso en tanto la contaminación perdura en la actualidad y hasta tanto sea subsanada. Por otra parte, luego de ejecutarse el programa de remediación es probable que se verifique una degradación determinando la existencia de un pasivo ambiental que exija el deber de indemnizar.

5. CONCLUSIONES OPERATIVAS

Además de las apuntadas a lo largo del texto, estas son nuestras conclusiones:

- El sistema escrito y la falta de inmediación son las bases de un proceso ineficiente e insostenible. El poco avance en la ejecución de una sentencia que tiene más de veinte años corroboran empíricamente el fracaso del proceso judicial individual para abordar conflictos de índole colectiva. Si esperamos obtener resultados diferentes es imprescindible tomar nota de los errores y modificar las prácticas. De lo contrario, la suerte está echada.
- El trámite a través de audiencias públicas es una excelente alternativa, propia de una democracia deliberativa, para dotar de transparencia e inmediatez los procesos judiciales de naturaleza colectiva, neutralizando la poca reactividad y posibilitando el tratamiento de cuestiones complejas desde una perspectiva común. Este mecanismo bien implementado neutraliza la denominada objeción democrática al sistema de justicia.
- Los jueces tienen la enorme responsabilidad, de decidir la suerte de los derechos de la ciudadanía. En procesos en los que están en juego los DESCA, deben ser abordados desde la interdisciplina en pos de construir las mejores soluciones posibles.
- El Poder Judicial debe romper la inercia y aprovechar la oportunidad para demostrar a la sociedad capacidad para solventar los conflictos dentro de parámetros razona-

bles y predecibles. Esto es lo que legitima su autoridad, intensamente cuestionada en nuestros días.

No hay mucho misterio, solo hay que animarse. ¿Podremos hacerlo?

BIBLIOGRAFÍA

- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, (1968), [Art. 319, 330, ss.]
- Constitución De La Nación Argentina, [Const.], (1994).
- Convención Americana de Derechos Humanos, (1969). Pacto San José de Costa Rica.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, (1972).
- Ley de Gestión Ambiental del Agua de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (3.295, 2010), recuperado de, http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley3295.html
- Ley General del Ambiente, (25.675, 2002), recuperado de, http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/LEY%2025675.pdf
- Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (3 de Diciembre 2009), FONDO DE COMPENSACION AMBIENTAL (LEY N° 3.341 de 2009), recuperado de http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley3341.html
- López Alfonsín, M. A. - TAMBUSSI, C. E. (2000), Capitulo IX. El medio ambiente como derecho humano. En Gordillo, A., Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. 4ª edición. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo.
- López Alfonsín, M. A. - TAMBUSSI, Carlos E. (2007), Capítulo XI. El medio ambiente como derecho humano. En GORDILLO, Agustín. Derechos Humanos (pp. XI-1 - X-4). 6ª edición. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo.
- Lorenzetti, R. L., (2010) Justicia Colectiva, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. L., (2013) Discurso por los 150 años de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de febrero de 2013. Recuperado de http://www.ricardolorenzetti.com
- Manili, P. L. (2006). El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, La Ley AR/DOC/2611/2006.
- Morello, A. Mario y SBDAR, C. B. (2007), Acciones populares y procesos colectivos: hacia una tutela eficiente del ambiente, Buenos Aires, Lajouane, p. 17.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (1966)
- Salgado, J. M. "Certificación, notificaciones y opción de salida en el proceso colectivo", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, 2011-2.
- Salgado, José M. (2011), Tutela individual homogénea, Buenos Aires: Astrea, p.197.
- Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2017) "Año de las Energías Renovables". RESOLUCIÓN N.° 471/APRA/17, recuperado el 11 de Septiembre de 2019 en, https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-RES-MAYEPGC-APRA-471- 17-5270.pdf
- Arte Gráfico Editorial Argentino S.A., Diario El Clarin, Medio ambiente: Una situación de riesgo en las estaciones de subte de las líneas C y E, y que genera malos olores, (2007), recuperado de https://www.clarin.com/ediciones-anteriores/tratan-contaminacion-lima-independencia-28-anos_0_S1EMhClJCtx.html (última vista al 8/6/19).
- El mensajero diario, Shell afecta desde hace mas de 30 años una estación de subte (2011), recuperado de, http://www.elmensajerodiario.com.ar/contenidos/shell-afecta-hace-30-aos-estacin-subte_5423/ (última vista el 24/8/19).
- En el subte.com, A 34 años, ¿aún hay combustible en Independencia? (2013), recuperado de, https://enelsubte.com/noticias/a-34-anos-aun-hay-combustible-en-independencia/ (última vista el 24/8/19).
- La Nación, Condena a Shell por contaminar, recuperado de, https://www.lanacion.com.ar/sociedad/condena-a-shell-por-contaminar-nid81139 (última vista al 8/6/19).
- La Nación, ¿Ut supra y litis?: la difícil lucha para lograr que los abogados hablen como personas (2019), recuperado de, https://www.lanacion.com.ar/sociedad/ut-supra-litis-dificil-lucha-lograr-abogados-nid2260942
- Página 12 web, Shell condenada a limpiar tierra contaminada bajo la 9 de Julio (s.f.) recuperado de, https://www.pagina12.com.ar/1999/99-10/99-10-30/pag18.htm (última vista al 24/8/19).

Barrick y sus laberintos. Dos formas de escapar a procesos

HERNÁN ROLANDO MEDINA[39]

RESUMEN

Barrick Gold es una de las empresas mineras más importantes del Mundo y desde el año 2004 se encuentra en la provincia de San Juan con numerosas denuncias en su accionar. El objetivo del trabajo es demostrar los escasos resultados que se han tenido para resolver conflictos con la transnacional recurriéndose a diferentes vías de litigio: una vinculada a las vías jurisdiccionales, a través de la Ong FUCI y otra que se realizó por medio de soft law, efectuada por la ONG FOCO INPADE, ambas con resultados negativos.

Palabras claves: Barrick • Contaminación • Soft law • Corte Suprema de Justicia • OCDE.

ABSTRACT

Barrick Gold is one of the most important mining companies in the world and since 2004 is in the province of San Juan with numerous complaints in its actions. The objective of the work is to demonstrate the scarce results that have been had to resolve conflicts with the transnational resorting to different ways of litigation: one linked to the jurisdictional ways, through the Ngo FUCI and another that was made through soft law, carried out by Ngo FOCO INPADE, both with negative results.

Keywords: Barrick • Contamination • Soft law • Supreme Court of Justice • OECD.

39 Geógrafo, Coordinador del Observatorio de Empresas Transnacionales, FOCO INPADE E-mail: hernanrolando@gmail.com / hmedina@inpade.org.ar

1. TRAYECTO INICIAL DE LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Barrick Gold, es una empresa minera multinacional con sede en la ciudad canadiense de Toronto. Posee más de 27 minas operativas en 15 países alrededor del mundo. Su proyecto más importante en la Argentina (e involucra a Chile también), es Pascua Lama – Veladero, el cual es una mina de la que se extrae a cielo abierto oro, plata, cobre y otros minerales a una altura de 4500 metros sobre el nivel del mar. Inició sus actividades en el año 2004 y se supone que este proyecto debería dejar de operar en el 2024. "La inversión realizada para la construcción de Veladero, estimada en aproximadamente US$600 millones, representó nada menos que el 36% del total de Inversión Extranjera Directa en la Argentina en el año 2003 (US$1.659 millones)" (Moschenil, 2019, p. 119).

Es importante mencionar que en la década del '90, Argentina sancionó leyes que potenciaron la inversión extranjera en minería, principalmente metalífera y a gran escala, complementando al Código de Minería Argentino, de fines de siglo XIX. Desde el 2003, los gobiernos de Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner mantuvieron el impulso a la "megaminería" En este sentido, en 2004 se presentó el "Plan Nacional Minero", se le otorgó al sector minero status de Secretaría de Estado, dependiente del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, y durante el año 2006 se lanzó el "Plan de Reactivación de la Actividad Nuclear Argentina". En ese contexto Barrick Gold se instala en San Juan, una provincia que para entonces era un territorio con un desarrollo industrial relativamente bajo a nivel nacional, cuya condición histórica como provincia signada por la pobreza, la vulnerabilidad social y la baja densidad demográfica facilitó que el discurso productivista pro-minero recurra a representaciones y construcciones ideológicas miserabilistas que la mostraron como territorio "improductivo", "disponible", "vaciable" o "sacrificable" (Gómez Lende, 2016, p. 151). De esta forma, ante la escasa aptitud agro-ecológica de estas áreas áridas y montañosas para las producciones agrícolas como sí ocurre en la región de mayor desarrollo relativo del país (la pampa húmeda), la psicoesfera pro-minera apeló al estigma de "provincia pobre" y a la metáfora del "desierto de piedra" para viabilizar la aceptación del modelo (Gómez Lende, 2016). Así, la minería metalífera adquiere entonces el rango de panacea. Los cimientos y la credibilidad de ese relato descansan en gran medida en el discurso hegemónico estatal y corporativo respecto de las fuentes de trabajo directo e indirecto generadas por la "industria madre de industrias". Desde principios del siglo XXI San Juan fue convirtiéndose progresivamente en un "mineralo-Estado", a través de la promoción de inversiones en el sector, la consolidación de espacios gubernamentales vinculados con la actividad, la profundización de alianzas con las empresas transnacionales del sector, la difusión y la propaganda de la megaminería (Wagner, 2016).

Sin embargo, pese a estas ventajas que se ofreció a la actividad minera, Barrick estuvo sometido a numerosos cuestionamientos por parte de la sociedad civil local.

En primer lugar, el proyecto de explotación se superpone con la reserva de Biosfera "San Guillermo", perteneciente al programa MAB-UNESCO "El Hombre y la Biosfera", afectando la preservación prevista al firmarse el convenio internacional correspondiente. En diciembre de 2007 el Defensor del Pueblo de la Nación, Eduardo Mondino, en el marco de la actuación Nº 5945/04, caratulada: "V., R., sobre perjuicios ambientales producidos por explotaciones mineras en la provincia de San Juan", emitió la Resolución 112/07. Allí se puntualiza que: los yacimientos Veladero y Pascua Lama se encuentran localizados dentro de la Reserva de la Biosfera San Guillermo, en la franja denominada "de transición", adyacente con la zona de amortiguación y el núcleo que integra el Parque Nacional San Guillermo (Mondino, 2007). Para dar lugar a su conclusión Mondino remite a la historia de ese espacio territorial que siendo inicialmente una Reserva Provincial se transformó más tarde en una Reserva de la Biosfera, relatando que sucedió.

En septiembre de 2009, ocurre un derrame de solución cianurada en Veladero. La noticia se disparó y la población se concentró frente al Municipio para pedir información. El departamento de Jachal vivió por semanas en la incertidumbre sobre la calidad de sus fuentes de agua, y su potencial consumo. Por su parte, las autoridades provinciales, especialmente el gobernador, minimizaron el hecho, haciendo referencia a "una contingencia que estaba totalmente controlada". Pero estas autoridades también recomendaron que no se tomara agua en los parajes cercanos al proyecto. El derrame generó un manto de dudas sobre el control por parte del Estado provincial. El Juez de Jáchal clausuró las actividades en la mina, levantando esta clausura unos días después, y ordenó a la empresa proveer agua envasada a las comunidades afectadas. La movilización social creció en las ciudades de Jáchal e Iglesias, junto a acciones de apoyo en la ciudad capital, solicitando desde certezas sobre las consecuencias del derrame, hasta el retiro de la empresa Barrick Gold de San Juan y el cierre de Veladero. También algunas organizaciones iniciaron demandas a los secretarios nacionales de minería y ambiente, a funcionarios provinciales y a la empresa.

Entre 2015 y 2016 Barrick Gold provocó al menos tres derrames de solución cianurada en San Juan que contaminaron los ríos Potrerillos, Jáchal, Las Taguas, Palca y Blanco según informe de la División Operaciones del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina (TN, 2016). El primero fue el 12 de septiembre de 2015 en el río Potrerillos (Rocha, 2015), y la evidencia de contaminación fue demostrada por un análisis realizado por una investigadora de la Universidad Nacional de Cuyo (UNCUYO) de la provincia de Mendoza-Argentina, que detectó la presencia de metales pesados en el río (manganeso y aluminio), superando ampliamente lo permitido por la ley (claro indicador que las aguas estaban contaminadas) (Fernández, 2015). Posteriormente, el gobierno provincial encargó el análisis de impacto a la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS).

El informe técnico elaborado, por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), confirmó la contaminación en la zona 0, es decir, la más cercana al derrame.

Los derrames dejaron en evidencia que la empresa minera estaba operando sin el seguro ambiental obligatorio, establecido en el artículo 22 de la Ley General de Ambiente Nº 25.675. La empresa reconoció la infracción, alegando que no lo tenía porque es un servicio, no existente en el mercado argentino.

En abril de 2018, un análisis realizado en el afluente del río Jáchal arrojó cifras que evidenciaron la presencia de metales pesados con niveles excedentes a lo permitido por la ley, por lo que se presume que se habrían ocultado dos derrames más.

Todos estos procederes fueron documentados, como parte de la exigibilidad de la denuncia entendiendo exigibilidad como "*un proceso social, político y legal. La forma y medida en que un Estado cumpla con sus obligaciones respecto de los DESC, no solamente ha de ser materia del escrutinio de los órganos de verificación del cumplimiento de las normas que los consagran y garantizan, sino que debe abarcar la participación activa de la sociedad civil en esta tarea como una condición sustancial del ejercicio de su ciudadanía*"[40].En este sentido, se asume que la exigibilidad social incluye fundamentalmente el control, vigilancia y reivindicación popular; acompañados preferentemente de la activación de mecanismos de protección jurídica de los derechos violados, según la instancia del Estado responsable de garantizarlos y/o protegerlos. En ese sentido, implica una acción en lo posible interdisciplinaria para documentar de manera detallada casos-problemas e iniciar acciones ante instancias judiciales nacionales y/o ante instancias internacionales de supervisión de los DESC, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), seleccionando casos relevantes que permitan generar

40 Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (2002). Estrategia de exigibilidad jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Colombia mediante acciones jurídicas en el plano nacional e internacional. Aportes Andinos No.3.

ámbitos de justiciabilidad de estos derechos. Esta documentación de casos, implica la revisión documental y de normas especializadas tanto en lo nacional como en lo internacional.

En este caso, tanto la Fundación Ciudadanos Independientes (FUCI, 2009) como (FOCO, 2011) realizaron un trabajo de documentación de casos sobre lo ocurrido en San Juan.

2. INGRESO AL APARATO JUDICIAL Y PROCESO

2.1 El caso FUCI

La demanda que dio inicio al proceso fue promovida en instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion Argentina (CSJN), por la Fundación Ciudadanos Independientes (FUCI), el 3 de abril del 2009. El caso tuvo por demandados a la Provincia de San Juan, el Estado Nacional, Barrick Gold Corporation y diversas empresas locales y subsidiarias que participan de la explotación de la mina de oro Veladero. Consistió en 102 fojas y 10 sobres probatorios conteniendo fotos y documentos fílmicos donde se observan diferentes actividades supuestamente contra los glaciares, tales como el derretimiento del hielo por medio de sopletes o diferentes tipos de explosiones que se realizan en la zona de Veladero como parte de la actividad de la explotación minera.

El principal argumento de la demanda de FUCI, es que la mina se halla en un área periglacial, circunstancia expresamente prohibido por la Ley de Glaciares N° 26639. Por otro lado, Veladero representa una serie amenaza y/o una grave afectación de bienes colectivos de carácter inter-generacional esenciales para garantizar toda forma de vida presente y futura, para asegurar el equilibrado funcionamiento en el entorno de diversos elementos y factores naturales bióticos y abióticos interdependientes –agua, suelo, tierra, aire, flora, fauna, minerales, clima, humedad, nutrientes, etc.– así como de los complejos, dinámicos e interrelacionados sistemas involucrados –ecosistemas, biomas, biotopos, biocenosis, hábitats, etc.–, y que –conjuntamente– componen paisajes, cada vez más alterados en su valor y riqueza ambiental, cultural y social. Según Juan Carlos Toranzo, vicepresidente de FUCI, se recurrió a la Corte Suprema por medio de una acción declaratoria que se denomina legalmente "Acción de Competencia Originaria" (que evita las presentaciones previas en la justicia provincial, y se resuelve rápido, expidiéndose en 30 días).

Tras años de silencio, donde la CSJN no se expidió sobre el tema y con motivo del derrame tóxico ocurrido en septiembre de 2015, FUCI presentó un escrito denunciando ese hecho y reconfigurando la demanda del caso que se había iniciado en el 2009. Entre otras cosas relevantes, solicitó allí "medidas urgentes y básicas en materia de información ambiental pública" tendientes a tutelar.

El 15 de marzo de 2016, FUCI amplió nuevamente su demanda. A tal efecto acompañó un informe multidisciplinario realizado por la División Operaciones del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina el 6 de noviembre de 2015 (el cual tomó estado público meses después de su realización). Este informe concluye que se encuentra acreditada la contaminación en los ríos Potrerillos, Jáchal, Blanco, Palca y Las Taguas, en virtud de hallarse sustancias tóxicas fuera de reglamentación. Tras la respuesta del CSJN del 27 de junio, el 30 de agosto FUCI vuelve a la carga con el pedido de que sean resueltas las cuestiones urgentes planteadas el 29 de octubre del año 2015 y que se acuerde trato prioritario al expediente, sin embargo, aquí no hubo respuesta.

Más allá de este silencio el 8 de septiembre de 2016, se produjo otro incidente similar en el mismo emprendimiento minero (Parrilla, 2016). En esta oportunidad la empresa informó en un comunicado oficial que el derrame obedeció a que "*una tubería por donde circula la solución del proceso en el área de las pilas de lixiviación resultó dañada por la caída de*

un gran bloque de hielo". Luego, el CEO (gerente principal), de la empresa reconoció públicamente en una entrevista que ese bloque de hielo era de aproximadamente una tonelada. Recordemos que el principal argumento que sostiene la demanda de FUCI es que la mina se halla en un área periglacial, lo cual está expresamente prohibido por la Ley de Glaciares N° 26.639.

En un nuevo escrito FUCI denuncia este hecho, reitera el pedido de que sean resueltas las cuestiones urgentes pendientes de decisión, y además solicita una nueva medida con tal carácter.

El 27 de octubre de 2016 y ante la falta de cumplimiento por parte de la Provincia de San Juan, (único demandado al cual el tribunal le solicitó información), FUCI solicita que se la intime para ello. Además, reiteró el pedido de que se resuelvan todas las peticiones urgentes efectuadas hasta la fecha señalando, entre otras cosas, lo siguiente: "*Es evidente que no debería seguir prolongándose esta inquietante situación sin control judicial sobre una actividad minera que de forma constante y crónica genera derrames y fugas de elementos químicos altamente contaminantes, circunstancia que –como mínimo– puede afectar la vida, salud, integridad física y el agua– del entorno dañado*".

Ya el 24 de febrero de 2017, además de solicitar, una vez más, que se resuelvan las peticiones urgentes pendientes, en esta oportunidad FUCI denuncia un nuevo hecho vinculado con la causa y que involucraba al gerente de mantenimiento global de Barrick Gold Corporation, ingeniero Raman Autar. La CSJN solo consideró que se agregue esta información al expediente.

El 18 de abril de 2017, FUCI denuncia un tercer derrame tóxico en el mismo emprendimiento minero, sucedido el 28 de marzo de 2017 (Spaltro, 2017), y ofreció nuevos elementos probatorios. Argumentó que en esta oportunidad la empresa ni siquiera efectuó comunicados oficiales al respecto, razón por la cual la información sobre lo sucedido era virtualmente nula. Solicitó una vez más la resolución de los pedidos de tutela urgente y cautelar pendientes de decisión. Teniendo en cuenta la ocurrencia de 3 derrames tóxicos en el mismo lugar, fue pedida una nueva medida cautelar. Una vez más CSJN solo consideró que se agregue esta información al expediente.

Finalmente, el 11 de diciembre de 2017, FUCI recapituló brevemente sobre lo sucedido en el expediente desde el mes de septiembre de 2015 y denunció que "*A la luz de la dilación verificada, la situación procesal descripta implica una denegación tácita a un pronunciamiento judicial que afecta de manera muy grave (a esta altura, tal vez irreparable), derechos fundamentales de orden convencional y constitucional de todos los habitantes de la zona y de todos los habitantes del país*". Ese mismo día, la respuesta del CJSN considerar que se agregue esta información al expediente.

2.2 El caso FOCO INPADE

Uso del Soft law

Se define como Soft law a los instrumentos cuasi legales, que no tienen ninguna fuerza legalmente vinculante, o cuya fuerza vinculante es algo más débil que la fuerza vinculante de la ley tradicional (Druzin, 2016). Según Julio Barberis, doctrinario argentino en la materia, una de sus acepciones las define como "*normas que se encuentran en proceso de formación y aún no han adquirido validez jurídica. […] normas jurídicas de contenido vago o difuso en las que resulta difícil precisar si sus disposiciones han sido o no cumplidas debidamente. […] normas que se hallan en resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, […] en los acuerdos políticos entre los gobiernos […]*" (Barberis, 1994). Por el contrario, Del Toro Huerta amplía la esfera de alcance del término, sosteniendo que se trata de un término utilizado

por la doctrina, que "*[…] busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica*" (Del Toro Huerta, 2006).

En la medida en que se aplica la estructura tradicional de la norma jurídica (esto es: un supuesto de hecho que origina la consecuencia jurídica), cabe considerar cuál sería la consecuencia jurídica frente al incumplimiento de una norma de soft law. Si se pretende asimilar lo jurídico a lo obligatorio, la consecuencia es la negación del carácter jurídico a la consecuencia. Sin embargo, la ausencia de fuerza vinculante en la norma de soft law no conlleva a que la misma esté exenta de relevancia jurídica, especialmente en los procesos de creación de la norma. Ello, atento su influencia en otros niveles del ordenamiento jurídico internacional, tales como la proyección de comportamientos deseables o el puntapié inicial para lo que eventualmente se transformará en una norma de hard law; así como también en el marco de pautas interpretativas.

Por lo general, no siempre, uno de los usos de soft law apunta a resoluciones de carácter recomendatorio, emanadas de organismos internacionales. A través de sus proclamas carecientes de fuerza coercitiva, pero con efecto declarativo y/o recomendatorio, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha emitido diversas resoluciones. Muchas de ellas, y otras que no se han nombrado, encuentran su base en la actividad desplegada por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, órgano de la Asamblea General dedicado a la promoción de leyes regionales y universales sobre medio ambiente. Por otro lado, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo ha adoptado una serie de recomendaciones y/o Directrices.

Qué son las Directrices OCDE

Las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), son recomendaciones que los países miembros de la OCDE dirigen a las empresas multinacionales con el fin de incentivar un comportamiento responsable de las mismas en un gran abanico de ámbitos, y consistente con las leyes nacionales e internacionales. Refieren a la obligación de las empresas trasnacionales de contribuir a la elevación sostenida del bienestar y el nivel de vida de todos los ciudadanos del país de acogida, la que necesariamente podrá llegar a cumplir reduciendo cualquier clase de dificultad que pueda causar su actividad comercial. Es decir, una cláusula de retroalimentación en términos de conducta debida ("due diligence"), la que involucra el respeto de la legislación nativa y de las políticas públicas adoptadas en consecuencia.

El "Prólogo" de las Directrices, ofrece el principio de progresividad en función de la oportunidad de las empresas trasnacionales de poner en funcionamiento políticas de prácticas ejemplares encaminadas al desarrollo sostenible que persigan garantizar una coherencia entre objetivos sociales, económicos y medioambientales, en el marco de Estados activos que tiendan hacia una mejora de sus políticas tanto nacionales como internacionales con vistas a mejorar el bienestar y los niveles de vida de todos los ciudadanos. La referencia de las líneas directrices al llamado principio de progresividad resulta central en la medida en que ordena que toda conducta empresarial tiene como límite los derechos humanos de las personas que habitan el país de acogida.

El capítulo sobre derechos humanos, podría ser considerado como uno de los puntos de este instrumento donde la perspectiva pueda tal vez ir más allá del concepto de responsabilidad social, circunscribiéndose en una perspectiva por lo menos parcialmente jurídica, al estar fundamentado en el respeto a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Al estar tales prerrogativas constituidas en diferentes tratados internacionales, de observancia obligatoria para los Estados parte, así como en declaraciones internacionales de derechos humanos con reconocimiento universal, un componente jurídico se ins-

cribe en este instrumento de la OCDE en relación con la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, que si bien no está claramente delimitada en términos jurídicos, fue interpretada como una responsabilidad independiente al deber de los Estados bajo el derecho internacional de proteger las prerrogativas fundamentales del ser humano (Cantu Rivera, 2015).

De conformidad con lo dispuesto en los artículos V, VI y VII del Tratado Constitutivo de la OCDE, las decisiones adoptadas por el Consejo de la Organización resultan vinculantes para Estados que las suscriben, razón por la cual, los Estados que han suscrito las Directrices deben realizar una promoción efectiva de las mismas, algo que, como se ha visto, no está sucediendo. Argentina es uno de los países que ha firmado esas directrices. El Estado argentino tiene la obligación de hacer valer las directrices, gestionando con buenos oficios, por ejemplo, cuando se suscita la presentación de un caso, si bien no son parte de un Tratado Internacional.

Los Puntos Nacionales de Contacto

Los Puntos Nacionales de Contacto (PNCs), son funcionarios u oficinas gubernamentales establecidos con el fin de promover la adhesión de las empresas multinacionales a las Directrices de la OCDE. A su vez, los PNCs deben evaluar los reclamos contra empresas (oficialmente denominados "instancias específicas"). Sus funciones básicas son: a) Suministrar información y difundir las Directrices, sensibilizando a los diferentes públicos involucrados en su implementación; b) Mediar en la presentación de quejas concretas contra empresas multinacionales, ejerciendo sus buenos oficios; c) Elaborar informes referidos a su tarea para la Reunión Anual de PNCs de la OCDE.

En el caso argentino el Punto Nacional de Contacto Argentino (PNCA), es una dependencia gubernamental ubicada en la Cancillería Argentina, siendo su titular el funcionario a cargo de la Unidad de Coordinación con la OCDE, que cuenta con un alterno (funcionario de esa misma Unidad). Por Resolución Ministerial n° 1567, del 31 de julio de 2006, se estableció el PNCA, en el ámbito del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. La Resolución Ministerial n° 17, del 25 de enero de 2013, derogó la Resolución Ministerial n° 1567 y estableció como funciones del Punto Nacional de Contacto las de "promover la vigencia de las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para las Empresas Multinacionales y contribuir a la resolución de asuntos vinculados con la implementación de las mismas"[41].

Para el caso descripto, el litigio entre FOCO y Barrick, se esperaba que el PNC contribuya a resolver las diferencias que suscitaba la implementación de las Directrices en este caso. De esta forma, el PNC debía realizar una evaluación inicial para determinar si las cuestiones planteadas en la denuncia merecían un examen más detenido y responder a la parte que las planteaba. Por otra parte debía ofrecer buenos oficios para facilitar a las partes implicadas su resolución, para la cual debía establecer rondas de consultas y solicitar asesoramiento de las autoridades competentes y a los representantes empresariales. También facilitar el acceso a medios consensuales y no contenciosos para arribar a un acuerdo. Por otro lado, tras proceder al análisis de la queja presentada y declarada la admisibilidad formal, habiendo hecho las consultas que consideró convenientes y habiendo concluido el proceso de mediación, debía emitir recomendaciones que correspondan acerca del mejor cumplimiento de las Líneas Directrices. Finalmente, podía emitir comunicados en donde se informe a la opinión pública del caso sometido voluntariamente a la jurisdicción.

41 Punto Nacional de Contacto Argentino (2010). OCDE Líneas Directrices para Empresas Multinacionales. ENCUENTRO DEL PNC ARGENTINO CON ONGS. Revisión de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

Denuncia de FOCO contra Barrick

Se interpuso ante la Unidad Coordinación de Temas OCDE, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, con fecha 8 de junio de 2011. Las violaciones a las Directrices se advirtieron en relación al Capítulo V relativo al "Medio Ambiente"[42]. Allí FOCO puso de relieve los siguientes daños: *afectación de las aguas superficiales y subterráneas*, por el uso de productos químicos de muy alto riesgo, desvíos de corrientes de agua superficial y subterránea sobre las cuencas de los ríos las Taguas, Blanco y Jáchal; *afectación del aire*, debido a las voladuras de molienda y perforación que propagan partículas de polvos como rocas, metales, arsénico, etc.; *afectación del suelo* por el traslado de sustancias peligrosas, el uso de maquinarias de gran porte o la afectación por drenaje ácido de actividad ligada a los proyectos; *afectación a los glaciares*: en el 2005 Barrick destruyó el glaciar Conconta que abastecía el río Tudcum. Además, ocultó datos sobre la presencia de otros cuerpos de hielo, renegando del papel regulador que tienen sobre el agua de los ríos del área, y soslayando que la protección de los mismos es esencial como medida contra el Cambio Climático; *afectación a la Biodiversidad*: en el caso de Pascua Lama – Veladero se han eliminado muchos ambientes húmedos que resultan claves para el desarrollo de la biodiversidad del área. A esa situación se agregan el impacto de los *daños sociales*, ya que se registran graves efectos sobre la salud de la población: en Jáchal se manifiesta un gran porcentaje de población con cáncer de hígado, estomago, riñones y otros, que se presumen consecuencia de la explotación minera aguas arriba del río Jáchal, en el yacimiento Veladero; a ello se agregan los *impactos en la Economía Regional*: por pérdida de valor de la región como lugar turístico a causa de la destrucción paisajes naturales y las restricciones de acceso que impone la empresa sobre el territorio, disminución de la cantidad de agua y electricidad de la que dispone la región, así como pérdida de la producción vinculada a la cría extensiva de ganado, principalmente caprino, el cultivo de olivos y semillas y la actividad forestal; finalmente, el *cumplimiento defectuoso del derecho a la información de las comunidades locales*: la empresa difunde escasa información y fuera del alcance de los pueblos afectados por su actividad. Si circula, lo hace en las agencias estatales provinciales con facultades de contralor y/o fiscalización sobre las facetas que involucra la misma.

Finalmente, la presentación inaugural de FOCO, menciona como daño institucional el *lobby* realizado por la empresa contra la denominada *ley de protección de glaciares (Ley 26.639)*, así como *numerosos casos de violencia en relación a la protesta social levantada por la actividad minera*: diversas organizaciones sociales y ambientalistas locales fueron reprimidas por la policía provincial y la seguridad privada contratada por Barrick, tal como ocurrió el 24 de febrero de 2011.

Ante el silencio del punto focal, el día 22 de julio de 2011 FOCO INPADE, presentó un escrito solicitando información sobre el estado procesal de la denuncia.

3. RESPUESTAS

3.1 Respuesta a FUCI

La CSJN no se ha expedido sobre su competencia, ni en relación a las medidas cautelares solicitadas desde el año 2009. Si bien hubo más incidentes que aceleraron las presentaciones por parte de FUCI (donde se presentaron más de una decena de escritos

42 También se advirtieron en el Prólogo, Capítulos I y II relativos a "Conceptos" y "Principios Generales"; Capítulo III relativo a "Publicación de Informaciones".

denunciando estos hechos, exigiendo la resolución de la cuestión de competencia y cautelares), las respuestas sistemáticas de la CSJN fueron "*agréguese y téngase presente*". Solo hay unas pocas excepciones.

a) Con motivo del derrame tóxico de septiembre del 2015, el 16 de febrero de 2016, la CSJN dictó una providencia en la cual sostuvo que, frente a las manifestaciones efectuadas en este escrito de FUCI, "*el Tribunal se ve precisado a poner de resalto las medidas adoptadas en diversos casos vinculados con distintas explotaciones mineras*". En este orden, luego de reseñar algunas actuaciones de distintos expedientes señaló: "*Que frente a tales antecedentes, todas las expresiones plasmadas en el escrito de fs. 124/124 vta. carecen de la ineludible confrontación objetiva que debe servir de antecedente a cualquier exposición judicial que se pretenda efectuar. Ante ello el Tribunal no debe soslayar la carga de llamarle severamente la atención a su firmante, poniendo en su conocimiento que será sancionada en el caso de seguir con conductas similares, que no se compadecen con la real labor jurisdiccional de esta Corte*".
b) En ocasión del incidente del 8 de septiembre de 2016, en el que la empresa informa sobre la existencia de un derrame producido por un bloque de hielo que destrozó una tubería, lo cual fue denunciado por FUCI, la CSJN dictó una providencia donde, con fundamento en las facultades generales que le acuerda el art. 32 de la Ley General del Ambiente N° 25.675, y sin decidir sobre ninguna de las peticiones pendientes, se limitó a pedir cierta información a la Provincia de San Juan (codemandada en el expediente).
c) Finalmente, y ante el pedido de FUCI del 27 de octubre de 2016, ante la falta de cumplimiento por parte de la Provincia de San Juan, la respuesta de la CSJN dictada cuatro días después de 2016, no resolvió las peticiones pendientes y solo señaló: "*(i) en relación al incumplimiento que se denuncia respecto a la provincia de San Juan, estese por ahora a lo dispuesto a fs. 242, en función de lo actuado a fs. 240/41 y 246. (ii) A lo demás peticionado, se tiene presente para su oportuna consideración por el Tribunal*".

Desde entonces y hacia finales de 2018, no apareció resolución alguna sobre la competencia ni sobre los pedidos urgentes y cautelares efectuados.

3.2 Respuesta a FOCO

Tras un año y medio de deliberaciones, el 9 de mayo de 2013, se pronunció el Dictamen de Admisibilidad Formal de la denuncia, destacándose que la presentación inicial de FOCO, "reúne las condiciones que viabilizan la Instancia Específica". Posteriormente se notificó a las partes y se le brindó a la empresa denunciada la ocasión procesal del descargo (Barrick fue notificada el 1 de octubre de 2014). La contestación de Barrick sobrevino el 27 de diciembre de 2013. Negó cada una de las violaciones denunciadas y manifestó su vocación de conciliar únicamente en la medida en que se identificasen las cuestiones u objetos de conciliación, entre otras cuestiones irrelevantes a la Instancia Específica.

El 14 de junio de 2014, FOCO comentó la respuesta de Barrick por escrito. Introdujo como hecho nuevo el significativo fallo de la Corte Suprema de Justicia de Chile recaído el 25 de septiembre de 2013, que ordenara la suspensión del emprendimiento minero Pascua Lama, del lado chileno, por posible afectación ambiental e hídrica. Mediante Nota DIEM Nº 332/14, se convocó una vez más a FOCO a una reunión en el Punto Focal a realizarse el 31 de julio de 2014. En esa oportunidad, la ONG fue invitada a expresar cuál o cuáles podían ser –a su criterio– los aspectos centrales de un posible diálogo entre las partes, con el horizonte de un entendimiento que pudiese ser positivo para ambas en el marco del arbitraje. Según

referencias del Punto Focal, este encuadre de la mediación fue transmitido a la empresa, quien hizo llegar un nuevo descargo a la última presentación escrita de FOCO, el 29 de abril de 2015. Barrick insistió con la improcedencia de los planteos de ésta, solicitando su rechazo expreso, su apartamiento del ámbito discusión arbitral y requiriendo –en forma reiterativa– precisiones acerca de lo que iba a constituir el punto o los puntos a tratarse en la mesa de diálogo entre las partes como eslabón principal del mecanismo. Una vez más, la mayoría de sus argumentaciones pretendían excitar funciones jurisdiccionales del Punto Focal, ajenas a su competencia y su finalidad.

Consultada la denunciante sobre esta presentación de BARRICK, el 4 de junio de 2015 hizo llegar al Punto Focal su deseo de convocar a las partes a una audiencia conjunta, tal como lo venía solicitando desde el inicio del procedimiento. Sostuvo que no tenía sentido seguir "debatiendo" por escrito como si se tratase de un juicio contradictorio, que esto era extraño al objeto y finalidad del mecanismo y que era imperioso que se citase a ambas partes a dialogar.

El 8 de octubre de 2015, FOCO mantuvo una nueva reunión con el Ministro Salafia y demás integrantes del Punto Focal. Los funcionarios comentaron sobre la realización de encuentros con los abogados de Barrick, en los que la empresa se había mostrado dispuesta a sentarse a dialogar para obtener resultados concretos en la instancia específica. Que la condición impuesta por el Punto Focal fue que la parte denunciada expresara por escrito esa voluntad de participar de la mediación con los buenos oficios de Cancillería.

Al día siguiente, Barrick finalmente expresó su voluntad de participar de una mediación, aunque con condiciones, entre las cuales se destacan: a) Se tratarían exclusivamente los temas que FOCO identifique por escrito como cuestiones pendientes (incluyendo la pretensión perseguida para un eventual acuerdo); b) La reunión se realizaría con la presencia del PNCA, se labraría acta de audiencia y la firmarían las partes.

El 26 de marzo de 2018, tras cinco años de demora del PNC para convocar a las partes, en la que se sometió a las partes (sobre todo a la denunciante), a un proceso burocrático de intercambio inoperante de posiciones por escrito, que permitió a la empresa mantener una extensa indefinición sobre su voluntad (o no), de participar en una eventual mediación, se llevó a cabo la primera reunión de diálogo participativo, con miras a una posible mediación. En dicha reunión los representantes de Barrick negaron hechos, circunstancias y escritos que surgen nítidamente del expediente administrativo. Los representantes de Barrick afirmaron que "la denuncia de FOCO no abordaba faltas o violaciones comprendidas en las Directrices", cuando el propio PNC había dictado la admisibilidad formal del caso cinco años antes (2013). El Punto Nacional de Contacto convalidó expresamente la posición de la empresa que alegó "no entender cuáles eran los reclamos de FOCO y cuáles los términos de referencia para la mediación", suscribiendo el PNC esas afirmaciones diciendo que "*ni las anteriores gestiones ni la actual entendieron jamás de qué se trataba esta instancia específica promovida por nuestra organización*". Estas condiciones, que propiciaron el fracaso de la instancia mediadora, demostraron que no existen las garantías necesarias de imparcialidad, transparencia, idoneidad y competencia que deben orientar el accionar del PNC para cumplir con las funciones que le competen en la aplicación de las Directrices. Por esa razón en abril de 2018, FOCO INPADE se retiró de la Instancia Específica.

4. CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES

Lamentablemente en ambos casos los finales han sido abiertos. Uno, porque en la instancia jurisdiccional la CSJN aún no se explayó al respecto. En el otro porque FOCO INPADE se retiró de la instancia. Básicamente ambas instancias no reconocieron el carácter

de derecho exigible y justiciable como parte de los DESCA, lesionando el derecho de acceso a la justicia, parte del antiguo derecho de defensa de un interés legítimo, en este caso el del pedido, de un ambiente sano que no dañe la integridad física de los habitantes de la zona de Jáchal, San Juan.

Solo con motivo del derrame de septiembre del 2015, la CSJN llamó la atención a la empresa, poniendo en su conocimiento que sería sancionada en el caso de seguir con conductas similares, que no se compadecen con la real labor jurisdiccional de esta Corte. En este sentido la Corte analizó ese hecho puntual (la serie de derrames), en función de las consecuencias que de tales acciones podrían derivar para la salud y la vida de los habitantes de la zona afectada.

Sin embargo, el común para ambos casos, son las falencias. Se demuestra en forma comparada que tanto la actividad jurisdiccional como la no jurisdiccional son lentas para determinar un fallo. Y habla de la escasa democratización de los aparatos judiciales, donde se informa poco y nada a la ciudadanía afectada.

4.1 Falencias respecto al organismo jurisdiccional

Las dilaciones y atrasos en el avance de los expedientes hablan de una matriz conservadora y burocrática que funciona ajena a todo control con la que trabaja el Poder Judicial, en el cual no se rinden cuentas de ningún tipo (tanto en la labor administrativa como en la jurisdiccional). Los mecanismos existentes, por cuestiones de diseño y prácticas, no funcionan. Uno de los déficits centrales es que se controlan entre ellos o entre los propios grupos de poder estatal o fáctico. Es necesario que se abran los mecanismos de control a la ciudadanía, en razón del enfoque de derechos en un sistema judicialista el cual supone que todo conflicto, siendo de derechos, se discutirá siempre en sede judicial. El resultado es que la política queda sometida a un discurso de derechos, donde las personas solo exigen derechos, otorgándoles un enorme poder a los magistrados.

Una reforma en el aparato judicial debe asumir que el sistema de justicia es una organización administrable, donde la gestión es fundamental para el proceso. En ese sentido, el modelo existente debe cambiar en forma radical. La forma en que están organizados los tribunales es la expresión técnico administrativa de una concepción de poder concentrada, elitista y oscura, un modelo de despacho caracterizado por la discrecionalidad; falta de transparencia; amateurismo; anarquía; inexistencia de planificación, comunicación, información y retroalimentación; delegación; ausencia de rendición de cuentas tanto en su faz administrativa como jurisdiccional; y, confusión de actividades y responsabilidades. Favorece la corrupción y prácticas contrarias a la adecuada prestación del servicio de justicia (Sucunza, 2018).

Es importante que funcione una organización que separe la labor jurisdiccional de la administrativa; sea profesional; esté a cargo de un administrador especializado; tenga una estructura flexible; donde exista información, estándares, indicadores, procesos de trabajo homologados y responsabilidades precisas. Debe ser una organización planificada, monitoreada y evaluada según resultados, donde se genere información. Eso hará que se reduzcan las contingencias y se concentre que el recurso más finito y caro del servicio (el juez o jueza), se dedique a su deber constitucional y a la única actividad en relación con la cual guarda especialidad: decidir (Sucunza, 2018).

El proceso como método de discusión racional opera sobre esta matriz. Por ello los cambios en la organización de poder y judicial son una exigencia ontológica pero también utilitaria: no es posible seguir admitiendo un sistema de administración de justicia que carece de todo tipo de control, del cual no tenemos información precisa (porque no la produce ni la brinda), donde nadie es responsable ni rinde cuentas. Pero tampoco es posible obtener

un proceso de calidad y racional, si la organización de poder y su soporte administrativo está construido sobre una lógica del siglo XVIII. Está claro que existe una relación directa entre organización de poder, estructura judicial y eficacia del proceso.

Mientras tanto, Barrick continúa operando casi con impunidad con su posterior efecto que no se reduce solo a la contaminación del ambiente (derrames), sino también al del acaparamiento hídrico y la libre transitabilidad del territorio.

4.2 Falencias respecto al PNC

En virtud de las recomendaciones que están estipuladas en las Directrices ante las presentaciones de Quejas, vemos que dos críticas constantes aparecen. La primera, referida a la disparidad en torno a los criterios de interpretación de las Directrices para Empresas Multinacionales por parte de los PNC, mientras que la segunda es en relación con su actuación. En esta última, a pesar del establecimiento de criterios y estándares para intentar guiar los procedimientos de los PNC en torno a la admisión de instancias específicas, aparentemente continúa existiendo una importante cantidad de criterios heterogéneos. Y aquí podrían observarse tres puntos:

En el caso FOCO vs Barrick se vieron deficiencias de procedimiento vinculados a un Trato desigual e injusto a la ONG. Tal como lo evidenciara el informe "Cinco años después. Una revisión de las Directrices de la OCDE y los Puntos Nacionales de Contacto" del 2005, durante este litigio se evidenciaron muchas de esas falencias (OCDE Watch, 2005. No se percibió que el PNCA trate en forma igual y justa a la organización involucrada en el reclamo, incluso en las reuniones oficiales durante las cuales todas las partes presentaron sus puntos de vista. Sería un poco malicioso atribuir este tratamiento desigual al hecho de que un PNC opera desde y es administrada por una oficina gubernamental que, dada la naturaleza de sus tareas, es pro-empresa.

Este trato se suma a la falta de capacidad de los PNCs (¿o quizás de voluntad política?), para investigar o llevar adelante actividades tendientes a la determinación de los hechos cuando recibieron un reclamo. De esta forma, el PNC no sopesó la evidencia presentada por las diferentes partes, lo que llevó a un punto muerto. En la actualidad (y en varios litigios similares), la carga de presentar información y evidencia recae sobre las ONGs, cuyos recursos generalmente son escasos. Por eso, la adhesión a las directrices no se promoverá seriamente si los PNCs no son más proactivos a la hora de reunir información (buscando las visiones de embajadas locales, organismos de la ONU y agencias de desarrollo), para determinar el contexto y hechos subyacentes del caso. Por el contrario, todos los PNCs se apoyan exclusivamente en la información provista por la empresa cuya conducta es presuntamente contraria a las Directrices.

En tercer lugar, se halla la falta de comunicación. El PNCA ignoró reglas elementales de los procedimientos administrativos. En su momento fue muy costoso confirmar recepción del reclamo recibidos.

Por último, no hay que descartar que el PNCA como mecanismo de reclamación no judicial, no estuvo preparado ni equipado para tratar casos graves, que si son ventilados por mecanismos judiciales[43].

Desde luego, la existencia de un pobre nivel de comprensión respecto al criterio inicial de admisión de las instancias –tal vez derivado de una falta de mayor especificidad de

43 European Union Agency for Fundamental Rights (2017). "Improving Access to Remedy in the Area of Business and Human Rights at the EU Level: Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights". Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

las Directrices– genera consecuencias potencialmente negativas para el resto del procedimiento, y en especial para los criterios de interpretación de las Directrices. Aunque también es cierto que las circunstancias de cada instancia podrían hacer variar la interpretación de las Directrices por los PNC, la aparente inexistencia de un aprendizaje general acumulado respecto a la interpretación oficial de las disposiciones contenidas en este instrumento podría constituir una limitante estructural que inhibe el progreso de este mecanismo.

Uno de los principales problemas que existe con el mecanismo de la OCDE (pero que es propio de la naturaleza del derecho internacional), es la falta de medios para garantizar la participación activa o cumplimiento de las recomendaciones a las empresas multinacionales. Al tener un carácter voluntario, las Directrices no aseguran que las recomendaciones sean efectivamente puestas en práctica por las empresas, o bien, que los resultados y llamados que hagan los PNC a empresas para participar en las instancias específicas por supuestas violaciones a las Directrices tengan algún tipo de efecto. Al ser normas voluntarias no hay sanciones por su no cumplimiento. En todo caso la empresa solo juega su imagen y reputación. Los gobiernos de los países adherentes a la normativa no colaboraron en el control de su cumplimiento. Esta situación es un obstáculo para la efectividad de las Directrices, limitando su eficacia, normalmente circunscrita a la voluntad de los Estados para garantizar la aplicación de normas internacionales en su jurisdicción. En este sentido, la única solución que existiría para lograr una mayor efectividad y un mayor apego a estas normas por parte de las empresas –además de la transformación de las Directrices en normas jurídicas de derecho internacional directamente aplicables a ellas, lo cual parece ser una posibilidad remota–, sería que los Estados miembros de la OCDE determinen en su legislación interna la obligación de las empresas de respetar dichos estándares internacionales y de comparecer ante los PCN correspondientes cuando éstos las requieran. Otro punto a tener en cuenta es el vinculado al propio procedimiento realizado por los PNC, y a la nula posibilidad de presentar pruebas en las instancias específicas que se promuevan. Lo anterior tiene como base el carácter no adversarial de las instancias específicas, mismo que se resuelve de forma exclusiva a través de la valoración de los alegatos e información que presenten las partes involucradas en un procedimiento cuando no fuere posible una solución amistosa, o bien, como resultado de una mediación o conciliación efectiva entre los intereses de las partes. Así, la única aportación realizada por las partes en una instancia específica lo constituyen los hechos alegados al presentar la instancia y al otorgar la empresa involucrada –en su caso– su respuesta a los alegatos y a los cuestionarios que pudiere realizar el PNC respecto a su implementación de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

5. Efectos

Es contrafáctico afirmarlo, pero todo induce a afirmar que el peso de la empresa Barrick Gold terminó influyendo en las resoluciones (o ausencia de ellas). El fracaso de estas dos formas de litigio no puede entenderse por fuera del discurso y una lógica productivista pro-minera que en los últimos años busca volver deseable y razonable una "Argentina minera". Las reuniones, de miembros del gobierno de entonces con Peter Munk, CEO de Barrick Gold, realizadas en Canadá así lo demuestran, así como el veto, en octubre de 2010, a la denominada Ley de Glaciares (Ruiz, 2010).

En ese sentido, San Juan es una de las provincias más representativas del auge minero. Se trata de una provincia históricamente caracterizada por la pobreza, la exclusión, la ausencia de actividades productivas dinámicas, y una matriz económica endeble y frágil basada (hasta el arribo de la minería) en el sector agrícola. La narrativa respecto de la relación entre minería y "efecto-derrame" gira en torno a un gran eje estratégico: la generación de empleo genuino vía la creación de puestos de trabajo directo e indirecto a nivel nacional y

local. Este factor obraría por sí mismo (en teoría) como evidencia del papel asumido por la actividad como motor del ansiado y postergado desarrollo socioeconómico regional.

Como resultado, la retórica filantrópica de la fábula pro-minera corporativa y estatal apunta a generar un imaginario feliz de comunidades locales "beneficiadas" por la actividad, donde indígenas, campesinos, pobladores y otras minorías coexisten felizmente con la minería al ser integradas gracias a los pactos asociativos de las empresas con el Estado jurisdiccional (Antonelli, 2009). Este discurso deja sus efectos en la trama social y en las actividades de las organizaciones sociales, tanto sanjuaninas, como de cualquier territorio donde se cierne la minería.

Era evidente que llevar a litigio a la empresa implicaría conflictos de intereses a diversos niveles del Estado, así como de poderes. De por sí son conocidas las sospechas de la ligazón de la familia Gioja, una de las importantes de la provincia, la cual tiene a José Luis en el rol de Gobernador, como proveedores de Barrick en San Juan (Nash, 2012). Por otro lado, Jorge Omar Mayoral, Secretario de Minería de la Nación poseía vínculos con empresas mineras a las cuales regularía como con la empresa Micas Argentinas S.R.L. y Millstone S.A. relacionada con Barrick Exploraciones Argentina S.A (Gómez Hilbert, 2012). Otro ejemplo significativo donde cohabitan las funciones de control y regulación con los intereses de la empresa, el es del ingeniero y funcionario Eduardo Jorge Millón. En sus inicios presidía el Instituto de Hidráulica en la Universidad Nacional de San Juan. Cuando en el 2002 previo a que sean firmados los acuerdos para el proyecto Veladero, la consultora Knight Piésold hizo el Informe de Impacto Ambiental (IIA) contrató a Millón para hacer el diseño hidráulico del proyecto. En el 2004 José Luis Gioja como gobernador designa a Millón como director del Departamento de Hidráulica y este aprueba el plan hidráulico que él mismo había diseñado cuando había sido contratado por la consultora de la empresa (Gómez Hilbert, 2012).

Y esta influencia llegó hasta los límites de la independencia estatal. Por un lado, la consultora privada Knight Piésold, cuyo IIA ocultó la presencia de glaciares en la zona a explorar que cohabitaba en el mismo domicilio de la empresa trasnacional. Un ejemplo más: en 2005 Juan Pablo Milana, experto en glaciología, realizó un informe donde mostraba la presencia de glaciares en toda la zona donde se iba a desarrollar dicho proyecto, recibiendo el aval de FUCI. Sin embargo, luego de denunciar fervientemente a esta empresa y a los informes distorsionados, Milano es contratado por La Junta de Vigilancia del Agua del Valle de Huasco de Chile que había recibido desde Barrick más de 60 millones de dólares. De esta manera Milana cambió su posición y afirmó que no eran glaciares sino cuerpos de hielo con poca antigüedad (Bonasso, 2011).

Con estos antecedentes, ¿cómo no sospechar de la influencia de Barrick Gold en estos procesos?

Estos antecedentes no son más que nodos dentro de una compleja trama que opera en función de acallar cualquier estudio que vaya contra la minería. De acuerdo a las entrevistas realizadas a los afectados en su momento por la minería, y a organizaciones sociales de San Juan, se observa que el acceso a la información sobre los proyectos mineros en la provincia de San Juan es prácticamente nulo y todo lo que difunde Barrick es de carácter propagandístico. No existen informes de Universidades u Organizaciones Sociales que sean críticos a los proyectos mineros en la provincia y que reflejen los impactos ambientales, daños a la salud de los pobladores y afectación de las economías regionales. Los estudios de impacto ambiental existentes han sido realizados por instituciones privadas, y sometidas posteriormente al control de agencias estatales provinciales como el Departamento de Hidráulica y de Obras Sanitarias Sociedad del Estado (OSSE). Dichos estudios dieron resultados negativos en cuanto a la contaminación de los ríos utilizados por los proyectos mineros, lo que generó una completa incredulidad de las comunidades locales; circunstancia agravada porque dichas agencias fiscalizadoras son controladas por el Poder Ejecutivo Provincial,

como se mencionara más arriba. Estas manipulaciones ocurren debido a que el poder político y la empresa actúan de modo conjunto y coercitivamente sobre aquellos ciudadanos que están en contra de la minería de modo abierto. Abundan los casos de presiones de tipo impositiva sobre pequeños comerciantes, sobre los empleados públicos (existe un altísimo nivel de empleo público), y contra aquellos que reciben algún tipo de ayuda social por parte del Estado. Debido a estos factores, la opinión pública y percepción de la ciudadanía sanjuanina acerca de la minería, se ve profundamente influenciada por el temor a quedar marginado social y económicamente, de manera que no es posible saber en una primera instancia la opinión verdadera de los pobladores respecto a la minería. Sin embargo, una encuesta realizada en San Juan acerca de la opinión sobre la minería, revela una preocupación por la escasez de agua que esta actividad provoca a lo que se suma a la existencia de organizaciones ambientales que se encuentran luchando por la obtención de información verídica y su difusión. Estos hechos dan cuenta de que los proyectos mineros de Barrick Gold encuentran una gran oposición social y no cuentan con la licencia de la comunidad para operar si bien no pueden hacerlo manifiesto por el control mediático mencionado más arriba. Solo exteriorizando el conflicto a otras jurisdicciones, como Capital Federal es que se vuelve visible para los sanjuaninos (salvo para los habitantes del departamento Jáchal que vienen padeciendo el accionar de la empresa desde hace más de diez años). La suma de estos factores crea un ambiente muy complejo a la hora de realizar investigaciones respecto del tema minero en la provincia, ya sean estudios ambientales o entrevistas con los afectados y activistas, traduciéndose en una falta de información crítica respecto a los proyectos mineros. Pero además, la poca información que existe circula de un modo prácticamente clandestino.

Mientras que los estudios del agua utilizada por la empresa que se han dado a difusión por parte de la Barrick señalan valores normales, el índice de enfermedades asociadas a los compuestos químicos utilizados para la explotación minera, como la muerte de animales, ha crecido considerablemente en los últimos años. La obtención de los datos de patologías asociadas a la minería es muy difícil, ya que los hospitales reciben aportes de la minera, creando así una dependencia que no da lugar al acceso a la información. Un mecanismo similar es el que ocurre con las Universidades, las cuales son acusadas reiteradamente de falta de rigurosidad en sus estudios de impacto ambiental, ya que reciben abiertamente fondos de las empresas mineras.

BIBLIOGRAFÍA

- Barberis, J. A. (1994). Formación del Derecho Internacional, Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Bonasso, M. (2011). El mal: el modelo K y La Barrick Gold. Buenos Aires. Ediciones Planeta.
- Cantu Rivera, Humberto (2015). La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol.15., pp. 611-658. Recuperado el 13 de junio de 2019 de https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870465415000173
- Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (2002). Estrategia de exigibilidad jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Colombia mediante acciones jurídicas en el plano nacional e internacional. *Aportes Andinos No.3*. Recuperado el 24 de mayo de 2019 de https://www.colectivodeabogados.org/Exigibilidad-juridica-de-los-DESC
- Del Toro Huerta, M. I. (2006). El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho Internacional. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VI, pp. 513-549. Recuperado el 27 de junio de 2019 de https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/viewFile/160/256

- Druzin, B. (2016). "Why does Soft Law have any Power anyway? Asian Journal of International Law (7), 1-18
- European Union Agency for Fundamental Rights (2017). Improving Access to Remedy in the Area of Business and Human Rights at the EU Level." Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Recuperado de https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-opinion-01-2017-business-human-rights_en.pdf
- Fernández Rojas, Jorge (3 de octubre de 2015). El derrame de la Barrick envenenó el agua de Jáchal. Unidiversidad. Recuperado el 23 de agosto de 2019 de http://www.unidiversidad.com.ar/el-derrame-de-la-barrick-enveneno-el-agua-de-jachal
- Gómez Hilbert, Estibaliz (2012). El neoextractivismo en la política Kirchnerista (2003-2011). Revista de Ciencia Política N° 22. Medio ambiente y política. Recuperado el 23 de agosto de 2019 de https://www.revcienciapolitica.com.ar/num22art2.php
- Gómez Lende, Sebastián (2016). Psicosfera e Mineração de Metais na Argentina: o Mito da Criação de Empregos nas Províncias de Catamarca e San Juan. Geografía. v. 25. n. 1. Recuperado el 14 de mayo de 2019 de http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/geografia/article/view/25362
- Ley de Glaciares N° 26639 (2010), recuperado el 24 de septiembre de 2019 de http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/Ley-26639-PP-para-la-Preservacion-de-los-Glaciares-ydel-ambiente-periglacial.pdf
- Ley General de Ambiente Nº 25.675 (2002), recuperado el 24 de septiembre de 2019 de http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/LEY%2025675.pdf
- Mondino, Eduardo. (2007) Actuación Nº 5945/04, caratulada: "V., R., sobre perjuicios ambientales producidos por explotaciones mineras en la provincia de San Juan".
- Moschenil, Margarita (2019). La minería y el desarrollo insostenible. El estudio de caso en San Juan, Argentina. Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía, [S.l.], v. 50, n. 196. Recuperado el 27 de mayo de 2019 de http://www.revistas.unam.mx/index.php/pde/article/view/64823/60270>.
- Nash, Axel (2012). Minería a cielo abierto: un límite al Modelo K. Recuperado el 23 de agosto de 2019 de http://comunicacionpopular.com.ar/mineria-a-cielo-abierto-un-limite-al-modelo-k/
- OCDE Watch (2005). Cinco años después: Una revisión de las Directrices de la OCDE y los Puntos nacionales de Contacto. Recuperado el 11 de junio de 2019 de
- Parrilla, Juan (14 de septiembre de 2016). Confirman un nuevo derrame https://observatoriorsc.org/cinco-anos-despues-una-revision-de-las-directrices-de-la-ocde-y-los-puntos-nacionales-de-contacto/de cianuro en la mina de Barrick Gold en San Juan. Infobae. Recuperado el 23 de agosto de 2019 de https://www.infobae.com/politica/2016/09/14/confirman-un-nuevo-derrame-de-cianuro-en-la-mina-de-barrick-gold-en-san-juan/
- Punto Nacional de Contacto Argentino (2010). OCDE Líneas Directrices para Empresas Multinacionales. ENCUENTRO DEL PNC ARGENTINO CON ONGS. Revisión de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.
- Rocha, Laura (24 de septiembre de 2015). El derrame de cianuro fue más grave: Barrick vertió un millón de litros en el río. La Nación. Recuperado el 23 de agosto de 2019 de https://www.lanacion.com.ar/sociedad/el-derrame-de-cianuro-fue-mas-grave-barrick-vertio-un-millon-de-litros-en-el-rio-nid1830609
- Ruiz, Iván (14 de julio de 2010). Ley de glaciares: el sinuoso camino de un proyecto con múltiples polémicas. La Nación. Recuperado el 23 de agosto de 2019 de https://www.lanacion.com.ar/politica/ley-de-glaciares-el-sinuoso-camino-de-un-proyecto-con-multiples-polemicas-nid1284392
- Spaltro, Santiago (2017, 30 de marzo). Tercer derrame de Barrick Gold en San Juan en un año y medio. El Cronista. Recuperado el 23 de agosto de 2019 de https://www.cronista.com/economia-politica/Tercer-derrame-de-Barrick-Gold-en-San-Juan-en-un-ano-y-medio-20170330-0036.html
- Sucunza, Matías A. Reforma a la justicia no penal y constitucionalización del proceso: el lugar de los derechos, el poder y la democracia. Recuperado el 1 de julio de 2019 de http://palabrasdelderecho.blogspot.com/2018/07/reforma-la-justicia-no-penal-y.html
- Wagner, Lucrecia Soledad (2016). Conflitos Ambientais na Indústria Mineira e Metalúrgica: o passado e o presente. Évora. Recuperado el 14 de mayo de 2019 de https://cetem.gov.br/conflitos-ambientais-na-industria-mineira-e-metalurgica-o-passado-e-o-presente

Participación, colaboración y coordinación para ejecutar sentencias estructurales: la arista inexplorada de un conocido litigio ambiental

CHARLES SABEL Y MARÍA EMILIA MAMBERTI[44]

RESUMEN

El trabajo explora instancias de participación ciudadana y coordinación entre autoridades derivadas de la causa "Mendoza", un litigio estructural orientado a la recomposición ambiental de una cuenca altamente poblada y contaminada de Argentina. Las acciones de limpieza derivaron en medidas para relocalizar a las personas que habitaban zonas contaminadas, a raíz de las que el Juzgado interviniente logró sistematizar formas de deliberación y toma de decisiones novedosas, participativas y horizontales.

Palabras claves: Litigio estructural • Participación ciudadana • Rendición de cuentas • Interdependencia de los derechos humanos

ABSTRACT

The article explores tools of participation and coordination among governmental authorities that have emerged in the "Mendoza" case, a structural litigation seeking the environmental remediation of a highly populated and polluted basin in Argentina. The cleanup actions derived in measures to relocate people who lived in polluted areas. In the context of such measures the intervening court managed to systematized ways of deliberation and decision-making that are innovative, participatory and horizontal.

Keywords: Structural litigation • Participation • Accountability • Interdependence of human rights

44 Charles Sabel, Facultad de Derecho, Universidad de Columbia, (csabel@law.columbia.edu). María Emilia Mamberti, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, (mem2324@columbia.edu).

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es presentar algunos aspectos básicos de la causa "Mendoza", decidida en 2008 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina[45], y desarrollar en más profundidad ciertas innovaciones vinculadas con la participación ciudadana y la rendición de cuentas registradas durante la etapa de ejecución de la sentencia. Este caso estructural[46] buscó la remediación ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo, un área con varios millones de habitantes –muchos de ellos en situación de extrema pobreza y vulnerabilidad– que concentra un gran número de industrias y actividades contaminantes débilmente fiscalizadas.

Se trata de un caso ampliamente reseñado en la literatura de distintas disciplinas. Por eso, en esta oportunidad no se pretende hacer una evaluación general de la importancia del caso ni de sus rasgos teóricos más distintivos, sino solamente describir una serie de instancias de deliberación y participación implementadas durante la ejecución de la sentencia que han dado un giro a la forma de gestión del caso y que, de manera incipiente, se ramifican a ciertas instituciones de la Administración Pública e impactan en el modo en que ella toma decisiones.

Las ideas que se presentan a continuación surgen de una investigación previa durante la que se entrevistó a actores clave y se compulsaron las actuaciones relevantes del expediente[47]. Agradecemos entonces por su colaboración a las personas que nos dedicaron parte de su tiempo para estos fines[48].

2. INICIO DEL CONFLICTO

2.1 La cuenca Matanza-Riachuelo

El río Matanza-Riachuelo, es un curso de agua de 64 kilómetros ubicado en el centro-este de la Argentina, que desemboca en el Río de la Plata. La cuenca cubre una superficie de 2.200 km^2 y comprende parte del territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[49] y de catorce municipios de la Provincia de Buenos Aires[50]. Esto significa que la cuenca se encuentra de manera concurrente bajo jurisdicción federal, provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires.

La región comprendida por la cuenca Matanza-Riachuelo, constituye la zona más

45 CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia otros c/ Estado Nacional otros s/ daños perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo", M. 1569. XL.

46 En este documento entendemos al litigio estructural como el promovido para re-estructurar organismos públicos. En su descripción tradicional, es un litigio que tiene una estructura de partes amorfas, alegaciones que involucran el funcionamiento general de grandes instituciones, y remedios que exigen restructuraciones y un monitoreo de largo plazo (ver Sabel, 2004).

47 Esto incluyó conversaciones con personal del Juzgado Criminal y Correccional N° 2 de Morón, del Juzgado Federal en Criminal y Correccional N° 12, del Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires, de la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires, y de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia. Respecto de la compulsa de los expedientes, se comenzó por estudiar la forma de organización y división de las diferentes temáticas de la causa, y se seleccionaron algunos legajos en particular que eran de interés en función de la investigación de escritorio previamente realizada y de las conversaciones con actores judiciales. Dichos expedientes fueron compulsados en su totalidad (con fecha de corte a mediados del año 2018), para lo que se asistió a la sede del Juzgado de Morón de modo de poder consultar los registros en papel completos. De esta revisión se extrajeron las resoluciones y otros elementos que sirvieron de base al análisis que se hace en este documento.

48 En especial a las tres investigadoras que participaron activamente del trabajo: Cecilia Garibotti, Olivia Minatta, y Victoria Ricciardi, de quienes hemos tomado muchísimas de las ideas presentadas aquí.

49 La Constitución Nacional le reconoce a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, diferente del de las Provincias y los municipios.

50 Muchos de esos municipios, aunque concentran una enorme parte de la población argentina, presentan severos desafíos en términos de su institucionalidad, las condiciones socioeconómicas de sus habitantes, y sus déficits de infraestructura.

urbanizada e industrializada de Argentina, con una altísima densidad poblacional. Los problemas ambientales en la zona datan por lo menos del siglo XIX[51].

La situación ambiental de la zona sólo empeoró con el paso del tiempo. Para el año 2003, de acuerdo con un informe de la Defensoría del Pueblo de la Nación[52], a lo largo de la cuenca existían más de 3500 fábricas e industrias (entre las que se encontraban frigoríficos, metalurgias, curtiembres, establecimientos químicos, textiles, farmacéuticos y petroquímicos), que mayormente vertían sus desechos al río sin ningún tipo de control o fiscalización, ni de tratamiento adecuado. Así se generaron niveles alarmantes de contaminación y degradación socioambiental a lo largo de la cuenca, considerada una de las más contaminadas del mundo.

Al problema de las industrias, se sumó el de los déficits de infraestructura para servicios como agua potable y cloacas, que se agravó con el aumento poblacional de la zona. Este crecimiento, la falta de servicios esenciales y la contaminación industrial convirtieron a la cuenca en un área donde el derecho al ambiente sano y en consecuencia a la salud no estaban garantizados.

2.2 Respuestas estatales iniciales

Las reacciones estatales iniciales no lograron abordar, en ninguna medida, esta problemática. Recién a partir de los años 1990, la cuestión Riachuelo comenzó a vislumbrarse como una cuestión de derechos. En esta década, vale recordar, se incorpora el derecho a un ambiente sano a la Constitución Nacional[53] y se le da jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos fundamentales, muchos de los cuales reconocen derechos interdependientes con el derecho al ambiente (como el derecho a la salud). Aun así, las promesas del entonces Presidente de la Nación en torno a la cuestión Riachuelo no se concretaron en resultados visibles.

Entre los intentos por abordar la problemática puede mencionarse que en 1993, el Poder Ejecutivo creó el Comité ejecutivo para el saneamiento de la cuenca hídrica Matanza-riachuelo; y en 1995, el Comité ejecutor del Plan de gestión ambiental y de manejo de la cuenca hídrica Matanza-riachuelo, con representación de la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, no se lograron avances a pesar incluso de los cuantiosos préstamos internacionales recibidos a estos fines, que parecen haber derivado solo en escándalos de corrupción.

La población afectada de la zona adoptó distintas estrategias a lo largo del tiempo para la canalización del conflicto (Bergallo, 2014). Por un lado, existieron desde mediados de los años ochenta reclamos administrativos y judiciales por afectaciones a la salud, aunque presentados de manera individual e inorgánica. Por otro lado, algunos episodios sucedidos en la cuenca recibieron atención de los medios de comunicación, como el cierre temporal de las plantas petroquímicas del Dock Sud, que derivó en un acuerdo entre las autoridades competentes para monitorear la zona.

51 Por ejemplo, en 1887 la Corte Suprema ya fallaba el caso "Saladeristas de Barracas", que discutía restricciones a la actividad de los saladeros que arrojaban "directamente al Riachuelo" los líquidos sin tratamiento de sus establecimientos, considerados insalubres.

52 (Nación, 2003).

53 En el artículo 41, que dispone: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos."

Hay también distintos ejemplos de movilización social en torno a la problemática de la cuenca. Otras formas de abordaje del conflicto anteriores al caso "Mendoza" incluyeron las acciones de Defensoría del Pueblo de la Nación, que a partir de distintos reclamos creó una unidad específica y comenzó a producir información y diagnósticos sobre la cuenca. En el informe ya citado, por ejemplo, se encuadran muchas de las situaciones que se describen de la cuenca como violaciones a los derechos humanos de sus habitantes[54] (es decir que ya analiza la problemática como una de derechos).

Las estrategias adoptadas parecen presentar entonces, una evolución hasta llegar a un enfoque de derechos, en el que se identifica la situación de la cuenca como un catálogo de incumplimientos de los distintos niveles de gobierno responsables. Esta evolución es consistente con la consolidación del derecho a un ambiente sano como un derecho constitucional, que se reconoce en esos términos en el Protocolo de San Salvador (1988), la Constitución Nacional reformada en 1994, la Ley General del Ambiente (2002), y la ley de Acceso a la Información Pública Ambiental (2004), entre otras normas.

Los mencionados antecedentes fueron la antesala de una estrategia judicial omnicomprensiva y estructural (es decir, no atomizada) para abordar el conflicto de la cuenca. En el año 2004, un grupo de personas iniciaron una demanda que reclamaba la implementación de políticas dirigidas a solucionar la crisis ambiental en la zona, un fondo para lograr la recomposición del ambiente, y el pago de daños y perjuicios contra las autoridades públicas y varias empresas indicadas como responsables de la contaminación. Si bien la cantidad de empresas involucradas podría haber sido un obstáculo procesal considerable, lo cierto es que en atención a las características excepcionales del caso se fijaron reglas de citación y contestación de demanda específicas, con un plazo especial y de carácter común para todos los emplazados, se limitó la posibilidad de interponer defensas como excepciones previas, y se dispuso que la contestación de demanda fuera sintetizada mediante un informe verbal en una audiencia pública al efecto.

La acción fue presentada directamente ante la Corte Suprema de Justicia, debido a que en la demanda se alegaba la configuración de un supuesto de competencia originaria. En esa presentación se identificó como responsables estatales tanto al Estado Nacional, como a la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires. Dado el foco de este trabajo, no vamos a dedicarnos a los argumentos relativos a la responsabilidad de las empresas privadas demandadas. Si bien el texto de la demanda no es muy preciso acerca de cuáles fueron los deberes incumplidos por los demandados, a grandes rasgos puede decirse que para encuadrar las conductas de esos sujetos como incumplimientos los actores señalaron las omisiones en realizar controles necesarios, la subejecución de los planes existentes, y los problemas registrados en la salud de la población de la cuenca.

Esta imprecisión de la demanda puede explicarse por la poca disponibilidad de información sistemática y confiable existente al momento de interponer la acción respecto de la situación de la cuenca, que puede haber operado como un obstáculo procesal para los actores. Vamos a ver más adelante que muchas de las respuestas dadas por el Poder Judicial se orientaron, precisamente, a saldar este déficit de información y por ende superar ese obstáculo.

Por otro lado, en el escrito de demanda[55] el encuadre jurídico central lo dio la cuestión de los resarcimientos de daños y perjuicios (con sus clásicos elementos de antijuridici-

54 Esta intervención inicial de la Defensoría del Pueblo se vio reflejada en su ulterior rol en el marco del expediente judicial colectivo. Por ejemplo, en la sentencia de fondo se resolvió que el Defensor del Pueblo conformaría "un cuerpo colegiado con los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en la causa en igual carácter de terceros, coordinando su funcionamiento y distribuyendo internamente las misiones, entre las que se incluyen la recepción de información actualizada y la formulación de planteos concretos ante la Autoridad de Cuenca…".

55 Que puede consultarse en https://www.cij.gov.ar/adj/expedientes_riachuelo/01.pdf (último acceso 20 de junio de 2019).

dad, imputabilidad, etc.), y no el marco de derechos humanos. En este sentido, pueden verse referencias abundantes al anterior Código Civil y sus regulaciones sobre responsabilidad.

Incluso en lo que hace a las pretensiones vinculadas a la reparación y remediación del ambiente como un bien colectivo, el respaldo legal utilizado mayormente en la demanda fue la Ley General del Ambiente (número 25.657), con su respectiva jurisprudencia y doctrina asociadas, sin referencia a estándares internacionales referidos a este derecho. Sí pueden encontrarse citas a disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad al Estado Nacional por daños ambientales (artículo 41 de la Constitución Nacional); le otorgan el dominio de los recursos naturales a las provincias (artículo 124 de la Constitución Nacional), e imponen a éstas una gestión ambiental adecuada de sus recursos (artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Sin embargo, en los hechos no fue la cuestión resarcitoria la que finalmente tuvo mayor trascendencia y desarrollo en los tribunales. Como veremos, el aspecto colectivo del caso, centrado en el ambiente y en otros derechos claramente interdependientes de aquél (derecho a la salud, derecho a una vivienda adecuada), son los que destacan en la causa "Mendoza", incluso cuando no fueron expresamente invocados en la demanda.

3. INGRESO DEL CASO AL PODER JUDICIAL

Después de que el caso ingresó al Poder Judicial, y quizás a raíz de la visibilidad que la cuestión volvió a ganar en ese contexto, el Congreso creó (mediante Ley N° 26.168), una autoridad interjurisdiccional con facultades de regulación, control y fomento respecto de las actividades industriales, los servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la cuenca: la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo, o (ACUMAR). La ACUMAR tiene representantes del Poder Ejecutivo Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por su parte, entre sus primeras decisiones[56] la Corte resolvió que los daños individuales (es decir, los que cada persona sufrió de manera personal), debían discutirse en los tribunales inferiores que correspondan a cada afectado. Es decir, la Corte rechazó la posibilidad de tratar los daños individuales en su jurisdicción originaria. En cambio, decidió aceptar su competencia para analizar el daño ambiental colectivo existente en la cuenca. En este sentido, consideró la relevancia del ambiente como bien de uso común e indivisible, cuya tutela se encuentra no solo en cabeza de los afectados sino también en otros legitimados activos que pueden velar por la protección de esos bienes colectivos. En la misma resolución, la Corte solicitó a todas las autoridades demandadas que presentaran un Plan Integral de Saneamiento Ambiental que contemple la participación ciudadana en las decisiones fundamentales, y solicitó a las empresas demandadas cierta información sobre sus actividades.

3.1 Los estándares del derecho ambiental y su impacto en el manejo inicial del caso

Respecto de la parte del caso que la Corte conservó (es decir, la cuestión colectiva), y sobre la base de estándares ya consolidados respecto del derecho ambiental, el máximo

56 Resolución de fecha 20 de junio de 2006.

tribunal lidió con la causa de una manera innovadora. Por ejemplo, enfatizó la necesidad de contar con una planificación adecuada basada en evidencia empírica, acudió a un procedimiento ad hoc más informal y flexible (con reducción de plazos y mayor oralidad), delimitó el frente activo y pasivo (admitiendo la intervención como terceros sólo de algunas de las organizaciones que lo había requerido, en función de los objetos previstas en sus respectivos estatutos asociativos), realizó numerosas audiencias públicas y resaltó la necesidad de participación en varias decisiones.

Este último punto es clave para los objetivos de este artículo y puede verse reflejado en distintas decisiones de la Corte Suprema, por ejemplo:

- Decisión del 20 junio de 2006. En ella la Corte solicitó a las autoridades demandadas que presentaran un plan integral ambiental, que entre otras cosas contemple la participación ciudadana en las "decisiones fundamentales del desarrollo sustentable", y un programa de información ambiental. Para fundar estos dos puntos el tribunal hizo referencia a los artículos 10 y 14 de la Ley General del Ambiente.
- Decisiones de agosto de 2006. La Corte aceptó la participación como terceros interesados en el proceso del Defensor del Pueblo (24.08.06), y de algunas organizaciones no gubernamentales en función de lo establecido en sus estatutos: la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Fundación Greenpeace Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Asociación Vecinos de la Boca (30.08.06), y de la Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos. El 20 de marzo del año 2007, la Corte consideró definitivamente integrado el frente activo.
- Decisión del 22 de agosto de 2007. En ella la Corte ordenó que se "informen de modo concentrado, claro y accesible para el público en general" muchísimas cuestiones, que incluyeron el listado de industrias, el estado de las napas, la limpieza de márgenes de río, etc. Para respaldar esta decisión la Corte reiteró lo que había sostenido en oportunidades anteriores respecto de que no existía información adecuada (ni siquiera en el escrito de demanda), por lo que invocó las facultades ordenatorias e instructorias que le confería la Ley General del Ambiente (artículo 32) para requerir la "recolección de información precisa, actualizada, pública y accesible para poder avanzar en este proceso en lo relacionado con la prevención y recomposición".
- Decisión del 8 de julio de 2008. Aquí la Corte ordenó "habilitar la participación ciudadana en el control del cumplimiento", del plan y programa ordenados en la sentencia de fondo y organizar "un sistema de información pública digital vía internet para el público en general, que de modo concentrado, claro y accesible, contenga todos los datos, informes, listados, cronogramas, costos, etc.," cuyo incumplimiento generaría la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la ACUMAR. La Corte también decidió la creación del Cuerpo Colegiado, órgano que tiene la finalidad de "fortalecer la participación ciudadana", con coordinación del Defensor del Pueblo y conformado por el resto de las organizaciones aceptadas para participar en el proceso. Si bien la Corte no usó referencias normativas concretas para justificar estas decisiones, lo cierto es que en esta oportunidad volvió a recalcar las dificultades para conocer datos objetivos, pú¬blicos y mensurables sobre las distintas situaciones existen¬tes, lo que además conspiraba contra la implementación eficaz de la decisión.
- Decisión del 10 de agosto de 2010. En ella la Corte encomendó a la ACUMAR la instrumentación del sistema de información digital ordenado en la resolución del 8 de julio de 2008 y la adopción de un sistema de medición que dé confiabilidad a la información.
- Decisión del 19 de diciembre de 2012. Ella, con relación a las relocalizaciones, ordenó resguardar el derecho a participar en el proceso de reubicación por parte de los vecinos de Villa Inflamable. Además, en esa ocasión la Corte Suprema recordó que

se debía asegurar la "participación procesal" de todos los afectados, y posibilitar el acceso a la información confeccionando una agenda de ejecución que dé cuenta de los avances en base a "parámetros objetivos con control de metas intermedias mediante la celebración de audiencias semestrales", publicando un calendario de audiencias y otros datos relevantes. La Corte requirió además que se informara sobre la gestión de la propia ACUMAR.

En conclusión, si bien la Corte no fundamentó expresamente en una norma jurídica concreta todas sus decisiones sobre participación y acceso a la información, de la lectura de estas resoluciones surgen como consideraciones fundamentales y repetidas las de: (i) las facultades judiciales que otorga a los jueces el artículo 32 de la Ley General del Ambiente[57]; y (ii) los déficits estructurales de información respecto de la situación de la cuenca Matanza Riachuelo, y los efectos prácticos que esa ausencia tiene para la correcta tramitación del caso e implementación de su sentencia.

En nuestra opinión, el encuadre adoptado parece haber tenido mucho que ver con el alcance particular y las características propias del derecho a un ambiente sano. En efecto, la necesidad de coordinación en el sector público y de participación del sector privado que la Corte destacó son peculiaridades que asociadas al derecho a un ambiente sano, como está reconocido en la legislación argentina. Ejemplos de esas características reconocidas normativamente incluyen:

- Regulaciones del tipo de "pisos mínimos" por parte del Estado Nacional. La noción de pisos mínimos ambientales tiene base constitucional desde el año 1994. El artículo 41 de la Constitución Nacional dice expresamente que en materia ambiental le corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias las necesarias para complementarlas. De acuerdo con esta idea, los pisos fijan el umbral básico e inderogable de protección que debe aplicarse de manera uniforme en todo el país. Las jurisdicciones locales luego desarrollarán estas pautas básicas, pero sin poder contradecirlas, lo que obliga a ciertos niveles de concertación y coordinación entre todos los actores.
- La noción de "principio precautorio". La Ley General del Ambiente enumera entre sus principios rectores al "principio precautorio". De acuerdo con este principio, "cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente." Este principio, que han aplicado y utilizado los tribunales repetidas veces, reconoce y considera definitoria del derecho ambiental la idea de indeterminación e incertidumbre. Entonces, si existe riesgo de un daño ambiental la incertidumbre científica no exime de tomar medidas, sino que por el contrario obliga a adoptar acciones igualmente. En este contexto, en el que no existe un conocimiento dominante, es previsible que la toma de decisiones no sea vertical y categórica, sino orientada a la aportación de información y la participación de actores variados.
- Una regulación garantista del acceso a la información ambiental. El acceso a la información ambiental también tiene una base constitucional, dado que el artículo 41 determina que "las autoridades proveerán a la protección [de] la información y educación ambientales." En efecto, mientras que en Argentina sólo desde 2017 existe

57 Que dispone que "[e]l acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general."

una ley nacional de acceso a la información pública general, ya desde 2004 existe un régimen de libre acceso a la información pública ambiental (Ley N° 25.831). Esta ley busca proteger el "derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado", y fue dictada como una ley de presupuestos mínimos. Otorga el derecho de solicitar información ambiental a "toda persona" y reconoce principios para darle vigencia práctica, como la gratuidad. En el mismo sentido, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, refiere al deber de las autoridades de garantizar "el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales" (artículo 28).

- Regulación expresa de instancias de participación y consulta ciudadanas. La Ley General del Ambiente, dispone que "toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general" (artículo 19), y obliga a las autoridades a "institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente" (artículo 20). En la misma línea, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires contempla la obligatoriedad de las audiencias públicas para discutir el impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado susceptible de tener un efecto relevante en el ambiente (artículo 30).
- El rol del "juez ambiental". El derecho ambiental planteó, tradicionalmente, un rol activo y oficioso del "Juez ambiental" (en este sentido, más similar a un juez penal que concentra facultades de instrucción, como sucede con la justicia federal en Argentina, como desarrollaremos más adelante).

Más allá del caso en análisis, consideramos que estas particularidades jurídicas del derecho ambiental tal cual está reconocido desde 1994, en el derecho argentino (la Constitución Nacional y leyes del Congreso de la Nación), promueven la colaboración entre distintas partes interesadas, y suponen que en materia ambiental, es especialmente relevante lograr consensos entre actores diversos[58].

4. LA SENTENCIA DEFINITIVA DE "MENDOZA"

Luego de varias decisiones relevantes que fueron "perfilando" el caso, la Corte dictó sentencia de fondo el 8 de julio del año 2008. En ella estableció que los obligados debían "perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo". Esta lectura acerca de la fijación de objetivos por parte del Poder Judicial, con deferencia al poder administrador acerca de los mecanismos más idóneos para alcanzarlos es la que predomina a lo largo de toda la ejecución de esta sentencia[59] (idea que como veremos el actual juzgado de ejecución refinó).

58 Las citadas normas son, por otra parte, ampliamente adoptadas por la doctrina especializada de Argentina. Además, si bien la Corte Suprema no necesariamente ha utilizado cada uno de estos estándares en las decisiones de la causa "Mendoza", sí los ha receptado en su jurisprudencia (a modo de ejemplo puede verse el caso "Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial", donde además de validar el principio precautorio el tribunal usó una regulación de presupuestos mínimos dictada por el Estado Nacional).

59 Con algunas excepciones donde los jueces parecen utilizar una lógica de "comando y control". Es estilo era más evidente en el caso del Juez de Quilmes, originalmente a cargo de la ejecución de la sentencia, y en algunas decisiones de la propia Corte.

En este sentido, los tribunales intervinientes parecen hacerse cargo de muchas de las objeciones tradicionales al control judicial sobre las políticas públicas. Así, por ejemplo, durante la tramitación del proceso, la Corte convocó a numerosas audiencias públicas donde se presentó información y se escuchó a expertos para "salvar" la objeción habitual de que el Poder Judicial, no cuenta con conocimientos técnicos para involucrarse en políticas públicas. Como veremos, el Juzgado que está principalmente a cargo de la ejecución del caso, actualmente parece tomar recaudos similares, al evitar dictar órdenes "detalladas" en las que reemplace el criterio de la Administración Pública, fijando en cambio más bien objetivos generales que deben monitorearse en el marco de la causa.

Además, y en términos de la conocida "objeción democrática" frente a determinadas intervenciones del Poder Judicial, ya desde sus primeras intervenciones (ver por caso la decisión del 20 junio 2006), la Corte Suprema explicó que en el caso se discutía el incumplimiento (a lo largo de siglos), de los Estados demandados respecto de derechos constitucionales operativos y no las decisiones discrecionales de política pública. Así el tribunal señaló que "[e]l reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente". Además, como regla general la Corte ha mostrado deferencia a las Administraciones Públicas, en las definiciones de los aspectos discrecionales de sus políticas, pues basó centralmente su decisión de fondo en un Plan previamente elaborado por la propia Administración (al que sujetó a objetivos y mecanismos de control e implementación).

En su sentencia, la Corte estableció como responsable de la ejecución del Plan Integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo (PISA), a la Autoridad de Cuenca. También fueron obligados los tres Estados sus distintos niveles. Es decir que la Corte solo delimitó la responsabilidad de los actores públicos, pero no de las empresas también demandadas en el caso.

En la misma oportunidad se fijaron tres objetivos generales o mandas: 1) la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelo); y 3) la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción. Además, la decisión detalló los elementos básicos del programa que deberían implementar los condenados.

Si bien la sentencia no aplicó expresamente estándares internacionales de derechos humanos para alcanzar esta solución, sus argumentaciones se relacionan implícitamente con aquéllos en al menos dos puntos:

(i) se da por sentado que el derecho a un ambiente sano es un derecho operativo y exigible ante los tribunales de justicia, que en el caso concreto se decide llevar a la práctica mediante la implementación de un plan. Incluso la Corte asume que la implementación del programa requerirá de recursos presupuestarios, ya que establece un sistema de control específico de la asignación y ejecución de fondos y dispone que para facilitar el control público, la ACUMAR deberá asignar un código de identificación de dichas partidas presupuestarias.

(ii) obliga a la ACUMAR a cumplir con un programa cuyos componentes aclaran los contornos del derecho a un ambiente sano, y que pueden interpretarse como sus contenidos esenciales o mínimos en el caso concreto. Estos componentes pueden sintetizarse como los relacionados con:
   - La información pública.

- El abordaje de la contaminación industrial (inspecciones, clasificación de las industrias, plan de acción, fiscalización y clausura, etc.,).
- Los servicios públicos (expansión de la red de agua potable, plan de obras de desagües pluviales, saneamiento cloacal).
- El abordaje de las problemáticas de salud (plan sanitario de emergencia).
- La limpieza de las márgenes del río y el saneamiento de basurales.

Estos parámetros son consistentes con el reconocimiento de este derecho, incluso a nivel internacional. Por ejemplo, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, al reconocer el derecho a un medio ambiente sano expresamente lo vincula con el derecho a contar con servicios públicos básicos.

5. LAS INNOVACIONES DETECTADAS: EL PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN DE LA DECISIÓN

Como ya anunciamos, en este documento se hará foco en la etapa de implementación de la sentencia. Se puede anticipar fácilmente, dada la magnitud del caso, la persistencia histórica de los problemas, la cantidad de actores involucrados, el número de personas afectadas, y la multiplicidad de factores interdependientes que explican la contaminación, que la implementación de la sentencia ofrece desafíos múltiples. Vamos a presentar por separado algunas de las medidas que tomó la propia Corte Suprema para lidiar con estos desafíos, y las que tomó uno de los Juzgados actualmente a cargo de la implementación de la sentencia (el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Morón).

5.1 El esquema diseñado por la Corte Suprema

La Corte delegó la ejecución de la sentencia en un juzgado federal de primera instancia. La delegación se fundamentó en la necesidad "de garantizar la inmediatez de las decisiones y el efectivo control jurisdiccional de su cumplimiento"[60]. Esta delegación fue novedosa y se diferenció incluso del accionar que había tenido la Corte en otros procesos colectivos estructurales[61].

En un primer momento, la ejecución fue asignada al Juzgado Federal de Quilmes. Esta delegación se tradujo en diversos conflictos de competencia entre tribunales provinciales y federales. Los conflictos llegaron a la Corte Suprema que, en su decisión del 10 de noviembre de 2011, aclaró la extensión de la competencia atribuida al Juzgado de Quilmes (hoy en día aplicable a los nuevos Juzgados intervinientes) y exhortó a los tribunales a que en el futuro eviten entablar conflictos de competencia que podrían retrasar la ejecución del caso. Además, para evitar futuras dilaciones, la Corte estableció que aquellos conflictos de competencia que pudieran surgir por causas no penales, en los que estuviera involucrado el rol del juzgado de ejecución serían resueltos directamente por ella misma, sin importar la regulación específica sobre la materia. De esta manera, generó una modificación adicional

60 Ver Cons. 15 del fallo "Mendoza" del 8/7/2008.

61 En particular, se puede distinguir del proceso de ejecución de la sentencia en el caso de 2005 "Verbitsky", donde una ONG interpuso una acción de hábeas corpus colectiva a favor de los detenidos con prisión preventiva en la Provincia de Buenos Aires. Allí, la Corte asignó responsabilidades y obligaciones a miembros del Poder Judicial y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para reformar la situación carcelaria, pero sin instaurar un procedimiento de control o ejecución de la sentencia.

al sistema legal al autorregular su rol para decidir sobre conflictos de competencia referidos a la cuenca.

Sin embargo, a partir de ciertas críticas a la forma de intervención del Juez de Quilmes la Corte decidió realizar un cambio sustancial[62]. El 19 de diciembre de 2012 dictó una nueva resolución que modificó el sistema descripto y que desdobló "transitoriamente" en dos tramos la ejecución de la sentencia. Por un lado, en lo que refiere al control de los contratos relativos a las obras de expansión de la red de agua potable y cloacas y el tratamiento de la basura como también respecto de la ejecución presupuestaria dispuso la intervención del Juzgado Federal en Criminal y Correccional N° 12. El resto de las competencias fueron atribuidas al juzgado Criminal y Correccional N° 2 de Morón.

Es fundamental tener en cuenta que, a diferencia del Juzgado de Quilmes, que ha contado desde su creación con una competencia material amplísima, los nuevos juzgados nombrados tienen únicamente competencia penal. Esta diferencia resulta relevante por dos motivos: en primer lugar, porque muchas de las cuestiones que surgen en la ejecución del fallo pertenecen a lo que tradicionalmente se considera materia contencioso-administrativa, y por ende puede considerarse una innovación. En segundo lugar, porque la especialización únicamente en materia penal ha redundado en la organización del Juzgado de Morón, como un híbrido entre la especialización en materia penal y la contencioso-administrativa, con impactos claros en la manera de gestionar el caso. En lo que sigue nos vamos a enfocar en algunas de las medidas implementadas por este último tribunal, que le dieron un cambio radical al trámite del expediente.

5.2 Las medidas adoptadas por el Juzgado de Morón

Medidas relacionadas con la participación ciudadana

La intervención del Juzgado Morón, logró sistematizar prácticas vinculadas con la participación ciudadana y la forma de adopción de decisiones públicas que modernizaron las reglas de derecho administrativo aplicables en el caso. Las instancias de deliberación identificadas se relacionan específicamente con temas vinculados con el derecho a la vivienda en su conexión con el derecho a un ambiente sano.

Esta conexión se da en "Mendoza" a partir de que se emitió en la causa una orden judicial de despejar el "camino de sirga"[63] del Río Matanza Riachuelo, en el que habitaban miles de personas en condiciones precarias. Las relocalizaciones de personas que se generaron a partir de esta orden tuvieron (y aún tienen), lugar tanto en la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires[64] como en la de la Provincia de Buenos Aires (con sus respectivos municipios), dado que como ya explicamos, la cuenca Matanza Riachuelo involucra a ambos Estados locales. Los alcances de las innovaciones procedimentales en cada una de esas jurisdicciones son distintos.

Las relocalizaciones forzadas que aquella orden disparó fueron abordadas inicialmente sin consideración alguna de los derechos de las personas afectadas. Esto generó una

62 Que incluían la denuncia numerosas irregularidades en el proceso de saneamiento de la cuenca hídrica y señalaba que el Juez había montado un sistema de corrupción por medio del cual beneficiaba a familiares y amigos personales con contratos de obra pública, y las consecuentes investigaciones de la Auditoría General de la Nación. Ver, por ejemplo, Página 12, "Nieblas del Riachuelo", 26/08/2012, disponible en https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-201868-2012-08-26.html (último acceso 20 de marzo de 2018).

63 El camino de sirga es una franja de terreno que se debe dejar libre en toda la extensión de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad (cfr. Código Civil y comercial).

64 En este caso, en relación con la Villa 21.24, los asentamientos Lamadrid, El Pueblito y Magaldi, la Villa 26 y el asentamiento Luján.

fuerte reacción negativa sobre el abordaje judicial inicial en el que las personas a relocalizar eran tratadas como objetos, y a las autoridades públicas a cargo de las relocalizaciones se les requerían que tomen medidas en plazos irracionalmente breves. El aprendizaje derivado de ese punto de partida inicial puede explicar desde un punto de vista fáctico, entre otros factores, por qué los mecanismos de participación se sistematizaron (aún con sus actuales defectos), en el contexto de las relocalizaciones de "Mendoza".

Desde un punto de vista jurídico, la razón central que el Juzgado de Morón tuvo para disponer estos mecanismos de participación en el contexto de relocalizaciones, es la ya mencionada decisión de la Corte Suprema del 19 de diciembre de 2012, donde el máximo tribunal dio algunas pautas de comportamiento a los tribunales inferiores. Más en general, el Juzgado de Morón ha recurrido al derecho de acceso a la información pública para fundar sus decisiones sobre participación (consolidado en Argentina jurisprudencialmente a partir del precedente "Asociación por los Derechos Civiles c/PAMI" de la Corte Suprema de Justicia, en base a la decisión de fondo del caso "Claude Reyes" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Esta fundamentación jurídica puede verse claramente en la decisión de fondo respecto de la participación ciudadana en Villa Inflamable[65].

Las instancias de diálogo identificadas dentro de la causa durante la investigación se pueden clasificar dentro de las siguientes categorías:

Instancias de participación barrial (mesas)

Las mesas, son instancias de participación que tienen lugar por fuera del Juzgado y están destinadas a discutir cuestiones relacionadas con las relocalizaciones de las personas que viven en zonas afectadas por la contaminación de la cuenca, mayormente en villas y asentamientos precarios[66]. En las mesas participan sin limitaciones las personas interesadas, más los funcionarios públicos con competencias relevantes.

El Juzgado de Morón, ha establecido cada cuánto deben tener lugar las mesas, lo que puede variar según las circunstancias de hecho de cada villa o barrio. En algunos casos pueden ser semanales, mientras que en otros no hay mesas durante varios meses. Además de ordenar la conformación de las mesas y definir su periodicidad, el tribunal solicita a los funcionarios que participan de ellas que presenten actas donde se resuman los puntos discutidos para verificar su realización e incentivar su cumplimiento. Ocasionalmente participa de las mesas también personal del Juzgado, o éste ordena la intervención de determinados funcionarios públicos, manda a proveer cierta información específica, etc.

Según la información que pudo recabarse de distintas fuentes, el Juzgado de Morón actúa de manera "gradual", fijando más pautas o pautas más precisas en la medida en que se registren incumplimientos (o incumplimientos reiterados), de las reglas de funcionamiento de las mesas. En el expediente pueden verse ejemplos de pautas procedimentales dadas

65 Causa n° 96/05, "ACIJ y otros c/ACUMAR y otros/Amparo".

66 De acuerdo con algunas de las personas entrevistadas, en las villas (al menos en la CABA), en general también se presentan elementos que de hecho facilitan la participación, como por ejemplo la existencia de una lógica de producción de ciudad comunitaria, una cercanía/lejanía entre referente y gobierno que es especial y dual. En efecto, existen sistemas específicos de representación más directa en las villas de la Ciudad. Por ejemplo, la Villa 31-31 bis tiene su propio estatuto, elaborado en base a talleres abiertos, reuniones, etc., con supervisión judicial. Luego se dictó el Reglamento para las Elecciones del Barrio Carlos Mugica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Villa 31-31 bis), para regir comicios para la designación de los representantes del barrio (el IVC fue la autoridad, con la veeduría de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad), con distintos niveles de representación (incluso por Manzana). De manera similar, el Playón de Chacarita tiene un Estatuto del Cuerpo de Delegados (Reglamento General de Comicios y Cuerpo de Delegados para el Playón de Chacarita), por el que cada manzana elige 3 delegados en elecciones directas (ver http://intervencionplayon.blogspot.com.ar/p/estatuto-del-cuerpo-de-delegados.html). De manera similar, a instancia de una intervención judicial se creó el Estatuto Reglamentario de la Junta Vecinal del barrio Villa 21-24, que organiza la Junta Vecinal y Asamblea Barrial. La Villa 1-11-14 tiene un reglamento de Normas de Convivencia Vecinal y un Reglamento General para la Elección de Delegados y Representantes del Barrio, producto del trabajo de los delegados del barrio y aprobado judicialmente.

por el Juzgado de Morón en casos en que su funcionamiento fallaba, con fundamento en el derecho constitucional de acceder a información pública. Estas pautas, incluyen la atribución a determinados funcionarios, la responsabilidad de asistir personalmente a las mesas y de realizar la convocatoria a las mesas con una determinada antelación; la fijación de su periodicidad mínima; la obligatoriedad de confeccionar actas y su contenido; la determinación del plazo en que se debe remitir el acta al Juzgado y responsable de hacerlo; la posibilidad de delegar las responsabilidades en determinados funcionarios; o el deber de ACUMAR de atender los requerimientos de información de los vecinos.

Como anticipamos, las mesas reúnen a diversos actores. Por un lado, se encuentran los particulares afectados por la relocalización y por otro participan actores institucionales con distintos roles. En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, las mesas son lideradas por el Instituto de la Vivienda de la Ciudad (IVC). Aun así, en la convocatoria a las mesas el Juzgado de Morón juega un rol fundamental pues no solo tiene el poder de convocatoria, sino que además identifica qué acciones son responsabilidad de cada uno de los actores intervinientes. ACUMAR también asiste a las mesas, y en general hace el seguimiento para que se realicen y presenta las actas informando de lo sucedido al Juzgado de Morón. En otras palabras, cumple una función de reporte y secretariado, aunque en los casos en que tiene competencia sobre los temas a tratar también informa y rinde cuentas.

En las mesas también participan, quienes actúan como abogados de los vecinos: las Defensorías públicas (tanto la Defensoría General de la Nación como la de la Ciudad tienen equipos interdisciplinarios propios a estos efectos). Con los mismos propósitos intervienen organizaciones no gubernamentales vinculadas con cada barrio. Es decir que la participación de los afectados no tiene lugar de forma completamente "inorgánica". Por ejemplo, cuando existen problemas en las mesas de trabajo (centralmente, porque funcionarios relevantes no asisten a ellas, aunque deban hacerlo), es la propia Defensoría la que plantea el reclamo al Juzgado.

En las mesas suelen discutirse cuestiones generales vinculadas con la relocalización. Estas cuestiones incluyen, por ejemplo, las características del lugar al que se realizará mudanza, los plazos de la relocalización, sus avances, las opciones disponibles para la apertura de calles por cada manzana previo a la mudanza, etc. Ocasionalmente pueden discutirse cuestiones particulares que atañen a un hogar o persona.

De acuerdo con el IVC de la Ciudad, las mesas son instancias decisionales, que van más allá de lo informativo. Por ejemplo, la propia "operatoria"[67] de relocalización se discute en carácter de borrador en las mesas, y ha sido modificada a lo largo del tiempo en función de los aprendizajes de experiencias previas. Ejemplos de este aprendizaje, identificados por las personas entrevistadas incluyen la subsanación de errores cometidos durante las primeras mudanzas relacionados con temas como la manera correcta de realizar censos; cómo abordar temas de violencia de género en las familias a relocalizar; la planificación de los tiempos necesarios para relocalizar (cuánta anticipación se necesita, etc.); cómo contemplar proyectos productivos que realizan las personas relocalizadas (en términos de espacio físico, régimen impositivo, recursos necesarios, etc.); cómo afrontar gastos comunes de los edificios que se construyen; o en qué momento es conveniente realizar las escrituras de los inmuebles.

A partir de aprendizajes previos también se ha adaptado, por ejemplo, la forma de construir viviendas (se evita por caso la construcción de edificios con ascensores) y se ha

67 "Operatoria" es ser el término que usa el IVC para aludir a sus políticas y procedimientos en determinados temas (en el caso, de relocalizaciones). Hay incluso leyes que utilizan dicho término en este sentido (por ejemplo, la Ley 3902 que habla de "la operatoria de regularización dominial de los bienes inmuebles correspondientes a conjuntos urbanos…". Para un ejemplo concreto, puede verse el Anexo I del acta de Directorio del IVC del 21.07.17. En ella se regula la operatoria de adjudicación de viviendas en el marco de la causa "Mendoza".

incorporado una coordinación con las áreas de educación y salud para prever servicios suficientes en las zonas en las que se realizarán las relocalizaciones. Por oposición, las mesas de la Provincia de Buenos Aires parecen tener más limitaciones y funcionar más bien como foros informativos y no de toma de decisiones.

En algunos barrios de la Ciudad de Buenos Aires se han identificado distintas "subclases" de mesas. Una clase de mesa es la propiamente barrial en la que se discute la relocalización, pero sin representantes del gobierno (pueden por ejemplos ser coordinadas por la Defensoría de la Ciudad para planificar y generar estrategias sobre qué plantear, funcionando como "mesas preparatorias de las mesas"). Otra clase de mesa es la de "gestión participativa"[68] –puede recibir otros nombres según el caso– que es donde tiene lugar la deliberación y eventual toma de decisiones participativas con representación del gobierno. En términos temporales, existen instancias de participación tanto previas como concurrentes a la relocalización, o incluso posteriores para su seguimiento. También en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, la Defensoría General de la Ciudad ha identificado otras mesas más "específicas" de las que participa, como una "mesa jurídica", en la que se discuten cuestiones más técnicas y legales que involucran las relocalizaciones.

En el marco de las entrevistas realizadas se identificaron distintos desafíos que perjudican o al menos dificultan el funcionamiento de las mesas. Algunos de ellos se vinculan con el mero paso del tiempo sin que se materialice la relocalización[69]. Esto empeora el diálogo entre gobierno y vecinos, entre otras cosas porque deslegitima la posición del gobierno. Otros desafíos se vinculan con las problemáticas propias de la población con menos acceso a derechos, con el recambio poblacional de las villas (esto último impacta especialmente en los censos, que son el punto de partida de una cadena de acciones de relocalización), y con la falta de homogeneidad en las voluntades de los participantes.

Algunas críticas más generales a las mesas de trabajo, se centran en que la comunidad de la cuenca tiene dificultad para hacerse escuchar y la mayoría siente que las decisiones les son ajenas, incluso reconociendo que existen instancias que no existirían en un proceso judicial tradicional o en ausencia de todo proceso judicial[70]. Además, hay fallas de difusión información en las mesas, en especial en la Provincia de Buenos Aires.

Audiencias judiciales

Estas audiencias son lo más parecido a una instancia tradicional de oralidad en un proceso judicial, en tanto tienen lugar dentro de las oficinas del Juzgado, son convocadas por él, y participa de ellas el personal del tribunal. Sin embargo, en el contexto de la causa "Mendoza", las audiencias son absolutamente frecuentes y cubren una gran variedad de temas (como la supervisión del cumplimiento de los compromisos asumidos con anterioridad por las autoridades públicas), distintos de aquéllos para los que están previstas en la legislación procesal (básicamente, cuestiones de prueba).

En estas instancias el tribunal tiene un rol mucho más activo que en las mesas barriales y ellas son foros decisionales donde las autoridades públicas asumen obligaciones, se fijan objetivos e instancias para supervisar su cumplimiento. De acuerdo con las explicaciones que hemos podido recabar de conversaciones con el personal del tribunal, el objetivo

68 La descripción que hace el propio gobierno de estas mesas puede consultarse en: http://www.buenosaires.gob.ar/noticias/mesas-de-gestion-participativa-en-los-barrios (último acceso 6 de agosto de 2019).

69 Las demoras pueden obedecer a distintas razones: problemas de coordinación entre organismos, falta de financiamiento, problemas de gestión (agravados por las reglas estrictas de contrataciones públicas), o simple imprevisión.

70 Algunas de las personas entrevistadas para esta investigación destacaron que la Corte Suprema da un mensaje negativo y restrictivo acerca del rol de los vecinos en la causa cuando no permite su participación en las audiencias públicas que organiza dicho Tribunal.

de estas mesas es fijar metas y mecanismos de supervisión de su cumplimiento, aunque incentivando a las autoridades administrativas participantes a que alcancen entre sí consensos sobre la mejor manera de alcanzar los objetivos, con la facilitación del Juzgado.

Finalmente, es de destacar que, a diferencia de la práctica habitual de registro de audiencias, el tribunal no deja constancia de todo lo dicho y sucedido, sino solo de los compromisos y conclusiones principales, y de las personas que asistieron, para luego dar seguimiento a los compromisos alcanzados.

Mesas técnicas ad-hoc

Estas instancias de deliberación son análogas a las mesas barriales en cuanto son dispuestas por el Juzgado, pero acontecen por fuera de su sede y se remiten al tribunal minutas o actas de lo debatido para permitir su seguimiento. Sin embargo, se diferencian de las mesas barriales por sus participantes y objetivos específicos. Ellas no buscan garantizar la participación ciudadana, sino reunir distintos actores públicos para que alcancen la solución a un problema que parece presentar una complejidad especial.

En estas mesas, entonces, un grupo de agentes públicos y expertos con competencias muy particulares se reúnen para solucionar problemas que por su tecnicidad o complejidad aparecían como de imposible resolución en los canales habituales de deliberación (por ejemplo, la provisión de energía eléctrica en un barrio en el que se realizará una relocalización y en el que no existían las condiciones previstas en las regulaciones existentes para el funcionamiento estándar del servicio).

Medidas vinculadas con el estilo de gestión judicial

De la lectura de expedientes realizada resultó notorio que se ha modificado la manera en que los actores se vinculan con el Juzgado y el comportamiento de éste a partir de la nueva asignación de competencias en 2012. Mientras que el Juez de Quilmes optó por emitir órdenes detalladas con plazos estrictos de cumplimiento y por una actitud más "confrontativa", imponiendo sanciones a personas con un alto rango en distintas dependencias del Estado, el juez de Morón parece tomar una posición más conciliadora, relacionada con la oralidad e informalidad del proceso. Algunas diferencias incluyen un menor uso de sanciones[71] y de órdenes judiciales extensas y detalladas, un mayor uso de la oralidad, y una supervisión más permanente por canales informales como llamadas telefónicas[72].

En cuanto al uso de sanciones, mientras que el Juzgado de Quilmes llegó a aplicar sanciones pecuniarias directamente sobre el salario o patrimonio personal de funcionarios usando una estrategia "progresiva"[73], el Juzgado de Morón no ha llegado a aplicar efectivamente sanciones. En cambio, utiliza más bien "la amenaza de sancionar" (en particular, cuando los vecinos denuncian la falta de comparecencia de representantes de los municipios, provincia, ciudad o nación a las audiencias correspondientes)[74] en general sin identificar personalmente al eventual responsable.

71 Pueden verse diferentes ejemplos de esto, como los mencionados en el siguiente enlace: http://www.cij.gov.ar/nota-7143-Riachuelo-fijan-unamulta-de-500-diarios-a-una-funcionaria-por-incumplir-una-orden-judicial.html (último acceso 7 de julio de 2019).

72 Pueden encontrarse en los expedientes incluso actas que dan cuenta de que se notificó la existencia de una audiencia por sistema informático y por WhatsApp, lo que da cuenta de otra instancia de informalismo en el ordenamiento de la causa.

73 En la que primero se hacía una amenaza de sanción sin identificar su destinatario, luego se lo identificaba, y finalmente se materializaba la amenaza.

74 Por ejemplo, en fecha 12 de diciembre de 2017, frente a la incomparecencia de representantes del Instituto de la Vivienda se dispuso: "requiérase al Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires que en el plazo perentorio de 72 horas cumpla con lo allí ordenado, bajo apercibimiento de la formación de causa por separado por desobediencia (artículo 239 del Código Penal) y, en su caso, la aplicación de las sanciones pecuniarias que correspondan."

La estrategia central parece ser entonces que, ante un incumplimiento, el Juzgado interpela genéricamente (sin individualizar personas), a distintos organismos para que cumplan con sus decisiones, bajo la amenaza de aplicar sanciones específicas. Estas sanciones suelen ser pecuniarias o la formación de actuaciones penales. En cierto sentido, es una amenaza de difícil cumplimiento ya que la aplicación de este tipo de sanciones requiere previamente la identificación concreta de la persona.

Entonces, a diferencia de lo realizado por el Juez de Quilmes, el Juzgado de Morón en general no proceden a la identificación particular de personas en sus decisiones vinculadas con sanciones. En lo fundamental, procuran lograr el cumplimiento de la decisión por medio de llamados telefónicos para identificar a las personas responsables, evitando que ello quede plasmado en una decisión formal.

El hecho de que el Juzgado, sea uno con competencia específicamente penal parece ser un factor relevante en esta orientación; dicho de otro modo, puede que las órdenes que emite, al venir de un magistrado con competencia en penal federal, generen por esa razón, más "respeto" pues siempre se encuentra latente de manera muy real la amenaza de la sanción penal[75].

La informalidad y "oralidad" característica de los procesos penales, además, parecen traducirse también en que el Juzgado priorice el involucramiento directo con los funcionarios públicos para facilitar el cumplimiento del fallo, utilizando por ejemplo las audiencias de manera mucho más habitual de lo que sería estándar en otros Juzgados, como ya se explicó. En este punto se debe señalar que funcionamiento de los juzgados federales con competencia penal se encuentra regulado por el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN)[76]. De conformidad con estas reglas, el Juzgado de primera instancia opera como un juzgado de instrucción de la investigación penal. Por los principios del debido proceso y de oralidad receptados en numerosos instrumentos internacionales, en esta etapa el juzgado debe conducir audiencias testimoniales, siendo la principal la declaración de indagatoria. Estas características obligan a que el procedimiento tenga numerosas notas de "oralidad", aunque siga siendo escrito dado que la etapa posterior del juicio oral debe contarse con el respaldo de lo realizado.

En el proceso contencioso administrativo, en cambio, se utiliza principalmente el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), adaptado a algunas notas particulares del derecho administrativo. Aunque el CPCC prevé audiencias y diversas instancias de oralidad, lo cierto es que se trata de un procedimiento principalmente escrito y que en buena parte revisa lo actuado previamente por la Administración Pública. Es importante notar que típicamente en un proceso contencioso administrativo los encargados de llevar adelante el proceso judicial y defender al Estado no son quienes efectivamente implementaron la medida cuestionada en la Justicia.

Es decir, en el proceso contencioso administrativo el juzgado no tiene, en principio, un rol activo equiparable al de la instrucción penal, quien debe encontrar las pruebas que sustenten la acusación oral, si no, en general, un rol más pasivo determinado por las pretensiones de las partes. Así, en el proceso contencioso administrativo rige el principio de congruencia, que limita las facultades del juzgado al fallar, quien debe ceñirse a la manera en que las partes trabaron la litis.

75 El Juzgado Criminal y Correccional N° 12 parece menos reticente a realizar intimaciones a cumplir. Sin embargo, según las entrevistas, solo han realizado dos apercibimientos de aplicar sanciones (que derivaron en la corrección del problema y en la renuncia de un funcionario). Cuando se trata de partes de la causa, el Juzgado directamente las intima. En cambio, cuando los incumplimientos los realiza otro sujeto que no es formalmente una parte, los convocan a una audiencia a partir de la cual realizan la intimación.

76 A la fecha de elaboración de este trabajo se encuentra aprobado, pero no aun en vigencia, un nuevo código procesal penal que altera en buena medida el rol descripto anteriormente.

En suma, dada su dotación de personal, organización interna, competencias asignadas y estilo de gestión del caso, parece que el Juzgado de Morón funciona en la práctica como un "híbrido" entre un tribunal con competencia penal y uno con competencia contencioso-administrativa, en sus características tradicionales.

6. CONCLUSIONES Y MIRADA HACIA ADELANTE

Medir el "éxito general" de la causa "Mendoza" es una tarea sumamente difícil de hacer, aunque posiblemente no deba ser la tarea prioritaria con relación a la cuestión Riachuelo. Aun así, es cierto que existen muchísimas alegaciones de que el caso no ha cumplido con las expectativas que generó y de que las violaciones de derechos que quiso abordar siguen sin ser remediadas.

Con todo, un estudio detallado de la causa demuestra que a pesar de los enormes y numerosos obstáculos que existen para que las instituciones públicas de todos los niveles estatales y con distintas competencias "funcionen" en el contexto de la cuenca Matanza-Riachuelo, ha habido innovaciones importantes que destacar. Incluso si quedan relocalizaciones pendientes, y algunas de las que se realizaron pueden ser calificadas lisa y llanamente como un fracaso, algunas autoridades han aprendido (o han comenzado a hacerlo), a tomar decisiones de formas más deliberativas, abiertas y horizontales, y se exponen a instancias de rendición de cuentas que antes no existían.

Además, y aunque este punto excede el alcance de este trabajo, las innovaciones orientadas a "abrir" los procesos de toma de decisiones y a hacerlas más permeables a los aprendizajes derivados de la experiencia están teniendo un impacto incipiente en algunos organismos administrativos involucrados en las mesas barriales. Aprendizajes de esta clase son más complejos que la realización de una obra de infraestructura, que con buenos ingenieros y un control serio de la corrupción puede resolverse en pocos años.

Aun así, de los relevamientos realizados puede inferirse de manera inicial que, si bien con demoras, errores, y malas experiencias (como las de Villa Inflamable), en materia de relocalizaciones el caso ha generado resultados concretos, con personas que ya no viven a la vera del río contaminado y han obtenido una vivienda digna, y con un camino de sirga en buena medida recompuesto[77] (lo que posiblemente es más de lo que se puede decir en términos de avances en aspectos del caso en los que las instancias de deliberación no existen)[78]. Los hallazgos que acaban de presentarse de manera muy sintética son relevantes también porque permiten extraer buenas prácticas que pueden ser útiles para otros litigios por derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la región.

Un esbozo inicial de esos aprendizajes permite interpretar que el Juzgado de Morón emite decisiones para establecer "objetivos marco", que fijan límites a la actuación estatal ante ciertas violaciones de derechos. Sin embargo, esas decisiones que guardan reparo de respetar la capacidad decisoria las Administraciones Públicas, aunque se robustecen a medida que las omisiones de las administraciones son más patentes o reiteradas. Además, la actuación del Juzgado es altamente dependiente de que la insten las personas afectadas por el caso (generalmente interviene en la medida en que reciba objeciones de parte de los

77 La evolución de este indicador se encuentra publicada en: http://www.acumar.gob.ar/indicadores/construccion-del-camino-sirga/ (último acceso del 9 de junio de 2019).

78 A modo de ejemplo, puede verse el indicador de cumplimiento de uso en calidad de agua superficial elaborado por ACUMAR, que mide el porcentaje de cumplimiento con la normativa que fija el uso del agua en distintos puntos de la cuenca, y que evidencia resultados variables desde 2010, disponibles en http://www.acumar.gob.ar/indicadores/cumplimiento-uso-calidad-agua-superficial-subcuenca/ (último acceso 20 de junio de 2019).

vecinos a relocalizar vía defensorías públicas), y por ende también de un sistema de control ciudadano robusto.

Por otro lado, el Juzgado busca generar oportunidades para que las Administraciones Públicas mejoren su eficiencia, sin intentar reemplazarlas. Por ejemplo, funciona como una fuente de información que las administraciones pierden a lo largo del tiempo, por sus altos grados de rotación de personal[79] (opuestos a la mayor estabilidad que poseen los Poderes Judiciales); identifica déficits de coordinación entre actores públicos que tienen información insuficiente y genera espacios para facilitar dicha coordinación; y evita la designación de interventores judiciales, *special masters*, o tecnócratas similares usados en litigios estructurales, que le "quitarían la carga" a las administraciones de pensar las soluciones más innovadoras para los problemas.

Finalmente, es destacable que el Juzgado construye parte de su legitimidad en el trato directo y personal que establece con distintos agentes públicos, facilitado por su condición de tribunal penal. La gran magnitud de la causa también posibilita esta construcción, pues obliga a la realización de interacciones frecuentes y periódicas que derivan en un trato asiduo con los actores relevantes. En consecuencia, respalda su poder de convocatoria amplio en la amenaza latente de aplicar sanciones penales, pero que no aplica en la práctica –de este modo no quiebra el trato personal descripto en el punto anterior.

BIBLIOGRAFÍA

- Arqueros, S. y otros (2011). Territorios y expedientes. Cuatro casos de intervenciones judiciales y villas de Buenos Aires. VI Jornadas de la carrera de Trabajo Social.
- Benedetti, Miguel Á. y M. Jimena Sáenz (2019). Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina. Eunomía Nº 15.
- Bergallo, P. (2014). El caso Mendoza, una experiencia de judicializacion cooperativa. En Gargarella (comp.), Justicia dialógica, Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores, 2014.
- Carducci, Pablo S. (2016) ¿Puede influirse en política pública a través de procesos judiciales? el rol del juez en el litigio de reforma estructural? En Enrique M. Alonso Regueira, El Control de la Actividad Estatal II, Buenos Aires, Argentina: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.
- Chayes, Abram (1976). The Role of the Judge in Public Law Litigation, Harvard Law Review Vol. 89, No. 7, pp. 1281-1316.
- Defensoría del Pueblo de la Nación, Informe especial sobre la cuenca matanza riachuelo, 2003.
- Puga, Mariela (2013). Litigio y Cambio Social en Argentina y Colombia. CLACSO.
- Resnik, Judith (1982). Managerial Judges. YLS Legal Scholarship Repository (traducción al español disponible en Revista de Processo – RePro, nº 268).
- Sabel, Charles F. y William H. Simon (2004). Destabilization Rights, How Public Law Litigation Succeeds. 117 Harv. L. Rev. 1015 (traducción al español disponible en Revista de Interés Público N° 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP).

79 A este respecto se debe tener presente que en el Poder Judicial sucede el fenómeno opuesta al de los altos niveles de rotación del personal de la Administración Pública (que incluyen incluso a rangos medios de la administración, que actúan como personal político y no como un servicio civil): su personal tiene altos niveles de estabilidad y duración dentro de la estructura del propio Poder Judicial.

Exigibilidad y justiciabilidad del derecho a vivir en un medio ambiente sano en el caso de Quintero-Puchuncaví

ANA TIMM Y ALEJANDRA DONOSO[80]

RESUMEN

El caso Quintero Puchuncaví, da cuenta de un conflicto grave y estructural de derechos humanos, un indicador elocuente de ello es que la ciudadanía ha identificado el territorio afectado por sus consecuencias como "zona de sacrificio". El año 2018, tras una serie de episodios de intoxicaciones masivas, se presentaron varias acciones constitucionales de protección de garantías fundamentales, las que acogidas por la Corte Suprema dieron origen a un giro jurisprudencial de enorme importancia para la cultura jurídica chilena y para la exigibilidad de los derechos en casos de conflictos socio ambientales. En este texto analizamos la sentencia indicada.

Palabras claves: Zona de sacrificio • Derecho a un ambiente libre de contaminación • Conflicto grave y estructural de derechos humanos • Sentencia estructural

ABSTRACT

Quintero Puchuncaví case reports a serious and structural conflict of human rights, an eloquent indicator of this is that citizens have identified the territory affected by its consequences as a "sacrifice zone". In 2018, after a series of episodes of mass poisoning, several constitutional actions for the protection of fundamental guarantees were presented, which, admitted by the Supreme Court, gave rise to a jurisprudential turn of enormous importance for the Chilean legal culture and for the enforceability of rights in cases of socio-environmental conflicts. In this text we analyze the indicated sentence.

Keywords: Sacrifice Zone • Right to a healthy environment • Serious and structural human rights conflict

80 Alejandra Donoso Cáceres, ONG Defensoría Ambiental: alejandra@defensoriaambiental.org y Ana Karina Timm Hidalgo, Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación, UPLA: anakarinatimm@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

En Chile la justiciabilidad del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, ha tenido un desarrollo marcado por diversos hitos jurisprudenciales y normativos que desde el año 2005, tiene manifestación en el uso protagónico del recurso de protección (Reyes, 2014a). Este proceso es parte del aumento de los conflictos socioambientales a lo largo del país, la academia ha señalado que la proliferación de estos se relaciona con el fin de la dictadura militar, siendo estos una consecuencia de los marcos normativos y económicos que heredó. Sin perjuicio de las manifestaciones que podemos encontrar con anterioridad a ella (Folchi, 2001).

Actualmente, se desarrollan más de un centenar de conflictos de este tipo, entre los cuales el caso de la bahía de Quintero y Puchuncaví es paradigmático, pues configura uno de los casos más complejos y antiguos de vulneración de derechos humanos[81]. Sin perjuicio de que la expresión no se encuentra definida en el ordenamiento jurídico nacional, sí ha tenido un reconocimiento institucional, Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH, 2014), también de los medios de comunicación y de la ciudadanía que se refieren a este caso como "Zona de Sacrificio", categoría que ya advierte la gravedad del contexto de injusticia ambiental que afecta a las personas y el ecosistema de la bahía.

Los órganos jurisdiccionales se han tenido que pronunciar respecto de este caso en diversas ocasiones[82] y actualmente hay acciones judiciales cuya substanciación se encuentra en desarrollo[83]. En este trabajo focalizaremos el análisis en un proceso constitucional de protección que se encuentra resuelto en primera y segunda instancia. Diremos desde ya que se trata de una de las experiencias de judicialización más importantes que hemos tenido en lo que respecta a la protección del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación.

El texto se desarrollará de la siguiente manera: en primer lugar, explicaremos el conflicto de la bahía Quintero Puchuncaví, buscando ilustrar brevemente en qué consiste el complejo industrial, las diversas actuaciones del Estado frente a él, de las organizaciones de la sociedad civil involucradas, así como los hitos más significativos para comprender el actual encuadre del conflicto, es decir, las intoxicaciones masivas que se produjeron el año 2018. En segundo lugar, nos referiremos a la judicialización a través de la acción constitucional de protección, para lo cual explicaremos brevemente la normativa y práctica jurisprudencial de la acción en casos de vulneración del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Teniendo este en vista, pasaremos análisis del caso, explicaremos las partes y principales argumentos jurídicos que se defendieron en la contienda constitucional indicada. Finalmente, en tercer lugar, expondremos nuestro análisis de la sentencia y advertimos

81 Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), Mapa de conflictos ambientales, disponible en: https://mapaconflictos.indh.cl/#/. Tratándose de la región de Valparaíso es interesante la Cartografía Socioambiental Participativa, realizada en el marco de un proyecto de investigación liderado por la Doctora Paola Bolados y que se encuentra disponible en: http://porelbuenvivir.cl/

82 Por mencionar algunos ejemplos paradigmáticos: 1) el caso de los "Hombres verdes", que refiere a ex trabajadores de Empresa Nacional de Minería (ENAMI), cuyos cuerpos exhumados de color verde manifestaban la contaminación a que se los expuso en vida; 2) el caso "Central termoeléctrica Campiche", que pudo instalarse en una zona de amortiguación tras el cambio en la normativa urbanística, a pesar de la decisión desfavorable de la Corte Suprema y la Contraloría General de la República que la rechazaron por encontrarse en una zona saturada de contaminantes; 3) el caso "Escuela La Greda", cuyos estudiantes y docentes sufrieron intoxicaciones masivas en 2011 y terminaron con un Informe de Investigación de la Cámara de Diputados y el traslado de la escuela a 1,5 kilómetro, desde su lugar de origen; 4) también, el "derrame de petróleo" donde se derramaron 37.000 litros de petróleo crudo desde las instalaciones de la estatal, Empresa Nacional de Petróleo (Enap), hechos que la superintendencia de medio ambiente se negó a investigar por tratarse de instalaciones muy antiguas sin resolución de calificación ambiental, decisión que confirmada por el Tribunal Ambiental, fue revertida por la Corte Suprema.

83 Demanda por daño ambiental, causa Rol D-30-2016, ante el segundo Tribunal Ambiental; múltiples procedimientos sancionatorios ante las autoridades ambientales y sectoriales por derramamiento de hidrocarburos, varamientos de carbón e incumplimientos a las normas que establecen máximos permitidos de emisión de contaminantes atmosféricos; querellas penales por delito de contaminación del aire o derramamiento de sustancias tóxicas al mar.

los que en nuestra opinión son los pasos fundamentales que debemos articular para lograr la implementación de la sentencia que pone término a las acciones que analizamos.

Con este texto buscamos contribuir al debate que a nivel nacional estamos comenzando a dar para lograr la implementación de una de las sentencias más importantes de nuestra tradición jurisprudencial, cuestión que se enmarca en nuestro férreo compromiso por aportar a una sociedad en la que el respeto de los derechos fundamentales se imponga como límite efectivo al desarrollo entendido como crecimiento económico.

2. EL CONFLICTO. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN DE LA BAHÍA QUINTERO PUCHUNCAVÍ

2.1 Consideraciones preliminares

El Complejo Industrial Ventanas (CIV[84]), fue inaugurado en 1964, con un complejo termoeléctrico a carbón, antes CHILGENER, hoy AES Gener, y su puerto, hoy Puerto Ventanas, aledaño a la fundición y refinería de cobre de la Empresa Nacional de Minería (ENAMI), hoy CODELCO. (Folchi, 2006). Actualmente, se compone del mismo complejo termoeléctrico ampliado con un complejo termoeléctrico a gas, las fundición y refinería estatales de cobre, puertos graneleros que transportan y almacenan concentrado de cobre y carbón, una empresa de resinas, una cementera, variados terminales de hidrocarburos, incluyendo el puerto y refinería de petróleo de la Empresa Nacional del Petróleo ENAP (Cámara de diputados, 2018). Ya en los primeros cuatro años de funcionamiento del CIV, los suelos recibieron la erosión de las emisiones atmosféricas, cambiando la economía del lugar, hasta entonces principalmente turística, agrícola y pesquera (Muñoz y Pool, 2011; Malman, Sabatini y Geisse, 1995).

La investigación científica que indaga las consecuencias de la contaminación de la zona data de la década del 80´, con la publicación de la investigación del ex rector de la Universidad Técnica Federico Santa María, y que fueron pioneros en vincular la contaminación con las enfermedades que se multiplicaban en la zona (Chiang, J. et. Al., 1985). Desde ese entonces a la fecha contamos con diversas investigaciones que no hacen más que advertir efectos en personas, ecosistema y actividades económicas de la zona (Romieu, Ruiz, Pino y Gutiérrez, 1999; IgreenlabUC, isUC, 2014), pese a los esfuerzos que se han realizado por esconder investigaciones que dan cuenta de la gravedad de la contaminación para la salud de las personas[85].

Estas investigaciones han contribuido a dar cuenta de la pérdida de biodiversidad y soberanía alimentaria en el territorio. No obstante, como veremos, un punto crítico del caso ha sido la evidencia científica en torno a las relaciones de causalidad y los criterios jurídicos y científicos que se deben utilizar para argumentar las vulneraciones de derechos y daño ambiental. Es en este punto también que la sentencia emite órdenes relevantes y acorde a las exigencias históricas de las personas que habitan el territorio. Por su parte, el Estado ha desarrollado diversos niveles de respuesta frente a los episodios de contaminación, entre ellos destacamos que el poder ejecutivo emite el primer plan de descontaminación en el año 1992, elaborado y propuesto por las propias empresas contaminantes, en conjunto

84 De ahora en adelante en el texto nos referiremos al Complejo Industrial Ventanas con las siglas CIV.

85 Nos referimos a los estudios desarrollados por la Doctora Eva Madrid, quien por el encargo del ministerio de Medio Ambiente desarrolló una serie de informes que daban cuenta de los aumentos de cáncer en la zona "Evaluación de riesgos para la salud de las personas y biota terrestre por la presencia de contaminantes, en el área de influencia industrial y energética de las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví" Disponible en http://www.munipuchuncavi.cl/2.0/sitio10/medioambiente/estudios/articles-55902_InformeFinal608897_21LP12_PUCV.pdf (Recuperado: 10 de junio 2019)

con una declaración de la zona saturada por anhídrido sulfuroso y material particulado en 1993[86]. Este plan ha sido recientemente modificado como consecuencia de la gravedad de los últimos acontecimientos de contaminación que motivan el presente ensayo. Cabe señalar que los esfuerzos realizados no alcanzan el estándar de protección de la salud recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2005). Tampoco está normada la totalidad de los contaminantes presentes en la bahía, aspectos que serán retomados en los acápites siguientes.

En este punto del relato cabe hacer un paréntesis sobre el contexto regulatorio en que fue instalándose el CIV: hasta 1997, en Chile no había evaluación de impactos ambientales, por lo que todas las industrias construidas y puestas en funcionamiento con anterioridad a esa fecha, no cuentan con evaluación de impactos ambientales, ni resolución de calificación ambiental (RCA). Lo que se encuentra evaluado son ampliaciones o modificaciones a dichas instalaciones, sin que exista, hasta la fecha, una evaluación integral de las industrias ya sea en su complejidad individual, en relación con las industrias aledañas, y mucho menos en cuanto a los efectos sinérgicos de los contaminantes que emiten. El poder legislativo por su parte, ha creado en dos instancias Comisiones Especiales de Investigación como consecuencia de graves episodios de contaminación masiva, la primera es del año 2011 y la segunda es del año 2018, ambas han terminado sus funciones emitiendo informes que han sido considerados por los sentenciadores en el caso que analizamos a través de este trabajo[87].

Un conflicto de estas dimensiones no ha sido indiferente para la sociedad civil, la que se ha organizado para denunciar las consecuencias de la contaminación y exigir soluciones para poner freno a ésta. En los 90´, con el fin de la dictadura militar, se configura un escenario propicio para que la disidencia política ante el tipo de desarrollo que representa el CIV, se comenzara a manifestar generando diversos niveles de impacto en el debate público. Una de las primeras organizaciones ciudadanas fue la Junta de Adelanto de Puchuncaví, en la historia ambiental de la zona también destacan El Comité de Defensa del Medio Ambiente y el Comité Ecológico de Puchuncaví Quintero (Sandoval, 2013 p. 31 y ss., Sabatini, Mena y Vergara, 1996a).

2.2 ¿A qué se debe la denominación de zona de sacrificio?

Para explicar con mayor detalle por qué se utiliza la categoría de zona de sacrifico precisamos realizar una especial mención al despliegue de acciones colectivas por parte de la ciudadanía, a propósito de los casos conocidos como "Hombres Verdes" y "Escuela la Greda", ya que ambos marcan un cambio paradigmático en la historia judicial y comunicacional del conflicto[88]. Más aún, es apropósito de las intoxicaciones masivas de estudiantes de la

86 El plan de descontaminación fue aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 252/92 del Ministerio de Minería. La declaración de Zona Saturada se produce por el Ministerio de Agricultura, a través del Decreto Supremo Nº346/93.

87 Cámara de Diputados (2011). Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales, y Medio Ambiente recaído en el mandato otorgado por la sala a fin de analizar, indagar, investigar y determinar la participación de la empresa estatal Codelco y empresas asociadas, en la contaminación ambiental en la zona de Puchuncaví y Quintero. Disponible en: https://www.camara.cl/sala/doc2.aspx?DOCID=3043 (Recuperado: 20 de junio 2019) y Cámara de Diputados (2018). Informe de Comisión Especial Investigadora sobre causas de alta contaminación ambiental, especialmente en Concón, Quintero, Puchuncaví y de responsabilidades en ejecución de plan de descontaminación. Disponible en: https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=45601&prmTIPO=INFORMECOMISION (Recuperado: 20 junio 2019).

88 Al respecto, veáse: https://lahubcollections.wixsite.com/mapa-participativo/copy-of-dunas-de-ritoque (Recuperado: 28 de junio 2019); el informe de Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Informe visita Quintero Puchuncaví, 14 septiembre 2011. Disponible en: http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/141/Misi%C3%B3n%20Puchuncavi?sequence=1 (Recuperado: 28 de junio 2019); el informe del Centro de DD.HH, Universidad Diego Portales. Informe Anual Derechos Humanos (2012). Derechos humanos, medio ambiente y derechos humanos: la zona industrial Quintero Puchuncaví, p. 133 y ss. (Recuperado: 28 de junio 2019).

escuela La Greda, en el año 2011, que los medios de comunicación comienzan a identificar la situación del CIV como una Zona de Sacrificio, con lo cual se hacía eco del encuadre que las organizaciones no gubernamentales realizaron para referir los episodios de contaminación que afectaron a la Escuela La Greda de Puchuncaví, específicamente así lo hicieron las organizaciones ambientalistas Terram y Oceana.

Desde ese entonces a la fecha, pese a no haber tenido un reconocimiento jurídico, es la expresión con la que se enuncian las zonas del país que concentran un alto número de empresas contaminantes, como si la vida de sus habitantes y ecosistemas hubiesen sido arrojadas al sacrifico. También, porque da cuenta de un cuadro de injusticia ambiental que habría en estas zonas, categoría que refiere a que el deterioro ambiental que se produce en nuestras sociedades repercute de modo distinto según cual sea la clase social, raza, género o edad de las personas del territorio. En otras palabras, no es tan probable que una zona de sacrificio se instale en el territorio que habitan la población blanca y adinerada de un país.

Finalmente, es pertinente indicar que la expresión tiene su origen en la de zonas de sacrificio nacionales, utilizada por oficiales de gobierno en Estados Unidos, para referirse a lugares contaminados como consecuencia de la minería y por estar destinados a ensayos armamentista nuclear durante la guerra fría (Lerner, 2010). Posteriormente, es apropiada por el movimiento de justicia ambiental en Estados Unidos, denunciando la relación entre contaminación y racismo (Acselrad, 2004). Desde ese entonces, es una forma de enunciar no sólo la contaminación que afecta a los territorios, sino que al cúmulo de injusticias que subyace a los conflictos socio ambientales (Gudynas, 2014).

2.3 Las intoxicaciones masivas en el año 2018. *Más vueltas al espiral* [89]

En agosto de 2018, comenzó una crisis ambiental y sanitaria de proporciones no vistas hasta entonces, pero que se explica en el contexto de la bahía de Quintero Puchuncaví y del CIV. Al menos 1700 personas fueron atendidas en los centros médicos del lugar, además de un número considerable de habitantes que conociendo el origen de los síntomas, decidieron no acudir a los centros asistenciales.

La respuesta del Estado fue escasa e inoportuna: muchas personas fueron diagnosticadas con "histeria colectiva", la autoridad fiscalizadora ambiental no utilizó sus atribuciones para conocer el origen de la contaminación, la autoridad sanitaria demoró semanas en dictar una alerta sanitaria que además fue insuficiente, las municipalidades tampoco utilizaron la atribución que la normativa urbanística le entrega para el resguardo de la seguridad de las personas, la Oficina Nacional de Emergencia no pudo enfrentar adecuadamente la crisis, todo lo cual se verifica con que a la fecha, no se sabe el origen ni contenido de la o las sustancias que envenenaron a las personas. La movilización ciudadana fue fuertemente reprimida con la presencia de un contingente policía desproporcionado e inhabitual para la tranquilidad característica de la zona.

Esta situación motivó la coordinación y presentación de 12 acciones de protección, acumuladas todas en un solo expediente que conoció la Corte de Apelaciones de Valparaíso y que resolvió recientemente en sede de apelación la Corte Suprema, nuestro máximo tribunal.

89 La tesis de la espiral del conflicto, refiere a que el conflicto socio ambiental no tiene un desarrollo lineal en el tiempo, con principio y fin determinado, sino que sería más bien un espiral cuyo eje se va desplazando, tendiendo a perdurar transformado. Esta es desarrollada precisamente reflexionando en torno al conflicto Quintero-Puchuncaví (Merlinky, 2013, p. 71 y Sabatini, Mena y Vergara, 1996b).

3. JUDICIALIZACIÓN A TRAVÉS DE ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN

El recurso de protección se encuentra regulado en la Constitución de Chile[90]. Se trata de una acción constitucional de protección de los derechos fundamentales que ingresa a nuestro ordenamiento jurídico con el Acta Constitucional N°3, Sobre Derechos y Deberes Constitucionales, del 13 de septiembre de 1976, aprobado por la Junta Militar a través del Decreto Ley 1552, luego se incorporó en el artículo 20 de la Constitución de 1980. Hasta antes de dicha normativa de facto en Chile, no teníamos una acción de tutela de derechos fundamentales similar, por lo que se trata de una de las innovaciones más relevantes del texto constitucional (Soto, 1982,). Su procedimiento quedó entregado a la regulación de un auto acordado, que son normas que emite la Corte Suprema del país en el ejercicio de sus facultades económicas, esta regulación ha sido modificada en diversas ocasiones, la última es del año 2019[91].

En la doctrina nacional se han desarrollado una serie de reflexiones críticas que giran en torno a su rol como "equivalente jurisdiccional o sustituto procesal" (Gómez, 2012, p. 42). Junto a ello, se ha sostenido la inconstitucionalidad de su regulación a través de un auto acordado, por la vulneración de la garantía de reserva legal y del "debido proceso" (Salas, 2011). Fundamentalmente, se advierte la necesidad de introducir reformas que permitan fortalecer su rol como acción de tutela de derechos fundamentales, evitando su híper interposición como vía de control de legalidad de los actos administrativos (Ferrada, Bordalí y Cazor, 2003a). Sin perjuicio de los importantes desafíos que tenemos en relación a esta acción de protección, lo cierto es que se trata de una de las vías más importante de protección de los derechos fundamentales de la tradición nacional. A diferencia de otras acciones de protección de derechos fundamentales establecidas en el derecho constitucional comparado, el recurso de protección chileno no procede de modo subsidiario o bajo la lógica de una acción de última ratio, ya que este se puede interponer sin perjuicio de la interposición de otras acciones establecidas en el ordenamiento nacional.

Dicho esto, se trata de una acción constitucional tanto por su ubicación normativa, como por su función que es la protección de derechos fundamentales. Se caracteriza por ser una acción de cautela urgente de derechos fundamentales frente a determinadas y evidentes acciones u omisiones vulneradoras, su titularidad activa es amplia y su titularidad pasiva está caracterizada por la posibilidad de presentar esta acción por actos u omisiones arbitrarios o ilegales de la autoridad o de particulares que amenacen, priven o perturben el ejercicio de derechos fundamentales y su objetivo es el restablecimiento del derecho.

---

90 Artículo 20.- "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º,12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24°, y 25º, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.
Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

91 El primer Auto acordado data del año 1992, el segundo es del año 1998, el tercero es del año 2005 y el último es del año 2019, precisamente para este caso y permite que la Corte no solo pida informes a los recurridos, sino a cualquier órgano que tenga información que puede aportar a la resolución de la contienda. Esto conlleva que su regulación procedimental ha tenido un importante desarrollo a través de la jurisprudencia de las altas cortes de nuestro país, específicamente Cortes de Apelaciones que conocen del recurso de protección en primera instancia y la Corte Suprema que conoce de él en sede de apelación.

3.1 El recurso de protección por vulneración del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación

El artículo 19 de la Constitución, establece el catálogo de derechos fundamentales de nuestro país. El derecho en comento se encuentra en el número 8: "La constitución asegura a todas las personas: N° 8. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

Este derecho, al igual que el recurso de protección, es reconocido en el Acta Constitucional N°3 de 1976 y luego ingresa al catálogo de derechos contemplado en el mencionado artículo 19. A diferencia de otros textos constitucionales[92] y de su regulación por el derecho internacional de los derechos humanos[93], el texto de la constitución opta por la formula "derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación" cuestión que no es casual, ya que da cuenta del restringido concepto que los redactores de la constitución de 1980 consideraban para este derecho, pues el ambiente no solo es susceptible de dañarse como consecuencia de acciones positivas como la contaminación. Por ello, autores como Aguilar se han inclinado por sostener otras formas de enunciarlo y que dan cuenta de una ampliación de su contenido: "derecho a un medio ambiente sano, adecuado, ecológicamente equilibrado y apto para el desarrollo y el bienestar de las personas" (Aguilar, 2016, p. 369).

Junto a ello, el derecho es comprendido por los redactores de nuestro texto fundamental como un derecho individual, cuestión favorable desde el punto de vista de su protección, pues evitó que corriera la misma suerte que los derechos sociales, los que son reconocidos como meras aspiraciones y no son susceptibles de garantía a través de recurso de protección[94]. Como el derecho a vivir en un medio ambiente sano no solo genera obligaciones negativas para el Estado, sino que también un conjunto relevante de obligaciones positivas, como lo son por ejemplo los deberes de preservación de la naturaleza y, en un sentido más específico, nos referimos a los deberes de debida diligencia que este derecho conlleva y que prescriben obligaciones de prevención como lo son los deberes estatales de regulación, fiscalización y supervigilancia, el deber de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental, de elaborar planes de contingencia para res-

92 "Derecho a un ambiente sano o saludable (Constitución de Argentina, artículo 41); derecho a un medio ambiente equilibrado o ecológica-mente equilibrado (Constitución de Costa Rica, artículo 50; Constitución de Paraguay, artículo 7; Constitución de Ecuador, artículo 14); derecho a un ambiente seguro para la vida y la salud (Constitución de Ucrania, artículo 50 inciso 1º); derecho a vivir en un medio ambiente benevolente o favorable (Constitución de la Federación Rusa, artículo 42); derecho a un ambiente que generalmente no sea dañoso a la salud o al bienestar y a un ambiente protegido (Constitución de Islas Vírgenes de los Estados Unidos, art. 29); el derecho a un medio ambiente tranquilo (Constitución de Montenegro, artículo 23); derecho a un medio ambiente protegido, en beneficio de las generaciones presentes y futuras [Constitución de Sudáfrica, artículo 24 (b)]" (Cfr. Aguilar, 2019, p. 369)

93 A nivel interamericano, destaca el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", que entró en vigencia en noviembre del año 1999 y que señala en su Artículo 11 el "Derecho a un Medio Ambiente Sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente". Cabe destacar que este protocolo aún no ha sido ratificado por Chile.

94 En este sentido, son claras las palabras de Jaime Guzmán: "es evidente que el Recurso de Protección no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen para su debida satisfacción de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social y otros. Sólo puede establecerse un recurso judicial como el que analizamos, respecto de aquellos derechos cuyo ejercicio exige únicamente el que no se ha perturbado por la conducta ilegítima de la autoridad o de un particular, obstáculo que una vez removido por resolución judicial, basta para que el titular del derecho pueda disfrutar adecuadamente de él. De ahí la necesidad de enumerar taxativamente los derechos respecto de los cuales se concede el mencionado recurso". Cfr. Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, en su sesión 407, de agosto de 1978. Disponible en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3769/2/Tomo_XI_Comision_Ortuzar.pdf (recuperado 07 julio 2019)

ponder a emergencias y los deberes de mitigación, así como también obligaciones de precaución ante indicadores plausibles de daño, aún a falta de evidencia científica (Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH], OC 23, 2018, párr. 83 y ss.). Entonces, la comprensión liberal del derecho pese a haber estado presente en la regulación originaria de la garantía en comento, da cuenta de un reduccionismo liberal que no es consistente con el desarrollo actual de su contenido y alcance a nivel de derecho comparado y de derecho internacional de los derechos humanos, y más aún de la realidad que viven las personas y los ecosistemas de lugares como las zonas de sacrificio. Como veremos, la sentencia que analizaremos también se inscribe en esta línea.

Otro punto relevante en este breve análisis del reconocimiento del derecho en Chile, viene dado por la expresión *libre de contaminación*, que utiliza nuestro texto fundamental. Los redactores apuntaron a un derecho libre de contaminación que afecte la vida y salud de las personas, por lo ilusorio de la posibilidad de vivir en un ambiente libre de todo tipo de contaminación[95].

Entonces, para ello se ha desarrollado la idea de que habrá contaminación en la medida de que se superen los parámetros establecido en las normas de calidad ambiental, para lo cual se precisa concordar la constitución con lo dispuesto Ley de Bases Generales del Medio Ambiente Número 19.300, que define "medio ambiente libre de contaminación" en la letra m) de su artículo 2, a saber: "aquel en que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental". Esta lectura presenta una serie de inconvenientes frente a la posibilidad de contaminantes que no se encuentran regulados o vacíos legales, aspecto especialmente importante para el caso que analizaremos, así como las regulaciones que se pueden cuestionar por su deficiente sustento científico o su contradicción con normativas OMS.

Finalmente, en este breve repaso, vale dar cuenta del inciso segundo del artículo 8, el que contempla una norma que no se plantea para ningún otro derecho de la constitución, tal es que "la ley puede establecer restricciones específicas para derechos y libertades para proteger el medio ambiente". Ha llamado la atención esta norma pues pareciera redundar ante otras normativas de la constitución. En el debate nacional que ha buscado interpretar este inciso se ha destacado que no se trata de algo distinto a un nuevo intento de nuestro constituyente por demostrar que las libertades económicas, tienen un estatuto de protección preferente, de modo coherente con su impronta neoliberal (Guiloff, 2011). En sentido contrario (Bermúdez, 2007).

En definitiva, el recurso de protección tiene requisitos adicionales que diferencian su regulación, en caso de lesión de los otros derechos fundamentales a favor de los que procede. Tales son: que el acto u omisión sea imputable a una persona o autoridad determinada y que la acción u omisión sea ilegal, es decir aumentando el estándar de antijuridicidad de la vulneración, pues no procede en casos de arbitrariedad.

3.2 Recurso de protección y nueva institucionalidad ambiental

En Chile estamos en pleno proceso de desarrollo de criterios jurisprudenciales, en torno a cuál es la sede pertinente a la que solicitar la protección del derecho establecido en el artículo 19 n°8 de la constitución. Esto sucede a propósito de que podemos presentar

95 Sesión 414 del 27 de septiembre 1978. En esta sesión se dialogó en torno al recurso de protección en relación al medio ambiente. En las actas consta que se argumentó la necesidad de que se trate de un acto atribuible a una persona determinada, pues –indicaban– mal se podría interponer esta acción por "el smog de Santiago".

recurso de protección y también podemos recurrir a la nueva institucionalidad ambiental que desde el año 2010 comenzó a instalarse en el país[96]. Para explicar mejor este punto, vale destacar que en Chile el recurso de protección por vulneración al derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación ha pasado por tres etapas: 1) la primera va desde 1985, año en el que se interpone la primera acción por vulneración del derecho indicado, hasta la dictación de la Ley de Bases del Medio Ambiente de 1994; 2) la segunda se extiende hasta antes de la entrada en vigencia de los tribunales ambientales; 3) la tercera, por su parte comienza desde la entrada en vigencia de los tribunales ambientales y se extiende hasta la fecha (Gómez, 2015).

En la primera etapa el uso de la acción fue absolutamente marginal, en 10 años sólo se presentaron 40 acciones, cabe recordar que más de mitad del periodo indicado coincide con los últimos años de la dictadura militar. La segunda etapa, se caracteriza por el aumento de la litigiosidad a través de esta acción, cuestión que se vincula con la posibilidad de impugnar a través de ella, las Resoluciones de Calificación Ambiental. Finalmente, la tercera etapa se caracteriza por el aumento exponencial del uso de la acción (Reyes, 2014b).

Entonces, antes de que entrasen en vigencia los tribunales ambientales, la cantidad de recursos de protección que se presentaban fue en un paulatino y consistente incremento, de modo comprensible al aumento de las vulneraciones de derechos que derivan de los conflictos socio ambientales en el país, además de los beneficios que representa su carácter desformalizado, rápido y económico, también al déficit de jurisdicción contenciosa administrativa general en Chile (Ferrada, Bordalí y Cazor, 2003b).

Las altas cortes del país conociendo de este recurso comenzaron a emitir decisiones de gran importancia para la defensa del derecho, como lo fueron las invalidaciones de resoluciones de calificación ambiental (acto administrativo que pone fin al procedimiento de evaluación ambiental), por diversas ilegalidades cometidas en el procedimiento administrativo substanciado para arribar a ellas, cuestión que permitió que se constituyera en un posible obstáculo contundente para la implementación de proyectos contaminantes. Hasta antes de la entrada en vigencia de esta ley, que crea los tribunales ambientales, era prácticamente la única vía que existía para impugnar proyectos contaminantes y se esperaba que con ellos disminuyera la presentación de recursos de protección. Es más, como consta en la historia de esta ley, uno de los objetivos de la creación de los tribunales ambientales precisamente estuvo en detener la hiper judicialización de los conflictos a través del uso del recurso de protección. (Bermúdez, 2011; Cordero, 2012).

Es así como en una primera etapa de la vigencia de la nueva institucionalidad, se declaró la inadmisibilidad del recurso y también se emitieron sentencias que lo rechazaron argumentando que la nueva institucionalidad especializada era la competente para resolver los conflictos de carácter ambiental, sobre todo cuando se buscaba invalidar resoluciones de calificación ambiental. Paralelamente, tenemos una serie de pronunciamientos que se inclinan por sostener la vigencia del recurso de protección en casos de vulneración del derecho en comento, resguardando la relevancia de una acción de tutela urgente, sin perjuicio de las otras acciones que se puedan presentar, entre las que destacan las reclamaciones en la nueva sede ambiental. La sentencia emitida por la Corte Suprema en el caso que analizamos es un hito jurisprudencial que da cuenta de la buena salud de la acción constitucional

96 El proceso ha sido paulatino; en el año 2010, se crea el Ministerio de Medio Ambiente que estaría a cargo de la gestión política y regulación, también el Servicio de Evaluación Ambiental, que administra el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente que fiscaliza y aplica sanciones (Ley 20.417). El año 2012, se produce otro cambio importante con la creación de los Tribunales Ambientales, órganos jurisdiccionales especializados sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, con competencia en temas contencioso administrativo ambiental, demandas de daño ambiental y otras acciones que su ley establece, ley 20.600 (Hantke-Domas, 2015).

de protección ante casos que requieren la tutela urgente del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Es decir, pese a los diversos nudos críticos que existen en relación a la acción de protección y los conflictos específicos asociados a su idoneidad en los casos que comprenden el derecho a vivir en un ambiente sano, el caso que analizamos da cuenta de la relevancia de la acción como proceso de protección de derechos fundamentales y su necesidad aún en el actual contexto de implementación de la nueva institucionalidad ambiental, tribunales ambientales incluidos.

3.3 Análisis del caso: Primera Instancia ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso

a. Las partes y sus argumentos

Tras los episodios de intoxicaciones masivas en agosto y septiembre de 2018, en primera instancia se presentaron 12 acciones de protección, dirigidas en contra de reparticiones del Estado, como a las empresas que conforman el CIV. De los 12 recursos, 4 de ellos fueron presentados en contra de empresas. Los 8 restantes apuntaron al Estado, especialmente a los ministerios de salud, medio ambiente e interior, así como sus órganos dependientes. La institucionalidad ambiental también fue sujeto pasivo de la acción, al igual que las Municipalidades de Quintero y Puchuncaví[97]. A continuación, se presenta un cuadro que resume los recursos interpuestos (ver página siguiente).

Resulta interesante observar cual es la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo en cada uno de los recursos interpuestos, sobre todo para analizar luego cuáles fueron los recursos que finalmente se acogieron y por qué.

En el caso del recurso interpuesto por el senador Chahuán, llama la atención que la acción se incoa específicamente en contra de la empresa estatal Enap[98] (Empresa Nacional del Petróleo), y que fue presentado a pocos días de ocurrido el primer evento de intoxicación masiva. Lo mismo sucede con las municipalidades de Puchuncaví y Quintero, aunque en el caso de estas se da la particularidad que, además, ellas fueron recurridas y que no se presentaron a los alegatos de primera instancia, aunque, tras los requerimientos de la comunidad, apelaron la sentencia. Pareciera ser que el objeto de estas acciones se satisfacía con presentarlas pues no determinaron un sujeto activo específico cuyos derechos fundamentales hubiesen sido vulnerados[99], lo que llevó a que, finalmente la Corte Suprema desechara estos recursos.

Otro recurso fue presentado en contra de las empresas del CIV, como una estrategia para obtener información que pudiera determinar el origen específico de la contaminación y preparar una acción de responsabilidad en contra de quien se determinase.

Hay una particularidad que comparten estos cuatro recursos: consideran los episodios de contaminación como hechos aislados, producto de un accidente atribuible directamente a una de las empresas del CIV, y no como un resultado esperable de una situación prolongada de contaminación sin regulación, cuyo riesgo de repetición se encuentra latente.

97 Fueron al mismo tiempo recurrentes y recurridas. Utilizaron este argumento para no presentar sus alegatos en la Corte de Apelaciones de Valparaíso, a pesar de no haber restricción jurídica para hacerlo. Tras los reclamos de la comunidad, apelaron y alegaron ante la Corte Suprema.

98 Los primeros días de ocurrido el hecho trascendió que el origen de las intoxicaciones estaría en Enap. Posteriormente se sindicó a la empresa química Oxiquim, sin embargo, la complejidad de la situación de contaminación en la bahía de Quintero y Puchuncaví, no permite hablar de una causa única ni fácilmente determinable, mucho menos que se haya tratado de un hecho aislado.

99 Se encuentra asentado en la jurisprudencia de la Corte Suprema que la acción de protección no es una acción popular y requiere individualizar a la o las personas cuyos derechos están siendo inculcados por una acción u omisión ilegal o arbitraria.

Rol	Fecha de interposición	Recurrente
7266-2018	27 agosto	Senador Francisco Chahuán, por la comunidad afectada (sin individualizar)
7412-2018	29 agosto	I. Municipalidad de Quintero por la comunidad afectada (sin individualizar)
7468-2018	30 agosto	María Rossinelli, por sí y sus hijos menores
7469-2018	30 agosto	Ruth Vaccaro, por sí y por sus hijos menores
7475-2018	30 agosto	I. Municipalidad de Puchuncaví por sí (alcaldesa) y por la comunidad afectada (sin individualizar).
7837-2018	10 septiembre	Un grupo de personas naturales
8030-2018	14 septiembre	Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en representación de personas naturales
8036-2018	14 septiembre	Defensoría de la Niñez, en representación de NNA afectadas
8061-2018	15 septiembre	Un grupo de personas naturales
8127-2018	20 septiembre	Sindicato de Pescadores de Horcón y Ventanas, Agrupación Mujeres en Zona de Sacrificio en Resistencia y Sindicato de pescadores S24.
8132-2018	20 septiembre	Clínica de Justicia Ambiental Universidad Diego Portales, en representación de una familia afectada.
8223-2018	24 septiembre	ONG Fima, por sí y en representación de ONGś ambientales

Elaboración propia.

Recurrido	Fundamento del recurso	Apelación
Empresa Nacional del Petróleo (ENAP)	Hecho aislado atribuible a Enap	Sí
Enap	Hecho aislado atribuible a Enap	Sí
No señala (sin patrocinio de abogado)	Solicita traslado del lugar de contaminación	No
No señala (sin patrocinio de abogado hasta los alegatos)	Solicita traslado del lugar de contaminación	Sí
Enap	Hecho aislado atribuible a Enap	Sí
Empresas del CIV y Estado	Hecho aislado atribuible a alguna de las empresas del CIV y que el Estado no ha enfrentado correctamente	Sí
Ministerio del Medio Ambiente (MMA), Ministerio de Salud (MINSAL) y Superintendencia del Medio Ambiente (SMA).	No prever la situación y no ejercer atribuciones para enfrentarla.	Sí
MINSAL, Oficina Nacional de Emergencias (ONEMI)	No prever la situación y no ejercer atribuciones para enfrentarla.	Sï
Ministro del Interior e Intendente de Valparaíso.	No ejercer atribuciones para enfrentar la situación	No
MMA, Secretaría regional ministerial de medio ambiente (SEREMI MA), SEREMI salud, I. Municipalidades de Quintero y Puchuncaví, Servicio de evaluación ambiental (SEA) y SMA	No prever la situación y no ejercer atribuciones para enfrentarla.	Sí
MMA	No prever la situación y no ejercer atribuciones para enfrentarla.	Sí
Presidente de la República, MMA y SEA.	No prever la situación y no ejercer atribuciones para enfrentarla.	Sí

Los recursos de María Rossinelli y Ruth Vaccaro coinciden en que fueron interpuestos desformalizadamente, directamente por parte de ellas en favor de sus hijos e hijas menores y solicitan el traslado del lugar donde está presente la contaminación. En el primer caso, al perder en primera instancia, decide no apelar, mientras que en el segundo caso, se le ofrece por parte de las organizaciones representantes de otros recursos la posibilidad de contar con patrocinio de abogado para la etapa de alegatos en adelante. En este caso, este recurso se sumó a la estrategia de los recursos restantes.

El resto de las acciones interpuestas lo fueron en contra del Estado y se basaron en la situación permanente y descontrolada de contaminación como origen de los envenenamientos masivos de cuya gravedad dan cuenta los episodios ocurridos, basándose en una omisión por parte del Estado al no prevenir y no contar con los medios idóneos para enfrentar la situación, desconociendo su gravedad[100] como una ilegalidad que vulnera derechos fundamentales.

Estas ilegalidades pueden clasificarse de la siguiente manera:

Tipo de ilegalidad	Hecho recurrido	Sujeto pasivo	Normativa infringida	Respuesta recurrido
Falta de prevención	No haber contado con las herramientas adecuadas para enfrentar los hechos, considerando que no es primera vez que ocurren y que la presión que el CIV ejerce sobre el territorio los hacía previsibles.	Órganos del gobierno central, regional y local de los sectores salud y medio ambiente.	Constitución Política. Ley de bases generales del medioambiente. Código sanitario. Ley orgánica de municipalidades.	No son conductas obligatorias. Se han ejercido atribuciones preventivas. No era previsible el hecho dañoso.
Falta de reacción	No poner en ejecución las potestades de los órganos recurridos de acuerdo a la magnitud de los hechos y la gravedad de las vulneraciones de derechos.	Órganos del gobierno central, regional y local de los sectores salud e interior.	Constitución Política. Código sanitario.	Se han ejercido atribuciones ante el hecho.

Las garantías fundamentales conculcadas son principalmente tres: la vida e integridad física y psíquica, la salud y vivir en un medio ambiente libre de contaminación, vinculados. Además, en cuanto a la desigual repartición de las cargas y beneficios ambientales, tratándose de una "zona de sacrificio" donde la injusticia ambiental es evidente, se conculca también la igualdad ante la ley. Del mismo modo, se vulnera el derecho a ejercer actividades

100 Ver: Informe del Colegio Médico presentado en primera instancia. Causa Rol 7266-2018, caratulados "Francisco Chahuán Chahuán contra Empresa Nacional de Petróleos, Enap S.A.", a fojas 65.

económicas al generarse una merma en el turismo y actividades productivas ligadas por el estigma de contaminación y la percepción de riesgo generada en la opinión pública. Finalmente, en el caso de la población afectada no inmediatamente circundante al CIV, se vulnera su derecho a la propiedad por la disminución del valor económico de sus propiedades.

b. Decisión

La Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó los recursos interpuestos, con un voto de minoría, que estuvo por acoger los recursos. El voto de mayoría descansa sobre cuatro principales argumentos. El de minoría, compartiendo algunos de los argumentos mayoritarios, plantea una lectura diferente de lo planteado por los recurridos.

La sentencia de la Corte de Apelaciones señala, en primer lugar, que existen hechos indubitados: envenenamientos masivos en la población, que eran previsibles, y que generaron vulneraciones de derechos fundamentales. Sin embargo, luego afirma que el recurso de protección requiere la existencia de hechos indubitados en cuanto a la naturaleza del acto infractor y a la persona o institución a quien quepa atribuir ese acto ilegal o arbitrario. Y avanza la sentencia en su razonamiento, de la siguiente manera: "lo cual supone que no exista una controversia que requiera investigación y rendición de probanzas, sino una responsabilidad claramente establecida". Al indicar que no es posible determinar un vínculo causal, señala que los hechos ventilados deben ser revisados en un juicio de lato conocimiento que permita establecer vínculos causales y atribuciones de responsabilidad. Es decir, utiliza argumentos de Derecho Ambiental y Civil para desestimar acciones constitucionales.

Señala como límite de la acción de protección la posibilidad de encontrar soluciones permanentes que restablezcan el imperio del Derecho o cesen las vulneraciones de derecho, de acuerdo a su considerando tercero: "[…] No lo será [pertinente], en cambio, para intentar obtener soluciones de fondo o permanentes respecto de estados prolongados de saturación, o de situaciones históricas de contaminación ambiental, porque ello cae de lleno en la competencia que el artículo 17 de la Ley 20.600 atribuye a los Tribunales Ambientales, y porque tratándose de situaciones permanentes, las medidas a adoptar no son las de emergencia y los hechos a establecer no son simples, ni pueden estimarse indubitados [...]"

3.4 Segunda Instancia ante la Corte Suprema

a. Las partes y sus argumentos

El principal argumento de las apelaciones interpuestas es la falta de correlación entre el reconocimiento de las vulneraciones de derechos y la decisión de no acoger los recursos. En específico, se argumenta críticamente en torno a que se haya recurrido a normas sobre responsabilidad para resolver no acoger una acción constitucional y en contra de que se haya considerado dar por cumplidas las obligaciones del Estado para prevenir y gestionar la crisis, ya que hasta el presente no hay noción sobre el origen específico de la contaminación, la naturaleza del o los contaminantes, ni mucho menos el tratamiento médico necesario. Estos argumentos serán desarrollados a propósito de la decisión pues la Corte Suprema los recoge y desarrolla con profundidad.

b. Decisión

La Corte Suprema reconoce la vulneración de los tres derechos fundamentales conculcados y su estrecha relación, sentando una jurisprudencia relevante para la decisión futura de vulneraciones a alguno de estos derechos en los casos de conflictos socioambientales.

Luego, estima una serie de obligaciones específicas incumplidas por algunas de las recurridas:

Primero, de la relación que se da entre los artículos 1°, inciso 4° de la Constitución y 70 Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (19.300): se desprende con nitidez que el Ministerio del Medio Ambiente se encuentra sujeto al cumplimiento de diversas obligaciones relativas a "velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales", y "administrar un Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes". En este sentido, los instrumentos internacionales lo obligan a adoptar acciones de distinta clase con el objeto de tender a la restricción o a la eliminación, de diversos gases o compuestos químicos, incluso si éstos no se encuentran regulados en nuestro derecho interno por "una norma de emisión, plan de descontaminación u otra regulación vigente".

En este punto, la Corte Suprema hace una descripción, de acuerdo a la información que consta en el expediente, de los procesos productivos que ocurren en el CIV, los contaminantes, certera y presumiblemente presentes en el territorio, y aquellos respecto de los cuales existen obligaciones internacionales de regulación. De esta forma se configura una omisión ilegal por parte del Ministerio de Medio Ambiente que vulnera derechos fundamentales reconocidos en nuestra constitución, así como la infracción a diversos tratados internacionales, entre los que destacan la referencia a Declaración de Estocolmo, Declaración de Río, Protocolo de Montreal, el Convenio de Estocolmo y el Convenio de Basilea.

Otra información relevante para la Corte Suprema es la existencia del ya mencionado Informe del 2012 de la Comisión Investigadora, que se constituyó en la Cámara de Diputados el año 2011 para investigar sobre las intoxicaciones ocurridas en la escuela La Greda. Este informe concluye el incumplimiento de los deberes de protección de los derechos de las personas por parte del Estado, que habla, incluso, de un abandono por parte del estado a las comunidades que habitan la denominada "zona de sacrificio". Esta información, se contrasta con un informe posterior, originado a propósito de la actual crisis, y que da cuenta de un 70% de incumplimiento de lo recomendado en el primer informe, permitió acreditar la previsibilidad de la emergencia, así como un incumplimiento de deberes por parte del Estado.

Así, para la Corte, la autoridad ambiental actuó de manera tardía en la investigación de los hechos, esperando a que ocurrieran nuevos sucesos de intoxicación para comenzar a concretar medidas tendientes a ello. La autoridad alega haber realizado distintas acciones, pero no explica de qué manera habrían servido efectivamente para prevenir la contaminación, existiendo modos concretos y conocidos, o al menos fácilmente concebibles, para estudiar y generar los conocimientos necesarios para abordar la grave situación de contaminación atmosférica existente en la zona, la autoridad se ha limitado a realizar algunas actuaciones claramente insuficientes a tal fin, reaccionando tan sólo una vez acaecidos los graves hechos que dieron origen a esta causa. Respecto de las autoridades de salud, de acuerdo con la Corte Suprema, ellas incumplieron el artículo 4 N°4 del Decreto con Fuerza de Ley (DFL), que lo obliga a vigilar la salud pública y evaluar la situación de salud de la población, y en el artículo 3 del Código Sanitario, en cuanto prescribe que corresponde al citado ente atender todas las materias relacionadas con la salud pública y el bienestar higiénico del país, esta última en relación al N° 2 del artículo 14 B de la Ley 19.937, relativo a las potestades de dictar medidas sanitarias, otorgar autorizaciones sanitarias y elaborar informes sanitarios. No decretar alertas sanitarias. Y, velar por el cumplimiento de las normas, planes, programas y políticas nacionales, según lo dispuestos en los números 1.- y 2.- del artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, adecuándolos a la realidad de la región. La Secretaria Regional Ministerial (SEREMI), tardó años en recabar antecedentes necesarios para comprender cuales son los gases y compuestos químicos, que más allá de las normas de emisión, son efectivamente producidos y emitidos. Dichas gestiones no rindieron frutos, pues aún no ha

sido posible establecer de manera fehaciente qué elementos en concreto provocaron los episodios de intoxicación de que se trata.

La evaluación de la situación de salud de la población, la atención del bienestar higiénico del país y la protección de la salud de la población de los riesgos producidos por el medio ambiente suponen que la administración tome un rol proactivo. A su vez, el Ministerio del Interior también ha faltado a su deber, por tener bajo su dependencia a la Oficina Nacional de Emergencia del ministerio del Interior (ONEMI), debiendo fiscalizar su cumplimiento de acuerdo al artículo 22, en relación al artículo 28, de la ley 18.575 establece que aquel debe "satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua". Por lo que debió ordenar a la ONEMI la realización de las conductas útiles y eficaces pertinentes, constando que no impulso ninguna medida de ese orden, sino que solo verificaciones posteriores. Por tanto, "la inefectiva acción de los órganos estatales dependientes del Poder Ejecutivo se ha extendido por largos años, desatendiendo la integridad de los habitantes de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, las omisiones de que se trata, revisten tal gravedad que es posible entender que al no obrar de manera efectiva, las autoridades recurridas han puesto en riesgo, a través de una amenaza cierta e incontestable, la salud e incluso, la vida de las personas en favor de quienes se recurre" [101].

Acreditadas las ilegalidades, la Corte profundiza en la magnitud de los hechos y en la necesidad urgente de cautela, señalando que la vulneración resulta más notoria al tener presente que los eventos se produjeron en una zona abierta al océano, donde los contaminantes tienden a disiparse en lugar de concentrarse, de manera que, para producirse los resultados ocasionados, la cantidad de contaminantes producidos en la zona debe ser extremadamente alta, apreciación que pone de relieve la delicadeza de los hechos de que se trata y lo relevante de otorgar la cautela solicitada por los vecinos de las comunas referidas.

Respecto de las empresas recurridas, si bien no las menciona a efectos de analizar su atribución específica en los hechos, sí lo hace a propósito del desarrollo sustentable, pues su contenido y las consecuencias que de él derivan, aparecen plenamente aplicables a la realidad actual de la zona geográfica mencionada[102]. Señala que es un concepto que se descompone en varios principios, tales como: equidad intergeneracional, explotación apropiada o racional, uso equitativo de los recursos naturales y utilización por otros Estado, e integración del medio ambiente al desarrollo, todos infringidos en el caso del CIV y reñidos con la situación de injusticia ambiental a que se expone a las víctimas de la contaminación. Respecto al riesgo, acepta como un hecho no controvertido de la causa el que exista una completa y absoluta falta de antecedentes en torno a los gases que provocaron los hechos, y que el señalado desconocimiento pone de manifiesto, a su vez, una amenaza concreta, cierta y que no puede ser ignorada para la integridad, salud y vida de los vecinos de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, así como para el medio ambiente en el que habitan. Sobre este punto reflexiona en torno al Principio Preventivo y el Principio Precautorio, y que son parte constitutiva del sistema chileno de protección ambiental[103].

La sentencia incorpora un argumento sobre los vínculos causales o atribuciones de responsabilidad, señalando que la ausencia de estos no es suficiente para no acoger los recursos. Si bien la actividad económica llevada a cabo por las distintas empresas sería la causante de los persistentes y graves episodios de contaminación e intoxicación que han afectado a las y los habitantes de las comunas de Quintero y Puchuncaví por largo tiempo, y, en lo que interesa a los recursos acumulados, de las situaciones ocurridas en agosto y sep-

101 Considerando 32, página 39.
102 Considerando 32, página 40.
103 Considerando 38, página 47 y siguientes.

tiembre del año recién pasado, no existen, sin embargo, elementos de juicio bastantes para atribuir responsabilidad a ninguna de tales empresas en concreto, puesto que, como se dijo, hasta esta fecha no ha sido posible establecer con certeza cuál o cuáles son los compuestos que causaron tales incidentes.

Con estos antecedentes por acreditados, la Corte Suprema, en una decisión unánime, acoge las acciones de protección interpuestas[104] y ordena una serie de medidas, que parten con la determinación exacta de la situación de contaminación en la bahía, junto con recomendaciones en consecuencia, que se hagan cargo, específicamente de resguardar la salud de las personas y el medio ambiente circundante, tanto de política pública como regulatorias, fijando para su determinación el plazo de un año. Finalmente, es interesante detenernos en el voto concurrente que, estando de acuerdo con acoger los recursos, estuvo por detener el funcionamiento del CIV durante 90 días como única manera de detener la vulneración de derechos y de asegurar una investigación que determine el origen de la contaminación y permita ejecutar las medidas necesarias para evitar hechos futuros.

4. UN HITO PARA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

La sentencia emitida por la Corte Suprema, es un hito para la tradición jurisprudencial chilena en lo que respecta a un conflicto grave y estructural de derechos humanos como el que viven día a día las personas que habitan la zona de sacrificio Quintero Puchuncaví. Teniendo en vista el contenido de esta sentencia y reflexionando sobre los desafíos de su ejecución arribamos a los siguientes puntos.

4.1 Es una sentencia estructural

La sentencia dictada por la Corte Suprema es una sentencia estructural, tanto por su contenido, como por las características del procedimiento que se ventiló para arribar a ella. Para explicar esta categoría es pertinente recurrir al análisis que Fiss realiza del caso *Brown*, pues a propósito de este caso utiliza la noción de estructural para advertir la dimensión de los efectos del fallo: "significó la reforma de la estructura de la escuela pública estadounidense; de un sistema escolar dual basado en criterios raciales se transformó en un sistema que no segrega por razón de raza. Esto genera no solo la imagen de negros y blancos entrando juntos a un colegio, sino que, además, una serie de reformas destinadas a que ello se ponga en práctica: reformas presupuestarias, de mecanismos de selección de alumnos, de profesores, de construcción de colegio, de reformas curriculares y un largo etcétera que debió operar para la real eficacia de la sentencia (Fiss, 2007, p. 14).

Pero más aún, el carácter de estructural viene dado porque el caso en análisis admite ser caracterizado como un *conflicto grave y estructural de derechos humanos*. Entenderemos que tales conflictos tienen las siguientes características: son graves, porque comprenden vulneración de múltiples derechos fundamentales de un número amplio de personas y son *estructurales*, pues se encuentran arraigados de tal forma que es imposible superarlos con la intervención de solo alguna autoridad determinada, ya que el origen de las vulneraciones de derechos fundamentales no es imputable a ninguna autoridad estatal en específico.

104 Sólo aquellas en que se individualiza correctamente a la o las personas cuyos derechos se vieron vulnerados.

Todas ellas, por acción u omisión, han contribuido a que se produzcan y se encuentran condicionadas por la ausencia de políticas públicas adecuadas (Rodríguez y Rodríguez, 2010). Esta situación de bloqueo institucional también ha sido caracterizada con la expresión de "puntos ciegos o cargas de inercia" (Dixon, 2007, p. 394), y consiste en que los órganos políticos han ido generando inmunidades ante los mecanismos de ajuste y corrección convencionales de las políticas públicas, lo que se puede manifestar en falencias a nivel legislativo, ejecutivo y administrativo, que generan una *inercia estatal* ante la situación de un colectivo fuertemente vulnerado en sus derechos fundamentales.

Por otra parte, el que una sentencia pueda ser calificada como estructural depende tanto del tipo de conflicto que le subyace, como de su contenido, de las medidas judiciales y de los mecanismos de seguimientos que prescribe al resolver la contienda. Las sentencias estructurales se diferencian de las emitidas en procedimientos tradicionales por:

a) la naturaleza del conflicto, pues aborda problemas de rango constitucional, donde hay un interés público patente al involucrar violación masiva de derechos fundamentales;
b) las partes del proceso, ya que en la faz activa encontraremos un sujeto colectivo (muchas víctimas), mientras que en la faz pasiva se sitúa el Estado, una empresa o, como en el caso que analizamos, varias empresas. Dicho de otra forma, existe una diferencia de poder importante entre las partes, que se acentúa en contextos de vulnerabilidad social. En este caso, además, se da la particularidad de que los dos únicos organismos promotores de derechos humanos conforman, junto con la ciudadanía y organizaciones no gubernamentales, la faz activa de la acción;
c) una representación diversa al clásico mandato judicial, pues en estos casos se da una *representación atípica*, incluso, alguno de los representados puede no saber que está siendo parte de un proceso;
d) las decisiones comprenden una serie de órdenes a los otros poderes del Estado, estableciendo remedios u órdenes complejas que suelen establecer directrices para los otros poderes del Estado, cuestión que las hace sensible a las críticas de legitimidad democrática. En este orden de ideas, según el tipo remedios establecidos y refiriéndonos a un análisis propio de las reflexiones en torno a la legitimidad del control de constitucionalidad, las intervenciones judiciales en casos de protección de derechos pueden ser calificas de fuertes o débiles según si el poder judicial cierra la deliberación o se limita a posibilitarla.
   En la sentencia apreciamos un poder judicial cuidadoso al no precisar el modo específico en el que deben actuar las instituciones para arribar a los objetivos que plantea, por lo que se trataría de una intervención judicial débil, ya que su decisión permite romper esa *carga de inercia* a la que hacíamos referencia, más que definir en detalle qué debe hacer cada autoridad, elabora una guía de ruta para un trabajo que requiere precisión, la que estará a cargo esencialmente de los otros poderes del Estado (Tushnet, 2003)[105].

Entonces, la sentencia emitida por la Corte Suprema, es una sentencia estructural porque el conflicto que resuelve tiene tal carácter y porque emite una serie de órdenes que dan cuenta de una ampliación *del territorio de lo justiciable* (Puga, 2014a), a través de

105 Por sus efectos, las sentencias dictadas a propósito de estos conflictos se han comparado con las acciones de clases del Derecho estadounidense (Fiss, 2016, p.9) y en Latinoamérica se han venido denominando remedios estructurales, acciones colectivas, populares, de grupo o de tutela judicial homogénea son las denominaciones más conocidas (Londoño 1999; Salgado, 2011; Gidi, 2004). Más todas ellas son categorías que tienen su propia especificidad y que dan cuenta de elementos contingentes a la dimensión estructural (Puga, 2014b).

remedios débiles que posibilitan una esperanzadora deliberación en la que hay mínimos esenciales ya establecidos por el máximo tribunal del país.

4.2 Dignifica el relato de las personas que han sufren las consecuencias de la contaminación

La sentencia contribuye a dignificar el relato de las personas que habitan la *zona de sacrificio*. En efecto, tras años de estudios, de denunciar y de ver cómo aumenta la contaminación y sus efectos, ha sido la Corte Suprema del país, la que ha reconocido la vulneración de derechos fundamentales y ha emitido una serie de órdenes a otros poderes del Estado, la mayoría de ellas coinciden con las peticiones específicas que venían formulando a las autoridades del Estado.

De algún modo, se produce una *reestructuración del marco*, que da cuenta de cómo puede cambiar la comprensión y el encuadre de un problema en el espacio público (Della Porta y Diani, 2015, p. 38). Esperamos que esta sentencia contribuya a ver en este caso un problema de derechos humanos y a las personas que habitan la zona de sacrificio como víctimas de la acción y omisión del Estado y de las empresas del complejo industrial.

Se trata de un efecto simbólico valioso que tiene potencia para abonar una estructura de oportunidades políticas (García, 2014), que permita sostener el proceso de romper las cargas de inercia que han caracterizado el actuar del Estado frente a este conflicto, cuestión que en gran medida dependerá del aumento de la participación comprometida con la defensa, promoción y protección del derecho al ambiente sano y de la capacidad creativa para hacerse parte del desafiante proceso de implementación.

4.3 Poder judicial y protección de derechos fundamentales

La intervención del poder judicial en casos complejos como este, puede ser catalogada peyorativamente como una sentencia activista, cuestionable desde la atalaya de la legitimidad democrática, también se pueden denostar sus efectos simbólicos y más aún descreer la posibilidad de obtener sus efectos materiales y directos.

Advertimos la larga historia de críticas que se pueden formular al rol del poder judicial que desatiende sus lineamientos decimonónicos. Así como las advertencias que la historia y sociología nos realizan respecto del activismo judicial conservador, especialmente en Latinoamérica (Bergalli, 1984 p. 49; Santos, 2009, p.108; Hilbink, 2007; Verbitsky, 1993; Bohoslavsky, 2015; Jiménez y Doñate, 2012).

Todas estas reflexiones de tan dilatada trayectoria deben aportar luz a los esfuerzos por pensar la implementación del fallo. Lo que no puede suceder es que desatendamos el contexto real de surgimiento del caso, las intoxicaciones masivas y la complejidad de la dimensión estructural del conflicto, a partir de ahí pensamos en el poder judicial y su relación con los procesos que experimentan nuestras "democracias reales" y en las posibilidades de que se implemente un proceso contemporáneo de búsqueda de la efectividad de las decisiones.

Junto a ello se precisa atender el cuidado que la sentencia tiene de no emitir ordenes detalladas y precisas a los otros órganos del Estado, sino que establece pautas fundamentadas legalmente y tomando en consideración los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por chile y que integran su bloque de constitucionalidad. Con lo cual el poder judicial no hace más que atender a su deber de proteger derechos fundamentales, velando por el respeto del principio de legalidad. Además, lejos de ser un peligro para la democracia, la sentencia puede y debe desempeñar un rol fundamental en la deliberación

democrática que se desarrolle con el objeto de obtener el cumplimiento del fallo. En este orden de ideas, resulta relevante indicar que el fallo ha tenido un respaldo político bastante amplio, destacando el apoyo que la cámara de diputados realizó por unanimidad, pidiendo su implementación a la brevedad[106].

Finalmente, el fallo nos invita a pensar en las atribuciones del Poder Judicial en relación con la economía, pues el CIV se constituyó con una promesa de desarrollo económico para el país. Pero, hoy más que nunca, debemos comenzar a tomarnos muy en serio que los derechos humanos ambientales, son una condición necesaria para el ejercicio de todos los derechos y que el efectivo respeto de estos es un requisito fundamental para la legitimidad de nuestros sistemas democráticos. La Corte Suprema advierte muy bien esta dimensión de la problemática al incorporar en su razonamiento la noción de desarrollo sostenible; no hay posibilidad de desarrollo sin respeto por los derechos fundamentales y todos los poderes del Estado, incluido el poder judicial, deberán de ser contundentes en sus acciones para materializar el justo anhelo de vivir en un ambiente sano, aun cuando esto lleve a tomar decisiones económicas distintas, es precisamente esta una de las necesidades más relevantes de nuestros tiempos. Sin duda, que en este ámbito, las comunidades llevan la delantera.

4.4 La sentencia y los desafíos de su implementación

Actualmente el desafío se encuentra en la implementación de la sentencia: ¿qué mecanismos serán adoptados a efectos de obtener su cumplimiento?, ¿Cuáles son las vías adecuadas para ello?. Para analizar el problema con perspectiva es conveniente advertir dos situaciones. La primera, es que la eficacia de las normas de derechos humanos es un desafío que excede a las sentencias judiciales (Bobbio, 1981, p. 130). En otras palabras, el cumplimiento de las órdenes que se encuentran en la sentencia sería problemático y desafiante aun cuando este se hubiese planteado a través de una ley pues enfrenta a poderosos intereses que tensionan a la democracia y al estado de derecho, de modo que es posible que las dificultades de fondo realmente derivan del contenido de la orden, mas no de su jerarquía normativa y consecuente legitimidad democrática.

Aun así, el compromiso con el ideal del autogobierno nos conduce a celebrar que la Corte Suprema haya sido cuidadosa en no emitir órdenes precisas o muy detalladas, al modo de un constitucionalismo fuerte, pues posibilita que esta sentencia pueda ser vista como una estructura de oportunidades para que sean las propias personas que habitan el territorio, quienes sean parte del proceso de buscar la efectividad de las ordenes, con reconocimiento y validación de los conocimientos que tras tantos años de búsqueda de una vida sin contaminación han adquirido. Junto a ello, será interesante el aporte que a este proceso puedan realizar las universidades y la ciencia digna, pues parte importante del proceso los necesitará.

En segundo lugar, será interesante conocer otras experiencias de implementación de sentencias estructurales, caracterizados por la participación de las personas que habitan los territorios afectados por la contienda que los origina. Quizás, puede ser un aporte conocer a la Comisión de Seguimiento de la famosa sentencia sobre desplazamiento forzado de Colombia o el impactante monitoreo social del caso Mendoza en Argentina, también conocer a los Comités de Seguimiento de la Corte Suprema de la India, solo por indicar algunos ejemplos de experiencias comparadas que pueden contribuir a nuestro proceso reflexivo en busca de cómo avanzar en la implementación del fallo. (Merlisnky, 2013; Rodríguez y Rodríguez, 2015).

106 Al respecto véase: https://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmid=137175 (Recuperado: 20 de junio 2019)

BIBLIOGRAFÍA

- Acselrad, Henri (2004). "Meio Ambiente e Justiça: estratégias argumentativas e ação coletiva. Justiça ambiental e cidadania". Rio de Janeiro: *Relume dumará*, 23-40.
- Aguilar, Gonzalo (2016). "Las deficiencias de la fórmula 'derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación' en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión". *Estudios Constitucionales*, año 14, Nº 2.
- Bergalli, Roberto (1984). El Estado democrático en América Latina y la cuestión judicial: el caso argentino, Revista CIDOB d'afers internacionals, N°3.
- Bermúdez, Jorge (2011). *Derecho administrativo general,* 2ª edición (Chile, Legal Publishing).
- Bobbio, Norberto (1981). El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona.
- Bohoslavsky, Juan Pablo (2015). ¿Usted también, doctor?: Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura. Siglo XXI: Buenos Aires.
- Bordalí, Andrés, Ferrada, Juan y Cazor, Kamel (2003). El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho Universidad Austral. Vol. 14, pp 69-81.
- Chiang, J.; P. Cornejo, J. López, S., Romano, J. Pascual y M. Cea, (1985). "Determinación de cadmio, cobre, manganeso, plomo, hierro, cinc y arsénico, en sedimento atmosférico, en la zona de Quintero, V Región, Valparaíso, Chile". Bol. Soc. Chil. Quím. Vol. 30, Nº 3, 139-158. 1985
- Cordero, Luis (2012). "Corte Suprema y Medio Ambiente. ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?", en: Couso, Jorge (edit.), *Anuario de Derecho Público*. Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 359-375.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia.
- Della Porta, Donatella y Diani, Mario (2015). Los movimientos sociales, traducción de Eduardo Romanos. CIS: Madrid.
- Dixon, Rosalind (2007). "Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited", en *International Journal of constitutional law*, Vl 5, N°3, Julio.
- Fiss, Owen (1996). "La teoría de las acciones de clase,". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Nº 1, abril de 1996.
- Fiss, Owen (2007). *El Derecho como razón pública*, Marcial Pons: Madrid.
- Folchi, Mauricio (2001). Conflictos de contenido ambiental y ecologismo de los pobres: no siempre pobres, ni siempre ecologistas. *Ecología Política*, No. 22; p. 79-100.
- Folchi, Mauricio (2006). Historia Ambiental de las Labores de Beneficio en la Minería del Cobre en Chile. Tesis de doctorado Historia e Instituciones Económicas. Universitat Autonoma de Barcelona. Barcelona.
- García, Mauricio (2014). La eficacia simbólica del Derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina. Penguin Random House: Bogotá.
- 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*, traducción de Lucio Cabrera. Unam: México.
- Guiloff, Matías. (2011). El dilema del artículo 19N°8 inciso 2. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 18(1), 147-169.
- Gómez, Gastón (2015). *Jurisprudencia medioambiental: ¿decisionismo o racionalidad pública?* Santiago: Ediciones LyD.
- Gómez, Gastón (2012) Derechos fundamentales y recurso de protección. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Gudynas, Eduardo (2014) "Conflictos y extractivismos: conceptos, contenido y dinámicas", *Decursos. Revista en Ciencias Sociales*.
- Hantke-Domas, Michael (2015). "Características de los nuevos tribunales ambientales: jurisdicción y especialidad", en *La Nueva Justicia Ambiental*. Publisher: Thomson Reuters, Editores: Jua Kikitan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez Soto, y Francisco Pinilla Rodríguez, pp.57-75.
- Hilbink, Lisa (2007). Judges Beyond Politics in Dictatorship and Democracy. Lessons from Chile, Cambridge University Press: New York.
- lGreenlabUC, Gestión y Política Ambiental de DICTUC, Instituto de Sociología UC, isUC. (2014). Informe de "Comunicación del riesgo ambiental para sustancias potencialmente contaminantes en

el aire, suelo y agua, en las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví". Recuperado: http://www.mma.gob.cl/1304/articles-55902_InformeFinal_DICTUC.pdf

- Jiménez, Carlos y Doñate, Antonio (2012). Jueces, pero parciales. La pervivencia del franquismo en el poder judicial, Pasado y Presente, Barcelona.
- Lerner, Steve (2010). *Sacrifice zones: the front lines of toxic chemical exposure in the United States*. Mit Press.
- Londoño, Beatriz (1999) "Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación", en *Revista de Estudios socio-jurídicos*, Universidad del Rosario, V. 1, N°2, Bogotá.
- Malman, S. et al. El trasfondo socioeconómico del conflicto ambiental de Puchuncaví. En: Ambiente y Desarrollo, Vol. XI, N° 4, diciembre 1995 pp. 49-58
- Merlinsky, Gabriela (2013). "La espiral del conflicto. Una propuesta metodológica para realizar estudios de caso en el análisis de conflictos ambientales". En *Cartografía del conflicto ambiental en Argentina*. Buenos Aires: Clacso-CICCUS.
- Merlinsky, Gabriela (2013). *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013.
- Muñoz, T. y Pool, C. (2011). En el oleaje del olvido. Un rescate a la tradición cultural de los pescadores artesanales de la localidad de Las Ventanas. Fondo Nacional de la Cultura y las Artes. Santiago. 2011; Recuperado: https://issuu.com/claudiapool/docs/en_el_oleaje_del_olvido__pdf__1___1
- Organización Mundial de la Salud (2005) Guías de calidad del aire – Actualización mundial 2005. Recuperado: https://www.who.int/phe/health_topics/outdoorair/outdoorair_aqg/es/
- Puga, Mariela (2014) El litigio estructural, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, noviembre pp.41-82.
- Rodríguez, César y Rodríguez, Diana, (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional Colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez, César y Rodríguez, Diana (2015). *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el Sur Global*, traducción de Carlos Morales de Setien. Siglo XXI, Buenos Aires.
- Reyes, Francisca (2014). Las cortes y los conflictos socio ambientales: ¿Quo vadis poder judicial? Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales. N°1, pp. 293-316.
- Sabatini, F., Mena, F., Vergara, P. (1996). Otra vuelta al espiral: el conflicto ambiental de Puchuncaví bajo la democracia. *Ambiente y Desarrollo*, vol XII, n° 4: 30-40 (ISSN 0716 -1476).
- Santos, Boaventura de Sousa (2009). Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho. Trotta/ILSA: Madrid.
- Salas Salazar, Carolina. (2011). Sobre la (in)constitucionalidad del auto acordado que regula la tramitación y fallo de la acción de protección: un comentario de la sentencia Rol 1557 del Tribunal Constitucional. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 18(2), pp. 417-427.
- Salgado, José María. (2011). *Tutela individual homogénea*. Astrea, Buenos Aires.
- Sánchez, J., Romieu, I., Ruiz, S., Pino, P., Gutiérrez, M. (1999) Efectos agudos de las partículas respirables y del dióxido de azufre sobre la salud respiratoria en niños del área industrial de Puchuncaví, Chile. Rev Panamericana de Salud Pública; 6: 384-91.
- Sandoval, Iván (2013) "Construcción de resistencia ciudadana en un conflicto socio-ambiental. Estudio de la movilización del Consejo Ecológico Puchuncaví-Quintero contra el proyecto termoeléctrico Campiche". Memoria para oprtar al título de antropólogo social. Facultad de Ciencias sociales, Universidad de Chile.
- Soto, Eduardo (1982). *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.
- Tushnet, Mark (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press.
- Tushnet, Mark (2003). New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights and Democracy Based Worries. *Wake Forest Law Review*, núm. 38.
- Verbitsky, Horacio (1993). Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto, sin justicia ni control, Planeta: Buenos Aires.

El conflicto entre la justiciabilidad de los DESCA en Colombia y el derecho internacional de inversiones: el caso del parque natural Yaigojé Apaporis

XIMENA SIERRA-CAMARGO[107]

RESUMEN

Desde el año 2016, inversionistas extranjeros han entablado aproximadamente doce demandas en contra del Estado colombiano ante el Sistema Internacional de Arbitraje de Inversiones Inversionista-Estado (ISDS). Al menos siete de esas demandas versan sobre disputas por recursos naturales. En algunos casos, previamente a la interposición de tales demandas, la Corte Constitucional Colombiana había decidido proteger los derechos de las comunidades asentadas en los territorios en disputa. Uno de los casos más llamativos es el del parque nacional Yaigojé Apaporis en la Amazonía Colombiana, en cuyo análisis se enfoca este texto y a partir del cual se quiere abordar la tensión entre la protección de los DESCA por el juez constitucional colombiano y los reclamos de los inversionistas extranjeros ante el ISDS por la supuesta afectación de sus expectativas.

Palabras claves: Colombia • Amazonía • DESCA • ISDS • Juez Constitucional

ABSTRACT

Since 2016, foreign investors have filed approximately twelve lawsuits against the Colombian State before the Investor-State Dispute Settlement (ISDS). At least seven of those lawsuits are related to disputes over natural resources. In some cases, prior to the demands before the ISDS, the Colombian Constitutional Court had decided to protect the rights of communities settled in the disputed territories. One of the most striking cases is the one Yaigojé Apaporis national park in the Colombian Amazon. From the analysis of this case, this text focuses on the tension between the protection of ESCR by the Colombian constitutional judges and the claims by foreign investors before the ISDS for the alleged impact on their expectations.

Keywords: Colombia • Amazon • ESCR • ISDS • Constitutional Justice

107 PhD en Derecho de la Universidad del Rosario (Colombia) y Magister en Sociología Jurídica de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Investigadora Visitante del Centre for Critical International Law CeCIL, Kent Law School (2015 - 2016) y del Transnational Law Institute TLI, King's College London (2016).

1. TRAYECTO INICIAL DE LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

1.1 Contexto en el que surge el conflicto

Los DESCA en la Constitución de 1991 de acuerdo al nuevo orden económico mundial

En el marco del proceso de "constitucionalización" del mundo después de la caída del muro de Berlín, se emitieron nuevas constituciones en toda la región latinoamericana (Uprimny, 2011). Específicamente, en Colombia se emitió la Constitución Política de 1991 que trajo consigo varias innovaciones en relación con la derogada Constitución de 1886. La nueva carta estableció un generoso catálogo de derechos, que incluyó los derechos "civiles y políticos" como los llamados derechos "económicos sociales y culturales, a la vez que creó una serie de acciones y recursos judiciales orientados a hacer efectivos tales derechos.

Sin embargo, el proceso que precedió la expedición de la nueva constitución no estuvo exento de discusiones y debates ubicados en un contexto que reclamaba urgentemente un "cambio" pero que también reflejaban serias reservas y dudas frente a algunas de las exigencias que demandaba ese giro, en un contexto global "post guerra fría", y especialmente en el marco del llamado "Consenso de Washington" (Williamson, 2004, 1 - 10), que marcó ese periodo por las nuevas corrientes de globalización que perfilaron las economías de varios países de América Latina. Algunas de las políticas que surgieron a partir de dicho acuerdo, como la liberación del comercio internacional, la eliminación a las barreras a la inversión extranjera, la política de privatización y venta de las empresas públicas, la desregulación de los mercados y la protección de la propiedad privada, y las reformas tributarias, también influyeron en el proceso constituyente del 91'.

Igualmente, la nueva Constitución estableció en su artículo 1º, que Colombia es un Estado social de derecho que se rige por los principios democráticos, pluralistas, de solidaridad y de participación. Dentro del generoso catálogo de derechos que introdujo la carta se consignaron los llamados "derechos sociales" en el capítulo 2, mientras que en el capítulo 3, se establecieron los llamados "derechos colectivos y del ambiente" dentro de los cuales se incorporó el derecho al ambiente sano (artículo 79). Asimismo, por medio del posterior desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana (CCC), también se aclaró que los Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (DESCA) pueden protegerse por medio de la acción de tutela, que es el instrumento concebido por la carta para proteger los derechos fundamentales.

Los DESCA entre los Acuerdos Internacionales de Inversión y la jurisdicción constitucional colombiana

A comienzos del año 2016, se interpuso la primera demanda en contra del Estado colombiano ante un tribunal internacional de arbitraje de inversiones por incurrir supuestamente en un incumplimiento de un acuerdo internacional de inversión (AII). A pesar de que Colombia desde la década de los noventa, había empezado a firmar este tipo de tratados entre tratados de libre comercio con capítulo de inversiones (TLC) y de tratados bilaterales de inversión (TBI)[108], y a diferencia de lo ocurrido en otros países latinoamericanos que han sido demandados en numerosas ocasiones como Argentina: 60 casos, Venezuela: 49 casos,

108 Entre los países con los que Colombia ha firmado Acuerdos Internacionales de Inversión, se encuentran los siguientes: Brasil (2015), Canadá (2008), Chile (2006), China (2008), Costa Rica (2013), Ecuador (2012), España (2005), Estados Unidos (2006), Guatemala (2007), El Salvador (2007), Francia (2014 y 2019), Honduras (2007), India (2009), Islandia (2014), Israel (2013 y 2019), Japón (2011), Korea (2010), Liechtenstein (2011), Mercosur (2004), México (1995 y 2011), Noruega (2014), Panamá (2013), Perú (2007 y 2012), Reino Unido (2010), Singapur (2013), Suiza (2006), Turquía (2014), Unión Europea (2008 y 2012).

México: 31 casos y Ecuador: 25 casos, Trasnational Institute (TNI, 2019), el gobierno colombiano había pasado invicto ante el Sistema Internacional de Arbitraje de Inversión Inversionista-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) hasta hace tres años, cuando la compañía de origen suizo Glencore, accionista de Prodeco, notificó al Estado Colombiano de una demanda[109], por el supuesto incumplimiento del TBI entre Colombia y Suiza[110]. Según la compañía, se había causado un detrimento injustificado en su patrimonio por una multa que le impuso la Contraloría General de la Nación, debido al incumplimiento por parte de los inversionistas de varias obligaciones contractuales (Revista Semana, 2019)[111].

Unas semanas después de esta primera notificación de demanda, otros dos inversionistas también anunciaron su intención demandar al Estado colombiano (la compañía minera canadiense Eco Oro Minerals y América Móvil del empresario mexicano Carlos Slim), y en los dos años subsiguientes se entablaron ocho demandas más. De los once casos existentes en la actualidad[112], siete de ellos versan sobre disputas por recursos naturales. Igualmente, cinco de estas siete demandas, envuelven tres casos sobre los cuales ya se había pronunciado la CCC, antes de que el Estado fuera demandado ante el ISDS, para proteger los DESCA de las comunidades afectadas con los proyectos económicos y de "desarrollo" que quieren llevar a cabo los inversionistas extranjeros.

Dentro de estos casos se destacan una demanda interpuesta por la compañía Gran Colombia Gold[113] por el conflicto entre esta compañía y los mineros tradicionales del municipio de Marmato y tres demandas interpuestas por las compañías Eco Oro Minerals (antes Greystar)[114], Galway Gold[115] y Red Eagle[116] por la disputa surgida por los títulos mineros otorgados a estas compañías sobre el Páramo de Santurbán, que es un área ecológica protegida de la que se derivan los recursos hídricos de varias comunidades urbanas y rurales[117].

109 CIADI. Caso Nº ARB 16/6. Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. vs. República de Colombia. Véase: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/6. Árbitros: J. Fernández-Armesto (postulado por ambas partes); Oscar M. Garibaldi (postulado por el reclamante) y J. Christopher Thomas (postulado por el demandado).

110 Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre le Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. 17 de mayo de 2006. Texto disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/COL_Switzerland_s.pdf.

111 Por el caso inciado a partir de la demanda de Glencore se produjo la primera condena en contra de Colombia en el marco del sistema internacional de arbitraje de inversiones Inversionista-Estado, el 27 de agosto de 2019. El texto del laudo arbitral se puede consultar en este enlace: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10767_0.pdf

112 Las 11 demandas ante el ISDS en contra de Colombia son las siguientes: (1) Demanda por 700 millones US$ de Gran Colombia Gold Corp. v. Colombia basada en el TLC Colombia-Canadá, ICSID Case No. ARB/18/23; (2) Demanda por 196 millones US$ de Galway Gold Inc. v. Colombia basada en el TLC Colombia-Canadá, ICSID Case No. ARB/18/13; (3) Demanda por 31.1 millones US$ de Red Eagle Exploration Limited vs Colombia basada en el TLC Colombia-Canadá, ICSID Case No. ARB/18/12; (4) Demanda por 394 millones US$ de Telefonica vs. Colombia basada en el TBI Colombia-España, ICSID Case No. ARB/18/3; (5) Demanda por 323 millones US$ de Alberto, Felipe y Enrique Carrizosa Gelzis vs. Colombia basada en el TLC Colombia-USA; (6) Demanda por 40 millones US$ de Astrida Benita Carrizosa v. Colombia basada en los TBI Colombia-Suiza y Colombia-India, ICSID Case No. ARB/18/5; (7) Demanda por 1.600 millones U$S de Gas Natural Fenosa vs. Colombia basada en el TBI Colombia-España, ICSID Case No. UNCT/18/1; (8) Demanda por 1020 millones US$ de América Movil v. Colombia basada en el TLC Colombia-México-Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/16/5; (9) Demanda por 16.511 millones U$S de Cosigo Resources y otros v. Colombia basada en el TLC Colombia-Estados Unidos; (10) Demanda por 764 millones U$S de Eco Oro v. Colombia basada en el TLC Colombia-Canadá, ICSID Case No. ARB/16/41; (11) Demanda por 681 millones U$S de Glencore International y C.I. Prodeco v. Colombia basada en el TLC Colombia-Suiza, ICSID Case No. ARB/16/6.

113 CIADI. Caso Nº ARB/18/23. Véase: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/ISDS/Details/866. Árbitros: J. Kalicki (Presidente - postulado por ambas partes), B. Hanotiau (postulado por el reclamante) y B. Stern (Postulado por el demandado). Cláusulas invocadas del TLC entre Colombia y Canadá: Protección y Seguridad Plenas, Denegación de Justicia, Expropiación Indirecta.

114 CIADI. Caso Nº ARB/16/41. Véase: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/ISDS/Details/756. Árbitros: J. Blanch (Presidente), H.A Grigera Naón (postulado por el reclamante) y P. Sands (postulado por el demandado). Cláusulas invocadas del TLC entre Colombia y Estados Unidos: Trato Justo y Equitativo, Estándar mínimo de trato, Denegación de Justicia, Expropiación Indirecta.

115 CIADI. Caso Nº ARB/18/13. Véase: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/ISDS/Details/873. Árbitros: A. Bullard (postulado por el reclamante). Los nombres de los otros dos árbitros no están disponibles. Cláusulas invocadas del TLC entre Colombia y Canadá: Trato Justo y Equitativo, Estándar mínimo de trato, Denegación de Justicia, Expropiación Indirecta.

116 CIADI. Caso Nº ARB/18/12. Véase: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/ISDS/Details/874. Árbitros: Andrés Rigo Sureda (postulado por ambas partes). J.A. Martínez de Hoz (postulado por el reclamante) y P. Sands (postulado por el demandado). Cláusulas invocadas del TLC entre Colombia y Canadá: Trato Justo y Equitativo, Estándar mínimo de trato, Denegación de Justicia, Expropiación Indirecta.

117 Respecto a las reclamaciones hechas por los inversionistas en este último caso, también es importante resaltar que meses antes de que el Estado fuera notificado de la primera demanda interpuesta por Eco Oro Minerals, y desde que se planteó la posibilidad de demandar al Estado colombiano antes el ISDS por la cancelación del proyecto minero, las firmas Paulson

Por su parte, la demanda más costosa en contra del Estado colombiano fue interpuesta por las compañías Tobie Mining Inc. y Cosigo Resources a causa de la disputa alrededor de la declaratoria del parque nacional natural Yaigojé Apaporis en la Amazonía colombiana. Igualmente, antes de que dicha demanda fuera entablada por los inversionistas ante el ISDS, la CCC había emitido la sentencia T-384A de 2014, por medio de la cual había protegido dicha área como zona protegida[118].

Igualmente, se quiere destacar que la problemática que se aborda en este documento, refleja por un lado, el fenómeno que ha sido denominado como la "fragmentación del derecho internacional" (Naciones Unidas, 2006) en la medida que envuelve un conflicto entre distintas obligaciones contraídas por el Estado colombiano, unas derivadas del derecho internacional de inversiones y otras del derecho internacional de los derechos humanos (Lozada, 2019), y de manera particular de los DESCA. Por otro lado, dicha problemática también refleja el efecto conocido como "regulatory chill" o "enfriamiento regulatorio" (Abi- Saab, 1999; Spears, 2004; Zarsky, 2006; Tienhaara, 2011; Van Harten, 2013; Cotula, 2014; Tienhara, 2017), bajo el cual se termina restringiendo la capacidad de las autoridades nacionales de actuar conforme a sus obligaciones legales tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, por el temor de tales autoridades de incurrir en posibles "incumplimientos" que provoquen nuevas demandas y condenas exorbitantes ante el ISDS en contra del Estado. El amplio alcance de las cláusulas incluidas dentro de los AII (Suárez Ricaurte, 2019), ha dado lugar a que cualquier actuación de cualquier autoridad estatal, que los inversionistas consideren que puede redundar en la afectación de sus intereses y expectativas, sea invocada como razón suficiente para demandar al Estado, incluso en aquellos casos en los que las actuaciones de las autoridades se basen en razones de interés público.

Al respecto, el experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, señaló que "el régimen de acuerdos internacionales de inversión plantea graves peligros para el disfrute de los derechos humanos", y se refirió a las "amenazas al orden internacional democrático y equitativo que plantean los acuerdos internacionales de inversión, que no están sostenidos en los derechos humanos y los regímenes de arbitraje para la solución de controversias entre inversores y Estados porque reducen el espacio reglamentario del Estado y no obligan a los árbitros a dar prioridad a las normas creadas en virtud de tratados de derechos humanos". (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015a).

En este orden de ideas, el análisis de este documento se concentrará en el caso de la disputa por el área del parque natural Yaigojé Apaporis, sobre el cual se había pronunciado previamente la CCC en la sentencia T-384A de 2014 y que trajo como consecuencia la demanda en contra del Estado colombiano ante el ISDS, por parte de las compañías Cosigo Resources y Tobie Mining and Eenrgy Inc. A partir del análisis de este caso, que tiene una reclamación equivalente a USD$16.511 millones, se quieren aportar elementos que permitan comprender cómo podría verse afectada la capacidad de las autoridades del Estado colombiano de tomar decisiones de manera autónoma para proteger el interés público o los derechos de sujetos y comunidades como es el caso de los DESCA, que están amparados

& Co., Tenor Capital Management Company, y Amber Capital LLP, adquirieron acciones en la compañía, bajo la promesa de recibir más del 50% de la indemnización en caso de ganar la demanda en contra de Colombia. Estas firmas que de manera aparentemente paradójica, decidieron invertir cuando el proyecto ya había sido cancelado, son consideradas como "pool investment funds", es decir, como administradoras de recursos provenientes de inversionistas que no tienen interés en realizar actividades económicas como la minería, sino en sacarle provecho a los derechos adquiridos de un actor económico a partir de la obtención de réditos de incidentes ocurridos alrededor de la actividad de las empresas, como ocurre con las demandas arbitrales (Velásquez-Ruiz, 2017).

118 B.D. Coleman (postulado por el reclamante) y B. Stern (postulado por el demandado). Cláusulas invocadas del TLC entre Colombia y Estados Unidos: Expropiación indirecta.

por disposiciones constitucionales e internacionales. En términos metodológicos, para la elaboración de este documento se realizará una revisión y análisis documental de doctrina, jurisprudencia y legislación que están directamente relacionadas con el caso en cuestión. Con esta revisión se quiere analizar la tensión explicada a partir de los estándares internacionales que regulan los dos campos del derecho en disputa.

En *primer* lugar, se hará una descripción de los hechos; *segundo*, se explicará cómo ingresó este caso a la jurisdicción constitucional y cuáles fueron los principales argumentos y estándares internacionales invocados por la CCC; *tercero*, se explicarán las principales consecuencias que trajo la decisión del juez constitucional a la luz del ISDS, y específicamente en relación con los fenómenos atrás mencionados como la "fragmentación del derecho internacional" y el "enfriamiento regulatorio". Por último, se formularán algunas conclusiones, en aras de contribuir a comprender mejor la problemática analizada y las tensiones y retos que implican conflictos como el que se aborda en este documento, para el mantenimiento de la democracia en Colombia y en otros países latinoamericanos, para la preservación del Estado constitucional y para la protección de los DESCA.

1.2 Descripción de los hechos que dieron lugar al conflicto y respuestas estatales previas a la judicialización de los DESCA

Yaigojé Apaporis, es un territorio indígena correspondiente a 1'056.023 Hectáreas, ubicado en la Amazonía colombiana entre los Departamentos del Amazonas y del Vaupés, que en 1988 fue reconocido como "Resguardo Indígena". Algunas de las comunidades indígenas que viven allí, pertenecen a las etnias Makuna, Yakuna, Tanimuka, Matapí, Tatuyo, Tuyuca, Letuama, Cabiyari, Barasano, Yujup-macú, Yauna y Bora Miraña, y la mayoría de ellas se encuentran agrupadas en la Asociación de Capitanes Indígenas del Yaigojé Apaporis (ACIYA). Con el propósito de proteger su territorio ante la presencia de inversionistas extranjeros interesados en realizar proyectos de extracción de recursos a gran escala, esta asociación solicitó en el año 2019 a la oficina de Parques Nacionales Naturales (PNN), la constitución del Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis (PNNYA) para co-manejar el parque con las autoridades estatales.

De esta manera nació el PNNYA como un área protegida ubicada en la Amazonía colombiana, en la cuenca baja del río Apaporis. Esta área también es considerada como uno de los ecosistemas más importantes del mundo por su diversidad de flora y fauna. Sin embargo, debido a que no solo cuenta con enormes ventajas en términos ecológicos sino que también ha sido un área apetecida por los grandes inversionistas del sector minero para realizar proyectos a gran escala, por contar con enormes reservas de recursos naturales como el oro, también representa una de las zonas que según la literatura en el campo de la ecología política, ha sido afectada por la llamada "maldición de los recursos naturales" (Gudynas, 2004).

En este contexto, en respuesta a la solicitud de las comunidades indígenas agrupadas en ACIYA y bajo el objetivo de proteger el ambiente y la supervivencia de las comunidades que habitan en esta zona de la Amazonía colombiana, la oficina de Parques Naciones Naturales de Colombia (PNN) declaró por medio de la Resolución 2079 del 27 de octubre de 2009, un área equivalente a más de un millón de hectáreas como "parque natural". De acuerdo a la legislación colombiana, este tipo de áreas son consideradas como "zonas protegidas" y por lo tanto, está prohibido llevar a cabo actividades de minería allí. Sin embargo, de manera contradictoria y a pesar de la decisión de PNN, dos días después de que dicha área fuera declarada como parque natural, otra entidad estatal llamada Ingeominas le otorgó un título minero a la compañía norteamericana, Tobie Mining and Energy Inc., bajo el contrato de concesión IGH-15001X, para realizar actividades de minería por un periodo de 29 años.

Esta compañía norteamericana se había asociado a su vez años atrás, con la empresa canadiense Cosigo Resources para la realización del proyecto minero que quieren realizar los inversionistas en el Yaigojé Apaporis, sin embargo en el 2015, la Tobie Mining volvió a convertirse en el socio mayoritario del proyecto. El interés de estos inversores que se habían asentado en el municipio de Taraira y en la amazonía brasilera, era explorar lo que se conoce como "el cinturón de oro de Taraira" que es considerado como uno de los distritos más grandes de oro del mundo (Revista Semana, 2014a).

Como consecuencia del otorgamiento de los títulos mineros a la compañía, en el 2011 la Procuraduría General de la Nación (PGN), le solicitó a Ingeominas detener las actividades mineras. Dicha entidad argumentó que la zona en disputa se había declarado como parque natural, y de acuerdo a la legislación colombiana, estaba prohibido realizar actividades mineras allí, por tratarse de una zona "protegida". Posteriormente, en el 2013, la misma Agencia Nacional de Minería (ANM), también solicitó declarar la caducidad de los títulos mineros y ordenó la suspensión total del contrato de concesión debido a que el otorgamiento de los títulos mineros derivados de dicho contrato era abiertamente ilegal e iban en contra del interés público.

Como consecuencia de las decisiones que reversaron el otorgamiento de tales títulos, representantes de la compañía norteamericana lograron incidir en algunos miembros de las comunidades indígenas asentadas en el área en disputa, para oponerse a la constitución del parque natural. Al respecto, es importante mencionar que una de las consecuencias que suelen producirse ante la presencia de grandes compañías mineras en territorios indígenas, es la división de las mismas comunidades y su cooptación en algunos casos por parte de las empresas, lo cual se explica en parte por las difíciles condiciones sociales y económicas en las que se encuentran los pueblos indígenas en Colombia.

Específicamente, en lo que respecta a la influencia de los inversionistas en las comunidades del Yaigajé Apaporis, Velásquez-Ruiz (2016), explica que dicha situación condujo a que se conformara en el año 2011, una asociación indígena disidente dentro de las comunidades que se denominó "Asociación de Capitanes Indígenas de Taraira-Vaupés" (ACITAVA), a la cual se le prometió una participación del 20% de la concesión del proyecto minero. En el marco de esta disputa por el parque natural nacional Yaigojé-Apaporis ubicado en la amazonia colombiana, algunos de los miembros de las comunidades indígenas vinculados a esta nueva asociación, presentaron una acción de tutela en contra del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible en Colombia, de la Asociación Indígena ACIYA – atrás mencionada – y de la oficina de Parques Nacionales Naturales de Colombia (PNN), que es la institución pública a cargo del manejo y protección de los parques nacionales y reservas naturales en Colombia.

Los demandantes alegaron que las entidades demandadas, habían violado su derecho fundamental a la consulta previa debido a que el área del territorio que estas comunidades habitaban, había sido declarado como "parque natural" sin que las comunidades que habitaban allí fueran previamente consultadas. Según los demandantes, dicha declaratoria no tuvo en cuenta las implicaciones que podía acarrear para las comunidades allí asentadas, como la restricción al acceso a recursos de fauna y flora del área demarcada y de los medios necesarios para su subsistencia.

De conformidad con la jurisprudencia de la CCC, en materia de consulta previa la decisión que debía tomar este tribunal sobre la acción de tutela interpuesta por las comunidades demandantes, en principio era más o menos predecible, debido a que de acuerdo al Convenio 169 de la OIT, el Estado está obligado a consultar a las comunidades antes de adoptar cualquier medida de tipo legislativo o administrativo con la que las comunidades puedan resultar afectadas, como ocurre con la declaración de una zona como parque natural que puede implicar la restricción al acceso de las comunidades y grupos indígenas a la zona demarcada. Asimismo, dada la enorme importancia en términos ambientales de la

zona que era objeto de disputa, también había cierta expectativa de la sociedad en general, frente a la decisión que iba a tomar el tribunal constitucional sobre la declaratoria del área como parque natural. Sin embargo, un hecho inesperado cambió la que parecía iba a ser la decisión de la CCC.

El 31 de enero de 2014, día en el que se llevó a cabo una audiencia a la que asistieron los magistrados de la CCC, Jorge Iván Palacio, Nilson Pinilla y Eduardo Mendoza, y que tuvo lugar en la amazonia colombiana, en cercanías del área demarcada, Benigno Perrilla Restrepo, capitán Makuna, colono de la región y miembro de *ACITAVA*, quien además se había desempeñado en años anteriores como inspector de policía, manifestó que la interposición de la acción de tutela a través de la cual se había demandado a PNN, alegando la violación al derecho fundamental a la consulta previa por la constitución del parque natural, había estado acompañada por la compañía canadiense (Revista Semana, 2014b), como parte de una estrategia de los inversionistas para levantar la prohibición de hacer minería en la zona y de proteger los títulos mineros adquiridos dentro del área que había sido declarada como parque natural (Bermúdez-Liévano, 2014).

Sobre este punto, en la sentencia emitida por la CCC consta que Benigno Perilla reconoció que "dentro del trámite de la acción de tutela y otro tipo de actuaciones administrativas y judiciales, contaron con la asesoría de la multinacional", la cual, según indicó, los "acompañó para redactar toda esta clase de documento[s]". Sin embargo, Benigno también recalcó que, desde un principio, el interés de las comunidades accionantes fue recuperar el territorio del resguardo, aunque se hubiera advertido que la empresa tenía otros propósitos, los cuales, finalmente, llevaron a la ruptura de relaciones entre ellos. Al respecto, señaló que: "la compañía estuvo alrededor de nosotros, pero surgieron ciertos elementos de desconfianza (…), que realmente no hace[n] parte a [sic] la visión clara de lo que nosotros queremos, y por esta razón no está asistiéndome hoy el abogado que debía de asistirme".

El accionante también aclaró que "lo anterior no implicaba, en manera alguna, que hubieran sido manipulados, habida cuenta de que aceptar el patrocinio de "la compañía", para efectos de "constituir una junta y un consejo directivo como una organización", no suponía el compromiso de venderles su territorio ni "cederle a la multinacional lo que ella pretendía, (…) los 13 puntos auríferos (…) de nuestro departamento"; aunque fue claro al precisar que, de cualquier manera, legal o ilegal, la minería en el resguardo iba a existir y las únicas víctimas de ello serían las comunidades indígenas".

En efecto, dos días después de la declaratoria del parque natural Yaigojé Apaporis, autoridades del sector minero le otorgaron a la compañía títulos mineros dentro de la misma área que había sido reconocida como "parque natural", para que la compañía minera realizará allí, operaciones de extracción por un periodo de 29 años. Este hecho también explica la intención de la Cosigo Resources de buscar remover la decisión por medio de la cual se había declarado el área en disputa como parque natural, valiéndose del mecanismo de la acción de tutela, e instrumentalizando para sus intereses comerciales el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades. Esto obedece a que solo en la medida que la decisión de la declaratoria del parque fuera removida, la compañía podía hacer uso de su título minero para explorar y explotar el territorio en disputa, ya que, como se explicó en líneas anteriores, las actividades de minería son prohibidas por la legislación colombiana en ciertas zonas protegidas, como lo son los parques naturales.

Posteriormente y como consecuencia de lo ocurrido en la audiencia referida, la CCC emitió la sentencia T-384A-14, negando la petición de los demandantes en la acción de tutela. La Corte confirmó la decisión de la entidad PNN de declarar el parque Nacional Natural Yaigojé-Apaporis, y ordenó suspender inmediatamente las actividades de exploración y explotación llevadas a cabo por la compañía. De manera adicional, la Corte ordenó a las

autoridades colombianas no expedir ningún título minero sobre el área declarada como parque natural[119].

2. INGRESO AL APARATO JUDICIAL Y PROCESO

La acción empleada por los demandantes en este caso fue la denominada "acción de tutela", que en otros países se conoce como recurso de amparo. Esta acción, que fue utilizada en este caso para proteger el derecho fundamental a la consulta previa, está establecida en el artículo 86 de la Constitución de 1991, según el cual toda persona tiene derecho para reclamar ante las autoridades judiciales y mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando se produzca su vulneración o amenaza, por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. De acuerdo a dicha disposición, la acción de tutela solo procede cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Igualmente, la acción deberá resolverse en un término de diez (10) días entre la solicitud de tutela y su resolución. De acuerdo a esta disposición, la acción de tutela también procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

En relación al caso concreto, la tutela fue interpuesta por el señor Benigno Perilla Restrepo, quien actuando en nombre propio y en representación de algunas de las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas del municipio de Taraira (Vaupés), entabló una acción de tutela en contra del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de Parques Nacionales Naturales de Colombia y de la Asociación de Capitanes Indígenas del Resguardo Yaigojé Apaporis –ACIYA–, como mecanismo transitorio, a efectos de obtener el amparo de los derechos fundamentales a la identidad cultural, a la participación en condiciones de igualdad y al debido proceso en el desarrollo del derecho de consulta previa, los cuales consideró vulnerados con el proceso de creación del Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis.

Tal como consta en el texto de la sentencia emitida por la CCC, "mediante auto del 15 de diciembre de 2009, el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria admitió la tutela y, dispuso (i) oficiar al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, a Parques Nacionales de Colombia y a la Asociación de Capitanes Indígenas del Resguardo Yaigojé Apaporis –ACIYA–, a efectos de que se pronunciaran sobre los hechos que sustentan la acción de tutela de la referencia. Adicionalmente, (ii) requirió al referido Ministerio para que suministrara la dirección de notificaciones de ACIYA, pero al mismo tiempo, (iii) libró despacho comisorio al Juzgado Promiscuo del Circuito de Mitú, Vaupés, para que notificara de este proveído a dicha asociación. Y, finalmente, (iv) reconoció al señor Benigno Perilla Restrepo como representante de las autoridades tradicionales del municipio de Taraira-Vaupés".

Como respuesta a dicha demanda, en escrito del 13 enero de 2010, los demandados alegaron la improcedencia de la acción de tutela frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto, por ser un medio excepcional de defensa, afirmando que el constituyente dispuso toda una serie de mecanismos ordinarios para controvertir tales decisiones.

119 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-384A de 2014. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-384a-14.htm.

También señalaron que el proceso de consulta previa, que culminó con la expedición de la Resolución No. 2079 de 2009, se surtió en debida forma "durante el lapso comprendido entre el 22 y el 24 de julio de 2009", resaltando que, en su desarrollo, "se reiteró que la creación del área protegida no desconoce la propiedad de la tierra en cabeza de las comunidades indígenas, y tampoco suprime o sustituye a las autoridades tradicionales indígenas, ni afecta la autonomía de esos pueblos, todo lo cual está recalcado en los considerandos del acto controvertido".

La entidad demandada también manifestó que no había existido una vulneración al debido proceso de los accionantes en dicha consulta, y explicó que el trámite realizado comprendió lo siguiente: "(i) la solicitud de creación de un parque, presentada por ACIYA; (ii) la suscripción del convenio de cooperación entre esta asociación y Parques Nacionales; (iii) el recorrido adelantado por Parques Nacionales y ACIYA para socializar el proyecto; (iv) el congreso extraordinario en el que las autoridades de ACIYA ratificaron su interés en la existencia del área protegida y; (v) la protocolización de la consulta previa".

Posteriormente se emitió la decisión de primera instancia, el 10 de enero de 2010, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, la cual, declaró improcedente la solicitud de tutela, luego de afirmar que el accionante cuenta con otros mecanismos judiciales para hacer valer sus pretensiones ante el juez natural de ese tipo de asuntos, que no es otro que el contencioso administrativo. La Sala también sostuvo que "no se advierte la inminencia de un perjuicio irremediable que torne el amparo viable como mecanismo transitorio, toda vez que este no acreditó "de qué forma la constitución del Parque puede afectar cultural y socialmente a la comunidad indígena de la zona", ya que los cargos planteados en su demanda apuntan a argumentos propios de un debate meramente procedimental, que entraña una discusión jurídica que excede la órbita de lo constitucional".

Posteriormente, el 17 de febrero de 2010, por conducto de apoderado judicial, el señor Benigno Perilla Restrepo presentó escrito de impugnación a la decisión de primera instancia, argumentando que "la creación del mencionado parque sí ha causado un perjuicio irremediable a las comunidades indígenas que representa, debido a que el acto demandado es de aplicación inmediata, por lo que ya se vienen presentando cambios en su forma de vida, porque, desde su vigencia, las autoridades tradicionales indígenas se verán compelidas a concertar sus decisiones con la Unidad de Parques Nacionales, lo cual modifica la esencia misma del resguardo y los obliga a seguir viviendo de subsidios y "limosnas", como pueblos aislados y subdesarrollados, a pesar de las grandes riquezas naturales sobre las que se asientan sus comunidades".

Luego, mediante escrito del 15 de marzo de 2010, los demandantes solicitaron que se confirmara el fallo de primera instancia, insistiendo en la improcedencia de la acción de tutela por no satisfacer los requisitos de subsidiariedad e inminencia de un perjuicio irremediable que la caracterizan. De manera posterior, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en fallo del 25 de marzo de 2010, confirmó la sentencia impugnada, tomando como fundamento argumentos similares a los expuestos por el juez constitucional de primera instancia, resaltando que, a pesar de los esfuerzos del demandante por demostrar la urgencia del amparo deprecado, no se configuraban los presupuestos fácticos para tornarlo procedente.

Sin embargo, dado que el artículo 86 de la Constitución de 1991 establece que el fallo que resuelva una acción de tutela, podrá impugnarse ante el juez competente, pero en todo caso, este deberá remitirlo a la Corte Constitucional para su eventual revisión, el expediente de este caso fue escogido para su revisión por la Sala de Selección Nº 5, por medio de Auto del veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010) y repartido a la Sala Cuarta de Revisión, para su revisión por la Corte Constitucional Colombiana.

Durante el proceso ante este tribunal, la CCC recibió intervenciones de todas las partes involucradas y posteriormente mediante Auto del 17 de enero de 2014, se convocó a las partes involucradas en el trámite constitucional de revisión a una audiencia pública en la comunidad indígena de Centro Providencia, programada para el 31 de enero de 2014. En dicha audiencia se desarrollaron parte de los hechos descritos en el acápite anterior, donde se explica que el señor Benigno Perilla le manifestó a los magistrados en medio de la audiencia, la gran incidencia que había tenido la compañía minera en la acción de tutela que interpusieron las comunidades para iniciar el proceso, la consulta previa con el que se aspiraba a remover la declaratoria del Yaigojé Apaporis como parque natural, y por lo tanto, la prohibición de realizar minería en el área demarcada.

Finalmente, tal como se explica en el siguiente punto de este documento, y como consecuencia de la información recabada por la CCC y de lo ocurrido en la audiencia pública, la CCC emitió una decisión el 17 de junio de 2014, por medio de la cual decidió revocar el fallo proferido el 25 de marzo de 2010 que declaró la improcedencia de la acción y, en su lugar, resolvió negar la protección solicitada en el mecanismo de defensa constitucional presentado por Benigno Perilla Restrepo. La CCC también ordenó a las autoridades competentes suspender inmediatamente cualquier actividad de exploración o explotación minera hasta que se aclarara lo ocurrido, y finalmente, ordenó a las autoridades competentes evaluar la actuación de la compañía minera dentro del proceso de consulta previa e iniciar las acciones legales correspondientes.

3. RESPUESTA JURISDICCIONAL

En la sentencia T-384-14, la CCC resolvió negar la acción de tutela interpuesta por Benigno Perilla Restrepo. La CCC concluyó que en este caso, no existió tal vulneración. Para llegar a dicha conclusión, el tribunal constitucional, se refirió en primer lugar al contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa y reiteró la jurisprudencia constitucional sobre la protección de este derecho. Al respecto, señaló que en relación con el carácter fundamental del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales, las comunidades étnicas tienen el derecho a que de manera previa a su adopción, les sean consultadas las medidas legislativas y administrativas que pueden afectarlas.

La Corte reafirmó la importancia de "preservar la identidad de las comunidades negras, indígenas y tribales, así como la obligación de garantizarles autonomía frente a los asuntos que les conciernen y, asegurar que las actuaciones del Estado que puedan afectarlas no se adelanten si les ocasionan desmedro a su integridad cultural, social y económica". Invocando los estándares internacionales en la materia, el tribunal constitucional señaló la importancia del reconocimiento de los grupos étnicos como colectividades, de la obligación de los Estados de garantizar sus derechos y de dar cumplimiento al Convenio 169 de la OIT que fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por medio la Ley 21 de 1991. La CCC reiteró que este convenio que hace parte del "bloque de constitucionalidad" y que tiene carácter vinculante.

Por otro lado, la CCC se refirió a la relación entre la protección del ambiente y de los pueblos y comunidades indígenas. Sobre este punto, el tribunal constitucional precisó que la garantía a un ambiente sano es de capital transcendencia y cuenta en su favor con diversas disposiciones constitucionales orientadas a su protección. Según el artículo 79 de la Carta, la titularidad de este derecho está en cabeza de todas las personas y vincula el derecho a la participación en la defensa del ambiente. Asimismo, el artículo 80 incorpora responsabilidades y funciones en cabeza del Estado en relación con la garantía del derecho

al ambiente y, el artículo 95, señala algunos deberes para las personas respecto de la conservación de un ambiente sano.

La Corte aclaró que si bien, tanto los derechos de las comunidades indígenas, como el derecho a un ambiente sano tienen su propio régimen constitucional, en caso de que los derechos de las comunidades indígenas y, los mandatos que tutelan el derecho al medio ambiente sano, llegaran a entrar en conflicto, debería "excluirse la regla que resulte inaplicable o, bien ponderar los principios en tensión con miras a resolver el caso concreto que se le proponga al juez".

Para precisar el contenido y alcance de la relación armónica que debe existir entre el derecho al ambiente y la protección de las comunidades indígenas, la CCC se refirió a varios instrumentos internacionales tales como el Convenio 169 de la OIT (artículos 4.1, 7.4 32); el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la ley 165 de 1994 (artículo 8); el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales de 2006 incorporado al ordenamiento interno por medio de la ley 1458 de 2011; la Declaración de Río de Janeiro de 1992 (Principio 22); la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 29); y la Declaración de Kimberley de la Cumbre Internacional de los Pueblos Indígenas sobre Desarrollo Sostenible.

Al respecto, llama la atención que la CCC no haya hecho referencia expresa al Protocolo de San Salvador, ni a su artículo 11 para determinar el contenido del derecho al ambiente sano. Sin embargo, la CCC invocó otros instrumentos internacionales, como los atrás mencionados, a propósito de la relación armónica que debe existir entre la naturaleza y la especie humana, y la importancia del papel de las comunidades indígenas en la preservación de la naturaleza. Según lo señalado por este tribunal, resulta indispensable armonizar la preservación del medio ambiente, dado que la presencia de las comunidades indígenas en ciertos territorios, resulta vital para la defensa del medio ambiente, por lo que en opinión del tribunal, no debe haber una incompatibilidad "entre nativos y un entorno ambiental protegible".

Al respecto, la Corte se refirió a los sistemas de vida tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas basados en "recursos biológicos" y la importancia de compartir y preservar los beneficios derivados de los conocimientos tradicionales de estos grupos. Según la CCC, los instrumentos internacionales mencionados reconocen expresamente "la existencia de formas tradicionales de vida que permiten la conservación y utilización de la diversidad biológica, radicando de paso en el Estado, el deber de hacer partícipes de los beneficios derivados del uso de tales estilos tradicionales a las respectivas comunidades nativas". Igualmente, el tribunal advirtió sobre la importancia de contar con los saberes de comunidades ancestrales para lograr la ordenación sostenible de los ecosistemas y demás entes de la naturaleza.

Por otro lado, la CCC también se refirió a la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas en relación con su territorio, y estableció que el principio de autonomía de los pueblos indígenas debe ser entendido como "el derecho en cabeza de la comunidad de preservar sus costumbres y normas ajustándose a su propia cosmovisión y la posibilidad de crear sus instituciones y autoridades con el fin de que estas determinen sus procesos y adopten las decisiones necesarias para su supervivencia, desarrollo y protección de sus ideales como indígenas". En palabras de este tribunal, dentro de las obligaciones estatales se encuentran las de "respetar la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas contribuyendo a la conservación y protección del territorio, dado el valor espiritual que comporta la relación de las comunidades indígenas con el espacio donde habitan" y las de "propender hacia el efectivo uso y goce de su territorio de acuerdo con su tradición, cultura y cosmovisión".

La CCC, concluyó que en relación con el conflicto analizado en este caso, que según este tribunal se generó por los distintos intereses surgidos a partir del interés de explotar los

recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios de las comunidades indígenas, y teniendo en cuenta que tales proyectos extractivos pueden incidir negativamente en sus territorios, en sus culturas y, por ende, en su autonomía y plan de vida, el Estado tiene el deber de "asegurar no solamente el derecho territorial en cabeza de los grupos étnicos, sino, además, el de procurar la protección de los ecosistemas y de su medio ambiente, cultural, social y económico".

Sobre este aspecto, la CCC fue enfática en afirmar que "no se puede reducir el significado de desarrollo para la comunidad indígena, al pago de una indemnización o bonificación monetaria a sus miembros, como quiera que ello motivaría el abandono del resguardo por parte de algunos de los integrantes y la proliferación de estilos de vida contrarios a la cosmovisión de la etnia al propiciar diversas conductas que debilitan la comunidad y pone en riesgo su subsistencia como sujeto colectivo de derechos y, la existencia misma de una específica cultura".

Finalmente, la CCC se refirió a la aparente tensión entre el interés general y los derechos de las minorías étnicas, y señaló que aceptar la explotación de recursos naturales existentes en las tierras de los indígenas, sin considerar la necesidad de salvaguardar los derechos de las minorías étnicas, acarrearía el sacrificio de los derechos de estas, dejando de lado las posibilidades que permiten armonizar tales derechos con los intereses mayoritarios. Según la CCC, esto no es aceptable, sobre todo teniendo en cuenta que del territorio donde se quieren llevar a cabo las actividades de explotación, depende la subsistencia, cultura y, el disfrute de los planes de vida de los pueblos y comunidades allí asentados.

En relación con la afirmación que hizo Benigno Perilla, representante de ACITAVA, sobre la intromisión de la compañía minera en la elaboración de la acción de tutela que propició la decisión de la CCC, el tribunal constitucional señaló que en caso de llegar a constatarse "la intromisión de alguna parte interesada en las resultas del proceso de participación indígena, bien sea alterando, variando o distorsionando de manera dolosa las implicaciones reales del proyecto de forma que hagan incurrir en error a las comunidades nativas, o entregando elementos materiales a los miembros de la etnia o a sus líderes, el proceso puede darse por terminado so pena de las consecuencias penales, fiscales y económicas que ello implique, las cuales deberán ser analizadas e impuestas de cara al caso concreto, como quiera que dicha actuación, desdibuja el fin del proceso de consulta y constituye un abuso de la posición dominante sobre la comunidad aislada del contexto occidental".

En este sentido, la CCC afirmó que cualquier incentivo que le sea dado a la comunidad indígena, sin considerar si la viabilidad de un proyecto se ajusta a su cosmovisión, desarrollo y estilo de vida necesario para asegurar su subsistencia, resulta transgresor del derecho a la autonomía de que gozan las comunidades étnicas, pues, permite advertir que su consentimiento estuvo viciado y careció de libertad y autonomía.

Por último, la CCC señaló que al alterar la manifestación de la voluntad de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que les interesa y que implica la explotación de sus recursos naturales, se estaría quebrantando su derecho a la autonomía, su derecho a la vida, a la subsistencia y, principalmente, al territorio, del cual dependen para asegurar su subsistencia social y cultural. Según la Corte, tal alteración no solo vulnera los derechos de la comunidad, sino que es inaceptable en el marco del Estado constitucional colombiano, que según la Constitución Política de 1991, es un Estado pluralista, multiétnico y multicultural, bajo el cual no se pueden aceptar prácticas que lleven a la desaparición de los pueblos indígenas.

En relación con el caso en concreto, la CCC señaló que en el marco del proceso de constitución del parque natural, se estableció que "no se prohibirían actividades básicas de subsistencia y de utilización de recursos y que el manejo del área sería hecho basado en el consejo de las autoridades tradicionales y normas culturales de las comunidades". En este sentido, el tribunal constitucional aclaró que "elementos como la presencia de espacios

de debate, la existencia de canales de manifestación para los participantes, la garantía de respeto de la autonomía en dichas manifestaciones entendida como la protección frente a intromisiones indebidas o arbitrarias que coaccionen o condicionen la voluntad de los intervinientes y, la garantía de las posibilidades de expresar la voluntad de estos, evidencian, en concreto, el respeto del derecho al debido proceso, no teniendo lugar por esta inconformidad, el amparo solicitado por el ciudadano Benigno Perilla y las restantes personas que suscriben el líbelo de tutela".

Por lo tanto, la Corte concluyó que el proceso de consulta al que hacen referencia los demandantes, no comportó un quebrantamiento del derecho a la participación en condiciones de igualdad. Según la Corte, quedó demostrado que tanto las autoridades, como las comunidades, fueron enteradas del proceso por medio del cual se impulsó la constitución del parque y que las comunidades que no participaron de algunas de las reuniones que se llevaron a cabo en el marco del proceso de consulta, lo hicieron "por decisión propia o mediando la influencia de personas no interesadas en la declaración de Parque Natural como la empresa", aclarando que dicha inasistencia "no obedeció a un acto de exclusión atribuible a las autoridades estatales o a la organización ACIYA".

En este orden de ideas, la CCC ordenó a las autoridades competentes suspender inmediatamente "cualquier actividad de exploración y explotación minera, vinculada a cualquier tipo de título minero, hasta tanto la autoridades ambientales, policivas y, eventualmente, jurisdiccionales, clarifiquen lo que ocurre y, tomen las decisiones del caso, siempre respetando tanto el derecho al medio ambiente, como los derechos de las comunidades tradicionales, acorde con los parámetros trazados en esta sentencia". Igualmente, el tribunal ordenó evaluar la actuación de la empresa dentro del proceso de consulta previa revisado en esta sentencia y, de encontrarlo pertinente, iniciar las acciones legales correspondientes.

4. CUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN: LAS IMPLICACIONES DE LA PROTECCIÓN DE LOS DESCA FRENTE AL SISTEMA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE INVERSIONES

Después de emitida la sentencia T-384A de 2014 por la CCC, el 19 febrero de 2016, la compañía canadiense Cosigo Resources y la compañía estadounidense Tobie Mining and Energy Inc. notificaron al Estado Colombiano de una demanda reclamando una exorbitante suma por concepto de indemnización, equivalente a USD$16.5 billones, por los depósitos de oro que los inversionistas aspiraban explotar, más USD$11 millones, por los gastos en los que incurrieron para obtener la concesión[120]. La reclamación está basada en el TLC entre Colombia y Estados Unidos, acuerdo que había entrado en vigencia en el año 2012. Por otro lado, es importante aclarar que en mayo de 2015, la compañía estadounidense había comprado algunas acciones a la Cosigo Resources, lo cual explica que a pesar de que esta compañía canadiense adelantó buena parte de las acciones del proyecto minero, los inversionistas decidieron demandar al Estado colombiano con base en el TLC con Estados Unidos y no con base en el acuerdo firmado con Canadá.

La Tobie Mining and Energy, Inc. y la Cosigo Resources señalaron en la demanda que el Estado colombiano debía pagarles alrededor de $USD16.5 billones, suma que equivale aproximadamente al 12% del presupuesto anual del Estado colombiano, en compensación

120 Véase: Caso Cosigo Resources Ltd., Cosigo Resources Sucursal Colombia and Tobie Mining and Energy, Inc., (Investors) v. The Republic of Colombia (Respondent). Texto disponible en: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7172.pdf.

por el valor calculado por los inversionistas de acuerdo a sus expectativas sobre los recursos que habían dejado de explotar, después de que la CCC negara la acción de tutela que alegaba la supuesta violación al derecho fundamental a la consulta previa por la declaratoria del área demarcada en el Yaigojé Apaporis como parque natural. Cabe recordar, que de acuerdo a lo señalado por Benigo Perilla, quien interpuso la acción de tutela en representación de ACITAVA, la compañía canadiense ejerció una enorme influencia y asesoró a los demandantes en la presentación de la acción de tutela, motivada por su interés en eliminar la prohibición de realizar actividades mineras en esa zona protegida de acuerdo a la legislación colombiana (Velásquez-Ruiz, 2016a).

Tal como consta en la demanda de las compañías, esta será elevada ante un centro de arbitraje de acuerdo a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), más conocida como UNCITRAL (por sus siglas en inglés). Este es el mecanismo de solución de controversias establecido en este caso, entre el Estado y el inversionista, de acuerdo al Capítulo 10 del TLC entre Colombia y Estados Unidos, que habilita al inversionista a recurrir al arbitraje internacional. En el artículo 10.16 de dicho acuerdo relativo al "sometimiento de una reclamación de arbitraje" se establecen los escenarios en los cuales el inversionista puede someter al arbitraje internacional su reclamación y se regula el procedimiento de dicha reclamación; en los artículos 10.17 y 10.18 se regula lo concerniente al consentimiento de cada una de las partes al arbitraje; en los artículos 10.19 y 10.20 se regula la selección de los árbitros y la realización del arbitraje; en el artículo 10.21 se regula el aspecto de la transparencia entre las actuaciones arbitrales; y en el artículo 10.26, que regula lo concerniente a los laudos arbitrales, se señalan los escenarios en que se pueden revisar, revocar o anular tales decisiones.

Por su parte, el artículo 10.22 establece las disposiciones relativas al derecho aplicable al procedimiento de solución de controversias Inversionista-Estado. De acuerdo a esta norma, el tribunal deberá decidir sobre la controversia: (i) con base en el TLC entre Colombia y Estados Unidos y en la normas del Derecho Internacional, en la hipótesis establecida en el artículo 10.16.1(b)(i)(A)[121]; y (ii) con base en las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado; o con base en la legislación del demandado y en las normas del Derecho Internacional cuando las normas legales no hayan sido especificadas o acordadas de otra manera, en las hipótesis establecidas en el artículo 10.16.1(a)(i)(B) o (C) o en el artículo 10.16.1(b)(i)(B) o (C).

Por otro lado, la demanda presenta específicamente dos reclamaciones: (i) expropiación derivada de fraude; y (ii) expropiación sin indemnización. En cuanto a la primera de ellas, los demandantes hacen una serie de acusaciones en contra de la dirección de PNN, de la ANM y de organizaciones de la sociedad civil. Según los demandantes, estas entidades actuaron mancomunadamente con miembros de la sociedad civil, y realizaron acciones que condujeron a que de manera fraudulenta y forzada se constituyera el parque natural

121 Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América. Artículo 10.16. 1. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación: (a) el demandante, por cuenta propia, puede someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue (i) que el demandado ha violado (A) una obligación de conformidad con la Sección A, (B) una autorización de inversión, o (C) un acuerdo de inversión; y (ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta; y (b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, puede, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue (i) que el demandado ha violado (A) una obligación de conformidad con la Sección A, (B) una autorización de inversión, o (C) un acuerdo de inversión; y (ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta, a condición de que el demandante pueda someter una reclamación bajo el subpárrafo (a)(i)(C) o (b)(i)(C) por la violación de un acuerdo de inversión solamente si la materia de la reclamación y los daños reclamados se relacionan directamente con la inversión cubierta que fue establecida o adquirida, o se pretendió establecer o adquirir, con base en el acuerdo de inversión relevante.

Yaigojé Apaporis. Por lo tanto, según las compañías demandantes, en Colombia no existen garantías legales suficientes para los inversionistas. Al respecto, los demandantes afirmaron que el proceder de las agencias, tribunales y representantes colombianas, dejan claro que no existen condiciones adecuadas ni justas en la legislación colombiana, que les garanticen su derecho al debido proceso. En cuanto a la segunda reclamación, los demandantes señalaron que las autoridades colombianas al declarar como no válido el contrato de concesión sobre el área en disputa, realizaron una "expropiaron sin indemnización" sobre sus derechos e intereses en el área demarcada, violando el artículo 10.7 del TLC entre Colombia y Estados Unidos[122].

5. CONCLUSIONES

El conflicto por el parque natural Yaigojé Apaporis, implica varias problemáticas que se relacionan con la tensión entre distintos campos del derecho y particularmente, entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos. Por un lado, dicho conflicto pone de presente la desarticulación que existe entre la política que impulsa actividades y proyectos económicos a gran escala realizados principalmente por inversionistas extranjeros –generalmente provenientes de países del norte global–, y las condiciones particulares del contexto económico, social, jurídico y político de los países del sur global donde se realizan ese tipo de actividades (Schultz y Dupont, 2014; Van Harten, 2016). Esa desarticulación se ve reflejada en la afectación de los derechos de las comunidades que habitan los territorios que son objeto de explotación y en la transformación radical de tales territorios en términos ecológicos, sociales, económicos y culturales.

Aunque existen discusiones sobre la capacidad que tienen los Estados del sur global de sustraerse de la firma de los AII, que amparan a los inversionistas extranjeros por las presiones a los que estos Estados son sometidos en el marco de las dinámicas propias de la política económica global (Gill, 1995; Anderson, 2005, Szablowski, 2007, Burgos, 2009), lo cierto es que las obligaciones que contraen los Estados como consecuencia de la firma de tales acuerdos, y que son aprobados aparentemente de manera soberana (Sornarajah, 2010), implican la aceptación de amplias cláusulas como la de "expropiación indirecta" o la de "trato justo y equitativo", que suelen alegar los inversionistas para reclamarle a los Estados onerosas indemnizaciones no solo por los gastos en los que pudieron incurrir con la realización de los proyectos, los cuales también son considerables y generan un gran desgaste y grandes erogaciones para los gobiernos (Tienhara, 2017) sino por el monto que según esos actores, corresponde a las llamadas "legítimas expectativas".

122 Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América. Artículo 10.7. Expropiación e Indemnización. 1. Ninguna de las Partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que sea (a) por motivos de propósito público; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5. (…). Anexo 10-B. La segunda situación abordada por el Artículo 10.7.1 es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio. (a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores: (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental. (b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente

5.1 El deber de debida diligencia

Es importante destacar que si bien, en este tipo de casos los inversionistas suelen alegar haber incurrido en considerables costos para la realización de grandes proyectos, y tienden a argumentar que con la frustración de tales proyectos, resultan defraudadas sus "legítimas expectativas" (Caitisa, 2017), también es cierto que antes de realizar semejante inversión, los inversionistas debieron haber actuado con la debida diligencia (OACNUDH, 2011)[123], deber que incluye estudiar las condiciones culturales, sociales, económicas, políticas y jurídicas del contexto en el que se encuentra localizado el proyecto que tales actores quieren realizar. Al respecto, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones (OACNUDH), en relación con el principio 17[124] de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, estableció lo siguiente: "ya en la fase de preparación de los contratos u otros acuerdos pueden mitigarse o agravarse los riesgos para los derechos humanos, que también pueden heredarse a través de procesos de fusión o adquisición" (OACNUDH, 2011). (Subrayado fuera de texto).

Igualmente, el principio 18 establece que "A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe: a) Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes; b) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación". Según la OACNUDH, "esto implica evaluar el contexto de derechos humanos antes de emprender una actividad empresarial propuesta, siempre que sea posible; identificar a los posibles afectados; catalogar las normas y cuestiones pertinentes de derechos humanos; y proyectar las consecuencias de la actividad propuesta y de las relaciones comerciales correspondientes sobre los derechos humanos de las personas identificadas. (…)". (2011). (Subrayado fuera de texto).

Sobre este punto, autores como Bruno Simma, también han señalado que desde el momento de la firma del tratado, deberían hacerse explícitas y aclararse para las dos partes las obligaciones del Estado en relación con los derecho humanos. Simma se refiere a esta propuesta como una especie de "auditoría en derechos humanos" de los términos del acuerdo como parte de la debida diligencia de los inversores (Simma, 2011). Sin embargo, subsiste la duda sobre si esta posible solución solo abarcaría futuros AII, y dejaría por fuera los más de 3.000 acuerdos que se han firmado hasta el momento en todo el mundo, y que han provocado 942 demandas ante el ISDS, de las cuales 267 se han interpuesto contra países de América Latina (TNI, 2019). Por lo tanto, en relación con este punto, también es conveniente tener en consideración la propuesta del experto independiente sobre la promoción

123 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Principios 17 – 21. La debida diligencia en materia de derechos humanos. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

124 Principio 17. Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos: a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales; b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones; c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

de un orden internacional democrático y equitativo, quien subrayó "la urgencia de elaborar acuerdos futuros de manera que impidan los abusos del pasado", y en este sentido, hizo "un llamamiento a una reforma general de los 3.200 acuerdos internacionales de inversión, más de 1.500 de los cuales están por expirar". (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015b).

En este orden de ideas, en lo que atañe al caso del parque nacional Yaigojé Apaporis, se puede concluir que de acuerdo al deber de la debida diligencia, la compañía tenía el deber de conocer (i) las características socio-ambientales del lugar donde se quería realizar el proyecto minero, las cuales además son bien conocidas en todo el mundo por la importancia que tiene la Amazonía para la mitigación de daños ambientales no solo para Colombia sino para el planeta entero; (ii) la especial protección legal con que cuentan este tipo de ecosistemas y poblaciones en Colombia; y (iii) las condiciones culturales de las comunidades que habitan allí. No es comprensible que una compañía con el presupuesto de aquella como la que quiere realizar una inversión de la dimensión del proyecto en el parque Yaigojé Apaporis, no cuente con los recursos técnicos y económicos para investigar previamente sobre tales aspectos y sobre la legislación del país en el que se aspira realizar su inversión, incluyendo las normas ambientales y de derechos humanos a los que el Estado receptor de la inversión está obligado.

Por otro lado, también se concluye que con la decisión de la CCC de proteger a las comunidades y al ambiente en el caso que se examina en este documento, y por oposición a la falta del deber de diligencia de la compañía, el ente estatal si cumplió con su deber de debida diligencia y con las obligaciones de prevención y protección en materia de derechos humanos, particularmente en lo que respecta a los DESCA. Con la decisión de la Corte, el ente estatal también evitó incurrir en una responsabilidad internacional en el marco del derecho internacional de derechos humanos, por impedir que en una zona protegida como lo es el Yaigojé Apaporis, se lleven a cabo actividades de extracción de recursos naturales como las que quería realizar la compañía, las cuales hubieran podido ocasionar serias afectaciones a las comunidades en sus derechos como el ambiente sano, el agua y la salud. Al respecto, cabe recordar lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de Naciones Unidas, que establece lo siguiente:

> *"Las violaciones de las obligaciones de proteger dimanan del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Figuran en esta categoría omisiones tales como la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud (…); el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; (…) y el no promulgar o hacer cumplir las leyes a fin de impedir la contaminación del agua, el aire y el suelo por las industrias extractivas y manufactureras". (Subrayado fuera de texto).*

5.2 La "neutralidad" del ISDS y las restricciones de su proceso de reforma

Casos como el explicado en este documento, ponen en evidencia cómo a través de la tensión que envuelve el conflicto descrito, entre el derecho internacional de las inversiones y entre el derecho internacional de los derechos humanos, los inversores terminan incidiendo de tal manera en las decisiones de la esfera pública de los Estados, al punto de llegar a restringir la autonomía y la capacidad de decisión de las autoridades estatales, mientras influyen de manera significativa, en la configuración y determinación de políticas

que deberían estar orientadas por otros factores que van más allá de los intereses de los inversionistas, como lo es el interés público.

Algunas de las críticas que han emergido en la doctrina en relación con el arbitraje de inversión, han señalado que debido a "su génesis híbrida y su carácter distintivo en el derecho internacional como un mecanismo de facto de revisión del derecho público, ha sido definido –el arbitraje de inversión– como sesgado, desequilibrado e imperialista". Igualmente, se ha señalado que el arbitraje del tratado de inversión, "es un sistema único en el derecho internacional público ya que heredó directamente las características del derecho mercantil privado, mientras que al mismo tiempo opera plenamente dentro de la esfera del derecho público" (Daviti, 2019a). Esto ha provocado que el ISDS en la práctica sea utilizado como un mecanismo para abordar las disputas regulatorias entre los Estados y los actores corporativos, mediante la revisión de la conducta de los Estados soberanos sobre la base de las normas de protección de la inversión consagradas en los AII (Daviti, 2019b).

En este sentido, algunos autores (Daviti, 2019c, Schneiderman, 2008, Van Harten 2013 y Van Harten, 2016), han cuestionado la neutralidad y la independencia del ISDS como mecanismo para resolver las disputas entre los Estados y los inversionistas, y junto con organizaciones como el Transnational Institute (TNI) y el International Institute for Sustainable Development (IISD), han señalado las limitaciones del alcance el proceso de reforma al ISDS que se está adelantando en la actualidad en UNCITRAL en el marco del llamado Grupo de Trabajo III (IISD, 2018). El alcance de este proceso ha sido cuestionado, por un lado, porque los actores que lo están liderando hacen parte del mismo sistema de inversiones que se aspira a reformar[125], y por otro lado, porque los temas que quedaron definidos en la agenda de discusión de las reuniones que se están adelantando en Viena (Octubre-Noviembre de 2017,2018 y 2019) y Nueva York (Abril de 2018 y 2019) en el marco de dicho proceso de reforma, son principalmente de carácter procedimental[126]. Al quedar excluidos de dichas reuniones temas de carácter sustancial que habían sido propuestos por actores de la sociedad civil y por representantes de los Estados[127], han emergido serios cuestionamientos sobre la utilización de dicho proceso de reforma para la relegitimación del ISDS, en lugar de repensar una reforma profunda que tenga en cuenta las graves consecuencias que está generando para los Estados.

Por lo anterior, organizaciones de la sociedad civil han llamado la atención sobre la importancia de pensar un cambio de paradigma que implique la denuncia de los AII, retomar el control de la soberanía de los Estados y del espacio a regular, y avanzar en obli-

125 De acuerdo a la información reportada por TNI, la secretaria general de UNCITRAL que tiene a cargo la tarea de acotar la agenda de las reuniones del proceso de reforma del ISDS es Anna Joubin-Bret, abogada especializada en derecho de las inversiones; el presidente del Grupo de Trabajo III es Shane Spelliscy, quien ha participado como abogado representante en casos ante el ISDS; el 50% de los integrantes del Foro Académico, que es uno de los grupos de observadores del proceso de reforma del ISDS, está integrado por abogados que desempeñan funciones en el marco del ISDS; el 100% de los integrantes del Foro de Practicantes que es el segundo grupo de observadores del proceso de reforma del ISDS, está integrado por abogados expertos en derecho de inversiones; la ex presidenta del Foro Académico, es Gabrielle Kaufmann-Kohler, quien es una árbitro de origen suizo que estuvo en el panel del caso Vivendi c. Argentina, el cual, es uno de los casos más cuestionados en lo que atañe a la independencia del ISDS. En este caso, el Estado demandado señaló que Kaufman era miembro de la Junta de Directores y miembro de la Comisión la Responsabilidad Corporativa del banco suizo UBS, que era el principal accionista de Vivendi, y que además la árbitro fue parcialmente remunerada con acciones de UBS. Sin embargo, a pesar de la supuesta falta de independencia de la árbitro en este caso, el laudo no fue anulado porque se consideró que no se había afectado la posibilidad de que se emitiera un juicio independiente. Igualmente, la Argentina solo se enteró de los hechos y circunstancias que afectaban a la capacidad de Kaukmann para actuar como árbitro en noviembre de 2007, después de emitido el laudo arbitral, el 20 de agosto de 2007.

126 La agenda del Grupo de Trabajo III se acotó a temas procedimentales como (i) la consistencia, coherencia y previsibilidad de los resultados de los laudos arbitrales por interpretaciones divergentes, inconsistencias procesales y por la ausencia de un marco para abordar los múltiples procedimientos; (ii) la independencia e imparcialidad de los árbitros, la composición de los tribunales, los mecanismos de nombramiento, el número y diversidad limitadas de candidatos; (iii) los costos y la duración de los procesos por procedimientos prolongados y costosos.

127 Algunos de los temas que quedaron excluidos de la agenda son: (i) los costos exorbitantes de las compensaciones, (ii) la falta de obligaciones vinculantes de los inversores; (iii) la falta de agotamiento de recursos internos para acudir al ISDS; (iv) el efecto del enfriamiento regulatorio; (v) la existencia de un mecanismo que solo pueden activar los inversores como demandantes.

gaciones vinculantes para las empresas. Al respecto, citan como ejemplo positivo algunas de las reformas que se están impulsando en países como Sudáfrica, Indonesia e India. En este sentido, es que se ha cuestionado la utilización del proceso que se está adelantando en UNCITRAL, como un intento de "modernizar" el ISDS para tratar de hacerlo más aceptable, consolidarlo y relegitimarlo a través de la defensa de los AII existentes, de la negociación de nuevos acuerdos similares y de propuestas que no están orientadas a modificar las bases del ISDS sino que se concentran principalmente en aspectos procedimentales (TNI, 2019).

5.3 El rango especial de las normas de derechos humanos en el derecho internacional

Finalmente, la tensión entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones, que se evidencia en el caso del Yaigojé Apaporis, también abre el debate sobre si puede existir una jerarquía entre estos dos ordenamientos o si a alguno de ellos se le puede asignar un mayor valor. Por un lado, en el ámbito interno, la Constitución de 1991, establece que los tratados internacionales de derechos humanos son considerados como parte integrante de la carta constitucional por hacer parte del llamado "Bloque de Constitucionalidad"[128], por lo que tienen prevalencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por otro lado, en el ámbito internacional, el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas hace referencia expresa a la prevalencia de normas en materia de derechos humanos y a las normas de *ius cogens* o mandatos imperativos que implican valores fundamentales para la comunidad internacional y que se pueden imponer incluso sobre el consentimiento de los sujetos de Derecho Internacional. Esta disposición establece lo siguiente: "En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta".

De acuerdo al experto independiente de Naciones Unidas sobre la promoción de un orden democrático y equitativo, esta disposición "significa que los acuerdos de libre comercio bilaterales y multilaterales y los acuerdos de inversión que contienen disposiciones que estén en conflicto con la Carta, deben revisarse o revocarse, y deben suprimirse las disposiciones incompatibles con arreglo a la doctrina de la divisibilidad (severability)". Igualmente, sostiene que "De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta, los tratados posteriores deben en todo caso ajustarse a la Carta y no son válidos si obstaculizan la realización de sus propósitos y principios, incluidas sus disposiciones sobre derechos humanos" (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015c). (Subrayado fuera de texto).

Por lo tanto, el experto concluye que "todo tratado que obstaculiza la capacidad de un Estado de cumplir sus obligaciones en relación con los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas es incompatible con el *ordre public internacional* y con los compromisos asumidos por todos los Estados en virtud de la Carta". En este sentido concluye que los acuerdos internacionales de inversión deben interpretarse y aplicarse de una manera que no contravenga ninguna de las normas internacionales de derechos humanos estipuladas en la Carta o en los tratados de las Naciones Unidas, incluido el Convenio 169 de la OIT.

128 El "bloque de constitucionalidad" establecido en el artículo 93 de la Constitución de 1991, señala que no solo hacen parte de la Constitución Política los derechos establecidos en el texto constitucional, sino los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. En consecuencia, las normas de los tratados internacionales que son considerados como parte del "bloque de constitucionalidad" son de aplicación directa en el ámbito interno.

Sin embargo, a pesar de lo establecido tanto en el ámbito interno por la Constitución colombiana, como en el ámbito internacional por el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, en el marco de las dinámicas impulsadas por el ISDS, se le ha dado prelación al derecho internacional de las inversiones. Esto, a su vez ha reabierto el debate sobre si puede existir cierta jerarquía entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos, y sobre a cuál de estos ordenamientos se le debe adjudicar un mayor valor.

Esto se explica porque aunque de acuerdo a lo señalado tanto en la Constitución colombiana como en el derecho internacional, existen pautas claras que orientan la actuación de las autoridades nacionales y de los jueces constitucionales para darle prioridad a las normas orientadas a proteger los derechos humanos, el mecanismo con el que cuentan los inversionistas extranjeros para presionar a los Estados ante el ISDS, ha hecho prevalecer el derecho internacional de las inversiones. Esta consecuencia, también va de la mano del llamado "enfriamiento regulatorio" atrás mencionado, con el que se busca precisamente que las autoridades nacionales se inhiban de actuar de acuerdo a sus obligaciones legales, constitucionales y a otras obligaciones internacionales como las que protegen los derechos humanos.

La tensión entre estos dos cuerpos del derecho internacional, y los graves efectos para el cumplimiento y la realización de los derechos humanos que se derivan de algunos AII, ya había sido advertida por algunos representantes y organismos de Naciones Unidas como el Consejo de Derechos Humanos, que se refirió en el 2003 a la incompatibilidad entre ese tipo de tratados y los derechos humanos[129].

Igualmente, el experto independiente de Naciones Unidas había señalado lo siguiente: "Los Estados conciertan tratados bilaterales y multilaterales de libre comercio y tratados de inversiones, que obstaculizan el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de tratados de derechos humanos y dan lugar a la violación de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales" (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015d)[130]. Estos señalamientos se suman a la preocupación que aún existe en el campo de los derechos humanos, relacionada con el hecho de que las empresas y los inversionistas siguen siendo considerados como actores que no son responsables por violaciones a los derechos humanos en el ámbito del derecho internacional, y cuyas normas en dicho ámbito no son consideradas como vinculantes.

En este sentido, es importante destacar que además de otro tipo de recomendaciones que han hecho expertos en el tema (CAITISA, 2017), como la denuncia y renegociación de los AII, especialmente de aquellos que son incompatibles con las normas imperativas de derechos humanos; la negociación de nuevos tratados que incluyan restricciones a las cláusulas y privilegios para los inversionistas, obligaciones para el inversionista y derechos para el Estado; la modificación del sistema de arbitraje de inversiones, empezando por la exclusión de la cláusula de solución de disputas inversor-Estado[131]; parte de la doctrina internacional se ha referido al debate sobre la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos frente al derecho internacional de las inversiones.

129 Véase: Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de ONU para los Derechos humanos "Los derechos humanos, el comercio y las inversiones", 2003.

130 Véase: Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo (A/70/285). 5 de agosto de 2015.

131 En marzo de 2018, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió declarar como no válidas, las cláusulas arbitrales de aproximadamente 120 Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) dadas las onerosas consecuencias económicas que estaban produciendo para los Estados europeos. Véase: Reuters, "EU Court rules against tribunals settling intra EU-disputes". Marzo 16 de 2018. Disponible en: https://www.reuters.com/article/us-eu-court-arbitration/eu-court-rules-against-tribunals-settling-intra-eu-disputes-idUSKCN1GI1AY.

Al respecto Martti Koskeniemmi (2006), en el informe de la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la fragmentación del derecho internacional, se refirió al tema de la jerarquía normativa en derecho internacional, y específicamente al ius cogens, a las obligaciones erga omnes y al artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. En el informe, señaló que estas normas tienen un rango normativo especial de modo que deben prevalecer independientemente de que sean anteriores o posteriores (Párr. 29). Por otro lado, también estableció que aunque en principio no existe ninguna relación jerárquica entre las fuentes de derecho internacional (tratados, costumbre, principios generales de derecho), "algunas normas son más importantes que otras y por ello gozan de un rango superior o de una situación especial en el ordenamiento jurídico internacional". Además, se aclaró que algunas veces se expresa este hecho calificando algunas normas de "fundamentales" o algunas violaciones de "graves" y que el efecto que dicha designación suele depender del instrumento en el que aparezca esa designación (Párr. 33).

Así, en el caso de las normas de ius cogens, a estas se les podría asignar un mayor valor en la medida que son consideradas como normas "aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admites acuerdo en contrario" (Párr. 34). Según el informe, también son normas de ius cogens aquellas normas que protegen los "derechos básicos de la persona" o que implican "la afectación del derecho a la libre determinación o la prohibición del uso de la fuerza" (Párr. 35). Por su parte, en cuanto al efecto erga omnes de estas normas, se aclara que son aplicables a todos los Estados, en la medida que todos tienen un interés jurídico en su protección (Párr. 38).

De manera adicional, se estableció que cuando los Estados suscriben tratados que pueden estar en conflicto con otros tratados, se debe definir la relación entre estos mediante la adopción de cláusulas apropiadas. Al respecto, se aclaró que al adoptar dichas cláusulas, debe tenerse en cuenta lo siguiente: "a) Que no afecten a los derechos de terceros; b) Que sean lo más claras y específicas posible. En particular, deben referirse a disposiciones concretas del tratado y no deben menoscabar el objeto y el fin de este; c) Que, a estos efectos, no sean ambiguas, o cuando, por otras razones, no quede claro cuáles son de hecho las obligaciones que las partes han asumido; d) Que estén vinculadas a mecanismos apropiados de solución de conflictos" (Párr. 32).

Por su parte, en el Informe del experto independiente de Naciones Unidas atrás referido, se señaló que los derechos humanos están situados en el centro del debate sobre la tensión entre este cuerpo normativo y el sistema internacional de arbitraje de inversión. En esta medida, en el informe se pusieron de relieve "las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados con miras a la revisión o la terminación de algunos de esos acuerdos y a la supresión de algunos de estos acuerdos de solución de controversias entre los inversores y el Estado *contra bonos mores* e incompatibles con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015e). (Subrayado fuera de texto).

Asimismo, se dispuso que de conformidad con la Resolución 69/178 de la Asamblea General de Naciones Unidas, debe promoverse un orden internacional democrático y equitativo que requiere, entre otras cosas, "la realización del derecho de los pueblos y las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales; el derecho de todo ser humano y todos los pueblos al desarrollo; la solidaridad internacional; la promoción del acceso equitativo a los beneficios de la distribución internacional de la riqueza mediante una mayor cooperación internacional, en particular en las relaciones económicas, comerciales y financieras; y la responsabilidad compartida entre las naciones del mundo de gestionar el desarrollo económico y social a nivel mundial, así como las amenazas a la paz

y la seguridad internacionales, que debe ser ejercida multilateralmente". (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015f). (Subrayado fuera de texto).

Por lo anterior, el experto concluyó que "Los acuerdos internacionales de inversión indudablemente se deben revisar a fin de que sean compatibles con el derecho internacional moderno, en particular el que reconoce la primacía de la Carta de las Naciones Unidas de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 103. La conclusión ineludible es que, si bien los acuerdos internacionales de inversión pueden modificarse de manera que puedan promover los derechos humanos y el desarrollo sostenible, los sistemas de solución de controversias entre inversores y Estados y los tribunales arbitrales son deficientes y desde el punto de vista conceptual y ontológico no superan la prueba de la compatibilidad con la Carta y las normas de derechos humanos". (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015g). (Subrayado fuera de texto).

Lo anterior, permite concluir que los AII no están promoviendo un orden internacional en los términos señalados en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas, y que dichos acuerdos internacionales no sitúan en el centro a los derechos humanos, sino que le dan prioridad a los intereses de los inversionistas. Resulta entonces urgente atender las recomendaciones orientadas a modificar los más de 3.200 AII para lograr corregir las graves implicaciones que el sistema internacional de inversiones está produciendo sobre la soberanía y la capacidad regulatoria de los Estados, sobre el interés público y sobre los derechos reconocidos en normas internacionales de derechos que resultan incompatibles con los AII. Es indispensable dar cumplimiento al mandato de la Resolución 69/178 de la Asamblea General de Naciones Unidas que señala que "la comunidad internacional debe concebir los medios de eliminar los obstáculos actuales y resolver los problemas que impiden la plena realización de todos los derechos humanos y prevenir las continuas violaciones de los derechos humanos que de ella se derivan". (Asamblea General de Naciones Unidas, 2015h). (Subrayado fuera de texto).

Igualmente, teniendo en cuenta por un lado, que la sentencia de la CCC trajo como consecuencia la protección del parque Yaigojé Apaporis, de los derechos de las comunidades que habitan allí, incluyendo sus DESCA y sus derechos más básicos que garantizan su mera supervivencia; y por otro lado, dado que dicho fallo, al igual que otras decisiones emitidas por otras autoridades como PNN también redundaron en la protección de los derechos de las comunidades, la voluntad del Estado expresada a través de tales decisiones, constituye no solo una expresión de la soberanía estatal sino de la libre determinación de los pueblos, en la medida que dichas decisiones fueron adoptadas de manera independiente y en cumplimiento de sus obligaciones legales en materia de derechos humanos, en el ámbito interno e internacional.

De acuerdo a lo explicado, se concluye que la decisión de la CCC está en armonía no solo con lo establecido en la Constitución de 1991, en lo que atañe a la prevalencia de las normas de derechos humanos, sino con lo señalado en el artículo 103 de la carta que le da prelación a valores fundamentales de la comunidad internacional como las normas de ius cogens, incluyendo las normas más básicas relativas a la protección de los derechos humanos, la soberanía de los Estados, la libre determinación de los pueblos y el principio de buena fe. Y que por el contrario, los AII que entran en tensión con estas normas, no solo desconocen lo señalado en el artículo 103 de la carta sino que propician el incumplimiento de las obligaciones de derechos humanos a las que se encuentra compelido el Estado colombiano.

BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, Gavin. *Constitutional Rights after globalization*. Hart publishing, 2005.
- Banco Mundial y Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Documento técnico del Banco Mundial Nº 345S: *Estrategia minera para América Latina y el Caribe*. División de Industria y Minería, Departamento de Industria y Energía, 1997.
- Bermúdez-Liévano, Andrés "La minera que quería tumbar el parque amazónico", *La Silla Vacía*, Febrero 1 de 2014. Disponible en: http://lasillavacia.com/historia/la-minera-que-estaba-detras-de-la-tutela-al-parque-amazonico-46563.
- Burgos Silva, Germán. *Estado de derecho y globalización. El papel del Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina*. ILSA, 2009.
- Caitisa. Informe Ejecutivo: Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en material de Inversiones en Ecuador. 2017.
- Cotula, Lorenzo. "Do Investment Treaties Unduly Constrain Regulatory Space?" Questions of International Law Vol. 9 (2014).
- Davitti, Daria. *Investment and Human Rights in Armed Conflict. Charting an Elusive Intersection*. Hart Publishing, 2019.
- Departamento Nacional de Planeación. Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014 "Prosperidad para todos, Más empleo, menos pobreza y más seguridad". Imprenta Nacional de Colombia, 2011.
- Georges, Abi-saab. "Fragmentation or unification: some conclusion remarks". *New York University Journal of International Law and Politics* 31.4 (1999): 919 – 934.
- Gill, Stephen. "Globalization, Market Civilisation, and Disciplinary Neoliberalism". *Millenium* 24 (1995).
- Gudynas, Eduardo. *Ecología, economía y ética del desarrollo sostenible*. CLAES, 2004.
- International Institute for Sustainable Development (IISD). "La reforma multilateral del ISDS es deseable. ¿Qué sucedió en la reunión de la CNUDMI en Viena y como prepararse para abril de 2019 en Nueva York?". Informe preparado por Martin Brauch. Diciembre 21, 2018. Disponible en: https://www.iisd.org/itn/es/2018/12/21/multilateral-isds-reform-is-desirable-what-happened-at-the-uncitral-meeting-in-vienna-and-how-to-prepare-for-april-2019-in-new-york-martin-dietrich-brauch/.
- International Institute for Sustainable Development (IISD). "Fase 2 de la Revisión de la ISDS de la CNUDMI: ¿Por qué otras cuestiones importan realmente?. 23 de Abril de 2019. Disponible en: https://www.iisd.org/itn/es/2019/04/23/phase-2-of-the-uncitral-isds-review-why-other-matters-really-matter-jane-kelsey-david-schneiderman-gus-van-harten-2/.
- Koskenimmi, Martti y Lëino, Paivi. "Fragmentation of International Law? Posmodern anxities". *Leiden Journal of International Law* 15.3 (2002): 553 – 579.
- Marcelo Lozada Gómez. *La Corte Constitucional colombiana en el contexto de la fragmentación del derecho internacional: desafíos y posibles alternativas para la recomposición*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2019.
- Mosquera, Francisco. "No participamos de la Constituyente". Resistencia civil. Tribuna Roja, 1995.
- Naciones Unidas, Asamblea General. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. "Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades resultantes de la diversificación y ampliación del Derecho Internacional". A/CN.4/L.682/Add.1, 2 de mayo de 2006.
- Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo (A/70/285). 5 de Agosto de 2015.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe: "Los derechos humanos, el comercio y las inversiones", 2003.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 169 sobre pueblos Indígenas y Tribales. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf.
- Revista semana (2019). "Colombia deberá devolver USD $19 millones a Glencore". Disponible en: https://www.semana.com/nacion/articulo/colombia-debera-pagar-usd-19-millones-a-glencore/629477
- Revista Semana. "Un parque por una mina". Disponible en: https://especiales.semana.com/especiales/parque-apaporis-mina/
- Reuters, "EU Court rules against tribunals settling intra EU-disputes". Marzo 16 de 2018. Disponible

en: https://www.reuters.com/article/us-eu-court-arbitration/eu-court-rules-against-tribunals-settling-intra-eu-disputes-idUSKCN1GI1AY.
- Simma, Bruno. "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?". *International and Comparative Law Quarterly* 60.3 (2011): 573 – 596.
- Schneiderman, David. *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise.* Cambridge University Press, 2008.
- *Resisting Economic Globalization. Critical Theory and International Investment Law*. Palgrave Macmillan Socio-Legal Studies, 2016.
- "Constitutional approaches to privatization: an inquiry into the magnitude of neo-liberal constitutionalism". *Law and Contemporary Problems* 63.4. (2000).
- Schultz, Thomas y Cédric, Dupont. "Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study" European Journal of International Law 25.4 (2014).
- Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, 2010.
- Spears, Suzanne A. "The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements." 4 Journal of International Economic Law Vol. 13, (2004).
- Suárez Ricaurte, Federico. "Sentencia C-252 del 2019 de la Corte Constitucional de Colombia: Cambio de precedente en el control a los TBI". *Investment Treaty News. International Institute for Sustainable Development*. Disponible en: https://www.iisd.org/itn/es/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/
- Szablowski, David. *Transnational law and local struggles. Mining, communities and the World Bank*. Hart Publishing, 2007.
- Transnational Institute. ISDS en números. Impactos de las demandas de arbitraje de inversiones contra Estados de América Latina y el Caribe. Abril de 2019.
- Tamanaha, Brian Z. "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global". *Sydney Law Review* 30.375 (2008).
- Tienhaara, Kyla. "Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science", in Brown, Chester & MILES, Kate (Eds.). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge University Press, 2011.
- "Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement". *Transnational Environmental Law*. Cambridge University Press, 2017.
- UNCITRAL. Grupo de Trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados. Periodos de sesiones del 34 al 37. Disponible en: https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state
- Uprimny, Rodrigo. "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos". Rodríguez Garavito, César. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Siglo XXI Editores, 2011.
- Van Harten, Gus. *Sovereign Choices and Sovereign Constraints*. (Oxford: Oxford University Press, 2013).
- Van Harten, Gus y Pavel Malysheuski. "Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants" *Osgoode Legal Studies Research Paper* No. 14 (2016).
- Velásquez Ruiz, Marco Alberto. *The Colliding Vernacullars of Foreign Investment Protection and Transnational Justice in Colombia: A Challenge for the Law in a Global Context*. Tesis Doctoral, York University – Osgoode Hall University School. Mayo de 2016.
- Velásquez-Ruiz, Marco "Al que no quiere caldo: Tobie Mining Inc. demanda a Colombia por 16.5 billones de dólares", *El Tiempo*, 22 de marzo de 2016. Disponible en: *Desmarcado* http://blogs.eltiempo.com/desmarcado/2016/03/22/tobie-mining-demanda-colombia/.
- Williamson, John. "The Washington Consensus as policy prescription for development". Development Challenges in the 1990s: Leading Policymakers Speak from Experience. Institute for International Economics, 2004.
- Zarsky, Lyuba. "From regulatory chill to deepfreeze" *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics. Springer 6.4* (2006).

La protección del ambiente mediante el litigio estratégico: la experiencia del Grupo de Acciones Públicas (GAP) en la defensa de la Reserva de Biosfera Seaflower

MARÍA LUCÍA TORRES-VILLARREAL, LINA MUÑOZ-AVILA, PAOLA MARCELA IREGUI-PARRA, ANAMARÍA SÁNCHEZ-QUINTERO Y CAMILA ZULUAGA-HOYOS

RESUMEN

En el año 2000 la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, (UNESCO, por sus siglas en inglés), declaró el Archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y sus Cayos, en Colombia, como Reserva Mundial de la Biosfera Seaflower. A pesar de ello, este lugar se ha visto amenazado ante intentos de explotación de hidrocarburos y construcción de obras de infraestructura que atentan contra el derecho al ambiente sano y el territorio ancestral de los raizales. El propósito de este escrito es evidenciar el impacto del litigio estratégico que realizó el GAP para defender la reserva, tornándolo en un caso paradigmático y emblemático para la protección de los DESCA.

Palabras claves: Litigio estratégico • Justicia ambiental • Ambiente sano • Desarrollo sostenible y explotación petrolera

ABSTRACT

In the year 2000, UNESCO declared the Archipelago of San Andrés, Providencia, Santa Catalina and its Keys, in Colombia, as a Seaflower World Biosphere Reserve. Despite this, that place has been threatened by attempts to exploit hydrocarbons and construction of infrastructure works that violate the right to a healthy environment and the ancestral territory of the *raizales*. The purpose of this paper is to demonstrate the impact of the strategic litigation carried out by the GAP to defend the reserve, making it a paradigmatic and emblematic case for the protection of the ESCER.

Keywords: Strategic litigation • Environmental justice • Healthy environment • Sustainable development and oil exploitation

1. INTRODUCCIÓN

El Grupo de Acciones Públicas (en adelante GAP o "la clínica"), es una clínica jurídica de interés público, que nace en el año de 1999, dentro de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), como un espacio para la defensa de los derechos humanos y el interés público, consolidándose como la clínica más antigua del país y la primera dentro de la Universidad (Torres & Londoño, 2014). Durante estos 20 años de existencia, el trabajo de la clínica se desarrolla en torno a dos grandes objetivos: uno de carácter pedagógico, que se enmarca en el desarrollo de actividades y puesta en marcha de metodologías que permiten la adquisición y el fortalecimiento de habilidades, competencias y destrezas indispensables para el ejercicio de la profesión legal y otro de carácter social, el cual se centra en el diseño e implementación de estrategias de litigio que permitan la defensa de los derechos humanos de grupos vulnerables y la protección del interés público (personas en situación de discapacidad, grupos étnicos, población afectada por el conflicto armado, migrantes, problemas ambientales, entre otros), a través de herramientas que conduzcan a resultados de alto impacto[132] (Torres-Villarreal, 2013).

Justamente en desarrollo del objetivo social, la clínica tuvo conocimiento de un caso de exploración de hidrocarburos en una zona declarada reserva mundial de la biosfera, como lo es el Archipiélago de San Andrés, Providencia e Islas (en adelante "el Archipiélago"), donde ya se habían realizado trabajos previos por parte de la Clínica en años anteriores, igualmente de defensa del ambiente, por medio de diferentes mecanismos de litigio estratégico. Es importante anotar en este punto, que la defensa del ambiente se da en virtud de su consagración como derecho colectivo, de rango constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, pero al mismo tiempo por la importancia que para la comunidad raizal, etnia que habita en el Archipiélago, tiene el territorio en su cosmovisión y en ese sentido su protección integral, lo que en distintas ocasiones condujo a la clínica a implementar acciones de litigio estratégico encaminadas al empoderamiento de la comunidad en el conocimiento y garantía de sus derechos.

La metodología empleada en este documento consiste en el estudio de caso y el análisis jurisprudencial. Para ello, en primer lugar, se seleccionó el caso de exploración y explotación de hidrocarburos en la zona de reserva de Biósfera Seaflower. En segundo lugar, se analizó el impacto que dicha actividad económica representa para el derecho al ambiente sano y en finalmente, se estudió el alcance de las sentencias proferidas en primera y segunda instancia judicial para llegar a una sección de conclusiones. Desde el enfoque de la educación legal clínica, este capítulo se nutre de las experiencias del GAP frente al litigio estratégico adelantado en sede nacional e internacional para la protección y conservación del medio ambiente marítimo de la mano con la comunidad raizal y la autoridad ambiental de la zona. Las discusiones y debates en torno a la defensa de los DESCA contribuyeron a las posibles actuaciones adelantadas ante distintas entidades y corporaciones del Estado, bajo el ordenamiento jurídico colombiano que no contempla expresamente un mecanismo destinado de forma exclusiva para la protección de dicha categoría de derechos. En consecuen-

132 "A lo largo de su existencia, la Clínica ha desarrollado importantes acciones legales a través de las herramientas de litigio estratégico. Estas se pueden catalogar en judiciales (acciones ante autoridades judiciales nacionales o internacionales, con especial énfasis en acciones constitucionales, así como amicus curiae), administrativas (actuaciones que procuran una solución sin llegar a instancias judiciales, con ejercicios interinstitucionales), sociales (trabajo con comunidades para construir o compartir estrategias de litigio; también se incluyen acciones con medios de comunicación para visibilizar la problemática o los resultados del caso), políticas (actuaciones para generar incidencia en políticas públicas o en la actividad legislativa) y pedagógicas (actividades que buscan la formación en derechos humanos y el empoderamiento de las comunidades (Street Law); se incluyen también las publicaciones y las redes académicas". (Londoño & Torres, 2018).

cia, la investigación fue delimitada en un ámbito geográfico que se concentra en un caso asociado con una zona declarada por la UNESCO como Reserva Universal de la Biósfera en el Mar Caribe, pero con un enorme impacto tanto nacional como internacional (Jabba, 2012).

En ese orden de ideas, la estructura de este escrito está dada en 4 partes: la *primera*, plantea un contexto del caso, desde los elementos geofísicos del lugar donde ocurren los hechos y las particularidades jurídicas de la situación objeto de análisis. La *segunda*, se refiere a la implementación de la estrategia de litigio basada en una acción judicial y el ingreso de ésta a la jurisdicción; la *tercera*, se refiere a los detalles del proceso judicial y la respuesta de la jurisdicción; y la *cuarta*, hace alusión al cumplimiento del fallo. Al finalizar, se plantean unas conclusiones generales del caso.

2. ASÍ ES LA RESERVA DE LA BIOSFERA SEAFLOWER: ELEMENTOS DEL CONTEXTO Y ALCANCE DE LA PROBLEMÁTICA

El Archipiélago tiene una gran riqueza natural y ambiental, por lo que fue declarado Reserva Universal de la Biosfera por la UNESCO[133] y parte de su territorio ha sido denominado Parque Nacional Natural (Old Providence y MacBean Lagoon). De igual manera, ha sido catalogado como Área Marina Protegida[134] (en adelante AMP) por parte de la máxima autoridad ambiental en el Archipiélago, denominada CORALINA[135], siendo esta la reserva de biosfera insular marina más grande del mundo, en la red de reservas de la UNESCO, pues dentro de ésta se ubican el 76% de los arrecifes de coral colombianos. Este recurso no solo es importante para la protección de la rica fauna y flora, sino también para la supervivencia de las comunidades del Archipiélago, ya que los arrecifes de coral actúan como una barrera para los huracanes y tormentas tropicales, fenómenos naturales que están aumentando debido al cambio climático (Hofman y Muñoz, 2013a). Por otra parte, esta región alberga una variada fauna, entre las que destaca la presencia de 407 especies de peces, 48 especies de corales duros y 54 blandos, zoanthids, anémonas, medusas, esponjas, moluscos, crustáceos, equinodermos, reptiles, cetáceos, más de 150 especies de aves e importantes manglares (Pérez, 2017). Además, el rico entorno de la región es muy importante para la población del Archipiélago, ya que no solo es su hábitat, sino también un factor determinante para sus actividades económicas, como el turismo y la pesca[136], destacando igualmente la presencia de hidrocarburos en su subsuelo marino, lo cual ha sido objeto de intereses económicos que ponen en tensión el derecho al desarrollo económico con la protección integral del ambiente.

Por otro lado, la Constitución de Colombia establece la diversidad cultural como un principio bajo el cual se reconoce la existencia de diversos grupos étnicos, los cuales tienen derecho a protección especial debido a la discriminación histórica que han sufrido. La comunidad raizal del Archipiélago es un grupo étnico angloafricano que tiene su propia lengua, cultura, historia y ascendencia y está diferenciado del resto de los colombianos, por lo que han sido reconocidos como una minoría étnica por la Constitución (Robinson, 2005).

133 La Reserva, denominada Seaflower, tiene una extensión de 349.800 Km2. La declaración se encuentra disponible en: http://www.unesco.org/mabdb/br/brdir/directory/biores.asp?code=COL+05&mode=all

134 En ejercicio de sus facultades legales conferidas por la Ley 99 de 1993 y por Resolución No.107 del 27 de enero de 2005 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Consejo Directivo de la CORALINA, por medio del Acuerdo 021 del 09 de junio de 2005, delimita internamente el Área Marina Protegida de la Reserva de la Biosfera Seaflower y fija los objetivos para la consecución de los fines de Preservación de la Biósfera.

135 Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

136 Intervención Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la Solicitud de Opinión Consultiva número 23.

La relación de los raizales con el Archipiélago y su riqueza natural es, tanto económica como de carácter cultural y ambiental. Sin embargo, la protección de los derechos de la comunidad raizal se ha llevado a cabo lentamente en comparación con el extenso desarrollo de los derechos de otras comunidades étnicas en Colombia, como los indígenas y los afrocolombianos, generando incluso divisiones internas en la comunidad ante los discursos políticos que han asumido en aras de lograr una visibilidad en términos de participación política (Torres, 2012).

En el marco de las funciones pedagógicas y sociales de la Clínica, el GAP ha brindado asesoría legal sobre varios problemas del Archipiélago, especialmente en aquellos relacionados con la defensa de los derechos humanos y la protección del ambiente, acompañando a la comunidad en general y a la población raizal (Londoño, et.al., 2009; Londoño, et.al., 2013). A través de una metodología de litigio estratégico, la Clínica ha trabajado desde 2004, en casos relacionados con la protección del Archipiélago, alianza que ha mostrado importantes resultados en la educación de derechos humanos y el uso ciudadano de acciones públicas[137]. En estos casos, se ha utilizado una estrategia holística que incluye talleres pedagógicos para capacitar a la comunidad alrededor del conocimiento sobre sus derechos y los mecanismos constitucionales ideados para su defensa, la difusión de los problemas que utilizan los medios locales para visibilizar la situación de los derechos y el diseño e implementación de acciones judiciales que pueden ser emprendidas por los ciudadanos para la protección de los derechos humanos y el ambiente[138].

En el caso objeto de estudio, el ambiente del Archipiélago se vio seriamente amenazado en 2010 ante la autorización por parte de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (en adelante ANH), previo aval de las autoridades ambientales competentes, para las fases de exploración y explotación de hidrocarburos. Así las cosas, se adjudicaron dos bloques de hidrocarburos[139] ubicados dentro de la reserva Seaflower y su AMP, lo cual afectaba también el Parque Nacional Natural. Ambas fases representaron procesos ambientalmente invasivos[140], que impactan negativamente en diferente medida e implican consecuencias de difícil manejo en términos ecosistémicos, de ciclos migratorios de animales, sobrecalentamiento, riesgos de derrames en mar abierto, entre otros (Hofman y Muñoz, 2013b). Ante esta situación, la Fundación Providence[141] buscó el acompañamiento de la Clínica en este caso, ante el cual decidieron emprender, en conjunto con la organización, diferentes estrategias de litigio: *i) judicial:* diseño e implementación de una coadyuvancia[142], en el marco de una acción popular que ya había sido instaurada por CORALINA en 2011, en la que se respaldarían los argumentos esbozados de la autoridad ambiental, invocando otros elementos jurídicos propios del derecho ambiental local y del derecho internacional ambiental; *ii) social:* se trató de la implementación de estrategias para la visibilización de la problemática, representada prin-

137 Se resaltan dentro de esas acciones de litigio estratégico, algunas de carácter judicial alrededor de temas de contaminación ambiental por exceso en niveles de ruido en la zona del Barrio Obrero (2014), la defensa del ambiente y la salubridad pública por el manejo irregular del botadero de basura "Magic Garden" (2004), la protección del ambiente, el espacio público y la seguridad y salubridad públicas por el cierre y condiciones de alto deterioro del único parque público del Archipiélago llamado "Sunrise Park" (2013), la defensa de los derechos fundamentales de la comunidad raizal ante la ausencia de consulta previa en una construcción en Providencia (2015), entre otras.

138 Entre las acciones ciudadanas constitucionales se encuentran la acción de tutela, la acción popular, la acción de cumplimiento, la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de grupo.

139 Por medio del Decreto 1760 de 2003 de la ANH.

140 Se trata de procesos en el lecho marino como sísmicas, explosiones para levantamiento de mapas, actividades de exploración geotécnica, establecimiento de plataformas, entre otras.

141 Es una organización social, dirigida por una líder raizal de Providencia, que fue creada en 2005 con el ánimo de aportar soluciones a los problemas sociales y ambientales del Archipiélago y su impacto al territorio de la comunidad raizal. Ver: https://www.fundacionprovidence.org/

142 Se trata de una figura definida en el artículo 24 de la ley de acciones populares (Ley 472 de 1998), en la que un tercero, que no es parte del proceso, puede presentar una intervención respaldando los argumentos de la parte demandante o demandada, aportando nuevos argumentos e incluso pruebas nuevas, sin que ello constituya una nueva demanda, toda vez que se acoge a los argumentos y pretensiones del demandante o a la defensa del demandado.

cipalmente en difusión en medios y alianzas con organizaciones sociales ambientales; *iii) política:* cartas dirigidas al Gobierno y al Presidente de la República, suscritas por un amplio número de colombianos, llamando la atención sobre el impacto de las actividades de exploración y explotación en el Seaflower; *iv) pedagógica:* talleres con la comunidad (raizales, líderes, pescadores, niños, etc.), sobre derechos humanos, desarrollo sostenible y mecanismos de protección de los derechos al ambiente sano.

3. LA ESTRATEGIA JUDICIAL: EL CAMINO PARA LA PROTECCIÓN DEL SEAFLOWER

A través de la acción popular, como mecanismo ciudadano creado para la defensa de los derechos e intereses colectivos en Colombia, se ha logrado la protección y conservación del ambiente desde 1991, catalogado así por la Constitución Política; por ello se colige que los derechos colectivos, al tener rango constitucional dentro del ordenamiento jurídico "*tienen la misma relevancia que los derechos fundamentales o los derechos económicos, sociales y culturales y, en consecuencia, su protección se vuelve igualmente importante*" (Torres-Villareal & Iregui-Parra, 2017).

La acción popular fue creada en el texto Constitucional de 1991 y desarrollada en la Ley 472 de 1998, proveyendo al ciudadano de elementos más flexibles que los ordinarios para la defensa de los derechos colectivos. En ese sentido, esta acción carece de requisitos formales e incluso de la representación de un abogado para interponerla ante un juez y está prevista para evitar el daño contingente (carácter preventivo frente al peligro o amenaza a los derechos colectivos), hacer cesar la vulneración o el agravio sobre tales derechos o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (Congreso de la República, 1998, Art.2). Así, esta acción recae sobre toda acción u omisión de las autoridades públicas o particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos colectivos, que son los señalados de forma enunciativa, no taxativa, en el artículo 4 de la Ley 472[143].

Se trata de una acción autónoma y principal, puede ser presentada por cualquier persona, sin importar su nacionalidad y no tiene un término de caducidad que impida el ejercicio de la misma. Así mismo, tiene trámite preferencial, por lo que el juez debe tramitarla con prioridad mayor a las demás acciones que conozca[144]. Además, esta acción permite la participación de terceros durante el curso de esta bajo la figura de la coadyuvancia, en donde toda persona natural o jurídica (entre las que se resaltan especialmente las organizaciones sociales, el Ministerio Público o cualquier autoridad

143 El artículo 4 de la Ley 472 de 1998, señala los derechos que se entienden como colectivos: a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; b) La moralidad administrativa; c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; e) La defensa del patrimonio público; f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación; g) La seguridad y salubridad públicas; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; i) La libre competencia económica; j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; n) Los derechos de los consumidores y usuarios. Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

144 En el orden de preferencia en Colombia, el juez deberá tramitar, dentro de los procesos en su Despacho, en primer lugar, el Habeas Corpus seguido de la acción de tutela, la acción de cumplimiento y posteriormente la acción popular.

encargada de la protección de los derechos colectivos), podrán intervenir apoyando a cualquiera de las partes hasta antes que se profiera el fallo de primera instancia (Torres-Villarrea & Iregui-Parra, 2013).

Ahora bien, aunque Colombia no contempla dentro de su ordenamiento jurídico un mecanismo destinado únicamente a la protección de los DESCA, la acción popular ha sido uno de los mecanismos a través del cual se ha logrado velar por la protección de esta categoría de derechos (Camargo, 1999). Si bien el medio ambiente sano es considerado en Colombia como un derecho colectivo y no propiamente como un DESCA, se puede afirmar que las acciones populares constituyen un mecanismo para alcanzar el mandato expreso del Protocolo de San Salvador en torno a la obligación de los Estados de adoptar progresivamente medidas para hacer efectivos los DESCA, particularmente la obligación de proteger, preservar y mejorar el medio ambiente. Tal es el caso de la biósfera del Seaflower, protegida a través de una estrategia de alto impacto que implicó una actuación determinante a nivel judicial mediante este mecanismo.

La acción popular promovida por CORALINA, como máxima autoridad ambiental en el Archipiélago, pretendía la protección de los derechos al ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución. Las pretensiones de la demanda consistieron en que la ANH se abstuviera de iniciar, cualquier actividad de exploración, prospección, explotación y producción de hidrocarburos en la Reserva de Biósfera Seaflower; así mismo, se pretendía la suspensión de la ejecución de cualquier contrato de exploración, prospección, explotación de hidrocarburos suscritos por la ANH en la Reserva y la inclusión de esta área dentro del listado o mapa de sitios excluidos de actividades de exploración y explotación sísmica o petrolera del país.

En el escrito de coadyuvancia presentado por parte del GAP, se invocó la protección de los derechos señalados por CORALINA, adicionando la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles y la protección del patrimonio público. Entre los argumentos principales que se presentaron están: i) La procedencia de la acción popular para la protección de los derechos colectivos y el carácter preventivo de la acción al no existir un daño consumado, pero sí una obligación del estado de prevenir el daño; ii) el Principio de progresividad y prohibición de regresividad en la garantía de los derechos, al haber realizado actuaciones de protección sobre la reserva en el pasado que hoy no se pueden desconocer; iii) el derecho colectivo el ambiente sano incluye como parte integral de este tanto el manejo, aprovechamiento y uso de los recursos naturales, como su relación con la calidad de vida del hombre preservar su salud y garantizar su bienestar; y iv) la aplicación del Principio de Precaución, establecido en el principio 15 de la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y que fue incorporado en el ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 99 de 1993.

En este caso, la acción fue interpuesta en el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés el 16 de febrero de 2011 y admitida el 21 de febrero del mismo año y la segunda instancia se surtió ante el Consejo de Estado, máximo órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia.

Esta acción tiene carácter preferente, por lo que la ley establece términos muy cortos en su proceso, procurando que dicha acción sea resuelta en cuestión de 30 días en primera instancia (Artículo 22 Ley 472, 1998) y se logre una protección efectiva de los derechos. Sin embargo, situaciones como la congestión en el sistema judicial colombiano impiden el cumplimiento a cabalidad de los términos establecidos para cada etapa procesal. Este caso tomó 16 meses en primera instancia y en segunda instancia 4 años y dos meses. Para mayor claridad y entendimiento del trámite, a continuación se expone cada término contemplado en la ley y la fecha real en la que se surtió cada etapa judicial:

Términos contemplados en la ley 472 de 1998	Términos que debían cumplirse conforme la ley	Términos que se cumplieron en realidad
Presentación de la Demanda: 16 de febrero de 2011		
Admisión de la demanda: 3 días hábiles después de la presentación	21 de febrero de 2011	21 de febrero de 2011
Traslado de la demanda: 3 días hábiles: 25 de febrero de 2011		
Contestación de la demanda: 10 días hábiles	10 de marzo de 2011	4 de abril de 2011
Citación a la Audiencia Especial de Pacto de Cumplimiento: 3 días después del término de traslado de la demanda	25 de febrero de 2011	11 de julio de 2011
Audiencia Especial de Pacto de Cumplimiento: 29 de julio de 2011		
Práctica de pruebas: 20 días prorrogables por 20 días más	29 de agosto de 2011	23 de agosto de 2011
Alegatos de conclusión:	30 de agosto de 2011	20 de septiembre de 2011
Sentencia: 30 días contados después de los tres días de traslado de la demanda	11 de abril de 2011	4 de junio de 2012
Presentación de Apelación: después de 3 días	8 de junio de 2012	12 de octubre de 2012
Admisión apelación:	Indeterminado	5 de julio de 2013
Sentencia de segunda instancia: 20 días después de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente.	2 de agosto de 2013	15 de diciembre de 2016

Conforme a lo anterior, es posible evidenciar que el cumplimiento de los términos establecidos en la ley al momento de llevar a cabo una acción ciudadana como la acción popular es casi nulo, poniendo en riesgo la protección de los derechos como el ambiente sano, al menos en primera instancia, pues el recurso de apelación dentro del proceso de acción popular se concede con un *efecto devolutivo*, esto quiere decir que la ejecución de la decisión judicial no se suspende mientras se toma la decisión de segunda instancia.

Otra de las barreras identificadas durante el desarrollo del conflicto en el sistema judicial, se produjo durante la etapa de la Audiencia Especial de Pacto de Cumplimiento. Dicha etapa provista en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, es un espacio en el cual los demandados, demandantes, Ministerio Público y coadyuvantes se reúnen bajo la observancia del juez, para proponer medidas que permitan la protección de los derechos colectivos. Esta audiencia reviste gran importancia debido a que de concretarse un pacto, es posible la terminación anticipada del proceso en favor de los derechos humanos. Sin embargo, en repetidas ocasiones la actitud de los involucrados es cerrada frente a la posibilidad de concretar

un pacto, manifestando su irrestricta posición desde el inicio y convirtiendo este espacio en un requisito más y no en una oportunidad de mejora en la protección de los derechos. Dicha actitud de negación se evidenció durante el trámite judicial del Seaflower, pues los demandados asistieron con una posición completamente cerrada al diálogo y bajo la negativa de hacer cualquier acuerdo entre las partes.

Finalmente, dentro de las pretensiones de la acción popular existe la posibilidad de conformar un Comité de Verificación y Seguimiento que tiene por objeto velar porque las órdenes establecidas en la sentencia se cumplan de manera adecuada y oportuna. Dicho Comité está conformado por los demandantes, los demandados, el Ministerio Público, la entidad encargada de velar por la protección del derecho colectivo y, eventualmente, los coadyuvantes a discreción del juez (Artículo 34 de la Ley 472 de 1998) y será presidido por el juez de primera instancia, permitiendo que de forma periódica, según cada caso y cada juez, las partes interesadas ejerzan una veeduría sobre las obligaciones impuestas a los demandados frente a la conservación y protección de los derechos. En el presente caso, dicho Comité únicamente fue conformado por el demandante, la ANH y el Ministerio Público, dejando por fuera a los demás demandados (que se trataban de empresas) y los coadyuvantes de la parte actora, como el GAP.

4. EL PROCESO JUDICIAL Y LA RESPUESTA JURISDICCIONAL: LA PRIMERA PARTE DE LA LUCHA POR EL SEAFLOWER

Tal como se señaló en el apartado anterior, CORALINA interpuso una acción popular cuyo inicio en la jurisdicción se dio el 21 de febrero de 2011, momento en el cual se admitió la demanda y se corrió traslado para contestación por parte de las entidades demandadas. A continuación, se presenta un resumen de los argumentos de las entidades que dieron respuesta a la demanda instaurada en su contra:

La ANH se opuso a las pretensiones de la demanda[145], porque por medio del Concepto Técnico 061 de julio 4 de 2008 expedido por CORALINA, se dio respuesta a las solicitudes presentadas por la empresa PGS Geophysical AS y por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, acerca de la viabilidad de realizar actividades de exploración de ciertas líneas sísmicas en un área que comprende 4.000 kms, viabilizando los aludidos proyectos hidrocarburíferos en la zona de uso general de la Reserva de Biosfera Seaflower, por lo que la entidad señaló que la conducta que asume CORALINA al presentar la demanda es contraria al principio de buena fe y confianza legítima, porque se opone al desarrollo de proyectos que, en esencia, son de la misma naturaleza. Adicionalmente, señala que no existe objeto litigioso en razón que aún no se han expedido licencias para la exploración y explotación de recursos hidrocarburíferos en el área del Archipiélago Seaflower.

Por su parte ECOPETROL[146] se opuso a la totalidad de las pretensiones al señalar que no existen en el expediente medios de prueba que permitan dar por cierto la vulneración de los derechos. En el mismo sentido, Repsol Exploración Colombia[147], se opuso a las pretensiones de la demanda porque a su juicio no existe una acción u omisión por parte de las autoridades públicas o de los particulares frente a los derechos que pretende proteger la demanda, pues las meras expectativas frente al desarrollo de una actividad no pueden constituirse en una efectiva vulneración.

145 (fls. 85 a 107).
146 (fls. 24 a 158).
147 (fls. 182 a 200).

Una vez surtida la etapa de las contestaciones, se admitió la coadyuvancia presentada por los miembros de la Cooperativa *Fish and Farm Coop* y del señor Raymon Howard Britton, en las que se apoyan los argumentos de la demanda. El 29 de julio de 2011, se celebró la Audiencia Especial de Pacto de Cumplimiento la cual se declaró fallida, al no existir propuesta de pacto entre la demandante y los demandados; por lo tanto, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 472 de 1998, se abrió el periodo probatorio. Posteriormente, en marzo del año 2011, se admitió la coadyuvancia que se interpuso por parte del GAP, en los términos esbozados en el apartado anterior, en septiembre del mismo año se corrió traslado para que las partes formularan los alegatos de conclusión y el 4 de junio de 2012 se dictó el fallo de primera instancia.

A continuación, se presentan los argumentos que el Tribunal Administrativo de San Andrés utilizó para llegar al fallo. En primer lugar, se refirió al estatus jurídico y la importancia de la reserva de biósfera Seaflower y AMP, señalando que con dicho estatus se pretende proteger, conservar y restaurar especies, hábitats y procesos ecológicos que, como resultado de diversas actividades humanas, se han visto afectados. Adicionalmente, señaló que dicha definición reconoce explícitamente que un área se puede reservar para la conservación, aún si no cuenta con una figura legal para ello y, para sustentar lo anterior, trae a colación la suscripción y ratificación por parte del estado colombiano del Convenio sobre la Diversidad Biológica, donde se le impone la obligación al Estado de conservar la diversidad biológica, promover la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos. Así mismo, resaltó el Tribunal que en el año 2005 el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, declaró como AMP de la Reserva de la Biósfera Seaflower, una zona dentro del departamento de San Andrés y que este hecho es fundamental para el proceso.

Relacionado con el argumento anterior, el Tribunal encontró probado que el Archipiélago fue reconocido en el año 2000 como reserva mundial de la biósfera por la UNESCO y que, mediante Resolución 107 de 2005, fue declarada una zona del mar, con una extensión de 65.000 kilómetros cuadrados, como AMP. También estableció que la ANH definió unas áreas especiales para la contratación de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos ubicadas en el bloque Cayo 1 de la cuenca del área tipo 2 y el Cayo 5 de la Cuenca de los cayos de área tipo 3, a las compañías Repsol exploración Colombia S.A, Ecopetrol S.A y YPF, para desarrollar las actividades. Dentro del proceso, el tribunal decretó de oficio la realización de un dictamen pericial con el objeto de determinar a) si los bloques cayos 1 y 5, de la Cuenca de los cayos tipo 2 y 3, se encontraban dentro de la zona de arrecifes de corales y manglares o pastos marinos de que tratan los parágrafos 1 y 2 del artículo 207 de la Ley 1450 de 2011; y b) ubicar en qué áreas habría afectación de las especies de fauna y flora que conforman el complejo ecológico marino del Archipiélago.

El dictamen pericial rendido por el Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras –INVEMAR–, respondió que las zonas de arrecifes de corales relacionadas con el bloque cayo 1 corresponden al sector de Quitasueño, en el que no se reportan áreas de manglar o pastos marinos. El área definida como bloque Cayos 1, no se traslapa con las zonas de arrecifes de coral reportadas. Ahora, las zonas de arrecifes de coral, pastos marinos y bosques de manglar relacionadas con el bloque Cayo 5, son las que circundan las islas de Providencia y Santa Catalina. Esa área no se traslapa con pastos marinos o bosques de manglar, pero en el sector sureste del bloque sí se traslapa con un 2% del total de la cobertura de arrecife coralino reportado por el sector.

Sin perjuicio de los resultados de la prueba pericial, la Corporación argumentó que la demanda buscaba la protección del derecho colectivo a un ambiente sano, en un concepto amplio que abarcaba no solo la no intervención del ecosistema excluido legalmente, sino de los impactos que podría suponer cualquier actividad en la totalidad de la Cuenca,

pues muchos procesos marinos se originan y mantienen más allá del ámbito espacial que define una iniciativa o estrategia de conservación u ordenamiento de territorio.

Expresó el Tribunal que la conservación del ambiente implica llenar vacíos en todo ámbito para mantener las poblaciones y ecosistemas que lo sustentan, ya que las amenazas a la integridad de sistemas naturales y sociales rara vez ocurren aisladamente. De hecho, la existencia de impactos acumulativos y efectos cascada de las intervenciones humanas y perturbaciones naturales, es lo que justifica la necesidad de tener una aproximación que involucre a toda la subregión para su conservación.

Como tercer argumento, el Tribunal planteó que no le asiste razón a Repsol Exploration Colombia S.A cuando afirmó que tampoco existen prohibiciones legales para adelantar actividades dentro de aguas marítimas colombianas y, por ende, no existe prohibición desde el punto de vista ambiental para adelantar dichas actividades en el área concesionada. Lo anterior, puesto que no toda actividad que no esté prohibida, desde el punto de vista ambiental, está permitida, ya que la protección de derechos colectivos a través de las acciones como la del proceso, encuentran sustento no solo en la consumación de la vulneración o existencia de prueba científica de la misma, sino, también y aún más importante, en la simple amenaza de su eventual afectación.

Continuó la Sala aseverando que el solo hecho de que el dictamen pericial hubiese encontrado un 2% de las zonas de arrecife del bloque cayo 5 solapadas, significa que existe certeza sobre la zona donde se efectuarán las actividades, lo que hace que de ninguna manera pueda considerarse como desfasada la preocupación de CORALINA para incoar la acción. Enfatizó el Tribunal en que los manglares y praderas de pastos marinos sirven de protección y desarrollo de los primeros estadios para especies del recurso y que una vez los individuos alcanzan tamaño suficiente, se desplazan hacia los hábitats propicios para completar su ciclo de vida. Ahora, aunque esos hábitats pueden estar a muchos kilómetros de donde se inicia su desarrollo, es indispensable la protección en el ámbito espacial amplio.

Concluyó el Tribunal que la ANH al adjudicar los bloques petroleros a las compañías ya señaladas, configuró el hecho generador de la amenaza sobre la reserva de la Biósfera Seaflower AMP, aguas territoriales en general y que, de continuar con el proceso, se permitiría la continuidad de la amenaza o eventual violación de derechos colectivos.

Con base en los argumentos expuestos, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ordenó conceder el amparo de los derechos colectivos, los cuales se encontraron seriamente amenazados por las adjudicaciones contenidas en las Resoluciones Nos. 475 y 485 del 8 de noviembre de 2010, proferidas por la ANH. Adicionalmente, ordenó a la ANH suspender el proceso iniciado para la exploración y explotación de petróleo que se pretendía desarrollar como resultado de la adjudicación de los bloques Cayos 1 y 5, en la zona objeto de protección, sentencia que fue apelada por las empresas petroleras. Como última orden conforma el Comité de Verificación y Seguimiento para el cumplimiento de la sentencia.

4.1 Una mirada sobre el proceso judicial de segunda instancia y su problema jurídico

El Consejo de Estado[148], en su papel de juez constitucional y como segunda instancia dentro del proceso de acción popular, resolvió los recursos de apelación interpuestos por

148 Desde 1821, existe el Consejo de Estado como órgano asesor del Gobierno nacional y después pasó a ser parte de la rama ejecutiva. En la reforma constitucional de 1905, se suprime el Consejo de Estado, al igual que la vicepresidencia de la República, hasta la reforma constitucional de 1914, en la cual se restablece el Consejo de Estado, cómo órgano de cierre y cabeza máxima de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Para ampliar la información, véase: De Zubiría (2012).

los demandados –ANH Ecopetrol y Repsol Exploration de Colombia–, contra la sentencia del 4 de junio de 2012 del Tribunal Administrativo de San Andrés, mediante la cual se protegieron los derechos colectivos invocados en la demanda y se ordenó suspender la exploración y explotación de hidrocarburos en la zona amenazada.

Para ello, determinó como principal problema jurídico a examinar si, ¿resulta legítimo o no que en aras de proteger los derechos colectivos ambientales amparados por el fallo impugnado, se prohíba el desarrollo de una actividad declarada de utilidad pública (como la exploración y explotación de hidrocarburos), que legalmente no ha sido excluida de la zona del país que origina este conflicto, la cual se encuentra amparada por declaraciones de protección que en principio no rechazan ni resultan incompatibles con su desarrollo). Como problema jurídico secundario planteó si, ¿A falta de un precepto legal que prohíba el desarrollo de actividades de exploración y explotación hidrocarburífera en la zona adjudicada coincidente con la Reserva de la Biósfera declarada por la UNESCO, resulta viable excluir la posibilidad de adelantar esta clase de labores en ella?

Con el fin de resolver los interrogantes planteados anteriormente, el Consejo de Estado utilizó las siguientes fuentes de derecho ambiental nacional e internacional para sustentar las consideraciones de fondo: la Constitución Política de Colombia; sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado[149]; el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Ambiente; la ley general ambiental No. 99 de 1993; el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible No. 1076 de 2015, el Convenio de Diversidad Biológica y su Ley aprobatoria No. 164 de 1994; la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992; la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático del mismo año y, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.

A partir del estudio de las sentencias de primera y segunda instancia, en esta investigación se identificaron dos criterios que fundamentaron las decisiones y que demuestran un adecuado proceso analítico del operador judicial: i) el uso de categorías de protección ambiental y, ii) la utilización de principios del derecho ambiental, como la precaución y prevención y el análisis de un principio de derecho constitucional, como lo es el de legalidad.

Categorías de protección ambiental

El Seaflower además de contar con la declaración de Reserva de la Biósfera por parte de la UNESCO, es una zona de reserva ambiental que posteriormente adquirió la categoría de AMP y de "distrito de manejo integrado" en donde se materializan objetivos de interés general y a la que se le aplican normas especiales. Con la categoría de AMP, se pretende proteger ecosistemas que como resultado de diversas actividades humanas se han visto afectados. Del mismo modo y actuando con cautela, pretenden prevenir la degradación futura y el daño a especies, procesos ecológicos aún no estudiados o desconocidos. De esta manera, solo se pueden realizar en ella, usos y aprovechamiento de recursos naturales que estén expresamente autorizados por las autoridades ambientales. Este manejo, además, le permite a Colombia cumplir de buena fe con su marco jurídico nacional, así como con las obligaciones internacionales de conservación adquiridas en los distintos tratados multilaterales en asuntos ambientales.

Por otra parte, se resalta el criterio de interconexión que existe entre el ecosistema amenazado y toda la diversidad biológica de la zona del Mar Caribe, el cual va más allá del lugar de intervención de la actividad petrolera, pues sus potenciales impactos podrían

149 Por ejemplo: Sentencias C-648 de 1997 y C-703 de 2010 de la Corte Constitucional, y Sentencias de 15 de mayo de 2014. Rad. 2010-00609 y de 20 de mayo de 2016. Rad. 2011-00611 de la Sección Primera del Consejo de Estado.

afectar áreas mucho mayores a las del ámbito espacial de un determinado proyecto. En este sentido, al igual que el juez de primera instancia, el Consejo de Estado reiteró que fue ampliamente demostrado dentro del proceso judicial a través del material probatorio, la fragilidad y riqueza excepcionales del ecosistema amparado por la Declaración de Reserva de Biósfera de la UNESCO Seaflower, así como la amenaza que representa la exploración y explotación de hidrocarburos para esta zona y sus recursos marinos.

Los principios de precaución, prevención y de legalidad

Respecto de los principios de precaución y prevención, utilizados para fallar en ambas instancias, se afirmó que "es desacertado exigir certeza científica sobre los riesgos e implicaciones como condición para la aplicación del principio de precaución, toda vez que es justamente la incertidumbre sobre distintos aspectos riesgosos o nocivos sobre una actividad (sus efectos, las condiciones de tiempo, modo y lugar de su producción, etc.), son lo que cualifica el ámbito de aplicación de este principio y permite distinguirlo del principio de prevención, también fundamental para la protección de los ecosistemas". Y en este sentido, resaltó la segunda instancia que la acción estatal dirigida a la defensa de los intereses colectivos no puede estar siempre supeditada a la plena demostración de los riesgos de una actividad, producto o tecnología.

Adicionalmente, el alto tribunal analizó en el caso concreto, la adecuada aplicación de los requisitos del principio de precaución en la medida adoptada por el juez de primera instancia, identificando los siguientes elementos:

- Incertidumbre científica acerca del riesgo: este primer supuesto se encontró verificado dado el escaso nivel de estudio –menos de un 10% de acuerdo con informes técnicos– que por diversas razones tecnológicas y científicas se tenía de las profundidades del área que se buscaba intervenir, y las mínimas probabilidades de que se trate de zonas sin vida.
- Evaluación científica del riesgo: este requisito se encontró demostrado pues existía suficiente base científica para hablar de riesgo en el desarrollo de la actividad petrolera en mar abierto y sobre sus impactos en las áreas coralinas, que tienen lento proceso de formación y escasa capacidad de recuperación.
- Identificación del riesgo grave e irreversible: este elemento también fue acreditado pues de las pruebas técnicas dentro del proceso, se evidenció que como consecuencia de la actividad sísmica las poblaciones de peces y otras especies comerciales sufrirían una disminución notable, lo que reporta una grave afectación para la comunidad raizal que ha basado su economía en la pesca.

Sumado a lo anterior, utilizó el criterio de *in dubio pro natura* según el cual la duda del operador judicial debe ser resuelta en una interpretación que resulte más favorable a la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que lo amenace, vulnere o restrinja.

Finalmente, sobre el principio de legalidad afirmó que la existencia de instrumentos de manejo y control de impactos en el derecho nacional, como la licencia ambiental o la posibilidad de establecer estándares más exigentes para el desarrollo de una actividad riesgosa como la explotación petrolera, no supone una afectación al mencionado principio. En consecuencia, los procedimientos de evaluación ambiental y el poder de vigilancia y control de la autoridad ambiental, no excluyen ni inhiben la posibilidad del juez constitucional como garante de la efectividad de los derechos humanos, de adoptar las medidas que estime pertinentes para asegurar el disfrute de los derechos colectivos constitucional y legalmente protegidos.

Así las cosas, el 15 de diciembre de 2016, luego de un poco más de cuatro años y medio de que se profiriera la sentencia de primera instancia, el Consejo de Estado resolvió a través de un fallo histórico de cierre: "Confirmar la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina del 4 de junio de 2012". Lo anterior significa que las órdenes de la primera instancia quedaron en firme en su totalidad y sin ningún tipo de modificación o aclaración. De esta manera, el Consejo de Estado finalizó su rol dentro del proceso judicial de acción popular y desde Bogotá, devolvió el expediente para que en la ciudad de San Andrés, el Tribunal Administrativo se encargara de verificar el cumplimiento de la sentencia y de convocar al Comité de Seguimiento y Verificación.

Por último, es importante señalar que en el marco de las acciones populares y de la protección del interés público, es usual que los jueces inviten a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a tomar medidas tendientes a proteger los derechos colectivos. No obstante, tratándose de un caso que tenía una pretensión preventiva, ni el Tribunal Administrativo de San Andrés, ni el Consejo de Estado, ordenaron a dichos poderes tomar medidas específicas, pudiendo haber ordenado la adopción de medidas de protección más prolongadas, como lo sería el decreto de exclusión de esta área en los proyectos de explotación de recursos de hidrocarburos.

5. LA PROTECCIÓN DE LA RESERVA DE BIOSFERA SEAFLOWER: EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA PROFERIDA POR EL CONSEJO DE ESTADO

Como se mencionó anteriormente, el Comité de Verificación y Seguimiento es un espacio en donde las partes involucradas en una acción popular deben poner en conocimiento del juez el estado actual de protección de los intereses colectivos y proponer medidas que permitan alcanzar la protección ordenada en la sentencia (Corte Constitucional, 2014). Más aun, se ha reconocido que el Comité de Verificación y Seguimiento permite al juez de acciones populares ajustar las órdenes impartidas en la sentencia cuando resulta necesario para la protección efectiva de los derechos colectivos (Corte Constitucional, 2014).

En el caso particular de la acción coadyuvada por el GAP para la protección de la Reserva de la Biósfera Seaflower, el Tribunal Administrativo de San Andrés ordenó la protección de los derechos colectivos amenazados y específicamente decretó que la ANH debía suspender el proceso iniciado para adjudicar permisos de exploración y explotación en los cayos que hacen parte de la reserva. Igualmente, el Tribunal ordenó la conformación del Comité de Verificación y Seguimiento conformado por las partes del proceso y el Ministerio Público.

De las anteriores órdenes, acatando el principio de precaución reconocido en la sentencia, la ANH dio cumplimiento efectivo a la suspensión de los procesos de exploración y explotación de hidrocarburos en los Cayos 1 y 5 ubicados en la Reserva de la Biósfera Seaflower, cumplimiento que se deriva a su vez en la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y los demás derechos colectivos relacionados. Lo anterior, ya que la acción popular interpuesta en este caso tenía carácter *preventivo*, es decir la vulneración a los derechos colectivos no se había configurado, sino que se encontraban amenazados por la adjudicación de títulos para la posterior exploración y explotación de hidrocarburos.

En este sentido, las órdenes que impartió el Tribunal Administrativo en primera instancia estaban encaminadas a *evitar* que se consumara un daño al ambiente y a los demás intereses colectivos, por lo que el cumplimiento que la ANH dio al suspender el proceso de exploración y explotación de recursos naturales en los cayos 1 y 5 de la Reserva de la Biósfera

Seaflower, permitió a su vez el amparo de los derechos colectivos que se veían amenazados, con lo que se dio cumplimiento cabal a dos de las ordenes impartidas por el Tribunal (Iregui Parra & Perez Amaya, 2018).

Por otro lado, a pesar de que estas órdenes quedaron en firme desde diciembre del año 2016, con la sentencia de segunda instancia, hasta la fecha no se ha realizado ninguna reunión del Comité de Verificación y Seguimiento. Así, aun cuando –como se mencionó anteriormente– las ordenes principales se cumplieron, el Tribunal Administrativo de San Andrés no ha convocado al Comité, ignorando la importancia de este espacio para comprobar que en efecto se haya dado cumplimiento a la sentencia y para garantizar que las amenazas hayan cesado. Por consiguiente, no ha existido una oportunidad para que las partes demuestren ante el Tribunal si la suspensión de la ANH se ha mantenido en firme o, incluso, si existen pretensiones de esta u otras autoridades de explotar recursos naturales en el territorio que conforma la Reserva de la Biósfera Seaflower. Es por lo anterior que el GAP ha solicitado al Tribunal que convoque a la celebración del Comité y que ordene a las partes rendir informes sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la sentencia. Sin embargo, el Tribunal no ha dado respuesta a dicha solicitud a la fecha de redacción del presente escrito.

De todas formas, la estrategia de litigio que desplegó el GAP permitió una efectiva protección de los derechos colectivos, logrando que cesaran las actividades que amenazaban dichos intereses al adjudicar títulos de exploración de hidrocarburos en zonas de la Reserva Seaflower. Aún más, esta sentencia constituye un precedente judicial en materia de aplicación del principio de precaución, en tanto un alto tribunal, como lo es el Consejo de Estado, dispuso que la protección que el Estado debe dar a los derechos colectivos no puede estar supeditada a la demostración de los daños que conlleva una determinada actividad. Igualmente, el fallo del Consejo de Estado también contempla que la existencia de un daño materializado no puede ser requisito para interponer acciones populares para la defensa del ambiente, por el carácter preventivo que reviste este mecanismo, lo cual se alinea asertivamente con el principio de precaución en materia ambiental.

Por todo lo anterior, para el momento de elaboración del presente escrito no se conoce del otorgamiento de otros títulos de exploración o explotación de hidrocarburos en la zona, por lo que la explotación de recursos no renovables no ha sido, hasta el momento, causa de degradación del ecosistema. Aún más, la Comisión Colombiana de Océano, una mesa interinstitucional coordinada por la Vicepresidencia de la República, ha promovido la realización de tres expediciones científicas a la reserva con el ánimo de generar conocimiento científico sobre la Reserva de Biosfera Seaflower, en las que se ha encontrado que ésta se encuentra en un buen estado de preservación. En estas expediciones se han visitado 4 cayos y se ha levantado información para el establecimiento de las cuotas de pesca para el Archipiélago y para la generación de políticas que permitan la protección de la seguridad alimentaria de la comunidad raizal (Comisión Colombiana del Océano, 2019).

No obstante, la explotación de hidrocarburos no era la única amenaza para la supervivencia de este ecosistema; actualmente la pesca ilegal de buques extranjeros pone en riesgo el AMP, según la Secretaría de Agricultura y Pesca del Departamento, lo cual no sólo limita el acceso a estos recursos por parte de los pescadores artesanales isleños, sino que además afecta el equilibrio ecológico del Seaflower (Barraza Escobar, 2019).

Aunque el caso descrito se considera exitoso, la estrategia referida anteriormente sólo permitió la protección las zonas de la Reserva de la Biósfera de Seaflower que se encuentran dentro del territorio colombiano, por el alcance nacional de la acción interpuesta. Así, las franjas de la reserva que no son territorio colombiano podrían resultar afectadas por las actividades que otros países como Jamaica y Nicaragua desarrollen en esta región, pues también tienen jurisdicción sobre el área del caribe que compone la Reserva Seaflower. Más aún, a partir del fallo de la Corte Internacional de Justicia del 19 de noviembre de 2012,

se le adjudicaron 74.000 km^2 de mar a Nicaragua, con lo que se presentó una ruptura del esquema inicial de la reserva de la Biósfera Seaflower pues los cayos Quitasueño y Serranas –que son territorio colombiano y son parte de la reserva– quedaron ubicados en aguas nicaragüenses. Por lo anterior, las pretensiones de la acción popular interpuesta en el año 2011 de proteger una extensión amplia del Seaflower, resultaron parcialmente frustradas por el complejo esquema en el que quedó dividida la reserva después del fallo de la Corte Internacional de Justicia (Hurtado Rassi, 2015)

En marzo del año 2016, Colombia acudió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para elevar una solicitud de Opinión Consultiva con el ánimo de que este Tribunal indicara cuál es el alcance de las obligaciones de los Estados parte del Pacto de San José, frente a la protección del ambiente y su relación con los derechos a la vida y la integridad personal, en el marco de daños ambientales transfronterizos. En la formulación de las preguntas, el Estado colombiano enmarcó el objeto de solicitud a la "jurisdicción funcional creada por el Convenio de Cartagena en razón a las especiales características humanas, ambientales, y legales de la Región del Gran Caribe" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 23, 2017).

Dentro de la estrategia de seguimiento de la acción popular interpuesta para proteger el Seaflower, el GAP encontró que la mencionada opinión consultiva era una oportunidad para extender los efectos del fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina al marco internacional de la Región Caribe. Por ello, el GAP presentó observaciones escritas a la opinión consultiva, con el ánimo de nutrir el debate argumentativo que sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de contextualizar las preguntas elevadas al ámbito de la Región Caribe, y en particular de la Reserva de la Biósfera Seaflower.

En efecto, el escrito presentado por el GAP tenía los siguientes objetivos: i) demostrar la importancia del Mar Caribe y de los ecosistemas allí presentes para las poblaciones costeras; ii) resaltar que el principio de cooperación internacional contiene el deber específico de no generar daños ambientales transfronterizos, sobre todo tratándose de ecosistemas tan frágiles como el Mar Caribe; iii) señalar la importancia de reconocer el principio de precaución ambiental como una obligación en materia de derechos humanos; y, por último, iv) destacar que los Estados de la Región Caribe deben asegurar la estabilidad y existencia de las comunidades tribales y raizales, a través del cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, así como de las obligaciones ambientales internacionales conexas.

Al resolver esta consulta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos amplió el espectro de la discusión y se refirió a la interrelación entre el ambiente y los derechos humanos, sin limitar su posición a la jurisdicción funcional existente en el Mar Caribe. Así, en la Opinión Consultiva número 23 (OC 23), la Corte indicó que las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos se relaciona con la protección del ambiente por dos vías: la primera es el reconocimiento de que la degradación ambiental implica un desmedro de otros derechos humanos como la vida y la integridad personal; y la segunda, se relaciona con el derecho humano a un ambiente sano contemplado en el Protocolo de San Salvador, el cual tiene carácter autónomo y por lo tanto debe protegerse aún en ausencia de un riesgo a las personas individuales. Frente a la primera dimensión, la Corte puntualizó que la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal requieren que los Estados deben aplicar el principio de precaución de manera que, frente a la existencia de posibles daños graves o irreversibles al ambiente, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para no adoptar medidas eficaces para prevenir dicho daño (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

A pesar de que la OC 23 no se enmarcó en la protección del Mar Caribe como lo pretendía el Estado de Colombia, los resultados anteriormente descritos son de alta impor-

tancia, en cuanto sientan la posición de la Corte Interamericana frente a la degradación ambiental que genere daños graves e irreversibles y afectaciones a los derechos humanos, posición que se asemeja a la argumentación adoptada por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en el fallo del Seaflower. Por lo anterior, es viable afirmar que en el evento de existir una amenaza de daño grave a la Reserva de la Biósfera Seaflower en las zonas pertenecientes a otros estados diferentes a Colombia, dichos Estados podrían resultar responsables internacionalmente por la violación a los derechos humanos contemplados en la Convención Americana. Además, esta opinión consultiva representa un avance para la materialización efectiva de la protección del derecho a un medio ambiente sano contemplado en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, en tanto la Corte, como órgano autorizado para la interpretación de los tratados del Sistema Interamericano, reconoció no sólo que el medio ambiente debe ser protegido por su propio valor autónomo, sino que además lo incluye dentro de los derechos económicos sociales y culturales contemplados en el artículo 26 de la Convención Americana. Esto último puede representar una puerta para la justiciabilidad del derecho al medio ambiente sano en el ámbito interamericano, en tanto la Corte, siguiendo esta línea interpretativa, podría conocer de las violaciones al derecho humano a un ambiente sano tanto por vía del artículo 26 de la CADH, como cuando de la degradación ambiental se generen violaciones a otros derechos humanos por su carácter interdependiente.

6. CONCLUSIONES

Tal y como se ha abordado en este capítulo, en Colombia la protección de los DESCA es posible a través de mecanismos flexibles como los contemplados en la Constitución Política nacional, los cuales pueden ser ejercidos por cualquier persona sin la necesidad de ser representado por un abogado, es decir hay una titularidad amplia en los derechos y por ende en las acciones. En el caso específico, la ventaja de contar dentro del ordenamiento jurídico con la acción popular, destinada a la protección de los derechos colectivos como el ambiente sano, permitió la actuación de personas ubicadas en distintas partes del país interesadas en la defensa del interés público, como el GAP, siendo una garantía de acceso a la justicia por parte de todos los ciudadanos del común.

Estos fallos resultan de especial importancia debido a que reconocen y aplican el uso de categorías de protección ambiental y la utilización de principios del derecho ambiental, en el que la protección de la reserva de la Biosfera del Seaflower resulta más importante que los réditos económicos que se podrían percibir si se permitiera la explotación de hidrocarburos en ella. En este sentido, la aplicación de categorías como Área Marina Protegida y de principios como la precaución, prevención y legalidad, es una muestra que se empieza a reconocer cada vez más en los estrados judiciales que se debe pensar en otras formas de desarrollo económico que no impliquen la destrucción del entorno natural y cultural y tener una visión a largo plazo de las consecuencias de los proyectos que se impulsen.

En el mismo sentido, este tipo de decisiones sirven para generar conciencia sobre el debate que como sociedad se debe dar alrededor del concepto de desarrollo en sentido amplio, basado en la sostenibilidad y la protección del ambiente que, en el largo plazo, resulta más benéfico que el desarrollo comprendido desde un plano netamente económico. Para esto es importante que haya una protección adicional a los derechos que permitan su materialización, por ejemplo, tomar medidas que redunden en beneficios para los territorios y las comunidades locales.

Finalmente, el resultado del litigio estratégico desplegado por el GAP en la protección de la Reserva Seaflower, permitió que a nivel nacional no sólo se protegiera un ecosis-

tema de gran importancia frente a los riesgos de la exploración y explotación de hidrocarburos, sino que se estableció un precedente para la aplicación del principio de precaución por vía judicial, en tanto la existencia de certeza científica frente a la ocurrencia de un daño grave e irreversible al medio ambiente, no justifica la postergación de medidas para impedir que se degrade el medio ambiente, ni limita la defensa de los intereses colectivos por medio de las acciones populares, pues estas tienen también un carácter preventivo.

BIBLIOGRAFÍA

- Barraza Escobar, Carlos. (31 de mayo de 2019) Pesca ilegal en San Andrés, amenaza para la Reserva Seaflower. San Andrés, Colombia: Radio Nacional de Colombia. Recuperado de: https://www.radionacional.co/noticia/seaflower-pesca-ilegal
- Camargo, P. P (1999). Las acciones populares y de grupo: guía práctica de la ley 472 de 1998. Bogotá: Grupo Editorial Leyer.
- Comisión Colombiana del Océano. (2019). Plan de expediciones científicas. Reserva de la Biósfera Seaflower. Recuperado en: http://www.cco.gov.co/plan-de-expediciones-cientificas.html
- Comisión Colombiana del Océano. (2015). Aproximación a la valoración económica de la zona marina y costera del Caribe Colombiano. Bogotá. Recuperado en: http://www.cco.gov.co/docs/publicaciones/valoracioncaribe.pdf
- Ley 472 de 1998 (6 de agosto), por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n° 43.357.
- Corte Constitucional de Colombia (23 de abril). Sentencia T-254 de 2014. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (15 de noviembre). Opinión Consultiva OC-23 de 2017.
- Hurtado Rassi, J. (2015). El fallo de La Haya y sus efectos en la Reserva de Biosfera Seaflower. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho.
- Hofman Quintero, J., & Muñoz Ávila, L. (2013). Crónica de una explotación anunciada: horizontes para la protección de la reserva de la biósfera Seaflower. En B. L. Toro, *Litigio Estratégico En Colombia. Casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas* (págs. 91 -102). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Iregui Parra, P. M., & Perez Amaya, N. (2018). La protección del Seaflower como materialización de los Derechos al Patrimonio Histórico y Cultural y al Mediambiente sano. En S. Rivera-Paez (Ed.), *Intereses de Colombia en el Mar. Reflexiones y propuestas para la construcción de país marítimo*. (págs. 201 - 228). Bogotá: Editorial Escuela Superior de Guerra.
- Jabba, A. S. (2012). Manejo ambiental en Seaflower, Reserva de la Biosfera en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/es/node/30591, consultado el 14 de julio del 2014.
- Londoño Toro, B., Et. Al. (2009). Educación Legal Clínica y Defensa de los Derechos Humanos. Casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas -GAP. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Londoño Toro, B. & Torres-Villarreal, M.L. (2018). Retos de la educación legal clínica como modelo pedagógico en américa latina: análisis de la experiencia del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario (1999-2017). *Revista Republicana*, (25): 43-67.
- Londoño Toro, B., Et. Al. (2013). Litigio estratégico en Colombia. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Pérez Amaya, N, Sánchez Quintero, A & Vallejo Abdala, A (2017). La educación legal clínica: una herramienta para la defensa del medio ambiente en el Archipiélago de San Andrés. VI Foro por la Vida: Convivencia, la persona y su entorno, Universidad Católica de Colombia. 77-89. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Robinson, D. (2005). Capítulo V: El Pueblo Raizal. En Varios, & C. P. Rodríguez. 217-238. Bogotá: Comunidades étnicas en Colombia: Cultura y Jurisprudencia.
- Torres-Villarreal, M.L. (2012). La comunidad raizal: elementos para una reflexión jurídica a partir de un discurso étnico. *Revista Civilizar* 12 (22): 35-56, Enero-junio de 2012.
- Torres-Villarreal, M. L., & Iregui-Parra, P. M. (2013). La protección ciudadana de los derechos humanos. Bogotá: Universidad del Rosario.

- Torres-Villarreal, M. L. (2013). La enseñanza clínica del derecho: una forma de educación para el cambio social. La experiencia del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 43 (119) 705-734.
- Torres Villarreal, M. L., & Londoño Toro, B. (2014). Herramientas para la protección del interés público en América Latina: El diseño de un litigio de alto impacto desde la educación legal clínica. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 92 (107), 93-106
- Torres-Villarreal, M. L., & Iregui-Parra, P. M. (2017). Las modificaciones legislativas a las acciones populares en Colombia ¿avance o retroceso? *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte* (48), 131-162.

El acceso a la justicia de los pueblos y nacionalidades indígenas al derecho del medio ambiente sano en Ecuador. Caso Río Blanco

ANDRÉS MARTÍNEZ MOSCOSO, ADRIANA ABRIL ORTIZ Y FRANCISCO BERMEO CABRERA[150]

RESUMEN

En el año 2000 la UNESCO declaró el Archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y sus Cayos, en Colombia, como Reserva Mundial de la Biosfera (Seaflower). A pesar de ello, este lugar se ha visto amenazado ante intentos de explotación de hidrocarburos y construcción de obras de infraestructura que atentan contra el derecho al ambiente sano y el territorio ancestral de los raizales. El propósito de este escrito es evidenciar el impacto del litigio estratégico que realizó el GAP para defender la reserva, tornándolo en un caso paradigmático y emblemático para la protección de los DESCA.

Palabras claves: Consulta previa • Acceso a la justicia • Medio ambiente sano • Derechos colectivos • Ecuador

ABSTRACT

In the year 2000, UNESCO declared the Archipelago of San Andrés, Providencia, Santa Catalina and its Keys, in Colombia, as a Seaflower World Biosphere Reserve. Despite this, that place has been threatened by attempts to exploit hydrocarbons and construction of infrastructure works that violate the right to a healthy environment and the ancestral territory of the *raizales*. The purpose of this paper is to demonstrate the impact of the strategic litigation carried out by the GAP to defend the reserve, making it a paradigmatic and emblematic case for the protection of the ESCER.

Keywords: Strategic litigation • Environmental justice • Healthy environment • Sustainable development and oil exploitation

150 Andrés Martínez Moscoso (andres.martinez@ucuenca.edu.ec); Adriana Abril Ortíz (adriana.abril@ucuenca.edu.ec); Francisco Bermeo Cabrera (francisco.bermeo@ucuenca.edu.ec). Institución: Water Law and Management Lab - Universidad de Cuenca.

1. INTRODUCCIÓN

La República del Ecuador no solo destaca por su megadiversidad, sino además por desarrollar una normativa progresista en relación con el medio ambiente sano y la protección de la naturaleza. Sin embargo, al tratarse de un país en vías de desarrollo, en ocasiones las decisiones tomadas por el gobierno central de turno respecto a la explotación de recursos naturales no renovables (petróleo, minería, etc.), contradicen la aspiración del modelo de desarrollo del "sumak kawsay" o buen vivir, que privilegia un desarrollo armónico con la naturaleza.

El presente estudio se pregunta: ¿Cuáles son los aciertos y limitaciones que presenta el caso de Río Blanco en Ecuador como referente de acceso a la justicia al medio ambiente sano por parte de los pueblos y nacionalidades indígenas?

Para ello, se utiliza como hipótesis de partida lo siguiente: El marco normativo constitucional ecuatoriano otorga múltiples facilidades para el acceso de los ciudadanos a la justicia, tanto por el amplio catálogo de derechos que reconoce la carta constitucional, dado el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos y la obligación estatal de garantizar un medio ambiente sano, así como a través de mecanismos procesales como la acción constitucional de protección.

Este contexto hace que los operadores de justicia tengan elementos para que en sus resoluciones puedan amparar el derecho de los ciudadanos a un medio ambiente sano.

No obstante, al ser todos los jueces de primer nivel, jueces constitucionales por defecto, estos no se encuentran plenamente capacitados con respecto a derecho ambiental y derechos de la naturaleza, con lo cual, sentencias y resoluciones que podrían ser referentes, adolecen de errores de utilización de categorías normativas, instituciones jurídicas, entre otras.

El caso de Río Blanco es una clara muestra, pues si bien es cierto el juez constitucional tuteló el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a un medio ambiente sano, al no haberse realizado la consulta previa; la argumentación, así como la confusión del Tribunal de segunda instancia, hacen que se ponga en riesgo la real protección de derechos, pues ante la Corte Constitucional se presentó una Acción Extraordinaria de Protección (No. 2546-18-EP) que pide se revea esta decisión por haberse vulnerado el debido proceso.

Por ello el objetivo general del estudio, busca examinar el acceso a la justicia de los pueblos y nacionalidades indígenas al medio ambiente sano en Ecuador a través de la presentación del caso de Río Blanco.

Usando tres variables u objetivos específicos: a) Definir el marco constitucional a través del cual los ciudadanos pueden acceder a la justicia; b) Establecer los aciertos de la justicia constitucional ecuatoriana para garantizar el acceso a la justicia en materia ambiental, a través de la acción de protección No. 01333-2018-03145; y, c) Comparar en qué manera la resolución del caso de Río Blanco, puede usarse como referente para la solución de conflictos socioambientales en zonas de explotación de recursos naturales no renovables como la minería.

Al tratarse de un análisis de caso, la metodología empleada se basa en presentar las soluciones brindadas, tanto en el caso seleccionado tanto a nivel comparativo respecto a la protección del ambiente a través de los órganos de administración de justicia. Conocimiento y comprensión del proceso interpretativo y argumentativo que se llevó a cabo para la resolución respectiva.

La estructura del estudio se divide en cuatro grandes apartados que responden a las interrogantes planteadas: 1.Trayecto inicial de la resolución del conflicto; 2. Ingreso al aparato judicial y proceso; 3. Respuesta jurisdiccional; y, 4. Cumplimiento de la resolución.

2. TRAYECTO INICIAL DE LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

La República del Ecuador en el año 2008, aprobó la vigésima Constitución de la República del Ecuador, la misma modificó el modelo de desarrollo, a través de la aplicación de un modelo basado en la cosmovisión andina del Buen Vivir o "Sumak Kawsay", el cual se refiere al derecho de los individuos y de la sociedad para alcanzar su desarrollo en armonía con la naturaleza, bajo los preceptos de la sostenibilidad y sustentabilidad (Unceta, Acosta y Martínez, 2014).

El texto constitucional ecuatoriano a más de guiarse bajo el concepto del buen vivir, reconoce a la Naturaleza como sujeto de derechos (pasó de ser reconocida como objeto a un sujeto de derechos), (Ávila, 2011), sin embargo, la construcción del constituyente ecuatoriano fue contradictoria, pues desarrolla un importante capítulo sobre la repercusión económica, social, y ambiental de los "sectores estratégicos", entre los que se encuentran la minería, y que por su importancia su administración, gestión, rectoría y control fueron reservados al Estado, a través del gobierno central, el cual con el propósito de generar ingresos a las arcas públicas, en la última década otorgó amplias concesiones de proyectos mineros a empresas de capital extranjero (República Popular China), los cuales han generado conflictividad socioambiental por su desarrollo y explotación.

De acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo (2013-2017), se aprobaron 16 proyectos mineros, 5 de ellos generan tensión entre las comunidades, actores políticos, sociales, las empresas mineras y el Gobierno Nacional; dentro de estos proyectos conflictivos, se encuentra Río Blanco, el cual fue anunciado por parte del gobierno de Rafael Correa, (2007-2017) como "el primer proyecto de minería industrial a mediana escala que entraría a producir" (Troya, 2017).

La mayor parte de proyectos de explotación minera se concentran en la región austral, sur de los Andes (provincia del Azuay), y al sur de la Amazonía del Ecuador (provincias de Morona Santiago y Zamora Chinchipe), respectivamente. Territorios que de manera ancestral poseen pueblos y nacionalidades indígenas (Kichwas, Shuar y Achuar).

Gráfico 1
MAPA DE LA UBICACIÓN GEOGRÁFICA DEL PROYECTO MINERO "RÍO BLANCO"

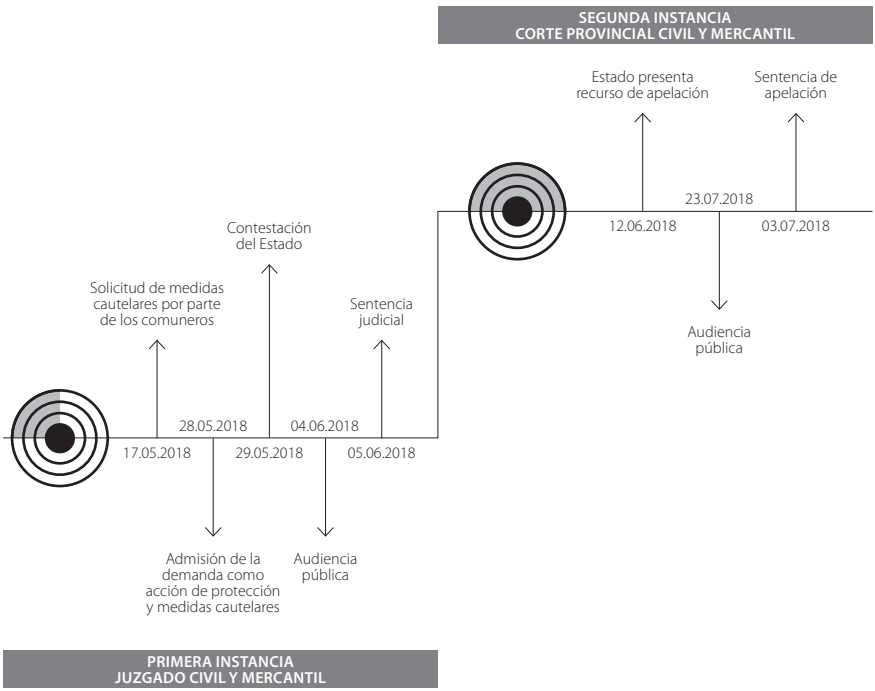
Fuente. Elaboración propia.

El Proyecto minero "Río Blanco", se ubica en las parroquias rurales de Molleturo y Chaucha, del cantón Cuenca (tercera ciudad del país), provincia del Azuay. La superficie del proyecto es de 5.708 hectáreas, destinado a la extracción de oro y plata, donde se ha determinado reservas privadas de 605 mil onzas de oro y 4,3 millones de onzas de plata, respectivamente. Se encuentra en una zona de estricto cuidado ambiental, por su cercanía a cuencas y microcuencas hídricas.

Por su parte, desde el punto de vista social, en el área de influencia se encuentra la comunidad de San Felipe de Molleturo, la misma que desde el 2006 inició su lucha de resistencia contra la explotación minera (Ver actores involucrados en el conflicto socio-ambiental en Anexo 1).

La judicialización del conflicto inició en mayo de 2018, cuando el Procurador Común de la Comunidad, Yaku Sacha Pérez Guartambel (político y activista ambiental), presentó una acción constitucional de medida cautelar en contra de los titulares de los Ministerios de Minas y del Ambiente, respectivamente, con la pretensión de que se suspenda la autorización de explotación minera del proyecto Río Blanco, petición que se sustentó en la falta de consulta previa, libre e informada, conforme lo establece el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Constitución del Ecuador, respectivamente.

Gráfico 2
LÍNEA DE TIEMPO CASO "RÍO BLANCO".



Fuente. Elaboración propia de los autores a partir del proceso judicial Nro. 01333-2018.03145.

2.1 Obstáculos fácticos

La comunidad de Molleturo ha enfrentado diversos obstáculos, agravados por la condición de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas en el acceso a la justicia[151]. Entre los que se encuentran: a) desconfianza en el sistema judicial; b) criminalización de la protesta; y, c) falta de formación de los jueces.

Desconfianza en el sistema de justicia

La confianza de la ciudadanía ecuatoriana en la administración de justicia es de un 23% (Latinobarómetro, 2018), situación que se explica entre otras, debido al "...papel contralor respecto de los jueces" (Pasara, 2014, pg. 41), que desempeña el órgano administrativo de la Función Judicial, denominado Consejo de la Judicatura[152]; el mismo que tiene la potestad de instaurar procesos disciplinarios en contra de los operadores de justicia, lo que sin duda afecta "... negativamente a la protección de los derechos constitucionales" (Grijalva, 2011, pg. 40).

Criminalización de la protesta

El presidente Rafael Correa Delgado (2007-2017) y Lenín Moreno Garcés (2017-presente), con el propósito de garantizar la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, emplearon tanto el ejercicio de la fuerza física contra comuneros, indígenas y ambientalistas que ejercían su derecho constitucional a la resistencia[153], así como la aplicación del tipo penal de "terrorismo" y "sabotaje", con el fin de perseguir a líderes sociales en " [...] un proceso selectivo de criminalización" (Piqué y Soberano, 2009, pg. 255). En el caso, líderes de la comunidad de Molleturo denunciaron en el 2018, ser sujetos de una investigación previa en manos de la Fiscalía por el delito de "sabotaje"[154], a consecuencia de los enfrentamientos ocurridos con las fuerzas del Estado en las zonas de influencia del proyecto minero Río Blanco (Diario El Mercurio, 2018). Uno de los dirigentes que mayor persecución sufrió, fue precisamente el procurador común del caso Río Blanco, Yaku Pérez Guartambel[155].

Falta de formación de los jueces

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos en su informe sobre acceso a la justicia en el Ecuador indicó que los pueblos indígenas enfrentaban dificultades en la aplicación de sus derechos colectivos (2009). Posteriormente, en el 2016 el Consejo de la Judicatura desarrolló una guía para la transversalización del principio de interculturalidad en la justicia ordinaria, que considera la aplicación de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008). Sin embargo, en la construcción de la nueva Agenda Nacional para la Igualdad de Pueblos y Nacionalidades Indígenas

151 En el 2013 el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas emitió la Opinión N° 5, sobre el acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, en el cual se reconoce que existen injusticias históricas y discriminación en el acceso a sus territorios y recursos.

152 De conformidad con el artículo 178 de la Constitución el Consejo de la Judicatura "es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial".

153 Constitución de la República del Ecuador, art. 98.

154 Ilícito tipificado en el artículo 345 del Código Orgánico Integral Penal, sancionado con pena privativa de libertad entre 7 a 10 años.

155 En el 2011 se dictó sentencia condenatoria en su contra por el delito de obstaculización de vías públicas con pena privativa de libertad de 8 días (Proceso Nro. 0112120110128, Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay), debido a incidentes ocurridos en las zonas de influencia del proyecto minero.

los miembros del Consejo de Pueblos Indígenas han recomendado se considere la capacitación de los jueces en torno al ejercicio de sus derechos colectivos (2018).

3. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL ECUADOR

Los instrumentos internacionales de protección del medio ambiente tuvieron trascendental importancia en el Ecuador; tanto la Conferencia de Estocolmo (1972) y la Conferencia de Río (1992), influyeron en las reformas de 1983 y 1996 de la Constitución de la República (1979), en las cuales se incorporó el reconocimiento del derecho a vivir en un medio ambiente sano libre de contaminación y la obligación del Estado de garantizar el desarrollo sustentable. Posteriormente con la Constitución de 1998, el Ecuador estableció que la protección del medio ambiente debía ser una obligación fundamental del Estado.

La dinámica de protección del derecho al medio ambiente sano en el Ecuador por parte de los órganos jurisdiccionales, sigue una dinámica similar a la del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esto es, a través de la protección de los derechos a la propiedad y del territorio de los pueblos y nacionalidades indígenas (protección de recursos naturales en propiedad colectiva) (García, 2018).

En 2008, a diferencia de lo sucedido en otros países[156], la "Pachamama" fue reconocida como sujeto de derechos en el texto constitucional, con la consecuente obligación de ser respetada, preservada y restaurada conforme a su ciclo vital. Este reconocimiento representa un cambio en la visión antropocéntrica que la consideran un objeto. En su lugar, se plantea una perspectiva biocéntrica a partir de la filosofía andina (Ávila, 2016). Sin embargo, existen críticas al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en tanto se considera es una estrategia retórica sin efectos reales, diferentes que la protección del medio ambiente (Simon, 2018).

Hasta la fecha, la Corte Constitucional se ha pronunciado en contadas ocasiones respecto de la violación de los derechos de la naturaleza, sin llegar a establecer estándares

156 El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, tanto en el texto constitucional (Ecuador y Bolivia), así como a nivel jurisprudencial (Colombia, Nueva Zelanda, India, etc.), puede considerarse como un nivel avanzado del derecho al medio ambiente sano, sin embargo, desde la esfera jurídica debe discutirse no tan sólo el debate filosófico, sino la repercusión procesal que la naturaleza pueda "sentarse" ante un tribunal. Debate que recae entre el concepto de "persona" y el de "locus standi" (capacidad ante el Tribunal) (Cano, 2018).
A nivel comparativo, desde la jurisprudencia se pueden analizar una variedad de casos, en los que se verifica la evolución que han tenido las Cortes, en las que no solamente tutelan el derecho al medio ambiente sano, sino que reconocen a la naturaleza (ríos y demás cuerpos hídricos), como sujetos de derechos (ver Anexo Nro. 2, sobre jurisprudencia comparativa y medio ambiente sano).
En el caso colombiano, la Corte Constitucional a través de su Sentencia T-622/16, utilizó un argumento similar al de la Corte IDH en su Opinión Consultiva, pues consideraron que la violación de los derechos del río Atrato, debido a la explotación minera ilegal en el departamento del Choco, afectaban a los derechos fundamentales de las comunidades étnicas (indígenas y negras), de la cuenca del río Atrato.
El Estado colombiano es responsable por omisión, al no brindar una respuesta: idónea, articulada, coordinada y efectiva. Además, se utilizó el principio del derecho ambiental de protección intergeneracional.
Por su parte, en la República del Perú, es pertinente el caso del Área de Conservación Regional "Cordillera Escalera" (región de San Martín). Se pretendía suspender la exploración y explotación de hidrocarburos en el Área.
Lo cual fue resuelto por el Tribunal Constitucional a través de sentencia, TC-03343-2007-PA, de fecha 19 de febrero de 2009, en la cual ordenó al Servicio Nacional de Áreas Protegidas del Perú, SERNAP, la prohibición de la realización de la última fase de la etapa de exploración y explotación, hasta que no se cuente con el Plan Maestro, y siempre y cuando las mismas sean compatibles con el mencionado instrumento.
Sin embargo, la prohibición emanada por el Tribunal Constitucional fue incumplido por parte de SERNAP, lo cual provocó que el Juez de Tarapotó, se pronuncie a través de acción de amparo No. 016064-2014-2208-JR-CI-01, de fecha 21 de junio de 2017 en la cual se ordenó el cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional. A más de la compatibilidad de la actividad, el conflicto entre la actividad extractiva y el área natural, no se debe guiar por un aspecto cronológico, sino del bien jurídico afectado (medio ambiente) (STC Nº 03343-2009-PA/TC, f.j. 49).

claros que desarrollen el contenido del derecho[157]. En el caso de actores privados se ha contrapuesto el derecho al trabajo frente a los derechos de la naturaleza y a un medio ambiente sano, en temas de explotación de material pétreo[158] y actividad acuícola[159]; mientras que, se ha reconocido la responsabilidad del Estado en la regulación y control de las actividades que amenacen al medio ambiente[160].

3.1 Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos

El derecho a un medio ambiente sano se encuentra reconocido en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador y debe entenderse como parte de los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana. En febrero de 2018, la Corte IDH dotó de contenido al "medio ambiente sano", a través de la Opinión Consultiva OC-23/17, en la cual indica que existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos. Así mismo considera que es un derecho autónomo y exigible en todos los casos frente a las autoridades estatales.

Al respecto cabe señalar que el derecho humano a un medio ambiente sano tiene connotaciones colectivas e individuales, en tanto representa un interés universal intergeneracional y también puede tener en las personas repercusiones directas e indirectas en su vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, derecho a no ser desplazados forzadamente, entre otros, considerados por la Corte IDH como derechos sustantivos (Corte IDH, OC-23/17).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha indicado que existen también derechos de procedimiento cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, entre los cuales se encuentran la libertad de expresión y asociación, a la información, y, aquellos que nos ocupan en el caso de análisis, a la participación y el derecho a un recurso efectivo (Corte IDH, OC-23/17). La participación efectiva se materializa a través del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas de conformidad con el artículo 6.1 del Convenio No. 169 de la OIT, respecto de cualquier plan extractivo que se desarrolle en su territorio (CIDH, 2015).

Según la Corte IDH, los pueblos indígenas se encuentran en situaciones de particular vulnerabilidad frente a la degradación del medio ambiente por sus lazos espirituales y culturales con sus territorios ancestrales, por depender económicamente de los recursos ambientales y porque viven en tierras marginales y ecosistemas frágiles sensibles a las alteraciones en el medio ambiente físico (Corte IDH, OC-23/17).

3.2 El rol de las comunidades indígenas frente a la consulta previa

El cumplimiento de los parámetros de la consulta previa por parte del Ecuador no ha sido satisfactorio, de tal suerte, la falta de observación de sus parámetros (Convenio No. 169 de la OIT), acarreó una condena por parte de la Corte IDH en 2012, en el caso "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador" Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH, 2016).

157 En mayo de 2019 la Corte Constitucional del Ecuador seleccionó el caso N° 502-19-JP para el desarrollo de jurisprudencia vinculante sobre los estándares y límites de la explotación de recursos naturales renovables y no renovables gestionados por el Estado, las políticas públicas, el accionar de las empresas concesionarias y su impacto en el ejercicio de derechos colectivos y de la naturaleza.

158 Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 1281-12-EP

159 Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 0507-12-EP

160 Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 0047-09-IS

Pese al reconocimiento constitucional que el Estado ecuatoriano ha hecho sobre la Consulta Previa, los procesos realizados no cumplen con los estándares internacionales como lo señala la jurisprudencia nacional (Caso Río Blanco y caso Waoroani) e internacional (caso Sarayaku), ni tampoco cumplen los indicadores para el monitoreo y la evaluación de la consulta (Middeldorp y Ariza, 2018).

Sin embargo, dada la tradición democrática de atar las decisiones "difíciles" a referéndums, en los últimos años (Latinobarómetro, 2018), las consultas populares han sido la respuesta estatal para preguntar a la población sobre temas de interés ambiental, con resultados de apoyo mayoritario por parte del electorado a la protección del ambiente. Situación de la que se han valido activistas (Yasunidos[1]) y Pueblos y Nacionalidades Indígenas (Consulta Popular de Girón), para realizar sus propios procesos de consulta, con el propósito de limitar la explotación de recursos naturales en sus territorios, situación que hasta la fecha no cuenta con un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional.

4. INGRESO FORMAL AL SISTEMA DE JUSTICIA

La Constitución ecuatoriana de 2008, presenta un modelo postpositivista[161] caracterizado por un aparato judicial fortalecido y el establecimiento de amplias garantías para el ejercicio de los derechos (Montaña y Pazmiño, 2013). En este sentido, entre las garantías jurisdiccionales que son pertinentes para el caso, constan la acción de protección, medidas cautelares y la extraordinaria de protección[162].

a. La *acción de protección* es el mecanismo para garantizar el amparo directo y eficaz de los derechos, por actos u omisiones del Estado y de personas particulares[163].
b. Las *medidas cautelares* están dirigidas a evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos y pueden proponerse de forma conjunta o independiente de las acciones de protección[164]. Cabe recalcar que las medidas cautelares deben cumplir con los requisitos de inminencia y gravedad del daño, considerando la irreversibilidad del mismo, la intensidad y frecuencia de la violación[165].
c. La *acción extraordinaria de protección* procede contra sentencias o autos definitivos en los que por acción u omisión se hayan violentado derechos, debiendo interponerse la misma ante la Corte Constitucional luego de que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios en el término legal o cuando no se hayan interpuesto sin que fuera atribuible a la negligencia del titular[166].

Las garantías jurisdiccionales en el país se caracterizan por constar de un procedimiento sencillo, rápido y eficaz, con una tramitación oral, mediante audiencias públicas. Su legitimación activa es popular en tanto, le corresponden a cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, e incluso al Defensor del Pueblo[167].

161 En el Ecuador un modelo postpositivista contempla: "a) la adopción de un modelo de democracia participativa en reemplazo de la antigua democracia representativa; b) la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; c) el fortalecimiento del papel de los jueces y la función judicial dentro de la arquitectura constitucional; d) la ampliación radical del sistema de garantías establecido en la Constitución; e) el reconocimiento al carácter multiétnico y pluricultural de las naciones latinoamericanas" (Montaña & Pazmiño, 2013).
162 Constitución de la República del Ecuador. Art. 86 - 94.
163 Ibídem. Art. 88.
164 Ibídem. Art. 87.
165 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 27. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009.
166 Constitución de la República del Ecuador. Art. 94.
167 Constitución de la República del Ecuador. Art. 86.

En Ecuador, los juzgados de primera instancia de la justicia ordinaria conocen las demandas por las garantías constitucionales[168], mientras que las cortes provinciales se convierten en segunda instancia para el caso de apelaciones. A nivel normativo, en Ecuador se estimula que los jueces sean parte del proceso judicial (práctica de prueba, error de tramitación, imposición de multas, etc.), así también, se permite la aplicación del principio procesal: lura Novit curia, como atribución de aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional (caso Río Blanco).

Por su parte, la Corte Constitucional se erige como el máximo intérprete de la Carta Magna, ejerciendo un control constitucional concentrado. Sin embargo, al ser todos los jueces quienes pueden conocer estos procesos, se pierde el principio de especialidad, y se evidencian importantes lagunas en materia constitucional y ambiental, respectivamente.

4.1 Acciones previas al proceso judicial del caso Río Blanco

La discusión en torno al caso Río Blanco, llegó a los consejos de gobierno subnacionales, tanto cantonal como provincial. Los cuales, en los años 2011 y 2016, respectivamente, mediante actos simbólicos de rechazo a los proyectos de explotación minera, declararon los páramos, fuentes de agua y ecosistemas frágiles de sus territorios como zonas libres de minería metálica.

Los comuneros y grupos ambientalistas, en el 2012 y 2018, respectivamente, presentaron una solicitud ante el Defensor del Pueblo para denunciar la violación al derecho de las comunidades a la consulta previa, libre e informada en el proyecto minero Río Blanco (Defensoras Pachamama, 2012; Defensoría del Pueblo, 2018). Sin embargo, a pesar de que la Defensoría del Pueblo tiene la obligación de garantizar los derechos constitucionales e incluso de patrocinar de oficio procesos judiciales para la efectiva materialización de los mismos[169], no existió por parte de este una respuesta eficaz, ni la aplicación de medidas concretas[170].

Finalmente, en agosto de 2016[171] el Concejal del cantón Cuenca, Iván Granda Molina, presentó una solicitud de medidas cautelares ante la posible vulneración a los derechos de la naturaleza y a un medio ambiente sano, debido a las licencias otorgadas por el Estado ecuatoriano para la explotación minera en el proyecto Río Blanco, la cual fue negada.

4.2 Proceso judicial en el caso Río Blanco

El 17 de mayo de 2018, comuneros y organizaciones sociales campesinas e indígenas, solicitaron al aparato jurisdiccional como medida cautelar se disponga la suspensión inmediata de la explotación minera en "Río Blanco", hasta que se demuestre que la actividad extractiva no afectaría a las fuentes de agua, a la diversidad biológica de la zona ni a elementos sociales y culturales; y, en segundo lugar, se obtenga el consentimiento de las comunidades afectadas mediante la consulta previa, libre e informada.

Los accionantes sustentaron su petición en el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado reconocido en la Constitución del Ecuador, junto con los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, entre ellos, la consulta previa, el derecho a la autodeterminación y la propiedad colectiva de la tierra. A nivel internacional

168 A excepción de la acción extraordinaria de protección.
169 Constitución de la República del Ecuador. Art. 214 -215.
170 Defensoría del Pueblo. Coordinación General Defensorial Zonal 6 Azuay. Caso - DPE - 0101 - 010101 - 209 - 2018 - 002344.
171 Medidas cautelares. Proceso judicial N° 3018-2016.

se citó la Declaración Universal, Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio 169 de la OIT.

El Juez de la Unidad Civil y Mercantil aplicó el principio recogido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador[172], según el cual si al conocer una petición de medida cautelar, el juzgador advierte de la lectura integral de la demanda y de los hechos relatados, existe no solo una amenaza, sino una presunta vulneración de un derecho, el juez debe enmendar el error y tramitar la medida cautelar en conjunto con la garantía jurisdiccional de conocimiento. De modo que, el 28 de mayo de 2018 el Juez desde una posición garantista admitió la solicitud como acción de protección y medida cautelar[173].

5. RESPUESTA JURISDICCIONAL

5.1 Primera instancia

Después de la audiencia pública, el 4 de junio de 2018, en la cual las partes ejercieron su derecho a la contradicción, el Juez de primera instancia dictó sentencia el 5 de junio de 2018, en la cual aceptó la solicitud de los comuneros por considerar que se había vulnerado el derecho a la consulta previa, libre e informada, en las comunidades de Molleturo, respecto del proyecto minero Río Blanco[174].

Además, ordenó la suspensión de las actividades de explotación minera en Río Blanco hasta que se realice la consulta previa, conforme los estándares internacionales, como medida de restitución. Finalmente, dispuso la desmilitarización gradual y paulatina de los sectores del conflicto (Sentencia caso Río Blanco, 2018).

El Juez, analizó los fundamentos jurídicos, en los cuales destacó la protección constitucional de los recursos naturales, los derechos de la naturaleza, la garantía de la consulta previa a las comunidades y la supremacía de los tratados internacionales de derechos humanos.

Realizó un control de convencionalidad a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio 169 de la OIT sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales.

Al referirse a la igualdad formal[175], igualdad material[176] y tutela judicial efectiva[177], el juez garantizó mediante la sentencia, los derechos propugnados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; así también se fundamentó en la Convención Americana de los Derechos Humanos, en lo que menciona la obligación de respetar los derechos[178] y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno[179]; y, sobre el Convenio 169 de la OIT sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, citó lo concerniente a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones del Gobierno[180], a las medidas para salvaguardar el medio ambiente[181], garantizar la ancestralidad[182], a ser consultados previa a una decisión que les involucre y hacerles partícipes de los réditos económico[183].

172 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC, CASO Nro. 1470-14-EP.
173 Caso Río Blanco. Acción de Protección, proceso Nro. 01333-2018.03145 (20).
174 Para mejor comprensión de la totalidad del proceso judicial dirigirse al Anexo Nro. 3.
175 DUDH. Art. 1.
176 DUDH. Art. 7.
177 DUDH. Art. 8.
178 CADH. Art. 1.
179 CADH. Art. 2.
180 Convenio 169 de la OIT. Art. 2.
181 Convenio 169 de la OIT. Art. 4.
182 Convenio 169 de la OIT. Art. 5.
183 Convenio 169 de la OIT. Art. 6.

De la normativa enunciada, se observa que a pesar de que se hace alusión a normativa internacional, no se analizó el Protocolo de San Salvador, que contempla el derecho a un medio ambiente sano, omisión realizada tanto por las partes procesales como por el Juez.

Con respecto al derecho a la consulta previa, el Juez de primera instancia generó un concepto propio sobre la misma, contemplando que no es únicamente un derecho de las comunidades indígenas, sino una forma para posibilitar el cumplimiento de otros derechos tales como el de participación[184], derecho de la naturaleza[185] y medio ambiente sano[186].

El Estado ecuatoriano, al contestar la acción, argumentó que la parroquia de Molleturo no tenía que ser consultada, pues conforme al Ministerio del Ambiente, no consta registrada como tal en el archivo del organismo gubernamental, además señaló que en el territorio se realizaron charlas, se repartieron panfletos informativos e inclusive se realizó una Asamblea General con los comuneros, por parte de la Empresa minera.

Para resolver la litis, el Juez de primera instancia, motivó su decisión en que no se puede catalogar a un pueblo indígena por el hecho de que los mismos consten en un listado gubernamental, pues es más importante el derecho que tienen los mismos a su autodeterminación; por su parte, en relación a los procesos de socialización realizados, señaló que los mismos no representan el cumplimiento de los parámetros de la consulta previa, libre e informada.

Mientras que las comunidades son calificadas mediante diversas categorías incluyendo etnicidad, recursos compartidos, intereses comunes y estructura política, el término comunidad, es usado para denotar grupos de personas cuya forma de vida está determinada por su ecosistema. Así que, frente al problema jurídico sobre la legitimidad activa de la comunidad de "San Felipe de Molleturo", el juzgador consideró que estos sujetos reúnen la calidad de titulares de derechos colectivos según el marco jurídico ecuatoriano, pues su procurador común compareció en calidad de Presidente de la Confederación de los pueblos Kichwas del Ecuador (ECUARUNARI), de la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI), y como representante de moradores de la zona.

5.2 Segunda instancia

La decisión del Juez de primera instancia fue apelada por los representantes del Estado[187] y conocida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Azuay (el Tribunal[188]) conforme lo establece el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El Tribunal negó la apelación y confirmó la sentencia de primer nivel, basado en la vulneración del derecho del debido proceso a la consulta previa, libre e informada en la comunidad de Molleturo en relación al proyecto Río Blanco; no obstante, revocó la medida de restitución del derecho vulnerado (la falta de realización de la consulta), motivado en un argumento *sui generi* en el cual el Tribunal asimiló a la consulta previa, libre e informada, con el mecanismo democrático y de participación ciudadana de la consulta popular.

De tal suerte, los jueces arguyeron que la comunidad de Molleturo ya fue consultada el 4 de febrero de 2018, a través de la consulta popular convocada por el Presidente de la República en todo el territorio nacional, referéndum en el que se preguntó (quinto apartado):

184 Constitución de la República del Ecuador. Art. 95.
185 Constitución de la República del Ecuador. Art. 71.
186 Constitución de la República del Ecuador. Art. 276.4.
187 Ministerio de Minas y Procuraduría General del Estado.
188 Tribunal conformado por los jueces Edgar Morocho Illescas, Rosa Zhindon Pacurucu y Aurea Piedad Calderón.

¿Está usted de acuerdo con enmendar la Constitución de la República del Ecuador para que se prohíba sin excepción la minería metálica en todas sus etapas, en áreas protegidas, zonas intangibles y centros urbanos, de conformidad con lo establecido en el Anexo 5?

Y, el resultado de la votación de los habitantes de la parroquia Molleturo fue el siguiente: 67.80% por el SÍ, y el 32.20% por el NO (Consejo Nacional Electoral, 2018).

Desde el punto de vista jurídico, normativo y doctrinal, existe diferencia entre el tipo de consultas (previa, prelegislativa, ambiental y popular), confusión en la que incurrió el Tribunal de alzada (ver Anexo 4). Además, el Tribunal incurrió en la confusión entre las categorías del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP) y el Bosque Protector. Pues, el proyecto minero Río Blanco se encuentra cerca del Bosque Protector de Molleturo y Mullopungo, el cual a criterio del Tribunal podría verse afectado ambientalmente.

Sin embargo, si bien la categoría de bosque protector está tutelada en la normativa ecuatoriana[189], esta no es parte del SNAP según lo determina al artículo 407 de la Constitución, por lo expuesto, el Tribunal interpretó de manera errónea el referéndum del 4 de febrero de 2019, evidenciando el desconocimiento que algunos juzgadores ecuatorianos tienen en temas ambientales.

Con respecto a la Consulta Popular de 4 de febrero de 2018, utilizada como argumento por el Tribunal de alzada, vale la pena mencionar que el gobierno del presidente Lenin Moreno (2017-2021), pese a tratarse de un ex colaborador cercano del presidente Rafael Correa (2007-2017), inició su gestión con una propuesta de diálogo y con la decisión de escuchar la voluntad del pueblo.

Muestra de ello, es que en menos de dos años de su gestión convocó a dos consultas populares. De manera particular en la primera consulta realizada, de las 7 preguntas planteadas, dos estuvieron relacionadas con materia ambiental. La primera sobre la reforma constitucional del artículo 407, respecto a la prohibición de actividad extractiva en áreas protegidas; y, la segunda, sobre el incremento de la zona intangible del Parque Nacional Yasuní.

La reforma constitucional aprobada vía referéndum, contó con el apoyo del 68,62% de los ciudadanos, con lo cual se reformó el artículo 407 de la Carta Constitucional, incluyendo un apartado específico que prohíbe todo tipo de minería metálica (en cualquiera de sus fases), en áreas protegidas, centros urbanos y zonas intangibles.

Consulta que fue planteada por el presidente Moreno, atendiendo las demandas ciudadanas de poblaciones que viven cerca de centros mineros en Zaruma (suroccidente del país), donde se produjeron deslaves y derrumbamiento de infraestructura, ya que la minería metálica se practicaba en zonas urbanas (debajo de la ciudad). No obstante, la citada reforma constitucional no afectó de ninguna manera el Proyecto Río Blanco, ya que el mismo no se encuentra en los supuestos del artículo 407.

Es precisamente el argumento de la reforma constitucional aprobada el 4 de febrero de 2018, el que fue utilizado por el Comité Empresarial Ecuatoriano, así como por el Gobierno Nacional para rechazar la convocatoria a consultas populares que tengan el propósito de prohibir actividades extractivas[190], pues a criterio de estos, la Constitución es clara al señalar

189 Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente. Art. 16 - 17. Decreto Ejecutivo 3516. Registro Oficial Edición Especial 2 de 31-mar.-2003.

190 En el Ecuador los sectores estratégicos, entre los cuales se encuentran los recursos naturales no renovables, son de decisión y control exclusivo del Gobierno central. Sin embargo, la consulta popular, como mecanismo de participación ciudadana, fue empleada por primera y única vez en el país, en abril de 2019, como medio para la suspensión definitiva de actividades mineras, en el proyecto Quimsacocha, ubicado en la provincia del Azuay. Consulta popular que se llevó adelante por parte del Órgano Electoral al cumplirse el plazo legal para el respectivo control de constitucionalidad, sin existir respuesta de la Corte Constitucional. La mayoría del electorado se pronunció en contra de la minería y actualmente, las actividades en el proyecto Quimsacocha se encuentran paralizadas.

los territorios en los cuales no se puede realizar minería, razón por la cual, a criterio de estos la Corte Constitucional no podría autorizar este tipo de consultas. El 20 de junio de 2019, la Corte negó un petitorio de dictamen previo de constitucionalidad de consulta popular en torno a la prohibición de actividades mineras en el norte del país, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, por cuanto consideró existía falta de claridad en la pregunta, lo cual vulneraría la plena libertad del elector[191].

En Colombia, tuvo lugar una situación similar pues los gobiernos subnacionales convocaban a consultas populares con la intención de suspender de manera definitiva la explotación de recursos del subsuelo en sus territorios. Sin embargo, en octubre de 2018 la Corte Constitucional de este país emitió sentencia[192] en la que estableció que la consulta popular no es un mecanismo idóneo para definir si en un territorio se realizan o no actividades extractivas de recursos naturales del subsuelo, por cuanto dicha competencia le corresponde al Estado central con la finalidad de proteger el interés general de toda la población.

Uno de los temas trascendentales en el discurso de los jueces de las respectivas instancias es el punto sobre la medida restitutiva (Ver Anexo Nro 5), pues el Juez de primer nivel ordenó la suspensión de la actividad minera en la zona del proyecto minero Río Blanco; mientras que los jueces del Tribunal, debido a la equivocación en la que incurren respecto a las diferentes categorías de participación (consulta popular y consulta previa), se eliminaron la medida restitutiva.

Por ello, con la decisión del Juez de primera instancia, se abrió la posibilidad de que se reactive la actividad minera, una vez que se cumpla con la consulta previa; no obstante, el Tribunal con su decisión, se interpreta que la suspensión de la actividad minera sería irreversible, puesto que ya no existiría medida restitutiva que cumplir.

Sin embargo, el error del Tribunal, que si bien fue visto como un triunfo por parte de los comuneros, desde la perspectiva jurídica fue la oportunidad para que el Gobierno Nacional, a través de sus Ministerios, encuentren el argumento legal para plantear una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional del Ecuador.

La acción[193] fue presentada por la Procuraduría General y el Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables (ante Ministerio de Minas), respecto de la sentencia de segunda instancia en el caso Río Blanco. El accionante alega que la sentencia de la Corte Provincial violenta su derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, en las garantías de motivación y seguridad jurídica.

En este sentido, el accionante argumenta que la sentencia de segunda instancia no analizó la falta de legitimidad activa de los comuneros (si se tratan o no de pueblos y nacionalidades indígenas), y por tanto si son o no titulares del derecho colectivo de la consulta previa. Además, se señala que las medidas de reparación afectan a terceros que no han tenido oportunidad de ser parte del proceso (compañía minera).

Y, por último, se dice que el Tribunal en su sentencia confundió la figura de la consulta popular, con el derecho a la consulta previa, así como la categoría de bosque protector y área del SNAP.

5.3 Posible respuesta jurídica de la Corte Constitucional

El modelo normativo ecuatoriano se caracteriza por la consolidación del papel de los jueces en la garantía de la fuerza normativa de la Constitución. Al respecto, se plantea la

191 Corte Constitucional del Ecuador. CASO No. 2-19-CP. Dictamen N°. 2-19-CP/19.
192 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia Nro. SU095/18.
193 Corte Constitucional del Ecuador. Acción Extraordinaria de Protección (No. 2546-18-EP) sobre la resolución de Corte Provincial del Azuay, caso Río Blanco, proceso Nro. 01333-2018-03145.

función de las cortes en la protección de los derechos minoritarios y el concepto de "activismo judicial", que implica sentencias con efectos vinculados a la labor de otras funciones del Estado (ejecutivo, legislativo). Lo cual ha merecido críticas fundadas en la falta de legitimidad democrática de los jueces que no representan la expresión de la mayoría y en su efecto disuasivo en la separación de poderes (Barrios-Suvelza, 2018; Mejía Turizo & Caballero, 2015; Rivera León, 2010).

En el caso analizado, la suspensión de las actividades mineras conlleva consecuencias económicas en el presupuesto nacional, que afectan al gobierno central y gobiernos subnacionales, así como a terceros involucrados, las compañías concesionarias, que en un estado de derecho merecen igual protección (Bernal, 2017). No obstante, la respuesta se vuelve más compleja por la situación de especial vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas y la naturaleza como sujeto de derechos.

En este sentido, la repercusión política se ha hecho presente, debido al pronunciamiento del presidente de la República, Lenín Moreno, durante su informe de rendición de cuentas anual, cuando en un claro acto de intromisión en la justicia, dio direccionamientos respecto a cómo se debería fallar en un caso puesto a consideración del órgano de control constitucional[194].

Si bien es cierto no se puede prever cuál será la posición de la Corte Constitucional, ésta deberá referirse a la falta de pronunciamiento del Tribunal de alzada, ya que procesalmente éste no brindó una respuesta efectiva y motivada a la apelación presentada por parte del Estado ecuatoriano.

En consecuencia, una probable resolución, repetirá los parámetros utilizados por este organismo, esto es declarar la nulidad de la sentencia de segunda instancia, y mandar a que el Tribunal de alzada se pronuncie respecto al conflicto jurídico en el cual se trabó la litis, esto es, si al pueblo de Río Blanco le es o no aplicable el derecho a la consulta previa, y que para este nuevo pronunciamiento se tomen en cuenta la dimensión intercultural y plurinacional, así como el derecho al medio ambiente sano de los pueblos, el derecho a la naturaleza y el derecho humano y fundamental al agua.

Solo de esta manera el Tribunal de alzada cumpliría con los parámetros establecidos en la Constitución del respeto al debido proceso y a una sentencia motivada.

6. EJECUTABILIDAD DE LO RESUELTO EN SENTENCIA

6.1 Vinculación con casos posteriores

La importancia del caso Río Blanco radica en que por primera vez los pueblos y nacionalidades indígenas a través de la activación del sistema judicial, lograron suspender las actividades extractivistas (minería).

Río Blanco, se ha constituido en el punto de inflexión de la lucha y reivindicación de la protección del medio ambiente y de la naturaleza, activando para ello a los órganos jurisdiccionales, es decir, cambiado la protesta social de las calles por la vía judicial, muestra de ello es la sentencia a favor de la comunidad Waorani de Pastaza (selva ecuatoriana), expedida por una Unidad Judicial del cantón Puyo (mayo, 2019), en la cual a través de una acción de protección se declaró la vulneración de los derechos de la comunidad indígena,

194 Informe a la nación de Lenin Moreno Garcés, presidente constitucional de la República del Ecuador, 24 de mayo de 2019. "Hago un respetuoso pedido a la Corte Constitucional: Si autoriza cualquier mecanismo, que implique un incumplimiento –tarde o temprano– nos obligue a pagar una indemnización, le pido que también invite al pueblo a decidir, de dónde saldrán esos recursos, y cuáles son las fuentes de financiamiento, que reemplazarán los ingresos a los que debamos renunciar"

al no haber sido consultados (estándares internacionales) en 2012, respecto a la licitación del pozo petrolero 22.

6.2 Modificación de la práctica

El 21 de mayo de 2019, el Ejecutivo expidió el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, el cual en su artículo 462, regula la consulta previa a los pueblos indígenas, respecto de proyectos de explotación de recursos no renovables que puedan afectarles ambiental o culturalmente. Se determina que serán los ministerios sectoriales los cuales deberán encargarse de realizar la consulta para lo cual deberán emitir normativa para su ejecución.

La Constitución determina que el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales debe regularse a través de leyes orgánicas, las cuales requieren para su emisión la mayoría absoluta de la Asamblea Nacional[195]. La consulta previa, libre e informada es un derecho colectivo de los pueblos y nacionalidades indígenas, cuya regulación debería alcanzar el rango de ley orgánica mas no de acuerdos ministeriales como se pretende mediante el reglamento emitido por el Ejecutivo.

6.3 Vínculo con política pública posterior

Dada la crisis económica por la cual atraviesa el Ecuador, la política pública en materia de explotación de recursos naturales, se ha enfocado por parte del Poder Ejecutivo en dos ámbitos: a) ampliar la explotación de los pozos petroleros; y, b) alcanzar la anhelada explotación y puesta en marcha de los proyectos mineros en el sur de la República.

Sin embargo, el reporte de minería del Banco Central del Ecuador contempla que la explotación de minerales metálicos en el país no constituye un área estratégica de la economía[196]. Se añade que con la entrada en producción de los proyectos estratégicos, entre ellos "Río Blanco", a finales de 2019 y en 2020, se espera que la situación cambie (2019).

En tal virtud, con el propósito de conseguir estos objetivos, el presidente Lenín Moreno, a través de Decreto Ejecutivo Número 722, de fecha 24 de abril de 2019, dispuso que se proceda con la actualización, definición y emisión de la nueva política minera del Estado.

La Política Pública Minera (2010-05-15), presentada se estructura a través de 6 ejes (Desarrollo Económico; Sostenibilidad Ambiental y Social; Investigación y Desarrollo; Gestión y Administración; Regulación, Control y Combate a la Minería Ilegal; y, Normativa).

Es importante rescatar que el efecto de la sentencia del caso Río Blanco, ha incidido en la articulación de las políticas públicas de la minería, de tal suerte, el segundo eje estratégico busca la "Sostenibilidad Ambiental y Social", siendo uno de sus apartados el de armonizar las relaciones entre los diversos actores, a través de mecanismos de participación y diálogo.

La mencionada Política Pública, resalta como importante la obligación legal (normativa internacional y constitucional), así como por la demanda social de las poblaciones de la zona de influencia minera, del mismo modo, se señala que el no realizar este tipo de mecanismos de participación está obstaculizando el desarrollo de los proyectos mineros, y su consecuente retraso, al activar su incumplimiento por la vía constitucional (acción de protección).

195 Constitución de la República del Ecuador. Art. 133.

196 La participación de la explotación minera metálica en el PIB presentó un leve incremento de 0.17% en 2007 a 0.32% en 2017 (Banco Central del Ecuador, 2019).

Resulta curioso que el sexto eje que busca promover un marco normativo sólido para el desarrollo de la industria minera, se proponga una intromisión en el aparato judicial, afectando a su independencia, al intentar realizar "capacitación a servidores de la Función Judicial sobre el ordenamiento jurídico minero", el cual lo dictaría el Ejecutivo a través de sus dependencias, y que tendría como propósito "...evitar la errónea aplicación del marco normativo minero en sentencias y procesos judiciales vinculados al sector".

6.4 Consecuencias del caso de como se ha resuelto

A más de los efectos simbólicos que ha tenido la sentencia (principalmente para el activismo ambiental de la región), desde el punto de vista jurídico se debe distinguir los efectos producidos por las dos instancias del caso Río Blanco:

Juez de primer nivel (Paúl Serrano)

Es relevante recalcar la aplicación del principio *iura novit curia* por parte del juez, situación que permitió que la medida cautelar presentada por los accionados, con el cumplimiento de requisitos adicionales, se transforme en acción de protección la misma que fue aceptada por violar el derecho a la consulta previa, libre e informada en el Proyecto Río Blanco, con un efecto suspensivo en relación a la explotación minera, por lo que si bien es cierto no se consideró de manera directa al derecho al medio ambiente sano, se alcanzó su protección por la suspensión de la actividad.

Además, la sentencia tiene un efecto disuasorio con respecto a las fuerzas de seguridad del Estado que se encontraban en la zona, todo ello con el propósito de garantizar la paz.

Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay (Tribunal)

Se confirmó la sentencia venida en grado y negó en consecuencia la apelación, sin embargo, los juzgadores incurrieron en un error al confundir entre consulta previa libre e informada (aplicable a pueblos y nacionalidades indígenas previo a la realización de un proyecto), con la consulta popular (mecanismo de participación democrática, que fue usada por el Presidente de la República el 4 de febrero de 2018), las cuales no pueden ser asimiladas.

Por ello, no solo existe un error formal de inaplicabilidad formal (se debía aplicar consulta previa), sino además inaplicabilidad temática (pues Río Blanco se encuentra en un bosque protector y no en un área del SNAP, que sería el supuesto de aplicación del artículo 407 reformado en Consulta Popular, utilizado de manera errónea por el Tribunal).

Razón por la cual, resulta sorprendente que los jueces hayan revocado la medida de restitución del derecho violado.

7. CONCLUSIONES

El caso "Río Blanco" es emblemático en tanto el acceso a la justicia constitucional cumple con el objetivo de garantizar el derecho colectivo de los pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultado de manera previa, libre e informada sobre proyectos de explotación minera metálica a desarrollarse en sus territorios que podrían acarrear consecuencias de contaminación ambiental. Sin embargo, múltiples fueron las barreras fácticas que de-

bieron enfrentar los actores involucrados, sujetos históricamente excluidos del desarrollo nacional, de manera particular, a través de la criminalización de la protesta y la militarización de las zonas en conflicto.

El marco normativo constitucional ecuatoriano contempla un procedimiento sencillo y eficaz para que los accionantes acudan a los tribunales; a pesar de lo cual, se verifican problemas y deficiencias en los operadores de justicia al momento de aplicar la normativa nacional y realizar el respectivo control de convencionalidad. El Tribunal de alzada confundió el derecho colectivo de los pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados, con mecanismos de participación ciudadana. Existe por tanto, un desconocimiento del contenido del derecho y de sus estándares desarrollados en la jurisprudencia del SIDH. Además, en ninguna instancia del proceso, actor alguno hace referencia al Protocolo de San Salvador que contempla la garantía del derecho a un medio ambiente sano.

La decisión judicial ha tenido repercusiones a nivel nacional, en la política pública minera que desarrolla el Ejecutivo. Existe una preocupación sobre los derechos de las concesionarias mineras y los recursos que el Estado dejaría de percibir ante la suspensión de las actividades en proyectos estratégicos como el de "Río Blanco". Ello ha conllevado a que el Estado se replantee sus políticas mineras, centrando su atención, además de la consulta previa, en el accionar de los jueces, lo cual podría identificarse como una intervención del Ejecutivo en la independencia judicial al considerarse de manera expresa la "errónea aplicación del marco normativo minero en sentencias".

A nivel comparativo, no sólo desde el reconocimiento normativo constitucional (Ecuador y Bolivia), sino además desde el ámbito jurisdiccional, las altas cortes (Colombia, Perú, Nueva Zelanda), han realizado una tutela efectiva de los derechos del medio ambiente sano, e incluso han progresado en el desarrollo de los derechos de la naturaleza, en situaciones en las que el extractivismo de recursos naturales (minería), ha puesto en peligro la garantía del derecho a un medio ambiente sano, de manera particular de pueblos y nacionalidades indígenas.

Por ello, el caso "Río Blanco", se enmarca en esta dinámica de tutela progresista de los DESCA, y marca un referente no solo a nivel del Ecuador, sino de América Latina.

Acrónimos

- CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos
- CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
- CRE: Constitución de la República del Ecuador
- DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos
- SNAP: Sistema Nacional de Áreas Protegidas

BIBLIOGRAFÍA

- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Retrieved from http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3774/Capitulo2_leccion4_Reglas_basicas_de_acceso_a_la_justicia_de_las_personas_vulnerables.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ávila, R. (2011). *El Neoconstitucionalismo Transformador: El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Ediciones Abya-Yala.
- Ávila, R. (2016). *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Banco Central del Ecuador. (2019). Reporte de Minería: Dirección Nacional de Síntesis Macroeconómica.

- Barrios-Suvelza, F. (2018). El control contramayoritario como marco de análisis de la influencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano sobre la democracia. *Revista Española de Ciencia Política*, (47). https://doi.org/10.21308/recp.47.02
- Bernal, C. (2017). *Comparative constitutional law in Latin America*. Dixon, R. & Ginsburg, T. (eds.). Cheltenham, UK ; Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, p. 325-342 18 p.
- Cano, L. (2018). Rights of Nature: Rivers That Can Stand in Court. Resources 2018, 7(1), 13; https://doi.org/10.3390/resources7010013
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Pueblos indígenas, Comunidades afrodescendientes e Industrias extractivas*. Retrieved from www.cidh.org
- Consejo de la Judicatura. (2016) Guía para la transversalización del principio de interculturalidad en la justicia ordinaria. Retrieved from http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/GUIA%20INTERCULTURALIDAD.pdf
- Consejo Nacional de Planificación del Ecuador. (2013). Plan Nacional de Desarrollo 2013-2017. Retrieved from https://www.unicef.org/ecuador/Plan_Nacional_Buen_Vivir_2013-2017.pdf
- Consejo Nacional para la Igualdad de Pueblos y Nacionalidades. (2018). Aportes de los Consejeros del Consejo Nacional para la Igualdad de Pueblos y Nacionalidades a la Agenda Nacional para la Igualdad ANIPN. Retrieved from http://www.pueblosynacionalidades.gob.ec/wp-content/uploads/2019/02/Aportes_Consejeros_Taller.pdf
- Consejo Nacional Electoral del Ecuador. (2018). Resultados 2018. Retrieved from https://resultados2018.cne.gob.ec/
- Defensoras Pachamama. (2012). Ecuador: Hoy se entregarán firmas contra el inconsulto proyecto minero Río Blanco en la Defensoría del Pueblo de Azuay. Retrieved from https://2014.kaosenlared.net/kaos-tv/4419-ecuador-hoy-se-entregarán-firmas-contra-el-inconsulto-proyecto-minero-río-blanco-en-la-defensoría-del-pueblo-de-azuay
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. (2018). Coordinación General Defensorial Zonal 6 Azuay. Caso - DPE - 0101 - 010101 - 209 - 2018 - 002344.
- Diario El Mercurio. (2018). Hoy Yaku Pérez, presidente de la Ecuarunari, y otros comuneros de Molleturo, deben acudir a la Fiscalía a dar su versión como para de una investigación por sabotaje, por los hechos ocurridos en el campamento minero Río Blanco. Retrieved from https://www.scoopnest.com/es/user/mercurioec/1013760226233856000-hoy-cuenca-hoy-yaku-prez-presidente-de-la-ecuarunari-y-otros-comuneros-de-molleturo-deben-acudir-a
- DPLF e IDL (2009). "Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas". Estudio presentado ante el Comité Jurídico Interamericano.
- García, L. (2018). El medio ambiente sano: la consolidación de un derecho. Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho, (25), 550-569.
- Grijalva, A. (2011). Independencia judicial y derechos en Ecuador. Flacso Andes. Sede Ecuador.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2009). Acceso a la justicia y derechos humanos en Ecuador. Retrieved from https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/114AccesoalajusticiaeindigenasECUADOR.pdf
- Instituto Interamericano de derechos humanos, IIDH (2016). *El derecho a la consulta previa, libre e informada : una mirada crítica desde los pueblos indígenas*. San José, C.R. : IIDH.
- Latinobarómetro, C. (2018). Informe Latinobarómetro 2006. Santiago de Chile. Retrieved from www.latinobarometro.org
- Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2013). Access to justice in the promotion and protection of the rights of indigenous peoples. Retrieved from https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_en.pdf
- Mejía Turizo, J., & Caballero, R. P. (2015). *Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes* Judicial activism and its effects on the division and balance of powers*. Retrieved from http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/rdigital/justicia/index.php/justicia
- Middeldorp, Nick y Ariza, Rosembert (2018). *Pueblos indígenas y afrodescendientes: herramientas para la defensa del territorio: Indicadores para la evaluación de la consulta y protocolo para la resolución de conflictos socioambientales*. San José, C.R. : IIDH.
- Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables. (2019). *Política Pública Minera*. Retrieved from http://www.controlminero.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/06/Politica-Publica-Minera-Actualizada.pdf
- Montaña, J., & Pazmiño, P. (2013). Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional

ecuatoriano. In J. Benavides Ordóñez & J. Escudero Soliz (Eds.), Manual de justicia constitucional ecuatoriana (pp. 23-47). Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). Retrieved from http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Manual_de_justicia_constitucional/Manual_de_justicia_constitucional.pdf

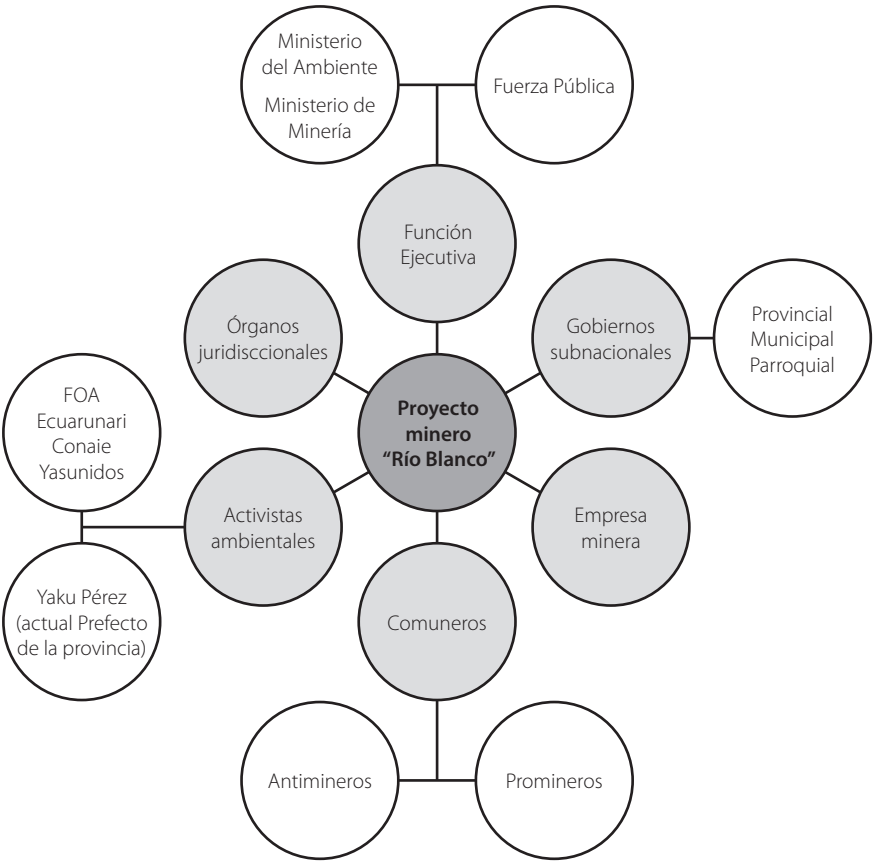
- Moreno, L. (2019). *Informe a la Nación Presidente de la República del Ecuador*. Quito. Retrieved from https://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/05/2019.05.24-INFORME-A-LA-NACIÓN.pdf
- Pásara, L. (2014). Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana. Fundación para el Debido Proceso, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Instituto de Defensa Legal.
- Piqué. M., & Soberano. M. (2009). El derecho penal a la protesta social, en Roberto Gargarella, Coordinador, Teoría y crítica del derecho constitucional, tomo I, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot).
- Unceta, Koldo, Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (Comp). (2014). *Desarrollo, postcrecimiento y Buen Vivir*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
- Rivera León, M. A. (2010). Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritario. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (22), 223-260. Retrieved from http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a8.pdf
- Simon, F. (2018). Derechos de La Naturaleza: ¿Innovación Trascendental, Retórica Jurídica o Proyecto Político?(The rights of nature: transcendt innovation, legal rethoric or political project?).
- Troya, H. (2017). Proyectos mineros en el Azuay cumplen estándares mundiales de calidad aseguran autoridades. Diario "El Tiempo". Cuenca- Ecuador. Retrieved from https://www.eltiempo.com.ec/noticias/region/12/proyectos-mineros-en-el-azuay-cumplen-estandares-mundiales-de-calidad-aseguran-autoridades Ultima consulta: 11/06/2019

Jurisprudencia

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia Nro. SU095/18.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia Nro. T-622/16, 10 de noviembre de 2016. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-622-16.htm
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 solicitada por la República de Colombia sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos. De 15 de noviembre de 2017.
- Ecuador. Corte Constitucional. Caso No. 0047-09-IS.
- Ecuador. Corte Constitucional. Caso No. 1281-12-EP.
- Ecuador. Corte Constitucional. Caso No. 0507-12-EP.
- Ecuador. Corte Constitucional. Acción Extraordinaria de Protección. Caso No. 2546-18-EP sobre la resolución de Corte Provincial del Azuay, caso Río Blanco, proceso Nro. 01333-2018-03145.
- Ecuador. Corte Constitucional. Caso No. 502-19-JP.
- Ecuador. Corte Constitucional. Caso No. 2-19-CP. Dictamen N°. 2-19-CP/19.
- Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC, Caso Nro. 1470-14-EP.
- Ecuador. Corte Provincial del Azuay. Caso Río Blanco. Acción de Protección, proceso Nro. 01333- 2018-3145. Disponible en https://drive.google.com/open?id=1pMmBZvD1DrWgXM-PFZS_-MROw_fLvuBq.
- Ecuador. Unidad Judicial de Cuenca. Medidas cautelares. Proceso judicial N° 3018-2016.
- Perú. Acción de Protección Juez de Tarapotó, No. 016064-2014-2208-JR-CI-01.
- Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia Nro. STC Nº 03343-2009-PA, 19 de febrero de 2009.
- Referencia Legal
- Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544, Quito, Ecuador, 9 de marzo de 2009.
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180, Quito, Ecuador, 10 de febrero de 2014.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, Quito, Ecuador, 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política del Ecuador. Consejo Supremo, Quito, Ecuador, 1979.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). OEA. San José (Costa Rica).
- Convenio 169 de la OIT sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales. (1989). Ginebra (Suiza).

- Declaración de Estocolmo. (1972). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano. Estocolmo (Suecia).
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1992). Naciones Unidas. Río de Janeiro (Brasil).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Resolución 217 A (III) de la Organización de las Naciones Unidas. París (Francia).
- Decreto Ejecutivo No. 722. Registro Oficial Nro. 483, Quito, Ecuador, 24 de abril de 2019.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52, Quito, Ecuador, 22 de octubre de 2009.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1988). Organización de Estados Americanos. San Salvador (El Salvador).
- Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente. Decreto Ejecutivo 3516. Registro Oficial Edición Especial 2, Quito, Ecuador, 31 de marzo de 2003.

Anexo 1
ACTORES INVOLUCRADOS EN EL CONFLICTO



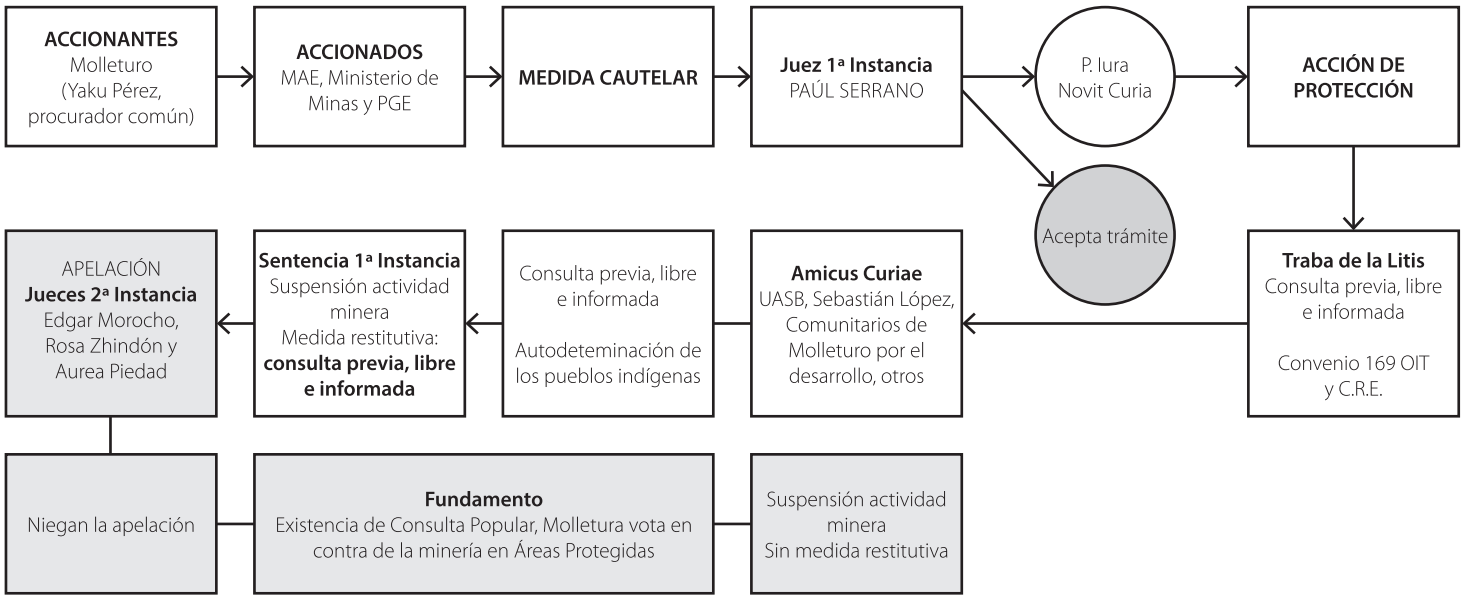
Fuente. Elaboración propia a partir de revisión de hemeroteca (2007-2019)

Anexo 2
JURISPRUDENCIA COMPARATIVA - MEDIO AMBIENTE SANO

Año	País	Lugar	Contenido
2009	Perú	Cordillera Escalera (San Martín)	El Tribunal Constitucional prohibió que se realice la última fase de exploración y explotación del proyecto "Cordillera Escalera", hasta que se cuente con un Plan Maestro que garantice que la explotación minera puede ser compatible con la sostenibilidad del área protegida (efecto suspensivo).
2011	Ecuador	Río Vilcabamba	Agresión en contra del río Vilcabamba por la construcción de una vía. La Corte señaló que los derechos de la naturaleza y el derecho al desarrollo deben ser ponderados a la luz de la Constitución. Entendiendo al río como sujeto de derechos tal como lo reconoce el texto constitucional ecuatoriano.
2014-2017	Nueva Zelanda	Río Whanganui	A través del "Te Awa Tupua Act", el río es reconocido como una persona. La tribu Maori se disputaba con la Corona el estatus sobre el río. Se estableció que tanto la Corona como la tribu serían los "guardianes" del río.
2016	Colombia	Río Atrato	La minería ilegal contaminó al río, y la Corte Constitucional culpó al Estado por omisión en la protección del río, al cual se lo reconoció como sujeto de derechos.
2017	India	Río Ganges	Debido al conflicto de competencias entre los gobiernos de los estados de Uttarakhand y Uttar Pradesh, el Tribunal Superior de Uttrakhand decidió que tanto el río Ganges, el río Yamuna y los afluentes, riachuelos y quebradas, son "entidades legales y vivientes que tienen el estatus de una persona jurídica con todos los derechos, deberes y responsabilidades".

Fuente. Elaboración propia a partir de (Cano Pecharroman, 2018).

Anexo 3
FLUJOGRAMA DEL PROCESO JUDICIAL NRO. 01333-2018.03145



Elaboración propia en base al proceso Nro. 01333-2018.03145. Caso Río Blanco.

Anexo 4
DIFERENCIA ENTRE EL TIPO DE CONSULTAS

Clasificación	Concepto	¿A quién va dirigido?	Normativa
Consulta previa	Derecho colectivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados de forma: a) previa; b) libre; c) informada; y, d) en un plazo razonable, sobre planes de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente (basado en el Convenio 169 OIT). Su resultado no es vinculante para la autoridad pública.	Comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas	Convenio No. 169 OIT Constitución del Ecuador (art. 57.7) Reglamento al Código Orgánico del Ambiente (art. 462) Ley Orgánica de Recursos Hídricos (art. 71.f) Ley de Minería (art. 90) Reglamento para la ejecución de la consulta previa Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos (Decreto Ejecutivo 1247-2012 Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental (Decreto Ejecutivo 1040-2008)
Consulta prelegislativa	Derecho colectivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. Su resultado no es vinculante para la autoridad pública.	Comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.	Constitución del Ecuador (art. 57.7) Instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa - 2012 (Asamblea Nacional)
Consulta ambiental	Derecho de la comunidad en general a ser consultada respecto de decisiones o autorizaciones estatales que puedan afectar el ambiente. Su resultado no es vinculante para la autoridad pública.	Comunidad en general	Constitución del Ecuador (art. 398) Código Orgánico del Ambiente (art. 8.7, 9.6, 184) Ley de Minería (art. 87) Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental (Decreto Ejecutivo 1040-2008)
Consulta popular	Mecanismo de la ciudadanía en general para el ejercicio de la democracia directa. Será convocada por el organismo electoral, previo el cumplimiento de requisitos y dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional.	Comunidad en general	Constitución del Ecuador (art. 104) Ley Orgánica de Participación Ciudadana (art. 19-24)

Fuente: Elaboración propia.

Anexo 5
NUBE DE PALABRAS SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA[197]

Primera instancia (Juzgado Civil y Mercantil)

Segunda instancia (Corte Provincial)

Fuente. Elaboración propia en base al proceso Nro. 01333-2018.03145. Caso Río Blanco.

197 Para la obtención de esta nube de palabras se empleó un software especializado (atlas.ti), se contabilizó aquellas palabras en las sentencias de primera y segunda instancias que se repiten de 30 veces en adelante, y discriminando artículos, preposiciones y conectores.

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

HORACIO JAVIER ETCHICHURY[198]

198 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba [UNC] (Argentina). Master of Laws, Yale University (Estados Unidos). Profesor Adjunto, Facultad de Derecho, UNC. Investigador Adjunto, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina). Director del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES). Agradezco a las instituciones organizadoras de la presente Convocatoria la invitación para participar de ella y sumarme a un diálogo a través de las fronteras.

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

2. ASPECTOS GENERALES

2.1 Formulación

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

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

Argentina, Colombia y Ecuador presentan fórmulas constitucionales amplias para consagrar el derecho al ambiente sano. Chile, en cambio, parece darle un alcance más limitado: es un derecho contra la contaminación[199].

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

Bajo estas fórmulas amplias (o ampliadas a través de los instrumentos internacionales), el derecho al ambiente tiene dimensiones individuales y colectivas; y además, se conecta con otros derechos: desde el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia, hasta la libertad de expresión y de asociación, y los derechos a la vida, la salud y la vivienda, entre otros[201].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2 Exigibilidad

Los trabajos ponen en primer plano la discusión sobre la exigibilidad, especialmente en el caso de la justiciabilidad. Tradicionalmente, la noción de derecho suele implicar la de garantía, en tanto exigibilidad ante distintos organismos (Abramovich y Courtis, 2003: 61), tales como la administración, el parlamento o los tribunales. Cada derecho representa una facultad reconocida (u otorgada) al individuo (o un grupo, o incluso la colectividad) contra acciones del poder político en cualquiera de sus formas, legitimado o no como representación de las mayorías. Esto se replica a una escala mayor cuando se reconocen derechos en pactos internacionales contra su posible afectación por parte del Estado[203]. Si el Estado es democrático (o si los órganos que lo integran tienen validación u origen electoral), se plantea esta paradoja, conocida como "objeción democrática" (Cruz Parcero, 2004:91): los derechos pueden oponerse a decisiones mayoritarias (las constituciones configuran un límite a las mayorías; los pactos internacionales, una restricción –acordada– a la soberanía).

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

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

Una línea de pensamiento propone prescindir de la exigibilidad judicial, o al menos de las formas más fuertes de ella (Tushnet, 2008: 248). Los derechos cumplirían otra función: expresar compromisos y objetivos del Estado, orientando la acción de los órganos políticos. Los tribunales estarían a cargo de hacer cumplir las decisiones de la administración y de la legislatura, sin revisarlas ni invalidarlas a la luz de esos derechos. Una versión de este enfoque consiste en distinguir grupos de derechos, asignando exigibilidad judicial solo a algunos (por ejemplo, los que puedan considerase pre-condiciones para la deliberación democrática[204]). Por ejemplo, el Protocolo de San Salvador limita –en su art. 19.6– la aplicación del sistema de peticiones individuales a solo dos de los derechos allí consagrados (libertades sindicales y educación).

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

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

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

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

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

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

2.3 Desarrollo e inversiones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Otra alternativa que podría merecer exploración es que un Estado americano solicitara a la Corte IDH –de acuerdo al art. 64 de la CADH– una opinión consultiva acerca de qué conducta debe seguir un Estado en estos casos. La OC 1/82 ha fijado una interpretación amplia sobre la competencia consultiva de la Corte, que puede analizar otros tratados de derechos humanos, no solo la convención regional[206].

2.4 Transformación

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

206 Ventura y Zovatto (1989).

Hay quienes ponen confianza en el peso de la consagración de derechos. Un nuevo texto constitucional, bajo esta visión, produce cambios en la marcha del Estado, habilita nuevas estrategias de reclamo, y fija objetivos diferentes para la comunidad, además de convertirse en un criterio para evaluar la acción de gobierno[207].

La postura escéptica, por su parte, minimiza la importancia del texto legal o constitucional. Esgrime los escasos avances en materia ambiental desde la incorporación de los derechos a las constituciones, o desde la suscripción de los tratados respectivos[208]. También se suelen invocar las relaciones asimétricas de poder en la sociedad, que impiden poner límites o exigencias a los actores económicos centrales.

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

3. ORIGEN Y ACCESO A LOS TRIBUNALES

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

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

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

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

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

3.1 Crisis y acumulaciones: rol contradictorio del Estado

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

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

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

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

3.2 Obstáculos

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

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

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

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

3.3 Estrategias y actores

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

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

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

El caso Quintero Puchuncaví (Chile) surge –principalmente– de la acción coordinada de la sociedad civil, especialmente tras el final de la dictadura pinochetista, frente a sucesivas crisis e intoxicaciones. La población afectada experimenta –según las autoras del trabajo– la injusticia ambiental, esto es, un impacto más gravoso debido a su vulnerabilidad[210]. Se plantearon doce recursos de protección –previstos en la Constitución como medida urgente para tutelar derechos fundamentales– invocando el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, además de los derechos a la vida, la salud, la igualdad y la propiedad. Ocho se interpusieron contra el Estado (incluyendo ministerios y municipalidades) y cuatro contra empresas. Algunos denunciaban la contaminación como hechos aislados imputables a la

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

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

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

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

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

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

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

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

4. PROCESO

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

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

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

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

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

4.1 Perspectiva colectiva

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

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

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

4.2 Definir el derecho al ambiente sano

La determinación del contenido de este derecho también puede fortalecer la legitimidad judicial. Justifica su intervención, ya que de ese derecho se derivan obligaciones estatales (generalmente entendidas como de respetar, proteger y cumplir[211]) cuya infracción

211 Scott y Macklem, 1992: 73 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

212 Párrafos 108 a 243.

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

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

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

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

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

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

4.3 Herramientas procesales

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

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

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

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

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

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

4.4 Rol judicial

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

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

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

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

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

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

5. RESULTADOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La sentencia del caso Seaflower (Colombia) ordenó suspender la adjudicación de permisos de exploración y exploración en la zona de la reserva de biosfera. Luego no se han otorgado otros permisos. La ejecución de la sentencia se estableció a través de un Comité de Verificación y Seguimiento, previsto para las acciones populares. El tribunal local no convocó nunca a reunión del Comité en los tres años transcurridos desde la sentencia. Las autoras del trabajo destacan otro eje de preocupación: la suspensión de actividades se limita al ámbito bajo soberanía colombiana; no alcanza a prevenir los daños proyectados desde otros Estados[214].

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

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

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

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

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

5.1 Ejecución y pasos posteriores

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

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

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

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

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

6. PALABRAS FINALES

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

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