

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Valencia Hernández, Javier Gonzaga. (2013). "Los obstáculos y retos para la eficacia del acceso a la justicia ambiental". *JURÍDICAS*. No. 1, Vol. 10, pp. 123-146. Manizales: Universidad de Caldas.

Recibido el 30 de mayo de 2013
Aprobado el 31 de julio de 2013

LOS OBSTÁCULOS Y RETOS PARA LA EFICACIA DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

JAVIER GONZAGA VALENCIA HERNÁNDEZ*
UNIVERSIDAD DE CALDAS

RESUMEN

El derecho de acceso a la justicia ambiental busca asegurar la justicia ambiental a través del reconocimiento de los derechos y los procedimientos jurídico-políticos de las personas ante los diferentes poderes del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial), para que mediante el ejercicio de estos, se haga el control y la mediación del ciudadano a las decisiones que se vayan a tomar con relación al medio ambiente. En el ejercicio y aplicación de derecho de acceso a la justicia ambiental se presentan barreras políticas, de igualdad, financieras, de manejo de pruebas y de consolidación de la jurisprudencia ambiental, que hacen que este derecho, frecuentemente carezca de una verdadera eficacia frente a los retos locales y globales de la problemática ambiental. La acción ciudadana, representada en los movimientos sociales populares, obreros, indígenas, campesinos, estudiantes, ambientalistas, entre otros, es la garantía del ejercicio del contrapoder a la crisis ambiental planetaria agravada por el capitalismo global.

PALABRAS CLAVE: Acceso a la justicia ambiental, conflictos ambientales, participación ciudadana en la gestión ambiental.

* Profesor Asociado Universidad de Caldas, grupos de investigación: Estudios Jurídicos y Socio-Jurídicos, Observatorio de Conflictos Ambientales. Correo electrónico: javier.valencia@ucaldas.edu.co

OBSTACLES AND CHALLENGES FOR ACCESS EFFECTIVENESS TO ENVIRONMENTAL JUSTICE

ABSTRACT

The right to access environmental justice tries to secure environmental justice through the recognition of the people's rights and legal-political procedures in the face of the State powers (legislative, executive, judicial) so that, through their exercise, citizens can have control and mediation on the decisions to be taken in relation with environmental issues. In the exercise and application of the right to environmental justice, some political, equality, financial, evidence management and environmental jurisprudence consolidation barriers appear which make this right frequently lacking of a real effectiveness before local and global challenges of the environmental problem. Citizen action represented in the social popular movements, the working class, the indigenous population, the peasants, the students, and the environmental activists among others, is the guarantee of the anti-establishment movement exercise in the planetary environmental crisis made worst by the global capitalism.

KEY WORDS: access to environmental justice, environmental conflict, citizens' participation in environmental legislation.

INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia ha sido entendido como una garantía esencial del Estado Social de Derecho y supone una orientación constitucional y democrática que exige del Estado el deber de asegurar las condiciones básicas de la igualdad real y efectiva de los ciudadanos. El Estado debe asegurar a todos los ciudadanos los mayores niveles de condiciones para que puedan acudir ante la administración de justicia, pues esta garantía es elemento indispensable para promover la vigencia de los fines del derecho y de la administración de justicia.

El acceso a la justicia es hoy un derecho en sí mismo que sirve de garantía para la protección de los demás derechos, en desarrollo del principio según el cual, un derecho sin garantía no es derecho; por ello, la justicia como servicio público fundamental, al que todos deben acceder sin discriminación alguna, implica que el Estado genere y desarrolle instituciones, normas y mecanismos para su administración. Desde el punto de vista político y de la noción de gobernabilidad, la legitimidad de las instituciones depende en gran parte del grado en que se percibe el acceso a la justicia, pues una vez establecidas las normas jurídicas, la percepción que se tenga del acceso efectivo a la justicia, adquiere real importancia social y política.

Desde la perspectiva del ciudadano o del usuario, el acceso a la justicia, como derecho de acción, es la facultad que tiene toda persona de poder acudir ante los órganos jurisdiccionales, para ser protegidos cuando se han violado sus derechos o para garantizar la plena vigencia o eficacia de los mismos.

El derecho de acceso a la justicia ambiental como especificidad del derecho de acceso a la justicia es una estrategia jurídica para la defensa y protección del ambiente, está dirigido a cualquier persona o grupo de personas que estén interesadas en la defensa del medio ambiente a través de los mecanismos de tipo jurídico, no sólo judiciales; además de los mecanismos judiciales encontramos otros mecanismos preventivos o de sustitución, que también entrarían dentro de la clasificación de mecanismos de acceso a la justicia ambiental en una interpretación amplia de este derecho.

Se parte del reconocimiento de la importancia de la participación de la ciudadanía en lo que tenga que ver con las decisiones que se vayan a tomar y que puedan afectar el medio ambiente. Con el derecho de acceso a la justicia ambiental se dota a los ciudadanos de las herramientas jurídicas para acudir ante los estamentos políticos, administrativos y judiciales para hacer efectivo este derecho, que está

coligado con el derecho de participación pública, consagrado en instrumentos internacionales como en el principio 10 de la Declaración de Río de 1992.¹

Los diversos estudios sobre el acceso a la justicia que se han realizado a partir de los años 60 y en particular por el “Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia” a cargo de Mauro Cappelletti y Brian Garth², han concentrado buena parte de sus esfuerzos en identificar y analizar los obstáculos que impiden a las personas acceder a la jurisdicción cuando tienen la legitimación formal para hacerlo, que en mayor medida afectan a la población para hacer valer sus derechos sustanciales ante la autoridad jurisdiccional (CASAL et al., 2005: 50).

El acceso a la justicia ambiental, presenta obstáculos adicionales por la complejidad científico-técnica de los conflictos y de la importancia económica de los casos ambientales; en los últimos cinco años se han realizado los primeros esfuerzos sistemáticos de investigación empírica sobre los problemas para el acceso a la justicia ambiental, en particular en Europa a partir de la entrada en vigor del Convenio de Aarhus.

Desde muy temprano los autores habían reconocido la dificultad que tenían los procesos en donde se hace la defensa ambiental y las barreras que encontraban los particulares para llevar adelante sus demandas; compartimos la actualidad de las afirmaciones de Martín Mateo (1992: 198):

Además, en este tipo de procesos los particulares como demandantes se encuentran en una situación especialmente desfavorecida en cuanto que resulta técnicamente muy difícil y económicamente muy costoso el poder llevar adelante una demanda sobre la base de la defensa ambiental.

Se hace necesario reflexionar sobre la eficacia del acceso a la justicia ambiental al revisar cuáles son los obstáculos, o los posibles obstáculos, que los ciudadanos y las organizaciones sociales pueden encontrar al momento del ejercicio del derecho

¹ “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes” (DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, *Principio 10*, 1992).

² Se trata de un trabajo sobre el acceso a la justicia que es el producto de cuatro años de investigación dentro del “Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia”, dirigido por Mauro Cappelletti en la década de los años 70. Este trabajo fue publicado en cuatro volúmenes por las editoriales Sijthoff (Leyden y Boston) y Giuffrè (Milán), que llevan respectivamente los siguientes títulos: *Access to Justice: a World Survey* (Cappelletti y Garth, compiladores), *Access to Justice: Studies of Promising Institutions* (Cappelletti y Weisner, compiladores), *Access to Justice: Emerging Perspectives and Issues* (Cappelletti y Garth, compiladores), y *Essays in the Ethnography of Law. Access to Justice in an Anthropological Perspective* (Klaus-Friederich Koch, compilador).

de acceso a la justicia ambiental y de la puesta en práctica de los instrumentos procesales que ofrece este derecho como garantía de efectividad de los demás derechos ambientales. Además de la necesidad de su reconocimiento formal como derecho subjetivo público, es importante comprender algunos aspectos importantes de su ejercicio, para reconocer su verdadera proyección como instrumento eficaz para la defensa y protección de los derechos ambientales y del medio ambiente en los ámbitos locales, nacionales e internacionales. Reconocer las limitaciones y obstáculos en el acceso a la justicia ambiental es avanzar en propuestas para su solución.

Algunos obstáculos han sido reconocidos por investigadores y académicos del derecho en el campo general del acceso a la justicia, como el citado estudio de Cappelletti y Garth, que desde los 70 vislumbraban como un campo complejo y de nuevos retos que se presentaban para el acceso a la justicia, la defensa judicial de los intereses difusos como el medio ambiente (CAPPELLETTI, 1984: 24). Sin embargo a pesar de no ser grandes estudios académicos, sino de análisis de situaciones en campo, son las organizaciones de la sociedad civil, como las ONG y otros grupos sociales, las que han evidenciado los obstáculos del acceso a la justicia ambiental a partir de su propia experiencia y diagnósticos realizados dentro de las ONG asociadas a redes, donde se puede encontrar algún tipo de informe sobre los problemas actuales del acceso a la justicia ambiental.

Un ejemplo de lo anterior es el “Informe sobre la situación de los derechos humanos en México elaborado por las organizaciones de la sociedad civil para el examen periódico universal” de los Derechos Sociales, Económicos y Ambientales presentado por las ONG Mexicanas a la ONU en 2008, donde se manifiesta expresamente que:

En materia de acceso a la justicia ambiental destaca la frecuente ineficacia de recursos legales como: el recurso de revisión, el juicio de nulidad, la denuncia popular y la denuncia penal, debido a serias limitaciones relacionadas con el conflicto de intereses, el desconocimiento de la materia ambiental, la lentitud en las acciones, y la falta de coercitividad de las mismas; además, el juicio de amparo ha sido inaplicable para la satisfacción del derecho a un medio ambiente sano, en gran parte por la tradición civilista de corte individualista que obliga a los quejosos a demostrar un daño personal y directo, en contraposición al tipo de afectación general que se produce al lesionar derechos sociales como el derecho al medio ambiente, en el que un solo acto u omisión de la autoridad o de un particular puede dañar bienes aprovechados por actores incluso indeterminados. (2008: 2)

El anterior informe demuestra que para las comunidades y organizaciones sociales interesadas en tener acceso a la justicia ambiental, los obstáculos son de diferentes tipos, unos previos, es decir, que impiden siquiera a los ciudadanos y

organizaciones sociales acceder a las instancias judiciales correspondientes; otros que están relacionados con la misma tradición procesalista individualista de los sistemas jurídicos occidentales; otros obstáculos que tienen que ver con la calidad de los actores mismos del proceso, es decir con los ciudadanos, las organizaciones sociales, los tribunales y demás participantes en las instancias judiciales, y otros intrínsecos que tienen que ver con el desarrollo y puesta en marcha de los procedimientos como tal. De la mayor o menor intensidad de las barreras y del número de obstáculos que se presente en la resolución de un conflicto ambiental por las vías del acceso a la justicia ambiental, depende si se pueden convertir en unas barreras muy fuertes casi infranqueables, no solo para acceder a las instancias y los procedimientos del acceso a la justicia ambiental, sino también para obtener los resultados de protección de los derechos ambientales.

Agruparemos a continuación algunos de los obstáculos que consideramos más importantes y que tienen más impacto en el acceso a la justicia ambiental, que muchas veces se convierten en barreras infranqueables para los particulares y las organizaciones sociales, sin desconocer la existencia de otros obstáculos que en los casos particulares se puedan presentar; de hecho, cada causa ambiental tiene sus propios obstáculos en número e intensidad mayor o menor, dependiendo de la calidad de los actores, el territorio, la legislación vigente en el país en donde se tramiten, las estrategias legales que se planteen, el nivel de organización de la sociedad civil, los niveles de corrupción locales o nacionales y otras variables independientes propias de cada conflicto ambiental.

POLÍTICOS

Este obstáculo se presenta en las posibilidades de maniobra política que tienen los ciudadanos en los espacios e instancias del acceso a la justicia ambiental; generalmente los conflictos se dan entre una comunidad afectada y agentes económicos y/o del Estado que poseen una gran capacidad de maniobra política que muchas veces deja en desventaja a los ciudadanos o grupos de ciudadanos al momento de presentarse la solución de un conflicto ambiental³.

A pesar de que de conformidad con las normas de la ONU, las empresas nacionales y transnacionales tienen la obligación de cumplir las leyes, normas, políticas y

³ En el "Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie", se afirma que: "Hay indicios que sugieren que las compañías que operan en un solo país y las empresas de propiedad del Estado suelen cometer abusos peores que sus homólogas transnacionales más visibles del sector privado. Está claro que se trata de un desajuste institucional más de fondo: por un lado, entre el alcance e impacto de las fuerzas y agentes económicos y, por otro, la capacidad de las sociedades para hacer frente a sus consecuencias negativas. Este desajuste crea el entorno permisivo en el que pueden producirse actos censurables de empresas sin la debida sanción o reparación. En aras de las víctimas de los abusos y para sostener la globalización como fuerza positiva, se debe corregir esta situación" (NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, 2007: 3).

reglamentos internacionales y nacionales para preservar el medio ambiente y que ello comporta cumplir con el principio de precaución y realizar la actividad comercial de manera que contribuya al objetivo más amplio del desarrollo sostenible, existen múltiples ejemplos de financiación de grandes transnacionales financieras a proyectos altamente contaminantes o inconvenientes con el medio ambiente, lo que hace un conflicto ambiental muy complejo al momento de resolverlo por la vía administrativa o judicial, por cuanto no sólo el contradictor es la empresa dueña del proyecto, sino también los otros interesados en los resultados y consecuencias de la resolución como los financiadores, los políticos locales y otros desarrollistas aumentan la masa de poder con los que se enfrentan los ciudadanos y organizaciones sociales (HERNÁNDEZ, 2009: 611). Son numerosos los ejemplos⁴ de la influencia política y el poder corruptor que tienen las empresas nacionales y transnacionales en los ámbitos políticos y jurisdiccionales al momento de tomar una decisión de tipo ambiental (BALANYÁ, 2007: 22). Las posibles consecuencias económicas y políticas que puedan tener las sentencias son un factor que pesa enormemente al momento de decidir un conflicto ambiental en los tribunales. No es fácil proferir una sentencia sobre un conflicto ambiental en donde está involucrado un proyecto en el que se han invertido decenas de millones de dólares en estudios de impacto ambiental y de prefactibilidad económica, que no se puede llevar a cabo debido a la oposición de la comunidad por considerar que este proyecto va a afectar sus vidas y el medio ambiente.

En estas circunstancias, las personas o las organizaciones sociales que se atreven a utilizar los instrumentos del acceso a la justicia ambiental para proteger y defender sus derechos, se instalan en un escenario con desventajas antes y durante el litigio, por tratarse de litigantes ocasionales que no cuentan con la experiencia del litigio, en estos casos complejos, es decir se encuentran en una gran desventaja frente a las empresas o al Estado, que son litigantes frecuentes, que cuentan con solvencia económica suficiente para contratar estudios y bufetes de abogados que defiendan sus intereses.

Un contrapeso frente a estas fuertes barreras políticas, que consideramos importante para la eficacia del derecho de acceso a la justicia ambiental es la intervención de las ONG con reconocimiento internacional en su calidad de coadyuvantes o financiadoras de las organizaciones locales actoras, lo que hace que ese desequilibrio se vea compensado un poco, especialmente por la capacidad acumulada y de maniobra frente a los gobiernos y la opinión pública nacional e

⁴ Los informes del Tribunal Permanente de los Pueblos sobre la complicidad de las Empresas Transnacionales y los gobiernos en el deterioro ambiental, presentan múltiples ejemplos de la complejidad de los asuntos jurídicos, políticos y económicos de la problemática ambiental. En el informe de mayo de 2010 titulado: "La Unión Europea y las empresas transnacionales en América Latina: políticas, instrumentos y actores cómplices de las violaciones de los derechos de los pueblos", se afirma que: "La empresa francoinglesa Perenco y la española Repsol YPF están implicadas en la puesta en peligro de la supervivencia de grupos indígenas aislados en Perú. En esta agresión a grupos indígenas, ambas multinacionales han podido contar con la complicidad de las políticas del Gobierno peruano y de la propia Unión Europea" (TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS, 2010).

internacional, así como su experiencia acumulada en otros litigios a nivel global que tienen estas ONG transnacionales⁵.

IGUALDAD

El acceso a la justicia ambiental en términos de igualdad, no formal, sino real, es un tema transversal que involucra elementos económicos, sociales y culturales que inciden necesariamente en el comportamiento de los actores involucrados en un proceso.

La desigualdad en el acceso a la justicia ambiental, como consecuencia de la diferente intensidad con que las barreras afectan a unos y a otros ciudadanos, es un asunto crucial en el tema del acceso. Cuando se trata de dirimir conflictos o de reclamar derechos, utilizando cualquier instancia que pueda cumplir esas funciones, siempre se estará en presencia de dos partes entre las cuales es posible que haya grandes diferencias en cuanto a los recursos de todo tipo que poseen.

Esas diferencias entre litigantes inciden de manera determinante sobre las posibilidades que tendrán las partes para lograr hacer efectivos sus derechos a través de esa vía, es decir, de acceder a la justicia. La igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, al ignorar las desigualdades mayores o menores que existen entre los individuos en todas las sociedades, contribuye a profundizarlas.

Los problemas de igualdad en las causas ambientales se reflejan en un primer momento en la calidad de las partes, de un lado generalmente, los particulares o las organizaciones sociales y de otro las empresas y/o el Estado a través de sus diferentes entes (la Administración del Estado puede aparecer en el contencioso ambiental como demandante o como demandada, en este caso nos referiremos cuando actúa como demandada). Corrientemente los ciudadanos y sus organizaciones son demandantes ocasionales (GALANTER, 2001: 73), que se enfrentan con un caso complejo que no ha sido resuelto en otras instancias administrativas, esa calidad que ostentan hace que estos actores no tengan la suficiente experiencia en la preparación del caso, en la recolección de pruebas, que no posean la suficiente solvencia económica para costear abogados altamente calificados y con experiencia en estos casos, ni para costear pruebas de tipo técnico, muy comunes en los litigios ambientales.

⁵ Un ejemplo de la coordinación de esfuerzos de las ONG ambientalistas es el *amicus curiae* presentado en el caso de la mina Red Chris en British Columbia, Canadá. Factum of The Interveners: Canadian Environmental Law Association, West Coast Environmental Law Association, Sierra Club of Canada, Quebec Environmental Law Centre, Friends of The Earth and Interamerican Association For Environmental Defense (THE SUPREME COURT OF CANADA, *Court File No.* 32797, s.f.).

Por otro lado las empresas y el Estado a través de sus diferentes dependencias, al ser demandantes frecuentes se encuentran en condiciones totalmente ventajosas al tener una masa crítica de experiencia acumulada por ser litigantes frecuentes, lo que se refleja en una mejor capacidad económica y litigiosa para enfrentar el juicio, contar con mejores asesores y representantes.

La igualdad formal ante la ley y ante el juicio sufre un quiebre aún mayor en presencia de los casos de conflictos ambientales, que por su complejidad procesal, por su importancia económica y muchas veces política, hacen que sea el juez la figura central que se encargue de equilibrar un poco ese desproporcionado desequilibrio, por ejemplo cuando se presenta una organización comunitaria local, frente a una transnacional petrolera o minera⁶.

Para Martín Mateo (1992: 179):

De todas formas la contienda sigue siendo desigual, pues ya se trate de la Administración o de empresas, los demandados tienen a su alcance medios técnicos y económicos singularmente poderosos, y si es la administración la encausada puede fácilmente refugiarse en criterios de discrecionalidad en cuanto a la apreciación del interés público en lo que sólo dentro de ciertos límites pueden entrar los Tribunales, finalmente la postura de aquélla es particularmente sólida a la hora de la ejecución del fallo, ya que la sentencia normalmente versará sobre determinadas opciones y no podrá abarcar, ni por la propia preparación de los jueces ni por las características de los procesos todas las complejidades técnicas sobre las que tendrá la Administración la última palabra.

Existen otros contrapesos que tratan de equilibrar este marcado desequilibrio entre las partes en una causa ambiental. Estos contrapesos los ha ido construyendo la misma sociedad civil a partir de la experiencia y de la constitución de redes y organizaciones de tercer nivel, que a partir de ideas y prácticas tan sencillas como la solidaridad, prestan asesoría y acompañamiento a las organizaciones comunitarias y otras organizaciones sociales locales cuando se tratan de resolver los conflictos ambientales por la vía jurisdiccional. Se destaca la labor de organizaciones como Earthjustice y el Earthjustice Legal Defense Fund (llamado antes Sierra Club Legal

⁶ Casos notables en América Latina son las causa de los indígenas U'wa de Colombia contra la petrolera OXI, filial de la Occidental Petroleum Company; el caso de los indígenas de Ecuador contra la petrolera Chevron-Texaco, así como los casos de las comunidades locales contra las empresas energéticas, Endesa, Unión Fenosa Aguas de Barcelona, GDF-Suez, Impregilo S.P.A.; los casos contra las mineras Holcim, Thyssen Krupp, Vale do Rio Doce o las petroleras Repsol YPF y Shell. Un diagnóstico más amplio se puede consultar en el informe de mayo de 2010 del Tribunal Permanente de los Pueblos titulado: "La Unión Europea y las empresas transnacionales en América Latina: políticas, instrumentos y actores cómplices de las violaciones de los derechos de los pueblos" (TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS, 2010).

Defense Fund), Environmental Law Alliance Worldwide (ELAW)⁷, Environmental Defense Fund, Acción Ecológica, Amigos de la Tierra, Asociación para la Defensa del Ambiente (AIDA)⁸, entre otros, que apoyan con recursos económicos, asesorías, comparten información científica y legal, presentan escritos de *amicus curiae*⁹ ante los tribunales, apoyan trabajos educativos, todo ello en busca de la aplicación, respeto y protección de los derechos ambientales y defensa del medio a partir de los instrumentos del acceso a la justicia ambiental.

ECONÓMICOS

El obstáculo económico es sin duda uno de los más importantes y decisivos en el acceso a la justicia ambiental¹⁰, se puede presentar antes, durante y después del ejercicio de este derecho.

Dentro de esta barrera se incluyen en primer lugar los costos del litigio, ya que la resolución formal de controversias es costosa, entre estos costos se destacan los honorarios de los abogados para las ONG, los costos de procedimiento, las fianzas para los interdictos o medidas cautelares, los gastos de los abogados de la contraparte si una ONG pierde y los costos de algunos mecanismos probatorios.

Hay que destacar el costo de los servicios jurídicos como la más importante barrera al momento de acudir a los jueces. Los servicios de los abogados privados de calidad, son costosos. Sin embargo, también existen abogados cuyos honorarios son modestos, aunque este hecho suele implicar una disminución en la calidad

⁷ ELAW responde a solicitudes, principalmente en las siguientes áreas: "Apoyo estratégico durante el desarrollo de casos y fortalecimiento de leyes ambientales. Provisión de equipo científico y entrenamiento para monitoreo de condiciones ambientales. Evaluación científica de información ambiental para la identificación de toxinas y sus fuentes. Leyes y Regulaciones modelo, como leyes de protección de calidad del agua. Registro ambiental y de Derechos humanos de corporaciones multinacionales. Testimonios de expertos, apoyando a casos en contra de contaminadores. Críticas a las evaluaciones de impacto ambiental y propuestas de proyectos de desarrollo. Apoyo en el desafío a instituciones financieras internacionales. Colaboración en la redacción de demandas y otros documentos legales. Información acerca de tecnologías sostenibles y limpias" (ELAW, 2010).

⁸ "AIDA emplea una amplia gama de herramientas legales. Combinamos el trabajo legal con educación e iniciativas de construcción de alianzas para empoderar a los ciudadanos y armar a los tomadores de decisiones con los conocimientos necesarios para tomar decisiones responsables. Distribuimos informes sobre temas clave, utilizamos las instituciones y los tribunales internacionales para exponer políticas débiles, y ayudamos a organizaciones no gubernamentales a trabajar por la aplicación de la normativa ambiental cuando los gobiernos no pueden o no van a hacerlo" (AIDA, 2010).

⁹ La institución del *amicus curiae*, proviene tanto del derecho romano como del derecho inglés, pero aunque es conocido que se trata de una práctica mucho más extendida en el derecho estadounidense la encontramos en varios países. Sin que sea obligatorio ni vinculante dentro del proceso, se han dado muchos casos en los que un escrito de un *amicus curiae* destaca ante la Corte una cuestión relevante que las partes aún no le han señalado, por lo que puede brindarle una ayuda considerable.

¹⁰ Este aspecto es destacado en diferentes informes nacionales e internacionales de origen oficial institucional o de origen no gubernamental, se pueden mencionar entre otros: "European Eco Forum Report On Aarhus Implementation" (PARTICIPATE, 2008); "Access to justice in Spain under the Aarhus Convention" (AJÁ, 2007); *Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals* (THE ACCESS INITIATIVE, 2010).

del servicio, que pone en desventaja a la parte que esté representada o asesorada por un abogado de menor calidad, frente a su contraparte que cuente con una buena asesoría jurídica. Para los grupos sociales de menores recursos que suelen ser litigantes ocasionales, los servicios de abogados privados serán inaccesibles, o solo pueden pagar los de abogados situados en los niveles más bajos de la escala de estratificación de la profesión jurídica.

Los costos del litigio, en especial los honorarios de los abogados, posiblemente lleguen a ser tan altos que constituyan un elemento disuasivo para el reclamo de derechos, aun para quienes pueden pagar. Para enfrentar un proceso de resolución de un conflicto ambiental por la vía negociada o judicial, se requieren los servicios profesionales de abogados que tengan un perfil alto, tanto en especialización como en experiencia, por tratarse de conflictos altamente complejos¹¹.

Para Casal et al. (2005: 63):

En la mayoría de las sociedades, incluyendo las de los países en desarrollo, la contratación de un abogado de calidad ha sido y sigue siendo una barrera significativa para el acceso a la justicia, cuando se trata de casos complejos que requieren de una asesoría especializada. Por otro lado, en lo que se refiere a los abogados, vale la pena destacar que los servicios que ellos prestan como representantes de las partes en los litigios no son ni remotamente los servicios más importantes que ellos pueden prestar. Los consejos y la orientación jurídica que están en capacidad de ofrecer tienen probablemente una mayor importancia social en cuanto son un medio de prevención de conflictos y constituyen además una intermediación entre los ciudadanos y los poderes públicos, así como entre aquellos y todas las formas de regulación estatal. A este tipo de servicios jurídicos tienen aun menor acceso quienes cuentan con pocos recursos.

Los altos costos de litigación asociados a la presentación de recursos de reclamación ambiental, restringen el acceso a la justicia a una parte importante de la población, cuando actúan de manera personal, como comunidad de vecinos o como ONG. Los abogados u organizaciones de abogados con experiencia interesados en la defensa del interés público y en especial de la defensa del interés ambiental son pocos, lo que hace más gravosa la situación para las personas y organizaciones que tengan la intención de defender los derechos e intereses ambientales.

En algunos países los gobiernos a través de sus legislaciones contemplan ayudas a las organizaciones sociales como el costo de los servicios profesionales de abogados para el litigio ambiental (BONINE, 2007: 425). Estos apoyos van desde un

¹¹ En cuanto al establecimiento de mecanismos de asistencia apropiados encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia, la Ley 27/2006 ha reconocido el derecho de asistencia gratuita para las ONG que cumplan los requisitos de público interesado.

apoyo amplio como en Estados Unidos, Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda, Brasil o España, hasta un apoyo restringido como en Colombia¹², mínimo o inexistente como en Chile, México y en otros países de América Latina. Todo lo anterior a pesar de la existencia del compromiso de los gobiernos, a partir de lo contemplado en el principio 10 de la Declaración de Río de 1992, en avanzar en la eliminación de obstáculos para el acceso a la justicia en los ámbitos administrativos y judiciales; solo los países firmantes del Convenio de Aarhus (1998) se han comprometido a “contemplar el establecimiento de mecanismos de asistencia apropiados encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia” (Artículo 9-5).

La figura jurídica más utilizada en los países latinoamericanos es el amparo de pobreza, figura establecida para la defensa de los derechos individuales, que se encuentra dentro del paradigma de la litigación individual de dos partes, en donde cada parte defiende su derecho. Por el tipo de derechos e intereses difusos y supraindividuales que están en juego en los litigios ambientales se rebasa el marco estrecho de la institución del amparo de pobreza, lo que se impone es proponer nuevas figuras de amparo para los litigantes a favor del ambiente, bien sea que lo hagan de manera individual o de forma colectiva.

Además de las provisiones institucionales para amparar a las organizaciones sociales en los litigios ambientales, existen otro tipo de apoyos que vienen desde la misma sociedad civil en forma de organizaciones filantrópicas u organizaciones comunitarias que a partir de redes de apoyo y solidaridad crean organizaciones más fuertes para apoyar casos ambientales emblemáticos en diferentes países. Un apoyo importante en los litigios ambientales es el dado por las organizaciones como Environmental Law Alliance Worldwide (ELAW)¹³, Acción Ecológica, Amigos de la Tierra, Asociación para la Defensa del Ambiente (AIDA), red de Acceso a la Justicia Ambiental (AJÁ), Red de Organizaciones No Gubernamentales de Derecho

¹² La Ley 472 de 1998 sobre acciones populares establece: “Artículo 19. *Amparo de pobreza*. El juez podrá conceder el amparo de pobreza cuando fuere pertinente, de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, o cuando el Defensor del Pueblo o sus delegados lo soliciten expresamente.

Parágrafo. El costo de los peritajes, en los casos de amparo de pobreza, correrá a cargo del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, a partir de su creación. Estos costos se reembolsarán al Fondo por el demandado, en el momento de satisfacer la liquidación de costas, siempre y cuando fuere condenado”.

¹³ Bonine, quien es fundador de ELAW, cuenta la experiencia de esta alianza de abogados interesados en el litigio ambiental con las ONG: “Esta red de litigantes de interés público está conformado por colegas que tienen el compromiso personal de ayudarse mutuamente más allá de las fronteras. Trabajando silenciosamente y sin exposición pública, se comparten experiencias en asuntos legales y técnicos a través de Internet. A pesar de que en sus inicios ELAW fue fundada por abogados de solamente nueve países (incluyendo Chile), ahora abogados litigantes en 60 países pueden consultar a 300 abogados y algunos científicos en todos los continentes. Además del intercambio que se da entre los abogados que están trabajando en los casos y que comparten información y estrategias, la Secretaría de la red, ELAW EE.UU., proporciona asistencia legal, científica y técnica a nivel internacional. Esta asistencia especializada –desde copias de sentencias que sientan jurisprudencia en casos relevantes, hasta investigación del comportamiento de las corporaciones en los procesos de evaluación de impacto ambiental e instrumentos de monitoreo de contaminación– que sería prohibitiva para los abogados dedicados al interés público por cuenta propia. Algunos abogados de interés público en el mundo atribuyen parte de su éxito en sus litigios para el cumplimiento de la legislación ambiental a la ayuda recibida a través de la red ELAW” (BONINE, 2007: 430).

Ambiental (RODA), entre otras, que apoyan con recursos económicos, asesorías, comparten información científica y legal, presentan escritos de apoyo ante los tribunales, en busca de la eficacia, aplicación, respeto y protección de los derechos ambientales y defensa del medio ambiente a partir del ejercicio de los instrumentos del acceso a la justicia ambiental.

Otro costo económico importante en los litigios ambientales está relacionado con algunos elementos probatorios como los exámenes científicos y técnicos que implican grandes costos en equipo y en personal calificado. Es importante destacar que en la mayoría de las legislaciones se impone la carga de la prueba a los demandantes, es decir, a quien presente la acción para la defensa del medio ambiente, lo que la convierte en una barrera importante para el acceso a la justicia ambiental, por cuanto las pruebas técnicas en materia ambiental son costosas (ejemplo, todos los casos de contaminación), que requieren de la intervención no solo de expertos en el tema, sino además de pruebas en laboratorios, o pruebas de campo como las pruebas geológicas, biológicas, hidrogeológicas, entre otras, que encarecen enormemente cualquier acción que se pretenda iniciar ante los tribunales.

La legislación colombiana ha tratado de compensar y de equilibrar esta desigualdad, ofreciendo facilidades para la obtención de las pruebas técnicas, con la conformación del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos¹⁴, con el fin de financiar las pruebas que por su alto costo económico y por su interés deban ingresarse al proceso, y en otros casos le imponen a las universidades públicas y otras entidades públicas¹⁵ la obligación de colaborar con estas pruebas a cargo de la misma entidad.¹⁶ La razón de esta norma se justifica en razón a la importancia que tienen los derechos e intereses colectivos que están siendo amenazados o vulnerados, cuya protección se pide mediante la acción popular.

La creación de los fondos para la generación de pruebas es un tema crucial en la agenda para el futuro desarrollo y efectividad del acceso a la justicia ambiental, por cuanto en los sistemas procesales continentales la carga de la prueba está a cargo del

¹⁴ Ley 472 de 1998. Arts. 19, 70 a 73.

¹⁵ Ley 472 de 1998. "Artículo 74. *Registro Público de Peritos para las acciones populares y de grupo*. 1. Será obligatoria la inscripción en el registro, de las autoridades públicas y de los particulares a quienes se les haya atribuido o adjudicado función pública, que disponga de soporte técnico, logístico, investigativo, personal o de apoyo que sirva para la práctica de pruebas en Acciones Populares, de las entidades que tengan el carácter de consultoras del Gobierno y de las Universidades Públicas. Los servidores públicos que fuesen nombrados peritos deberán dedicarse de manera prioritaria a su función de colaboración con la administración de justicia".

¹⁶ Ley 472 de 1998. "Artículo 30. *Carga de la prueba*. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella. En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos".

demandante (MARTÍNEZ, 2000: 71), es decir son los actores sociales los que tienen que demostrar la existencia de los hechos, el daño, sus causas y consecuencias. Esta cuestión se convierte en un grave obstáculo para el acceso a la justicia en los litigios ambientales; la falta de pruebas idóneas en las causas ambientales es una de las causales por las cuales los litigantes ambientales no obtienen los resultados buscados, quedando desprotegidos no solo los derechos ambientales, sino el medio ambiente. Igualmente es urgente no solo el fondo para la generación de pruebas sino el fondo para la reparación de daños; frecuentemente se obtienen sentencias que no logran la reparación efectiva de los daños ambientales.

Otra propuesta para remediar este obstáculo económico en la aportación de las pruebas por parte de los demandantes, es la inversión de la carga de la prueba en las causas ambientales, es decir, que sean los demandados los que tengan que demostrar que los daños al medio ambiente, sus causas y consecuencias no fueron causados por estos; esta presunción inicial de responsabilidad en ciertos sujetos, otorgaría la responsabilidad de carácter objetivo. Esto mirado razonablemente desde dos ópticas, la primera al tratar de buscar un equilibrio entre las partes especialmente en lo económico, y en segundo lugar porque los intereses en juego que han sido vulnerados o pueden ser vulnerados son intereses colectivos, de una comunidad, inclusive de personas que aún no existen, de las generaciones futuras. El instituto jurídico de la responsabilidad objetiva en materia ambiental sería aplicable en las causas en donde las personas particulares y las organizaciones sociales imputen la responsabilidad por los daños al medio ambiente a las empresas, a la Administración del Estado, tanto por acción como por omisión.

Otro obstáculo económico importante para el acceso a la justicia ambiental, es la imposición de fianzas para los interdictos o medidas cautelares y otras costas procesales que deben prestar las personas o las ONG interesadas en defender el interés del medio ambiente que al final es el interés público. No es aceptable que a una persona natural o a una organización de la sociedad civil que acuda a los tribunales en la defensa ambiental, se les impongan fianzas cuando soliciten medidas cautelares, sin tener en cuenta que el derecho a un ambiente sano pertenece a todos y cada uno y al mismo tiempo a ninguno; este derecho pertenece a la comunidad, no a sus miembros, por lo cual es un derecho transindividual. La imposición de fianzas en los interdictos o medidas cautelares obedece a una visión economicista e individualista de los derechos, y no tiene en cuenta los principios de precaución y prevención que son cruciales frente a la amenaza de los derechos e intereses colectivos. Se olvidan los legisladores y los tribunales que adelantar una acción para la defensa del medio ambiente, en primer lugar es de interés público y en segundo lugar sus resultados van a favorecer al resto de la comunidad, inclusive a destinatarios desconocidos, por tratarse de derechos e intereses colectivos.

A diferencia de otras legislaciones, en Colombia no existe la imposición de fianzas cuando una persona natural o jurídica sin ánimo de lucro presente una

acción de tipo administrativa, penal o civil en defensa del medio ambiente, ni tampoco cuando solicita una medida cautelar para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado, de hecho también faculta al juez para que oficiosamente decrete la medida cautelar cuando de los hechos y las pruebas presentadas con la demanda se desprenda la inminente amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos¹⁷. Esta es una manera de fomentar y garantizar que las personas y las ONG promuevan acciones tendientes a proteger y defender el medio ambiente.

Otro obstáculo económico importante para el acceso a la justicia ambiental, es el pago de los gastos de los abogados de la contraparte y de otras costas si una persona particular u ONG pierde el juicio. En la mayoría de países se aplica la regla “perdedor pagador” en los casos ambientales, que es una norma importada del derecho procesal aplicable a causas en donde están en juego solo derechos individuales. Esta práctica procesal nada favorece el acceso a la justicia ambiental, por el contrario desincentiva a las personas y organizaciones sociales para adelantar juicios para pedir el cumplimiento de la normatividad ambiental y de sus derechos ambientales.

La regla “perdedor pagador” en litigios ambientales es aplicada de manera diferente en las regiones del mundo, en los países de América Latina es aplicada con diferentes matices, por ejemplo en Colombia en la Ley 472 de 1998 sobre acciones populares, la condena en costas, entre ellas los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, se hará sólo en el evento de que se demuestre que la acción fue presentada de forma temeraria o de mala fe¹⁸. Igual situación se puede encontrar en el Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la cual se destaca que el accionante está exento de costas salvo temeridad o malicia.

¹⁷ Ley 472 de 1998. “Artículo 25. *Medidas cautelares*. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes: a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando; b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado; c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas; d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Parágrafo 1º. El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

Parágrafo 2º. Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado”.

¹⁸ Ley 472 de 1998. “Artículo 38. *Costas*. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar el demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar”.

Dentro de las posibles soluciones a los obstáculos de tipo económico, se propone reducir los costos de procedimiento en lo que se refiere a no requerir fianzas para los interdictos o medidas cautelares, financiamiento público a los abogados de las ONG, ayuda legal, caso a caso, pagar a los abogados de las ONG si el Gobierno o las empresas pierden (no lo contrario) y la financiación de fundaciones¹⁹.

DIFICULTAD EN EL MANEJO DE EVIDENCIAS Y PRUEBAS Y SU VALORACIÓN POR EL JUEZ

Uno de los aspectos más complejos de las causas iniciadas para la defensa ambiental está relacionado con el manejo de la evidencia, la consecución y aportación de pruebas (CAPPELLI, 2006; 127), así como su posterior valoración por los jueces (BIBILONI, 2007: 34). Esta complejidad nace de la calidad que tienen los conflictos ambientales, en donde convergen hechos y circunstancias de tipo social, político, económico y ecosistémico. La comprensión de esta problemática no se puede hacer desde una mirada unidireccional y monodisciplinar, ni con los esquemas tradicionales del derecho del litigio individual, se hace necesario que las partes en un litigio ambiental, es decir el demandante, el demandado, el juez y los auxiliares de la justicia, amplíen los esquemas de comprensión de la ciencia y del derecho moderno, hacia esquemas integrales y holísticos, para poder entender la dimensión ambiental de la problemática (CAFFERATTA, 2004: 122).

En las diferentes legislaciones, la carga de la prueba en las acciones para la defensa del medio ambiente está en cabeza de los demandantes, a pesar de que el papel del juez ha cambiado hacia una posición más inquisitiva, con más protagonismo y con participación más activa en el proceso y gozando de algunos poderes adicionales para que decrete pruebas de oficio a cargo de agencias del Estado y algunas veces a cargo de los demandados. A pesar de estos alivios, el establecimiento de la carga de la prueba en cabeza de los particulares o de las organizaciones sociales que pretendan iniciar acciones judiciales en defensa de los intereses ambientales, que son intereses públicos, se convierte en un obstáculo para el acceso a la justicia ambiental, porque las pruebas en los casos ambientales en su mayoría son pruebas técnicas, excesivamente costosas, difíciles de aportar al inicio de la acción o de practicar durante el juicio, por lo que la falta de estas o la dificultad para su aporte o práctica, hace que las personas u organizaciones sociales desistan de iniciar la acción judicial o en el peor de los casos sus pretensiones son desechadas por el

¹⁹ En la investigación sobre indicadores de justicia y ambiente en la ciudad de Buenos Aires, realizada por la ONG argentina Fundación Ambiente y Recursos Naturales, se afirma que los aspectos económicos del proceso son fundamentales, no solo respecto de la resolución final en cuanto a las costas del mismo, sino también en relación a los costos de producción de la prueba que pueden incidir en el desarrollo de un proceso igualitario en la materia. Muchas de las conclusiones relativas a la prueba y la importancia de buscar formas más económicas para su producción tienen en vista la necesidad de superar las asimetrías que en torno a los costos del proceso pueden plantearse (DI PAOLA, DUVERGES y ESAIN, 2006: 288).

juez por la falta o insuficiencia de pruebas, lo que acarrea un déficit de protección de los derechos e intereses colectivos (DI PAOLA, DUVERGES y ESAIN, 2006: 284).

La inversión de la carga de la prueba en materia ambiental y la aplicación por los jueces del principio *in dubio pro ambiente*, posibilitarían y mejorarían el acceso a la justicia ambiental, reconociendo la conexión que tiene con los principios generales del derecho ambiental, como los de precaución, prevención, sostenibilidad, restaurabilidad o protección elevada (LOPERENA, 1998).

De otra parte, vemos como un obstáculo para el acceso a la justicia ambiental la falta de preparación de los jueces al momento de valorar las pruebas, precisamente porque al tratarse en su mayoría de pruebas técnicas estos deben contar no solo con la preparación jurídica –ojala especializada– y la capacidad de comprender las pruebas técnicas, sino también que los juzgadores deben contar con una actitud abierta, creativa y poco dogmática, para poder interpretar y entender esas pruebas en el contexto social y ambiental de los intereses colectivos, entendiendo que la mayoría de las causas ambientales son de interés público y que están en juego no solo los derechos ambientales amenazados, sino también otros derechos fundamentales que podrían ser vulnerados, si la problemática ambiental no es solucionada a tiempo.

Las pruebas en las causas colectivas ambientales son de diversa índole y muchas veces escapan a los esquemas tradicionales probatorios del derecho privado; los indicios (BIBILONI, 2007: 37), las huellas, los saberes tradicionales y cotidianos de los habitantes de los territorios en donde se presenta el conflicto ambiental, son entre otros, algunos de los factores que deben reconocerse por los tribunales, precisamente por la calidad de los derechos e intereses colectivos que están en juego en un litigio ambiental. El reto de los jueces y magistrados está en comprender el texto y el contexto de los conflictos ambientales que se pretenden resolver por la vía jurisdiccional, en clave de interés público, de intereses difusos y de las consecuencias a futuro que podría tener su decisión, no solo para los actores y partes presentes en el juicio, sino también para las generaciones futuras.

CONOCIMIENTO Y RECONOCIMIENTO DE LOS SABERES TRADICIONALES Y COTIDIANOS DE LOS CIUDADANOS SOBRE LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL EN LAS CAUSAS COLECTIVAS AMBIENTALES

Dentro de las pruebas aceptadas por el derecho probatorio se encuentran entre otras, las pruebas periciales, la declaración de terceros, la inspección judicial, las pruebas técnicas. Dentro de estas pruebas el saber tradicional de las personas que tienen su asiento en el territorio objeto de impacto ambiental, solo es tenido en

cuenta por los jueces como declaración de terceros, en ningún momento se les da el valor como prueba de expertos.

La importancia que tienen los saberes tradicionales o ancestrales y el conocimiento que proviene de la experiencia (BRAND y KARVONEN, 2007: 21-31) de los habitantes de los territorios que reciben o recibirán directamente el impacto de la intervención en el medio ambiente, está dada en las representaciones y conocimiento real e inmediato de los hechos, de la historia de los aspectos físicos y bióticos de un territorio que solo lo puede dar el conocimiento tradicional y la experiencia de las personas que han vivido décadas o generaciones en determinados territorios (FISCHER, 2004: 97).

En los procesos judiciales se ha otorgado un peso y mayor valor probatorio a los conocimientos técnicos y científicos, levantados con metodologías avaladas por la ciencia moderna, es decir, por el método científico, desconociendo o subvalorando el conocimiento que proviene de la experiencia personal, social y cultural y de la práctica cotidiana de las personas y habitantes del territorio que están involucradas en un conflicto ambiental, con lo cual no se estaría dando aplicación a los principios de diversidad y pluralidad (de saberes y conocimientos), que son propios de los saberes ambientales.

Los procedimientos, las técnicas probatorias y su interpretación deberán cambiar²⁰ hacia otras formas que reconozcan el valor del dialogo de saberes, es decir, darle el valor preciso tanto al conocimiento técnico y científico de la ciencia moderna, como al conocimiento popular y tradicional, que no es otro que proviene de la experiencia cotidiana de vivir en un territorio, de conocer los ciclos naturales, la biodiversidad y la problemática ambiental en su contexto social y cultural. La experiencia que tienen los habitantes locales no se puede suplir con la experiencia de los técnicos que solo aparecen en los territorios, al momento de practicar las pruebas, sin tener en cuenta el contexto histórico, social, económico y ecológico de los conflictos ambientales. Ambos tipos de conocimientos, el tradicional y el técnico-científico se deben complementar al interpretar los complejos conflictos ambientales, dando el peso específico a cada uno, teniendo en cuenta el contexto de la problemática, la impronta colectiva de los derechos e intereses que están en juego y la indivisibilidad de los bienes jurídicamente tutelados.

²⁰ Propuesta de cambio que propone el derecho ambiental no sólo desde lo sustancial, sino desde una reinterpretación de los institutos jurídicos tradicionales del procedimiento y del derecho probatorio. Cafferatta así lo propone al decir que: "El derecho ambiental, en su incesante búsqueda de espacios, rompe con las cadenas que atan al sistema con las soluciones de corte individualista de las leyes decimonónicas. Y lo somete, desde su impronta social-colectiva, a un proceso de reformulación, renovación, urgente adaptación de instituciones tradicionales o de base, como la normativa de la responsabilidad por civil por daños y del proceso judicial. Frente a la cuestión ambiental los institutos ortodoxos del derecho, disfuncionan, se tornan obsoletos, e inútiles. Solo cabe una mudanza, para adecuar la respuesta para una problemática igual pero diferente, o francamente distinta que la normal, usual o habitual" (CAFFERATTA, 2004: 110).

FALTA DE FUEROS JUDICIALES ESPECIALES E INSUFICIENTE CONSOLIDACIÓN DE UNA JURISPRUDENCIA AMBIENTAL: EL ROL DEL JUEZ EN LOS PROCESOS COLECTIVOS AMBIENTALES

Es reconocido el papel importante que juegan los jueces y tribunales en las democracias modernas, la existencia de un poder judicial fuerte e independiente, garantiza el funcionamiento de las instituciones políticas y jurídicas de los Estados constitucionales modernos. El papel de la judicatura en temas ambientales es cada día más destacado al convertirse en garante en última instancia del cumplimiento de las normas ambientales, especialmente las relacionadas con los derechos ambientales²¹.

En diferentes evaluaciones hechas por organismos internacionales²² y por las ONG, se ha identificado que la falta de fueros especiales para la resolución judicial de los conflictos ambientales y la inclusión de su resolución en las diferentes jurisdicciones ordinarias se convierte en un obstáculo para el acceso a la justicia ambiental, por cuanto esta falta de especialización no favorece el avance de criterios de interpretación coherentes y consistentes sobre los diferentes temas y problemas que se presentan al momento de resolver los conflictos ambientales en las instancias judiciales (PASSOS, 2000: 234).

Igualmente, la falta de especialización de los jueces y de la inexistencia de fueros especiales no favorece el desarrollo y consolidación de una jurisprudencia ambiental sólida, evolutiva y apropiada a las condiciones sociales y ecosistémicas de donde se presentan los conflictos ambientales. En los países en donde se ha propiciado la implementación de una institucionalidad para la protección del medio ambiente por medios judiciales²³, así sea precaria, se ha evidenciado el avance de la jurisprudencia ambiental, lo que se ha reflejado en una mayor y mejor

²¹ Este reconocimiento se hizo explícito en la declaración de “Principios de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y la función del derecho adoptados por el Simposio Mundial de Jueces celebrado en Johannesburgo, Sudáfrica, del 18 al 20 de agosto de 2002” (2002: 2) al decir que: “Hacemos hincapié en que el frágil estado del medio ambiente mundial requiere que el poder judicial, en calidad de custodio del imperio de la ley, ejecute y aplique coercitivamente con decisión y sin temor las leyes internacionales y nacionales pertinentes que en la esfera del medio ambiente y el desarrollo sostenible, contribuyan a la mitigación de la pobreza y el sostenimiento de una civilización duradera, y aseguren que la generación presente goce de calidad de vida y la mejor para todas las personas, asegurando al mismo tiempo que no se comprometen los derechos y los intereses inherentes de las generaciones futuras”.

²² Ver, entre otros, el documento: “Taller Regional sobre Fiscalías Ambientales. Buenos Aires, Argentina, 7 y 8 de noviembre de 2008. Desarrollo y conclusiones” (2008), auspiciado por el PNUMA.

²³ En América Latina, Brasil es uno de los países de la región más adelantado en esta materia al contar con fiscalías ambientales, juzgados ambientales y en algunos Tribunales estatales con salas especializadas en medio ambiente, además del destacado papel que cumple el Ministerio Público en las causas ambientales. También encontramos fiscales ambientales en Costa Rica, Honduras, Panamá, Chile y Guatemala, destacando otras instituciones como la PROFEPA, Procuraduría Federal de Protección Ambiental de México y con desarrollos exigüos en los otros países de América del Sur. “También resulta ilustrativo de este novedoso fenómeno de institucionalidad de las Fiscalías Ambientales, la experiencia en Europa: por ejemplo, España cuenta en 13 de las 50 Provincias que la componen, de Fiscalías Ambientales, lo que hace un total de 21 Fiscales Ambientales” (PAPEL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN DEFENSA DEL AMBIENTE, s.f.: 4).

protección de los derechos ambientales y del medio ambiente (CAPPELLI, 2006: 109).

El escaso desarrollo jurisprudencial nacional e internacional de los derechos ambientales y su exigua interpretación administrativa y judicial en torno a su sentido y grado de alcance, hace muchas veces que la aplicación de las normas ambientales sea restrictiva e interpretada con arreglo a los fines de las empresas o Estados desarrollistas, desconociendo en muchas de las veces los derechos consagrados legal y constitucionalmente.²⁴

El rol del juez en los procesos colectivos ambientales es muy importante y totalmente diferente a su rol en los procesos individuales. La actitud y actividad del juez cuando está frente a las acciones que pretenden defender el medio ambiente o los derechos ambientales, es de un juez activo frente a la causa, tanto en el decreto de medidas cautelares, así no las haya pedido el demandante, el decreto oficioso de pruebas, facilitar los medios para su práctica y aportación al proceso, como en su valoración. Partimos del supuesto de que el juez en las causas ambientales no puede ser neutral (CAFFERATTA, 2004: 121), su obligación es la protección del medio ambiente y los derechos ambientales de acuerdo a los preceptos constitucionales y legales, que es también su medio ambiente; el juez está representando los intereses de la comunidad en las causas ambientales (JUCOVSKY, 2008: 231), lo que ha hecho que la actividad y las decisiones judiciales en las causas ambientales sean definitivas en la protección de los intereses no solo de las generaciones presentes sino también de las futuras. De una buena o mala decisión judicial puede depender el futuro de ecosistemas enteros, de la desaparición o conservación de especies de animales o plantas, que son o pueden ser vitales para la existencia de comunidades humanas (STEIN, 2006: 54).

Estamos de acuerdo con Cafferatta (2004: 123) cuando afirma que:

El panorama comparativo acusa una modalidad de tutela que se orienta hacia un juez con “responsabilidad social” o sea independiente a cabalidad pero comprometido, no desde luego con la orientación política circunstancial del gobierno del Estado sino con el sentido de ayudar a facilitar, lógica y razonablemente, la trascendente evolución del derecho. Un juez que está en el centro del cuadrilátero pero no ya en la actividad neutral (la del referee) sólo para impedir los “golpes bajos”. Ha quedado atrás esa posición de mero mediador, de asegurador o garantía del juego formal y privatístico de los contendientes. La naturaleza del litigio ambiental, parodiando F. Baur por envolver una invariable axiológica, impele al juez para que salga de su papel pasivo, y asuma, de alguna manera, la responsabilidad

²⁴ Se puede ver en el informe de la coalición La Iniciativa de Acceso (TAI). “Situación del acceso a la información, a la participación y a la justicia ambiental en América latina. 2004-2005. Bolivia, Costa rica, Chile, Ecuador, El Salvador, México, Perú, Brasil, Colombia, Venezuela” (LA INICIATIVA DE ACCESO EN AMÉRICA LATINA, s.f.).

por la cura de una relación docente entre el derecho y la vida. Por ello se ha dicho con razón, que el juez no puede ser neutro en materia ambiental. Debe partir del presupuesto que el medio ambiente está, de antemano, protegido.

CONCLUSIONES

El acceso a la justicia ambiental, presenta obstáculos adicionales a los que se presentan corrientemente al acceso a la justicia, debido a la complejidad social, cultural y científico-técnica de los conflictos ambientales y así como la importancia económica, política y social de los casos ambientales; en los últimos cinco años se han realizado los primeros esfuerzos sistemáticos de investigación empírica sobre los problemas para el acceso a la justicia ambiental, en particular en Europa a partir de la entrada en vigor del Convenio de Aarhus. Desde muy temprano los autores han reconocido la dificultad que tienen los procesos en donde se hace la defensa ambiental y las barreras que encuentran los particulares y las organizaciones sociales para llevar adelante sus demandas, tales como las barreras de igualdad, económicas, políticas y técnicas para presentar y evaluar las pruebas. La investigación reveló otros obstáculos como los procesales, la dificultad en el manejo de evidencias y pruebas y su valoración por el juez; el conocimiento y reconocimiento de los saberes tradicionales y cotidianos de los ciudadanos sobre la problemática ambiental en las causas colectivas ambientales; el desarrollo de capacidades y competencias para la participación; el insuficiente acceso a la información ambiental; la falta de fueros judiciales especiales y la insuficiente consolidación de una jurisprudencia ambiental, destacando el rol importante que juega el juez en los procesos ambientales.

La eficacia de la defensa ambiental depende del número y de intensidad de los obstáculos que los ciudadanos y las organizaciones sociales, puedan encontrar al momento del ejercicio del derecho de acceso a la justicia ambiental y de la puesta en práctica de los instrumentos procesales que ofrece este derecho como garantía de efectividad de los demás derechos ambientales. Además de la necesidad de su reconocimiento formal como derecho subjetivo, es importante comprender algunos aspectos de su ejercicio, para reconocer su verdadera proyección como instrumento eficaz para la defensa y protección de los derechos ambientales y del medio ambiente en los ámbitos locales, nacionales e internacionales.

El acceso a la justicia ambiental ante los tribunales nacionales e internacionales encuentra obstáculos de diferente tipo; unos previos, que impiden a los ciudadanos y organizaciones sociales, siquiera a acceder a las instancias judiciales correspondientes; otros que están relacionados con la misma tradición procesalista individualista de los sistemas jurídicos occidentales; otras barreras tienen que ver con la calidad de los actores mismos del proceso, los ciudadanos, las

organizaciones sociales, las empresas, la administración pública, los tribunales y demás participantes en las instancias judiciales; otros obstáculos son intrínsecos y que tienen que ver con el desarrollo y puesta en marcha de los procedimientos como tal. De la mayor o menor intensidad de las barreras y del número de obstáculos que se presenten en la resolución de un conflicto ambiental por las vías del acceso a la justicia ambiental, depende si se pueden convertir en unas barreras muy fuertes casi infranqueables, no solo para acceder a las instancias y los procedimientos del acceso a la justicia ambiental, sino para obtener los resultados de protección de los derechos ambientales.

Algunos obstáculos tienen más impacto negativo en el acceso a la justicia ambiental y se pueden convertir en barreras infranqueables para los particulares y las organizaciones sociales; sin desconocer la existencia de otros obstáculos que en los casos específicos se puedan presentar; cada causa ambiental tiene sus propios obstáculos en número e intensidad mayor o menor, dependiendo de la calidad de los actores, el territorio, la legislación vigente en el país en donde se tramiten, las estrategias legales que se planteen, el nivel de organización de la sociedad civil, los niveles de corrupción locales o nacionales y otras variables independientes, propias de cada conflicto ambiental.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AIDA (Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente). (2010). "AIDA: Protegiendo a las comunidades y al ambiente en América". En: <http://www.aida-americas.org/es/about> [Consultado el 7 de octubre de 2010].
- AJÁ (Asociación para la Justicia Ambiental). (2007). "Access to justice in Spain under the Aarhus Convention". En <http://www.elaw.org/system/files/AccessJusticeSpainFeb2007.pdf> [Consultado el 10 de octubre de 2010].
- Bibiloni, Héctor Jorge. (2007). "Algunas cuestiones de prueba en los procesos ambientales". En: *Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. Memorias. Tercero - 2004, Cuarto - 2005, Quinto - 2006* (pp. 25-44). México: Foro Consultivo Científico y Tecnológico, A.C.
- Balanyá, Belén. (2007). "¿Cenamos esta noche, comisario?: Lobby en Bruselas". En: *Las Empresas Transnacionales en la Globalización* (pp. 22-25). Madrid: Observatorio de Multinacionales en América Latina.
- Brand, R. y Karvonen, A. (2007). "The ecosystem of expertise: complementary knowledges for sustainable development". *Sustainability: Science, Practice & Policy*, No. 1, Vol. 3, pp. 21-31.
- Cafferatta, Néstor A. (2004). *Introducción al derecho ambiental*. México: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), Instituto Nacional de Ecología (INE), Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).
- Cappelletti, Mauro. (1984). *Accès à la Justice et Etat-Providence*. Paris: Institute Universitaire Européen.
- Cappelli, Silvia. (2006). "Experiencia del sistema de Fiscalías Ambientales en Brasil". *Revista Mexicana de Legislación Ambiental*, No. 13, Año 4. México, D.F.: Instituto Mexicano de Investigaciones en Derecho Ambiental.
- Casal, Jesús María, Roche, Carmen Luisa, Richter, Jacqueline y Chacón Hanson, Alma. (2005). *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*. Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (Ildis).

- Colombia, Congreso de la República, Ley 472 de agosto 5 de 1998, 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. En: http://www.oas.org/juridico/spanish/col_res16.htm
- Convenio de Aarhus. (1998). "Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio Ambiente". En: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:124:0004:0004:ES:PDF> [Consultado el 4 de octubre de 2010].
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1992). En: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Di Paola, María Eugenia, Duverges, Dolores y Esain, José Alberto. (2006). *Indicadores sobre justicia y ambiente: actualidad del principio 10 en la Argentina*. Buenos Aires: Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN).
- ELAW (Environmental Law Alliance Worldwide). (2010). "Acerca de ELAW". En: <http://www.elaw.org/node/3627> [Consultado el 7 de octubre de 2010].
- Fischer, Frank. (2004). "Citizens and Experts in Risk Assessment: Technical Knowledge in Practical Deliberation". *Technikfolgenabschätzung*, No. 2/13, pp. 90-98.
- Galanter, Marc. (2001). "Por qué los poseedores salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico". En: García Villegas, Mauricio (ed.). *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Hernández Zubizarreta, Juan. (2009). *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Bilbao: Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional.
- Informe sobre la situación de los derechos humanos en México elaborado por las organizaciones de la sociedad civil para el examen periódico universal. (2008). En: <http://www.equipopueblo.org.mx/desca/descargas/Informe%20DESCA%20para%20EPU-8%20septiembre%2008.pdf> [Consultado el 4 de octubre de 2010].
- Jucovsky, Vera Lucía R.S. (2008). "El Poder Judicial y la impartición de justicia ambiental". En: 6° *Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. Memorias*. México: Foro Consultivo Científico y Tecnológico, A.C.
- La Iniciativa de Acceso en América Latina. (s.f.). "Situación del acceso a la información, a la participación y a la justicia ambiental en América latina. 2004-2005. Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, México, Perú, Brasil, Colombia, Venezuela". En: <http://www.accessinitiative.org/sites/default/files/Situación%20del%20Acceso.pdf> [Consultado el 13 de octubre de 2010].
- Loperena Rota, Demetrio. (1998). *Los principios del derecho ambiental*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- Martín Mateo, Ramón. (1992). *Tratado de derecho ambiental*. Vol. II. Madrid: Trivium.
- Martínez, Isabel. (2000). *El acceso a la justicia ambiental en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela durante la década de 1990*. México, D.F.: Oficina Regional para América Latina y el Caribe (ORPALC) del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).
- Naciones Unidas, Asamblea General. (2007). *Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos". Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. Las empresas y los derechos humanos: catálogo de las normas internacionales sobre responsabilidad y rendición de cuentas por actos cometidos por empresas*. En: <http://proyectoredandina.files.wordpress.com/2010/03/naciones-unidas-informe-rep-especial-ddhh-y-corporaciones-transnacionales-feb-2007.pdf> [Consultado el 10 de octubre de 2010].
- Papel del Ministerio Público fiscal en defensa del ambiente. (s.f.). En: <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/Documentos%20base/Doc%20Base-%20El%20papel%20del%20Ministerio%20Publico.pdf> [Consultado el 12 de octubre de 2010].

- Participate. (2008). "European Eco Forum Report On Aarhus Implementation" En: http://www.participate.org/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=62&task=finish&cid=30&catid=4 [Consultado el 11 de octubre de 2010].
- Passos de Freitas, Vladimir. (2000). "El acceso a la justicia ambiental en Brasil". En: *Derecho ambiental y desarrollo sostenible: el acceso a la justicia ambiental en América Latina. Memorias del Simposio Judicial realizado en la ciudad de México del 26 al 28 de enero de 2000*. México, D.F.: Programa de las Naciones Unidas para el Medio ambiente, Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Gobierno de México.
- Principios de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y la función del derecho adoptados por el Simposio Mundial de Jueces celebrado en Johannesburgo, Sudáfrica, del 18 al 20 de agosto de 2002. (2002). En: www.oas.org/es/cidh/.../docs/.../Johannesburg-Principles_SPANISH.doc [Consultado el 11 de octubre de 2010].
- Stein, Paul. (2006). "Why judges are essential to the rule of law and environmental protection". In: Greiber, T. (ed.). *Judges and the Rule of Law. Creating the Links: Environment, Human Rights and Poverty*. UK: IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge.
- Taller Regional sobre Fiscalías Ambientales. Buenos Aires, Argentina, 7 y 8 de noviembre de 2008. Desarrollo y conclusiones. (2008). En: <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/rol%20de%20las%20fiscalias/Conclusiones%20Taller%20Regional.pdf> [Consultado el 10 de octubre de 2010].
- The Access Initiative. (2010). *Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals*. En: http://www.accessinitiative.org/sites/default/files/Greening%20Justice%20Final_31399_WRI.pdf [Consultado el 11 de octubre de 2010].
- The Supreme Court of Canada. (s.f.). *Court File No. 32797*. Factum of The Interveners: Canadian Environmental Law Association, West Coast Environmental Law Association, Sierra Club of Canada, Quebec Environmental Law Centre, Friends of The Earth and Interamerican Association For Environmental Defense En: http://www.aida-americas.org/sites/default/files/Red_Chris_amicus_0.pdf [Consultado el 9 de octubre de 2010].
- Tribunal Permanente de los Pueblos. (2010). "La Unión Europea y las empresas transnacionales en América Latina: políticas, instrumentos y actores cómplices de las violaciones de los derechos de los pueblos". En: <http://www.internazionaleleliobasso.it/index.php?op=6&oid=3> [Consultado el 8 de octubre de 2010].