



UNIVERSIDAD DE BURGOS

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

TESINA

**LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN
EN LOS CONFLICTOS AMBIENTALES**

SIDNEY ROSA DA SILVA JUNIOR

DIRECTORA: DRA. NURIA BELLOSO MARTÍN

2010

Agradecimientos

Este trabajo no se habría podido realizar sin la colaboración de muchas personas que me han brindado su ayuda, sus conocimientos y su apoyo. Quiero agradecerles a todos ellos cuanto han hecho por mí, para que esta investigación saliera delante de la mejor manera posible.

A mi directora de tesina, Dra. Nuria Beloso Martín, por haber sido tan buena tutora durante los meses que ha durado la investigación, por la preocupación que siempre ha mostrado y por ayudarme cuando lo he necesitado. Ha corregido minuciosamente este trabajo y me dado la posibilidad de mejorarlo. Tengo que agradecerle sus comentarios, direcciones, sugerencias, correcciones y todas las palabras de apoyo.

A todos los profesores del curso de Doctorado Sociedad Plural y Nuevos Retos del Derecho, por todo el conocimiento y la experiencia que han compartido en las clases.

A Adriana, por ser como es, por quererme como soy, por tu amor, por ser el centro de mi universo... por tantas cosas, te quiero.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
Justificativa.....	8
Objetivo de la investigación	9
Metodología de trabajo	10
Desarrollo del tema	11
 CAPÍTULO I - EL DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO Y LAS REPERCUSIONES DE LA NUEVA GESTIÓN DEMOCRÁTICA	 13
1.1 La necesidad de una claridad conceptual.....	17
1.2 El inicio de una evolución racional y la teoría de las generaciones	19
1.2.1 La primera generación y la creación del Estado Liberal	21
1.2.2 La segunda generación: la llegada del Estado Social y de las políticas prestacionales	24
1.2.3 La tercera generación: el surgimiento de un derecho humano al medio ambiente y en el ámbito de los derechos difusos	26
1.2.4 La dimensión democrática como una cuarta generación de derechos.....	30
1.3 Las relaciones interdimensionales de los derechos	33
1.4 La democracia deliberativa como elemento necesario para la tutela de los derechos de la tercera generación	35
1.5 La mediación en los conflictos ambientales como instrumento de conexión entre la tercera y la cuarta dimensión de los derechos	41
 CAPÍTULO II - LA MEDIACIÓN Y EL INTERÉS PÚBLICO AMBIENTAL	 45
2.1 El daño ambiental y los medios de adjudicación	50
2.2. El interés público y la disponibilidad racional de los bienes ambientales	55
 CAPÍTULO III - LA MEDIACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL	 69
3.1 La tutela ambiental y el dilema de la modernidad	72

3.2 La implicación jurídica de la precaución	75
3.3 La dinámica del riesgo.....	77
3.4 La incidencia de la precaución y de las soluciones consensuadas en la gestión del riesgo ambiental.....	81
3.5 Acuerdo ante escenarios de incertidumbre y ambigüedad	85
3.6 La mediación como garantía de la racionalidad del proceso	87

CAPÍTULO IV - LA GESTIÓN DEMOCRÁTICA DE UN CASO: LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN AMBIENTAL..... 93

4.1 El caso de la presa en el valle del río Snoqualmie	97
4.1.1. La aparición del conflicto	98
4.1.2. Un cambio de rumbo: la aplicación del mecanismo de la mediación	100
4.1.3. Estructuración del proceso democrático mediante la técnica de la mediación.....	101
4.1.4. El reconocimiento de los intereses subyacentes a las posiciones.....	102
4.1.5. Ampliación de la lista de soluciones.....	105
4.1.6. La participación de órganos estatales	107
4.1.7. Viabilizando el acuerdo sobre la mejor forma de resolver la cuestión	108

CONCLUSIONES..... 113

1. En cuanto a las repercusiones de la democracia deliberativa sobre el derecho humano al medio ambiente.....	113
2. En cuanto a la relación entre la mediación y la indisponibilidad del interés público ambiental	114
3. En cuanto a la utilización de la mediación para orientar una adecuada precaución ambiental.....	116
4. En cuanto a la visión práctica de la gestión democrática deliberativa de los conflictos ambientales.....	117
5. En cuanto a la viabilidad del nuevo modelo	119

BIBLIOGRAFÍA 121

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se enmarca en un momento de la evolución del hombre donde el conflicto se presenta como una de las más habituales características de su relación con el mundo natural. Cada vez está más presente en los medios de comunicación globalizados la preocupación por las catástrofes naturales, los cambios climáticos, el agotamiento de los recursos y la consecuente disminución en la calidad de vida de los individuos, problemas que, en no pocas veces, se atribuyen a la incapacidad de gestión del proceso de desarrollo. Por otra parte, el acelerado progreso económico que estamos viviendo, sin una adecuada planificación a largo plazo, hace difícil diseñar una adecuada relación de complementariedad entre el progreso humano y la protección del ecosistema.

Esa dificultad se ve incrementada por la gran polarización de la sociedad entre los grupos que defienden una exacerbada protección del medio ambiente y los sectores empresariales, que tienden a considerar la tutela ambiental como un obstáculo para sus objetivos económicos. Esa dicotomía se presenta y se extiende como un gran obstáculo para una gestión ambiental eficaz, impidiendo una correcta distribución de beneficios y cargas derivados del desarrollo de la humanidad, capaz de proporcionar condiciones de vida dignas a las generaciones futuras.

También el avance de la ciencia que si por un lado abrió nuevos horizontes, posibilidades y descubrimientos, no fue capaz sin embargo de satisfacer las necesidades de seguridad de los individuos, lo que transmite la falsa sensación de que el hombre del presente es más evolucionado que el hombre del pasado. De hecho, los conocimientos técnico-científicos se han ampliado de modo singular en

las últimas décadas, pero su estado actual ya no es capaz de prever una serie de consecuencias nefastas que derivan de su puesta en práctica. Esta incertidumbre se presenta como un elemento más de la generación de conflictos y, por consiguiente, constituye un nuevo factor que dificulta una adecuada gestión de la problemática que afecta la relación entre el hombre y el medio ambiente y la búsqueda de la tan deseada sostenibilidad.

Justificativa

La conflictualidad percibida en el ámbito del derecho ambiental -concebido éste como aquella rama del derecho que tiene por objeto estudiar los mecanismos jurídicos necesarios para permitir una relación sostenible entre el hombre y el medio natural- ha impedido una visión holística de los problemas relacionados con la materia. Las dificultades surgidas se continúan resolviendo en su mayoría, privilegiando un desarrollo económico que no presta especial atención al medio ambiente.

El propio Poder Público, incapaz de entender la inserción del ser humano en el concepto del medio ambiente, no ha llevado a cabo el diseño estratégico necesario para que los recursos naturales sean racionalmente utilizados de manera que no perjudiquen el equilibrio ecológico. Así, entiende su actuación de una forma bastante limitada y comienza a hacer uso de los mecanismos de adjudicación de regulación ambiental, en su mayoría ineficaces e inestables, sin tener en cuenta la posibilidad de poner en marcha un plan discursivo capaz de producir las soluciones más adecuadas.

En nuestra condición de Fiscal -“Promotor de Justicia”- en los asuntos relativos al medio ambiente en el Estado de Rio de Janeiro, Brasil, hemos podido verificar constantemente que la falta de consideración del elemento “conflicto” en una regulación ambiental provoca un entorno social inestable. La experiencia acumulada en nuestra actuación profesional sobre los diversos *impasses* ambientales ha demostrado que cualquier imposición judicial o administrativa, aunque sea con el objetivo de implementar una normativa adecuada a los modelos de recomposición natural del ecosistema, acaba generando efectos perjudiciales

sobre la propia efectividad de tales medidas, promulgadas verticalmente por los órganos responsables de regular un determinada materia, que tienden a no mantenerse por mucho tiempo. La globalización cultural, el crecimiento de un activismo judicial y el fortalecimiento de los medios de comunicación, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, van confiriendo cada vez más, a quienes se sienten lesionados en sus intereses, las facultades de obstaculizar el proseguimiento de esta tutela ambiental meramente adjudicataria, desembocando en una situación que acaba perjudicando la propia tutela ambiental.

La correcta adecuación de las relaciones que afectan al medio ambiente comienza a estar intrínsecamente relacionada con una gestión más adecuada de esta conflictualidad, cuyo modelo de efectividad aún no ha sido alcanzado por la utilización de los instrumentos convencionales de normatización y resolución de los conflictos.

Objetivo de la investigación

Lo que pretendemos con el presente trabajo de investigación es analizar la posibilidad de aplicar, en el ámbito de los problemas ambientales, nuevos mecanismos de gestión democrática, caracterizados como discursivo-deliberativos. Intentaremos averiguar si es realmente necesario buscar nuevos mecanismos jurídicos para tratar la cuestión ambiental o si sería posible alcanzar un ideal de sostenibilidad únicamente con una gestión más adecuada de los instrumentos tradicionales de regulación y adjudicación. Por consiguiente, trataremos de analizar cómo este nuevo paradigma se relaciona con algunos temas de relevancia para el derecho ambiental.

Seguramente la respuesta a tales preguntas implica el intento de promover una adecuada unión de ámbitos de conocimiento en no pocas ocasiones considerados de forma estanca: por un lado, el que se refiere propiamente a la problemática del derecho ambiental y, por otro, aquel que se ocupa del estudio de nuevos métodos de solución de controversias. Cabe destacar la influencia de la democracia deliberativa en la gestión de los conflictos ambientales así como en la aplicación de los métodos alternativos de resolución de conflictos también a aquellas

disputas que afectan al medio ambiente. Con todo, la investigación centrada en una relación holística entre las dos temáticas es tímida.

El presente trabajo tiene como objetivo favorecer el intercambio de informaciones entre el derecho ambiental y la rama del derecho que estudia los instrumentos de solución consensual de controversias, en la que se erige con fundamental importancia, sobre todo con respecto a los conflictos complejos, el instituto de la mediación.

Metodología de trabajo

Para alcanzar los objetivos propuestos, sobre todo considerando que las preocupaciones ambientales constituyen un tema global, utilizaremos básicamente el método comparativo entre la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de los diversos países en lo que se refiere a los temas del medio ambiente y a la solución de los problemas que conlleva su tutela. Como vamos a ofrecer un marco general de la cuestión, el recurso a la legislación y a la jurisprudencia será considerablemente menor que el recurso al material doctrinal. Con todo, cuando resulte necesario mencionar los institutos positivados o las decisiones judiciales relevantes, para favorecer una mejor explicación, lo haremos.

Citaremos abundantemente bibliografía de autores estadounidenses dado que la aplicación de métodos alternativos de solución de controversias ya ha sido experimentada en el ámbito del derecho ambiental de los EE.UU. por un tiempo razonablemente más largo que en otras regiones del mundo; sin embargo, intentaremos complementar tales experiencias, -que allí no cuentan con un respectivo respaldo constitucional,- con estudios y experiencias de otras nacionalidades, no menos capaces de construir provechosas aportaciones a la temática. Asimismo, la utilización de una cantidad significativa de fuentes de derecho brasileño obedece no sólo a la calidad de las obras mencionadas, sino también a la facilidad logística de acceso a dicha información.

Desarrollo del tema

Teniendo en cuenta la necesidad de limitar el objeto de estudio en la presente investigación, intentando dar respuesta a algunos interrogantes y, al mismo tiempo, manteniendo una razonable calidad, hemos optado por analizar aquellas cuestiones donde es posible verificar con mayor claridad el contexto y las dificultades inherentes a la problemática en cuestión.

Así, en el primer capítulo trataremos de analizar el contexto en que aparece el propio objeto de estudio; es decir, verificaremos los pilares del surgimiento de un derecho humano al medio ambiente ecológicamente equilibrado y de un derecho a la democracia directa deliberativa para, posteriormente, identificar la existencia de una probable interrelación entre ambos. En este ámbito lo que se pretende es justificar históricamente cómo la cuestión ambiental recibe influencias de esta nueva gestión democrática y cómo la mediación se configura como el instrumento más adecuado para mantener esta relación.

En el segundo capítulo trataremos de explicar cómo se puede aplicar la mediación a los conflictos donde hay un elemento indisponible muy destacado: el equilibrio ecológico. A través del análisis de las características de los conflictos que afectan a cuestiones del medio ambiente, trataremos de justificar la razón por la cual no se ha conseguido garantizar un desarrollo sostenible mediante los métodos de regulación convencionales. Además, se abre un espacio al entendimiento entre los límites indisponibles de interés público ambiental y a la posibilidad de su gestión mediante métodos de solución de consenso, como la mediación.

Presentadas las nociones iniciales sobre la adecuación y la viabilidad de aplicación de los métodos de solución consensual de conflictos que afectan a la relación entre el hombre y el medio ambiente, en el tercer capítulo nos ocuparemos de las hipótesis donde no hay conocimiento sobre la existencia o inexistencia de una relación de causalidad entre la actividad humana y los posibles daños al ecosistema. Revisaremos el estudio del riesgo y la mejor forma de conducir la estética de la precaución así como la posibilidad de utilizar métodos

no adjudicatarios, como la mediación, para dirigir la actuación de esta modalidad de tutela preventiva.

Por último, considerando que todavía es tímida la implementación del aparato teórico aquí presentado para la solución de los problemas que afectan a la materia medioambiental, nos ocuparemos de analizar la aplicación práctica de estos instrumentos en un caso emblemático que se produjo en los Estados Unidos y que sirvió como un trampolín que impulsó un mayor desarrollo de estas ideas en aquel país. Trataremos de demostrar, en este cuarto capítulo, la utilidad práctica de la mediación en este tipo de conflicto y la posibilidad de que el éxito de su implantación propicie una mayor difusión de este instituto.

Terminaremos con las conclusiones que pueden deducirse del presente trabajo de investigación, intentando ofrecer respuestas a las preguntas planteadas inicialmente.

CAPÍTULO I

EI DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO Y LAS REPERCUSIONES DE LA NUEVA GESTIÓN DEMOCRÁTICA

El estudio del tema relativo a la existencia de un derecho universal y esencial para un medio ambiente ecológicamente equilibrado y el correspondiente debate acerca de la mejor forma de efectuarlo, reflejan un significativo avance de la ciencia jurídica en la concepción misma del hombre, agregando una nueva mirada a la dogmática ya construida sobre los derechos anteriormente positivados y, de alguna manera, sedimentados en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales y textos internacionales¹.

El fenómeno ambiental, entendido como un conjunto de preocupaciones acerca de las relaciones entre el hombre y su *hábitat*, es relativamente reciente, tomando forma a partir de la segunda mitad del siglo XX por la percepción de que el proceso de desarrollo² en curso apuntaba al agotamiento de las bases materiales de sustento de un modelo económico depredador³. Sin embargo, este cambio de dirección implica una capacidad potencial de reproducción de conflictos, ya que se construye sobre un aparente dilema entre desarrollo y preservación⁴ y se

¹ En el presente trabajo de investigación hemos optado por traducir todos los textos que originariamente estaban en lengua portuguesa, incluidos los que figuran en notas a pié de página. Sin embargo, hemos preferido dejar en su lengua original los textos en inglés ya que entendemos que resulta una lengua más accesible y conocida por todos que la lengua portuguesa. Todo ello en aras de intentar facilitar al máximo la adecuada comprensión del texto que presentamos.

² Se utilizará el término desarrollo en su sentido más amplio, puesto que en un enfoque más técnico presupone una armonía entre sus diferentes elementos constitutivos, a diferencia del concepto de crecimiento, que conlleva la preponderancia y la prioridad de la acumulación de capital sobre los otros componentes implicados en el proceso (BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 9ª edição, p. 19.)

³ MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de Moura. “*O Direito Constitucional Ambiental: A Constituição como Via da Ecologização do Direito: Algumas Considerações*” En SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 784.

⁴ El dilema es meramente aparente en la medida en que es una fuente de recursos para el otro y existe una continua necesidad complementación entre ambos (MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53).

polariza en una pluralidad de vertientes filosóficas⁵, incluyendo la construcción de nuevos estándares de comportamiento que deben de observar tanto el Estado como la sociedad civil en la búsqueda de un ideal de sostenibilidad.

Así, concomitante con este proceso de desarrollo e identificación de los derechos, se erigió la necesidad de llevar a cabo una nueva lectura del concepto exacto de democracia a la luz de las actuales demandas sociales, produciendo una convergencia entre los nuevos modelos de estructuración de los Estados y los nuevos paradigmas universales de protección de la dignidad humana.

De cualquier forma, para que se comprendan efectivamente las relaciones entre la violación de las necesidades esenciales del individuo con la positivación de las fórmulas universales que se deben observar, resulta imprescindible definir los conceptos básicos que pueden causar confusión en el desarrollo del tema tratado ahora, como el de los derechos del hombre, los derechos humanos y los derechos fundamentales, lo que permite la visualización de algunos caracteres relevantes del proceso de creación de los derechos y su nacionalización en los ordenamientos jurídicos estatales.

En este contexto resulta de gran relevancia el análisis sobre el proceso evolutivo de identificación y positivación de los derechos humanos, didácticamente representado por la teoría de las generaciones, cuyo tenor refleja la propia evolución político-cultural de la humanidad y su dinámica en cuanto a la comprensión de las relaciones entre el individuo y el Estado soberano.

La verificación de que los derechos humanos conocidos hasta el presente momento se pueden agrupar en generaciones distintas, de acuerdo con los

⁵ Tales vertientes pueden agruparse en dos polos principales: el antropocéntrico y la ecología profunda (*deep ecology*). La primera se dividiría entre el economicentrismo, que limita la importancia de los bienes ambientales al provecho económico susceptible de ser contrastado por el ser humano, y el antropocentrismo ampliado, que aumenta la percepción de cierta autonomía frente al medio ambiente, comenzando a ser entendido como un elemento necesario para el goce de una vida más digna por parte del hombre. La segunda vertiente, entendida como la ecología profunda, pretende superar la concepción de que la naturaleza sea un mero objeto de derechos, con el fin de reconocerle una dignidad propia. (GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MORATO LEITE, José Rubens. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Saraiva: São Paulo. 2007, pp. 136/145).

elementos históricos que propiciaron su aparición, hace que nos planteamos acerca de las posibles interrelaciones entre éstas, es decir, si la llegada de una nueva generación produce algún efecto sobre estos derechos construidos en momentos históricos anteriores.

Así, a partir del momento en que se asientan las bases para el surgimiento de un derecho humano aplicado a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, se inicia una búsqueda acerca de las influencias de las nuevas dimensiones de esta evolución a las situaciones jurídicas existentes y, de esta forma, de los efectos generados por el fortalecimiento de las instituciones democráticas y su mayor apertura a la participación popular pluralista⁶ sobre la problemática del medio ambiente. Por tanto, resulta necesario investigar la viabilidad de un nuevo modelo democrático que condicione la gestión de las controversias derivadas de la legislación ambiental e identificar qué mecanismos podrían utilizarse para proporcionar una mayor efectividad a esta tutela.

1.1 La necesidad de una claridad conceptual

El título del presente capítulo, revela que optamos por el uso de la expresión derecho humano al medio ambiente, lo cual precisa alguna aclaración. Nuestra elección se basa en el gran número de terminologías relacionadas con los actuales criterios jurídicos sobre cuestiones ambientales, tanto en el ámbito del derecho positivo como en su doctrina, en virtud de las cuales se encuentra la utilización de otras nomenclaturas, como “derechos del hombre” y “derechos fundamentales”. Como resultado, la distinción entre las acepciones diferentes con respecto a la temática aquí presentada y la fijación de sus exactos límites semánticos, además de evitar distorsiones cognoscitivas acerca de los diversos aspectos técnicos que debatiremos, permite la correcta definición de los límites impuestos al objeto de la presente investigación.

El punto en el que convergen todas las expresiones mencionadas, es el hecho de que tienen un elemento ético común, cuya base axiológica es la dignidad

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 571.

humana⁷. Aunque no es el objeto de este trabajo, el acalorado debate sobre la existencia de una definición del concepto de dignidad, cuyo contenido sigue siendo moldeado por las experiencias concretas a que el Derecho y la Ética deben dar respuestas adecuadas⁸, su sustrato puede ser visto *a contrario sensu* siempre que se percibe su violación concreta, configurada en las hipótesis en las que no haya respeto por la vida y por la integridad física del ser humano, cuando su intimidad e identidad son indebidamente atacadas o no se le garantiza las condiciones justas y adecuadas de su vida y de su familia⁹. Conviene destacar, aquí, la advertencia de Habermas, en el sentido de que el proceso de positivación de los derechos no es simplemente una reproducción de la autonomía moral, sino que lo caracteriza como un movimiento ligado fuertemente a la autonomía política¹⁰, por lo que la verificación de una base axiológica común refleja únicamente la identificación de un vínculo entre las diversas categorías presentadas, por lo que no sirve la conclusión de que derivan de una misma fuerza motriz.

Presentado el plan común, hacemos hincapié en las diferencias entre estas terminologías. La categoría jurídica denominada derechos fundamentales incluye los derechos del ser humano que han sido reconocidos desde la perspectiva del principio de dignidad humana¹¹ y positivados en el ámbito constitucional por un determinado Estado. Por ello, poseen una protección jurídica más concreta. A su vez, los llamados derechos humanos presentan el mismo sustrato material de los

⁷ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 18.

⁸ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana: algunas contradicciones” En ELÓSEGUI ITXASO, María; GALINDO AYUDA (Coordinadores). *El pensamiento jurídico: pasado, presente y perspectiva: libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2008, p. 104; Publicado también en Brasil: “El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana algunas contradicciones”. En *Direitos Fundamentais e Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS-*, Porto Alegre: HS Editora, Año 2, nº4, julio- septiembre, 2008, pp.40-60.

⁹ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006, p. 122.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt Am Main: Suhrkamp, 1998, p. 138 (“Delhalb dürfen wir Grundrechte, die in der positiven Gestalt von Verfassungsnormen auftreten, nicht als blosse Abbildungen moralischer Rechte verstehen, und die politische Autonomie nicht als blosses Abbild der moralischen.”).

¹¹ FERREIRA MENDES, Gilmar *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2008, p. 237.

derechos fundamentales, con la diferencia de que su positivación se da en el ámbito internacional. Así, se aproximan a un ideal de universalidad positiva independientemente de cualquier vínculo con el orden constitucional nacional¹². Asimismo, el concepto de derechos del hombre difiere de las otras categorías por incluir una vertiente estrictamente iusnaturalista, circunscribiendo una dimensión histórica anterior a su reconocimiento por el derecho positivo, ya sea en las constituciones nacionales, ya sea en los textos internacionales.

A pesar de estas digresiones dogmáticas, se observa que gran parte de los derechos humanos, incluyendo en este contexto también el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, han formado parte del proceso de especificación en las más diversas Cartas constitucionales nacionales, completando, así, un movimiento capaz de traducirlos también como derechos fundamentales.¹³

Por lo tanto, cuando hablamos en este capítulo de las bases para el surgimiento de un derecho humano al medio ambiente, no se pretende, con esta nomenclatura, ignorar su proceso de especificación como derecho fundamental, sino simplemente restringir el objeto de estudio al momento del reconocimiento positivo internacional de las preocupaciones por la cuestión del medio ambiente, incluyendo sus consiguientes desarrollos históricos. Por ello, tomaremos en consideración las influencias de las modernas instituciones democráticas, en un contexto universal, en detrimento del análisis casuístico de los ordenamientos jurídicos nacionales.

1.2 El inicio de una evolución racional y la teoría de las generaciones

Como ya hemos anticipado también en el título de este capítulo, la llegada de las nuevas instituciones democráticas produjo efectos sobre las cuestiones ambientales, en particular sobre la gestión de un derecho al equilibrio del

¹² WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006, p. 36.

¹³ La especificación sería la última de las fases del proceso evolutivo de los derechos fundamentales, que seguiría el proceso anterior de internacionalización (PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: teoria general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, pp. 146/198).

ecosistema. Por ello, su reconocimiento por el ordenamiento positivo no puso fin a su cadena evolutiva, que sigue siendo estructurada y condicionada por las nuevas dimensiones de la evolución democrática de la humanidad.

Los avances producidos en las relaciones entre la sociedad y el Estado soberano que, en un primer momento, podrían considerarse como inmutables al haber alcanzado en el desarrollo histórico, el nivel máximo de la normativa jurídica en el ámbito del constitucionalismo democrático, abren espacio para que, en determinadas situaciones, sean condicionados y hasta limitados por dimensiones jurídicas venideras. La correcta comprensión de este fenómeno, sin embargo, sólo es posible mediante la identificación de los elementos históricos que justifican la tutela de los intereses humanos esenciales al pleno ejercicio de su dignidad a lo largo de los tiempos, ya que este proceso de creación de derechos no se produce de una sola vez, sino de forma lenta y gradual, intentando superar las necesidades humanas más diversas.¹⁴ Así, la doctrina compiló esta evolución histórica en fases distintas, que comúnmente se denominó “generaciones”¹⁵, siguiendo una concepción formulada por primera vez por Karel Vasak, en 1979.¹⁶ Esta clasificación, teniendo como base los ideales revolucionarios franceses de libertad, igualdad y fraternidad, respectivamente vinculados a las tres primeras generaciones, acabó extendiéndose mediante la labor de algunos autores que aducían un continuo progreso evolutivo de los derechos y la necesidad de aumentar su eficiencia para fundamentar la existencia de otras generaciones¹⁷.

¹⁴ Según Bobbio, tales derechos “nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o permite nuevos remedios para sus indigencias: amenazas que son enfrentadas a través de demandas de limitación de poder; soluciones que se proporcionan a través de la exigencia de que el mismo poder intervenga de modo protector.” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6).

¹⁵ Como se verá más adelante, el término generaciones ha sufrido numerosas críticas, la mayoría de ellas por la aparente incapacidad del término de abarcar las constantes interrelaciones entre las diversas fases de la positivación de los derechos.

¹⁶ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 40.

¹⁷ La existencia de otras generaciones, idea adoptada en el presente trabajo, aún es polémica. A este respecto, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 571. En sentido contrario, aduciendo la preocupación de que la ampliación del rol de los derechos fundamentales podría causar su banalización y la consecuente pérdida de la efectividad: PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. “Las Generaciones de Derechos Humanos” En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, v. 110, 1991, p. 210.

Hay que observar que la llamada Teoría de las Generaciones de los Derechos abarca un movimiento que se inicia en el siglo XVIII, con las revoluciones francesa y americana, entrada del fenómeno de la positivación de los derechos del individuo y de la estructuración de los llamados Estados Democráticos de Derecho. Esta constatación, sin embargo, no implica la acepción de que, anteriormente al siglo XVIII, no se conocieran los valores ligados a la dignidad humana. Como ejemplo claro de esta advertencia cabe destacar los grandes códigos morales de la humanidad, surgidos hace millares de años, que acabaron plasmándose en las actuales corrientes religiosas, donde ya se preconizaba el respeto para el semejante y para la vida, entre otros valores íntimamente relacionados con el tema de la dignidad. A pesar de que dichos valores no estén positivados en un documento político capaz de limitar el poder soberano estatal, su observancia no podía ser exigida por el individuo, restringiendo buena parte de su eficiencia al plano moral.

Conviene resaltar, también, que antes de este movimiento que caracterizó el enfoque de la teoría de las generaciones, diversos derechos hoy considerados esenciales para la tutela de la dignidad humana ya habían sido previstos en los textos jurídicos de carácter nacional, como la Carta Magna de 1215 y en las Cartas forales otorgadas por los reyes portugueses y españoles.¹⁸ Su caracterización como derechos humanos, sin embargo, tropezaba con que tales garantías se limitaban a la concesión de privilegios a ciertas castas dotadas de fuerte poder político en las cuales se estratificaba la sociedad medieval. No tenían un carácter general dirigido al género humano o al ciudadano, sino que consistía de meras obligaciones concretas de aquellos reyes que las subscribían con relación a determinados estamentos sociales.

1.2.1 La primera generación y la creación del Estado Liberal

La teoría de las generaciones, por lo tanto, se centra en el periodo inicial de su objeto de estudio en los primordios del proceso de positivación de los derechos

¹⁸ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006, p. 49.

dirigidos al hombre como género¹⁹, aunque en ciertos momentos limitó su ámbito a los territorios nacionales. Sin embargo, la primera fase de este movimiento puede entenderse sólo mediante el análisis del marco filosófico que apoyó su desarrollo.

La idea de limitación del poder estatal a favor de un valor mayor inherente a la naturaleza humana estuvo fuertemente influenciada por la filosofía clásica, especialmente la greco-romana, y por el pensamiento cristiano, situando respectivamente el concepto de hombre dotado de individualidad e igualdad en dignidad ante Dios.²⁰ Esa concepción ganó fuerza en la Edad Media con el apoyo de San Tomás de Aquino de que la inobservancia del derecho natural por los gobernantes podría, en casos extremos, justificar incluso el ejercicio de un derecho de resistencia por parte de la población.²¹ Esa tendencia a la identificación de los derechos naturales (derechos del hombre) encontró respaldo en la doctrina hobbesiana, sin embargo desnudada de la capacidad de condicionar la actuación estatal, que necesitaría un poder absoluto para mantener la paz interna y proteger al hombre de sí mismo²². Solamente con el desarrollo posterior de esta construcción contratualista y, especialmente, a través de la contribución de John Locke, según el cual el contrato social, por ser pactado por todos los miembros de la sociedad, transformaría a los ciudadanos en verdaderos sujetos de gobierno²³, se reconstruyó la comprensión de los derechos del hombre como postulados de abstención de los gobernantes, identificándose principios como la defensa de la vida, de la libertad y de la propiedad en la esencia legitimadora de la función estatal.

Estos modelos teóricos se acercaron al derecho positivo en la segunda mitad del siglo XVIII, por la influencia que tuvieron sobre la Declaración de los

¹⁹ Etapa de generalización. (Vid. PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidade Carlos III, 1995, pp. 146/198).

²⁰ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006, p. 36.

²¹ PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 5ª edição, 1995, pp. 30/31.

²² HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret. 2003. p. 101/105.

²³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.

Derechos del Pueblo de Virginia, en 1776, y la Declaración Francesa de 1789. La primera, de naturaleza estrictamente local, sirvió de inspiración para las declaraciones de los derechos de las demás colonias inglesas, llevando a la consagración en la Constitución Americana de 1787 del principio democrático y de la separación de los poderes. La segunda, a su vez, se dotó de una mayor aspiración universal y abstracta, puesto que no postulaba la condición de una constitución, pudiendo, así, ser considerada el primer vínculo histórico de los derechos humanos.

Las revoluciones que marcaron estos primeros textos impulsaron la ascensión económica de la burguesía, sustentada por el incremento del comercio internacional, que comenzó a exigir una mayor participación política.²⁴ Así, esta primera fase de construcción de derechos fue determinada por un ideal liberal-burgués, de concepción fuertemente individualista, adjudicando al Estado la función de proteger la propiedad y la seguridad de los individuos, así como absteniéndose de cualquier interferencia en las relaciones sociales y económicas. Todo ello sumado a las aspiraciones de la clase burguesa de controlar los nuevos rumbos de este nuevo Estado, lo que dio lugar a que junto a los derechos de libertad, se formularan los derechos de participación política²⁵.

Surgen así los llamados derechos civiles y políticos, consagrados por el individuo y consustanciados en facultades de oposición y resistencia ante el Estado, generando una separación clara entre éste y la Sociedad Civil²⁶. Tales conquistas están íntimamente relacionadas con la concepción de un modelo de democracia liberal, según el cual cabría la necesidad de crear una zona de

²⁴ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 43/44.

²⁵ El concepto de participación política en la democracia liberal, sin embargo, era todavía muy relativizado, puesto que las decisiones, aunque concebidas por una mayoría, podrían perjudicar la autonomía privada del individuo que no la había consentido libremente. Asimismo, la exigencia de una disposición cívica de todos para que participen de la vida pública se chocaban con la comprensión de que las libertades negativas individuales debían primar sobre cualquier aspecto social (BELLOSO MARTÍN, Nuria. “*En busca de unos ciudadanos deliberantes. Deliberando sobre la democracia deliberativa*” En *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. 2008, n. IX, pp. 388/389).

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 564.

protección de la autonomía individual, traducida en derechos de libertad negativa²⁷, frente a los posibles errores en las decisiones políticas.²⁸

1.2.2 La segunda generación: la llegada del Estado Social y de las políticas prestacionales

El período de prosperidad económica burguesa tuvo su clímax en el siglo XIX, con la expansión mundial de la llamada Revolución Industrial, cuando se delineó un conjunto de cambios en el proceso productivo que acabó por afectar de forma profunda a las relaciones entre el capital y el trabajo. Con tales cambios se potenció el proceso de acumulación de las riquezas sin que se visualizara su distribución por los distintos grupos componentes del cuerpo social. La idea de libertad promovida por la primera generación de derechos no fue capaz de aprovechar a todas las clases sociales, que acababan quedando al margen del juego político y, como consecuencia, ajenas a cualquier beneficio propiciado por este crecimiento acelerado, desembocando en la formación de clases proletarias.

La incapacidad estatal para administrar este nuevo modelo de sociedad se traduciría continuamente en reivindicaciones por más condiciones mejores de vida por parte de la población más pobre, ahora organizada en grupos politizados que ya no se contentaban con abstenciones estatales, sino que reclamaban una mayor intervención de éste en la economía al objeto de configurar una mayor armonía social. Como bien resalta Wolfgang Sarlet, las demandas sociales ya no se reflejaban en un deseo de libertad ante el Estado, sino en una libertad por intermedio de éste.²⁹

A este proceso se siguieron algunos eventos históricos que acabaron por corroborar la necesidad de un nuevo cambio de rumbo en el movimiento de creación de los derechos. El primero fue la elaboración de la filosofía marxista, que tuvo su embrión en el célebre *Manifiesto Comunista*, publicado en 1848, donde se instaba a que el proletariado tomara el poder político. También la Iglesia

²⁷ O derechos a la abstención estatal.

²⁸ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “*En busca de unos ciudadanos deliberantes*. Cit., p. 389.

²⁹ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006, p. 36.

Católica criticó duramente las condiciones de la clase obrera con la publicación de su encíclica *Rerum Novarum* en 1891 por el Papa León XIII. Sin embargo, será sólo con la llegada de la Revolución Rusa de 1917 cuando tales concepciones teóricas ganen fuerza, quedando demostrado de forma definitiva que aquellas demandas populares ponían en riesgo el modelo capitalista en curso, cuya necesidad de adaptarse a las nuevas exigencias de la sociedad era evidente. Al mismo tiempo, la crisis del capitalismo se manifestó también en la vertiente del libre-mercado, reflejándose en la quiebra de la Bolsa de Nueva York en 1929, hecho que exigió del gobierno estadounidense la adopción de un programa político basado en la mayor intervención del Estado en la economía y en la inversión pública en políticas sociales.³⁰

Es precisamente con la constatación de que la mera omisión del Estado no era suficiente para permitir el ejercicio de los derechos producidos a partir de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, poniendo en riesgo las estructuras fundamentales del poder político, cuando se inició un intento de mitigar las desigualdades sociales. Por tanto, sin apartarse del sistema de producción capitalista, se intentó llenar sustancialmente el derecho a la igualdad, hasta entonces relegado a un segundo plano, por una comprensión meramente formal de su contenido, y garantizar, así, el goce de una vida digna para todos los ciudadanos.

Esta nueva fase del movimiento de positivación de los derechos se caracteriza, por tanto, por la quiebra del ideal absentista, a través de la exigencia de una actuación positiva estatal con la intención de facilitar una igualdad material y hacer efectivo el goce de las libertades concebidas en el marco del Estado Liberal para todos los individuos. De hecho, una serie de derechos sociales, como los relativos a la asistencia social, a la salud, y al trabajo, comenzaron a ser previstos

³⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 50. Según el autor “el crack de los EE.UU. fue el responsable de una recesión nunca antes vista (la llamada 'Gran Depresión'), que generó el suicidio de empresarios quebrados, desempleo y pobreza en un ambiente que antes se enorgullecía de adoptar una economía de mercado extremadamente libre, sin condiciones ni límites impuestos por el Estado.”

en los textos políticos formales, cuyos orígenes se remontan a la Constitución mejicana de 1917 y a la Constitución alemana de Weimar en 1919.

Asimismo, cabe señalar que, desde el momento en que el proletariado se organiza y demanda un papel más activo del Estado en la promoción de la justicia social, comienza a producirse una creciente y continua necesidad de participación popular en la vida política para establecer en qué medidas deberán efectivizarse tales prestaciones gubernamentales y evitar el incremento de las desigualdades, dando lugar a una evolución del modelo de democracia existente hacia una vertiente republicana.³¹

1.2.3 La tercera generación: el surgimiento de un derecho humano al medio ambiente y el ámbito de los derechos difusos

A pesar de que ya se había evolucionado bastante en la protección de la dignidad humana -aunque no se pudiera ver aún una mayor efectividad de los derechos de segunda generación, sobre todo con respecto a los países menos desarrollados-, su construcción estaba circunscrita a los contextos nacionales. Hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, la relación entre las previsiones de los derechos fundamentales incluidos en las diversas cartas constitucionales se limitaba al plan ideológico. Titular de tales derechos todavía era el individuo considerado *per se*, a pesar de que el prisma de su creación hubiese sido satisfacer las reivindicaciones de las clases menos favorecidas³², razón por la cual su concepción estrictamente nacional era suficiente como para buscar su efectividad.

³¹ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “*En busca de unos ciudadanos deliberantes*. *Cit.*, p. 392. Según la autora “la libertad liberal está asociada principalmente a los derechos, y para el liberal la cuestión de quién gobierna es secundaria o instrumental respecto a la de garantizar su ámbito de autonomía privada. Mientras la libertad entendida al modo liberal sólo requiere la ausencia de intromisión ajena, la libertad republicana insiste en la vertiente positiva de la misma. (...) el republicanismo se basa en una ciudadanía activa, participativa. Por ello, considera necesario que los ciudadanos dediquen tiempo y esfuerzo a informarse de los asuntos públicos, a deliberar sobre ellos y a participar activamente en el espacio público. Es decir, la democracia republicana requiere virtud cívica.” *Vid.* también, BELLOSO MARTÍN, Nuria. “*Algunas propuestas sobre educación ambiental*”. En *Direitos Humanos, Educação e Meio Ambiente* (Organizador: C. Gorzevski), Porto Alegre, Evangraf, 2007, pp.53-102.

³² WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006, pp. 57/58.

La crisis de este modelo tiene como telón la aparición del régimen político nazista en Alemania, que acabó culminando en el segundo mayor conflicto armado mundial. Los abusos practicados durante este período engendraron un sentimiento de solidaridad mundial y la búsqueda de garantía a la observancia de valores ligados a la dignidad humana también en el plan extraterritorial, lo que acabó ganando forma en la famosa Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Así, se inició un movimiento de internacionalización de los derechos fundamentales, dando lugar a la previsión de los textos internacionales de derechos humanos y a la búsqueda de un *standard* ético global.³³

Estas nuevas construcciones tenían como carácter principal una tendencia a la universalidad, puesto que, además de tener como destinatario principal al género humano “en un momento expresivo de su afirmación como valor supremo en términos de existencialidad concreta”,³⁴ no encontraban barreras político-territoriales. Tales derechos, tenían como factor diferencial su titularidad difusa y tutelaban las cuestiones relacionadas con el desarrollo, la paz, la comunicación y el patrimonio común de la humanidad.

Simultáneamente, los avances de la ciencia y de la tecnología, que antes habían propiciado el incremento de la actividad industrial y la compaginación de un progreso económico bastante acelerado, promovieron una serie de hallazgos que ponían en jaque el destino de la humanidad. Las proyecciones técnicas apuntaban a una crisis ambiental que se traducía en el agotamiento de las bases materiales de reproducción de un modelo depredador de desarrollo, exigiendo reflexiones en el campo de las diversas ciencias, incluso – y especialmente – la jurídica³⁵. Asimismo, se verificó que el desarrollo y la etapa de la ciencia hasta

³³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 52.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 569.

³⁵ MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de. “*O Direito Constitucional Ambiental: A Constituição como Via da Ecologização do Direito; Algumas Considerações*” En SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coordinadores). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 784. El autor expresa que “en ese nuevo escenario, la economía necesitaría incorporar las externalidades en sus análisis, la sociología no pudo evitar la consideración del componente ambiental, que se manifiesta dramáticamente en las regiones pobres del mundo, la filosofía debe entonces, indagar sobre nuevas patrones de ética de responsabilidad, y el derecho necesitaría considerar nuevos conflictos, entendidos, ahora, bajo una particular complejidad.”

entonces experimentados no habían sido capaces de prever las consecuencias nefastas de una explotación despreocupada del medio natural, haciendo necesaria la búsqueda de una relación de sostenibilidad hábil para mantener un modelo razonable de calidad de vida en el presente que pudiese permitir el servicio también en el futuro de las necesidades de generaciones venideras de individuos³⁶.

La complejidad derivada por la cuestión ambiental se inserta en el mismo contexto de las demás temáticas presentadas en esta nueva generación de derechos, propiciando la aparición de un derecho humano a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, cuya esencia es claramente universal y trascendental. Es universal por condicionar su eficiencia a la exacta noción de interdependencia territorial, marcada por la percepción de que los ecosistemas naturales no se vinculan a los límites geopolíticos, exigiendo una regulación ambiental desde el nivel local hasta el plano internacional para que se pueda lograr la adecuada tutela de este bien jurídico.³⁷ Como observa Gomes Canotillo, sólo será viable una tutela efectiva a través de su promoción por sistemas jurídico-políticos de naturaleza internacional y supranacional, permitiendo que “se alcance un *standard* ecológico ambiental razonable a nivel planetario y, al mismo tiempo, se estructure una responsabilidad global (de Estados, organizaciones, grupos) en cuanto a las exigencias de sostenibilidad ambiental”.³⁸ Su naturaleza trascendental, por otro

³⁶ El derecho al medio ambiente es considerado como un derecho difuso, lo que, como afirma I. Ara Pinilla, “pone el dedo en la llaga sobre una de las acusaciones más recurrentes que han sufrido los derechos de la tercera generación, que consistiría básicamente en la indeterminación de su titular, de su objeto y de su protección jurídica [...] ¿Quién es el titular de los derechos? ¿El individuo? ¿El pueblo? ¿La humanidad? ¿Quién podrá, en rigor, acreditar tal condición? ¿Y el contenido de los derechos? ¿Hay algo más vago que la protección del medio ambiente o el respeto de las culturas? ¿El ambiente debe quedar preservado de cualquier polución vinculada a la industrialización?, pero entonces, ¿Cómo hacer compatible semejante exigencia con el derecho al desarrollo, también incluido en las nuevas categorías del hombre? Por lo demás, en lo que se refiere a la oponibilidad, ¿frente a quién pueden invocarse estos derechos?, ¿a las instancias internacionales? Finalmente, en lo que concierne a la sanción, ¿cuál es el mecanismo judicial, cuál la fuerza pública que proporciona su efectividad a estos derechos?” (ARA PINILLA, Ignacio, *Las transformaciones de los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1990, pp.135-136).

³⁷ Esa interdependencia territorial se manifiesta, asimismo, con respecto a los derechos relacionados con el desarrollo y la paz, porque, como apunta Bonavides, la conciencia de un mundo dividido entre naciones desarrolladas y subdesarrolladas se erigió como elemento formador de esa nueva dimensión histórica. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 569).

³⁸ GOMES CANOTILLO, José Joaquim. “*Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada*” En SILVINE FERREIRA, Heline; MORATO LEITE, José Rubens (Coordinadores).

lado, impide el enfoque de los análisis sólo en el momento actual, orientándose a una perspectiva temporal de muy largo plazo.

La planificación teórica, que propició la aparición de este derecho humano al medio ambiente equilibrado, tiene sus raíces en la década de lo 70', cuando se realizó la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, en Estocolmo, difundiendo la preocupación sobre el futuro del planeta en el ámbito supranacional. El documento que surgió de esta reunión supuso el primer reconocimiento internacional en orden a contemplar un derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado y su vinculación con la protección de la dignidad humana.³⁹ De hecho, anteriormente a la Declaración de la Conferencia de Estocolmo ya había alguna referencia normativa del Estado pese a los problemas ambientales, sin embargo se producían de manera periférica y esporádica⁴⁰, sin que se pudiera verificar cualquier relación con la universalidad característica de los derechos humanos. Posteriormente, la construcción de un derecho humano al medio ambiente, destinado a la protección del equilibrio ecológico y a un ideal de explotación sostenible de los recursos naturales, continuó plasmándose en diversos tratados internacionales. A ello hay que sumar la incorporación de estos aspectos por parte de las constituciones nacionales, lo que supuso un mayor grado de protección⁴¹. Ese movimiento constitucionalista

Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pp. 05/06.

³⁹ Se extrae del primer principio de la Declaración de Estocolmo que establece: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

⁴⁰ MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de. “*O Direito Constitucional Ambiental: A Constituição como Via da Ecologização do Direito; Algumas Considerações*” En SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coordinadores). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 787/788.

⁴¹ GOMES CANOTILLO, José Joaquim; MORATO LEITE, José Rubens (Coordinadores). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 82/83. Los autores apuntan que la constitucionalización del derecho al medio ambiente “establece una obligación jurídica de no degradar, fuente del régimen de explotación limitada y condicionada de los recursos naturales; ecologiza el derecho de propiedad y su función social, atribuye un perfil fundamental a los derechos y a las obligaciones ambientales; legitima la intervención estatal en favor de la naturaleza; reduce la discrecionalidad administrativa en la toma de decisiones del medio ambiente; amplía la participación pública, concretamente, en los ámbitos administrativo y judicial; añade preeminencia e importancia a la cuestión y a los conflictos ambientales; refuerza la seguridad normativa; sustituye el orden público ambiental legalizado por otro de génesis constitucional;

del derecho al medio ambiente, considerado de modo prácticamente universal como valor íntimamente relacionado a la dignidad humana, se integró a una concepción de democracia a la que algunos califican como neoconstitucional, cuyas características permitían su consideración como principio jurídico, abierto a la realización de los principios morales, que pueden influir en la actuación legislativa y por la que los Tribunales sustituyen el mecanismo de la subsunción por la ponderación,⁴² a la hora de interpretar los conflictos relativos a los derechos constitucionales.

1.2.4 La dimensión democrática como una cuarta generación de derechos

Toda esta evolución desde los primeros derechos de naturaleza absentista, pasando por los derechos a las prestaciones positivas estatales y llegando a la consagración de los derechos que, a pesar de ser esenciales para la protección de la dignidad humana, poseen una titularidad difusa, exigiendo una coordinación política global para promover su eficiencia, implica una serie de cuestionamientos sobre la continuidad de este proceso. La constatación de que, no obstante el acelerado desarrollo positivo de esta temática, buena parte de la humanidad aún sufría de los males derivados de la inobservancia de aquellos valores esenciales hasta entonces consagrados en los textos escritos exigió un cambio de rumbo para las nuevas generaciones de derechos. Si aparentemente los derechos conquistados en la primera fase de su positivación ya gozaban de una implantación real casi absoluta, los derechos de segunda generación habían avanzado poco en los países donde no se había producido un desarrollo efectivo (derecho de la tercera fase). La tutela ambiental, asimismo, a pesar de haber alcanzado unos avances significativos en sus previsiones normativas de las últimas tres décadas del siglo XX, especialmente no gozaba todavía de un nivel de efectividad. Por ello, la propia gestión del concepto de desarrollo sostenible encierra en sí una conflictualidad intrínseca ya que carece de mecanismos apropiados de gestión.⁴³

propicia el control de la constitucionalidad de la ley por razones ambientales; y, finalmente, refuerza la interpretación a favor del medio ambiente de las normas y las políticas públicas.”

⁴² BELLOSO MARTÍN, Nuria. “*En busca de unos ciudadanos deliberantes*. Cit, pp. 399/400.

⁴³ La inadecuada gestión de los problemas ambientales acaba por crear una visión distorsionada del ideal de sostenibilidad, apuntando a una dicotomía virtual entre los conceptos de desarrollo y el medio ambiente e impidiendo una solución armoniosa y holística de sus relaciones recíprocas de

Ello hizo que la atención se centrara en la creación y la mejora de instrumentos capaces de garantizar una mayor concreción de las tres generaciones de derechos. Surgía entonces la necesidad de adoptar medidas apropiadas para la efectivación de aquella tutela de la dignidad humana traducida en estas tres fases de la evolución jurídico-normativa.

Como hemos visto, la crisis del período liberal fue consecuencia del surgimiento de una clase de excluidos - el proletariado - cuyas aspiraciones acabaron por poner en jaque un sistema de acumulación de capital que no se preocupaba de las implicaciones negativas en el ámbito social. Para la superación de esta fase crítica, surgió una amplia gama de intereses compartidos por todos los sectores de la sociedad y dirigidos al servicio de los deseos básicos de los individuos, desarrollándose unos sectores de cooperación con el fin de tutelar la dignidad humana.

Así, aunque sectores diferentes, como los empleadores y los empleados tuvieran deseos eventualmente conflictivos⁴⁴, y que durante un largo período eran solucionados a favor de la clase de mayor representación política (la burguesía), este modelo de sociedad exigió que los dos grupos trataran de garantizar un mínimo de dignidad a la parte más débil de los ciudadanos. Por consiguiente, este pequeño núcleo cooperativo comenzó a llevar a cabo deliberaciones en común.

También la llegada de los derechos de tercera generación contribuyó a un nuevo cambio de rumbo en el proceso de evolución de derechos. En éstos no era posible ver una relación jurídica determinada entre un individuo o grupo que sería sólo un mero titular de pretensiones jurídicas y otro que sería deudor de alguna prestación. Por su propia naturaleza, todos son titulares de pretensiones de garantía de los bienes jurídicos protegidos⁴⁵, pero están, también, obligados a las

complementariedad (MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53).

⁴⁴ Son ejemplos de estos intereses en conflicto la búsqueda de mayores beneficios y menores costos de mano de obra por un lado y la búsqueda de un sueldo más alto y mejores condiciones de trabajo por otro.

⁴⁵ Hay que tener en cuenta que, a pesar de su titularidad difusa, también es posible comprobar una perspectiva individualista en estos derechos, aunque ésta sólo debería permitirse en casos excepcionales, a saber, el uso de los instrumentos jurídicos eminentemente privatístico como las

diversas prestaciones de naturaleza positiva y negativa para permitir una tutela adecuada⁴⁶.

Exactamente este contexto, donde se buscaba una mayor efectividad de los derechos ya positivados y se verificaba la necesidad de una mayor participación política de los individuos en la gestión de la *res publica*, propició el inicio de una nueva generación de derechos. Esta próxima fase contribuye al perfeccionamiento de los instrumentos democráticos directos y a la exigencia de una participación popular informada y abierta a las influencias pluralistas del sistema, lo que se presenta materialmente viable gracias a los avances de la tecnología de la información.⁴⁷

El derecho a la democracia se caracterizaría por una exigencia de mayor utilización de los procedimientos de toma de decisiones de naturaleza deliberativa, en contraposición a una comprensión democrática meramente representativa. Las concepciones de responsabilidad compartida y titularidad difusa, inherentes a los derechos de tercera generación, así como a la propia consideración de un interés público en promover el servicio de las necesidades esenciales del hombre, implican la verificación de que su gestión por medio de controversias sobre las representaciones mayoritarias de determinadas posiciones configurarían una grave paradoja, en la medida en que la existencia de los objetivos compartidos en el seno social requiere la participación de los individuos en la vida colectiva dirigida

acciones y los recursos (GOMES CANOTILLO, José Joaquim. “*Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada*” En SILVINE FERREIRA, Heline; MORATO LEITE, José Rubens (Coordinadores). *Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pp. 05/06).

⁴⁶ Es lo que la doctrina ambientalista denomina responsabilidad común (*shared responsibility*), previsto, por ejemplo, en el principio 5 de la Declaración de Rio de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, documento basado en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo, patrocinado en junio de 1992: “Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo”.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 571.

no a la mera exposición pública de los intereses particulares, sino a la consecución de un acuerdo sobre la voluntad común que sostendrá la toma de decisiones.⁴⁸

1.3 Las relaciones interdimensionales de los derechos

La distinción entre los diversos contextos históricos que propiciaron la aparición de los derechos humanos, permitiendo su agrupación en categorías propias, tiene objetivos meramente didácticos⁴⁹. A través de la llamada teoría de las generaciones es posible ver caracteres comunes en una serie de derechos que, a principio, no guardarían ninguna semejanza. Además, la identificación de las diversas fases evolutivas, que han acompañado las transformaciones vividas por la sociedad en sus aspectos políticos, económicos y culturales, permite entender el carácter dinámico y mutable de estos derechos, que acaban constituyendo un segmento materialmente abierto y mutable.⁵⁰

El hecho de que utilicemos el término generaciones en el presente trabajo deriva de su notable asiento dogmático en la doctrina jurídica. Su mención, sin embargo, a la hora de indicar los diversos momentos y contextos históricos, no parece demostrar, de forma clara, la relación de complementariedad⁵¹ y la continua evolución experimentada por los derechos humanos y fundamentales. La propia doctrina, que ha estado estudiando el tema, ha manifestado claras reservas

⁴⁸ Sobre la comparación entre los modelos democráticos, Belloso Martín apunta que: “el ‘deliberacionista’ cree posible formar una voluntad común a través de la deliberación, no sobre todas las cuestiones, pero sí sobre algunos asuntos de justicia ineludibles. Es decir, el deliberacionista entiende la deliberación como el instrumento capaz de transformar afirmaciones como ‘yo prefiero esto’ a ‘me interesa aquello’ en ‘queremos un mundo en que tal cosa sea posible’. Es el paso del ‘yo’ al ‘nosotros’ a través de la formación democrática de la voluntad.” (BELLOSO MARTÍN, Nuria. “*En busca de unos ciudadanos deliberantes. Deliberando sobre la democracia deliberativa*” En *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. 2008, n. IX, p. 404).

⁴⁹ Vid. BELLOSO MARTIN, Nuria. “*Planteamientos doctrinales de los derechos humanos a través de la historia*”. En *Humana Iura. Suplemento de Derechos Humanos. Persona y Derecho*. Universidad de Navarra, n° 5, 1995, pp.51-91; también, BELLOSO MARTIN, Nuria. “*La fundamentación de los Derechos Humanos en la doctrina española actual*”. En *Estudios Filosóficos*. Salamanca, San Esteban, vol.45, n° 128, 1996, pp.127-159.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32.

⁵¹ WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006, p. 54.

en cuanto a la confusión eventualmente producida por la comprensión de las llamadas generaciones en paradigmas estancos dentro del proceso evolutivo.⁵²

Bonavides, al introducir la noción de una cuarta generación de derechos, dirigida al fortalecimiento institucional de los mecanismos de democracia directa, advierte que el vocablo dimensión sería más indicado, ya que evitaría la sensación de caducidad en cuanto a los derechos surgidos en contextos anteriores y refutaría la idea de una mera sucesión cronológica.⁵³ De hecho, los derechos anteriores no desaparecen frente a la aparición de nuevas positivaciones jurídicas, sino que se readaptan a las nuevas necesidades humanas y se redimensionan a los nuevos contextos a los que deben aplicarse. “Los derechos de cada generación persisten válidos junto con los derechos de la nueva generación, aunque el significado de cada uno sufra el influjo de las concepciones jurídicas y sociales frecuentes en los nuevos momentos”⁵⁴. Las libertades individuales, que tenían una naturaleza meramente formal, absentista, en los primordios de su positivación, adquieren un carácter sustantivo cuando, en un segundo momento, comenzó la preocupación con respecto a la creación de los medios para que fuesen sustancialmente ejercidas, intentando impedirse la fragilidad excesiva de los grupos sociales, capaz de poner en riesgo su propia autonomía de voluntad. Tal proceso evolutivo continúa fluyendo con la exigencia de que el ejercicio de esta libertad no ponga el ecosistema global en una situación de desequilibrio para, más adelante, coronar este derecho con la apertura de posibilidades de participación directa en los asuntos públicos en un prisma fuertemente deliberativo.

Además, otra confusión que hay que superar se refiere a la equivocada noción de que la llegada de las nuevas generaciones de derechos sólo se produciría cuando la generación anterior ya se encontrara suficientemente reconocida y realizada. Más bien, como la exposición histórica demostró, a menudo es la propia

⁵² Entre otros: MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 56/61; WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006, pp. 57/58; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 571/572.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 571/572.

⁵⁴ FERREIRA MENDES, Gilmar *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2008, p. 237.

constatación de la ineficacia de los derechos ya positivados con relación a la tutela de la dignidad humana la que impulsa precisamente la aparición de nuevas generaciones. Si no fuera así, aún vivirían una fase bastante precaria del proceso evolutivo de los derechos humanos, puesto que sólo en pocos países desarrollados se alcanzó un nivel razonable de implementación de aquellas garantías perseguidas en la segunda fase evolutiva (derecho social). De esta forma, el camino para la positivación de los derechos de tercera generación aún se estaría iniciando y de forma restringida a las pocas naciones que lograron el éxito en la implementación de las prestaciones sociales, conclusión que se encuentra especialmente en acentuada contradicción con la realidad, donde las preocupaciones ambientales (derechos de tercera generación) son constantes también en los países con un bajo grado de desarrollo, ya que, como ya se afirmó, el ecosistema no respeta límites político-territoriales.

Así, la relevancia de este estudio en cuanto a las generaciones – o dimensiones – de los derechos reside en la urgencia de que se adapten a las concepciones pretéritas, y, algunas veces, ya plenamente estructuradas en el pensamiento jurídico, a las nuevas necesidades humanas. A través de la identificación de los paradigmas político-sociales, que propiciaron la construcción de nuevas tutelas de la dignidad humana, se puede lograr una visión centrada en las influencias procedentes de estas nuevas concepciones de derechos sobre dimensiones antecedentes, capaces de orientar el pensamiento jurídico en la continua búsqueda por la justicia social.

1.4 La democracia deliberativa como elemento necesario para la tutela de los derechos de la tercera generación

El reconocimiento del derecho humano a un medio ambiente ecológicamente equilibrado provocó profundas transformaciones en el orden jurídico existente. El derecho de propiedad, por ejemplo, característico de las revoluciones burguesas y que ya había ganado en su evolución la obligatoriedad de observancia de una función social, se vio inmediatamente afectado por las nuevas preocupaciones por el futuro del planeta y la estética de sostenibilidad, dando lugar a que esta función

social recibiera nuevos contenidos, calificándose en lo que se podría llamar función ambiental. En este mismo ámbito se siguió el redimensionamiento de otros diversos derechos, que fueron aumentando su dimensión ecológica y se destinaron a una protección difusa, impregnada por la noción de desarrollo sostenible.

Las implicaciones derivadas de estas cuestiones ambientales, a pesar de haber sido objeto de regulación en gran parte de los Estados Nacionales, tanto por la vía de su constitucionalización positiva, como por la transformación hermenéutica de los institutos ya existentes, no han conseguido, sin embargo, alcanzar la eficiencia deseada. A diario se presentan problemas derivados del incremento de la contaminación, alteraciones del clima global, escasez de recursos y sus consecuencias en la disminución de la calidad de vida de la humanidad. Muchos de estos problemas son causados por una fuerte carga de incertidumbre que acompaña las complejas relaciones entre los numerosos componentes del concepto de medio ambiente, percibida y ampliada en la actual sociedad de riesgo por los avances de la ciencia y de la tecnología. Esta incertidumbre sobre el comportamiento que debe adoptarse en cada caso concreto se muestra como un campo fértil para la aparición de controversias y conflictos, que terminan polarizándose en dilemas éticos que reflejan a veces una aproximación mayor al progreso económico, y otras veces la protección irrestricta de los bienes ambientales⁵⁵.

Queda claro, por tanto, que la implementación de este derecho destinado a la protección de un medio ambiente ecológicamente equilibrado implica la superación de esta conflictualidad intrínseca a la cuestión ambiental. La falta de claridad en la previsión de relaciones de causa y efecto entre la actividad humana y los daños al medio ambiente coloca en contradicción el derecho al libre ejercicio de la actividad económica con relación a la necesidad de salvaguardar el *hábitat* natural. La búsqueda por un desarrollo sostenible abarca un espectro de intereses

⁵⁵ Estos dilemas están impregnados por los conceptos filosóficos que se pueden agrupar en dos polos opuestos diametralmente, como el antropocentrismo y la ecología profunda o *deep ecology* (GOMES CANOTILLO, José Joaquim; MORATO LEITE, José Rubens (Coordinadores). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 137/138).

comunes a todos los sectores de la sociedad. Sin embargo, la dificultad de percibir en qué momento y de qué forma estará afectando a otros derechos, se refleja en la rica problemática ambiental actual.

La elevación de esta conflictualidad como elemento central para la correcta gestión de la cuestión ecológica deriva de otra característica de este nuevo derecho: la superación de la dicotomía Estado-Sociedad Civil en la relación jurídica relacionada con la tutela que se tiene como objetivo⁵⁶. Aunque mantenga un cierto grado de subjetividad en cuanto a este derecho, puesto que su razón última de existencia es permitir las condiciones para el ejercicio de la dignidad humana, el deber ambiental no dirige la exigibilidad de sus prestaciones relacionadas sólo con respecto al ente estatal, sino que comparte esta responsabilidad con todo el cuerpo social⁵⁷. Esta corresponsabilidad conlleva una “deberosidad ecológica de comportamientos expresada en la vinculación a los bienes comunitarios preexistentes (abstención) y a los principios jurídicamente vinculantes (principio de la precaución y de la acción preventiva, principio de la corrección en la fuente de los daños causados al medio ambiente, principio del contaminador pagador)” e, incluso genera dudas con respecto a la existencia de una derivación del imperativo categórico kantiano en relación al tema ambiental⁵⁸.

Integran, por tanto, la esencia de este derecho, la búsqueda de un objetivo común de sostenibilidad, a menudo ocultado por las diversas posiciones presentadas por los muchos segmentos de la actual sociedad, marcadamente plural, y la distribución de responsabilidades de todos los individuos, en un

⁵⁶ “De ello deriva una actuación conjunta entre organizaciones ambientalistas, sindicatos, industrias, comercio, agricultura y muchos otros organismos sociales comprometidos en esta defensa y preservación”. (PACHECO FIORILLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 10ª. edição, p. 56).

⁵⁷ Como bien afirma Machado, no se entiende “que la teoría de la gobernanza ambiental implique necesariamente la retirada del Poder Público, pero dará lugar a la adopción de una gestión compartida con la sociedad civil en relación con la responsabilidad medioambiental. El éxito o el fracaso de esta concepción dependerá de la real aplicación de nuevos instrumentos jurídicos-institucionales de gestión.” (LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110).

⁵⁸ GOMES CANOTILLO, José Joaquim. “*Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada*” En SILVINE FERREIRA, Helene; MORATO LEITE, José Rubens (Coordinadores). *Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 10.

ámbito capaz de superar los propios límites político-territoriales de los Estados soberanos. Es precisamente en la serie de responsabilidades e intereses compartidos, dirigidos a la consecución de un ideal de sostenibilidad, donde se abre espacio para las influencias de la cuarta generación de derechos.

Efectivamente, si el surgimiento de los derechos humanos de naturaleza difusa, concretamente los relacionados con la cuestión ecológica, produjo efectos sobre el orden jurídico anterior, resulta previsible la posibilidad de una cuarta dimensión de derechos que pueda determinar transformaciones también con respecto al derecho humano a un medio ambiente ecológicamente equilibrado. Tales modificaciones se circunscriben a la construcción de un ámbito de íntima conexión entre conceptos como democracia directa, información, pluralismo y medio ambiente, que se caracteriza por una tendencia al incremento y al fortalecimiento de los mecanismos de participación en lo que se refiere a la creación de políticas y regulación de cuestiones impregnadas por la búsqueda de un desarrollo sostenible.

La democracia meramente representativa, basada en un modelo decisorio básicamente agregacionista, destinado al servicio de posiciones jurídicas mayoritarias, se mostró incapaz de resolver el problema de la intensa conflictualidad ambiental y de la propia responsabilidad compartida entre Estado y sociedad civil. Antes, la ilegitimidad de un gobierno indiferente a las aspiraciones de los grupos sociales minoritarios no causaba mayores problemas para el mantenimiento de aquel sistema. Sin embargo la llegada de las – cada vez más dinámicas – relaciones de globalización⁵⁹, que propiciaron la aparición de corporaciones de medios agresivos, y las influencias del pensamiento neoconstitucional, inserto en un contexto de gran activismo judicial, han significado un abrupto aumento en el poder de estos sectores con baja representatividad política, que ahora tienen a disposición un número de canales capaces de hacer presión a los intereses de la mayoría. Por consiguiente, las decisiones sostenidas en este contexto pierden eficiencia y producen una realidad

⁵⁹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. “*Os Processos da Globalização*” En SOUSA SANTOS, Boaventura de (Coordinador). *A Globalização e as ciências sociais*. 2a. ed., São Paulo: Cortez, 2002, p. 26.

político-social inestable⁶⁰. Todo este cambio desembocó en el desarrollo de un modelo capaz de equilibrar la idea de representatividad con un proceso de decisiones consensuadas, denominado democracia deliberativa.⁶¹

Las implicaciones de esta nueva⁶² democracia, orientada a la ampliación de los espacios públicos discursivos, elevados en la condición de una cuarta generación de derechos, no han tardado en surtir efecto en virtud de la legislación ambiental en el ámbito del derecho ambiental, pudiendo ya ser percibidas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente⁶³ y Desarrollo celebrada en Rio de Janeiro en 1992:

“Principio 10. 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 supongan peligro para 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”.

La referida proposición indica la estrecha correlación de esta gestión democrática con el derecho a la información, ya que la democracia deliberativa,

⁶⁰ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules – The new way to run your meeting, build consensus and get results*. Nova Iorque: Oxford University Press. 2006. p. 11.

⁶¹ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “*En busca de unos ciudadanos deliberantes*. *Cit.*, p. 404.

⁶² Esto es realmente una reconquista y modernización de los antiguos institutos de la democracia directa, ampliamente utilizados en la antigua Grecia y que con los años han dado paso a los sistemas indirectos de participación popular.

⁶³ Incluso porque, como se había expresado con anterioridad, la aparición de una nueva generación (o dimensión) de derechos no requiere que la generación anterior ya haya alcanzado un grado suficiente de madurez (MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57).

entendida como “modelo o ideal de justificación del ejercicio del poder político basado en el debate público entre ciudadanos libres y en condiciones iguales de participación”⁶⁴, requiere un grado razonable de entendimiento sobre el tema en discusión para que sea posible una solución adecuada. Como bien afirma Belloso Martín, aunque no todos los sectores de la sociedad tengan un capital cultural capaz de influir en los debates, son ciertamente poseedores de pretensiones políticas legítimas⁶⁵ que deben tenerse en cuenta en el proceso. El derecho a la información también ya había sido presentado por Bonavides como uno de los pilares de la cuarta generación del derecho al lado del derecho a la democracia y el derecho al pluralismo.⁶⁶

De hecho, la constatación de que la efectividad del derecho humano a un medio ambiente ecológicamente equilibrado no estaría en la realización de los posiciones que se presentan con representación mayoritaria, sino en la búsqueda de una solución capaz de proporcionar una relación de sostenibilidad en la hipótesis concreta, abrió las puertas para que este derecho se adaptara a las nuevas vertientes democráticas, en las cuales cualquier decisión que se deba adoptar no debe prescindir de un amplio debate del problema por todos los involucrados. Podemos utilizar la metáfora presentada por Susskind para afirmar que, como en una partida de ajedrez, el sistema anterior recompensa a aquellos que estaban más familiarizados con las reglas del juego y conseguían aplicarlas de la forma más creativa.⁶⁷

Sucede que, en una partida de ajedrez, se observan dos constataciones fundamentales: i) los dos jugadores implicados saben de que se trata aquél juego; y ii) del resultado de ese juego no traerá consecuencias de mayor relevancia. No es lo que sucede cuando las controversias involucran el medio ambiente, donde la

⁶⁴ JACOBI, Pedro Roberto; BARBI, Fabiana. “*Democracia e participação na gestão dos recursos hídricos no Brasil*” En *Revista Katálysis* [<http://www.scielo.br/pdf/rk/v10n2/a12v10n2.pdf>]. 2007, vol.10, n.2, p. 239. Acceso el 02.03.2010.

⁶⁵ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “*En busca de unos ciudadanos deliberantes. Deliberando sobre la democracia deliberativa*” En *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. 2008, n. IX, p. 405.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 571.

⁶⁷ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules – The new way to run your meeting, build consensus and get results*. Nova Iorque: Oxford University Press. 2006. p. 12.

gran mayoría de los implicados no consiguen ver fácilmente la necesidad de mantener un equilibrio ecológico o la mejor forma de alcanzarlo, manifestando posiciones que no siempre atienden a ese interés. Además, si no logra un final adecuado al *impasse*, podrán surgir consecuencias catastróficas para el futuro de la humanidad.

Así, es evidente que sólo el incremento de la participación de todos los afectados, en un entorno discursivo amplio, donde sea posible reunirse y debatir las informaciones relevantes para la toma de decisiones sobre el problema, permitirá la identificación de soluciones creativas y dirigidas al interés común para lograr un desarrollo de bases sostenibles.

1.5 La mediación en los conflictos ambientales como instrumento de conexión entre la tercera y la cuarta dimensión de los derechos

La cuarta dimensión de derechos, dio lugar a un cambio de paradigma con respecto a la forma de tutelar el derecho humano a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, abierto ahora a una dimensión democrática deliberativa, donde la búsqueda de soluciones consensuadas de beneficios mutuos gana especial relieve.

Sin embargo, como en todas las demás generaciones de derechos, el camino a seguir por los derechos humanos de la democracia y, por consiguiente, sus implicaciones en el derecho ambiental, implica la dificultad de su aplicación práctica. Desde que comenzaron a ser percibidas las necesidades humanas para un fortalecimiento de los instrumentos de democracia directa, ampliando y cualificando la participación popular en los asuntos públicos, resulta imprescindible estructurar los mecanismos jurídicos para hacerlos efectivos.

Como ya hemos apuntado, las características de los derechos de tercera generación, como el destinado al mantenimiento del equilibrio ecológico, requirieron una gestión negociada capaz de construir un acuerdo sobre el rumbo que se debería seguir. Sin embargo, hay que hacer una advertencia sobre el significado real de este término al relacionarlo con el concepto de democracia

deliberativa: el objetivo principal del proceso democrático no es alcanzar la unanimidad, sino permitir que los participantes dejen el debate con plena conciencia sobre el tenor de la decisión final alcanzada y que la solución propuesta se pueda llevar a la práctica.⁶⁸ Así, cabe la observación pertinente de Belloso Martín, en el sentido de que no se trata de un proceso destinado a la unanimidad de posiciones, sino un proceso que requiere la discusión de los problemas antes de la toma de cualquier decisión, incluso si ésta es oficializada de acuerdo con lo que defendía la mayoría.⁶⁹

La aplicación de esta nueva gestión encuentra una serie de obstáculos derivados de un largo período donde la democracia directa fue sustituida por un sistema meramente representativo.⁷⁰ Entre estos obstáculos, se puede mencionar la incapacidad de las partes de desnudarse voluntariamente de una actitud de confrontación, para ponerse en un entorno de construcción de ideas capaces de atender los intereses comunes, haciendo inviable el inicio del movimiento deliberativo o, al menos, impidiendo que los debates avancen.⁷¹ Otro problema sería la posibilidad de que la disparidad económica-cultural pueda afectar el equilibrio de poder de las decisiones, impidiendo el logro de una solución justa.⁷² También se presentan como dificultades que se deben superar en el desarrollo de este nuevo modelo democrático, el coste temporal, económico y personal de los implicados en la discusión de los problemas.⁷³ De ahí la búsqueda de mecanismos

⁶⁸ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules – The new way to run your meeting, build consensus and get results*. Nova Iorque: Oxford University Press. 2006. p. 19.

⁶⁹ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “En busca de unos ciudadanos deliberantes. Deliberando sobre la democracia deliberativa” En *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. 2008, n. IX, p. 403.

⁷⁰ “De la concepción de la democracia directa de Grecia, donde la libertad política expiraba para el hombre griego desde el momento en que él, ciudadano libre de la sociedad, creaba la ley, con la intervención de su voluntad, y a la manera casi de un esclavo se sometía a la regla jurídica así establecida, pasamos a la concepción de democracia indirecta, la de los tiempos modernos, caracterizada por la presencia del sistema representativo” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 17ª edição, 2010, p. 293).

⁷¹ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules – The new way to run your meeting, build consensus and get results*. Nova Iorque: Oxford University Press. 2006. p. 19.

⁷² FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives – An Introduction to Procedure*. Nova York: Foundation Press, 2003, p. 473; BELLOSO MARTÍN, Nuria. “En busca de unos ciudadanos deliberantes. Deliberando sobre la democracia deliberativa” En *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. 2008, n. IX, p. 405.

⁷³ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “En busca de unos ciudadanos deliberantes. *cit.*, p. 407.

capaces de permitir la plena inserción de una gestión democrática deliberativa en el contexto sociopolítico actual.

Corroborando las estructuras de estas nuevas influencias democráticas, se erige la mediación de conflictos como uno de los mecanismos de crucial importancia para la efectividad de este ámbito deliberativo. En términos generales, la mediación es la negociación llevada a cabo con la asistencia de un tercero imparcial sin ningún poder de imponer un resultado a las partes implicadas en una controversia⁷⁴. Tales negociaciones, sin embargo, no implican disposiciones recíprocas entre los disputantes, sino la formación de una actuación cooperativa que se debe aproximar a un acuerdo, basado en la sostenibilidad de las diferencias existentes entre los mismos⁷⁵. Con esta orientación de la controversia proporcionada por la mediación, se aumenta el protagonismo de las partes y, por consiguiente, se incrementan también sus responsabilidades, generando un producto consistente en la ampliación de la capacidad de los implicados en el proceso para resolver de forma voluntaria los futuros conflictos⁷⁶, que se traduce en el marco del derecho del medio ambiente en la denominada educación ambiental.

La presencia de un tercero imparcial que gestiona el proceso buscando soluciones consensuadas, flexibiliza una serie de barreras a la plena institucionalización de la democracia deliberativa, iniciando por infligir en los implicados una actitud cooperativa para la búsqueda creativa de una solución común a las los *impasses*⁷⁷. Actuará, también, preparando la base de todo el

⁷⁴ BELLOSO MARTÍN, Nuria (Coordinadora). *Estudios sobre mediación: la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*. Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, Valladolid, Indipress, 2006; también, de la misma autora, *vid. Por una adecuada gestión de los conflictos* (Coordinadora: N. Belloso Martín), Burgos, Caja de Burgos, 2008; también, BELLOSO MARTÍN, Nuria. “*Otros cauces para el Derecho: formas alternativas de resolución de conflictos*”. En *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*?. (2 vols.) (Editor: V. Zapatero). Universidad de Alcalá de Henares, 2002, vol.II, pp.55-92.

⁷⁵ ALMEIDA, Tania. “*Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*” En CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coordinadores). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.101.

⁷⁶ SUARES, Marinés. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 53.

⁷⁷ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Getting to Yes – Negotiating Agreement Without Giving In*. Nova York: Penguin Books. 2ª edição. pp. 60/76.

proceso, identificando los sectores de la sociedad que deberán ser llamados a deliberar y desarrollará las estrategias para la representación de los intereses difusos⁷⁸. Su presencia permitirá la constante corrección de las distorsiones cognoscitivas con respecto a los hechos que se están analizando, encaminando la decisión final hacia los ideales de justicia y eficiencia.

De hecho, en lo que se refiere a la cuestión ambiental, el ejercicio de la democracia deliberativa se fortalece mediante la utilización del instrumento de la mediación, de manera que se intenta llegar a un consenso que satisfaga el interés público de la sostenibilidad. Así, el gran reto del desarrollo continuo de la cuarta generación de derechos, que, aunque reciente, ya ha producido tantos cambios en la estética de la gestión de los derechos humanos y fundamentales que la precedieron, es la búsqueda, en estos procesos negociados, de una adecuada orientación de la política ambiental, especialmente marcada por una fuerte carga de complejidad e incertidumbre, evitándose, así, que las distorsiones de cualquier tipo perjudique, de forma definitiva, el futuro de la humanidad.

⁷⁸ SUSSKIND; Lawrence *et al.* *Negotiating Environmental Agreements: how to avoid escalating confrontation, needless costs and unnecessary litigation*. Washington: Island Press, 2000, p. 11.

CAPÍTULO II

LA MEDIACIÓN Y EL INTERÉS PÚBLICO AMBIENTAL

La observación histórica demuestra que la ciencia jurídica se desarrolla con estímulo en las más diversas transformaciones que se producen en el ámbito social. Las conquistas democráticas se petrificaron en la forma de derechos y limitaciones, lo que refleja una esperanza de garantía y protección. El elemento jurídico gana relevancia social y, poco a poco, se va convirtiendo en un instrumento de transformación social.⁷⁹ Por otra parte, el fortalecimiento de un sistema económico de naturaleza altamente individualista, culminó en la retirada del ser humano del enfoque de las atenciones del Derecho y, bajo la influencia de una idea de masificación de la sociedad derivada de la existencia de lo que suele denominar relaciones globalizantes⁸⁰, los problemas de la sociedad comenzaron a ser vistos desde la perspectiva de conflictos de masa, llevando la individualidad⁸¹ a un plano secundario.

Ese movimiento, durante largo tiempo, se desarrolló junto a un sistema de implementación de derechos, que, basado en patrones abstractos de comportamiento, servía para identificar si determinadas conductas resultaban o no acordes con el derecho objetivo. Sin embargo, la incapacidad, de este sistema de alcanzar los objetivos fundamentales que se esperaban del mismo, permitió que el pensamiento jurídico volviera a cuestionar la adecuación de ese instrumento para manejar los problemas que surgían desde el distanciamiento producido entre el orden jurídico abstracto (mundo del Derecho) y el hecho social (mundo de la realidad). Es precisamente este momento al que vamos a referirnos en el presente

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 27.

⁸⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura de. “Os Processos da Globalização” En SOUSA SANTOS, Boaventura de (Coordinador). *A Globalização e as ciências sociais*. 2ª. ed., São Paulo: Cortez, 2002, p. 26.

⁸¹ *Vista em seu aspecto positivo e multicultural, diferindo da noção de individualismo.*

capítulo, dado que el largo período en el que el orden jurídico estatal ha dado prioridad al sistema jurídico, como método oficial de resolución de conflictos, acabó por arraigar en la ciencia del Derecho una serie de obstáculos para el desarrollo de otras tecnologías de pacificación social como la de naturaleza consensual.

A pesar de estar viviendo un momento de despliegue de estas nuevas estructuras jurídicas, su desarrollo concreto todavía se enfrenta a la aparente dificultad de compatibilizarlas con los elementos dogmáticos ya asentados en el ámbito jurídico. En este contexto, no obstante aún resulte limitada la aplicación de soluciones consensuadas al ámbito de las controversias colectivas, es posible percibir el obstáculo causado por una supuesta incapacidad de compatibilizar la titularidad difusa del bien jurídico en juego con la posibilidad de autocomposición del conflicto.

A fin de ilustrar el problema, podemos considerar la intensa controversia sobre la naturaleza jurídica del acto de ajuste de conductas acordado entre los órganos del Estado y los responsables de accidentes colectivos, así como los acordados con agentes contaminadores con el fin de impedir o minimizar el daño ambiental. A pesar de que ya fue analizada, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Brasil la posibilidad de que un órgano público pueda hacer concesiones sobre el derecho material relativo a una disputa transindividual⁸², una parte considerable de la doctrina sólo ve la posibilidad de que las personas estatales directamente implicadas en la discusión puedan realizar concesiones recíprocas en sus posiciones, cuando éstas se refieran a las condiciones de cumplimiento de las obligaciones legales⁸³, es decir, sobre los aspectos

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 253.885/MG, 1ª T., J. 04.06.02, rel. Min. Ellen Gracie, D.J. 21.06.02, Informativo STF n. 273 (“Por regla general, los bienes y el interés público son indisponibles, porque no pertenecen a la colectividad. Por eso, el Administrador, mero gestor de la cosa pública, no tiene disponibilidad sobre los intereses que están a su cuidado y cumplimiento. Sin embargo, hay casos en que el principio de la indisponibilidad del interés público debe ser mitigado, sobre todo cuando se tiene en cuenta que la solución adoptada por la Administración es la que mejor responde a la ultimación de este interés”).

⁸³ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 955 (“el ámbito de ajuste se limita a la manera de cumplir con la obligación por parte del responsable”); LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 378/379 (“...el acuerdo con el responsable deberá

accidentales de la cuestión principal de la controversia, bajo el argumento de que estén limitados por la presencia del interés público indisponible característico de tales controversias.

No se pretende aquí simplemente acatar una u otra concepción, defendiendo sus principales argumentos, y rechazando las corrientes jurídicas divergentes. En realidad, el objetivo principal de este capítulo es profundizar la discusión en un ámbito más restringido, circunscribiendo sólo los conflictos derivados de la materia medioambiental. Ciertamente, la discusión no puede plantearse en el plano genérico del acto ilícito colectivo, ya que los diversos intereses en juego presentan elementos bastantes divergentes y especificidades inherentes a las materias implicadas. No se puede, por ejemplo, pretender que los conflictos medioambientales y los de consumo compartan las mismas premisas y características, mereciendo un tratamiento único por parte de la ciencia jurídica, a pesar de que muy a menudo es posible que, en la práctica, ambos estén relacionados entre sí. Por otra parte, es generalmente fácil ver lesionado el derecho subjetivo del consumidor, mientras que la lesión al medio-ambiente no siempre expresa de manera clara los elementos estáticos de los tradicionales derechos subjetivos, lo que dificulta en cierto modo, su tutela autónoma⁸⁴.

Por consiguiente, nuestro objetivo es analizar los elementos fundamentales de los conflictos que afectan al medio ambiente con el fin de investigar las bases capaces de distinguir otros tipos de conflictos y entender si su titularidad universal

restringirse a las condiciones de cumplimiento de las obligaciones...”); NIGRO MAZZILLI, Hugo. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 349 (“En el caso de que tenga disponibilidad sobre el contenido procesal del litigio, el legitimado extraordinario no tendrá disponibilidad del contenido material de la lid.”); GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª edição, p. 291/292 (“La doctrina mayoritaria suele descartar la tesis de que el término de compromiso de ajuste de conducta tiene la naturaleza jurídica de transacción, puesto que no se le daría a los que están legitimados su celebración, ninguna posibilidad de transigir con los aspectos materiales del interés público, de carácter reconocidamente indisponible. El argumento, aunque correcto, no impide que se presente como una verdadera transacción con relación a los aspectos periféricos del derecho material lesionado, lo que permite el surgimiento de obligaciones jurídicas accesorias para quien lo haya pactado”).

⁸⁴ MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de. “O Direito Constitucional Ambiental: A Constituição como Via da Ecologização do Direito; Algumas Considerações” En SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coordinadores). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 793.

constituye un obstáculo insuperable para la utilización de soluciones negociadas como la mediación.

2.1 El daño ambiental y los medios de adjudicación

El estudio de los problemas ambientales gira en torno a un concepto fundamental y propedéutico para la comprensión exacta de los contornos de aplicabilidad e incidencia de los procesos negociados de solución de controversias a la materia: el daño ambiental.

Pueden identificarse dos variables importantes para el examen de la lesividad de una conducta determinada, teniendo en cuenta su impacto en el tema ambiental. La primera variable expresa la dificultad de definir el concepto de medio ambiente, mientras que la segunda deriva del propio proceso de composición de conflictos, cuando se buscan alternativas que satisfagan los intereses de todos los involucrados.

La tutela del medio ambiente sólo se muestra posible y racionalmente legítima desde el momento en que se define el tipo de conducta capaz de generar un daño ambiental. Sin embargo, esta noción es a menudo confusa con respecto a lo que se podría llamar daño a la naturaleza, creando un falso supuesto para la utilización de los instrumentos de protección, ya sea en el ámbito de la prevención, ya sea en el ámbito de la reparación. De hecho, podríamos afirmar con total convicción que toda conducta capaz de poner en riesgo el medio ambiente sería, por su propia naturaleza, susceptible de causar el llamado daño ambiental. Sin embargo, no siempre una actitud de explotación de recursos naturales y/o culturales es capaz de producir el mismo resultado, ya que no se confunden las nociones de los bienes ambientales con el propio bien jurídico ambiental. Los primeros serían aquellos elementos naturales y culturales considerados de forma individual, como los bosques, los animales y el aire, que comprenden una clase de bienes públicos de

uso común y esenciales para una calidad de vida saludable⁸⁵, que pueden disfrutarse⁸⁶ por cualquier persona dentro de ciertos límites.

La noción de bien jurídico ambiental, sin embargo, consiste en la integración ecológica de cada uno de estos elementos, que emana de sus propios componentes para formar una singularidad de ficción propia. Aquí está el vector principal de la aplicación a la materia de los métodos negociales de resolución de conflictos, porque los intereses que implican la tutela del medio ambiente están intrínsecamente ligados a una razón de equilibrio o equidad intergeneracional y, en muchos casos, ocultos por los debates sobre las posiciones – permitir o prohibir ciertas conductas. El conflicto de posiciones, en última instancia, genera una dificultad típica que puede solucionarse por la vía de la adjudicación -judicial-, atribuyéndose etiquetas de ganadores y perdedores a las partes involucradas en el problema⁸⁷. Aunque el núcleo de la cuestión comienza a girar en torno al mantenimiento del equilibrio sistémico (protección del bien jurídico ambiental), se dejan a un lado las posiciones para permitir la discusión de ideas que pueden satisfacer todos los intereses relativos a la controversia, abriendo espacio para la adopción de los medios de negociación y mediación.

Actualmente, para poder definir el concepto de medio ambiente, se hace necesario hacerlo bajo el prisma de las relaciones dinámicas entre sus componentes. En resumen, podemos entenderlo como un conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico que permite

⁸⁵ PACHECO FIORILLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 10^a. edição, p. 109.

⁸⁶ Insertadas las actividades de utilización en sentido estricto y de explotación.

⁸⁷ La atribución de etiquetas se debe a la incapacidad de soluciones heterocompositivas como la judicial y la búsqueda de opciones que atiendan a los intereses de todos los involucrados, ya que producen decisiones que toman en cuenta patrones abstractos de la conducta. En este sentido OYHANARTE, Marta. “*Los nuevos paradigmas y la mediación*” En GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana (Coordinadores) *Mediación: una transformación en la cultura*. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 30 (“*La ley es aquello que distingue la civilización de la anarquía. La ley limita el poder hegemónico de los gobiernos e impone el estado de derecho, pero como medio para resolver conflictos provee limitadas opciones. La ley es coercitiva más que consensual, jerárquica más que democrática, rígida y predeterminada más que flexible. Fabrica un perdedor. Fabrica un ganador. Crea una ficción de objetividad. No hay lugar para los sentimientos heridos, no hay comprensión de la paradoja o del misterio. Es racional, pero carece de sabiduría*”).

proteger y regular la vida en todas sus formas⁸⁸. Compuesto por una serie de componentes dinámicos, busca su tutela a través de un estado absoluto de equilibrio ecológico y con una forma que permite que el sistema tenga las condiciones para absorber y administrar todas las relaciones que le son inherentes.

El hombre representa uno de los elementos integrantes de este sistema. Su actuación sólo puede ser considerada como perjudicial y lesiva cuando él mismo represente una barrera en contra del curso regular del proceso de la recomposición natural de una perturbación. Concretamente los procesos de depredación y competición son plenamente auto-ajustables si se mantienen las condiciones para que estas relaciones queden estables, independientemente de que se verifique una posible oscilación estacional en una cantidad poblacional que pueda afectar a cada comunidad de acuerdo con los probables eventos causales⁸⁹. Evidentemente el desarrollo humano requiere el consumo de determinados recursos naturales, razón por la cual habrá siempre un nivel tolerable de degradación de los bienes medioambientales⁹⁰ totalmente auto-regenerables. La violación de este límite estaría configurada por la interrupción de la capacidad de absorción inherente al propio sistema, en cuyo caso estaremos frente a un daño ambiental.

Por tanto, resulta imposible analizar de forma absoluta si cierta conducta humana es o no lesiva al medio ambiente, resultando imprescindible identificar cómo la misma afectará a los procesos naturales concretos y en qué medida alterará la capacidad del ecosistema para recuperarse de tal perturbación. De hecho, a diferencia del concepto de bien ambiental, la noción jurídica de medio ambiente – o bien jurídico ambiental – no se puede considerar desde la mera

⁸⁸ Concepto regulado en el art. 3, inciso I, de la Ley Brasileña de la Política Nacional del Medio Ambiente.

⁸⁹ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 58.

⁹⁰ Ya en la década de los 60 se preveía la existencia de un nivel tolerado de elevación de los costes sociales sin el cual resultaría difícil el progreso humano, noción que puede ser traída, con las adaptaciones necesarias, a las cuestiones ambientales. En este sentido COASE. Ronald H. “*The Problem of Social Cost*” En *Journal of Law and Economics*. Chicago: University of Chicago Press, 1960, V. 3, p. 11 (“*Thus, to quote Posser on Torts, a person may make use of his own property or... conduct his own affairs at the expense of some harm to his neighbors. He may operate a factory whose noise and smoke cause some discomfort to others, so long as he keeps within reasonable bounds. It is only when his conduct is unreasonable, in the light of its utility and the harm which results, that it becomes a nuisance*”).

expresión física, requiriendo, a su vez, una abstracción dogmática capaz de traducir el conjunto de relaciones naturales de mantenimiento y reestructuración del ecosistema.

Sin embargo, hay que insistir en que el hombre es el elemento integrante de este organismo y, por ello, participará en estas relaciones dinámicas entre los diversos elementos que componen el medio a través de la utilización y explotación de los recursos que están disponibles. Siendo los bienes ambientales esenciales para una calidad de vida saludable, no podemos olvidar que el hombre sólo estará ejerciendo integralmente sus potencialidades al explotar de forma racional los eventuales recursos naturales existentes. Si se considerara que el mero uso de los bienes ambientales por parte del ser humano pudiera generar daños al medioambiente, resultaría necesaria su exclusión del concepto de medio ambiente; conclusión ésta que, a pesar de encontrar todavía algunos apoyos en una ideología egocéntrica, ha ido perdiendo terreno con respecto a la idea de que todo el proceso normativo ambiental deriva de la necesidad de situar a la humanidad⁹¹ como destinataria de las normas ambientales⁹². Además, esta dicotomía entre hombre y medio-ambiente se perfila como uno de los pilares de apoyo ideológico del modo de producción capitalista, lo que permite justificar el deterioro de los recursos naturales a favor de la industria y de la acumulación de capital.⁹³

La propia noción de protección del medio ambiente, para el disfrute de generaciones presentes y futuras, inserta un elemento dinámico en el contexto de la tutela del medio ambiente. Sólo entendiendo que el interés colectivo hacia el

⁹¹ Se utiliza el término de humanidad para identificar las generaciones presentes y futuras conforme a KISS, Alexandre. “*Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução*” In *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 04 (“La comprensión de que la futura humanidad comienza nuevamente a cada segundo conduciría así, al reconocimiento de la totalidad de la humanidad, incluyendo los miembros actuales y futuros, como persona legal, sujeto de derecho y portadora potencial de derechos y deberes”).

⁹² PACHECO FIORILLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 10ª. edição, p. 16 (“En realidad el derecho ambiental posee una necesaria visión antropocéntrica, visto que el único animal racional es el hombre, cabiendo a éste la preservación de las especies, incluyendo la suya propia. De otro modo, ¿cual será el grado de valoración, si no es la humana, la que determina, v.g. qué animales pueden ser cazados, en que época se puede hacerlo, dónde, etc.?”).

⁹³ BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 9ª edição, p. 231.

medio-ambiente represente el propio mantenimiento de las condiciones necesarias para el disfrute de una vida humana digna, se podrá invalidar la aparente paradoja desarrollo-protección.

De hecho, el uso de un recurso natural conduce a su disminución cuantitativa y, en consecuencia, a una tendencia de su escasez en el futuro. En un razonamiento simplista de este tipo, surgen dos opciones que pueden componer el problema: prohibir la explotación de un recurso determinado, protegiendo el medio ambiente e impidiendo el desarrollo económico-social, o permitir su explotación, impulsando el desarrollo de la sociedad bajo duras penas para el medio natural. Fácil es, pues, la conclusión de que adoptada la vía meramente adjudicatoria, no se podría lograr correctamente la tutela de los bienes ambientales e impulsar el desarrollo humano al mismo tiempo -a menos que se adopte como solución el punto medio entre las dos hipótesis, lo que sería inservible para la adecuada tutela del medio ambiente y, al mismo tiempo, limitaría, mucho, el desarrollo humano-. Se demuestra, por tanto, que el recurso al derecho objetivo no sirve para una correcta gestión de la problemática ambiental.⁹⁴

De esta primera variable, que afecta a la cuestión ambiental⁹⁵, se plantea la necesidad de que estos conflictos deben de resolverse en primer lugar por una vía no contenciosa – tal como la mediación – rompiendo con la concepción general de que tales métodos sólo serían indicados a priori para los conflictos de carácter eminentemente emotivo-interpersonal⁹⁶, ya que sólo con un proceso de discusión

⁹⁴ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova Iorque: Basic Books, 1989, p. 17 (“*Most disputes over environmental standard setting and utility rate setting involve the allocation of tangible benefits and costs, rather than inherent constitutional guarantees*”).

⁹⁵ Esta expresión se toma como un conjunto de problemas ambientales que se agregan y se potencian.

⁹⁶ Esta parte importante de la doctrina presenta como destinatarios principales del procedimiento de mediación de los conflictos entre individuos (*person to person*) donde haya una relación social continua entre los mismos, muchas veces impregnada por una fuerte tendencia emocional. Como hemos visto, sin embargo, la mediación se muestra extremadamente adecuada también a la solución de disputas ambientales. En el sentido del texto: SHMUELI, Deborah; KAUFMAN, Sanda. “*Environmental Mediation*” En *The Center for Environmental Policy Series*. Jerusalem: The Jerusalem Institute for Israel Studies, n. 24, p. 36 (“*Mediation is a potentially powerful tool for the management and resolution of environmental conflicts*”). En sentido contrario, a pesar de que los autores consideren la posibilidad de que otros tipos de conflicto puedan ser objeto de mediación: DEMARCHI, Juliana. “*Técnicas de Conciliação e Mediação*” En PELLEGRINI

de soluciones con las partes afectadas será posible identificar las alternativas eficaces para evitar el daño al bien jurídico ambiental y al mismo tiempo permitir un grado máximo de desarrollo de la sociedad.

2.2. El interés público y la disponibilidad racional de los bienes ambientales

Una vez caracterizada la noción del bien ambiental, vamos a dar un enfoque más sistemático del conflicto propiamente dicho, manteniendo la propuesta de restringir el análisis a buscar una respuesta para la investigación sobre si el carácter de no disponibilidad⁹⁷ del derecho difuso puede llegar a obstaculizar la adopción de medios autocompositivos.

En la primera parte de la exposición hemos verificado el punto central de este concepto de indisponibilidad, dando lugar a la idea de que esta característica incide sobre el medio ambiente como un todo y no sobre cada elemento natural o cultural que lo compone, ya que la comprensión del hombre como miembro del ecosistema implica la posibilidad de disposición de una parte de los recursos en favor de su desarrollo normal. A partir de esta primera premisa, ya es posible identificar el límite para la utilización de las técnicas de negociación de resolución de conflictos que afecten a cuestiones del medio ambiente: la exigencia de mantener el medio ambiente en una situación capaz de desencadenar el movimiento de autor-regeneración de los recursos naturales, factor hábil para configurar el núcleo de interés difuso en relieve – y, por tanto, indisponible – en

GRINOVER, Ada; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coordinadores). *Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 55 (“...en conflictos con aspectos subjetivos preponderantes, en los que hay una interrelación entre los involucrados, tales como los conflictos que implican cuestiones familiares, se muestra más adecuado el empleo de la mediación...”); ROSSANI GARCEZ, José Maria. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª edição, p. 39 (“Cuando, debido a la naturaleza del conflicto, ya sea por dos características o por el nivel de implicación emocional de las partes, queda bloqueada la negociación, de manera que, en la práctica, queda paralizada o se impide que se realice, surge, en primer lugar, la mediación como fórmula no adversarial de solución de conflictos.”); BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 375 (“Hemos insistido en la tesis de que la mediación debe utilizarse, prioritariamente, para las relaciones interpersonales continuas”).

⁹⁷ Concepto que es tratado de forma bastante variada en la doctrina, tanto bajo el aspecto de indisponibilidad de los bienes públicos, como bajo la indisponibilidad del derecho difuso.

lo que se refiere a los conflictos ambientales. Esta conclusión, como veremos, determinará la capacidad de aplicar la mediación al tema.

Un aspecto fundamental en cualquier discusión sobre métodos de negociación,⁹⁸ reside en comprender que el debate debería centrarse sobre los intereses en juego y no sobre en las posiciones presentadas por las partes. Empíricamente es posible imaginar una serie de conflictos derivados de las relaciones entre el hombre y los bienes ambientales, donde algunas de las partes se posicionen en contra de la utilización de un determinado recurso, mientras que otras se posicionen a favor de su explotación. La discusión sobre posiciones propiciará que sólo una de las partes salga vencedora de la confrontación o, al menos, que ninguna de las partes se vea totalmente satisfecha en sus reivindicaciones, con un resultado que cae en una posición intermedia entre cada pleito formulado⁹⁹. Por otro lado, ocultos detrás de cada posición están los variados intereses perseguidos por todos los involucrados en el problema y que aún pueden entrar en conflicto¹⁰⁰. Identificados los intereses, se ampliará el espectro de soluciones que se pueden aplicar a cada caso, permitiendo la construcción de un acuerdo legitimado para satisfacer a todos los participantes¹⁰¹. Asimismo, tratándose de conflictos complejos, tales como los relacionados con las cuestiones ambientales, en la misma mesa negociarán varias partes que, a veces forman coaliciones sin tener intereses en común, pero que comparten posiciones similares. Queda claro, por tanto, que cuanto mayor sea el número de partes en

⁹⁸ Se utiliza el término negociación en un sentido amplio, englobando tanto la negociación en sentido estricto como la mediación, teniendo en cuenta que ésta puede ser vista como una negociación con la ayuda de un facilitador, conforme apunta BELLOSO MARTÍN, Nuria. “*Sistemas de Resolución de Conflictos: Formas Heterocompositivas y AutoCompositivas*” En *Estudios Sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*. Cit., p. 69 (“*La mediación eficaz se basa en los principios de la negociación. Por ello, la mediación, a pesar de ser un proceso aparte y distintivo, no deja de ser una negociación asistida.*”)

⁹⁹ Situación, muchas veces y de forma equivocada, confundida como la resultante de un proceso de mediación. .

¹⁰⁰ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Getting to Yes – Negotiating Agreement Without Giving In*. Nova Iorque: Penguin Books, 2ª edição, p. 42 (“*Behing opposed positions lie shared and compatible interests as well as conflicting ones. We tend to assume that because the other side’s positions are opposed to ours, their interests must also be opposed. If we have a interest in defending ourselves, then they must want to attack us. If we have a interest in minimizing the rent, then their interest must be to maximize it. In many negotiations, however, a close examination of the underlying interests will reveal the existence of many more interests that are shared or compatible than ones that are opposed.*”).

¹⁰¹ *Idem*, p. 5.

una negociación, más difícil será alcanzar una solución adecuada, especialmente si el debate gira en torno a posiciones.¹⁰²

Apuntar los intereses de las partes en estas disputas públicas ambientales, sin embargo, puede ser una ardua tarea, teniendo en cuenta que el conflicto, en la gran mayoría de los casos, tiene como móvil una actividad humana que produce beneficios públicos -también llamados externalidades positivas- y costes sociales- que se suelen denominar externalidades negativas¹⁰³. La inserción por parte de una industria de derivados de un gran volumen de residuos sólidos en el medio acuático, del que una pequeña comunidad pesquera obtiene su sustento, por ejemplo, puede generar una serie de efectos: i) la contaminación de las aguas y la posible mortalidad del pescado (externalidad negativa); ii) el desarrollo de la infraestructura regional (externalidad positiva); iii) el aumento de la oferta de puestos de trabajos indirectos, que resulten del aumento del sector terciario (externalidad positiva).

Teniendo un número variado de externalidades, tendremos también una cantidad diversa de afectados por la actividad que las originó, por lo que un elemento clave para definir este tipo de controversia como compleja es la existencia de un gran número de individuos o grupos, con variados intereses¹⁰⁴. Una negociación que no tiene en cuenta los intereses individuales de cada participante tenderá a la polarización del debate en torno a una aparente dicotomía desarrollo-protección, creando una serie de obstáculos a la solución más adecuada del problema, es decir, aquella que permita el máximo servicio a los intereses de los implicados sin que haya ninguna lesión al bien jurídico ambiental¹⁰⁵. Aquí se surge el principal aspecto de las cuestiones analizadas con respecto a la

¹⁰² *Idem*, p. 7.

¹⁰³ Tales elementos (externalidades) se caracterizan como productos no contabilizados en la renta del emprendedor, conforme apunta DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90.

¹⁰⁴ SHMUELI, Deborah; KAUFMAN, Sanda. "Environmental Mediation" En *The Center for Environmental Policy Series*. Jerusalem: The Jerusalem Institute for Israel Studies. n. 24, p. 21 ("Environmental conflicts often involve numerous parties interested either because they would be affected by the outcomes, because they are responsible for them – if they are in administrative or regulatory positions – or because their values could be challenged by the outcomes.")

¹⁰⁵ Como ya hemos visto, este concepto refleja el conjunto de relaciones dinámicas e integradas entre el hombre y los bienes ambientales individualmente considerados, adquiriendo una función autónoma de la exclusión de cada uno de sus elementos individualmente considerados.

descomposición del proceso autocompositivo entre sus diversos participantes, desde que, al tratar el conflicto ambiental, será imperiosa la consideración de los intereses de las personas públicas involucradas.

Anteriormente ya hemos constatado que los bienes ambientales, a pesar de su titularidad universal, no conciben por sí solo la característica de la indisponibilidad; por el contrario, tienen una parte disponible derivada de su utilización regular por parte del hombre. Por ejemplo, no sería razonable establecer una prohibición del uso de vehículos en razón de su emisión de monóxido de carbono. Del mismo modo sería muy difícil prohibir el uso de papel en razón de que la producción de celulosa sea extremadamente costosa para la preservación de ciertos bosques. Sin embargo, hay necesidad de mantener las condiciones para que el medio ambiente pueda gestionar esta acción humana, adecuando todas las formas de desarrollo de forma coherente con respecto a la explotación del medio natural, a través de posibles medidas menos restrictivas y tratando, en todo momento, de proteger los medios de obtención de derechos, que a largo plazo, permitirán el mantenimiento de una cadena de progreso sostenible.

La tutela de estas condiciones – comprendidas en el fenómeno denominado medio ambiente – debería, en teoría, estar incluida en el ámbito de los intereses de cada uno de los involucrados, ya que afecta a la propia perpetuación de la especie humana. Para cada una de las partes resulta importante que puedan explotar a largo plazo los recursos naturales existentes, permitiendo así un progreso social continuo, desarrollado a través de la tutela inherente a la capacidad de recomposición del medio. Sin embargo, no siempre es posible garantizar que las partes implicadas en la negociación sean capaces de identificar o defender los intereses de largo plazo, distorsión que a menudo es causada por la desigualdad económica de las partes, que puede dar lugar a que poderosos empresarios puedan presionar para alcanzar acuerdos ilegítimos, sin que haya una solución eficaz al problema. Además, esta desigualdad, puede conllevar también otros numerosos factores, no siempre fáciles de detectar, como la diferencia de conocimientos jurídicos entre los involucrados, la capacidad negociadora misma de las partes y sus representantes, la habilidad de cada uno de los negociadores de asumir riesgos

y la capacidad de soportar las demoras a la solución del problema¹⁰⁶. Éste es uno de los argumentos en que la doctrina, contraria a la adopción de medios de negociación, se ha apoyado para criticar el uso de procesos tales como la mediación.

Estos estudiosos enumeran básicamente tres formas de la disparidad de las partes para influir negativamente en un acuerdo: i) la incapacidad de los participantes con dificultades económicas para reunir y analizar las predicciones de los resultados de cualquier procedimiento legal, así como ver las desventajas del proceso autocompositivo – incluida también en este contexto la incapacidad de recoger informaciones suficientes para comprender el problema de forma global; ii) la necesidad de los litigantes con dificultades económicas de obtener una prestación de forma rápida, incluso si es inferior a lo que le correspondería recibir en un juicio; y iii) la imposibilidad de que ciertas partes corran con los gastos de un procedimiento judicial¹⁰⁷. Según esta concepción, estos problemas podrían evitarse en un procedimiento judicial mediante la figura del magistrado, capaz de utilizar una amplia gama de medidas para reducir el impacto de las desigualdades entre las partes.¹⁰⁸

Estas afirmaciones, a pesar de que estén impregnadas de un elaborado razonamiento lógico, parten, en su afán de defender el mantenimiento del monopolio judicial de composición de litigios, de una premisa que es dejada a un

¹⁰⁶ GOLDBERG, Stephen B. *et al.* *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes*. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 5ª edição, p. 161.

¹⁰⁷ FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives – An Introduction to Procedure*. Nova Iorque: Foundation Press, 2003, p. 473. (“*The disparities in resources between the parties can influence the settlement in three ways. First, the poorer party may be less able to amass and analyze the information needed to predict the outcome of the litigation, and thus be disadvantaged in the bargaining process. Second, he may need the damages he seeks immediately and thus be induced to settle as a way of accelerating payment, even though he realizes he would get less now than he might if he awaited judgment. All plaintiffs want their damages immediately, but, but a indigent plaintiff may be exploited by a rich defendant because his need is so great that the defendant can force him to accept a sum that is less than the ordinary present value of the judgement. Third, the poorer party might be forced to settle because he does not have the resources to finance the litigation, to cover either his own projected expenses, such as his lawyers time, or the expenses his opponent can impose through the manipulation of procedural mechanisms such as discovery. It might seem that settlement benefits the plaintiff by allowing him to avoid the costs of litigation, but this is not so. The defendant can anticipate the plaintiff’s costs if the case were to be tried fully and decrease his offer by that amount. The indigent plaintiff is a victim of the costs of litigation even if he settles.*”).

¹⁰⁸ *Idem*, p. 473.

lado, de manera que el debate se ocupa solamente de los puntos secundarios de la cuestión. Al afirmar que los conflictos donde haya una desigualdad de poder entre las partes se solucionarían¹⁰⁹ mejor a través del método de adjudicación judicial, se deja en un segundo plano el hecho de que el mismo tipo de conflicto, en situaciones normales, sería susceptible de ser sometido a cualquier instrumento de resolución o, en otras palabras: seguiría siendo irrelevante la naturaleza del conflicto para determinar qué método de solución es el más adecuado, y bastaría con que se verificaran cuestiones secundarias, como la posición de las partes en el equilibrio de poder.

Sin embargo, la noción de medio ambiente como un conjunto de relaciones integradas y dinámicas entre los elementos que lo integran y las consecuencias – externalidades – derivadas de las conductas que constituyen el núcleo de las cuestiones ambientales apuntan a una interrelación entre los diversos factores que resultan relevantes en el panorama general de la controversia.

Estos elementos sirven para indicar el carácter policéntrico de la mayoría de estos conflictos. Conflictos policéntricos son los en que cada toma de decisiones están relacionados con más de una variable del problema y, por consiguiente, no pueden resolverse desde un modelo de juicio dicotómico, entre lo cierto o lo erróneo, ya que resultaría difícil su comprensión sólo a través del simple análisis de pruebas y argumentos presentados por las partes, incluso porque cada tipo de decisión podría requerir una redefinición de todas las partes afectadas.¹¹⁰

El concepto de conflicto policéntrico es plenamente aplicable en el ámbito del derecho ambiental, ya que, como ya se ha explicado, están siempre compuestos de al menos dos variables interrelacionadas. La primera sería la relativa a la identificación de la potencialidad de una conducta determinada para producir un daño ambiental, que sería la lesión al medio ambiente como un todo y no simplemente a los elementos naturales o culturales individualmente considerados. Este análisis depende, sin embargo, de las medidas que se tomen para estimular

¹⁰⁹ O solucionados de forma más justa.

¹¹⁰ FULLER, Lon L. *The Forms and Limits of Adjudication*. Harvard. Law Review, V. 92, 1978, p. 353.

las condiciones necesarias para que el medio pueda gestionar una eventual perturbación. Además, estas medidas podrán influir también en el número de partes que se ven afectadas por el problema.

Al final de la década de los 70', Fuller presentó dos ejemplos capaces de explicar cómo el proceso de adjudicación sería incapaz de manejar ciertas situaciones. El primero representa la hipótesis del fallecimiento de una rica señora coleccionista de arte, dejando en su testamento toda su colección privada para dos conocidos museos EE.UU., sin especificar, sin embargo, el destino individual de cada obra. La cuestión, que al parecer podría ser resuelta a través de un reparto equitativo de los bienes, comienza a tener contornos policéntricos por el hecho de que la disposición de cada pintura tendría consecuencias en la disposición de las demás. Por ejemplo, si los beneficiarios de los bienes deben de organizar una exposición ordenada y coherente, si una de las galerías recibe, por ejemplo, un Renoir, no les resultaría tan relevante recibir un Cezanne y, en cambio, les interesaría mucho recibir un Bellows.

El problema, por lo tanto, no podrá ser resuelto a través de la producción de pruebas o el empleo de argumentos fácticos y jurídicos, como tradicionalmente lo hace la jurisprudencia, dado que la decisión sobre el destino de cada cuadro afectará a las decisiones sucesivas que se adopten, impidiendo la producción de una norma concreta aplicable al caso – razón lógico-jurídica capaz de fundamentar las relaciones del tipo cierto-erróneo o culpable-inocente.¹¹¹ El segundo ejemplo que nos ofrece el autor refleja la hipótesis en la que los tribunales judiciales se utilizarán, en un régimen socialista, para fijar precios y salarios. En este caso, además de que resultaría difícil para el Poder Judicial seguir el ritmo de los cambios constantes en el escenario económico, el método de adjudicación no conseguiría tener en cuenta las complejas repercusiones que deriven de los cambios que se propongan. Un aumento en el precio del aluminio, por ejemplo, afectaría a la demanda y, por consiguiente, también a los precios del acero, a los diversos tipos de plásticos, así como a una infinidad de maderas y otros metales. En efecto, cada una de las decisiones adoptadas causaría un cierto

¹¹¹ *Idem.*

conjunto de repercusiones y requeriría una redefinición de las partes afectadas por la cuestión.¹¹²

Ahora imaginemos de nuevo el ejemplo de la industria de derivados de residuos sólidos instalada cerca de una comunidad de pescadores, donde al parecer estaría dañando la capacidad de recomposición de aquel ecosistema acuático y, por consiguiente, la subsistencia de la actividad pesquera – produciéndose un daño ambiental. En la hipótesis, por ejemplo, de que el Municipio¹¹³ decidiera de construir una emisora subterránea en dirección hacia el océano, pasando por una ciudad cercana, estaría repercutiendo en el análisis de la primera variable, lo que podría, incluso, llevar a la conclusión de la inexistencia de lesión al bien jurídico protegido. Sin embargo, esta medida tendrá un efecto también sobre los habitantes del vecino Municipio¹¹⁴ que puedan verse afectados por la citada construcción. El curso del conflicto, incluso, podrá fomentar el desarrollo de nuevas tecnologías de tratamiento de residuos, trayendo a la discusión también toda una clase de expertos en la materia. Así, en el ámbito de conflictos de este tipo, se requiere una mayor atención en la forma en que se moldearán las posibilidades futuras, demostrando una cierta incompatibilidad entre éstos y el método utilizado por los tribunales judiciales, más comprometido con el establecimiento de la responsabilidad derivada de hechos pretéritos.¹¹⁵

Sumado a esto, en materia ambiental no siempre es preciso atribuir responsabilidades por el daño ambiental a quien directamente utiliza o explota los recursos naturales¹¹⁶, porque, como ya hemos apuntado, la utilización de los bienes de la naturaleza por parte del hombre es una consecuencia natural de su incorporación al concepto del medio ambiente. Su tutela, a su vez, presupone la identificación de quiénes serían los utilizadores que poseen los medios de control

¹¹² *Idem.*

¹¹³ Que podrá tener sus intereses atendidos por la mayor circulación de bienes y generación de empleo local.

¹¹⁴ Que también sufren de otras externalidades positivas (como la generación de empleo) y negativas (sobrecarga posible del sistema de drenaje).

¹¹⁵ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova Iorque: Basic Books, 1989, p. 242.

¹¹⁶ SOUZA ARAGÃO, Maria Alexandra de. “O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente” En *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra. 1997, v. 23, p. 134.

sobre las condiciones que desembocan en actos de contaminación¹¹⁷ y de cómo podría evitarse de que afectara al equilibrio del medio¹¹⁸, lo que dificulta que el problema se resuelva mediante la mera aplicación de normas abstractas y la atribución de etiquetas culpable-inocente.

Tomemos otro ejemplo: el proceso de producción de automóviles no causa daños significativos al medio ambiente, pero su uso por parte del consumidor provoca un elevado grado de contaminación atmosférica y sonora, bastante presente en las ciudades. Sin embargo, no podemos ignorar que, dadas las condiciones de la vida moderna, los propietarios de vehículos no tienen muchas alternativas para su uso, siendo más razonable, al constatar que se ha producido el daño al bien ambiental, exigir alguna contrapartida a los fabricantes, que poseen los medios de control capaces de construir vehículos menos contaminantes o, incluso, que investiguen acerca de otras alternativas de transporte. En este caso, aunque el consumidor es realmente quien contamina, aquél que tiene mayor capacidad de evitar el daño es el propio fabricante, de dónde se puede percibir la fluidez en la identificación de las partes involucradas en la cuestión ambiental y su adecuación a la categoría de controversias preconizada por Fuller.

De hecho, considerando que los conflictos policéntricos no son adecuados para la resolución mediante procesos de adjudicación, se refuta la premisa de que sería posible comparar la eficiencia de uno u otro medio a través de elementos accidentales del problema, como la desigualdad de fuerzas entre las partes. Probablemente la suposición errónea de que cualquier cuestión pueda ser solucionada a través del mecanismo judicial deriva de la gran cantidad de problemas policéntricos llevados a juicio, situaciones en las que el magistrado, a menudo, acaba por desempeñar una función con ciertas características de

¹¹⁷ Entendidos éstos como los actos potencialmente capaces de afectar al equilibrio ambiental intergeneracional.

¹¹⁸ Objetivo que podrá lograrse a través de una serie de alternativas diferentes, que deberán analizarse en cada caso concreto, frente a sus repercusiones en otros aspectos del conflicto.

mediador¹¹⁹, ya que, por deber de oficio, está obligado a dar una respuesta a la provocación que le es formulada¹²⁰.

Asentada esta primera noción, que por sí misma, ya impide la comparación pura y simple de los diferentes métodos de resolución de controversias, claramente, cuando defendemos el uso de la mediación en ciertos conflictos, hay que señalar que el poder que se destaca por su desigualdad de fuerzas – ya sea económico, político, cultural o de otro tipo – estará en el mismo nivel que el poder de las buenas ideas – las que se consideran capaces de atender a todos los intereses en juego –, porque hay una priorización de la solución del problema con relación a la mera composición del conflicto. En este ámbito, sin duda, el poder de veto de cada participante, que es inherente a cualquier proceso autocompositivo – donde las soluciones están definidas por las propias partes –, aporta bastante a la disminución del desequilibrio eventualmente existente¹²¹. Las medidas se han implementado con el fin de garantizar la legitimidad del proceso de mediación, equilibrando las eventuales distorsiones existentes en los conflictos, como en el derecho procesal de Hawaii, donde existe la exigencia de que los mediadores deben seguir ciertas normas promulgadas por los tribunales judiciales.¹²²

Además, en lo que se refiere a las controversias ambientales, la presencia de un elemento indisponible en el enfoque del problema¹²³ exigirá la presencia de

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ KORNFIELD, Itzhak E. “*Polycentrism and the International Joint Commission*” En *The Wayne Law Review*. Michigan: The Wayne State University, V. 54, n. 04, p. 1699 (“*Nevertheless, courts have addressed polycentric issues. Why do they do so when the subject matter is so complex? One simple reason is because they must, whenever there is a case or controversy.*”)

¹²¹ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova Iorque: Basic Books, 1989, p. 243.

¹²² GOLDBERG, Stephen B. *et al. Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes*. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 5ª edición, p. 160. Los autores, sin embargo, reflexionan sobre la razón por la que deberían exigirse tales pautas en una mediación, cuando la resolución de dicho conflicto mediante una negociación informal entre los involucrados no requiere un control externo (*op. cit.* p. 162). Por otra parte, como veremos, la mera representación adecuada de los implicados en el problema servirá para evitar una gran parte, sino toda, de las distorsiones manifestadas hasta entonces.

¹²³ Se reitera que la indisponibilidad incide sobre el bien jurídico ambiental y no sobre sus recursos naturales y culturales individualmente considerados.

órganos estatales en la mediación¹²⁴, característica que será bastante útil para impedir la producción de los efectos nocivos antes expuestos, para fomentar acuerdos capaces de poner fin a los conflictos, pero no a los problemas que los originaron, propiciando su reconquista a corto plazo y, a menudo, causando daños irreparables al medio ambiente. Será precisamente la presencia de estos participantes oficiales en el proceso autocompositivo lo que permitirá que se respete la protección del bien jurídico ambiental, especialmente el de carácter indisponible.

Hay que considerar que esta indisponibilidad en nada cambiaría una mediación donde hubiera una fundada conciencia entre las partes de que el acuerdo pudiera tener una estabilidad a más largo plazo, ya que el ideal de la sostenibilidad acabaría buscándose por parte de todos los implicados, a pesar de que las posiciones inicialmente presentadas resulten opuestas y aparentemente en conflicto. El proceso de mediación, entre dos posiciones irreconciliables, pretende la construcción, a través de un proceso comunicativo y de legitimación, de la solución que mejor satisfaga los intereses de las partes, lo que es factible en la mayoría de los casos, teniendo en cuenta que para cada interés que se identifique, pueden vislumbrarse numerosas posiciones capaces de satisfacerlo.

Por tanto, con el fin de evitar que un eventual desequilibrio que implique a las partes evolucionen hacia un acuerdo ineficiente e incapaz de tutelar plenamente los intereses de los involucrados, hay que proporcionar una representatividad adecuada de los que, de alguna manera, están afectados por el problema, incluyendo ahí, además de los potenciales contaminadores y grupos, todos los órganos oficiales que se vean inmersos en el contexto del conflicto.

Siguiendo la estela de la crítica vertida con respecto a los medios consensuales autocompositivos, se puede añadir que se trata de un procedimiento cuyo resultado deriva únicamente del acuerdo alcanzado por las partes, a diferencia de

¹²⁴ Pertenecen a este grupo tanto las personas y los órganos con función de ejercer un poder de policía ambiental como los órganos cuya función institucional sea la defensa de la propia sociedad como un todo, como la Fiscalía.

la adjudicación, lo cual sirve para asegurar, explicar y dar fuerza a los valores del ordenamiento jurídico. Traducido al ámbito de nuestra investigación, sería lo mismo que preconizar la incapacidad del acuerdo alcanzado para concretar la protección al medio ambiente o fomentar la educación de las partes acerca de los valores ambientales constitucionales e infraconstitucionales relacionados con la materia.¹²⁵ La mencionada alegación constituye una gran preocupación del Poder Público en la implementación de los medios consensuales de solución de controversias complejas medioambientales, resultando a menudo como un obstáculo para su utilización. Se trata, en realidad, de la errónea creencia de que el producto de las negociaciones podría constituir una abdicación de la responsabilidad legal.¹²⁶ Su incorrección ya puede ser prevista, delante de lo que se afirmó sobre la característica policéntrica de los conflictos ambientales y la presencia de personas públicas en las negociaciones.

El propósito de nuestra investigación no es el de extendernos en el estudio de los objetivos educativos del proceso de mediación ambiental. Sin embargo, éste es el instrumento capaz de permitir el mayor grado de participación popular y con más posibilidades de discusión sobre la cuestión en conflicto, lo que hará posible que los principios que impregnan la formación del acuerdo final se asimilen mejor por sus participantes. Servirá incluso para dirigir las negociaciones informales para la solución y prevención de futuras controversias. Su objeto, por otro lado, recae sobre la forma en cómo se relaciona el proceso de mediación de conflictos ambientales con la indisponibilidad del interés público, razón por la cual merece un análisis la segunda parte de la crítica formulada anteriormente, anclada en la supuesta incapacidad por parte del proceso de solución negociada de proteger los valores ambientales.

¹²⁵ FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives – An Introduction to Procedure*. Nova Iorque: Foundation Press, 2003, p. 477/478 (“*Adjudication uses public resources, and employs not strangers chosen by the parties, but public officials chosen by a process in which the public participates. These officials, like members of the legislative and executive branches, possess a power that has been defined and conferred by public law, not by private agreement. Their job is not to maximize the ends of private parties, nor simply to secure the peace, but to explicate and give force to the values embodied in authoritative texts such as the Constitution and statutes...*”).

¹²⁶ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova Iorque: Basic Books, 1989, p. 241.

El interés público defendido por las personas públicas involucradas será común a todos los implicados, ya que el daño ambiental afectará a las características esenciales para un acuerdo deseado. El producto final de una negociación bien dirigida, además de satisfacer los intereses directos y personales de las partes, cumplirá los requisitos de justicia, durabilidad, eficiencia, estabilidad y adaptabilidad.¹²⁷ La lesión al bien ambiental, sin embargo, conllevaría una quiebra en el equilibrio intergeneracional, impidiendo que una negociación no destinada a atender el interés de protección del medio ambiente se la considere como justa y acertada en el futuro. Además, un acuerdo que no observe este elemento, fomentaría la escasez de recursos naturales, lo que desencadenaría nuevos conflictos y el incremento continuo de los costes de obtención de materia prima, lesionando, de forma progresiva, la relación entre las partes.

El proceso de solución consensual que defendemos presupone la presencia del Poder Público, representado por sus órganos competentes, para evitar que algunas distorsiones -en el caso de que se haya llevado a la mediación- vulneren ciertas normas o valores del ordenamiento jurídico. El razonamiento es análogo al presentado con respecto a la afirmación de que las partes no tendrían necesariamente sus intereses íntegramente satisfechos en situaciones de desequilibrio de poder, ya que la preservación de la sostenibilidad ambiental refleja también el interés mediato de las partes en disputa, aunque esto no pueda, por razones diversas, ser percibido e invocado por los mismos durante la mediación. La exigencia de ratificación del acuerdo por todos los participantes, incluyendo las partes en disputa que tengan posición de autoridad, podrán servirse de su poder de veto siempre que el resultado implique una violación del interés público, expresado a través de normas garantizadoras de un desarrollo sostenible. Todo ello servirá fundamentalmente para evitar que la mala gestión del proceso autocompositivo permita una cierta flexibilización del interés público.

¹²⁷ SHMUELI, Deborah; KAUFMAN, Sanda. "Environmental Mediation" En *The Center for Environmental Policy Series*. Jerusalem: The Jerusalem Institute for Israel Studies, n. 24, p. 11.

La propia presencia oficial y el estímulo a que las controversias sean solucionadas por vía consensual, especialmente si se adopta una postura de actuación preventiva, servirá para legitimar las políticas públicas medioambientales instituidas por la Administración. Si se utiliza correctamente, impedirá el desarrollo de diversos conflictos derivados de la oposición de los afectados con relación a las normativas ambientales impuestas, incluso porque la etapa de la ciencia, en la gran mayoría de los casos, no es capaz de identificar un punto óptimo de fijación de pautas de utilización de los recursos que deben ser observados por los administrados.

CAPÍTULO III

LA MEDIACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL

Las relaciones entre el hombre y su *hábitat* natural constituyen objeto de estudio por parte de las diversas Ramas del conocimiento. Entre las razones para que se comprenda tal atención a las cuestiones ambientales, hay que destacar la dificultad de estructurar un modelo teórico capaz de reflejar la intensa red de interacciones entre los elementos que integran el ecosistema, a menudo potenciada por la actuación irresponsable de uno de sus componentes fundamentales: el hombre.

La velocidad con que se ha producido el desarrollo de las comunidades humanas, sin embargo, no permitió que el conocimiento científico a través de sus objetivos llenara el vacío producido por la incapacidad de comprender las consecuencias de un intenso progreso económico y tecnológico. Cuando comenzaron a manifestarse los defectos de este nuevo modelo de sociedad – que a menudo se traducen en catástrofes – comenzó a considerarse imprescindible la creación de instrumentos capaces de hacer frente a la fragilidad de la ciencia en la predicción de las consecuencias de ese desarrollo. Esta constatación dio lugar a transformaciones en el propio derecho que, al anticipar la tutela ambiental, tuvo que enfrentarse a situaciones donde ya no era posible distinguir las relaciones causales entre la ejecución de una cierta actividad y el eventual daño que se pudiera producir, lo que acabó desembocando en la configuración del denominado principio de la precaución.

La mencionada transformación ocurrida también en el seno jurídico, a la vez que se consolidaba en un poderoso instrumento para lidiar con la incapacidad de la ciencia en comprender las consecuencias de su progreso, abrió espacio para que la tormentosa cuestión del medio ambiente, entendida como una serie de conflictos y controversias estructurados sobre la dicotomía desarrollo-preservación, pudiese ser manejada de forma equivocada – hasta incluso

arbitraria, privilegiando intereses extremos – y ajenos a los fines de obtención de un modelo de desarrollo sostenible. El citado principio carecía de una mayor fundamentación teórica, siendo evidente la necesidad de buscar un aparato metodológico capaz de lidiar concretamente a la gestión del riesgo de los daños ambientales.

Así, en la construcción de un modelo más adecuado para hacer frente a la estética de la precaución se vislumbró la necesidad de que su logro no fomentara el incremento de conflictos entre los distintos integrantes del cuerpo social, poniendo de relieve el análisis de cómo se mantendría el proceso de toma de decisiones en materia de prevención ambiental con la exigibilidad democrática de participación popular.

A partir del momento en el que se desmitifica el concepto de riesgo y se abre espacio a una discusión más concreta sobre sus impactos, se pueden prever los problemas relacionados con su gestión inadecuada y, por consiguiente, desarrollar la idea de la precaución. En este contexto, ya se pueden extraer los principales factores que se deben de considerar para que el uso de este principio pueda generar el beneficio social deseado y, por tanto, minimizar la aparición de conflictos entre individuos o grupos afectados.

Finalmente, es preciso analizar la relevancia de la utilización de la mediación en el proceso de gestión del riesgo medioambiental y la aplicación del principio de precaución, con una visión más práctica del problema. Concretamente intentaremos identificar los principales obstáculos para el funcionamiento del modelo teórico brevemente expuesto en el presente trabajo de investigación.

3.1 La tutela ambiental y el dilema de la modernidad

La noción de prevención se presenta como uno de los puntos fundamentales de la cuestión medioambiental¹²⁸, y abarca desde la creación de políticas públicas hasta decisiones judiciales y materias relacionadas con el derecho del medio

¹²⁸ Esta expresión se considera como el conjunto de los problemas medioambientales que se agregan y se potencian.

ambiente. Esto se debe al hecho de que la sociedad contemporánea, donde se inserta concretamente el florecimiento de las preocupaciones ambientales, se organiza con una dimensión de desarrollo donde los avances de la ciencia y de la tecnología ya no son capaces de controlar las consecuencias de sus realizaciones. La experiencia de la incapacidad humana para hacer frente a la reparación de los daños ambientales, a menudo ya irreversibles¹²⁹ o que dependen de un alto coste económico y de tiempo, hace exigible la incidencia *ex ante* de medidas encaminadas a la tutela de este bien jurídico. Así, ante la necesidad de prevenir la contingencia de un desequilibrio en el ecosistema, que imposibilite la obtención regular de los bienes ambientales en el futuro y el disfrute de una vida digna por la humanidad, genera la urgencia de restringir ciertas actividades, especialmente las que puedan causar daños al medio ambiente.

Frecuentemente sólo es posible percibir la lesividad de ciertas conductas después de que éstas hayan producido algún daño. Eso puede deberse a varios factores, como la capacidad técnica de identificar su potencialidad contaminadora cuando se lleva a cabo o por la propia incapacidad de identificar la probabilidad de que se produzcan daños que sólo se manifestarán muchos años después de haber puesto en marcha el emprendimiento. En tales situaciones no es fácil identificar la existencia de una relación de causa-efecto entre la conducta y la lesión al bien jurídico ambiental, pero no obstante, se hace imprescindible adoptar alguna medida capaz de evitar la degradación ecológica. En este contexto se inserta el principio de la precaución, admitiendo restricciones a la actividad económica con el fin de proteger el medio ambiente, siempre que exista un peligro estimable de producir una lesión ambiental, aunque no sea posible identificar la existencia de un relación causal entre la actividad en cuestión y el eventual daño ecológico. Es de tal importancia este principio que algunos autores afirman que se

¹²⁹ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente – doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 166. El autor, citando a Ramón Martín Mateo, también plantea una serie de preguntas pertinentes a favor de un control preventivo y no sólo represivo: "¿Cómo corregir la desaparición de una especie? ¿Cómo recuperar un bosque de siglos que ha sufrido la violencia de la tala? ¿Cómo purificar un agua subterránea contaminada por los pesticidas?"

ha convertido en un importante motor de un derecho dirigido a la protección del medio ambiente¹³⁰.

La precaución puede ser considerada como uno de los pilares de la protección del equilibrio ecológico en un contexto de creciente percepción del descontrol sobre los efectos del avance científico y tecnológico, impidiendo que la relación entre el hombre y su *habitat* natural vaya más allá de los límites de recomposición del medio. Se pretende, así una explotación sostenible de los recursos naturales sin que se pueda exigir una absoluta racionalidad y certeza en la elaboración de este proceso, pero donde se haga viable el mantenimiento de las condiciones sistémicas capaces de sostener el ciclo de recomposición del medio ambiente y su disfrute por las generaciones presentes y futuras.

Sin embargo, lo que ya no se presenta inicialmente como simple, considerando los sesgos de la incertidumbre característica de la estructura social actual, adquiere contornos aún más complejos en la medida en que se pretende construir un paradigma de protección ambiental susceptible de limitar – o imponer mayores cargas – la explotación de la actividad económica también en las situaciones en que no existen pruebas concretas de que determinadas conductas puedan lesionar el medio ambiente. Por consiguiente, el principio sólo tiene sentido sólo cuando exista una dimensión económica, capaz de crear una tensión entre las demandas humanas de explotar el medio y la necesidad de que éste sea protegido contra tales demandas¹³¹. De esta forma, se puede afirmar como apunta Derani, que “la precaución ambiental implica necesariamente la modificación del modo de desarrollo de la actividad económica”¹³², modificación ésta que se impone como exigencia natural de gestión sobre un nuevo modelo de desarrollo basado en la producción de peligros e incertidumbres.

¹³⁰ HOPPE, Werne; BECKMANN, Martin. *Umweltrecht: juristisches Kurzlehrbuch für Studium und Praxis*. Munique: C.H. Beck'sche. 1989, p. 80.

¹³¹ MOLTKE, K. Von. “*The relationship between policy, science, technology, economics and law in the implementation of the precautionary principle*” En FREESTONE, David; HEY, Ellen. *The Precautionary Principle and International Law – The Challenge of Implementation*. Boston: Kluwer Law International. 1995. p. 107.

¹³² DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva. 3ª edição. 2008. p. 150.

De hecho, toda política ambiental efectiva deriva en gran parte de la gestión de los riesgos de producción de daños, orientándose a reducir el riesgo de desequilibrio ecológico, con el fin de proteger a las generaciones presentes y futuras.

3.2 La implicación jurídica de la precaución

El origen histórico de un principio jurídico capaz de enfrentarse a este nuevo ideal de tutela del medio ambiente ya fue objeto de preocupación de muchos Estados Nacionales en la década de los 70'; sin embargo, se destacó en el Derecho Alemán como el fundamento de una política de lucha para la protección atmosférica¹³³. Su previsión en un instrumento jurídico internacional, sin embargo, se remonta a la Carta Mundial para la Naturaleza¹³⁴, de 1982. En este documento se supera la exigencia de una mayor atención para aquellas actividades que puedan generar un riesgo significativo para el medio ambiente, imponiendo a los agentes económicos la carga de demostrar que los beneficios que deben alcanzar con su consecución compensarían el daño que pueden causar. Se adopta, sin embargo, en este documento, una posición bastante cautelosa con respecto a la identificación de los riesgos. De hecho, se sugiere que las actividades con posibles efectos adversos y que no son totalmente conocidas, deberían de evitarse, proposición ésta que, si se adoptará de forma rígida, impediría gran parte de los progresos tecnológicos.

Posteriormente, se incorporó a las conferencias internacionales sobre protección del Mar del Norte¹³⁵, especialmente en la segunda, donde se estableció que los gobiernos signatarios deberían aplicar el principio de precaución, es decir, tomar medidas para evitar los impactos potencialmente perjudiciales al medio marino, incluso ante la ausencia de prueba científica de la relación de causalidad

85

¹³³ FREITAS MARTINS, Ana Gouveia e. *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2002. pp. 25/30.

¹³⁴ Principio General 11, b: "*Activities which are likely to pose a significant risk to nature shall be preceded by an exhaustive examination; their proponents shall demonstrate that expected benefits outweigh potential damage to nature, and where potential adverse effects are not fully understood, the activities should not proceed.*"

¹³⁵ Bremen en 1984; Londres en 1987; La Haya en 1990, Esbjerg en 1995.

entre las emisiones y los efectos.¹³⁶ Lo interesante de estas conferencias es observar la evolución en curso con la gestión de la incertidumbre científica y su repercusión en la formulación de políticas ambientales. Se consideró la exigencia de adoptar las medidas cautelares ante un estado insuficiente de conocimiento, favoreciendo una concepción donde cabría la necesidad de primar la precaución incluso antes de establecer un relación causal mediante pruebas científicas absolutamente claras. A ello le siguió un enfoque todavía más amplio, de que el principio de la precaución debería aplicarse incluso cuando no existiera ninguna evidencia sobre la existencia de un relación causal, para, finalmente, poner el citado principio como fundamento para lograr el objetivo de reducir y eliminar los vertidos contaminantes.¹³⁷

Esta modalidad preventiva adquirió una mayor importancia en la Conferencia de la Tierra¹³⁸, en la que se contempló el citado principio:

“Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Es evidente que el principio de la precaución requiere la adopción de medidas ante la mera existencia de un peligro creíble de daño ambiental. Sin embargo, a pesar de estar previsto en la mayoría de los textos que se ocupan del derecho ambiental, su aplicación práctica no es tan pacífica como pudiera parecer. De la propia lectura del pasaje anteriormente mencionado, se ponen de relieve una serie de obstáculos no muy precisos, como la capacidad de los Estados a la hora de adoptar el principio, la definición de que sería un peligro de daños grave o

¹³⁶ MILARÉ, Edis *et alli*. “Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos por estações de radiobase” En *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 41. p. 11.

¹³⁷ COMEST (*World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology*). *The precautionary principle*. Paris: UNESCO. 2005. p. 11.

¹³⁸ También llamada Eco 92.

irreversible, así como la comprensión de lo que sería económicamente viable. Todo ello pone de manifiesto la problemática de la aplicación de este instrumento desde una perspectiva jurídica.¹³⁹

El principio de precaución resulta aún más sensible a la dicotomía desarrollo-protección, puesto que si ya es muy difícil alcanzar el punto óptimo¹⁴⁰ de esta relación con respecto a las actividades que se sabe que son perjudiciales para el medio natural pero al mismo tiempo son necesarias para el progreso humano, con la adopción de este principio se amplía el debate para incluir las actividades cuya potencialidad lesiva es aún incierta, lo que contribuye al incremento de los conflictos que giran en torno a los temas ambientales.

3.3 La dinámica del riesgo

Para cumplir con la exigencia de la precaución y, al mismo tiempo, manejar los eventuales conflictos y controversias ambientales existentes¹⁴¹, resulta imprescindible entender el concepto de riesgo ecológico. Éste, en general, puede ser concebido como la probabilidad de daños para el ecosistema como consecuencia de una intervención humana o de fenómenos naturales¹⁴². Es un tipo de riesgo clasificado como sistémico¹⁴³. Esta clasificación deriva de su capacidad de afectar a todo un sistema, siendo minimizado o potenciado por diversos factores que están interrelacionados, como el desarrollo de nuevas tecnologías,

¹³⁹ MOTA, Maurício. *Princípio da Precaução: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade*. En MOTA, Maurício. *Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008. p. 30.

¹⁴⁰ Con el uso de la expresión “punto óptimo” no se pretende, sin embargo, que esté en el punto medio entre dos extremos, incluso porque resulta imposible de alcanzar - por ejemplo, no hay término medio entre una planta de energía nuclear y una planta hidroeléctrica -, más bien se pretende identificar la solución que mejor se adapte a ambos intereses.

¹⁴¹ BURGESS, Guy; BURGESS, Heidi. “Environmental Mediation: Beyond the limits applying dispute resolution principles to intractable environmental conflicts”. En *Conflict Research Consortium*. Working Paper 94 – 50. Colorado: University of Colorado, p. 2. El autor plantea los límites entre los términos conflicto y disputa, afirmando que los conflictos ambientales se refieren a un desacuerdo de largo plazo entre los grupos con diferentes creencias e ideologías sobre la relación ideal entre la sociedad humana y el medio natural. Las disputas serían divergencias puntuales entre estos grupos sobre la eficacia de políticas específicas.

¹⁴² RENN, Ortwin. *Precaution and Ecological Risk In* JORGENSEN, Sven Erik; FATH, Brian D. (Coordinadores). *Encyclopedia of Ecology*. V.4. Oxford: Elsevier. p. 2909.

¹⁴³ KLINKE, Andreas; RENN, Ortwin. “Systemic risks: a new challenge for risk management” En *European Molecular Biology Organization Reports*. V.5. S41. 2004. <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1299208/>> Acessado em 10.12.2009.

eventos naturales, políticas públicas, y la propia viabilidad económica de una sociedad determinada, además de tener el poder de generar efectos tanto a nivel nacional como a nivel internacional¹⁴⁴. Estas características acaban por requerir un análisis holístico del problema, que trasciende del simple examen de causas y efectos para una consideración más amplia sobre la interdependencia entre los diversos componentes de la cuestión ambiental.

A la necesidad de estudiar más detenidamente el concepto de riesgo hay que sumar el interrogante de cuáles serían los elementos que deben verificarse en el caso concreto para que se pueda desatar el impacto de las medidas preventivas sin que tal intervención resulte arbitraria; es decir, si el estado de la ciencia no es capaz de demostrar la certeza acerca de que se va a producir un daño ambiental, ¿cómo justificar, por ejemplo, la restricción de ciertas actividades económicas en favor de una supuesta protección del equilibrio del ecosistema? El problema se muestra todavía más agudo en la medida en que se cuestiona la propia legitimidad de los agentes gestores del riesgo para elegir los elementos específicos que sirvan de base para las medidas de protección.

Un modo de comprender mejor el mecanismo de la toma de decisiones en situaciones de riesgo es el propuesto por Renn, donde inicialmente se intenta descomponer el riesgo en sus elementos intrínsecos, para permitir un análisis más refinado de su funcionamiento. Según Renn, los riesgos son construcciones mentales, ya que dependen de cómo el ser humano hace frente a la experiencia, razón por la cual pueden ser percibidos como peligros para algunos, pero también como oportunidades para otros¹⁴⁵. Por esta razón, la caracterización de una cierta actividad humana como riesgo para el medio ambiente depende siempre del grado de validez y del poder de convencimiento de la explicación acerca de la previsibilidad de una relación causa-efecto. Hay que considerar que en el plan ambiental tales explicaciones estarán impregnadas por valores sociales que

¹⁴⁴ OECD. *Emerging Risks in the 21st Century – An Agenda for Action*. Paris: OECD Publications Service. pp. 29/63.

¹⁴⁵ RENN, Ortwin. “*Precaution and Ecological Risk*” En JORGENSEN, Sven Erik; FATH, Brian D. (Coordinadores). *Encyclopedia of Ecology*. V.4. Oxford: Elsevier. pp. 2910/2911.

deberán tenerse en cuenta en el momento de la decisión final del proceso de anticipación de la tutela ambiental.

Los numerosos factores que se deben considerar requieren que el conocimiento sobre ciertas situaciones de relieve venga determinado por ciertas categorías inherentes al concepto de riesgo. Éste se estructura en tres pilares o problemáticas fundamentales: complejidad, incertidumbre y ambigüedad. La gradación de cada uno de estos elementos será fundamental en la elaboración final del proceso de la toma de decisiones.

El término complejidad abarca la dificultad para identificar y cuantificar los vínculos causales entre una serie de variables y efectos específicos que se pueden producir. Tal problema deriva, entre otros motivos, de la interacción sistémica entre los diversos elementos incluidos en el enfoque de análisis o de los largos intervalos de tiempo entre una causa y su respectivo efecto.

La incertidumbre, a su vez, se encarna en la posibilidad de que puedan producirse fallos en la modulación de la complejidad de un sistema determinado. Los modelos de gestión del riesgo necesariamente tienen que simplificar el universo y considerar un sistema aislado de su medio natural. En este proceso no siempre se consiguen identificar todas las fuerzas que pueden influir en un determinado peligro y tales modelos acaban siendo incapaces de reflejar las condiciones del mundo real, de manera que, por tanto, se pueden producir resultados no previstos. Por tanto, este componente se caracteriza por una falta de claridad sobre la base técnico-científica que servirá de fundamento para el proceso de la toma de decisiones, desdoblándose en una serie de elementos: i) la posibilidad de ser alcanzados por diversos objetivos, como suele ocurrir cuando se trata de un ecosistema; ii) la posibilidad de cometer errores en la identificación de modelos causales; iii) la posibilidad de que los efectos varíen en razón de eventos aleatorios; iv) la posibilidad de que actúen otras variables que no sean las insertas en el modelo de gestión; y v) la propia ignorancia o la falta de conocimientos.

La ambigüedad, a su vez, tiene su fundamento en la diversidad cultural, derivada del contraste entre los valores sociales y las opiniones existentes en el

cuerpo de la colectividad. Se manifiesta esencialmente en dos vertientes. La primera se refiere a la divergencia entre las diferentes perspectivas de justificación, significado y gravedad de las amenazas identificadas. La segunda forma de manifestación de este elemento gira en torno a la discusión sobre lo que puede o no considerarse tolerable en lo que se refiere, por ejemplo, a los parámetros de calidad de vida, ética y a la propia distribución de riesgos y beneficios. Sin embargo, puede estar inserta también en el debate acerca de la identificación de los valores fundamentales para la creación de modelos de gestión de riesgo, como en la hipótesis en que sea necesario identificar una variable de medición del nivel de calidad de vida y que se presenten posiciones por un lado dirigidas a la adopción del nivel de mortalidad y, por otro, que requieran la utilización de la renta media *per capita*.

Un ejemplo de aplicación de estos conceptos nos lo ofrece el propio Renn¹⁴⁶ y se centra en la problemática de la instalación de una planta nuclear en una región determinada. La complejidad englobaría la dificultad de identificar el impacto de una baja dosis de radiación ionizante, procedente del funcionamiento normal de los reactores, en la salud humana. La incertidumbre estaría en la dificultad de prever que se produzca un accidente nuclear, así como de identificar las consecuencias a largo plazo del vertido de residuos radioactivos durante cientos o miles de años. Reducir las incertidumbres y explicar a la opinión pública los aspectos complejos de la iniciativa no resuelve el problema de la ambigüedad. Ésta quedaría ubicada en las diferencias de percepción sobre el riesgo: los que se oponen a la adopción de la energía nuclear tendrán una fuerte aversión al hecho de que no se pueda excluir la posibilidad de un accidente nuclear y al hecho de que los residuos permanezcan activos durante un largo período de tiempo; para los partidarios de este tipo de energía, el hecho de que no existan opciones fiables con tan bajos niveles de emisión de gases que puedan provocar el efecto invernadero, hace de ésta la forma ideal para satisfacer las necesidades energéticas del mundo, con un riesgo mínimo.

¹⁴⁶ RENN, Ortwin. "Precaution and Ecological Risk" En JORGENSEN, Sven Erik; FATH, Brian D. (Coordinadores). *Encyclopedia of Ecology*. V.4. Oxford: Elsevier. pp. 2913/2914.

3.4 La incidencia de la precaución y de las soluciones consensuadas en la gestión del riesgo ambiental

A partir del momento en que se difunde el conocimiento sobre una determinada cuestión ambiental entre los elementos anteriormente descritos comienza a ser factible montar un proceso más adecuado de toma de decisiones. Como podemos observar, cada situación concreta que se plantea implicará diferentes niveles en la graduación de las clases de complejidad, incertidumbre y ambigüedad y, por consiguiente, requerirá que se adopten diferentes estrategias de actuación.

En primer lugar, debe hacerse una distinción entre el plano de la prevención y el plano de la precaución en lo que se refiere a la tutela ambiental. Prevención en el sentido más amplio es el término que describe la propia adopción de medidas dirigidas a evitar daños futuros. Su sentido técnico, sin embargo, tiene incidencia en aquellas situaciones donde es posible identificar que una determinada actividad es capaz de causar un desequilibrio al ecosistema, siendo, por tanto posible demostrar la relación causalidad-daño para el medio ambiente de forma razonablemente confiable. El plano de la precaución circunscribe aquellas hipótesis donde aún no es posible identificar una relación de causa-efecto entre la acción humana y la lesión al bien jurídico ambiental; sin embargo, existe la posibilidad de un resultado dañoso, que requiere, por tanto la adopción *ex ante* de medidas, con el fin de evitarlo.

En algunos casos, la distinción entre estos niveles es bastante tenue y ubicar una determinada cuestión en uno u otro llega a ser bastante dinámica. Es el caso, por ejemplo, de las hipótesis donde el riesgo existe en razón de un alto grado de complejidad del sistema en el que está inserto, pero manteniendo bajos niveles de incertidumbre y ambigüedad. En este escenario la medida que debe adoptarse podrá ser definida sólo después de un proceso de reducción de esta complejidad, razón por la cual la estrategia de gestión de esta modalidad de riesgo se centrará en una participación de técnicos y estudiosos de la problemática objeto de análisis que, sin duda, implicará también a los representantes de las diversas áreas del

conocimiento. El resultado final que debe lograrse, a su vez, desembocará inevitablemente en dos posibilidades.

La primera refleja la superación de ese obstáculo de complejidad implicando los distintos elementos que inciden en la actividad en cuestión, ya sea para definir la necesidad de imponer una determinada medida en el plano preventivo después de la identificación de una relación causal perjudicial, ya sea para permitirle frente a la constatación de que no traerá ningún perjuicio.

La segunda propiciará la elevación del grado de incertidumbre por el hecho de que los técnicos no consigan definir un modelo capaz de reflejar con claridad las interacciones sistémicas reales. En estos casos las diferencias eventualmente existentes se conectarán básicamente con el lapso temporal del proceso dirigido a superar el obstáculo de la complejidad sistémica; es decir, aquel que desea explotar o realizar alguna actividad, sin duda, se verá afectado por los perjuicios – en la mayoría de los casos, económicos – causados por la demora en poder ponerlos en práctica. Sobre eso, a pesar de que algunos estudiosos mencionen que el ideal sería la adopción de una postura conservadora¹⁴⁷, prorrogando un eventual permiso hasta que se alcance un resultado conclusivo, parece más correcto entender que el decurso del tiempo para la modulación de sistemas altamente complejos desembocaría en el incremento del grado de incertidumbre, requiriendo las mismas estrategias adecuadas para la gestión de situaciones donde predomina un alto grado de este componente de riesgo.

En los casos en que se pone de relieve la característica de la incertidumbre sobre las demás se deberá incidir en el principio de precaución. Lo que es cierto de este conjunto, es el hecho de que no existen – o son insuficientes – los indicadores sobre la posición ocupada por una determinada actividad humana en la dicotomía desarrollo-preservación. Véanse, por ejemplo, los conflictos derivados del establecimiento por parte de la Administración Pública de niveles vinculados de protección ambiental. En tales situaciones existe una clara

¹⁴⁷ RENN, Ortwin. “*Precaution and Ecological Risk*” En JORGENSEN, Sven Erik; FATH, Brian D. (Coordinadores). *Encyclopedia of Ecology*. V.4. Oxford: Elsevier. p. 2911.

necesidad para la asignación de beneficios y costes, de manera que, cuanto más rígidas sean las normativas ambientales, menores serán los beneficios de los empresarios, generando su objeción; así como unas pautas más flexibles podrían poner en riesgo el equilibrio ecológico, generando la protesta de los ambientalistas y de las instituciones defensoras de estos intereses¹⁴⁸. Si hay pruebas de la existencia o si resulta evidente la falta de la relación causal, la solución de estos conflictos se da en gran parte en el plan constitucional, no pudiendo permitir actividades lesivas al bien jurídico ambiental ni restricciones infundadas a la libre explotación de la actividad económica¹⁴⁹. Sin embargo, ¿cómo definir los límites entre mucha precaución o poca precaución en un escenario donde la probabilidad de producir un resultado dañoso es desconocida o altamente incierta? En estos casos sólo se podrá lograr una finalidad eficaz y justa para el conflicto a través de un proceso negociado que cuente con la participación de las principales partes interesadas, permitiendo la adopción de instrumentos capaces de impedir que se produzcan catástrofes, como el monitoramiento continuo de la actividad emprendida, de forma que permita un ajuste continuo a las consecuencias futuras, la creación de las limitaciones de tiempo y espacio, la utilización de la mejor tecnología posible y el mantenimiento de las emisiones tóxicas a niveles tan bajos como sea posible (ALARP¹⁵⁰).¹⁵¹

Cuando el punto crítico del análisis sobre la gravedad del riesgo de una acción humana particular se base en un alto grado de ambigüedad, la toma de decisiones impuesta verticalmente sobre la colectividad o un acuerdo únicamente técnico sobre el asunto, aunque reduzca o elimine los niveles de complejidad e incertidumbre, sólo servirá para ampliar el número y la intensidad de los conflictos y controversias existentes. La adopción de una solución que no

¹⁴⁸ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the impasse – Consensual approaches for resolving public disputes*. Nova Iorque: Basic Books. p. 17.

¹⁴⁹ Lo que no suprime la defensa de la adopción, en la mayoría de los casos del uso de soluciones negociadas para resolver mejor el problema, en particular mediante la facilitación de las actividades inicialmente lesivas a través del uso de medidas capaces de prevenir los daños al equilibrio ecológico.

¹⁵⁰ La sigla proviene de la expresión inglesa *as low as reasonably possible*, que tiene su origen en las técnicas de gestión de las radiaciones ionizantes.

¹⁵¹ RENN, Ortwin. “*Precaution and Ecological Risk*” En JORGENSEN, Sven Erik; FATH, Brian D. (Coordinadores). *Encyclopedia of Ecology*. V.4. Oxford: Elsevier. p. 2912.

contemple la participación de cada grupo representativo de un interés particular en esta cuestión y también de todo el público afectado por la conclusión del proceso de toma de decisiones acabará por generar un irreductible movimiento de escalonamiento y polarización. El escalonamiento derivará del hecho de que la imposición de una reglamentación no produce un cambio de opinión por parte de los defensores desde el punto de vista inverso al adoptado¹⁵² y, especialmente, por no haberles dado la a los implicados oportunidad de pensar y discutir las soluciones que no tienen en cuenta los valores sociales que sostienen tales posiciones extremas. Del mismo modo, las personas que no se habían manifestado hasta entonces sobre el problema comenzarían a posicionarse a favor o en contra de la reglamentación y sentirían la necesidad de unirse a quienes tengan una visión análoga. Así, comenzarían a hablar más con personas con quienes concordaran y menos con quienes sostuvieran ideas de alguna manera discordantes¹⁵³, configurando el fenómeno de la polarización. Con el escalonamiento y la polarización estos grupos no atendidos por la reglamentación comenzarán a pretender cada vez más agresivamente, el derrocamiento de los intereses que le son contrarios, creando un entorno inadecuado para un consenso sobre soluciones que satisfagan a las dos partes¹⁵⁴ y provocando, en muchos casos, la explosión de un movimiento litigioso.

Por lo tanto, la utilización de un proceso democrático que hace posible el consenso y, fundamentalmente, el debate de la cuestión planteada, adoptándose procesos conocidos de resolución de conflictos y a través de la participación amplia de la sociedad, será el medio más adecuado para la toma de decisiones donde haya una preponderancia de carácter ambiguo del problema.

¹⁵² Salvo cuando el regulador goza de prestigio y confianza de todas las partes, situación donde una toma de decisiones vertical a menudo no será capaz de generar este tipo de problemas.

¹⁵³ CARPENTER, Susan L.; W., J.D. Kennedy. *Managing Public Disputes – A practical guide for Government, Business and Citizens' Groups*. São Francisco: Jossey-Bass. p. 13.

¹⁵⁴ BURGESS, Guy; BURGESS, Heidi. “*Environmental Mediation: Beyond the limits applying dispute resolution principles to intractable environmental conflicts*”. En *Conflict Research Consortium. Working Paper 94 – 50*. Colorado: University of Colorado, p. 5.

3.5 Acuerdo ante escenarios de incertidumbre y ambigüedad

Dos conceptos son fundamentales cuando se prevé la tutela ambiental para abarcar situaciones en las que hay que hacer frente a la problemática del riesgo: justicia y eficiencia. La abstracción característica del principio de la precaución deja espacio para que sea utilizado de forma arbitraria, sobre todo debido especialmente a la falta de elementos científicos concluyentes sobre la potencialidad lesiva de la actividad humana que está en el proceso de regulación. Por otra parte, el manejo inadecuado del riesgo, también es capaz de generar una serie de problemas, desde la aparición de controversias hasta las dificultades en aplicar la medida elegida.

Una de las principales causas del aumento de los conflictos por el mal uso de este instrumento, es la propia forma en cómo las partes afectadas por una determinada decisión en materia de tutela preventiva la perciben.

El hecho de que el administrador o el juez estén autorizados a actuar ateniéndose a la ley, puede hacer pensar que cualquier decisión que hayan adoptado será justa siempre que no se hubiera producido un cambio de las normas jurídicas reguladoras en el transcurso de la toma de decisiones. Esta noción, sin embargo, está íntimamente ligada a la concepción ganador-perdedor y sirve como criterio orientador para los litigios judiciales, siempre que se atienda a una sola de las posiciones. Si todas las partes interesadas comparten un interés común en mantener un desarrollo sostenible – tanto para lograr el beneficio del progreso económico, como para permitir la continuidad de explotación de los recursos naturales – obviamente no cabe conformarse con la victoria o la derrota de alguno de los grupos implicados¹⁵⁵, sino en la mejor solución del conflicto, incluso cuando falten elementos concretos que permiten constatar la relación de causa-efecto.

El fundamento de la decisión no resulta suficiente para poder considerarlo un instrumento hábil para medir su carácter de justicia, porque los criterios para

¹⁵⁵ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the impasse – Consensual approaches for resolving public disputes*. Nova Iorque: Basic Books. p. 17.

analizar la corrección de la decisión pueden ser diferentes entre los implicados en el problema. Volviendo, por ejemplo, al caso de la instalación de una planta de energía nuclear, el grupo favorable a la iniciativa podría adoptar como criterio el considerar si la decisión reglamentaria fue justa cuando calcularon las posibilidades estadísticas de eventos catastróficos por la actividad que se autorizó (muy bajo). El grupo contrario podría comprenderla de esta forma sólo cuando tomara en cuenta la gravedad del daño que se pudiera causar en el caso de una catástrofe (aunque la probabilidad de eventos catastróficos sea extremadamente baja, el daño que se produciría sería amplio). Todo ello constituye un caldo de cultivo para la reproducción de los conflictos.

Los problemas anteriormente expuestos se eliminarían en el caso de que la solución se considere justa por parte de todos los participantes. Este objetivo sólo podrá lograrse a través de la distribución de responsabilidad y confianza en la consecución del resultado final entre los involucrados. El sentimiento de cada grupo, de los que al menos una parte de la solución del problema se deriva de su participación voluntaria en el proceso de toma de decisiones, hace que sea posible crear la percepción de que sus intereses se han tenido en cuenta. Por tanto, se puede decir que el proceso de gestión del riesgo y la toma de decisiones en la aplicación del principio de precaución gana más importancia que la decisión en sí¹⁵⁶. Si los participantes perciben un cierto proceso como justo, estarán más dispuestos a aceptar sus resultados. Si no existe esta percepción, sin duda intentarán eliminarlos.¹⁵⁷

También hay problemas en relación con la aplicación de las medidas cuando realicen la elección en base a decisiones tomadas de manera unilateral, sin la realización de un proceso de participación de los interesados en una solución consensuada. Determinado resultado sólo podrá ser considerado como eficaz, ya sea desde el punto de vista administrativo, ya sea desde el punto de vista judicial, en el caso de que pueda ser puesto en práctica de forma rápida y sin que haya un

¹⁵⁶ Obviamente, teniendo en cuenta que esta decisión no se presenta claramente perjudicial para el medio ambiente o para la libre iniciativa.

¹⁵⁷ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the impasse – Consensual approaches for resolving public disputes*. Nova Iorque: Basic Books. p. 25.

coste excesivo para las partes. Por mucho que en un principio pueda parecer que la adopción de una tutela ambiental preventiva (a nivel de precaución) en la modalidad vertical genera efectos más rápidos, e incluso inmediatos, sin duda se encontrará con muchos obstáculos en un corto espacio de tiempo, aunque la medida elegida por el regulador sea la que las partes decidirían, si se resolviera el problema mediante un proceso participativo. En este caso, como ya hemos visto, los afectados no conseguirán percibir que sus intereses se están teniendo en cuenta por el regulador, dando como resultado la sensación de que fueron derrotados en sus posiciones. Ello provocaría un aumento de las controversias judiciales en general, mucho más duraderas que el tiempo necesario para construir una solución de consenso.¹⁵⁸

3.6 La mediación como garantía de la racionalidad del proceso

Aunque parezca bastante lógico que los beneficios aportados por la utilización de los procesos democráticos y consensuados para hacer factible la medida mediante la que conseguiremos esta anticipación de la tutela ambiental, sobre todo en ámbito de la precaución, donde encontramos el elemento de riesgo, cabe preguntarse si realmente sería viable su aplicación práctica.

El primer punto que conviene considerar es el hecho de que, en general, la mayoría de los grupos interesados considera el problema que les afecta con la mentalidad de que habrá ganadores y perdedores y, partir de ahí, pretenden que su visión se imponga sobre las demás. Difícilmente las partes indagan sobre el problema buscando voluntariamente la solución que pueda atender mejor los intereses de todos¹⁵⁹, ocasionando, así, una fase de escalonamiento y polarización del conflicto. Estas consecuencias, cuando no impiden la toma consensuada de decisiones – imponiendo a quien se encuentra en la función de regulador que otorgue una solución vertical para la cuestión – acaban por requerir que el proceso apunte a la regla de la mayoría.

¹⁵⁸ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the impasse – Consensual approaches for resolving public disputes*. Nova Iorque: Basic Books. p. 27.

¹⁵⁹ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules – The new way to run your meeting, build consensus and get results*. Nova Iorque: Oxford University Press. 2006. p. 84.

Es decir, a la vista de la imposibilidad de llegar a una solución que satisfaga el interés de todos¹⁶⁰, la forma democrática para que pueda seguirse con la discusión sería comprobar sobre qué lado converge la mayoría de las posiciones. Aquí se ignora por completo el interés de la parte formada por grupos minoritarios y se desencadena inevitablemente la producción de una serie de consecuencias nefastas. Una de ellas sería la inestabilidad de la decisión alcanzada, que posiblemente será atacada en varios frentes, los litigios jurídicos y los medios de comunicación que, como se ve, en definitiva, incrementan los costes de la regulación solicitada por el aplazamiento de su aplicación. Otro inconveniente sería la imposibilidad de identificar una solución creativa que atienda los intereses de todos los implicados, situación generada por la incapacidad de las partes de dejar voluntariamente de lado sus posiciones y adoptar una visión holística del problema, desembocando en un estímulo para una mayor polarización de los involucrados. Por último, también se desembocaría en una falta de legitimidad de la decisión final debido a la creencia de que no todas las opiniones emitidas por los afectados habrían sido consideradas y su clara contradicción con el ideal democrático de protección de los intereses de las minorías.

Además del problema derivado del uso de la regla de la mayoría, la racionalidad del proceso de aplicación del principio de la precaución puede verse afectada por las distorsiones cognoscitivas de los que serán a su vez afectados por la decisión que se quiere alcanzar. Es lo que Sunstein denomina leyes del miedo, al abordar la relación entre el sentido común y la gestión de riesgos.¹⁶¹ El autor apunta, basándose en una amplia base de psicología social y economía conductual, una serie de fenómenos que pueden afectar a la percepción humana sobre las probabilidades, destacando la disponibilidad heurística y la negligencia en la probabilidad.

Es cierto que en un escenario de incertidumbre, los individuos sólo podrán tener en cuenta los elementos cognoscitivos que están disponibles, sin embargo no

¹⁶⁰ La imposibilidad se debe generalmente al desgaste causado por el intenso proceso de escalonamiento y polarización del conflicto.

¹⁶¹ SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear – Beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge University Press. 2005.

siempre los implicados en un análisis de riesgo tendrán la misma disponibilidad sobre dichos elementos. A menudo las experiencias vividas personalmente o los acontecimientos presenciados a través de los medios de comunicación, ya sean de carácter positivo o negativo, se toman en cuenta y ganan una alta valoración en el tiempo al tomar decisiones en un contexto de riesgo, generando una mayor permisibilidad o repudio de una actividad humana determinada. La disponibilidad heurística, por tanto, sería un atajo mental mediante el cual la percepción sobre la posibilidad de que se produzca un evento está relacionado directamente con la facilidad con que tal suceso nos viene a la memoria, es decir, según este mecanismo, el análisis sobre la probabilidad de que se produzca con frecuencia un evento se basa en la capacidad de pensar con ejemplos pertinentes¹⁶². Una vez más volviendo a la hipótesis de la energía nuclear, el gran impedimento para la realización de sus beneficios por parte de la colectividad es la facilidad con que se mentalmente se recuerda, por ejemplo, el accidente de Chernobyl, donde hasta hoy en día se pueden apreciar los efectos sobre la biodiversidad local.¹⁶³

A su vez, la negligencia sobre la probabilidad sería el fenómeno por el cual las personas tienden a centrarse en el peor escenario posible, a pesar de la dificultad de que acaezcan, permitiendo así el apoyo social a medidas preventivas innecesarias y a menudo costosas.

Estos fenómenos, a su vez, cuando se insertan en los modelos democráticos, según Sunstein, terminan por potenciarse, ya que en un nivel discursivo los informes de accidentes, con un fuerte atractivo emocional están a disposición de otras personas involucradas, que comienzan a ser capaces de acceder a ellos y recordarlos. También tiende a ganar más adeptos el impacto de las opiniones predominantes sobre los individuos indecisos, ya que ejerce una fuerte influencia en el curso del proceso.

¹⁶² SUNSTEIN, CASS. R. *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 374.

¹⁶³ RENN, Ortwin. "Precaution and Ecological Risk" En JORGENSEN, Sven Erik; FATH, Brian D. (Coordinadores). *Encyclopedia of Ecology*. V.4. Oxford: Elsevier. p. 2914.

Por lo tanto, queda claro que un proceso de participación popular, aunque, sorprendentemente, se presente como el único y más adecuado para administrar situaciones en las que se verifique la incidencia del principio de precaución, necesita una supervisión (mediación).

El plan es fundamental para desarrollar entre los implicados la concepción de que su participación tiene como objetivo la solución del problema a través del servicio de todos los intereses en juego¹⁶⁴, promoviendo una actuación creativa conjunta. Será esta producción inventiva de ideas por los participantes, a lo largo del proceso, la que permitirá descartar la necesidad de recurrir a la regla de la mayoría. Sin embargo, el desarrollo de nuevas ideas por parte de los grupos en cuestión, depende de una serie de actitudes, entre ellas la separación de las fases de sugerencia y decisión, la ampliación de las decisiones, a través de un proceso de *brainstorming*, la identificación de los intereses comunes y la adecuación de los intereses en conflicto¹⁶⁵, que difícilmente serán observados en negociaciones llevadas a cabo únicamente por ellos mismo sin la presencia de un mediador. Cabe señalar que, si bien estas actitudes son conocidas por uno o varios grupos involucrados en el problema, la aceptación de que el proceso de gestión de riesgos siga estas fases, será mejor recibida si es un tercero quien presenta la propuesta.¹⁶⁶

Las consecuencias dañosas producidas por la disponibilidad heurística y por la negligencia podrán evitarse mediante la actuación de un mediador durante el proceso participativo. Éste, como conocedor de los problemas eventualmente existentes en una negociación colectiva, podrá impulsar a las partes para que satisfagan sus intereses y para que perciban la real posibilidad de que se produzcan los resultados previstos. Es fundamental que actúe en este contexto

¹⁶⁴ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules – The new way to run your meeting, build consensus and get results*. Nova Iorque: Oxford University Press. 2006. p. 84.

¹⁶⁵ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Getting to Yes – Negotiating Agreement Without Giving In*. Nova Iorque: Penguin Books. 2ª edição. pp. 60/76.

¹⁶⁶ URY, William. *Getting Past No – Negotiating in difficult situations*. Nova Iorque: Batam Books. Revised edition. p. 121.

como agente de la realidad, ayudando a las partes a prestar más atención a la probabilidad real a la hora de elaborar sus previsiones.¹⁶⁷

¹⁶⁷ CARPENTER, Susan L.; W., J.D. Kennedy. *Managing Public Disputes – A practical guide for Government, Business and Citizens' Groups*. São Francisco: Jossey-Bass. p. 19.

CAPÍTULO IV

LA GESTIÓN DEMOCRÁTICA DE UN CASO: LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN AMBIENTAL

Ya hemos afirmado que los nuevos paradigmas de gestión democrática han ejercido una constante y creciente influencia sobre la manera de componer los conflictos que han surgido en materia ambiental, cuya estructura policéntrica¹⁶⁸, a menudo impregnada por fuertes componentes de riesgo¹⁶⁹ y fundada en una responsabilidad compartida¹⁷⁰, exige alternativas a los mecanismos adjudicatarios e solución de controversias.

Por otra parte, como hemos visto, el modelo democrático que se intenta reinstaurar, sobre la base de la expansión de los foros de discusión y deliberación acerca de los problemas de la *polis*, no consigue librarse de las críticas en lo que se refiere a su capacidad real de proporcionar soluciones que satisfacen un patrón de adecuación, que en el caso que nos ocupa significa, además de buscar el ideal de la sostenibilidad, el aumento de los niveles de educación de los participantes, tanto sobre su relación con el medio ambiente como en materia de transposición de los conflictos¹⁷¹. No pocas veces tales conflictos derivan de las percepciones

¹⁶⁸ Sobre los conflictos policéntricos, *vid.* FULLER, Lon L. *The Forms and Limits of Adjudication*. Harvard Law Review, V. 92, 1978, p. 353; KORNFELD, Itzhak E. “Polycentrism and the International Joint Commission” En *The Wayne Law Review*. Michigan: The Wayne State University, V. 54, n. 04, p. 1699.

¹⁶⁹ Sobre el riesgo ecológico, *vide* RENN, Ortwin. “Precaution and Ecological Risk” En JORGENSEN, Sven Erik; FATH, Brian D. (Coordinadores). *Encyclopedia of Ecology*. V.4. Oxford: Elsevier. p. 2909.

¹⁷⁰ Esa nueva forma de distribución de los deberes fundamentales ecológicos puede ser consecuencia del principio 5 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, documento elaborado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, promulgado en junio de 1992: “Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo”.

¹⁷¹ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova Iorque: Basic Books, 1989, pp. 246/247. (“One of the most exciting aspects of consensual approaches to dispute resolution is that once people use them, and find that they work, those people become advocates. The act of participation, and specially the fruits of success, changes their sense of how best to proceed. Thus, the idea of consensus building will be promulgated by the most effective advocates imaginable: those who have tried and seen it work. Unlike most reforms, consensus building has the great advantage of

erróneas de la realidad, especialmente en lo que se refiere a la probabilidad de que se produzcan resultados perjudiciales, configurando errores que terminan por potenciar planes discursivos¹⁷². También la necesidad de rescatar una adecuada representatividad de todos los afectados por los conflictos, constituye un elemento importante, ya que cualquier desequilibrio existente a la hora de la toma de decisiones puede incrementar los costes asociados al problema y hacer fracasar la eficacia del proceso¹⁷³. Del mismo modo, la apertura de un intenso proceso de deliberación de las negociaciones, a pesar de que afecte al consenso¹⁷⁴, crea profundas desconfianzas acerca de los límites de la discreción de los órganos estatales y del propio interés público para la protección del medio ambiente.

Sin embargo, ya que entendemos que las soluciones consensuales constituyen la gestión más adecuada de los problemas ambientales, quedaría por identificar los mecanismos para la corrección de las distorsiones resultantes de este nuevo modelo. En este ámbito, el instrumento de la mediación se ha demostrado ser un instrumento eficaz para lograr un desarrollo sostenible, mediante el fortalecimiento de espacios de comunicación, lo que permite una amplia participación popular y al mismo tiempo, minimizar los efectos nocivos de este nuevo paradigma deliberativo.

Aunque ya contemos con las primeras premisas teóricas de este sistema y con su idoneidad para un determinado tipo de conflicto, como en el caso de la problemática ambiental, se continúan planteando muchas cuestiones, sobre todo

built-in learning. The 'reformed' become the reformers. We contend that it is precisely this kind of learning that allows a reform to take root and endure. As a result, we are confident that consensual approaches to dispute resolution will thrive. As they do, it will be easier to avoid or break whatever impasses emerge. Consensual approaches to the resolution of public disputes will increasingly offer an opportunity to demonstrate that democratic institutions can work effectively.")

¹⁷² SUNSTEIN, CASS. R. *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 374.

¹⁷³ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova Iorque: Basic Books, 1989, pp. 191.

¹⁷⁴ Cabe destacar, sin embargo, que no es un proceso encaminado a lograr una solución unánime, sino un proceso que requiere una discusión de las ideas como una condición previa para cualquier toma de decisiones (BELLOSO MARTÍN, Nuria. “*En busca de unos ciudadanos deliberantes. Deliberando sobre la democracia deliberativa*” cit., p. 403)

por parte de los más escépticos en relación a la aplicación de estos modelos de toma de decisiones.

Por lo tanto, vamos a intentar demostrar cómo este nuevo paradigma se utiliza en casos concretos para resolver los problemas reales relacionados con la materia medioambiental, sirviéndose del instrumento de la mediación como un catalizador en el proceso de comunicación y de búsqueda del consenso. Analizaremos uno de los grandes antecedentes de este tipo de gestión participativa en los Estados Unidos en los conflictos entre el hombre y el medio natural.

4.1 El caso de la presa en el valle del río Snoqualmie

El uso de la mediación, como un método para resolver los conflictos en el ámbito ambiental dirigido a una solución capaz de satisfacer los múltiples intereses implicados en el problema, tuvo sus primeras experiencias de éxito en la década de los 70', en los Estados Unidos, como una extensión de las técnicas utilizadas satisfactoriamente en las controversias comunitarias¹⁷⁵. La mayoría de estos experimentos fue patrocinado por la Fundación Ford, que tenía entre sus objetivos institucionales desarrollar métodos alternativos de resolución de conflictos relacionados con el medio ambiente¹⁷⁶. Una de las más emblemáticas, y la que dedicaremos una atención en este trabajo, se puso en marcha en la región del Valle del Río Snoqualmie, y se remonta a la controversia generada por el proyecto de construcción de una presa.

El río Snoqualmie es un gran curso de agua, de aproximadamente 72 kilómetros, ubicado en el estado americano de Washington, cuyos afluentes drenan las aguas provenientes del deshielo de la nieve acumulada en las montañas rocosas de la costa oeste del país. Con el gran flujo hídrico en la región, el área

¹⁷⁵ SHMUELI, Deborah; KAUFMAN, Sanda. "Environmental Mediation" En *The Center for Environmental Policy Series*. Jerusalem: The Jerusalem Institute for Israel Studies, n. 24, p. 17

¹⁷⁶ SHULTS, Robert A. "Environmental Disputes". In *ATLAS*, Nancy F. et al (Coordinadores). *Alternative Dispute Resolution. The Litigator's Handbook*. Chicago: Aba Publishing, 2000, p. 217.

tenía una tendencia natural a las inundaciones, lo que generó enormes pérdidas a los agricultores y a otros habitantes situados en entornos¹⁷⁷.

4.1.1. La aparición del conflicto

En 1959, el desbordamiento de varios ríos en esta región, ubicada a una hora del área metropolitana de Seattle-Tacoma, contribuyó a movilizar el apoyo del gobierno federal para la construcción de una presa en uno de los afluentes (Middle Fork). Se contó con la empresa pública US Army Corps of Engineers para diseñar el proyecto, que finalmente fue aprobado en la década de los 60', después de dos reuniones organizadas por los proponentes.¹⁷⁸

Posteriormente, en 1970, una fuerte movilización de ambientalistas y ciudadanos residentes de la región metropolitana manifestó un enérgico desacuerdo con la propuesta presentada por la empresa durante una nueva audiencia pública para discutir el proyecto. Sus preocupaciones incluían la posibilidad de la presa promoviera un tipo de desarrollo urbano en la región, destruyendo el cinturón verde característico de aquella cuenca hidrográfica, además de terminar con el flujo natural del río principal. En su opinión, esas consecuencias limitarían el recurso a ese lugar salvaje que atraía a una gran cantidad de visitantes, sobre todo deportistas.

Por las razones expuestas por los ambientalistas, el gobernador del estado de Washington, respaldado por el asesoramiento del Departamento de Ecología, vetó la realización de la construcción de la presa por dos veces seguidas. Sin embargo, ante los continuos perjuicios que se causaban a los residentes y a los propietarios de tierras en la región, acabó reconociendo la urgente necesidad de resolver el problema de las inundaciones¹⁷⁹. No obstante, en los debates entre las diversas partes interesadas, era posible percibir una fuerte polarización entre los que

¹⁷⁷ KAHN JR., Peter. H. *Resolving environmental disputes. Litigation, mediation, and the courting of ethical community*. Harris: The White Horse Press, 1994, V. 3, p. 213.

¹⁷⁸ SIRIANNI, Carmen. *Fishbowl Planning on the Snoqualmie River. An Early Case Environmental Dispute Settlement*. [<http://www.cpn.org/topics/environment/fishbowl.html>]. Acceso el 23.02.2010.

¹⁷⁹ KAHN JR., Peter. H. *Resolving environmental disputes. Litigation, mediation, and the courting of ethical community*. Harris: The White Horse Press, 1994, V. 3, p. 213.

estaban en contra o a favor del proyecto, con la formación de coaliciones entre los ribereños y los agricultores, o entre los deportistas y ambientalistas, lo que hizo prácticamente inútil las audiencias que se celebraron.¹⁸⁰

Los debates constantes no eran productivos en cuanto a la resolución del problema, porque cada una de las partes se limitaba a posicionarse en favor o en contra de la ejecución de la iniciativa. Estos comportamientos son, de hecho, bastantes naturales en controversias de gran relevancia, especialmente cuando las partes no consiguen por sí solas ver alternativas útiles, volviéndose hostiles y combativas en contra de las demás¹⁸¹. Si el enfoque de una controversia se dirige meramente a las posiciones defendidas por las partes, se fracasa, inevitablemente, ya que no se llega a percibir que los intereses en juego también podrían obtenerse por otros medios¹⁸².

Por otra parte, en los casos donde hay una implicación por parte de muchos participantes, el hecho de que la discusión gire básicamente en torno a posiciones (construir o no la presa) implica, no pocas veces, la formación de coaliciones entre los participantes, caracterizando el fenómeno de la polarización, aunque los intereses compartidos por sus integrantes sean más simbólicos que sustantivos¹⁸³. La formación de polos termina produciendo un endurecimiento de las posiciones, dejando de lado la discusión sobre los reales intereses involucrados y haciendo el debate cada vez menos propicio para la creación de nuevas ideas para la adopción de decisiones consensuadas.

¹⁸⁰ SHULTS, Robert A. “*Environmental Disputes*”. En ATLAS, Nancy F. *et al* (Coordinadores). *Alternative Dispute Resolution. The Litigator’s Handbook*. Chicago: Aba Publishing, 2000, p. 218.

¹⁸¹ CARPENTER, Susan L.; W., J.D. Kennedy. *Managing Public Disputes – A practical guide for Government, Business and Citizens’ Groups*. São Francisco: Jossey-Bass. p. 20.

¹⁸² BURGESS, Guy; BURGESS, Heidi. “*Environmental Mediation: Beyond the limits applying dispute resolution principles to intractable environmental conflicts*” En *Conflict Research Consortium. Working Paper 94 – 50*. Colorado: University of Colorado, p. 3.

¹⁸³ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Getting to Yes – Negotiating Agreement Without Giving In*. Nova Yorque: Penguin Books, 2ª edição, p. 7.

4.1.2. Un cambio de rumbo: la aplicación del mecanismo de la mediación

Reconocida la situación de estancamiento, la Fundación Ford, organización sin fines de lucro creada en 1936 por Edsel Ford¹⁸⁴ para atender a propósitos científicos, educacionales y asistenciales¹⁸⁵, decidió contratar un grupo de mediadores que propusieron tanto a la administración estatal como a la empresa de ingeniería. En 1974 el gobierno escogió a dos mediadores: Gerald W. Cormick, con experiencia en negociaciones comunitarias, y a Jane E. McCarthy, asesora financiera¹⁸⁶, para ayudar a resolver el problema.¹⁸⁷

Aquí surge uno de los mayores obstáculos para alcanzar un proceso deliberativo que trata de lograr un consenso: la dificultad de convertir una negociación frustrada en una negociación asistida por un mediador. Como apunta Susskind, esta transformación puede ser sugerida por una de las partes, insatisfecha con la incapacidad de seguir con las discusiones; un mediador puede presentarse a las partes, con la intención de ayudar a resolver el problema, o un observador desinteresado puede aconsejar a las partes que busquen una ayuda externa. Como en el caso de Snoqualmie, la tercera forma de aplicación de la mediación es la más común en los conflictos públicos donde las partes no se mueven de las posiciones ya expresadas. En estos casos, las partes suelen reconocer la necesidad de iniciar negociaciones para alcanzar un acuerdo, pero tienen la falsa percepción de que podría ser un signo de debilidad si tomaran la iniciativa. En estas hipótesis es bastante útil que el mediador sea introducido por un tercero imparcial, como en el caso de la Fundación Ford.¹⁸⁸

Otra idea bastante aconsejable de introducir la mediación en tales procesos, en los que también se espera alguna forma de regulación por parte de la administración pública, incluso aunque la decisión estatal sea limitada, por

¹⁸⁴ Filho de Henry Ford, fundador da Ford Motor Company.

¹⁸⁵ FORDFOUNDATION. [<http://www.fordfound.org/about/history/overview>]. Acceso el 02.04.2010.

¹⁸⁶ SINGER, Linda R. *Settling Disputes. Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System*. Oxford: Westview Press, 1994, 2a edição, p. 136.

¹⁸⁷ SHULTS, Robert A. "Environmental Disputes" En ATLAS, Nancy F. *et al* (Coordinadores). *Alternative Dispute Resolution. The Litigator's Handbook*. Chicago: Aba Publishing, 2000, p. 218.

¹⁸⁸ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova Iorque: Basic Books, 1989, pp. 137/138.

ejemplo, a aprobar o no el proyecto de construir una presa, sería la del nombramiento de un mediador por el organismo regulador. La toma de decisiones por el ente público, como se produjo con el veto para realizar el proyecto, sin que las partes afectadas tuvieran tiempo para comprender la complejidad del caso y pensar sobre las opciones que se podrían haber tomado, provoca críticas por todos los que de alguna manera no fueron incluidos por la solución impuesta. Así, la administración se pone en el dilema de: i) defender la regulación adoptada en relación a aquellos que ya perdieron la confianza en el gobierno y que, por tanto, apenas les interesa una explicación; o ii) volver atrás, perdiendo credibilidad, e intentar permitir una nueva solución para la cuestión.¹⁸⁹

4.1.3. Estructuración del proceso democrático mediante la técnica de la mediación

En el caso Snoqualmie, el primer paso dado por los mediadores fue identificar a todas las partes que tuvieran algún interés o pudieran verse afectadas por el resultado del proceso de decisión sobre la viabilidad de la construcción de la presa en el río Snoqualmie. Se reunieron por separado con cada uno de los grupos y seleccionaron diez individuos que, en su opinión, representaban los diversos sectores involucrados en la discusión.¹⁹⁰

Esta fase incluye lo que se denomina pre-negociación. Aquí los mediadores tienen, entre otras funciones, la de reunirse con las partes afectadas e identificar sus intereses¹⁹¹, lo que les permite un cálculo inicial de la mejor alternativa en caso de que las negociaciones no tengan éxito (BATNA¹⁹²).

La razón para que las partes negocien reside en la posibilidad de producir un resultado mejor que el que podría lograrse sin ninguna negociación. Por lo tanto,

¹⁸⁹ CARPENTER, Susan L.; W., J.D. Kennedy. *Managing Public Disputes – A practical guide for Government, Business and Citizens' Groups*. São Francisco: Jossey-Bass. p. 22.

¹⁹⁰ KAHN JR., Peter. H. *Resolving environmental disputes. Litigation, mediation, and the courting of ethical community*. Harris: The White Horse Press, 1994, V. 3, p. 213.

¹⁹¹ SUSSKIND, Lawrence *et al.* *Negotiating Environmental Agreements. How to Avoid Escalating Confrontation, Needless Costs and Unnecessary Litigation*. Washington D.C.: Island Press, 2000, p. 11.

¹⁹² *Best Alternative to a Negotiated Agreement*.

las partes, al entrar en el proceso deliberativo, deben tener conciencia de tales alternativas, que comienzan a funcionar como un modelo que se compara con cada una de las propuestas surgidas en la discusión, de tal forma que se impide que se acepten acuerdos que les resulten muy desfavorables o para evitar el rechazo de términos que convendría aceptar.¹⁹³

Junto a la identificación de los intereses de las partes que iniciaran las discusiones, el mediador se debe reunir con cada uno de los sectores involucrados para definir su forma de representación, momento en el que pueden constatar no grupos que no están representados y plantear así nuevas estrategias para la representación de los intereses de carácter difuso.¹⁹⁴

Estas reuniones, donde el mediador se reúne por separado con los diversos grupos o partidos, se llaman *caucus*¹⁹⁵. Estos encuentros, además, serán necesarios para que el mediador pueda entender mejor las razones por las cuales las partes se deciden a favor o en contra de la construcción de la presa, que, con frecuencia, no son compartidas por otras personas involucradas. Asimismo, servirán para definir a los individuos que representarán a cada uno de los grupos, siendo misión del mediador ayudar a elegir de manera adecuada, ya que la falta de legitimidad del representante podría poner en riesgo la aplicación de la decisión que se obtenga en el proceso deliberativo.

4.1.4. El reconocimiento de los intereses subyacentes a las posiciones

En una segunda etapa se promovieron una serie de discusiones entre los grupos afectados, incluyendo a los ciudadanos, a los organismos gubernamentales y a las asociaciones, donde pudieron manifestarse las preocupaciones más diversas sobre cuestiones relacionadas con las inundaciones, el desarrollo

¹⁹³ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Getting to Yes – Negotiating Agreement Without Giving In*. Nova Iorque: Penguin Books, 2ª edição, p. 100.

¹⁹⁴ SUSSKIND, Lawrence *et al.* *Negotiating Environmental Agreements. How to Avoid Escalating Confrontation, Needless Costs and Unnecessary Litigation*. Washington D.C.: Island Press, 2000, p. 11.

¹⁹⁵ MOORE, Christopher W. *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*. São Francisco: Jossey-Bass, 2003, 3a edition, p. 369

económico y la protección de los ecosistemas silvestres¹⁹⁶. A través del uso de técnicas de mediación, el debate permitió que los participantes comprendieran los intereses que apoyaban las posiciones que les eran contrarias. Los ambientalistas, hasta entonces preocupados por la expansión urbana en la región, comenzaron a percibir que la mayoría de los agricultores locales tenían la intención de mantener sus tierras y no venderlas a terceros empresarios. Los agricultores, a su vez, entendieron que los ambientalistas no estaban sólo preocupados por la naturaleza, sino también por un desarrollo urbano. Por su parte los residentes del área consideraron, entonces, que un crecimiento urbano desordenado produciría una degradación de la zona que tanto valoraban.¹⁹⁷

Comprendiendo otros puntos de vista, los participantes pudieron ver el problema de manera holística, percibiendo que ninguna de las posiciones presentadas hasta el momento era capaz de gestionar todas las repercusiones que se presentaban. Así comenzó la búsqueda de nuevas ideas capaces de solucionar de forma adecuada el conflicto. Los agricultores, al darse cuenta de que algunas personas en secreto quería vender sus propiedades, aprovechando el aumento del valor de las tierras proporcionado por la construcción de la presa, comenzaron a aceptar que la decisión final incluyera una disposición por parte del gobierno local sobre los controles más estrictos de uso del suelo, restringiéndolo a la agricultura y a la ganadería, con el fin de evitar cualquier intento de urbanización. Por otra parte, los ambientalistas comenzaron a entender que, por mucho que fuera posible servirse de algunos medios para retrasar el aumento de la construcción de la presa, la llegada de una nueva inundación que ocasionara graves daños económicos o amenazara la vida de los residentes constituiría una poderosa razón para justificar un proyecto de presa aún más amplio, sin ninguna regulación del uso del suelo, además de comprometer su credibilidad en la defensa futura de posiciones

¹⁹⁶ SIRIANNI, Carmen. *Fishbowl Planning on the Snoqualmie River. An Early Case Environmental Dispute Settlement*. [<http://www.cpn.org/topics/environment/fishbowl.html>]. Acceso el 23.02.2010.

¹⁹⁷ KAHN JR., Peter. H. *Resolving environmental disputes. Litigation, mediation, and the courting of ethical community*. Harris: The White Horse Press, 1994, V. 3, p. 213.

destinadas a la protección de medio natural. Así, comenzaron a aceptar la necesidad de reconsiderar la construcción de algún tipo de presa.¹⁹⁸

Una de las razones por las cuales las personas involucradas en una controversia no pueden ver la posibilidad de una solución común, es el hecho de que no pueden entender todas las implicaciones del problema. La doctrina suele referirse al término *framing* como al proceso de construcción y representación de las interpretaciones sobre el mundo alrededor del individuo¹⁹⁹. En los conflictos ambientales esta representación implica unos prejuicios básicamente sobre los reales intereses de las partes con posiciones opuestas y sobre la mejor manera de resolver los problemas.

El problema es que al realizar este proceso, esos conocimientos son naturalmente asociados a hechos ya conocidos²⁰⁰, impidiendo, así, una visión amplia de la cuestión principal. En la disputa sobre el valle del río Snoqualmie, la primera representación realizada por los ambientalistas fue meramente económica, según la cual los agricultores, a la más mínima señal de valorización de sus tierras, las venderían para los especuladores inmobiliarios. Los agricultores, a su vez, no conseguían ver la posibilidad de una expansión urbana causada por la construcción de la presa y, por esa razón, no visualizaban la necesidad de una normativa de uso del suelo en la región. También el gobierno del Estado, en un primer momento, prestaba atención a los costes de construcción de una presa, sin darse cuenta que estos costes se recuperarían en el futuro por un aumento en la generación de energía hidroeléctrica.

Resultaba evidente la necesidad que las partes promovieran nuevas formas de interpretar la realidad, un procedimiento que se denomina *reframing*²⁰¹. Para hacer esto posible, es necesario asignar nuevas perspectivas, volviendo mentalmente al

¹⁹⁸ KAHN JR., Peter. H. *Resolving environmental disputes. Litigation, mediation, and the courting of ethical community*. Harris: The White Horse Press, 1994, V. 3, p. 213.

¹⁹⁹ LEWICKI, Roy J. *et al. Environmental Conflicts. Concepts and Cases*. Washington D.C.: Island Press, 2003, p. 12.

²⁰⁰ LEWICKI, Roy J. *et al. Environmental Conflicts. Concepts and Cases*. Washington D.C.: Island Press, 2003, p. 12.

²⁰¹ LEWICKI, Roy J. *et al. Environmental Conflicts. Concepts and Cases*. Washington D.C.: Island Press, 2003, p. 32.

momento anterior a la formación de las posiciones actuales, observando la realidad y considerando que hay más de una forma de abordar la cuestión. Este cambio de perspectiva, tal como se produjo en el caso de Snoqualmie, donde las partes comenzaron a agregar a sus representaciones una serie de circunstancias que estaban siendo consideradas sólo por sus oponentes, en la mayoría de los casos es difícil de lograr. Al exigir un cambio de perspectiva, para un adecuado *reframing*, es de fundamental importancia la ayuda de un mediador o de alguien que no tenga interés directo en el conflicto. Esta actuación es necesaria porque los contendientes tienden a expresar sus percepciones a través de posiciones específicas en base a los resultados de su preferencia. El mediador, sin embargo, consciente de los intereses reales de todos los involucrados, por lo general identificados en las *caucus* pre-negociales, es capaz de promover esfuerzos en el sentido de reformular una nueva representación del conflicto que incorpore los diversos intereses afectados.²⁰²

4.1.5. Ampliación de la lista de soluciones

Terminada esta primera etapa de discusión, se pusieron en marchas nuevos caminos para el proceso deliberativo destinado a resolver el problema de las inundaciones en Washington. A partir de este momento, las partes, especialmente una asociación ambientalista llamada Sierra Club²⁰³ y los agricultores locales, promovieron una serie de mini-workshops, en el período de inactividad entre las grandes audiencias públicas, con el fin de fomentar la creación de ideas capaces de suplir las nuevas repercusiones surgidas en el debate. La movilización popular para tales reuniones se logró por la actuación intensa de un comité local formado por ciudadanos y líderes comunitarios.

Aquí encontramos una de las principales fases del proceso de deliberación para construir un consenso: el *brainstorming*. Normalmente las partes llegan a un *impasse* a través de un juicio prematuro sobre las posibles soluciones del

²⁰² LEWICKI, Roy J. *et al.* *Environmental Conflicts. Concepts and Cases*. Washington D.C.: Island Press, 2003, p. 12.

²⁰³ Se trata de una de las más antiguas organizaciones no gubernamentales encarada a la preservación del medio ambiente, fundada en 1892 por John Muir.

problema²⁰⁴. En materia ambiental, como gran parte de la dificultad en insertar un contexto democrático discursivo para la solución de las controversias es la natural inexistencia de un punto medio entre dos posiciones opuestas, se crea la idea de que cualquier decisión a tomar va a erigir una de las partes (o uno de los polos) como ganadores, siendo posiblemente considerada ilegítima por el otro grupo. En el ejemplo de la presa resultaría impensable imaginar la posibilidad de cesiones recíprocas para la consecución de una solución para el problema. Inicialmente las partes sólo fueron capaces de ver dos posibilidades: construir o no construir la presa. A partir de ahí ya no progresaron, manteniéndose el problema de las inundaciones sin solución.

Así, el primer papel del mediador en esta etapa es hacer que los participantes se concienzien de la necesidad de buscar nuevas ideas para resolver el bloqueo²⁰⁵. En la controversia en cuestión, esta concienciación comenzó naturalmente desde la fase anterior, donde las partes empezaron a percibir repercusiones del problema que sólo eran percibidas por las otras partes y que estaban ocultas tras meras posiciones contrarias o favorables al proyecto.

Una vez percibida la necesidad de vislumbrar otras opciones, la regla de oro que debe observarse por los participantes es separar totalmente los actos de creación de los actos de juicio, es decir, no debe realizarse inicialmente ninguna evaluación o crítica sobre las sugerencias presentadas. Lo que se pretende fomentar en esta fase, es un ciclo de estímulos creativos, capaces de permitir la construcción de ideas que tengan en cuenta los diversos intereses implicados. Además, el proceso de *brainstorming* se debe estructurar informando a todos los participantes que la formulación de opciones para la solución del conflicto no implica ningún compromiso futuro a aceptar esa idea. La formación de esta mentalidad entre las partes también puede ser fuertemente ayudada por un mediador en el proceso.

²⁰⁴ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Getting to Yes – Negotiating Agreement Without Giving In*. Nova Iorque: Penguin Books, 2ª edição, p. 57.

²⁰⁵ MOORE, Christopher W. *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*. São Francisco: Jossey-Bass, 2003, 3a edition, p. 270.

Estos *workshops* promovidos en la controversia del río Snoqualmie emplearon a técnicos oficiales del Departamento de Ecología, pero en calidad de consultores sobre la viabilidad de nuevas ideas y ya no en la condición de limitadores del proceso. Esta medida fue relevante en la medida en que estos técnicos pudieron aportar su conocimiento específico para ayudar también en la elaboración de otras opciones. Asimismo, su participación fue importante en orden a reducir la complejidad del problema, anticipando una serie de relaciones causa-efecto y, por consiguiente, reduciendo el grado de incertidumbre sobre los resultados prácticos que podrían lograrse.

4.1.6. La participación de órganos estatales

Después de cinco reuniones donde se sugirieron diversas ideas, se llevó a cabo una sexta, promovida por el propio Departamento de Ecología, para evaluar el impacto de las soluciones normativas que se habían propuesto²⁰⁶. De hecho la participación de los órganos de la administración pública en los procesos democráticos deliberativos, respaldadas por quienes participan en la búsqueda de un consenso, es un catalizador de la fuerte polémica sobre el grado de discrecionalidad que se puede controlar. Como se ve, el único elemento indisponible en cuanto a la interpretación de la legislación promulgada en materia de derecho ambiental, es el equilibrio del ecosistema, al configurar lo que se denomina el bien jurídico ambiental. También porque no existe ningún tipo de texto legislativo que sea capaz de especificar correctamente todas las circunstancias relativas a la relación entre el hombre y el medio natural²⁰⁷. Obviamente, resulta difícil imaginar que el órgano público pueda permitir soluciones que violan la ley, sin embargo, no se puede admitir que a tales reguladores se les prohíba la búsqueda de alternativas más beneficiosas que las previstas abstractamente en los textos legislativos.

²⁰⁶ SIRIANNI, Carmen. *Fishbowl Planning on the Snoqualmie River. An Early Case Environmental Dispute Settlement*. [<http://www.cpn.org/topics/environment/fishbowl.html>]. Acceso: el 23.02.2010.

²⁰⁷ SUSSKIND, Lawrence *et al.* *Negotiating Environmental Agreements. How to Avoid Escalating Confrontation, Needless Costs and Unnecessary Litigation*. Washington D.C.: Island Press, 2000, p. 11.

En este caso, parece que la intervención del Estado en el proceso fue fundamental para lograr un acuerdo. En primer lugar, la participación de los componentes del cuerpo estatal sirvió para reducir los costes en relación con la gestión de las dificultades técnicas que impregnan todas las controversias ambientales. Por otra parte, se viabilizó la producción de soluciones que incluyeran actos que sólo podrían ser practicados por los órganos reguladores, como la cuestión de la restricción del uso del suelo de las propiedades ubicadas en los márgenes de los ríos del valle Snoqualmie.

4.1.7. Viabilizando el acuerdo sobre la mejor forma de resolver la cuestión

Una vez superada la fase de *brainstorming* y discutidas las repercusiones legislativas de las ideas presentadas, los mediadores reunieron las creaciones que mejor atendían a los intereses involucrados en el problema en un único documento, que comenzó a ser continuamente adaptado en las diversas reuniones que siguieron a su elaboración.

La participación de mediadores en el desarrollo del proceso propició que se iniciaran técnicas de superación de obstáculos para lograr el deseado acuerdo, o, al menos, que permitieran un debate productivo entre las partes interesadas. Después de que los participantes habían presentado nuevas soluciones al problema de las inundaciones y comprobadas las implicaciones legislativas, se utilizó por los mediadores la técnica del *one-text procedure* para evitar el retorno a la discusión sobre las posiciones.

De hecho, desde que la Fundación Ford permitió que el proceso de deliberación se desarrollará amparándose en un proceso de mediación, se produjo un cambio de dirección en el proceso en relación a la consideración de los intereses de las partes y en detrimento del enfoque únicamente de las posiciones sobre la instalación de la presa. Al llegar, sin embargo, a la fase crucial de evaluación de las nuevas propuestas formuladas mediante el proceso de *brainstorming*, comenzó a delinarse una tendencia natural de las partes para que encajaran cada nueva solución en alguna de las antiguas posiciones. Además, un

mayor número de partes involucradas en controversias del tipo de las que afectan al medio ambiente, todas con poder de veto, fomenta un ambiente propicio para evitar ideas que no atiendan directamente a sus intenciones originarias. Eso sucede por la incapacidad de visualizar la decisión final en su conjunto, considerando las ideas sólo individualmente.

Así, con el fin de evitar una nueva polarización del conflicto, es esencial que en esta etapa del proceso se utilice la técnica del *one-text procedure*²⁰⁸, donde el mediador compila en un único documento las ideas capaces de atender a los más diversos intereses implicados en la controversia. Por lo tanto, las partes empiezan a percibir las no de forma individual, sino como un conjunto interrelacionado de propuestas. De hecho, la etapa de evaluación de las soluciones comienza a ser inevitablemente llevada a cabo a través de un documento común capaz de resolver el conflicto, permitiendo que las partes presenten las observaciones para que aquel conjunto de propuestas se adapte mejor a sus intereses. Una vez expuestos los intereses de las partes que buscan la adaptación de ese documento, se debe proceder a una nueva compilación por parte del mediador y lo debe presentar a las partes, movimiento cíclico que se repite hasta que se logra un acuerdo sobre la decisión final.

Después de una serie de reuniones, y de que el gobierno del Estado haya establecido un plazo para el término de las discusiones, se definió un plan final. La presa que se había proyectado construir en el principal afluente del río Snoqualmie (Middle Fork), fue trasladada al afluente más pequeño, más al norte, de manera que no se impedía el libre flujo de aquel trecho principal, propuesta que cumplió con los intereses de las organizaciones de recreo y deportes, tales como los remeros. En el afluente principal se realizó un sistema de elevación de los márgenes con inclinaciones capaces de proteger las propiedades costeras de futuras inundaciones. Además, la administración pública local se comprometió a adquirir los derechos para construir sobre una serie de propiedades existentes en aquella región con el fin de impedir una expansión urbana, manteniendo, así, el

²⁰⁸ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Getting to Yes – Negotiating Agreement Without Giving In*. Nova Iorque: Penguin Books, 2ª edição, p. 116.

estilo rural local. Finalmente, se estableció un consejo permanente integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad para gestionar los futuros conflictos que pudieran derivar de la administración de la cuenca.²⁰⁹

Cabe destacar que la solución presentada tuvo en cuenta una serie de intereses compartidos por las partes que, ante la incapacidad de los involucrados de promover una deliberación productiva, no eran atendidos. En primer lugar, se constató que el traslado de la región del valle del río Snoqualmie en un entorno urbano era una preocupación común a todas las partes, así como también la necesidad de que se adoptará alguna medida para evitar nuevas inundaciones.

Sin embargo, si la construcción de una presa en el principal afluente era la única solución al alcance de los agricultores y de los residentes en la zona para evitar los daños causados por las inundaciones, la formulación de nuevas ideas permitió suplir sus necesidades con la construcción de una presa en otro afluente más pequeño, al mismo tiempo que se realizaron obras en los márgenes de sus propiedades para evitar que el volumen de las aguas superara el nivel tolerado por los ríos.

Por otro lado, la preocupación por la destrucción del cinturón verde a causa de una eventual explosión urbana en la región, que en un principio sólo podría ser atendida por no llevar a cabo el proyecto de construcción de una presa en esa localidad, fue plenamente satisfecha por la limitación del uso de terrenos cedidos por la adquisición de derechos de construcción de la Administración Pública.

El gobierno del Estado, a su vez, al comienzo de las disputas, por mucho que deseaba que se solucionara el problema de las inundaciones, encontró una serie de dificultades para su aplicación. La primera era la concepción, compartida con los grupos ambientalistas, de que la instalación de las empresas locales produciría la destrucción de ese entorno natural. La segunda eran los costes asociados a la ejecución del proyecto, que eran muy altos, a pesar de la ayuda federal a la

²⁰⁹ SIRIANNI, Carmen. *Fishbowl Planning on the Snoqualmie River. An Early Case Environmental Dispute Settlement*. [<http://www.cpn.org/topics/environment/fishbowl.html>]. Acceso el 23.02.2010.

empresa de ingeniería. Por último, aunque se entienda que la asociación entre la construcción de la presa y la limitación del uso del suelo en ese lugar serviría para lograr un desarrollo sostenible, la protección constitucional del derecho de propiedad impedía que el Estado interviniera en el derecho de propiedad ajeno.

La utilización de un proceso democrático discursivo amparado en el mecanismo de la mediación permitió el logro de la sostenibilidad a través de un acuerdo entre los agricultores y los residentes de la región donde éstos, a pesar de no renunciar a sus propiedades, transferían al Estado una parte de las facultades inherentes a este derecho, es decir, la administración pública, en lugar de limitar el uso de las propiedades, -actuación prohibida por violar la ley-, adquirió el derecho de construir en aquellas propiedades rurales. Por lo tanto, el gobierno local será el que mantenga el pleno control sobre la expansión urbana.

La construcción de esta presa, sin embargo, no acabó de realizarse, a causa, muy probablemente, del hecho de que otros órganos administrativos responsables de su implantación²¹⁰ no habían participado en los debates²¹¹. Este fracaso, que demuestra la importancia de la actuación del mediador durante la fase preparatoria del proceso a la hora de identificar a los involucrados en el problema, sin embargo, no restó el valor del proceso, ya que gran parte de las recomendaciones establecidas en el acuerdo fueron voluntariamente llevadas a cabo. Es el caso de la elevación de los márgenes de los ríos para evitar su desbordamiento, a la vez que se percibieron fuertes valores de educación ambiental y de solución de las controversias sobre los distintos grupos que participaron en los debates. Así, los beneficios para la región fueron innegables, además de que, muy difícilmente, se lograrían por otros métodos.

Tras el éxito de esta experiencia importante, la aplicación de una gestión democrática deliberativa de problemas ambientales, amparada por un proceso de mediación, se difundió en otras controversias relacionadas con el medio ambiente.

²¹⁰ A pesar de la fuerte participación del gobierno del Estado de Washington y del apoyo federal, no participaron en las discusiones, los administradores de los condados excavados por los ríos afectados por la construcción de la presa.

²¹¹ SINGER, Linda R. *Settling Disputes. Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System*. Oxford: Westview Press, 1994, 2a edición, p. 137.

La mediación ha demostrado ser eficaz también en el ámbito colectivo y el problema del valle del río Snoqualmie desembocó, incluso, en la creación de un centro de mediación en la Universidad de Washington. La propia empresa US Army Corps of Engineers comenzó a utilizar este instrumento en varios proyectos a nivel local y nacional, potenciando aún más la expansión de este nuevo modelo²¹². Por otra parte, se menciona que cerca de tres años después de la firma del término final de la controversia antes mencionada, al menos otros nueve importantes conflictos ambientales también se habían solucionados adecuadamente mediante el uso de técnicas alternativas de resolución de conflictos²¹³.

²¹² SIRIANNI, Carmen. *Fishbowl Planning on the Snoqualmie River. An Early Case Environmental Dispute Settlement*. [<http://www.cpn.org/topics/environment/fishbowl.html>]. Acceso el 23.02.2010.

²¹³ SUSSKIND, Lawrence; MCKEARNAN, Sarah. “*The Evolution of Public Policy Dispute Resolution*” En *Journal of Architectural and Planning Research*. Chicago: Locke Science, 1999, V. 16:2, p. 98.

CONCLUSIONES

1. En cuanto a las repercusiones de la democracia deliberativa sobre el derecho humano al medio ambiente

1.1. El surgimiento de un derecho humano a un ambiente ecológicamente equilibrado positivado en los textos internacionales tuvo como causa el incremento, ya en la segunda mitad del siglo XX, de las preocupaciones derivadas del continuo proceso de agotamiento de las bases materiales del modelo depredador de explotación económica que se llevaba a cabo, lo que requirió la búsqueda de un ideal de sostenibilidad capaz de mantener un nivel de calidad de vida razonable y la reproducción de los derechos tanto para las presentes como para las futuras generaciones.

1.2. La incapacidad para manejar los conflictos relacionados con los derechos de tercera generación, cuya titularidad difusa atribuía pretensiones y responsabilidades entre toda la colectividad, fomentó el surgimiento de una nueva dimensión histórica de los derechos, basados en la reconquista de los mecanismos de democracia directa y centrados en una mayor participación popular en el proceso de discusión política.

1.3. Así como el surgimiento de un derecho a un medio ambiente equilibrado propició el redimensionamiento de su tutela agregando funciones ecológicas y destinadas a una protección difusa, imbuidas de la noción de desarrollo sostenible, también la llegada de una cuarta dimensión de derechos, sostenida por el ideal de ampliar los espacios deliberativos, produjo serias repercusiones sobre la cuestión ambiental. Estas implicaciones reflejan la construcción de un ámbito de íntima

conexión entre los conceptos como democracia directa, la información, el pluralismo y el medio ambiente, caracterizándose por la introducción de nuevos mecanismos de participación con respecto a la creación de políticas y regulación de cuestiones que conllevan la búsqueda de un desarrollo sostenible.

1.4. Este cambio de paradigma en cuanto a la forma de tutelar el derecho humano a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, ahora abierto a una dimensión democrática deliberativa, encuentra, sin embargo, un conjunto de dificultades que se deben superar, principalmente en lo que se refiere a la forma de estructurar adecuadamente los espacios deliberativos.

1.5. En este contexto, defendemos la mediación como un mecanismo de relevancia nuclear capaz de permitir una participación popular equilibrada y sin vicios, capaz de generar en los involucrados una actitud cooperativa dirigida al servicio del interés común con el fin de lograr un desarrollo sostenible, así como la ampliación de la capacidad de los involucrados en el proceso de resolución voluntaria de futuros conflictos, lo que se traduce en la formación de una cultura de educación ambiental.

2. En cuanto a la relación entre la mediación y la indisponibilidad del interés público ambiental

2.1. Los bienes ambientales – noción que se refiere a cada uno de los recursos culturales y naturales componente del concepto de medio ambiente – están plenamente disponibles para el hombre, a pesar de su titularidad universal. Además esta explotación no puede poner en riesgo el conjunto de relaciones entre estos distintos elementos capaz de permitir la recuperación natural del medio sobre cualquier perturbación. Este concepto abstracto y dinámico que permite el funcionamiento adecuado del sistema, configura la noción del bien jurídico ambiental, razón por la cual va acompañado de la característica de la indisponibilidad.

2.2. La consideración del daño ambiental como una lesión al equilibrio ecológico acaba por vincular el análisis sobre la incidencia del acto ilícito – lesión

al bien jurídico ambiental – a las propias soluciones que se adopten con el fin de hacer viables las condiciones para la auto-regeneración regular del ecosistema. El tratamiento de estas dos variables acaba generando una serie de repercusiones que no siempre se pueden anticipar abstractamente, lo que otorga un contenido policéntrico al problema.

2.3. El método de adjudicación, por su incapacidad para manejar las controversias policéntricas, se muestra inadecuado para hacer frente a esas situaciones y, por tanto, resulta irrelevante cualquier comparación entre los métodos de resolución de conflictos que exima a esta primera premisa.

2.4. Defendemos que la mediación, a su vez, permite una mayor fluidez tanto en relación con las partes implicadas en el debate, como sobre las soluciones que se alcancen, ya que se orienta a la obtención del mejor interés de cada uno de los involucrados, que acaban demostrándose prioritariamente más capacitados para hacer frente a los conflictos en cuestiones ambientales.

2.5. Por otra parte, una vez que se alcance la representatividad adecuada entre los involucrados en el conflicto, el proceso de mediación quedará inmune a las distorsiones derivadas del desequilibrio de poder eventualmente existente entre las partes. Defendemos la conveniencia de la participación de los órganos públicos, cuyos intereses se relacionan con la cuestión que se deba de analizar. Conscientes de los límites del concepto de indisponibilidad del bien jurídico protegido, mediante el procedimiento se podrá llegar a elaborar una solución justa y a largo plazo del problema, sin que implique una flexibilización de las responsabilidades legales.

2.6. Por último, considerando el mayor carácter democrático de la mediación, su aplicación, incluso de forma preventiva, ayudará en gran medida a los implicados para que comprendan mejor las relaciones que conforman el concepto del medio ambiente y sean más capaces de lidiar con cuestiones similares en el futuro, lo que produce un menor número de conflictos y, por consiguiente, una mayor eficiencia en lo que se refiere a un desarrollo apoyado en una base sostenible.

3. En cuanto a la utilización de la mediación para orientar una adecuada precaución ambiental

3.1. En la nueva dimensión socio-ambiental las consecuencias de la actuación humana sobre su *habitat* no siempre pueden verse *ex ante*, y las medidas correctoras son ineficaces, más costosas e, incluso a menudo, no pueden llevarse a la práctica. Todo ello ha dado lugar a la aparición del principio básico de precaución para hacer frente a situaciones donde el estado de la ciencia no era capaz de identificar o excluir totalmente una relación causal entre una determinada actividad humana y los posibles daños al ecosistema.

3.2. La estética de la precaución, fundada en concepciones carentes de un peso concreto, sin embargo, se hizo más sensible a la dicotomía desarrollo-protección cuando se amplió el alcance de los conflictos ambientales. Se incluyeron también las actividades cuya potencialidad lesiva fuera incierta, de forma que su gestión incorrecta ha desembocado en un aumento de los conflictos que afectan a cuestiones del medio ambiente.

3.3. En nuestra investigación hemos pretendido defender que la correcta utilización de los instrumentos de precaución depende de un minucioso análisis del riesgo ambiental, descomponiéndolo en sus elementos intrínsecos (complejidad, incertidumbre y ambigüedad), cuya gradación permitirá establecer la mejor forma de componer una determinada regulación ambiental, permitiendo, así, desarrollar el proceso de decisión más adecuado, estructurado de forma legítima y eficaz.

3.4. El contexto de la precaución se enmarca en las situaciones donde haya un cierto grado de incertidumbre, razón por la cual en cualquier solución que se manifieste habrá una clara necesidad de asignar los beneficios y los costes a las partes afectadas por la regulación. En estos casos, la falta de orientación para llevar a cabo una actuación más conservadora o más liberal, hace imprescindible que la decisión final sobre el problema se obtenga como resultado de un proceso negociado que cuente con la participación de los principales interesados.

3.5. Defendemos, por tanto, que la tutela ambiental preventiva bajo la dimensión de la precaución sólo se puede llevar a cabo correctamente a través de métodos consensuales de solución de los conflictos, so pena de generarse desde el aumento de conflictos hasta grandes dificultades en relación con la aplicación de las medidas propuestas. Resulta fundamental, sin embargo, que todos los involucrados en el problema perciban la decisión final como justa, obtenida mediante la distribución entre los implicados de responsabilidad y confianza en el resultado alcanzado, generando, por consiguiente, la percepción de que sus intereses han sido tenidos en cuenta durante el proceso.

3.6. La viabilidad práctica de este modelo teórico, sin embargo, padece del problema de que su racionalidad intrínseca puede verse afectada por factores tales como la incapacidad de los participantes de alejarse de la idea de que habrá ganadores y perdedores – que a menudo desemboca en la nefasta utilización de la regla de la mayoría para resolver la cuestión en discusión – así como por las distorsiones cognoscitivas de los que se verán afectados por la decisión, por lo general potenciadas cuando se colocan en un plano discursivo. Así pues, el proceso democrático, que está en condiciones de soportar la aplicación del principio de la precaución, debería llevarse a cabo por un tercero imparcial, con el fin de desarrollar entre los involucrados una actuación creativa conjunta y que tenga en cuenta los intereses de las partes afectadas. Sostenemos que la mediación es el método principal de adecuación de la tutela ambiental preventiva, especialmente cuando el objetivo es la búsqueda de la realización correcta del principio de precaución.

4. En cuanto a la visión práctica de la gestión democrática deliberativa de los conflictos ambientales

4.1. Un proceso deliberativo que verse sobre cuestiones relativas a la relación entre el hombre y el medio natural despierta ciertas desconfianzas en relación a la capacidad para manejar los problemas, como la negación de la probabilidad, el número de partes afectadas, la complejidad del objeto de análisis y el deber de obediencia a los órganos públicos responsables de los límites discrecionales

previstos por la ley. Por lo tanto, sólo con el análisis práctico de cómo se puede diseñar en una realidad concreta, nos permitirá comprender su potencial transformador y la importancia del mecanismo de mediación en la consecución de un acuerdo sostenible.

4.2. En relación al análisis de la controversia sobre la construcción de una presa en el principal afluente del río Snoqualmie, se comprobó que el conflicto se construyó a partir de que la discusión inicial no tuvo en cuenta los verdaderos intereses de las partes, es decir, giró en torno a la concordancia o discordancia de las partes con la obra. Así, se frustró cualquier solución al problema durante aproximadamente una década, lo que demuestra la incapacidad de las partes involucradas para legitimar una decisión final.

4.3. El panorama sólo tuvo cambios desde el momento en que el proceso comenzó a ser administrado por dos mediadores designados y financiados por una institución sin fin de lucro, que apoyaban el desarrollo de métodos alternativos de conflictos. A partir de entonces, las partes empezaron a ver la existencia de intereses compartidos por todos los involucrados en la controversia y comenzaron a considerar otras implicaciones de la cuestión objeto de debate.

4.4. Este cambio en la percepción de los litigantes y en relación a la necesidad de buscar soluciones de servicio mutuo, sólo fue posible a través de la actuación de los mediadores que, empleando su conocimiento técnico en la mediación, dirigieron el proceso hacia una discusión sobre los intereses afectados por la construcción de la presa, insistiendo en la necesidad de buscar una actitud cooperativa, sin la cual no se alcanzaría un desarrollo sostenible.

4.5. La mediación del proceso hizo también posible que los órganos públicos involucrados pudieran emprender una regulación concreta cargada de mayor legitimidad y eficiencia, lo que permitió que el Estado adoptara una política de adquisición de derechos para construir en las propiedades ribereñas. Hubiera sido impensable que una solución de estas características pudiera llevarse a cabo mediante una medida impuesta verticalmente a los agricultores y residentes en la región.

4.6. La constatación práctica sobre la viabilidad y la mejor adecuación de gestiones democráticas en la resolución de problemas ambientales sirvió para potenciar y difundir su aplicación a otros conflictos de nivel local, nacional e internacional, fomentando, también, la producción de una serie de estudios. Defendemos que se debe insistir y profundizar en el desarrollo de estas nuevas prácticas para permitir la consecución de un contexto de sostenibilidad ambiental.

5. En cuanto a la viabilidad del nuevo modelo

5.1. Podemos concluir que no sólo es viable sino también necesario el influjo de esta dimensión democrático-deliberativa en la gestión del derecho humano a un medio ambiente ecológicamente equilibrado. Su característica transindividual y policéntrica, ajena a una división estanca de responsabilidades entre el Estado y la sociedad civil, la existencia de un ámbito manejable de acceso a los bienes ambientales, así como la exigencia de una mayor participación de los interesados en la estabilidad de la reglamentación al respecto, especialmente en el marco de la precaución, hace imprescindible la búsqueda de métodos de solución de consenso cuando el conflicto comprende cuestiones relacionadas con la temática del medio ambiente.

5.2. La utilización de esta nueva gestión democrática, sin embargo, carece de mecanismos que permitan una orientación adecuada. De hecho, entendemos que el instituto de la mediación surge como un mecanismo considerablemente capaz de producir esa orientación, puesto que fomenta un cambio de actitud en los litigantes, aclara los intereses en juego y promueve la creación de una solución conjunta. Propugnamos su utilización que, a diferencia de los métodos convencionales de adjudicación, permite la consecución más efectiva, justa y estable de un desarrollo humano digno, basado en el ideal de sostenibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALMEIDA, Tania. “Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas” En CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coordinadores). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ARA PINILLA, Ignacio. *Las transformaciones de los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.

BELLOSO MARTIN, Nuria. “Planteamientos doctrinales de los derechos humanos a través de la historia”. En *Humana Iura. Suplemento de Derechos Humanos. Persona y Derecho*. Universidad de Navarra, nº5, 1995, pp.51-91.

BELLOSO MARTIN, Nuria. “La fundamentación de los Derechos Humanos en la doctrina española actual”. En *Estudios Filosóficos*. Salamanca: San Esteban, vol.45, nº 128, 1996, pp.127-159.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Otros cauces para el Derecho: formas alternativas de resolución de conflictos” En *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*. (2 vols.) (Editor: V. Zapatero). Universidad de Alcalá de Henares, 2002, vol.II, pp.55-92.

BELLOSO MARTÍN, Nuria (Coordinadora). *Estudios sobre mediación: la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*. Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, Valladolid: Indipress, 2006.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Sistemas de Resolución de Conflictos: Formas Heterocompositivas y AutoCompositivas” En *Estudios Sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*. Coordinadora N. Belloso Martín. Castilla y León: Junta de Castilla y León, 2006.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Algunas propuestas sobre educación ambiental”. En *Direitos Humanos, Educação e Meio Ambiente* (Organizador: C. Gorzevski), Porto Alegre, Evangraf, 2007, pp.53-102. También publicado como: “*El derecho al medio ambiente: aspectos conceptuales, éticos y jurídicos*”. En *Amazônia legal. Revista de Estudos Sócio-Jurídicos Ambientais*. Cuiabá: Universidade Federal do Mato Grosso, ano 2, nº4, jul-dez., 2008, pp.113-145.

BELLOSO MARTÍN, Nuria (Coordinadora). *Por una adecuada gestión de los conflictos*. Burgos: Caja de Burgos, 2008.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “El principio de dignidad de la persona humana en la teoría kantiana: algunas contradicciones” En ELÓSEGUI ITXASO, María; GALINDO AYUDA (Coordinadores). *El pensamiento jurídico: pasado, presente y perspectiva: libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2008. También publicado *Direitos Fundamentais e Justiça*. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul -PUCRS-, Porto Alegre, HS Editora, Ano 2, nº4, julio- septiembre, 2008, pp.40-60.

BENDER, Bernd; SPARWASSER, Reinhard. *Umweltrecht: eine Einführung in das öffentlich Recht des Umweltschutzes*. Heidelberg: C. F. Müller. 2a. edição. 1988.

BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 9ª edição.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 17ª edição, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BURGESS, Guy; BURGESS, Heidi. “Environmental Mediation: Beyond the limits applying dispute resolution principles to intractable environmental conflicts” En *Conflict Research Consortium. Working Paper 94 – 50*. Colorado: University of Colorado.

CARPENTER, Susan L.; W., J.D. Kennedy. *Managing Public Disputes – A practical guide for Government, Business and Citizens’ Groups*. São Francisco: Jossey-Bass.

COASE. Ronald H. “The Problem of Social Cost” En *Journal of Law and Economics*. University of Chicago Press: Chicago, 1960, V. 3.

COMEST (*World Comission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology*). *The precautionary principle*. Paris: UNESCO. 2005.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva. 3ª edição. 2008.

FERREIRA MENDES, Gilmar *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2008.

FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Getting to Yes – Negotiating Agreement Without Giving In*. Nova Iorque: Penguin Books. 2ª edição.

FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives – An Introduction to Procedure*. Nova York: Foundation Press, 2003.

FREITAS MARTINS, Ana Gouveia e. *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2002.

FULLER, Lon L. *The Forms and Limits of Adjudication*. Harvard Law Review, V. 92, 1978.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª edição.

GOLDBERG, Stephen B. *et al.* *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes*. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 5ª edição.

GOMES CANOTILLO, José Joaquim. “Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada” En SILVINE FERREIRA, Heline; MORATO LEITE, José Rubens (Coordinadores). *Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GOMES CANOTILLO, José Joaquim; MORATO LEITE, José Rubens (Coordinadores). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. Malheiros: São Paulo. 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt Am Main: Suhrkamp, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo. Martin Claret. 2003.

HOPPE, Werne; BECKMANN, Martin. *Umweltrecht: juristisches Kurzlehrbuch für Studium und Praxis*. Munique: C.H. Beck'sche. 1989.

KISS, Alexandre. “Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução” En *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

KORNFELD, Itzhak E. “Polycentrism and the International Joint Commission” En *The Wayne Law Review*. Michigan: The Wayne State University, V. 54, n. 04.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEWICKI, Roy J. *et al. Environmental Conflicts. Concepts and Cases*. Washington D.C.: Island Press, 2003.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

MILARÉ, Edis *et alli*. “Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos por estações de radiobase” En *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 41.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente – doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

MOLTKE, K. Von. “The relationship between policy, science, technology, economics and law in the implementation of the precautionary principle” In FREESTONE, David; HEY, Ellen. *The Precautionary Principle and International Law – The Challenge of Implementation*. Boston: Kluwer Law International. 1995.

MOORE, Christopher W. *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*. São Francisco: Jossey-Bass, 2003, 3a edition.

MOTA, Maurício. “Princípio da Precaução: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade” En MOTA, Maurício. *Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de Moura. “O Direito Constitucional Ambiental: A Constituição como Via da Ecologização do Direito; Algumas Considerações” En SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coordinadores). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NIGRO MAZZILLI, Hugo. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

OECD. *Emerging Risks in the 21st Century – An Agenda for Action*. Paris: OECD Publications Service.

OYHANARTE, Marta. “Los nuevos paradigmas y la mediación” En GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana (Coordinadores) *Mediación: una transformación en la cultura*. Buenos Aires: Paidós, 1996.

PACHECO FIORILLO, Celso Antônio. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 10^a. edição.

PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: teoria general*. Madid: Universidade Carlos III, 1995

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coordinadores). *Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas. 2008.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 5^a edição, 1995.

RENN, Ortwin. “Precaution and Ecological Risk” En JORGENSEN, Sven Erik; FATH, Brian D. (Coordinadores). *Encyclopedia of Ecology*. V.4. Oxford: Elsevier.

ROSSANI GARCEZ, José Maria. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2^a edição.

SHMUELI, Deborah; KAUFMAN, Sanda. “Environmental Mediation” En *The Center for Environmental Policy Series*. Jerusalem: The Jerusalem Institute for Israel Studies, n. 24.

SHULTS, Robert A. “Environmental Disputes” En ATLAS, Nancy F. *et al* (Coordinadores). *Alternative Dispute Resolution. The Litigator’s Handbook*. Chicago: Aba Publishing, 2000.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. “Os Processos da Globalização” En SOUSA SANTOS, Boaventura de (Coordinador). *A Globalização e as ciências sociais*. 2a. ed., São Paulo: Cortez, 2002.

SOUZA ARAGÃO, Maria Alexandra de. “O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente” En *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra. 1997, v. 23.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coordinadores). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUARES, Marínés. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 1996.

SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press. 2000.

SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear – Beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge University Press. 2005.

SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules – The new way to run your meeting, build consensus and get results*. Nova Iorque: Oxford University Press. 2006.

SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova Iorque: Basic Books, 1989.

SUSSKIND, Lawrence; MCKEARNAN, Sarah. “The Evolution of Public Policy Dispute Resolution” En *Journal of Architectural and Planning Research*. Chicago: Locke Science, 1999, V. 16:2

SUSSKIND; Lawrence *et al.* *Negotiating Environmental Agreements: how to avoid escalating confrontation, needless costs and unnecessary litigation*. Washington: Island Press, 2000.

URY, William. *Getting Past No – Negotiating in difficult situations*. Nova Iorque: Batam Books. Revised edition.

WOLFGANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006.

Páginas *Web* y Revistas electrónicas

FORDFOUNDATION. [<http://www.fordfound.org/about/history/overview>]. Acceso el 02.04.2010.

JACOBI, Pedro Roberto; BARBI, Fabiana. “*Democracia e participação na gestão dos recursos hídricos no Brasil*” En *Revista Katálysis*, 2007, vol.10, n.2. [<http://www.scielo.br/pdf/rk/v10n2/a12v10n2.pdf>]. Acceso el 02.03.2010.

KAHN JR., Peter. H. *Resolving environmental disputes. Litigation, mediation, and the courting of ethical community*. Harris: The White Horse Press, 1994, V. 3.

KLINKE, Andreas; RENN, Ortwin. *Systemic risks: a new challenge for risk management. European Molecular Biology Organization Reports*. V.5. S41. 2004. [<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1299208/>] Acceso el 10.12.2009.

SIRIANNI, Carmen. *Fishbowl Planning on the Snoqualmie River. An Early Case Environmental Dispute Settlement*. [<http://www.cpn.org/topics/environment/fishbowl.html>]. Acceso el 23.02.2010.