

## MEDIACIÓN AMBIENTAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: DOCTRINA Y PRÁCTICA

NICOLÁS BALMACEDA JIMENO<sup>1</sup>

### RESUMEN<sup>2</sup>

El objeto de este artículo es ofrecer una visión panorámica de la mediación ambiental basados en la experiencia de los Estados Unidos de América. En dicho país, pionero en la materia, la mediación ambiental existe conceptualmente desde el año 1974<sup>3</sup>. Tanto académicos como profesionales han discutido profusamente el significado y experimentado las virtudes de la mediación como método alternativo para la solución de conflictos de carácter ambiental<sup>4</sup>.

El capítulo primero describe un concepto general de mediación y la forma en que esta es conducida, a través de sus etapas más clásicas. El capítulo segundo se adentra en las especificidades de la mediación ambiental, contemplando los requisitos para un proceso exitoso. El capítulo tercero se extiende sobre las virtudes de este método alternativo para la solución

de conflictos desde una perspectiva ambiental. El capítulo cuarto desarrolla los argumentos de los opositores a lo que llaman un desmesurado apoyo a la mediación ambiental. Finalmente, el capítulo quinto resume las principales conclusiones de este trabajo.

Lejos de pretender agotar el tema, aspiramos a dejar planteadas ciertas preguntas y avanzar algunas conclusiones, de modo que el debate continúe, las propuestas fluyan y la mediación ambiental pueda tener la oportunidad de plantearse en Chile como una alternativa interesante a la vía judicial.

### I. CONCEPTO Y ETAPAS

En términos generales, la mediación puede ser definida como un proceso de negociación para la solución de problemas con la asistencia de un tercero neutral. El mediador es dicho tercero que escucha la disputa y ayuda a las partes a alcanzar lo que estas consideren un acuerdo aceptable. Más específicamente, se ha entendido por mediación el proceso por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral, trabajan en la determinación de sus puntos de acuerdo y de desacuerdo, explorando soluciones alternativas y considerando compromisos con el objeto de alcanzar mutuos acuerdos sobre los temas en conflicto<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master en Derecho de Energía y Medio Ambiente de la Universidad de Tulane.

<sup>2</sup> Dedico este trabajo a la memoria de mi padre Pedro Balmaceda Ureta (1939-2001), quien me enseñara mis primeras lecciones de aprecio y respeto por el medio ambiente.

<sup>3</sup> Ver Leah K. Patton, *Settling Environmental Disputes: The Experience With and Future of Environmental Mediation*, 14 *Env'tl. L.* 547 (1984) citando a Cormick, *Mediating Environmental Controversies: Perspectives and First Experience*, 2 *Earth L.J.* 215, 215 (1976).

<sup>4</sup> Ver David Schoenbrod, *Limits and Dangers of Environmental Mediation: a Review Essay*, 58 *N.Y.U. L. Rev.* 1453 (1983).

<sup>5</sup> Ver John S. Murray, Alan Scott Rau y Edward S. Sherman, *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers* (1989, segunda edición 1996), pág. 293.

La mediación es un proceso extremadamente flexible que no permite definiciones absolutas en cuanto a la forma en que debe ser conducida. Existen diversas formas de mediación dependiendo de las materias a tratar y la técnica empleada por el negociador. Consecuencia de ello es que algunas formas corresponden a esquemas más clásicos, preestablecidos, mientras que otras son más sui generis. Dentro del primer grupo encontramos la mediación del derecho de familia y la mediación vecinal. Dentro del segundo grupo aparece la mediación ambiental.

De este modo, hecha la salvedad, podemos resumir el esquema típico de un proceso de mediación, cuyas etapas normalmente son las siguientes:

### 1. Introducción

Reunidas las partes y el mediador, la etapa introductoria comienza con la presentación del mediador quien hace una breve reseña de su currículum. Posteriormente se asegura que no existan conflictos en relación con su designación, lo que en esferas judiciales se denomina causales de implicancia o recusación. A continuación explica qué es la mediación y cuáles son las reglas básicas de operación y comportamiento<sup>6</sup>. Finalmente, aunque muchas veces se olvida, el mediador deberá establecer expectativas realistas y lograr una especie de pacto por el cual las partes –entre sí y para con el mediador– se comprometen a llegar a una definición común del problema y a actuar en forma constructiva.

Nunca se debe olvidar que el mediador no tiene autoridad para imponer una decisión que resuelva el conflicto, exigir concesiones particulares o incluso requerir la asistencia a las sesiones. En consecuencia, su primera misión en esta etapa introductoria será ganar la confianza de todos los participantes. Dado que estos son libres de entrar al proceso o de abandonarlo en cualquier instancia, el respeto a dicha libertad tiene que ser el principio rector de toda mediación.

### 2. Problematicación

Las partes o sus abogados, según corresponda, describen el conflicto de acuerdo con sus perspectivas individuales. Primero una parte y luego la otra, sin derecho a interrupciones. En esta instancia no es necesario agotar la descripción de los hechos que constituyen la base del problema ya que ello puede ser realizado con posterioridad; basta con una buena descripción general del problema.

### 3. Reunión de información

Es necesario un pleno intercambio de opiniones entre las partes para ir clarificando puntos difusos o malentendidos. Deben interactuar libremente, apoyándose en el mediador, quien actúa como guía del proceso, pero siempre alerta para no transformarse en un obstáculo a la negociación. El mediador debe utilizar preguntas abiertas y resumir del modo más neutral posible aquellos puntos acordados y que serán de utilidad para llegar a un acuerdo posterior<sup>7</sup>.

### 4. Identificación del problema

Como primer acuerdo substantivo, el mediador debe obtener una definición del problema que aqueja a las partes. Para ello, el mediador debe descubrir los verdaderos intereses de cada parte y sus objetivos comunes, enfatizar dichos objetivos, buscar soluciones a las diferencias y apelar a procesos racionales por sobre discursos emocionales<sup>8</sup>. El problema se debe redefinir una y otra vez hasta alcanzar un acuerdo sobre sus aspectos fundamentales. Sin este primer acuerdo, muy pocas mediaciones arriban a buen puerto.

### 5. Solución del problema

El mediador debe permitir amplios márgenes de libertad de modo que las partes puedan explorar y negociar diversas opciones de solución. De este modo, se acostumbrarán a trabajar en el diseño de posiciones mutuamente aceptables hasta encontrar una solución defini-

<sup>6</sup> Ver Catherine Zwetkoff, *Mediation in Environmental Conflicts: The Belgian Methodology*, 9 Risk: Health Safety & Env't 364 (1998).

<sup>7</sup> Ver Murray et al., *op. cit.*, pág. 302.

<sup>8</sup> Ver Zwetkoff, *op. cit.*

tiva. Es interesante considerar que la evidencia científica demuestra que es preferible que las propuestas de solución provengan de las mismas partes, quienes se sienten más obligadas a honrar su propio acuerdo que aquel diseñado por un tercero<sup>9</sup>.

Lo anterior no es obstáculo para que el mediador sea un generador de opciones. Su primera misión es ser allanador de acuerdos y como tal debe velar por mantener una buena relación de trabajo entre las partes. A veces es necesario llamar a la razón a aquellos atrincherados en posiciones rígidas, para lo cual se puede intentar analizar los costos de no alcanzar un acuerdo o también insinuar los términos de un arreglo que ambas partes no han contemplado. En cualquier caso, una intervención muy activa del mediador en el diseño de la solución debe ser manejada con cautela ya que puede arrojar un manto de duda sobre su neutralidad, la cual debe ser mantenida en forma estricta a lo largo de todo el proceso.

## 6. Escrituración

Una vez que un acuerdo definitivo es alcanzado, el mediador debe ayudar a desarrollar los términos que, en una fórmula mutuamente aceptable, expresen fehacientemente las conclusiones y compromisos verbales alcanzados durante el transcurso de la mediación. Es responsabilidad del mediador que dichos términos sean plasmados en un instrumento legal de fuerza vinculante, asegurándose que cada parte entienda los términos en que se resuelve la disputa y, consecuentemente, a lo que se obliga. Una vez concluida esta etapa, los términos del acuerdo se vuelven obligatorios, las posiciones de cada parte se vuelven irreversibles y la mediación termina<sup>10</sup>.

## II. REQUISITOS PARA UN PROCESO EXITOSO

Las condiciones que en forma constante han movido a las partes a llegar a acuerdo a través de negociaciones en casos ambientales, en contraposición a la vía judicial, están bien identificadas<sup>11</sup>. Dichas condiciones dicen relación con los tres elementos fundamentales de toda mediación, a saber: partes, disputa y método.

### 1. Partes

Las disputas ambientales generalmente se traban entre grupos grandes y heterogéneos de actores tales como el gobierno, empresarios, trabajadores de una empresa y comunidades locales. Dada tal amplitud y diversidad, se hace vital determinar en forma precisa quiénes son realmente necesarios en el proceso de mediación. Por una parte, todas las visiones atinentes deben estar debidamente representadas. No obstante, el número de personas que participan debe ser manejable. Si los actores fallan en transmitir un punto de vista relevante, el grupo que se sienta excluido puede controvertir en juicio el acuerdo alcanzado a través de la mediación<sup>12</sup>. Y si el número de actores es demasiado grande, este se transformará en un obstáculo para llegar a acuerdos.

En resolver quienes tomarán parte en la mesa de negociación, al menos dos prevenciones deben realizarse. En primer lugar, solo deben ser admitidos quienes tengan el común interés de resolver la disputa, quienes asuman un compromiso serio de llegar a acuerdo en tiempo y forma apropiada<sup>13</sup>. En segundo lugar, las partes de la mediación deben tener la autoridad para adoptar acuerdos y los recursos técnicos necesarios para implementar las soluciones alcanzadas<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Ver McEwen & Maiman, *Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent*, 18 Law & Society Rev. 11, 40-47 (1984) donde se expone que el porcentaje de partes que da cumplimiento a acuerdos mediados es mucho más alto que el porcentaje de partes que da cumplimiento a acuerdos como consecuencia de procesos judiciales, citado por Murray et al., *op. cit.* pág. 301.

<sup>10</sup> Ver Zwetkoff, *op. cit.*

<sup>11</sup> Ver Patton, *op. cit.*, pág. 549.

<sup>12</sup> Ver Charlene Stukenborg, *The Proper Role of Alternative Dispute Resolution (ADR) in Environmental Conflicts*, 19 U. Dayton L. Rev. 1305, 1333 (1994).

<sup>13</sup> Ver a modo de ejemplo Nancy Kubasek y Gary Silverman, *Environmental Mediation*, 26 Am. Bus. L.J. 539, 553 (1988) y Joshua M. Javits, *The Mother of All Mediations, World Arbitration & Mediation Report*, Vol. 11 No. 12 (Diciembre 2000), pág. 334.

<sup>14</sup> Ver Kubasek y Silverman, *op. cit.*, pág. 554.

## 2. Disputa

Al igual que en los procedimientos médicos, las posibilidades de éxito de una mediación ambiental dependen, en buena medida, de la exactitud del diagnóstico. Es imperioso contar con una correcta identificación de una disputa ambiental apta para ser mediada, en orden a lograr un proceso exitoso. Para el cumplimiento de esta condición los mediadores son la clave<sup>15</sup>.

Los mediadores deben estar conscientes de los límites de la mediación. Son los primeros responsables por la reducción del número de instancias en que la mediación es "sobremarkeada" como la panacea que remedia más problemas de los que en realidad puede asumir. Su labor debe empezar preguntándose si la disputa es de aquellas que permite llegar a un compromiso efectivo<sup>16</sup>.

Superada esta etapa, corresponde determinar cuáles temas serán materia de negociación y cuáles serán desechados<sup>17</sup>. Para ello, los académicos apoyan la idea de distinguir la substancia de un conflicto ambiental de sus accidentes<sup>18</sup>. En cuanto a la substancia del conflicto, se reconoce a veces la existencia de profundos dilemas filosóficos, sociológicos y/o morales prácticamente imposibles de resolver por vía de mediación. Sin embargo, los expertos visualizan materias accidentales a la substancia del conflicto —que de hecho obscurecen y confunden dicha substancia con accidentes— tales como intereses poco definidos, malentendidos, desacuerdos técnicos, cuestionamientos relativos a la justicia del procedimiento, polarización, etcétera<sup>19</sup>. Estos son problemas que un mediador puede y debe asumir en orden a lograr un acuerdo exitoso.

Otro requisito para el éxito de la mediación es que el resultado de la disputa debe ser incierto<sup>20</sup>. Ello ocurre cuando las partes no están

seguras acerca de la suerte que correrían en caso de ir a juicio. Una parte convencida de que ganará a todo evento carece de la motivación necesaria para negociar de buena fe<sup>21</sup>. Afortunadamente, la incerteza es la regla general en la mayoría de los casos ambientales donde funcionarios públicos impredecibles, contingencias políticas, presión pública, legisladores y tribunales fácilmente pueden cambiar la tendencia hacia un resultado u otro.

El alto costo de estas disputas es otro incentivo para negociar. Honorarios por servicios legales y problemas de relaciones públicas suelen influir en la decisión de las partes. Enfrentados a estos costos, muchos prefieren llegar a un acuerdo en un contexto de negociaciones privadas que someterse a fuertes gastos económicos y al escrutinio público<sup>22</sup>.

## 3. Método

Como dijimos en el capítulo anterior, la libertad es el principio rector de toda mediación. Dado que es un proceso eminentemente voluntario, que da lo mejor de lo suyo justamente en función de su naturaleza libre, algunos autores sostienen que jamás se debe restringir la libertad de los actores de la disputa<sup>23</sup>. Sin embargo, la experiencia en casos de derrames de petróleo y responsabilidades por liberación de substancias peligrosas para la salud pública o el medio ambiente parecen demostrar que fuertes presiones hacia un acuerdo mediado pueden ser de utilidad en determinados eventos.

Independiente del grado de libertad elegido, algunos proponen utilizar un método denominado "de negociación basada en principios"<sup>24</sup>. En resumidas cuentas, la idea consiste en separar a las personas de los problemas; concentrarse en objetivos, no en posiciones; generar una amplia gama de opciones para reconciliar intereses e insistir en que los resultados se basen en criterios objetivos. Este esque-

<sup>15</sup> Ver Guy Burgess y Heidi Burgess, *Environmental Mediation: Beyond the Limits Applying Dispute Resolution Principles to Intractable Environmental Conflicts*, Conflict Research Consortium Working Paper 94-50 (febrero 1994), página 4.

<sup>16</sup> Ver Kubasek, *op. cit.*, pág. 554.

<sup>17</sup> Ver Stukenborg, *op. cit.*, pág. 1332.

<sup>18</sup> Ver Burgess, *op. cit.*, pág. 5.

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> Ver Patton, *op. cit.*, pág. 549.

<sup>21</sup> Ver Kubasek, *op. cit.*, pág. 553.

<sup>22</sup> Desgraciadamente las estadísticas sobre el tiempo o el dinero ahorrado como consecuencia del uso de mediación, en contraposición al tradicional pleito judicial, son escasas. Ver Stukenborg, *op. cit.*, pág. 1332.

<sup>23</sup> Ver Kubasek, *op. cit.*, pág. 552.

<sup>24</sup> Ver Roger Fisher y William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreements Without Giving In* (1981, segunda edición 1991 con B. Patton).

ma es perfectamente aplicable como método para la mediación de conflictos ambientales.

Sin embargo, es justo indicar que no existe un dogma en esta materia y cualquier método de negociación pueden ser un buen método si produce un arreglo, de manera eficiente, y si además mejora o por lo menos no daña las relaciones entre las partes del conflicto.

### III. VIRTUDES

La mayoría de las personas prefieren no verse envueltas en juicios ya que estos usualmente implican largas demoras, posibles veredictos erróneos, altos costos, mala publicidad y enemistades. Estos problemas están sujetos a una posible radicalización en materia de medio ambiente, donde una multiplicidad de actores, elevadas cifras de dinero, implicancias políticas y la prensa se ven envueltos. Por el contrario, la mediación ambiental, como todo método alternativo para la solución de conflictos (en lo sucesivo también MASC), es más rápida, efectiva y también concluyente, como lo demuestra la siguiente enumeración de ventajas:

#### 1. Rapidez

A pesar de los esfuerzos mundiales por mejorar el tiempo que los tribunales demoran en la tramitación de un proceso, la regla general es que pasen meses o años antes de obtener una sentencia definitiva. Estas demoras tienen variadas consecuencias, dentro de las cuales la más grave es la pérdida de confianza en la capacidad de los tribunales para resolver los problemas de la población<sup>25</sup>. Del mismo modo, la espera puede resultar fatal para los grupos de intereses ambientales, los cuales requieren de sólidos presupuestos si pretenden asumir el costo de largos y complejos litigios ambientales contra oponentes bien preparados. Muchos de estos grupos se estructuran en torno a un proyecto común y pueden desintegrarse antes de obtener sentencia<sup>26</sup>. Por otro lado, las de-

moras también pueden ser perjudiciales desde el punto de vista de la industria, dado que el retraso en el inicio de un proyecto puede resultar en un encarecimiento de los costos o incluso en la cancelación del mismo como consecuencia de un dramático cambio de condiciones durante la espera<sup>27</sup>.

Irónicamente, este problema ha incubado un efecto positivo. La comprensible frustración que la lentitud de los tribunales produce en grupos de interés y particulares los ha llevado a optar por una vía más rápida como son los MASC. La mediación, particularmente, se presenta superior al litigio porque es mucho más rápida y evita las nefastas consecuencias de la insufrible lentitud judicial. Organizaciones ambientales, el gobierno, la empresa y las comunidades locales se pueden reunir en forma inmediata con un mediador, en vez de esperar meses o años para llegar a una solución definitiva por vía de una sentencia. Casos que han estado sometidos a litigación por años han sido resueltos rápidamente una vez que las partes decidieron retirarlos del conocimiento de tribunales y entregarlos a un mediador.

#### 2. Bajos costos

Consecuencia de la virtud anterior, la mediación se presenta como un proceso eminentemente económico. Desde un punto de vista estrictamente monetario, los honorarios por servicios legales son menores, lo que permite a los organismos ambientales destinar recursos a otras tareas y evita a la industria pagar el precio asociado a la incertidumbre de su proyecto. En la perspectiva de valores menos tangibles, pero que igualmente inciden en costos, la solución de disputas a través de una mediación permite a las partes conservar una imagen positiva ante la opinión pública y facilita la mantención de relaciones comerciales y personales en buenos términos.

Por último, también el medio ambiente paga un menor costo cuando las disputas se resuelven por vía de mediación<sup>28</sup>. Dado que la mayoría de los problemas ambientales requieren de una solución urgente, una respuesta ágil redundante en mayores beneficios y menores pér-

<sup>25</sup> Ver Kubasek, *op. cit.*, pág. 540.

<sup>26</sup> *Id.*, nota al pie de página número 43, citando a Lake, *Environmental Conflict and Decisionmaking*, in *Environmental Mediation: The Search for Consensus* 1, 8 (L. Lake ed. 1980).

<sup>27</sup> *Id.*

<sup>28</sup> Ver Kubasek, *op. cit.*, pág. 540.

didadas. De este modo no solo las partes en disputa sino también el medio ambiente comprueban que el tiempo es oro.

### 3. *Forum conveniens*

Los métodos más tradicionales de solución de conflictos han fallado en cuanto técnicas para resolver ciertas disputas que representan importantes intereses de la sociedad. Alternativamente, la mediación se ha planteado como un método que sí permite dar solución a muchas de estas disputas<sup>29</sup>. Así, por ejemplo, es extremadamente complejo llevar a cabo una negociación directa en forma exitosa cuando muchas personas se ven involucradas, especialmente si se tratan materias técnicas o decisiones que envuelven cuestionamientos sociales, filosóficos y/o morales, como suele ocurrir en materia ambiental.

De tal manera, los procesos judiciales y los tribunales constituyen un foro poco apropiado para resolver disputas ambientales, por haber sido diseñados principalmente para solucionar conflictos privados entre dos partes. Es en esta hipótesis que un proceso y un tribunal dan lo mejor de sí. Por el contrario, las disputas ambientales son interorganizacionales en vez de interpersonales, envuelven partes con una dispar correlación de poderes y recursos las que además pueden no conocerse con anterioridad, presentan aspectos técnicos de interpretación de datos o incerteza científica, y las materias en discusión afectan los intereses de muchas personas<sup>30</sup>.

Cada vez más, las legislaturas reconocen la inconveniencia de los tribunales como foro para la solución de problemas ambientales. Un buen ejemplo es la ley "*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*", también llamada de Superfund o CER-

CLA<sup>31</sup>. En esta expresamente se favorece la mediación como mecanismo para determinar responsabilidades en la limpieza de sitios en complejos casos con multiplicidad de partes—incluyendo al gobierno federal, gobiernos estatales, municipios, empresas, comunidades locales y particulares— que de otra manera probablemente habrían terminado enfrentados en tribunales por varios años<sup>32</sup>.

A mayor abundamiento, los intereses de grupos minoritarios sin acción procesal para recurrir ante los tribunales o sin capacidad o recursos para obtener asesoría judicial, pueden verse debidamente protegidos en un proceso de mediación<sup>33</sup>. La mediación es una puerta abierta para actores que, por una u otra razón, no tienen acceso a las instancias judiciales. En consecuencia, esta restaura confianzas no solo en el Poder Judicial sino también en el Estado de Derecho.

Además de los inconvenientes respecto a dónde se resuelve la disputa, los tribunales también se consideran un mal foro debido a quién resuelve la disputa. Dado que las disputas ambientales pueden alcanzar altos grados de sofisticación técnica, uno de los grandes problemas que enfrentan las partes de un juicio ambiental es que tanto jueces como jurados—para el caso de países de tradición legal anglosajona— no tienen la preparación necesaria para resolver materias complejas desde un punto de vista científico. Al punto que, la comparación de evidencias es particularmente complicada cuando ambas partes presentan legítimas posiciones contradictorias, científicamente sustentadas, dejando al juez o jurado con la obligación de optar por la opinión de los expertos de uno u otro lado<sup>34</sup>. La carencia de dichos conocimientos obliga a las partes a invertir tiempo y recursos en "educar" a quienes son llamados a resolver la disputa, explicándoles las prácticas relevantes de la industria y la legislación ambiental.

<sup>29</sup> Algunas materias o procedimientos tales como quejas, apelaciones ante autoridades administrativas y solicitudes de amparo han sido excluidos de la mediación en virtud de ciertos intereses públicos envueltos, tales como la mantención de jurisdicción sobre una disputa, el monitoreo de negligencias y la aplicación de castigos. En todo caso, estos no pasan de ser la excepción. Ver Aseem Mehta, *Resolving Environmental Disputes in the Hush-Hush World of Mediation: a Guideline for Confidentiality*, 10 Geo. J. Legal Ethics 521, 526 (1997).

<sup>30</sup> Ver Stukenborg, *op. cit.*, pág. 1338.

<sup>31</sup> Dictada por el Congreso estadounidense el 11 de diciembre de 1980, esta ley crea un impuesto que afecta a la industria química y petrolera y entrega amplias facultades a la autoridad federal para responder en forma directa a liberaciones o amenazas de liberaciones de sustancias peligrosas que puedan poner en riesgo la salud pública o el medio ambiente.

<sup>32</sup> Ver Kubasek, *op. cit.*, pág. 543.

<sup>33</sup> *Id.*

<sup>34</sup> Ver Aseem Mehta, *op. cit.*, pág. 525.

Todos los problemas mencionados precedentemente se evitan con la asistencia de un mediador preparado para lidiar con las dificultades que conlleva una disputa ambiental. De esta forma muchas personas pueden tomar parte en el proceso, se evitan discusiones procesales como por ejemplo sobre la titularidad de la acción, las partes gozan de la asesoría de un entendido en las complejidades técnicas y legales del caso, se economiza en tiempo y recursos, se reducen las posibilidades de obtener una resolución arbitraria, inapropiada o errónea, etcétera<sup>35</sup>.

#### 4 Protección de las relaciones preexistentes y futuras

Las disputas ambientales usualmente enfrentan a multiplicidad de partes –empresas, autoridades y comunidades– unas en contra de otras. Cuando aquellos que no tienen la oportunidad de terminar las relaciones que los unen acuden a los tribunales, normalmente el resultado estará plagado de animosidades y afectará en forma negativa las relaciones futuras. Por el contrario, a diferencia de los procesos judiciales, la mediación es cooperativa. Trabajando en forma conjunta y en busca de una solución que mutuamente les satisfaga, las partes no solo preservan sus relaciones, sino que incluso pueden mejorarlas. Esto es difícil de lograr en esferas judiciales donde el sistema mismo se estructura como una batalla entre dos partes, de la cual necesariamente uno sale como vencedor y el resto como perdedores<sup>36</sup>.

#### 5. Comodidad, flexibilidad e informalidad

La mediación es conducida de una manera más acorde con la forma en que opera el mundo de los negocios. Las reuniones entre las partes son informales, se pueden organizar fuera de las horas de trabajo y no son conducidas en anticuadas dependencias sino en cómodas oficinas privadas<sup>37</sup>. Cada parte tiene derecho a contar su versión de la historia en una atmósfera menos intimidante que la de un tribunal, presentando su caso sin mayor ceremonial y

con un mejor entendimiento de la dinámica del proceso. Al usar un lenguaje cotidiano, la mediación solidariza con las necesidades del individuo y de la sociedad<sup>38</sup>.

#### 6. Reserva

Cuando las partes de una disputa están bajo el escrutinio de sus partidarios o del público, los discursos tienden a ser menos racionales y más propagandísticos<sup>39</sup>. Las partes pueden intentar movilizar gente o ganar el apoyo público expresando indignación sobre valores reconocidamente compartidos por las grandes audiencias. Dado que los valores no son negociables, los intentos de movilización hacia el público tienen el efecto de motivar una retórica destructiva<sup>40</sup>. Todo este proceso es de común ocurrencia en el área medioambiental.

La mediación y otras formas de MASC no están abiertas al escrutinio público como los procesos judiciales. Tanto las conversaciones y los documentos generados durante la mediación como el acuerdo final son mantenidos en carácter confidencial. Ello puede ser extremadamente beneficioso para aquellas partes interesadas en mantener buenas relaciones después que la disputa haya sido resuelta, como ocurre entre una empresa y la comunidad local en la cual está inserta.

La confidencialidad es un factor clave en el éxito de la mediación. Sin embargo, no es posible elaborar reglas generales sobre el grado de confidencialidad necesario para dicho éxito<sup>41</sup>. Como consecuencia del carácter casuístico de la mediación, el grado apropiado de reserva deberá ser determinado en un análisis caso a caso.

#### 7. Carácter definitivo

Las resoluciones del mediador son definitivas, vinculantes y legalmente enforzables respecto de quienes participan en el proceso. Los tribunales no tienen derecho a intervenir dicho proceso ni pueden cuestionar, tanto en los hechos como en el derecho, los acuerdos legal-

<sup>35</sup> *Id.* pág. 524.

<sup>36</sup> *Id.* pág. 525.

<sup>37</sup> Ver Zwetkoff, *op. cit.*, pág. 372.

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> *Id.* pág. 370.

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> Ver Mehta, *op. cit.*, pág. 540.

mente adoptados por las partes. Una vez que la solución a la disputa es acordada no existen recursos judiciales que puedan causar mayores dilaciones en su implementación.

Sin embargo, las partes son libres de considerar la utilización de MASC de carácter no obligatorio. Mediaciones de carácter evaluativo o arbitrajes no vinculantes, a pesar de ser poco frecuentes, son instrumentos útiles para aquellos que necesitan un diagnóstico de las fortalezas y debilidades de sus teorías legales y de sus pruebas, pero que no están dispuestos –por el momento– a someterse a la jurisdicción de un mediador o árbitro. Tales determinaciones sirven como bases razonables para negociar acuerdos sin necesidad de llegar a juicio, como han comprobado partes que determinaron voluntariamente su responsabilidad por sitios contaminados con sustancias peligrosas, de acuerdo con la legislación estadounidense de *Superfund*<sup>42</sup>.

#### IV. CRÍTICAS

Algunas voces han alertado contra un desmesurado entusiasmo en favor de la mediación ambiental<sup>43</sup>. Irónicamente, las críticas apuntan a varias de las virtudes enarboladas por los partidarios de la mediación, como se advierte a continuación:

##### 1. Impopularidad de la mediación ambiental como MASC

A pesar del extensivo uso de MASC en otras áreas del derecho y más de dos décadas de intentos en el área ambiental, la sociedad en general y los abogados en particular aún no aceptan el uso masivo de la mediación para la solución de disputas ambientales<sup>44</sup>. Señalan la existencia de demasiados obstáculos como para creer en un proceso de mediación ambiental exitoso<sup>45</sup>. Pasamos a enumerar dichos obstáculos:

- a) Desconocimiento generalizado de los diversos MASC<sup>46</sup>.
- b) Naturaleza compleja de muchos conflictos ambientales que envuelven cuestionamientos filosófico, sociales y/o morales de tipo distributivo (quién merece qué)<sup>47</sup>.
- c) Partes no dispuestas a llegar a acuerdos que les ofrezcan menos de lo creen poder obtener a través de tribunales, presiones políticas u otros medios<sup>48</sup>.
- d) Creencia que la sola oferta de sentarse a negociar será percibida como una señal de debilidad o de incapacidad de llevar el caso hasta las últimas consecuencias<sup>49</sup>.
- e) Temor de que la contraparte no quiere llegar a acuerdo o que no respetará lo acordado<sup>50</sup>.
- f) Existencia de una parte a quien le conviene dilatar el compromiso y no tiene incentivos para negociar.
- g) Personas que toman posiciones públicas como extremas, las propias y las del oponente, de modo que pareciera no existir un término medio<sup>51</sup>.
- h) Aquellos que quieren una solución pero no quieren negociar<sup>52</sup>.

##### 2. Delegación de funciones públicas

Los partidarios de la mediación han invitado al Congreso y al Ejecutivo a evadir la toma de decisiones difíciles –léase impopulares– renunciando a ejercer su función. Por un lado, al insertar mecanismos de mediación en leyes ambientales de por sí mal estructuradas y extraordinariamente complejas, en vez de corregir sus defectos el Congreso opta por delegar el delicado proceso de definición de políticas públicas económicas y ambientales en terceras personas<sup>53</sup>. Por el otro, el Ejecutivo y sus agen-

<sup>42</sup> Ver nota número 30.

<sup>43</sup> Ver, por ejemplo, Schoenbrod, *op. cit.*

<sup>44</sup> Ver Stukenborg, *op. cit.*, pág. 1331.

<sup>45</sup> En general, ver Burgess y Burgess, *op. cit.*, y también Patton, *op. cit.*

<sup>46</sup> Ver Stukenborg, *op. cit.*, pág. 1332, citando a Richard H. Mays, *ADR and Environmental Enforcement: Myths, Misconceptions, and Fallacies*, 19 *Envtl. L. Rep.* (Envtl. L. Inst.) 10,099, 10, 102 (1989).

<sup>47</sup> Ver Burgess, *op. cit.*, pág. 1-2.

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> Ver Patton, *op. cit.*, pág. 550.

<sup>50</sup> *Id.* pág. 551.

<sup>51</sup> *Id.* pág. 552.

<sup>52</sup> *Id.* pág. 553.

<sup>53</sup> Ver Schoenbrod, *op. cit.*, pág. 1469.

cias usan la mediación como una manera de evitar decisiones complejas, como por ejemplo prohibir proyectos inmobiliarios o industriales con efectos perjudiciales para el medio ambiente<sup>54</sup>. De esta forma, aseveran los críticos, la mediación obstruye procesos establecidos por ley para proteger el interés general de la población. Y además da pie para que tanto el Congreso como el Ejecutivo puedan excusarse en que el problema no está en la calidad de la legislación o en la falta de definiciones, sino en la renuencia de las partes de la mediación para adoptar un acuerdo<sup>55</sup>.

### 3. Denegación o restricción de importantes derechos

En la medida que el uso de la mediación aumenta, la presión se traslada sobre las partes que no quieren mediar, cuyos derechos fundamentales –como ser oído por un tribunal– se ven restringidos<sup>56</sup>. Más aún, señalan los críticos, no solo derechos procesales sino también derechos sustantivos como la garantía de un medio ambiente libre de contaminación o el derecho de propiedad pueden ser afectados por esta vía. Ya sea que la presión recaiga sobre los ambientalistas, las empresas o los vecinos, la conculcación de derechos constitucionales tendrá lugar sin que el Congreso, los tribunales o el Ejecutivo se hagan responsables.

### 4. *Forum non conveniens*

La negociación directa, resoluciones administrativas y resoluciones judiciales no son las únicas formas de solucionar conflictos ambientales, frente a las cuales la mediación presentaría sus ventajas<sup>57</sup>. Mientras que muchas de las normas aplicadas en la solución de disputas privadas en los Estados Unidos de América son jurisprudenciales<sup>58</sup>, las disputas ambientales constituyen una excepción ya que usual-

mente se resuelven con regulaciones o incluso leyes dictadas al efecto. De este modo, se permite a la legislatura intervenir en disputas de actual vigencia. En la búsqueda de soluciones a prolongadas disputas regidas por leyes ambientales, se ha argumentado que el camino correcto es cambiar las normas que gobiernan dichos problemas, solucionándolos de una vez y para siempre.

### 5. Injusticia derivada de la inconsistencia

Las soluciones que resultan de los procesos de mediación nacen de acuerdo al contexto de la disputa y normalmente solo son aplicables al caso específico para el cual fueron diseñadas<sup>59</sup>. Dado que los precedentes no tienen fuerza sobre las partes de un nuevo conflicto, existe una enorme fuente de resoluciones dispares para casos similares<sup>60</sup>. Se ha sostenido que este potencial para soluciones tan diversas es injusto.

### 6. Carencia de un mecanismo de arrastre de terceros

El derecho procesal comparado en general y el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil chileno en particular contemplan lo que podemos llamar un mecanismo de arrastre de terceros. Este permite que la acción ejercida por alguna persona en juicio, cuando corresponda también a otros que no la han entablado, se ponga en conocimiento de estos para que expresen si se adhieren o no a ella, so pena de afectarles el resultado del proceso sin nueva citación. A diferencia de lo que ocurre en materia judicial, un problema significativo de la mediación es la carencia de tal mecanismo de arrastre de terceros<sup>61</sup>.

Se argumenta que esta carencia alberga un riesgo para muchos intolerable, cual es que después de haber hecho importantes concesiones para llegar a un acuerdo mediado, terceros que no participaron en la mediación interpongan acciones ante los tribunales de justicia. Las consecuencias de este fenómeno son evidentes y van desde la simple molestia, pérdida de

<sup>54</sup> Ver Kubasek, *op. cit.*, pág. 550, citando Issues in Developing the Practice of Environmental Mediation in Ohio: A Symposium, 1 Ohio St. J. Dis. Res. 299 (1986).

<sup>55</sup> Ver Schoenbrod, *op. cit.*, pág. 1469.

<sup>56</sup> Ver Kubasek, *op. cit.*, pág. 551.

<sup>57</sup> Ver Schoenbrod, *op. cit.*, pág. 1471.

<sup>58</sup> Las cuales constituyen la base de lo que entendemos por derecho común anglosajón.

<sup>59</sup> Ver Zwetkoff, *op. cit.*, pág. 369.

<sup>60</sup> Ver Kubasek, *op. cit.*, pág. 548.

<sup>61</sup> *Id.* pág. 550.

tiempo y gastos a incurrir como consecuencia del nuevo juicio hasta la posibilidad de medidas precautorias o incluso la nulidad del acuerdo mediado para el caso que este haya sido tomado en forma contraria a derecho.

Los críticos atacan la incapacidad del mediador de forzar a las partes para hacerse parte en el proceso y aceptar sus resultados. Según ellos, la mediación resuelve pocas disputas a menos que los facultados para llegar acuerdos sean presionados directamente por las autoridades administrativas o judiciales<sup>62</sup>. Ello sería especialmente cierto en países cuyas legislaciones facultan a las autoridades a exigir la celebración de mediaciones como medida previa a la resolución de un pleito.

## 7. Confidencialidad

Los problemas ambientales son asuntos públicos por definición. Permitir una reserva total en una mediación ambiental puede tener como resultado soluciones que no toman en cuenta en su justa medida los costos para la sociedad. Si el total de los costos sociales no son internalizados, la mediación pierde su gran virtud, cual es la conciliación de todas las posturas pertinentes para la solución del conflicto y eventual reconciliación de las partes<sup>63</sup>.

Esta crítica, al igual que la anterior, se funda en la existencia de terceros que no son partes del proceso de mediación. Si dichos terceros pueden verse afectados por el resultado de la mediación, es perfectamente argumentable que ellos tienen derecho a ser informados del transcurso del proceso y de su resultado sin reservas de ningún tipo. Por ello se ha discutido si los tribunales deben o no conceder reserva a las negociaciones ambientales y, en caso que la concedan, cuanta confidencialidad puede ser garantizada de modo de favorecer el proceso de mediación y evitar, al mismo tiempo, atropellos a los legítimos derechos de terceros que no son partes del proceso<sup>64</sup>.

Más aún, la garantía de reserva en materias de interés público se opone a la tendencia mundial que favorece la dictación de normas en favor de la transparencia en el proceso de

toma de decisiones públicas<sup>65</sup>. Si una agencia pública toma cartas en un asunto ambiental, como es bastante probable que ocurra, el público debe saber las concesiones hechas por la autoridad durante el proceso de negociación. En estos casos, una estricta confidencialidad va en perjuicio del medio ambiente y de la sociedad en general.

## 8. Irresponsabilidad

Estrechamente ligado al problema precedente, se ha señalado que los acuerdos producto de mediaciones no están sujetos a revisión judicial<sup>66</sup>. En consecuencia, quienes toman parte en estos no están sometidos a controles de relevancia. El asunto reviste mayor gravedad si alguna autoridad está involucrada en la mediación pues si bien sus regulaciones le son aplicables, no existirá un mecanismo contralor independiente para garantizar que la autoridad actúe en forma legal, burlándose de este modo el sistema de chequeos recíprocos y balances propio de los Estados de Derecho.

## 9. El orden político y legal no sufren modificaciones

El mediador coopera al diseño de soluciones privadas mutuamente aceptables por sus clientes, quienes son los únicos obligados por el acuerdo adoptado. Por el contrario, los jueces no solo resuelven disputas privadas sino también son capaces de modificar el orden social. Por lo anterior, los activistas ambientales prefieren el litigio a la mediación<sup>67</sup>. El litigio les ofrece el beneficio permanente de que cada sentencia favorable sirve para otra causa donde podrá ser invocada como precedente judicial, facilitando así sus objetivos de cambio del orden político y legal.

## VI. CONCLUSIÓN

La mediación es un método alternativo de solución de conflictos ambientales cada día más popular. Comenzó como un experimento a

<sup>62</sup> Ver Schoenbrod, *op. cit.*, pág. 1453.

<sup>63</sup> Ver Mehta, *op. cit.*, pág. 523.

<sup>64</sup> Id. pág. 522.

<sup>65</sup> Id. pág. 528.

<sup>66</sup> Ver Kubasek, *op. cit.*, pág. 552.

<sup>67</sup> Ver Zwetkoff, *op. cit.*, pág. 369.

mediados de los años setenta y gradualmente ha dejado ese *status* para ser reconocida como una alternativa efectiva a los métodos tradicionales de solución de conflictos como la negociación directa o procedimientos administrativos y judiciales. Actualmente, la mediación es considerada un mecanismo de múltiples virtudes en la solución de conflictos ambientales.

Existen algunas barreras que deben ser superadas para lograr un proceso de mediación ambiental exitoso. Malentendimientos, escepticismos y el uso de maniobras dilatorias, entre otras, han jugado en contra de su plena aplicación. Si estos temas son abordados eficazmente y se realiza una certera identificación de las partes, disputa y método para alcanzar una solución aceptable, la sociedad llegará a admitir el uso de la mediación ambiental en más y más casos.

Sus partidarios afirman que las virtudes de la mediación, en comparación con los métodos tradicionales de resolución de conflictos, son del todo evidentes. Estos últimos suelen ser lentos, caros, inadecuados para el manejo de temas ambientales, afectan relaciones preexistentes y futuras, son rígidos y generan mala publicidad. Por su parte, la mediación es usualmente más rápida, económica, es un foro ideal para resolver disputas ambientales, pro-

tege relaciones preexistentes y futuras, es flexible, reservada y definitiva.

La mediación ambiental tiene críticos que ponen en duda las ventajas mencionadas precedentemente. Según estos, la mediación mina el proceso legal designado a proteger el interés público instando al Congreso y a las autoridades ejecutivas a delegar sus funciones, restringiendo de paso importantes derechos, especialmente si esta es conducida en forma confidencial. Finalmente, critican la falta de uniformidad en la solución de casos similares, la inexistencia de un mecanismo de arrastre como el que existe en juicio, la irresponsabilidad de las partes y la imposibilidad de cuestionar y cambiar el orden jurídico y social.

Así y todo, la mediación ambiental está probando a las partes que es productivo para ellas sentarse a definir sus disputas y solucionar los puntos que les separan. Contando con un lugar apropiado y la asistencia de un mediador profesional capaz de superar las barreras mencionadas en este artículo, las partes estarán en condiciones de llegar a un mejor conocimiento de los temas, motivaciones y circunstancias que subyacen a la disputa. De este modo, expresarán correctamente sus problemas, describirán mejor sus intereses y propondrán soluciones mutuamente aceptables.