

Título: Acceso a la justicia ambiental

Autor: Cafferatta, Néstor A.

Publicado en: LA LEY 09/11/2020, 09/11/2020, 1 - LA LEY2020-F, 272 - ADLA2021-1, 19

Cita: TR LALEY AR/DOC/3682/2020

Sumario: I. Acuerdo Regional Ambiental de Escazú.— II. Debido proceso ambiental.— III. Derrumbe del proceso adversarial clásico.— IV. Renovación procesal.— V. Era de las legitimaciones.— VI. Órganos especializados.— VII. Procedimientos efectivos y transparentes.— VIII. Cautelares, de la prueba y papel del juez.— IX. Colofón.

(*)

La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente, y la Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de derecho (CS, Fallos 339:515).

I. Acuerdo Regional Ambiental de Escazú

Estas líneas tienen como propósito difundir la importancia para la región del recientemente aprobado "Acuerdo de Escazú".

La justicia ambiental es un elemento esencial dentro del Estado de derecho ambiental (para ampliar ver los trabajos de José Esain). El Estado de derecho ambiental es la aplicación del principio de legalidad desde el punto de vista del paradigma ambiental (Ricardo Lorenzetti — Pablo Lorenzetti).

La ley 27.566, del 19/10/2020, aprueba el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, celebrado en la ciudad de Escazú, República de Costa Rica, el 04/03/2018. Dicho instrumento internacional, de enorme relevancia en la especialidad, cuenta actualmente con 24 firmas (<https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>) y 9 ratificaciones (la Argentina es el 10º país en aprobarlo), y deberá ser ratificado por 11 países para entrar en vigor ([1](#)).

El Acuerdo contiene, en su art. 8º, un conjunto de normas en materia de "Acceso a la justicia en asuntos ambientales". Para ello, establece como enunciado general —clave de bóveda del sistema—: "cada Parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso".

I.1. El art. 2º del Acuerdo de Escazú contiene definiciones, entre las que se destacan las de "derechos de acceso", "autoridad competente", "información ambiental", "público", "personas o grupos en situación de vulnerabilidad".

La definición de "información ambiental" comprende cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier formato, relativa al medio ambiente y sus elementos y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el medio ambiente y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales.

Esta noción se integra con lo dispuesto en el art. 6º ("Generación y divulgación de información ambiental"), en especial en cuanto a sus posibles contenidos; el punto 3 incluye informes sobre el estado del medio ambiente, listado de zonas contaminadas por tipo de contaminante y localización, información sobre el uso y conservación de los recursos naturales y servicios ecosistémicos, fuentes relativas a cambio climático que contribuyan a fortalecer las capacidades nacionales en esta materia, información de los procesos de evaluación de impacto ambiental y las licencias o permisos ambientales, un listado de residuos por tipo y, cuando sea posible, desagregado por volumen, localización, etcétera.

Por "derechos de acceso" se entiende el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales.

En tanto que "autoridad competente" incluye toda institución pública que ejerce los poderes, la autoridad y las funciones en materia de acceso a la información, incluyendo a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del Estado o controlados por él, que actúen por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes, y, cuando corresponda, a las organizaciones privadas, en la medida en que reciban fondos o beneficios públicos directa o indirectamente o que desempeñen funciones y servicios públicos, pero exclusivamente en lo referido a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados.

El concepto de "público" incluye una o varias personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas, que son nacionales o que están sujetos a la jurisdicción nacional del Estado parte.

I.2. Este Acuerdo contiene numerosos artículos de tutela del "débil", que se refiere a la noción de vulnerabilidad.

Según el art. 2º, "personas o grupos en situación de vulnerabilidad" son aquellas personas o grupos que encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso reconocidos en el presente Acuerdo, por las circunstancias o condiciones que se entiendan en el contexto nacional de cada parte y de conformidad con sus obligaciones internacionales. El art. 5º, de "Acceso a la información ambiental", contiene: apart. 5.3 (facilidad de acceso a la información ambiental), apart. 5.4 (procedimientos de atención), apart. 5.4 (pueblos indígenas), y apart. 5.17 (costos razonables de copia, reproducción y envío, excepción de pago). El art. 6º, "Generación y divulgación de información ambiental": apart. 6.6 (formatos alternativos comprensibles para dichos grupos vulnerables) y apart. 6.14 (involucrarlos de manera activa, oportuna y efectiva en los mecanismos de participación); y el art. 8º, apart. 8.5, relativo a atender a las necesidades de estos grupos, mediante apoyo, asistencia técnica y jurídica gratuita.

I.3. La Ac. CS 5/2009 adhirió a las Reglas de Brasilia sobre Acceso la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, que tiene por objeto la defensa de todas aquellas personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, en todo de acuerdo con las normas contenidas en el Acuerdo de Escazú.

Por lo demás, el Acuerdo de Escazú está en línea con la prédica incesante de la Escuela de Acceso a la Justicia, con sede en Florencia, encabezada por Mauro Cappelletti.

II. Debido proceso ambiental

En el marco de las reglas del debido proceso (garantía de defensa en juicio), el Acuerdo prevé que "cada Parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento".

Las decisiones, acciones u omisiones que pueden ser objeto de vías de impugnación o recursivas son: "a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental; b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente".

Por lo expuesto, esta primera parte del art. 8º apunta a asegurar el acceso administrativo y jurisdiccional para impugnar, atacar o cuestionar y —en caso de disconformidad— recurrir (en cuanto al fondo de la cuestión y al procedimiento) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el triple acceso (a la información, a la participación y acceso a la justicia ambiental) garantizado por el Acuerdo Regional. El acceso a la justicia ambiental está patentizado no solo en disponer de carriles adecuados de impugnación y recursivos (aspecto procesal), sino también en todo lo relativo a la faz sustantiva, en cuanto la conducta que se cuestiona afecte o pueda afectar de manera negativa al medio ambiente o resulte contravenacional.

Introduce entonces la materia del régimen de faltas o violación de normas legales positivas ambientales (ilegalidad) en la parte de derecho administrativo sancionador.

II.1. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada parte, considerando sus circunstancias, contará con una serie de institutos de enorme relevancia para la eficacia del sistema:

- a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental;
- b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos;
- c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional;
- d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente;
- e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba;
- f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y
- g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no

repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

III. Derrumbe del proceso adversarial clásico

El derecho ambiental es revolucionario (Ramón Martín Mateo); desde el punto de vista procesal, es insurgente (Antonio Benjamín); produce la necesidad de adaptar, reformular, "aplicar lo mismo pero de manera diferente" en todas las piezas clave o focos procesales (Augusto Morello).

Hace un tiempo atrás, la doctrina señalaba que el proceso civil tradicional es de tipo adversarial, bilateral, de efectos más o menos discretos (Alterini), en tanto que enfrenta a "Cayo y Ticio" (Morello) en un conflicto o contienda de intereses controvertidos, relativo a derechos subjetivos, diferenciados, propios, de base economicista o individual. Pero la problemática ambiental es portadora de los intereses difusos, supraindividuales, de la comunidad o colectividad en su conjunto o global; y se refiere, además, a los bienes colectivos o bienes comunes, de objeto indivisible.

Por ello, desde lo procesal, se dijo que el proceso adversarial clásico (Taruffo) es "un castillo en ruinas poblado de fantasmas" (Peyrano). Es que la lógica del "paradigma ambiental" (Ricardo Lorenzetti) aloja pretensiones de cesación, prevención, recomposición o restauración (reparación en especie o in natura in situ), y adopta como metodología apta una visión ecosistémica (como lo viene sosteniendo la Corte Suprema de Justicia argentina), en una red que toca intereses policéntricos (Fuller) que nada tiene que ver con la visión egoísta o individual, histórica del caso.

Todo ello pone en jaque las viejas estructuras, aun aquellas de linaje y abolengo inveterado, y el funcionamiento del proceso de origen decimonónico de los Códigos o leyes procesales inspirados en el derecho liberal, de base "iusprivatista", heredado de los ideales liberales de la Revolución Francesa de 1789 (para la "pequeña aldea", con pretensiones de universalidad —manifiesta en la codificación, de sistema cerrado— y de intemporalidad), de la gloria del Código de Napoleón de 1804 y las enseñanzas imperecederas de la más calificada doctrina procesal de Giuseppe Chiovenda, Francisco Carnelutti, Calamandrei, Satta y la escuela italiana del derecho procesal, que sentaran las bases de la autonomía de nuestro conocido derecho ritual.

En este panorama de cambio, asimismo, entran en crisis, por ejemplo, algunas de las explicaciones científicas más útiles de la centuria pasada, como la prestigiosa trilogía de "situaciones jurídicas tuteladas" por el derecho, que usualmente resulta aplicable como modelo de acceso a la justicia, que nos legara el genio magnífico de Jellinek (derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples).

Finalmente, este estado de ebullición e innovaciones impacta no solo en el sistema de responsabilidad civil por daños —que cambia o se modifica, dando "un salto" de la reparación económica indemnizatoria, que se expresa en la función resarcitoria de la responsabilidad, a una función preventiva, de evitación del daño (prevención y precaución)—, sino también en el derecho constitucional, que pasa de un Estado de derecho legal (en el que la única fuente del derecho es la ley) a un Estado de derecho constitucional (Estado social de derecho), para transitar —a nuestro juicio— actualmente la etapa del "Estado socioambiental de derecho" (Benjamín, Lorenzetti). Se redescubre, entonces, que el derecho como sistema normativo no se integra tan solo de reglas, sino también de principios y valores.

III.1. Estos últimos cambios llevan a la existencia de un neoconstitucionalismo —que en el ámbito unificado de derecho privado se traduce en el derecho privado constitucional, con la doctrina del *Drittwirkung* (Aída Kemelmajer de Carlucci), por la que resulta aplicable la Constitución a las relaciones entre los particulares—, que se demuestra con la sanción de Constituciones o Cartas Políticas de los Estados de la región de América Latina y del Caribe que contienen un amplísimo régimen de derechos, procesos y garantías de "tipo sustantivo o estructural", en los que se destacan normas de protección de los derechos humanos (conforme con pautas del derecho internacional de los derechos humanos) y, en especial, con el fenómeno del "constitucionalismo verde" (Raúl Brañes), que por oleadas promovidas por la Conferencia de Naciones Unidas para el Ambiente Humano de Estocolmo (1972) y la Cumbre de la Tierra —Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo— de Río de Janeiro (1992) introdujeron cláusulas ambientales en las Cartas Magnas de las naciones de la región.

Los países de la región incorporaron a su Constitución, sucesivamente, una norma ambiental: Panamá (1972), Cuba (1976), Chile (1980), Honduras (1982), El Salvador (1983), Brasil (1988), Colombia (1991) y Paraguay (1992), entre otros, pertenecen a esta primera oleada de cambios; luego vinieron la Argentina (1994), Uruguay (1996) y México (1999), entre otros, y —en especial destaque— el constitucionalismo andino de Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999), que introduce un fuerte reconocimiento a la "Pachamama" o naturaleza como sujeto de derecho; son fruto de este movimiento de reverdecimiento de las Constituciones políticas de las naciones de América Latina y del Caribe.

Este proceso de cambio responde a razones de orden general, de carácter cultural y a dar satisfacción a nuevas necesidades sociales, producidas por la irrupción de la sociedad líquida (Baumann), la era tecnológica (Messina) o neoindustrialismo, la era atómica, de la globalización, de la energía (de la energía iónica y no ionizante), el dominio de la nanotecnología (lo infinitamente pequeño) o el dominio del espacio (lo infinitamente grande), de la informática, de la biología molecular (transgénicos, OMG), del estudio del ADN del ser humano, de la mecánica cuántica y de la robótica (inteligencia artificial), que conducen a la humanidad a un desarrollo o progreso en las ciencias o el conocimiento extraordinariamente creciente y acelerado, pero que al mismo tiempo genera nuevos problemas de alcance en ocasiones desconocido, y que en lo ambiental produce situaciones complejas, difíciles, para lo cual es necesario buscar otras formas jurídicas de resolución de conflictos. Ramón Martín Mateo, el notable jurista de Alicante, decía en este contexto que el hombre es una especie en peligro [\(2\)](#).

IV. Renovación procesal

Nadie discute hoy que el viejo proceso adversarial clásico no da respuesta adecuada a las cuestiones ambientales más acuciantes —o incluso a las cotidianas— de la especialidad. Por lo pronto, si se consagra el derecho ambiental en el seno del derecho constitucional, está claro que el "cordón umbilical" que une o vincula el derecho constitucional con el derecho procesal no admite o tolera que se lo corte o reduzca en cuanto a la legitimación activa de obrar (siguiendo las enseñanzas de notable doctrina de Bidart Campos y de Augusto Morello). Esto es, el acceso a la justicia ambiental no admite restricciones de ningún tipo o especie (como lo establece la ley 25.675 General del Ambiente de la Argentina) y, en consecuencia, cualquier interpretación "reduccionista", "egoísta", "individualista" o contraria a un sistema de acceso amplio, "colectivo", plural o masificado, o que conspire contra el necesario ensanchamiento de la base legitimatoria para obrar, en la "puerta" misma de acceso al proceso (que no es otra que la legitimatio) de participación democrática horizontal, es inconstitucional.

Frente a la existencia de los nuevos derechos, de escala inédita colectiva, multisubjetiva, es necesario que se produzca una apertura horizontal de la legitimación activa de obrar.

El solo reconocimiento del derecho ambiental constitucional ensancha las bases de la acción, porque los "intereses difusos" o derechos de incidencia colectiva (art. 43, CN) —familia a la que pertenece el derecho ambiental— se trasladan automáticamente al foco o pieza procesal de la legitimación activa de obrar, sin solución de continuidad.

Lo contrario sería contradictorio con el sistema constitucional.

Augusto Morello señalaba las "ideas fuerza" (arbotantes, vigas estructurales) de estos tiempos: la dilatación de los derechos fundamentales (entre los cuales se podría inscribir el derecho ambiental), la "constitucionalización de los derechos" —o, dicho de otra forma, la "fuerza normativa de la Constitución" (Bidart Campos)—, como asimismo, desde una óptica más amplia, la "internalización del derecho", destacando especialmente la importancia —en ascenso— del derecho transnacional, de bloque o regional, la eficacia del movimiento de acceso a la justicia y la necesaria recomposición de la unidad sustantiva-procesal.

IV.1. Advertimos que, en ese sentido, el proceso colectivo ambiental sacude la "santabárbara" de las tradicionales explicaciones procesales (Morello). Requiere de una nueva filosofía y de una diferente cultura jurídica, que lleve a la adopción de mecanismos de tutela diversificada y urgente.

La categoría de asuntos que aloja, de tipo masivo (Mariana Cattalano, Lorena González) o grupal, de repercusión social gravitante, de inédita dimensión social, representa un nuevo perfil social de los fenómenos jurídicos, que implica un registro subjetivo distinto que el clásico o tradicional.

En este contexto, la tipología del caso es diferente, porque pasamos de un caso "fácil", bilateral o bipolar, a un caso "difícil" (Hart, Dworkin), de litigio estructural (Owen Fiss), prueba ríspida, de "alta tecnología o científicidad", de colisión o tensión de principios y valores constitucionales (no tan solo de antinomia de reglas), de "prueba difícil", intereses múltiples superpuestos o imbricados, policéntricos (así los califica la Corte argentina), con intereses tan enmarañados que presentan corte de telarañas y centros de interés en un cruce de hebras.

Pensemos que el macro fin del derecho ambiental, el valor que persigue, es la sustentabilidad (Benjamín, Walsh, Franza), que a su vez es uno de los pilares sustantivos del derecho ambiental (Peretti, Cafferatta), lo que implica conjugar o articular, efectivamente, las tres dimensiones inseparables del desarrollo sostenible: las dimensiones económica, ambiental y social.

V. Era de las legitimaciones

Es la "era de las legitimaciones", enseñaba Augusto Morello, el entrañable maestro del derecho procesal de

La Plata, mentor de la Escuela de Acceso a la Justicia (de Mauro Cappelletti), expresando al mismo tiempo la preocupación por lograr la efectividad, implementación o ejecutoriedad de los derechos.

La legitimación activa de obrar es una pieza estructural del derecho constitucional o del derecho procesal constitucional, o con fuerte repercusión en el derecho constitucional, y está íntimamente vinculada con las reglas del debido proceso (defensa en juicio), porque si se niega en sede administrativa o judicial lo que la propia Constitución reconoce, se debilita el sistema de derechos y garantías constitucionales. Según sea la suerte de la legitimación de obrar activa —predicaban, entre otros, Morello y Bidart Campos—, será la suerte del sistema de derechos y garantías constitucionales.

V.1. Por el contrario, el acceso a la justicia ambiental, que hace a la tutela judicial efectiva, debe ser amplio, permeable, flexible o maleable, para permitir lo que la doctrina denomina "las muchedumbres en los tribunales" (Bianchi).

Es que la problemática del riesgo, amenaza o peligro de daño ambiental, daño ambiental colectivo o daño al ambiente por sí mismo, incide, influye o impacta, perjudica —como una violación de masa o grupo— a cientos, miles o millones de personas, vecinos, interesados, titulares de derechos comunes, homogéneos, iguales o similares, de una situación envolvente, que trepa en el tiempo o en el espacio, que no tiene límites ni fronteras físicas o temporales (Gabriel Stiglitz), pero que molesta, afecta o perturba el ejercicio de derechos de incidencia colectiva, de ropaje constitucional privilegiado y que hacen a la defensa de la calidad de vida o del ambiente, la salud pública o la tutela efectiva de las generaciones presentes y futuras, de colectividades vulnerables (ancianos, niños, mujeres y comunidades indígenas) o de la propia naturaleza, como macro bien o Pachamama en sí misma o algunos de sus componentes (flora o bosques, fauna, biodiversidad, especies en vías de extinción, glaciares, manglares, humedales, el clima o bienes del patrimonio cultural material e inmaterial).

Por lo expuesto, el Acuerdo de Escazú consagra una legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional.

VI. Órganos especializados

Como una puerta de entrada más ancha, de óptimo ingreso y tránsito, en sede tanto administrativa como judicial, en la antesala o ingreso, es conveniente o necesario, como un complemento de ejecutoriedad de estos derechos (nuevos derechos, derechos de incidencia colectiva, intereses difusos, ambientales, íntimamente ligados a los derechos humanos), contar, dentro de la estructura de funcionamiento del sistema judicial, con órganos estatales competentes, con formación y acceso a conocimientos especializados en materia ambiental; y con procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos.

Es decir, se requiere especialización en la constitución, funcionamiento y desarrollo de los órganos administrativos y jurisdiccionales estatales, idóneos, con dominio, saber y experticia específicamente ambiental. ¿Es ello sinónimo de tribunales ambientales, fiscalías ambientales u otros organismos auxiliares de justicia ambiental?

Creemos que sí: íntimamente estamos convencidos de la necesidad de implementar reformas en el fuero judicial clásico, sumando la cuestión o materia ambiental a las tradicionales disciplinas jurídicas (penal, civil, comercial, laboral, previsional, contencioso-administrativa, etc.).

VI.1. Nuestra disciplina —herética, mutante y descodificante, según lo enseña Ricardo Lorenzetti— es autónoma (aunque mixta, por su carácter "transversal" u "horizontal", interdisciplinaria, como lo enseñaran Michel Prieur, Ramón Ojeda Mestre, Ramón Martín Mateo, Mario Valls, Bustamante Alsina y Eduardo Pigretti, entre otros), tiene principios propios, objetivos o finalidades propias, reglas propias y técnicas propias, que requieren de un conocimiento especializado. La complejidad del derecho ambiental estriba, entre otras razones, en su doble personalidad: es un mixto o híbrido que tiene "cuerpo privado y alma pública" (Gozáñi), se nutre de principios y reglas del derecho público (porque se aloja en el interés general), pero tiene un ámbito de aplicación fértil en el derecho privado.

Así, la mayoría de las causas ambientales son colectivas ("litigios masivos"), litigios de "interés público" (Carlos Vallefín), y muchas veces se presentan como litigios estructurales (Owen), de gravedad institucional, excediendo los límites de las partes en conflicto, siendo, por ende, casos difíciles.

VI.2. La complejidad de la problemática, vinculada con el saber científico o tecnológico, demanda un conocimiento consistente o profundo de la disciplina, experiencia y un grado de concentración que muchas veces no permite atender al mismo tiempo otras causas comunes o aun los casos fáciles, o una pluralidad de causas de diversa naturaleza, lo que conspira contra la eficiencia del sistema de organización judicial y su funcionamiento, lo cual igualmente justifica la existencia de estructuras judiciales (órganos especializados) o procesales que respondan adecuadamente a ellas.

A esta altura hay una rica experiencia en nuestro continente latinoamericano y de lengua lusitana; son ejemplos de ello las llamadas Varas Ambientales del Brasil, el Tribunal Administrativo Ambiental de Costa Rica, los Tribunales Ambientales regionales de Chile —en materia de juzgados, tribunales o varas ambientales—, y las Fiscalías especializadas en casi toda América Latina y el Caribe, que funcionan eficientemente en el tratamiento de los casos judiciales ambientales y son exponentes de soluciones de este tipo, con proyección de futuro ejemplar. Chile y Costa Rica cuentan con órganos administrativos que cumplen funciones judiciales, compuestos por un colegio de tres jueces, uno de los cuales es un técnico. Con esa idea, debemos aprovechar la experiencia exitosa de estos países para buscar nuevos caminos de solución de conflictos ambientales.

VII. Procedimientos efectivos y transparentes

La regla que establece que los procedimientos deben ser efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos responde a ideas, institutos y principios que están consagrados en pactos internacionales de derechos civiles y políticos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de manera que no se introduce ninguna novedad conocida en ese sentido.

Pero el acento en la necesidad de que los procedimientos sean transparentes y de que los costos no resulten prohibitivos tiene su razón de ser en el derecho ambiental, porque es un derecho de base participativa, democrática, colectiva, comunitaria, protectoria, que iguala desiguales (al vecino, al hombre del pueblo, con los centros de poder político y económico), basado en la paz (armonía), la buena fe y la cooperación; es esencialmente ético o con una dimensión de la moral (de allí la relevancia de sancionar el "abuso del derecho contra el ambiente" o "ecoabuso", según la calificación de Gonzalo Sozzo, que regula el Código Civil y Comercial de la Argentina en el art. 14).

Dicho sea de paso, el derecho ambiental es un derecho que tiene como anclaje de determinación los bienes y valores colectivos (Lorenzetti); como tal, es un derecho principista, valorista, con una marcada dimensión axiológica, pero fundamentalmente "transparente" (principio que recoge y enuncia el art. 3º del Acuerdo de Escazú). Esta idea o criterio básico, estructural del derecho ambiental, se "filtra", impregna o propaga por todos los institutos de la especialidad. Por eso, los procedimientos deben ser transparentes; las formas son instrumentales, teleológicas, y deben servir para hacer efectivos los derechos sustantivos, en toda su plenitud.

VII.1. Se requiere que estos procedimientos sean efectivos. El derecho ambiental —como todo derecho humano— padece de "raquitismo de eficiencia" (Ramón Ojeda Mestre) o inaplicabilidad de la ley; tiene un grado pobre de cumplimiento (la ley o el derecho), por lo que debe superar escollos, obstáculos o vallas para lograr su indispensable implementación.

Los procedimientos deben ser, además, oportunos (muchas veces tempranos, urgentes, anticipatorios o preventivos), públicos (el control fiscal es público) e imparciales (equidistantes, sin intereses parciales, independientes de las partes en conflicto).

VII.2. Morello decía que la emersión de los "intereses difusos" produce cambios "copernicanos" en el instrumental del derecho procesal, en especial en dos piezas clave del ajedrez procesal.

En la puerta de entrada al proceso (Bidart Campos) o en "el timbre" (Morello): 1) la legitimación activa de obrar (la legitimatio, la cuña expansiva de la socialización del proceso, según las enseñanzas del maestro platense), que es un foco procesal sensible al fenómeno de socialización del proceso; de allí que se ensanche, cambie su estructura o faz de concepción. La legitimación deja de habilitar tan solo a aquel que es titular de la relación jurídica sustantiva o de un derecho subjetivo, propio, individual, exclusivo o excluyente, o —en su caso— de un interés legítimo, individual, concurrente, para adoptar un formato colectivo, supraindividual, masivo, impersonal, que legitima para obrar a aquel que es titular de un "interés mínimo pero suficiente o razonable" (Morello, Cafferatta), o —como lo dijera nuestro constitucionalista— de una cuota parte, fragmento o porción indivisible (Bidart Campos), compartido, coparticipado con otros, de modo igual, similar, "consorcial" o idéntico, derivado de una situación común, homogénea, indiferenciada, fungible, referida globalmente a bienes colectivos, comunes o indivisibles (ambiente).

En el cierre o clausura, al final del proceso: 2) la sentencia, que deja de tener efectos bilaterales, intersubjetivos (entre las partes) y estrechos, ceñida a un estricto principio de congruencia procesal, y pasa a tener efectos erga omnes, abiertos, propagatorios o expansivos, ultra partes, en la medida en que beneficia a todos aquellos que se encuentran en la misma situación envolvente del caso; aunque podamos distinguir en ello —siguiendo a calificada doctrina (Liebman)— los efectos de la cosa juzgada (cuya autoridad es bilateral, porque es una pieza del derecho procesal constitucional ligada con la garantía de defensa en juicio y las reglas del debido proceso legal) y los efectos de la sentencia (una pieza de política judicial, que el legislador puede

extender en su espacio operativo).

VIII. Cautelares, de la prueba y papel del juez

Pero también señalaba que se producen cambios en las cautelares, que dejan de ser asegurativas de resultado y pasan a ser tempranas, de evitación del daño, incluso autosatisfactivas o cautelares materiales. Cambia, en este proceso, la parcela probatoria, por la introducción de mecanismos de facilitación de acceso a la producción de prueba del daño ambiental, mediante procedimientos de inversión de la carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba o la aplicación efectiva del principio de colaboración.

Por último, siguiendo las ideas de la Escuela de Acceso a la Justicia, de Mauro Cappelletti, se predica la necesidad de flexibilizar los mecanismos de acceso a la justicia, lo que lleva a la necesidad de un juez activo, de responsabilidad social (Morello), protector de hogar (Peyrano); un "juez Hércules" (Dworkin) o "juez Hermes" (François Ost), que se alejara del clásico papel del juez pasivo, espectador, legalista, neutral, distante, alejado, juez Júpiter, aquel que, ubicado en las alturas del Olimpo o del Sinaí, impartía una justicia formalista, que solo atendía al juego procesal, con exceso ritual manifiesto, rigidez o estructuras cerradas, que no sirven para dar respuestas a los problemas del hoy.

Es por esta razón que el Acuerdo de Escazú contiene normas que predicen la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente; medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba.

VIII.1. "Daño ambiental" es una expresión ambivalente (Bustamante Alsina), dual o bifronte (Morello, Kemelmajer de Carlucci, Pablo Lorenzetti, Enrique Muller, Edgardo Saux, Daniel Pizarro, Gustavo Vallespinos, Federico De Lorenzo; ver los estudios de Jesús Jordano Fraga, entre otros). Pero cada una de las dos realidades del daño ambiental tiene su carril natural en el derecho procesal. Cuando nos encontramos con que el caso es de daño ambiental colectivo, lo más normal es que se promueva una acción por cesación, prevención o recomposición del daño al ambiente "en sí mismo" (Stiglitz) o daño ecológico puro (Gomis Catalá); en cambio, si el caso es un reclamo por daño ambiental individual, que recae sobre la persona y sus bienes por alteración del ambiente (Rodrigo Walsh), la acción es por reparación o indemnización clásica.

Es una ruta de doble mano: en el camino de ida está el daño ambiental colectivo; y, de vuelta, de rebote, par ricochet, el daño ambiental individual (conf. Morello, Bustamante Alsina, Isidoro Goldenberg, entre otros).

Siendo el derecho ambiental un derecho esencialmente preventivo, la regla de oro del derecho ambiental es la prevención (Kiss); es lógico que se hable de cautelares, para prevenir, hacer cesar o mitigar el daño ambiental (de tutela inhibitoria o de acción preventiva), al igual que de las acciones de recomposición.

El ambiente es un "bien no monetizable" (Lorenzetti). El daño ambiental, por lo general, es grave o irreversible (presupuesto del principio precautorio); de allí la necesidad de actuar anticipadamente, en la etapa del predaño o ex ante (Alterini), con energía en defensa del ambiente. Las soluciones, en la mayoría de los casos, no admiten demoras.

No podemos dejar de expresar nuestra convicción acerca de que el derecho ambiental es el "motor de cambio de una nueva cultura jurídica" (Sabsay). Por lo pronto, es portador del principio precautorio, que lleva al operador jurídico a actuar en un ámbito para el cual no está capacitado: el de la incerteza o incertidumbre científica (el "estado parlamentario de la ciencia", al decir de Gonzalo Sozzo y Valeria Berros), que lo sumerge en las aguas procelosas (parafraseando a Orgaz, a bucear en "zonas grises") de la incertidumbre jurídica.

La "duda" estaba reservada hasta ahora para la moral, la política y la filosofía, y ahora, de la mano de la cuestión ambiental, tiene un nuevo habitante: el derecho ambiental. Esto, de por sí, representa un cambio profundo de racionalidad jurídica. Prueba de ello es la emersión del principio in dubio pro natura en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de países de la región, como Brasil, Costa Rica, Argentina, México y Ecuador, que lo contienen en su legislación (para ampliar, ver una esmerada investigación de Silvia Cappelli publicada en la Revista de Derecho Ambiental, Ed. AbeledoPerrot, en punto a este principio; asimismo, se pueden consultar los trabajos de Mario Peña Chacón).

El derecho clásico se basa en la lógica de la certeza, en tanto el derecho ambiental es portador de cierto grado de incerteza, de probabilidades. Es más, se puede afirmar que la incerteza es inherente a la cuestión ambiental (Falbo).

VIII.2. ¿Qué hacer con el daño ambiental, que no cumple con ninguno de los requisitos del derecho de daños clásico? (Muller — Saux, Daniel Pizarro — Gustavo Vallespinos, Federico De Lorenzo, Jorge Galdós, Aníbal Falbo, Arturo Caumont, Fernando Márquez, Enrique Peretti, Ricardo y Pablo Lorenzetti).

El daño civil clásico es cierto (incluso, el riesgo debe ser cierto), diferenciado, personal, directo, individual, propio, y recae sobre bienes propios o sobre la salud de la persona; en cambio, el daño ambiental colectivo es —en la mayoría de los casos— incierto, o al menos presenta cierto grado de incertidumbre científica, indirecto o reflejo, impersonal, indiferenciado; muchas veces es daño futuro o sobreviniente, colectivo o masivo, supraindividual, referido a bienes colectivos.

Por ello se explica que la responsabilidad por daño ambiental colectivo es preventiva (incluyendo el principio precautorio, la "vuelta del genio maligno" —al decir de Ewald— o el "desconcierto del Leviatán" —según Esteve Pardo—; para ampliar ver los estudios de Aldo Milano, Adriana Bestani y Aída Kemelmajer sobre el principio precautorio), de recomposición o restauración (restituo in pristinum) y, únicamente para el caso de que no fuera técnicamente factible recomponer, de "compensación ecológica" o compensación ambiental (reparación en especie o in natura por sucedáneo o equivalente). Por último, es resarcitoria, para el caso de daño ambiental irreversible, cuando no hubiera otro remedio, en especie o in natura. Por ello, el Acuerdo de Escazú instituye la necesidad de garantizar "mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación".

Todo ello —el carácter prioritario de la responsabilidad preventiva— está dicho por la jurisprudencia de la Corte argentina.

VIII.3. Por último, es indispensable —como lo hemos señalado más arriba— contar con procedimientos de implementación (la que es llamada por Benjamín el "patito feo" de la fenomenología jurídica, la Cenicienta, la injustamente olvidada "teoría de la implementación"), para lograr la efectividad o ejecutoriedad de los derechos ambientales. Como enseña Lorenzetti, el derecho ambiental tiene pretensiones de regulación continua, para no caer en lo que Benjamín denomina "el Estado teatral del derecho ambiental", el tristemente célebre "Estado simbólico de derecho ambiental" (Wolff), o asumir el papel de la avestruz, que introduce la cabeza en un pozo para no ver lo que pasa en la realidad (Benjamín), lo que justifica la relevancia de mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan. Es necesario, muchas veces, crear un "microsistema de control de cumplimiento" efectivo de la sentencia. Destaco que el esfuerzo homérico de nuestros tribunales en punto a estas cuestiones es plausible.

IX. Colofón

Vemos con esperanza el Acuerdo de Escazú, para fortalecer la defensa del ambiente.

Los países de la región van a poder contar con un Acuerdo que dé vida, definitivamente, al triple acceso consagrado por el principio 10 de Río de Janeiro: a la información pública ambiental, la participación ciudadana y la justicia ambiental, pilares básicos del Estado socioambiental del derecho, en concordancia —desde el punto de vista del proceso colectivo ambiental— con las garantías del debido proceso judicial ambiental.

(*) Abogado (UBA). Titular de Cátedra de Derecho de los Recursos Naturales de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Profesor y Subdirector del Posgrado de Especialización en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho (UBA). Secretario de Juicios Ambientales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ex funcionario de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación. Director de la Revista de Derecho Ambiental (Ed. Abeledo Perrot).

(1) El Acuerdo Regional se abrió a la firma de los 33 países de América Latina y el Caribe el 27/09/2018 en la sede de las Naciones Unidas de Nueva York, coincidiendo con el Debate General Anual de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El período para la firma del Acuerdo de Escazú cerró el 26/09/2020, según estipula el art. 21 del Tratado. No obstante, la firma del Acuerdo de Escazú seguirá siendo posible en la sede de las Naciones Unidas de Nueva York. Aquellos países de América Latina y el Caribe que ratifiquen el Acuerdo podrán realizar las gestiones pertinentes a través de su Misión Permanente ante las Naciones Unidas emitiendo los plenos poderes correspondientes.

(2) Lo que sí está ciertamente en nuestras manos es arruinar las condiciones físicas-químicas de la biósfera que han permitido nuestra aparición y pervivencia en este minúsculo espacio del Cosmos. Podemos efectivamente desaparecer, y sin duda lo haremos, si seguimos comportándonos irreflexivamente (Ramón Martín Mateo).