



LA TUTELA JUDICIAL FRENTE AL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO

Gastón Médici Colombo

LA TUTELA JUDICIAL FRENTE
AL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO

LA TUTELA JUDICIAL FRENTE
AL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO

Radiografía del acceso a la justicia ambiental
en Argentina y España

Gastón Médici Colombo



Tarragona, 2019

PUBLICACIONS DE LA UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Av. Catalunya, 35 · 43002 Tarragona

Tel. 977 558 474 · publicacions@urv.cat

www.publicacions.urv.cat



1ª. edición: abril de 2019

ISBN (papel): 978-84-8424-553-7

ISBN (PDF): 978-84-8424-555-1

DOI: 10.17345/9788484245337

Depósito legal: T 496-2019



Cita el libro.



Consulta el libro en nuestra web.



Libro bajo una licencia Creative Commons BY-NC-SA.



Publicacions de la Universitat Rovira i Virgili es miembro de la Unión de Editoriales Universitarias Españolas y de la Xarxa Vives, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
AGRADECIMIENTOS.....	17
ABREVIATURAS Y SIGLAS	19
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO I. LA JUSTICIA AMBIENTAL	25
1. Una idea de justicia: de la justicia distributiva al enfoque de las capacidades .	26
1.1 Rawls y la justicia distributiva.	26
1.2 El enfoque de las capacidades de Nussbaum y Sen	28
2. La justicia ambiental: una concepción de amplitud	30
2.1 Justicia distributiva: <i>justice as fairness</i>	31
2.2 Reconocimiento	32
2.3 Participación: <i>procedural approach</i>	33
2.4 Capacidades.	34
3. Una justicia ambiental a la medida de su injusticia	36
CAPÍTULO II. EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL.....	37
1. El Principio 10 de la Declaración de Río 1992	39
2. Marco normativo supranacional del acceso a la justicia ambiental en Europa. 40	
2.1 La Convención de Aarhus.....	40
2.2 La Propuesta de Directiva sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente	43
3. Marco normativo supranacional del acceso a la justicia ambiental en América Latina	46
3.1 El Acuerdo Escazú sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe	47
4. El acceso a la justicia y el acceso a la jurisdicción.....	52

CAPÍTULO III. LA TUTELA JUDICIAL DEL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO	53
1. La pretensión	54
1.1 Valoración y límites	55
1.2 Encuadramiento en la clasificación de los intereses jurídicos	56
2. La pretensión como interés jurídicamente tutelable y la protección jurídica del ambiente en España y Argentina	61
2.1 España	61
2.2 Argentina	65
2.3 La protección jurídica del ambiente en España y Argentina	67
3. De la pretensión al proceso	68
3.1 España	69
3.1.1 La Ley 26/2007	71
3.1.2 La Ley 27/2006	73
3.1.3 La Ley 29/1998	75
3.1.4 Las acciones públicas	76
3.2 Argentina	77
3.2.1 La acción de amparo	77
3.2.2 La acción de recomposición	81
3.3 Valoración de los sistemas	82
CAPÍTULO IV. LA JUSTICIA AMBIENTAL A TRAVÉS DE LA JURISDICCIÓN	85
1. La justicia procesal imperfecta de Rawls	86
2. Las estructuras procesales clásicas y su inadecuación frente a la tutela judicial ambiental	87
3. Cuestiones procesales de relevancia para la tutela ambiental colectiva	89
3.1 La legitimación activa	89
3.1.1 El modelo individual	90
3.1.2 El modelo orgánico privado	90
3.1.3 El modelo orgánico público	91
3.1.4 El modelo social	92
3.1.5 La legitimación popular	92
3.1.6 Balance	92
3.2 El coste no prohibitivo de los procesos	94
3.2.1 Las cauciones o contracautelas	95
3.2.2 Las costas procesales	96
3.2.3 Las tasas judiciales	98
3.2.4 Los depósitos judiciales	99
3.2.5 Los costes de producción de prueba	100
3.2.6 Mecanismos de gratuidad	100
3.2.7 Balance	101

3.3 Las medidas cautelares.	105
3.3.1 Relevancia y cambio de paradigma	105
3.3.2 Regulación normativa	106
3.3.3 Balance	107
3.4 La prueba.	108
3.4.1 La carga probatoria	109
3.4.2 Los medios probatorios.	109
3.4.3 La valoración judicial de la prueba.	110
3.4.4 La responsabilidad objetiva	110
3.4.5 Balance	111
3.5 El rol del juez, las medidas ordenatorias y la flexibilidad procesal: el artículo 32 LGA	111
4. Balance final	117
CONCLUSIONES	119
Un concepto amplio y polivalente de justicia ambiental.	119
El acceso a la justicia ambiental más allá del acceso a la jurisdicción	120
La existencia de diferentes sistemas de tutela judicial ante el daño ambiental colectivo en Argentina y España	121
La necesaria adecuación de la normativa procesal que hace a la tutela judicial del daño ambiental colectivo.	122
El derecho ambiental como transversal y revisor.	123
BIBLIOGRAFÍA.	125

A mis padres

PRÓLOGO

Desde la antigua Grecia hasta nuestros días, el concepto de *justicia*, por sí solo y sin adjetivar, ha sido objeto de todo tipo de discusiones éticas, jurídicas y políticas. Por ello, cualquier planteamiento que incida en la justicia acaba resultando problemático y, en consecuencia, discutible. Así sucede también con el concepto de *justicia ambiental*, de relativa reciente construcción —empezó a emplearse de forma más o menos generalizada en los años sesenta del siglo pasado— y que incorpora elementos sociales y medioambientales, pues no deja de ser reclamado también como objeto de actuación política.

Para empezar, resulta especialmente complicado delimitar la *justicia ambiental*, si bien, en un sentido amplio, se puede considerar que, aunque se ha aplicado a la corriente o movimiento epistemológico o de pensamiento que estudia los procesos de discriminación en el acceso a los recursos naturales y la carga de los costes ambientales (íntimamente vinculado con los movimientos ideológicos), también engloba los procesos y procedimientos jurídicos que permiten proteger y garantizar el medio ambiente. Los conflictos ambientales se deben analizar desde esta vertiente de justicia procedimental, teniendo en cuenta que deberían suponer, además, la legitimación de las instancias procesales en todos los niveles para conseguir su fin último.

Estas y otras cuestiones conexas han sido objeto de análisis y comentario en el máster oficial en Derecho Ambiental de la Universitat Rovira i Virgili, en el que participo como docente. En este contexto tuve la ocasión de conocer, en el año 2015, a Gastón Médici Colombo, quien destacó por ser un estudiante brillante y sensibilizado por las cuestiones ambientales. Desde un primer momento, manifestó una inquietud y un interés especial por la problemática del acceso a la jurisdicción en materia ambiental y por la justicia ambiental, también debido al ejercicio de la abogacía en Argentina, su país de origen. Por este motivo no me sorprendió que, llegado el momento de seleccionar un tema para la elaboración del trabajo de fin de máster, se decantara por esta materia.

El libro que se presenta, *La tutela judicial frente al daño ambiental colectivo. Radiografía del acceso a la justicia ambiental en Argentina y España*, es el resultado, convenientemente actualizado y adaptado para su publicación, de aquel trabajo de investigación que obtuvo la máxima calificación de la comisión evaluadora, la cual, igualmente, destacó la conveniencia de su publicación.

En este trabajo, Gastón Médici se propone fundamentalmente analizar la problemática de la tutela judicial frente al daño ambiental colectivo como elemento integrador de la denominada *injusticia ambiental*, con un especial interés por comparar las realidades jurídicas de Argentina y España. En él no solo analiza el nivel de adecuación de estos sistemas respecto a la consideración jurídica de los intereses ambientales, sino que propone, además, desde una óptica crítica, algunas modificaciones legislativas que podrían ser necesarias para una tutela judicial del ambiente eficaz y efectiva.

Por esta razón, el autor no se limita a realizar un análisis descriptivo y doctrinal de la problemática de la justicia ambiental desde la óptica de los daños colectivos ambientales, sino que pretende aportar una visión práctica sobre el tema, mediante la incorporación del estudio del derecho comparado, que pretende ser un instrumento útil para plantear al legislador cambios en la regulación al respecto, proponiendo reformas en ambos sistemas.

Esta tarea ha resultado complicada, básicamente, por dos motivos. En primer lugar, la hipótesis conceptual planteada, elemento vertebrador del estudio, es el propio concepto de *justicia/injusticia ambiental*, tema esencialmente controvertido tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el punto de vista jurisprudencial. En segundo lugar, el deseo de materializar en estas páginas el estudio de derecho comparado ha exigido un notable esfuerzo por parte del autor para conocer el sistema jurisdiccional administrativo español. A todo lo anterior hay que sumar la dificultad añadida que supone haber abordado un estudio de carácter necesariamente interdisciplinar, dada la propia condición transversal del derecho ambiental; asimismo, se trata de un estudio revisor, porque conlleva replantear lo jurídicamente establecido, tal y como el autor hace en su desarrollo y sintetiza en sus conclusiones. Este es, pues, su principal objetivo, que logra con excelencia.

El resultado es un estudio completo, que refleja la madurez intelectual del autor y sus amplios conocimientos sobre el derecho ambiental. En él, a partir del hecho constatable del incremento de la conflictividad ambiental en los últimos años, se analiza la tutela judicial efectiva respecto a los daños ambientales colectivos partiendo del concepto de justicia ambiental desde su visión procedimental/jurisdiccional en dos sistemas jurídicos muy dispares, a fin de proponer algunas correcciones o cambios en ambos ordenamientos y garantizar una tutela judicial del ambiente efectiva.

Este libro es, sin duda, una herramienta útil que va más allá de las discusiones teóricas para intentar dar una respuesta real y efectiva a la necesidad de una adecuada tutela judicial frente al daño ambiental colectivo desde el acceso a la justicia, pues el autor considera, acertadamente, que el acceso a la justicia ambiental debe garantizar a la ciudadanía la posibilidad de alcanzar una resolución jurisdiccional social y ambientalmente justa para el conflicto, lo cual solo sucederá cuando existan mecanismos de participación adecuados en la toma de decisiones jurisdiccionales. Por ello, se trata de elaborar normas procedimentales adecuadas, ámbito en el que aún queda mucho por hacer.

ÀNGELS GALIANA SAURA

ABRIL 22. Día de la tierra. Einstein dijo, alguna vez: *Si las abejas desaparecieran, ¿cuántos años de vida le quedarían a la tierra? ¿Cuatro, cinco? Sin abejas no hay polinización, y sin polinización no hay plantas, ni animales, ni gente.* Lo dijo en rueda de amigos. Los amigos se rieron. Él no. Y ahora resulta que en el mundo hay cada vez menos abejas. Y hoy, Día de la tierra, vale la pena advertir que eso no ocurre por voluntad divina ni maldición diabólica, sino por el asesinato de los montes nativos y la proliferación de los bosques industriales; por los cultivos de exportación, que prohíben la diversidad de la flora; por los venenos que matan las plagas y de paso matan la vida natural; por los fertilizantes químicos, que fertilizan el dinero y esterilizan el suelo, y por las radiaciones de algunas máquinas que la publicidad impone a la sociedad de consumo.

Eduardo Galeano, *Los hijos de los días*.

AGRADECIMIENTOS

Esta publicación es resultado del trabajo final del máster universitario de Derecho Ambiental (MUDA) de la Universitat Rovira i Virgili (URV). Es fruto de dos años apasionantes de aprendizaje y crecimiento bajo la tutela de los miembros del Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT). A la URV y al CEDAT van dirigidos, antes que nada, estos justos agradecimientos.

En segundo lugar, este trabajo ha contado con la excepcional tutoría de la Dra. Àngels Galiana Saura. Su dedicación e invaluable estímulo fueron aportes irremplazables para esta labor. Para ella, mi mayor reconocimiento.

Además, debo hacer público el agradecimiento a mis profesores Susana Borràs Pentinat, Lucía Casado Casado, Jordi Jaria Manzano y Matías Vives March, a quienes me he tomado el atrevimiento de importunar en más de una ocasión, y quienes me han ofrecido, desinteresada y atentamente, su tiempo y saber.

Debo agradecimientos también a quienes me han acompañado en este proceso, no solo con sus ideas, críticas y experiencias, sino con algo mucho más importante: su amistad. Al 19 bis, entendido en su más amplia consideración, gracias.

Finalmente, va mi gratitud a aquellos a los que más debo, a los responsables máximos de hacer posible mi tránsito por este camino: a mi familia y a Laura, mi agradecimiento y cariño más profundos.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AA. VV.	Autores varios
CA	Constitución Argentina
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCAA	Comunidades autónomas
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas
CEPE	Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina
CPCCSF	Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe
CSJNA	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
DD. HH.	Derechos humanos
DL	Decreto Legislativo
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EE. MM.	Estados miembros
EE. PP.	Estados partes
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
LGM	Ley 25.675, Ley General del Ambiente.

LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LRM	Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental
NU	Naciones Unidas
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONG	Organización no gubernamental
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
P10	Principio número 10 de la Declaración de Río de 1992
p.	Página
pp.	Páginas
PIB	Producto interno bruto
PNB	Producto nacional bruto
RD	Real Decreto
SCSJNA	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNCED	United Nations Conference on Environment and Development

INTRODUCCIÓN

El daño ambiental no es una expresión más del amplio abanico de injusticias del hombre para con el hombre y del hombre para con todo aquello que lo rodea. Su singularidad reside en que nos hemos vuelto conscientes de él —y no plenamente— hace tan solo algo más de cincuenta años, mientras que nuestra capacidad para generarlo, que crece exponencialmente, cumple ya más de dos siglos. Podemos afirmar entonces que, sobre los años 60 del siglo pasado y de la mano de Rachel Carson¹, la justicia encontró su nueva y más voraz antagonista: la injusticia ambiental.

En tal contexto, el derecho se configura como una herramienta de valor en la búsqueda de la adecuación de la conducta humana a los parámetros de justicia. Sin embargo, debe reconocerse aquí la insuficiencia del mero abordaje jurídico de la cuestión, el cual deberá complementarse, en un trabajo intradisciplinar, con conocimientos de otras ciencias sociales, como la política, la sociología y la economía, así como del resto de los ciencias en su conjunto.

Incluso dentro del derecho, la cuestión ambiental precisa de un tratamiento particular que podríamos describir como transversal y revisor. Transversal porque requiere un abordaje integrador que incluya y movilice los antiguos compartimentos del derecho clásico, lo que implica dedicarnos a la filosofía del derecho (capítulo I), al derecho internacional público (capítulo II), al derecho constitucional (capítulo III) y al derecho procesal (capítulo IV). Revisor porque la problemática que nos ocupa lleva a replantear lo jurídicamente establecido, es decir, aquellas instituciones y conceptos clásicos que la tradición individualista decimonónica implantó y que el capitalismo, como metabolismo social hegemónico², mantuvo y mantiene.

1 CARSON, Rachel, *Primavera silenciosa*, Crítica, Biblioteca de Bolsillo, Barcelona, 2005.

2 JARIA I MANZANO, Jordi, «Estado, derecho y acumulación capitalista», materiales de la asignatura Fundamentos de Derecho Público Ambiental, Máster Universitario en Derecho Ambiental, Universitat Rovira i Virgili, 2017, p. 1.

La problemática del daño ambiental colectivo es una pequeña porción de lo que llamaríamos 'injusticia ambiental'. Su abordaje jurídico, y, sobre todo, el judicial, representa una parte aún más restrictiva del estudio de su conflictividad, pudiendo enumerarse otros enfoques jurídicos como aquellos que implican la resolución extrajudicial de los conflictos, la mediación, el arbitraje y los procedimientos administrativos, entre otros.

En este punto, corresponde desde el introito mismo dejar claro a qué nos referiremos al hablar de daño ambiental colectivo en estas páginas. Para ello, será necesario marcar tres puntos iniciales de entendimiento: (1) será aquel que se genere contra el ambiente y no contra las personas a través de él; (2) será aquel que se genere no contra el ambiente real sino contra el ambiente en su configuración jurídico-constitucional; (3) será aquel constituido no por cualquier afectación que pueda considerarse laxamente como daño, sino por aquella que genere efectos de una magnitud suficiente como para ser considerada jurídicamente negativa.

Abordaremos, pues, la tutela judicial frente a este daño en un enfoque comparativo entre las realidades jurídicas de Argentina y España. Con este propósito, analizaremos los sistemas de tutela que los ordenamientos jurídicos nacionales diseñan.

La intención no es otra que observar el nivel de adecuación que estos sistemas presentan a partir de la necesidad de revisión de la normativa, principalmente la procesal, que ha planteado la consideración jurídica de los intereses difusos, en general, y de los ambientales, en particular. En este sentido, nuestra línea argumental discurre por la hipótesis de que la inadecuación de las normas procesales relativas a los sistemas de tutela afecta, directamente, no solo al acceso a la justicia ambiental, valor abordado desde la normativa supranacional, sino también a la justicia ambiental misma, considerada desde una visión amplia e integradora.

En este entendimiento, desarrollaremos en nuestro primer capítulo un marco teórico de justicia ambiental con el objetivo de que nos acompañe a lo largo de todo el trabajo y nos sirva no solo como horizonte, sino también como lente de análisis. El segundo capítulo estará dedicado a las construcciones normativas, sobre todo regionales, pero también internacionales, que abordan la problemática del acceso a la justicia ambiental y condicionan, en cierto modo, o deberían condicionar los sistemas de tutela sometidos a análisis. El tercer capítulo se adentrará en el estudio de los ordenamientos nacionales de Argentina y España con el objetivo de observar y describir los sistemas de tutela que se han diseñado a partir de la normativa constitucional de cada Estado. Por su parte, el capítulo cuarto analizará la adecuación procesal de estos sistemas, en un estudio que integrará normativa, doctrina y jurisprudencia. En el capítulo de cierre se realizará un balance final y se propondrán algunas modificaciones legislativas que se entienden necesarias para una tutela judicial adecuada del ambiente, aquella que no solo responde a los requerimientos de la normativa supranacional, sino también a los

de la justicia ambiental. En este sentido, como se intuye y se verá, nuestra metodología de trabajo será no solo lógico-descriptiva, sino que también intentará ser crítico-valorativa, marcando falencias y proponiendo mejoras en la problemática analizada.

En cuanto a la relevancia de un estudio como el presente, dejamos señalados algunos puntos antes de pasar al cuerpo principal: (a) la conflictividad ambiental a nivel global es un fenómeno de importancia cada día más asiduo, tal y como puede observarse en el *Environmental Justice Atlas*, donde se contabilizan, a inicios de 2018, 49 conflictos ambientales en Argentina y 73 en España, lo que es solo un pequeño pero interesante indicador³; (b) en este contexto, la participación ciudadana es fundamental tanto en los procedimientos de toma de decisiones previos al daño como en las diferentes formas de resolución de conflictos posteriores, es decir, en su participación en la toma de decisiones de los órganos jurisdiccionales⁴, tal y como lo ha reconocido la Declaración de Río de 1992 en su P10, y a partir de él, diversos instrumentos internacionales y regionales relacionados con la materia; (c) la tutela judicial es la forma de resolución de conflictos que adquiere protagonismo al fallar otras formas de actuación sociopolíticas; (d) la efectividad de dicha tutela está íntimamente relacionada con la normativa que dicta los procedimientos por los cuales transitarán las pretensiones procesales ciudadanas en aras de alcanzar la justicia ambiental; (e) un estudio comparativo nos permitirá valorar el propio sistema en perspectiva con el diseñado en otro ordenamiento, lo que mejorará nuestra capacidad crítica y propositiva.

3 A mediados de 2016 podíamos observar 39 conflictos ambientales en Argentina y 59 en España. <www.ejatl.org> [04/02/2018]

4 RUIZ VIEYTES, Eduardo Javier, *El derecho al ambiente como derecho de participación*, Ararteko, Gipuzkoa, 1993, p. 269.

CAPÍTULO I. LA JUSTICIA AMBIENTAL

What moves us, reasonably enough, is not the realization that the world falls short of being completely just – which few of us expect – but that there are clearly remediable injustices around us which we want to eliminate⁵.

Amartya Sen

En este primer capítulo presentaremos una aproximación a la definición de *justicia ambiental* con el objetivo de dejar establecido un marco conceptual dentro del cual se desarrollarán los contenidos e indagaciones posteriores. Tal estipulación inicial nos servirá de horizonte, dado que, en definitiva, toda tutela judicial deberá tender a la justicia, pero también nos ofrecerá un lente a través del cual analizar cada punto de estudio. A su vez, esta aproximación nos permitirá contrastar la noción de acceso a la justicia con la de acceso a la jurisdicción en materia ambiental, lo cual será objeto del capítulo siguiente.

Atendiendo al objetivo inicial, resulta evidente la necesidad de revisar algunas nociones importantes sobre la concepción de justicia en un sentido amplio, aunque sin ánimo de realizar un repaso íntegro de los argumentos de esta concepción, lo cual no creemos que resulte transcendental para los fines de nuestra investigación. En definitiva, no abordaremos en este apartado el quehacer filosófico de discernir qué es la justicia ambiental sino que, más bien, nuestra tarea será la de establecer un marco teórico y, en todo caso, intentar resaltar aquello que la justicia ambiental no es, marcando así un contraste entre este y el siguiente capítulo.

Así pues, quizás un tanto arbitrariamente, seleccionamos algunas de las visiones sobre la justicia para luego, a partir de ellas, poder acercarnos a las consideraciones sobre el marco conceptual de la justicia ambiental. Rawls, Nussbaum y Sen serán nues-

5 SEN, Amartya, *The idea of justice*, Penguin Books, London, 2010, p. vii.

tros referentes con respecto al desarrollo de una teoría de la justicia. Un repaso por una profusa bibliografía en la materia nos lleva a la convicción de que estos tres autores son claros exponentes de una línea paradigmática de la teoría de la justicia, lo cual otorga suficiente respaldo a nuestra selección. A su vez, estos autores — con algún agregado — son quienes sientan las bases fundamentales del desarrollo de la concepción de justicia ambiental que hemos elegido, una concepción que puede definirse como amplia y que da respuesta a las demandas de superación de la idea de la justicia como un problema meramente distributivo. Schlosberg es quien desarrolla esta tesis, la cual no solo nos parece interesante, puesto que integra los aportes de Rawls con los de otros autores como Fraser y el enfoque de capacidades de Nussbaum y Sen, sino que también resulta aplicable a los conflictos de justicia ambiental que se presentan a lo largo y ancho del planeta⁶ y, muy especialmente, en nuestro ámbito espacial.

1. Una idea de justicia: de la justicia distributiva al enfoque de las capacidades

Abordar, aunque sea parcial y sucintamente, el tratamiento dado a esta cuestión por Rawls, Nussbaum y Sen no solo nos dará una idea de hacia dónde se dirige la teoría de la justicia contemporánea o, cuando menos, una parte de ella, sino que nos permitirá también, llegado el momento, entender la construcción amplia de la justicia ambiental que autores como Schlosberg han propugnado.

En este entendimiento, se hará un breve repaso de las ideas más importantes de estos autores, sin intentar el análisis minucioso o profundo que más bien se podría esperar de un trabajo de carácter exclusivamente filosófico.

1.1 Rawls y la justicia distributiva

Nuestro punto de partida es Rawls y su paradigmática obra *A Theory of Justice* (1971). Para tener una idea de la importancia de este autor y sus argumentos, basta con observar el reconocimiento que le han dispensado los filósofos contemporáneos⁷; para corroborarlo, es suficiente leer las primeras páginas de las obras de Nussbaum y Sen, *The Frontiers of Justice* (2006) y *The Idea of Justice* (2009), respectivamente, para ver cómo estos autores expresan un profundo pesar en lo académico al tener que disentir con este autor, sin dejar de reconocer, por supuesto, su valiosa contribución, auténtica piedra angular de sus argumentos.

En *A Theory of Justice*, Rawls desarrolla su idea de *la justicia como imparcialidad*. Parte de la teoría tradicional del contrato social de Locke, Rousseau y Kant con el

6 Como ya apuntamos, vale la pena consultar el *Environmental Justice Atlas*, donde el lector podrá recorrer el mapa mundial de los conflictos ambientales y conocer sus causas y desenlaces. <www.ejatl.org> [04/02/2018]

7 Tanto Nussbaum como Sen dedican las obras referidas mediante la misma fórmula: «In memory of John Rawls».

objetivo de llevarla a un nivel más elevado de abstracción⁸ y de presentar una alternativa al utilitarismo entonces predominante. Así, establece que el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, específicamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social⁹. En este sentido, una concepción de la justicia social deberá ser considerada como aquella que proporciona una pauta distributiva en esta estructura básica¹⁰. Esa pauta, que define la distribución apropiada de beneficios y cargas de la cooperación social¹¹, ha de ser, según Rawls, la constituida por los principios de la justicia social¹², principios que el autor busca a través de la construcción ideal y racional de su célebre *posición inicial*.

Descrita como una situación hipotética y justa, esta variante del *estado de naturaleza* se ve condicionada por una serie de factores, entre los que se incluye el *velo de la ignorancia*, que aseguran la imparcialidad que deberá regir la elección primaria de los principios de la justicia social y, por lo tanto, su condición de justos¹³. Nos referimos, pues, al *principio de la libertad* y a los *principios de la diferencia y de la igualdad de oportunidades*, cuyo análisis minucioso excedería los límites de este trabajo; sin embargo, creemos necesario, al menos, mencionarlos.

El primero, que es prioritario¹⁴, reza: «Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás»¹⁵.

El segundo, por su parte, puede dividirse lógicamente en dos y resulta de la fórmula:

Las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto (a) para proporcionar la mayor expectativa de beneficio a los menos aventajados, como (b) para estar ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades»¹⁶. (Respectivamente, el principio de la diferencia y el principio liberal de la justa igualdad de oportunidades.)

8 RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1978, pp. 10 y 28.

9 *Ibidem*, p. 23.

10 *Ibidem*, p. 26.

11 *Ibidem*, p. 21.

12 Tal como indica este autor: «Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación». *Ibidem*, p. 28.

13 Rawls plantea su procedimiento en los términos de *justicia puramente procesal*, es decir, en este caso, la justicia de la posición inicial — en el proceso de elección — implica de por sí la justicia de los principios resultantes; del mismo modo, una estructura básica justa, asegurada por el principio de la justa igualdad de oportunidades, implicará una distribución de participaciones justas. *Ibidem*, pp. 106-111 y 163.

14 «[...] las violaciones a las libertades básicas iguales protegidas por el primer principio no pueden ser justificadas ni compensadas mediante mayores ventajas sociales y económicas». *Ibidem*, p. 83.

15 *Ibidem*, p. 82.

16 *Ibidem*, p. 105.

Ahora bien, como vemos, la teoría de la justicia de Rawls gira en torno al proceso ético y racional de cómo alcanzar y justificar la elección de estos principios, los cuales servirán de pauta a fin de establecer o reestablecer la estructura social y distribuir los que él llama bienes primarios sociales. De esta manera, todo el desarrollo de Rawls se despliega con base en una consideración distributiva de la justicia¹⁷, lo cual será objeto de ciertas críticas que cobrarán especial relevancia en el análisis del contenido y alcance de lo que llamamos *justicia ambiental*.

Debemos decir, también, que la teoría de la justicia, aquí brevemente expuesta, parece dejar poco margen para las preocupaciones ambientales, problemática que no es tratada expresamente por este autor, al menos en su obra principal. En este sentido, pueden argumentarse otros enfoques críticos de la teoría de Rawls con respecto a la inclusión de la cuestión ambiental dentro de su estructura, por ejemplo, en lo referente a la aplicación de los principios de justicia para la distribución de los recursos naturales como bienes primarios¹⁸. Sin embargo, en este trabajo hemos decidido centrarnos en poner de relieve la estrechez que para la cuestión ambiental implica, aparentemente, la clásica concepción meramente distributiva de bienes primarios de la justicia que Rawls propone en su trabajo.

Justamente, son Nussbaum y Sen, con su enfoque de las capacidades, quienes presentan una idea más holística que abre el juego a un interesante abordaje de la cuestión ambiental.

1.2 El enfoque de las capacidades de Nussbaum y Sen

Tanto Martha Nussbaum como Amartya Sen desarrollan en sus respectivas obras, anteriormente mencionadas, lo que llaman *el enfoque de las capacidades*, pensado como una aproximación a las cuestiones de justicia más allá de las doctrinas del contrato social, pero con base en algunas de las ideas rawlsianas.

Como explica Nussbaum, esta perspectiva se basa en las capacidades humanas, es decir, en aquello que las personas son efectivamente capaces de hacer y ser según una idea intuitiva de lo que es una vida acorde con la dignidad del ser.¹⁹ En palabras de Sen, se hace hincapié en la libertad que una persona —o grupo de personas— realmente tiene para hacer las cosas que le resulta valioso ser o hacer.²⁰ Así, esta concepción se interesa por una pluralidad de aspectos de nuestras vidas y preocupaciones, concentrándose en la vida humana como un todo y no sólo en algunos objetos separados de conveniencia, como ingresos o mercancías, que una persona puede poseer. Implica,

17 *Ibidem*, p. 23.

18 Ver VALDIVIELSO, Joaquín, «¿Hay un lugar en Rawls para la cuestión ambiental?», *Isegoría*, n.º 31, 2004.

19 NUSSBAUM, Martha, *Las fronteras de la justicia*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2007, p. 83.

20 SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid, 2010, p. 262.

pues, «un cambio de énfasis [...] de la concentración en los medios de vida a la concentración en las oportunidades reales de vivir».²¹

En este mismo entendimiento, no se centra en los medios sino en los fines, diferenciándose así, en primer lugar, de los bienes primarios de Rawls²² —medios de uso múltiple no valiosos en sí mismos— y, principalmente, de otras concepciones económicas.²³ De ello se explica que Sen propugne que estas capacidades, su nivel, se constituyan en el foco de información a los fines de juzgar y evaluar la justicia de una sociedad, desplazando a otros parámetros tradicionales como el ingreso y la riqueza.²⁴

Para Nussbaum, las capacidades son fuente de los principios políticos para una sociedad liberal y pluralista, unos principios que deberían atribuirse a todas las personas para tratarlas como fines y no como medios. Así, introduce la idea de un *umbral para cada capacidad* por debajo de cual los ciudadanos no pueden funcionar humanamente, de manera que la meta social debe ser que todos se sitúen por encima de este.²⁵ En otras palabras, sostiene que el enfoque de las capacidades es una descripción de los derechos sociales mínimos.²⁶

Como se puede vislumbrar a partir de lo desarrollado *ut supra*, este enfoque amplio, integral y holístico permite a la justicia poner atención en afectaciones o injusticias relativas a bienes más allá de los considerados medios, sea la riqueza, el ingreso o las utilidades, mensurables económicamente, interesándose por estas capacidades que, como se intuye, mucho tienen que ver con las cuestiones ambientales, sobre todo desde la evidente dependencia de la vida y su calidad de las condiciones del entorno en que se desarrolla. En este sentido, su consideración no solo puede implicar una ampliación de la óptica material del objeto o medida de la justicia, sino que también puede acarrear una desestructuración del obsesivo rol distributivo con que la doctrina clásica enfocó esta cuestión.

Las condiciones ambientales en que se desarrolla la vida diaria tienen efectos directos sobre las posibilidades de desarrollo del ser humano y, por lo tanto, son determinantes para las capacidades y, en consecuencia, para el nivel de justicia de una sociedad. En este sentido, y a diferencia de Sen, Nussbaum establece una lista de las capacidades humanas básicas dentro de la cual se incluyen, explícitamente, referencias a preocupaciones relativas al ambiente.²⁷

21 *Ibidem*, p. 263.

22 Como indica Nussbaum, Sen propuso que Rawls sustituyera su lista de bienes primarios y su marcado uso de los recursos —ingresos y riqueza— como índices del bienestar por una lista de capacidades que podrían usarse conjuntamente para medir la calidad de vida. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 171.

23 SEN, *op. cit.*, pp. 283 y 284.

24 *Ibidem*, p. 261. V. gr., índices de PIB y PNB.

25 NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 83.

26 *Ibidem*, p. 87.

27 Por ejemplo, *salud física y otras especies. Ibidem*, pp. 88 y 89.

A continuación, veremos cómo, a partir de estas y otras aportaciones doctrinales, se ha ido construyendo una idea de justicia ambiental polivalente que excede a la justa distribución de medios y que se condice con la realidad de los conflictos ambientales cotidianos.

2. La justicia ambiental: una concepción de amplitud

Como ya adelantamos previamente, a fin de dejar sentado un marco conceptual para el desarrollo del trabajo, se ha optado por una aproximación amplia a la justicia ambiental en contraposición a la idea de justicia entendida solo como una problemática de distribución.

Sostenemos, pues, la idea central que propugna Schlosberg en su trabajo *Defining Environmental Justice* (2009) en cuanto a la necesidad de integrar el paradigma distributivo clásico con otros avances de la teoría de la justicia como lo son los aspectos del reconocimiento, la participación y las capacidades de Nussbaum y Sen. En este sentido, Schlosberg sostiene que si bien en los últimos años se han desarrollado nuevos y diversos enfoques en la teoría de la justicia, estos no se han trasladado a la construcción teórica de la justicia ambiental.²⁸

Esta consideración extensiva adquiere así especial relevancia, ya que se corresponde con los patrones de conducta y discurso que en la actualidad presentan algunas de las luchas que los movimientos sociales de justicia ambiental llevan adelante frente a diversos conflictos.²⁹

Así, Urkidi y Walter han publicado un interesante artículo en el cual examinan dos conflictos ambientales en Latinoamérica relacionados con la minería a gran escala. Concretamente, analizaron el proceso de lucha de los movimientos socioambientales frente a los emprendimientos mineros de Esquel (Argentina) y Pascua-Lama (Argentina y Chile), ambos pertenecientes a empresas transnacionales. El objetivo primario de su trabajo fue determinar cómo se formulan y articulan las dimensiones de la justicia ambiental y sus demandas. Así, observaron que con el transcurso de los acontecimientos fueron surgiendo diferentes dimensiones de la justicia ambiental —justa distribución, reconocimiento y participación—, que les llevaron a la conclusión de que, en los casos analizados, las problemáticas de justicia ambiental y sus respectivas dimensiones fueron expresadas y que lo hicieron en forma entrelazada.³⁰ Por su parte, bajo el mismo concepto teórico amplio de la justicia ambiental trabajaron Gibson-Wood y

28 SCHLOSBERG, David, *Defining Environmental Justice*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 4.

29 *Ibidem*, p. 5.

30 URKIDI, Leire y WALTER, Mariana, *Dimensions of environmental justice in anti-gold mining movements in Latin America*, Elsevier, Geoforum 42, 2011.

Wakefield en su investigación referente a la participación de los sectores hispanos en el ambientalismo en Toronto.³¹

Por lo tanto, si bien los orígenes del movimiento de justicia ambiental se relacionan directamente con la inequidad distribucional de los beneficios y las cargas ambientales con base en un patrón de racismo,³² hoy en día está claro que la resolución de los complejos conflictos ambientales no se limita a las cuestiones distributivas. Frente a esto, es necesaria la construcción de un concepto de justicia ambiental capaz de englobar a los diferentes modelos de actuación y manifestación de los movimientos sociales, en particular, y de las comunidades, en general. Schlosberg plantea que existe una brecha entre las teorías de justicia y estos movimientos, los cuales emplean, habitualmente, concepciones múltiples de justicia en forma simultánea, de manera que acaban produciendo un discurso heterogéneo, difícilmente abarcable por una teoría unitaria³³. Afirmar, así, que: «justice, in political practice, is articulated and understood as a balance of numerous interlinked elements of distribution, recognition, participation, and capability».³⁴ En este mismo sentido, Urkidi y Walter sostienen que un concepto angosto de justicia ambiental, entendida exclusivamente como justicia distributiva, oscurece las múltiples facetas y matices de las demandas de los movimientos que la defienden.³⁵

Llegados a este punto, una vez establecida esta idea central y su relevancia en la realidad social, consideramos de vital importancia describir, brevemente, cada uno de los elementos de esta concepción integrativa de justicia ambiental para facilitar su comprensión.

2.1 Justicia distributiva: *justice as fairness*

Como ya se ha puesto de relieve, especialmente en el desarrollo de la teoría rawlsiana, la concepción clásica de justicia se limita a la justicia distributiva, equivalente a la equidad en la distribución de las cargas y beneficios sociales. Así, si hablamos de justicia distributiva ambiental, estaremos refiriéndonos a la búsqueda de una repartición equitativa de los riesgos y de la contaminación ambiental, por un lado, y de los beneficios y el aprovechamiento de los servicios ambientales, por otro.

Así, al decir de Quintero:

31 GIBSON-WOOD, Hilary y WAKEFIELD, Sarah, "Participation", *White Privilege and Environmental Justice: Understanding Environmentalism Among Hispanics in Toronto*, Antipode, vol. 45 n.º 3, 2013.

32 Nos referimos al nacimiento del movimiento de justicia ambiental que tuvo lugar en Estados Unidos en las décadas de los 70s/80s del siglo pasado en reacción a lo que se llamó *environmental racism*.

33 SCHLOSBERG, *op. cit.*, p. 5.

34 *Ibidem*, p. 12.

35 URKIDI y WALTER, *op. cit.*, p. 684.

El movimiento por la justicia ambiental reclama que el tránsito hacia escenarios de sustentabilidad debe tener como requisito la justicia distributiva, la superación de las desigualdades presentes en el disfrute de las bondades del progreso y una política equitativa en la distribución de las cargas de la contaminación que el actual modelo genera.³⁶

Si bien parte de la literatura sobre la materia mantiene una consideración unitaria de justicia ambiental como justicia distributiva, v.gr. Dobson,³⁷ entendiendo que una concepción amplia debilitaría la fuerza del concepto,³⁸ otros autores, como los que aquí hemos tenido en consideración, fueron aportando, incluso desde otras vertientes de la justicia social, como por ejemplo, la igualdad de género, nuevos enfoques a la construcción teórica de la justicia con un especial impacto sobre la temática ambiental.

De este modo, si bien no se niega la relevancia de la vertiente distributiva, ya no se la considera como la única y principal dimensión de la justicia, en general, y ambiental en particular, pues se le reconoce su incapacidad para abordar ciertos conflictos complejos que requieren para su apreciación de un enfoque polivalente e interrelacionado.

2.2 Reconocimiento

El reconocimiento se establece como la segunda dimensión de la justicia ambiental aquí analizada.

La idea de apartar del centro de la cuestión de la justicia al esquema distributivo es llevada adelante, entre otros, por Iris Young y Nancy Fraser. Ellas se centran en el análisis de las situaciones reales de injusticia, en contextos de dominación y opresión,³⁹ en contraposición a las situaciones ideales, como la posición original o el estado de naturaleza.⁴⁰ En este sentido, explica Schlosberg, no solo se hace foco en el daño y desprecio⁴¹ que conlleva la falta de reconocimiento, sino también en señalar esa falta de reconocimiento como fundamento o causa de la inequidad distributiva, esto es, como aquello que determina una distribución injusta.⁴²

Fraser, en su estudio sobre las problemáticas de género, presenta esta nueva mirada de la justicia social y nos habla de la *política del reconocimiento*, cuya meta es «un mundo respetuoso de las diferencias, donde la asimilación a las normas mayoritarias o dominantes ya no sea el precio del igual respeto». Así, sostiene la tesis de que la justicia de hoy requiere tanto de la redistribución como del reconocimiento. En consecuencia,

36 QUINTERO, Rodolfo, «El acceso a la justicia ambiental, una mirada desde la ecología política», en AA.VV., *Justicia Ambiental*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 124.

37 DOBSON, Andrew, *Justice and the environment*, Oxford University Press, New York, 1998.

38 URKIDI, y WALTER, *op. cit.*, p. 684.

39 YOUNG, Iris, *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000, pp. 60 y ss.

40 SCHLOSBERG, *op. cit.*, p. 14.

41 Ver HONNETH, Axel, *La sociedad del desprecio*, Trotta, Madrid, 2011.

42 SCHLOSBERG, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

no resulta suficiente un paradigma univalente,⁴³ razón por la que propone un nuevo modelo bidimensional⁴⁴ de justicia social, más acorde con la propuesta aquí propugnada.

Por su parte, Urkidi y Walter afirman: «Recognition not only refers to the individual right to self-recognition but most importantly, to the recognition of collective identities and their particular needs, concerns and livelihoods».⁴⁵

Mientras, Gibson-Wood y Wakefield sostienen que la falta de reconocimiento implica la denegación de un *lugar en la mesa* para aquellos que entienden el medio ambiente de manera diferente a la mayoría.⁴⁶

La problemática de esta dimensión se evidencia, en lo que a las cuestiones ambientales se refiere, en la negación de reconocimiento social, cultural, político y jurídico a determinados grupos⁴⁷, y, por lo tanto en la privación de derechos, lo que, evidentemente, conduce a una mala distribución ambiental. Las demandas de justicia en este aspecto implican desde reivindicaciones de los individuos y colectivos para ser considerados como entidades jurídicas a efectos de defender sus intereses hasta la lucha por que sus derechos sean políticamente reconocidos o, incluso, que se consideren su cultura, sus conocimientos y sus percepciones en la estructuración de los movimientos ambientales y sus programas de medidas, como bien señalan Gibson-Wood y Wakefield en su investigación.⁴⁸

En un adelanto de la línea que sostendremos en los siguientes capítulos, somos de la opinión de que, en la tutela judicial ambiental, las legitimaciones estrechas que mantiene la normativa procesal de tinte individualista son un claro ejemplo —o resultado— de esta problemática del reconocimiento.

2.3 Participación: *procedural approach*

Una concepción trivalente de la justicia se completa con la integración de la dimensión de la participación, esto es, de la participación democrática en la toma de decisiones, sobre todo a nivel institucional.

Fraser también se ocupa de la participación como una cuestión del ámbito de la justicia, introduciendo el concepto de *paridad de participación*; sin embargo, no la

43 FRASER, Nancy, *Dilemas de la Justicia en el siglo XXI. Género y globalización*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 2011, pp. 292 y 293.

44 Fraser, en su obra *Escalas de justicia*, parece rever su propia concepción propugnando una de carácter tridimensional, en la cual suma, al reconocimiento y la redistribución, la representación, que se corresponden con los ámbitos cultural, económico y político respectivamente. Su análisis excede la extensión y objetivos de este trabajo. FRASER, Nancy, *Escalas de la justicia*, Herder, Barcelona, 2008.

45 URKIDI y WALTER, *op. cit.*, pp. 684 y 685.

46 GIBSON-WOOD y WAKEFIELD, *op. cit.*, p. 645.

47 En Latinoamérica, especialmente a las llamadas comunidades originarias.

48 GIBSON-WOOD y WAKEFIELD, *op. cit.*

entiende como un tercer pie, sino que sostiene que es resultado de la conjunción de distribución equitativa y el reconocimiento.⁴⁹

Aquí resulta de sumo interés el ya mencionado estudio de Gibson-Wood y Wakefield relativo a la participación de los grupos hispanos en Toronto en los procesos de toma de decisiones, no solo a nivel institucional, sino, incluso, dentro de los mismos movimientos de justicia ambiental, en el cual se pone de relieve la *white, middle-class nature* de los procesos de participación de algunos ambientalistas y sus representaciones.⁵⁰

En nuestra opinión, la participación podría considerarse como la inserción democrática del reconocimiento en los procesos institucionales de toma de decisiones, no solo administrativas sino legislativas y judiciales, a fin de alcanzar una distribución social equitativa.

En este sentido, para Schlosberg, existe una vinculación definitiva entre la participación y el reconocimiento, donde uno es condición del otro y viceversa, es decir, sin reconocimiento no hay participación y sin participación no hay reconocimiento.⁵¹ Aún más, la inequidad distributiva afecta directamente las posibilidades de reconocimiento y participación, y estas afectan a aquella. Por lo tanto, cualquier avance en favor de alguno de estos tres ejes impulsará a los demás,⁵² de manera que se hace evidente el fuerte lazo entre los tres elementos.

Tal y como sucede con respecto al reconocimiento, las legitimaciones procesales estrechas condicionan esta vertiente de la justicia ambiental, pero lo hacen de forma diferenciada. Mientras que, con respecto al primero, queda afectado ese *lugar en la mesa*, —su valor *estático*, de posicionamiento, frente a otros *stakeholders*—, con relación a la participación se ve afectado lo que podríamos llamar valor *dinámico*, es decir, la actuación efectiva en la toma de decisiones, en este caso, judiciales. En el mismo sentido, esta faz sufre el impacto, a su vez, de los costes que implica la tutela judicial, idea que abordaremos posteriormente.

2.4 Capacidades

Finalmente, Schlosberg integra su concepción de justicia ambiental con el enfoque de las capacidades que ya ha sido abordado.

Este acercamiento, que parece englobar a los otros tres desarrollados desde la existencia de las capacidades —foco de información sobre la justicia—, dependerá directamente de los niveles de reconocimiento, participación y equidad distributiva que la sociedad presente y es especialmente conciliable con la cuestión ambiental en tanto

49 FRASER, *Dilemas de...*, op. cit., pp. 305 y 306.

50 GIBSON-WOOD y WAKEFIELD, op. cit., p. 642.

51 SCHLOSBERG, op. cit., p. 26.

52 *Ibidem*, p. 28.

que comparte su carácter transversal, pues rebasa las fronteras de lo social, lo cultural, lo político y lo económico, integrando todos estos aspectos.

En este sentido, como ya adelantamos, el enfoque de las capacidades permite poner dentro del marco de la justicia algo más que la distribución de los bienes primarios o de utilidad. Nos referimos, pues, a cuestiones como la seguridad alimentaria, la sostenibilidad, el patrimonio cultural, la biodiversidad⁵³ o el cambio climático: cuestiones que están en la agenda diaria de los movimientos de justicia ambiental —y en la de las sociedades en general— y para las cuales el enfoque clásico parece no ser del todo pertinente. Con relación a ello, resulta de interés lo que afirma Sen:

Al evaluar nuestras vidas, tenemos razón para estar interesados no sólo en la clase de vidas que conseguimos vivir, sino también en la libertad que realmente tenemos para escoger entre diferentes estilos y modos de vida. [...] El reconocimiento de la importancia de la libertad también puede ampliar nuestras preocupaciones y nuestros compromisos. Podríamos decidir que vamos a emplear nuestra libertad para muchos objetivos que no son parte de nuestras vidas en un sentido restringido.⁵⁴

El paradigma de Sen y Nussbaum implica, a nuestro entender, una ampliación prácticamente sin límites de las cuestiones de justicia desde el entendimiento de que allí donde se niegue la posibilidad de un desarrollo digno e íntegro, en su consideración holística de la vida, habrá una injusticia que abordar. Tal desarrollo no incluye solo la satisfacción de nuestras necesidades, sino también el ejercicio de la libertad, tal como expresa Sen cuando dice «no somos sólo ‘pacientes’ cuyas necesidades merecen satisfacción, sino también ‘agentes’ cuya libertad para decidir qué valorar y cómo procurarlo puede extenderse mucho más allá de nuestros intereses y necesidades».⁵⁵

En otro adelanto de las ideas que desarrollaremos posteriormente, podemos decir que esto último constituye, *a priori*, un desafío para el abordaje judicial de los conflictos de justicia sobre todo en lo que respecta a la justicia ambiental, desde el momento en que impone, en nuestra opinión, cierta flexibilidad ajena a la naturaleza del procedimiento clásico individualista. Nos referimos, por ejemplo, a la necesidad de flexibilización en la normativa procesal relativa al contenido y extensión de las sentencias, cuestión que será objeto de análisis más adelante.

Por su parte, el paradigma de las capacidades como integrante del marco conceptual de la justicia ambiental se relaciona directamente con la necesidad de una interpretación más profunda e integrativa del medio ambiente como ente jurídicamente protegido y, por lo tanto, de la consideración de aquello que constituirá daño ambiental.

53 SEN se detiene especialmente sobre esta cuestión en SEN, *La idea...*, *op. cit.*, p. 281, donde se refiere a la responsabilidad fiduciaria que los seres humanos tenemos.

54 *Ibidem*, p. 257.

55 *Ibidem*, p. 282.

3. Una justicia ambiental a la medida de su injusticia

Para no dar lugar a malas interpretaciones, con este subtítulo queremos significar que, luego de lo desarrollado, parece evidente la brecha que Schlosberg detecta entre los patrones de conducta de los movimientos ambientales y los enfoques clásicos de la justicia. En este sentido, parece estar justificada la línea argumental que los teóricos que aquí mencionamos mantienen en busca de una concepción amplia de la justicia social y ambiental. Las injusticias sociales y ambientales se presentan en las formas más variadas —mala distribución, ausencia de reconocimiento, falta de participación, afectación de las capacidades humanas básicas, etc.—, y muchas veces lo hacen, como vimos, en forma entrelazada. La problemática del daño ambiental a la que en este trabajo nos referimos es un reflejo más de esta situación en la que se conjugan las diferentes caras de la (in)justicia ambiental. Dicho esto, y en aras de un enfoque adecuado, resulta vital una conceptualización integradora de la justicia ambiental que pueda abordar debidamente la injusticia y que refleje lo que, en los hechos, los movimientos socioambientales ya practican, es decir, un discurso y una conducta —una respuesta— tan heterogénea como la problemática misma.

Este marco conceptual que hemos establecido nos acompañará en adelante a través de lo que será un recorrido por la normativa internacional, interna constitucional e interna procesal, sirviéndonos como horizonte y lente de análisis.

CAPÍTULO II. EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

Lo que el mundo necesita hoy es cambiar, el mundo como está es insostenible. Pero eso sí, nada sobre nosotros sin nosotros [...] de eso se trata justamente el principio diez.⁵⁶

Alicia Bárcena

Una vez establecido el marco conceptual de la justicia ambiental en el que nos moveremos a lo largo de este trabajo, nuestro siguiente paso será analizar el esquema normativo del llamado *acceso a la justicia ambiental* constituido por disposiciones de carácter internacional y regional. Así, analizaremos la legislación que aborda esta problemática específicamente en nuestro ámbito espacial de investigación, es decir, Argentina y España, con el objetivo de observar cómo se ha configurado nuestro marco normativo supranacional de actuación.

El acceso a la justicia ambiental es uno de los llamados derechos instrumentales o derechos de acceso, junto con el acceso a la información y a la participación pública en la toma de decisiones de incidencia ambiental. Brañes, acertadamente, lo ha definido como la:

56 La secretaria ejecutiva de la CEPAL, Alicia Bárcena, se expresó en estos términos en un brillante discurso con ocasión de la apertura de la tercera reunión del Comité de Negociación del Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe que tuvo lugar en Montevideo, Uruguay, del 5 al 8 de abril de 2016. Con ello subrayó la relevancia de los derechos de acceso para la consolidación de la democracia. <http://conferencias.cepal.org/uruguay_principio10/Desglose/05/03%20Alicia%20B%C3%A1rcena.mp3> [14/06/2016]

posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos.⁵⁷

Nos parece adecuado, con algunos matices,⁵⁸ el alcance que este autor otorga a este concepto, a diferencia de otros que lo limitan a la posibilidad de accionar la revisión de la decisión ambiental.⁵⁹ Somos de la opinión que, y cerraremos el capítulo con esta idea, el acceso a la justicia no puede limitarse a la existencia de recursos o a la configuración de legitimaciones sino que, tal y como dice Brañes, debe existir la posibilidad de obtener una solución adecuada para el conflicto jurídico ambiental, es decir, obtener justicia ambiental. Esta es, en definitiva, la diferencia entre acceso a la justicia y acceso a la jurisdicción.

Por su parte, al referirnos a *acceso a la justicia ambiental*, evidentemente, nos encontramos ante una subcategoría del término general del *acceso a la justicia*. En este sentido, su necesaria especificación conceptual se puede atribuir a dos hechos: la profunda problemática de acceso a una resolución jurisdiccional en conflictos de esta naturaleza y la especialidad de la defensa jurídica de los derechos colectivos ambientales.

Desde esta idea, y a partir del impulso que dio la Declaración de Río de 1992 a nivel global con su P10, instrumentos normativos de variada índole han abordado esta cuestión, recomendando o, en el mejor de los casos, imponiendo a los Estados la regulación de herramientas de acceso a la justicia en materia ambiental.

En el ámbito europeo, la posta fue tomada principalmente por la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (1998) —más conocida como la Convención de Aarhus, en honor a la localidad danesa donde se firmó— en el marco de la CEPE; posteriormente fue aprobada por la Comunidad Europea mediante la Decisión 2005/370/CE⁶⁰ y adoptada por diversos Estados europeos y de Asia Central.⁶¹

Por su parte, en el marco comunitario europeo podemos resaltar dos instrumentos. Por un lado, la Propuesta de Directiva⁶² sobre el acceso a la justicia en materia

57 BRAÑES, Raúl, "El acceso a la justicia ambiental en América Latina y la legitimación procesal en los litigios civiles de naturaleza ambiental en los países de la región", en AA.VV., *Justicia...*, op. cit., p. 322.

58 Con respecto a la definición de Brañes, debemos decir que entendemos que no solo debería referirse a autoridades judiciales, siendo las resoluciones administrativas de gran importancia en este asunto.

59 BERMÚDEZ SOTO, Jorge, «El acceso a la información pública y la justicia ambiental», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV, 1.º semestre 2010, Valparaíso, p. 594.

60 Decisión del Consejo de 17 de febrero de 2005 sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (2005/370/CE).

61 Un mapa interactivo sobre las partes de la Convención puede verse en <<http://www.unece.org/env/pp/aarhus/map.html>> [13/06/2016]

62 COM (2003) 624 final, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

de medio ambiente y, por otro, el Reglamento n.º 1367/2006⁶³ relativo a la aplicación a las instituciones y a los organismos comunitarios de las disposiciones del Convenio de Aarhus. No existe, pues, en la actualidad una directiva específica relativa a este derecho instrumental, mientras que si la hay en relación con los demás derechos instrumentales ambientales.⁶⁴ Mientras que la Propuesta, a pesar de que no ha sido promulgada, será analizada, el Reglamento queda fuera de nuestro marco normativo al aplicarse a los organismos comunitarios y no a los EE.PP., de manera que no se tendrá en consideración en este trabajo.

El impulso de la célebre Declaración no tuvo el mismo efecto acuciante en Latinoamérica. Sin la existencia de una normativa dedicada especialmente al acceso a la justicia ambiental, la doctrina y la legislación interna⁶⁵ se apoyaron en el importante desarrollo en materia de DD.HH. en el marco de la OEA, principalmente con la CADH, más conocida como el Pacto de San José de Costa Rica.

Ahora bien, a partir de la Conferencia de las NU sobre Desarrollo Sostenible de 2012, Río +20, se comenzó a transitar el sinuoso camino que implica el proceso de puesta en común y negociación encaminado a materializar el P10 en un instrumento regional. En otras palabras, se aspiraba a realizar un convenio similar al de Aarhus, pero adaptado a las particularidades regionales. Nos referimos a la negociación del Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe que concluyó en la aprobación del llamado Acuerdo Escazú el 4 de marzo de 2018. En el momento en que se redactó este trabajo, el acuerdo acababa de ser aprobado y no se encontraba aún en vigencia. Para ello, requerirá el depósito de, al menos, once instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de los Estados de la región. A partir de ese momento, se contarán noventa días para su efectiva entrada en vigor.

1. El Principio 10 de la Declaración de Río 1992

Dando un primer paso, la Declaración de Río, en su P10, definió los derechos instrumentales como *el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales*. Así, en cuanto a lo que aquí nos interesa, diagramó el acceso a la justicia ambiental mediante la *obligación* de los Estados de proporcionar acceso efectivo a los procedimientos judiciales y adminis-

63 Reglamento (CE) n.º 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006 relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

64 Nos referimos a las Directivas 2003/4/CE sobre el acceso del público a la información ambiental y a la Directiva 2003/35/CE, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente.

65 Es un ejemplo de ello el desarrollo doctrinal y legislativo que en Argentina implicó la regulación del recurso de amparo colectivo, el cual logró, en 1994, su jerarquización constitucional al incluirse en el artículo 43 de la CA.

trativos –el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes, entre otros–. Si bien, como apunta el uso de la cursiva en la palabra *obligación*, no estamos refiriéndonos a un instrumento jurídicamente vinculante, la integración de este principio en dicha Declaración fue un impulso decisivo para que algunos convenios internacionales en materia de protección ambiental tuvieran en cuenta en sus disposiciones los llamados derechos instrumentales.⁶⁶

La diagramación de acceso a la justicia realizada por el P10 como acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos será el modelo elegido, sin grandes variaciones, por los demás instrumentos normativos relativos a esta cuestión, en consonancia con lo que tiempo atrás habían dispuesto en materia de derechos humanos la DUDH,⁶⁷ el CEDH⁶⁸ y la CADH.⁶⁹

En este sentido, Ebbesson dice:

To some extent, the international debate on participatory rights [acceso a la información, participación en la toma de decisiones y acceso a la justicia] in environmental matters also stems from international human rights law, predating UNCED, in particular with respect to access to justice.⁷⁰

Por lo demás, cabe decir que las Directrices de Bali (2010) vinieron a complementar el sencillo redactado del P10 con el fin de acelerar su adecuada implementación.

2. Marco normativo supranacional del acceso a la justicia ambiental en Europa

2.1 La Convención de Aarhus

Esta convención, firmada el 25 de junio de 1998 y cuya entrada en vigor se aplazó hasta 2001 (España lo ratificará en fecha 16/02/2005),⁷¹ resulta ser la materialización legal en el continente europeo del citado P10, estipulando una serie de obligaciones para los

66 PIGRAU SOLÉ, Antoni y BORRÀS PENTINAT, Susana, «Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente» en AA.VV., PIGRAU SOLÉ (director), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 25; EBBESSON, Jonas, «Principle 10: Public Participation» en AA.VV., VIÑUALES, Jorge (editor), *The Rio Declaration on Environment and Development*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 289.

67 Artículo 8 - *Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.*

68 Artículo 13 - *Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.*

69 Artículo 25 - *Protección Judicial - I. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

70 EBBESSON, *op. cit.*, p. 288.

71 Fecha de publicación. La ratificación de la UE no era suficiente ya que era un acuerdo de los llamados mixtos, por lo que se requería la ratificación, previa autorización de las Cortes Generales. RAZQUIN LIZARRAGA, José y RUIZ

EE.PP. con relación al aseguramiento de los derechos instrumentales. La importancia fundamental de esta normativa reside en la fuerza vinculante de su ordenamiento de mínimos, el cual puede ser reforzado, pero nunca disminuido. En este sentido, supone un paso muy importante hacia la llamada democracia participativa ambiental en este ámbito⁷².

En cuanto a lo que nos ocupa, en su preámbulo se afirma: «Deseando que el público, incluidas las organizaciones, tengan acceso a mecanismos judiciales eficaces para que los intereses estén protegidos y para que se respete la ley».

Con este objetivo, dedica su artículo noveno al acceso a la justicia, donde exige a los EE. PP. que velen por el reconocimiento de este derecho de tres formas distintas:

a) Acceso a la justicia para los casos de incumplimiento del derecho de acceso a la información ambiental: «recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente o imparcial establecido por la ley» (artículo 9.1).

b) Acceso a la justicia ante incumplimientos relativos a la participación pública en la toma de decisiones de carácter ambiental (artículo 9.1. y artículo 9.2).

c) Acceso a la justicia ante violaciones al derecho ambiental de fondo: «procedimientos administrativos o judiciales» (artículo 9.3).

Observamos, en los dos primeros casos, la disposición de este derecho como instrumento de los otros derechos instrumentales de información pública y participación ciudadana, mientras que en el tercer punto se estipula como garantía de ingreso a la jurisdicción ante violaciones de la legislación de protección medioambiental.⁷³

El apartado cuarto, que configura lo que podríamos llamar una disposición ómnibus, complementa estas disposiciones otorgando las pautas que deberán respetar los procedimientos exigidos. Así, afirma que estos:

deberán ofrecer los recursos suficientes y efectivos, en particular una orden de reparación, si procede, y deberán ser objetivos, equitativos y rápidos sin que su coste sea prohibitivo. Las decisiones adoptadas [...] se pronunciarán o consignarán por escrito. Las decisiones de los tribunales [...] deberán ser accesibles al público.

En este punto, debemos resaltar algunas cuestiones. En primer lugar, con respecto al término *orden de reparación*, cabe decir que se ha sostenido que su utilización proviene de una mala traducción del término *injunctive relief* de la versión inglesa del texto, y que, en realidad se refiere a asegurar la efectividad de la sentencia mediante el

DE APODACA ESPINOSA, Ángel, *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 55.

72 En AA.VV., PIGRAU SOLÉ (dir.), *op. cit.*, p. 17.

73 Según nos explica Antonio EMBID IRUJO en *El acceso a la justicia en materia ambiental en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, R.V.A.P. núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014, p. 1213, el TJUE (STJUE 8-3-2011 asunto C- 240/09) dictaminó que este precepto (artículo 9.3) no tiene efecto directo, aunque es deber del órgano jurisdiccional interno interpretar el régimen procesal propio de la legitimación de manera conforme a los objetivos del precepto reproducido y a la finalidad de la tutela judicial efectiva de los derechos.

dictado de medidas cautelares,⁷⁴ lo cual es de gran relevancia si tenemos en cuenta que la legislación española que implementa las disposiciones de esta Convención en la legislación interna⁷⁵ ha olvidado cualquier mención a este importante instituto procesal.

En segundo lugar, se establece el deber de que estos recursos no tengan un coste prohibitivo, atacándose así uno de los obstáculos materiales más importantes del acceso a la justicia ambiental. El inciso quinto de este artículo también aborda esta temática al marcar la necesidad de establecer mecanismos de asistencia apropiados para eliminar o reducir los obstáculos financieros. En este caso, adelantamos que la legislación española mencionada sí va a contemplar esta pauta, cuya consideración será sometida a crítica en el capítulo IV.

En cuanto a la regulación relativa a la legitimación procesal activa para acceder a la jurisdicción, la Convención dispone por separado las legitimaciones según el objeto del recurso, es decir, según sea referente al acceso a la información pública, a la participación o a las violaciones del derecho ambiental de fondo. A grandes rasgos, y en consonancia con las legitimaciones para ejercer cada derecho instrumental, parece que la legitimación de recurso referida al acceso a la información es algo más flexible que la de la participación, ya que utiliza el término *toda persona* en contraposición a *público interesado que tenga interés suficiente o invoque la lesión de un derecho*, lo cual podrá requerir prueba de un mayor grado de interés.⁷⁶ En este sentido, es plausible la especial consideración que se tiene con respecto a las organizaciones no gubernamentales. Por su parte, en lo que hace a la legitimación en cuanto a violaciones de derecho ambiental de fondo, la Convención hace referencia a *miembros del público*, pero agrega *que reúnan los eventuales criterios previstos por su derecho interno*, de manera que deja a discreción total de cada EE.PP. los requisitos específicos. Esto parece adecuado sobre todo si tenemos en cuenta los diferentes sistemas de legitimación que pueden existir en la diversidad de culturas jurídicas de los EE.PP.; sin embargo, creemos que deberá tenderse siempre al amplio acceso a la justicia ambiental, más aún si consideramos el objetivo primario de la Convención.⁷⁷

Finalmente, con relación a la legitimación pasiva, la Convención contempla de forma igualitaria tanto a aquellos recursos contra actos de las administraciones como de particulares. Como se verá *infra*, la Propuesta de Directiva se aparta de este trato,

74 ASOCIACIÓN PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL, *Democracia ambiental y acceso a la justicia. La aplicación del Convenio de Aarhus en España*, Madrid, 2009, p. 26. <http://www.aja-ambiental.org/archivo/aja_esp.pdf> [13/06/2016]

75 Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE.

76 Según explican Pigrau Solé y Borràs Pentinat, la sustitución de la vieja concepción de *parte interesada por interés suficiente* ya representa de por sí una flexibilización en la legitimación. PIGRAU SOLÉ Y BORRÀS PENTINAT, *op. cit.* p. 41.

77 «Artículo 1. Objetivo. A fin de contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar». Aquí se percibe el verdadero espíritu de este instrumento.

pues se centra en la regulación de los recursos contra actos administrativos, lo cual, aun teniendo su razón de ser, amerita algún comentario.

Como se observa, la Convención de Aarhus sigue la diagramación del principio décimo de Río respecto al deber de establecer recursos efectivos, a lo cual agrega, por un lado, el establecimiento de disposiciones de mínimos con respecto a la legitimación y, por otro, algunas pautas específicas que los procedimientos que se insten deberán respetar. En este sentido, resulta una especificación aceptable del principio general contenido en la Declaración.

2.2 La Propuesta de Directiva sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente

Como ya se ha mencionado, se echa de menos una directiva que se ocupe del tema en cuestión, más allá de las referencias relativas a la utilización de este derecho como instrumental a los demás derechos instrumentales que contienen las directivas sobre información y participación pública ambiental. Tampoco se aborda este tópico en la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental⁷⁸ en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, más allá de una breve mención en su artículo decimotercero. Sin embargo, sí existe la citada Propuesta de Directiva sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente del año 2003, la cual vale la pena analizar.

Con un doble objetivo declarado desde su exposición de motivos, a saber, contribuir a la aplicación del Convenio de Aarhus y subsanar deficiencias de control en la aplicación del derecho ambiental, esta propuesta trata, principalmente, el tema de la capacidad procesal o legitimación para actuar frente a acciones u omisiones administrativas violatorias de la normativa ambiental. Establece, según su propia exposición, las condiciones mínimas de acceso a los procedimientos judiciales y administrativos en materia de medio ambiente.

Así, su exposición de motivos destaca:

la no aplicación del Derecho medioambiental se debe con demasiada frecuencia a que la capacidad procesal para recurrir se limita a las personas directamente afectadas por la infracción. De ahí que una forma de mejorar la aplicación sea garantizar que las asociaciones representativas de protección del medio ambiente tengan acceso a los procedimientos administrativos o judiciales de medio ambiente. La experiencia práctica adquirida en el reconocimiento de la capacidad procesal de las organizaciones no gubernamentales de medio ambiente demuestra que ha servido para reforzar la aplicación del Derecho medioambiental.

78 Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

En este entendimiento, establece que los EE.MM. garantizarán el acceso de los miembros del público⁷⁹ cuando tengan un interés suficiente o aleguen la vulneración de un derecho⁸⁰ —artículo cuarto— a los procedimientos de medio ambiente previstos contra las acciones y omisiones administrativas que, por motivo de fondo o forma, infrinjan el derecho ambiental.

Mención aparte merece la legitimación establecida para las entidades habilitadas, las cuales son definidas por el artículo 2.1.(c) como asociaciones, organizaciones o grupos que tienen como objetivo la protección del ambiente y se encuentran reconocidos por el procedimiento del artículo noveno. Es el artículo quinto el que les otorga capacidad procesal, exigiendo que el objeto del recurso que se presente esté específicamente incluido en las actividades estatutarias y que el recurso se inscriba en la zona geográfica específica de actividad. En este sentido, se permite que una entidad reconocida en un Estado entable un procedimiento de tutela ambiental en otro Estado miembro, lo cual es, a nuestro entender, un avance importante en el reconocimiento del carácter transfronterizo de las afectaciones ambientales y un impacto en la legislación procesal, tal cual lo remarca la explicación detallada de la Propuesta.

El artículo octavo establece los criterios de reconocimiento de estas entidades, a saber: (a) deberán ser personas jurídicas independientes y sin ánimo de lucro, cuyo objetivo sea la protección y la mejora del medio ambiente; (b) deberán tener una estructura organizativa que les permita garantizar la realización adecuada de sus objetivos estatutarios; (c) deberán haberse constituido jurídicamente y haber trabajado activamente para la protección del medio ambiente conforme a sus estatutos durante un periodo que fijará el Estado miembro en el que estén constituidas; (d) deberán realizar un estado anual de cuentas que será certificado por un auditor reconocido. La disposición novena, por su parte, refiere el procedimiento de reconocimiento.

Así, la Propuesta establece, en cuanto a la legitimación activa de personas jurídicas, un particular sistema de reconocimiento, reemplazándose, en este caso, la facultad judicial de evaluar si existe o no en la entidad un interés jurídico tutelable por el ordenamiento jurídico. Tal situación nos parece sumamente criticable⁸¹ puesto que implica la imposición de criterios excesivos que desvirtúan el espíritu de acceso de Aarhus, desconociéndose la verdadera existencia de intereses difusos por parte de estas entidades. En este sentido, los requisitos de identidad del objeto a tutelar y los fines estatutarios y de identidad geográfica, nos parecen parámetros suficientes como para considerar cualquier entidad como legitimada, sin perjuicio de considerar que la ponderación legitimatoria deberá recaer siempre sobre el órgano jurisdiccional.

79 Remite al concepto de *público* dado por la Convención de Aarhus.

80 Se deja a determinación de los EE.MM. tales definiciones.

81 La crítica a este sistema ameritaría un desarrollo más profundo que por motivos de extensión del presente trabajo se omitirá.

Por otro lado, en cuanto al ámbito de aplicación material, debemos aclarar que, como sostiene González Bondía, en cuanto a lo dispuesto por los artículos 2.1.(g) y 2.2,

esta propuesta de Directiva se aplicaría únicamente al acceso a la justicia en casos de incumplimiento de normas comunitarias o normas de origen estatal adoptadas en aplicación de la normativa comunitaria. Por consiguiente, el acceso a la justicia en caso de vulneración de otras normas ambientales nacionales estaría regulado íntegramente por normativa estatal a no ser que los Estados miembros se acojan a la posibilidad prevista en la propuesta de Directiva de incluir también las normas de origen exclusivamente nacional en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria.⁸²

Continuando con el análisis de este instrumento, destacamos que, al igual que hace Aarhus, aunque aquí más claramente, la Propuesta apunta a que se garantice el acceso a las medidas cautelares, tanto para los miembros del público —artículo cuarto— como para las entidades habilitadas —artículo quinto—, excluyéndolas, especialmente, del proceso de petición de revisión interna del artículo sexto. Asimismo, el artículo décimo refiere que los procedimientos no deberán ser *excesivamente costosos*. Preferimos, en este sentido, la fórmula de *no prohibitivos* de Aarhus.⁸³

El artículo séptimo, regula una *petición de revisión interna*, como una especie de procedimiento administrativo previo que parecería constituirse como requisito de admisibilidad para la acción judicial, lo cual consideramos desacertado en virtud de las necesidades de celeridad que la protección judicial de algunos bienes ambientales puede detentar.⁸⁴

Por lo demás, queda poner de relieve el tema de la legitimación pasiva, tal y como comentamos al referirnos a Aarhus. Como se desprende del artículo tercero, la Propuesta, para el caso de acciones u omisiones de particulares, solamente exige a los EE.MM. que aseguren el acceso a la justicia al público y bajo los requerimientos de la legislación nacional. Es decir, la normativa relativa a la capacidad procesal que la Directiva estipula, solo se aplica en el caso de omisiones o acciones administrativas y no frente a afectaciones de particulares.

En este sentido, en la explicación detallada de la Propuesta se expresa que

Establecer disposiciones sobre los particulares interferiría en la esencia misma de los sistemas de los Estados miembros, ya que supondría la regulación por normas comu-

82 GONZÁLEZ BONDIA, Alfonso, “La regulación comunitaria europea del acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente en sus estados miembros”, en AA.VV., PIGRAU SOLÉ (director), *op. cit.*, p. 112.

83 ¿Acaso la Propuesta permitiría procedimientos en tutela del ambiente que puedan considerarse (solo) *costosos* (aunque prohibitivos) para la comunidad que busca cubrir las falencias de la Administración?

84 En este sentido, la CEPE, en el informe *Access to Justice in Environmental Matters: available remedies, timeliness and costs...* remarca el problema que resulta de la reclamación administrativa previa como requisito de admisibilidad del recurso judicial, sobre todo si el organismo jurisdiccional administrativo es el mismo (o un superior) del que realizó la conducta a impugnar. UNECE, *Access to Justice in Environmental Matters: available remedies, timeliness and costs. Eastern Europe, Caucasus and Central Asia*, 2012, p. 9. [13/06/2016]

nitarias de un asunto propio de la competencia de los Estados miembros como es la posibilidad de que los particulares recurran ante los tribunales contra actos cometidos por otros particulares.

Esa *esencia misma de los sistemas de los Estados miembros* será atendida, en lo que a España se refiere, en el capítulo siguiente, donde se evidenciará la imposibilidad de recurrir a los tribunales contra actos de otros particulares en caso de daño ambiental colectivo.

En el mismo sentido que el Convenio de Aarhus, la Propuesta de Directiva de acceso a la justicia ambiental busca garantizar el acceso a los procesos jurisdiccionales, centrándose, principalmente, en el problema de la legitimación, con algunas disposiciones de valor y con algunas deficiencias destacables. Sin perjuicio de ello, tal y como sucede en la Convención, la normativa que hace a los procedimientos, más allá de la legitimación, es más bien exigua.

3. Marco normativo supranacional del acceso a la justicia ambiental en América Latina

Como ya se dijo, a pesar de que el P10 está próximo a cumplir tres décadas, sólo recientemente se consagró en el ámbito latinoamericano el acceso a la justicia ambiental en un instrumento vinculante. Así las cosas, este derecho fue buscando su cauce en lo estipulado por los tratados internacionales y regionales en materia de DD.HH. y en lo dispuesto sobre acceso a la justicia *a secas*.

En el marco del SIDH, la CADH estipula, bajo el título de «Protección Judicial» en su artículo 25, un derecho:

a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

A partir de este, y con la consideración asentada del derecho ambiental como derecho humano,⁸⁵ la doctrina y alguna legislación nacional desplegaron un desarrollo del acceso a la justicia en materia medioambiental. En este sentido, merece la pena recordar que en el SIDH se han delineado algunos estándares para garantizar el litigio colectivo, por ejemplo, que asegure que se pueda invocar la afectación colectiva, no solo la individual, y que se pueda reclamar un remedio de carácter colectivo.⁸⁶

85 A pesar de no tener lugar en la CADH, sino solo en un protocolo adicional, concretamente el Protocolo de San Salvador, artículo 11. ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE, *Guía de Defensa Ambiental*, 2008, p. 90. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/24756.pdf>> [20/06/2016]

86 CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, 2007, p. 79. <<http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>> [20/06/2016]

Ahora bien, en lo que hace específicamente a la materia ambiental, resulta interesante abordar la configuración del nuevo acuerdo regional.

3.1 El Acuerdo Escazú sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe

Como ya adelantamos, a partir de Río + 20⁸⁷ algunos países de la región, con Chile a la cabeza, se propusieron llevar adelante un proceso denominado *hacia un instrumento regional para la cabal implementación de los derechos de acceso*. A grandes rasgos, lo que se procuraba era lograr la operatividad de los derechos consagrados en el ya analizado P10 de la Declaración de Río.⁸⁸

Bajo este entendimiento, fueron diversas las propuestas de los países para alcanzar este objetivo, como por ejemplo un convenio global, un convenio regional basado en Aarhus o adherirse directamente a este último, entre otras opciones.⁸⁹ Sin embargo, se ha optado por la conformación de un nuevo instrumento regional de carácter vinculante⁹⁰ que considere los avances en la materia realizados por la legislación nacional de los países de la región y respete las particularidades de la problemática en este ámbito, solicitando a tal fin la colaboración, como secretaría técnica, de la CEPAL. En noviembre del 2014, se dio inicio a la fase de negociación del acuerdo con la creación un Comité de Negociación. El proceso de negociación fue concebido para que estuviera abierto al público; por lo tanto, todos sus documentos fueron publicados en la web y se

87 En el marco de Río + 20 se firmó la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10, donde se puso de manifiesto la necesidad de crear un instrumento regional. Los países firmantes fueron Chile, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. A estos se agregaron, en 2013, Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Honduras, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago y, más tarde, El Salvador, Bolivia y Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, Saint Kitts y Nevis. Finalmente, en la reunión de negociación que tuvo lugar en Buenos Aires en agosto 2016 se incorporó Santa Lucía. <http://www.cepal.org/sites/default/files/pages/files/n1244046_esp.pdf> [16/03/2016], <https://www.cepal.org/sites/default/files/pages/files/tabla_incorporacion_paises_web_es_1.pdf> [11/11/2017]

88 ORELLANA, Marcos, «Democracia Ambiental y Desarrollo Sostenible: Hacia un Instrumento Regional sobre Derechos de Acceso», en FARN, *Informe Ambiental Anual*, 2014, pp. 43 y 44. <<http://farn.org.ar/archivos/16501>> [13/06/2016]

89 *Idem*, p. 49.

90 La naturaleza vinculante de este instrumento fue uno de los temas más difíciles de acordar. Solo en la última reunión del Comité de Negociación pudo concretarse dicha condición. Durante todo el proceso, los representantes de algunos países, en especial, Brasil, México y Colombia, se mostraron especialmente reticentes a despachar sobre la naturaleza jurídica del mismo. La postura de la CEPAL en su rol de secretaría técnica e impulsora del proceso fue siempre clara en cuanto a la necesidad de un instrumento vinculante, tal y como se puede observar en las palabras de su secretaria ejecutiva en el saludo a los participantes de la Segunda Reunión del Comité de Negociación. <<https://www.youtube.com/watch?v=jU4hZtF6CQI>> [14/06/2016]. Por su parte, el público, a través de sus representantes, cumplió un rol muy importante en aras de asegurar esta condición. En este sentido, la representante electa del público, Danielle Andrade, ha expresado que «este instrumento regional debe ir más allá de solo reafirmar el *statu quo*, debe ser un convenio de carácter vinculante con una visión progresista sobre democracia ambiental». Informe de las y los representantes electos del público acerca de la Tercera reunión del comité de Negociación del 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. <http://media.wix.com/ugd/0cd7e7_cc4c-d53b214b4ee29184a09d5904f514.pdf> [14/06/2016]

realizaron seminarios abiertos de información *online* sobre el avance del proceso, entre otras medidas de participación.⁹¹

Antes de adentrarnos en el estudio del Acuerdo, consideramos importante destacar que este instrumento de negociación se encuadra en el ámbito de la CEPAL, es decir, en el ámbito de las NU, y no en del SIDH, derivado de la OEA. Esto hace que, al menos en principio, no exista relación entre las convenciones de derechos humanos que en este último contexto se han adoptado y el nuevo documento, y que quede al margen de las competencias de la CIDH y la Corte IDH,⁹² organismos insignia de la defensa de estos derechos. En este sentido, este nuevo instrumento diagrama su propio Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento.

El texto final del Acuerdo⁹³ incluye un preámbulo y 26 artículos y se divide en dos partes fundamentales: una primera parte dogmática donde se desarrollan definiciones, principios, disposiciones generales y cada uno de los derechos de acceso, y una segunda parte orgánica donde se establece la estructura institucional del Acuerdo.

Pasando al análisis detallado de este documento, el artículo primero marca el objetivo del instrumento, el cual no es otro que

garantizar la implementación plena y efectiva de los derechos de acceso, así como la creación y el fortalecimiento de capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

Por su parte, la disposición segunda realiza la clásica enumeración de definiciones. Allí se definen los términos de *derecho de acceso*, *autoridad competente*, *información ambiental*, *público* y *personas o grupos en situación de vulnerabilidad*. Es importante subrayar que la definición de *autoridad competente* limita su aplicación a la implementación del derecho de acceso a la información pública y no a los demás derechos. En cuanto a la definición de *público*, tuvo lugar un interesante debate a la hora de acordar la limitación territorial que habría de aplicarse al considerar quién puede o no tener tal condición. La letra final del acuerdo incluye el requisito de que sea nacional o que esté sujeto a la jurisdicción nacional del Estado parte. En las negociaciones, los representantes del público expresaron su preocupación por que esta fórmula pueda excluir a personas o grupos con intereses legítimos que no puedan incluirse en ella.⁹⁴

91 El público en general podía registrarse en el siguiente link para de recibir información al respecto y participar a través de los llamados representantes del público.

92 Aunque, sin duda alguna, será considerado en futuras resoluciones de la Corte IDH, como ya lo fue el Convenio de Aarhus. Sentencia Corte IDH, de fecha 19 de septiembre de 2006, causa Claude Reyes y otros vs. Chile. De hecho, la Corte IDH ya ha mencionado en su Opinión Consultiva OC-23/17 que tomaba nota de la existencia del proceso de negociación del acuerdo.

93 A la fecha no ha sido publicada su versión oficial. Trabajamos sobre una versión no oficial de distribución limitada, pero que no debería presentar ninguna diferencia con respecto al texto final, más allá de correcciones menores de redacción.

94 Resultará interesante observar cómo juega esta disposición con la jurisprudencia recientemente establecida por la Corte IDH sobre el alcance del término jurisdicción en su Opinión Consultiva OC-23/17.

El artículo tercero estipula los principios que guiarán a las partes en la toma de medidas y en la aplicación de las disposiciones. A saber, igualdad y no discriminación, transparencia y rendición de cuentas, no regresión y progresividad, buena fe, preventivo, precautorio, equidad intergeneracional, máxima publicidad, soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, igualdad soberana de los Estados y pro persona.⁹⁵

La disposición cuarta enumera las obligaciones generales de las partes, entre las que destacamos: (1) garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, así como cualquier otro derecho humano universalmente reconocido relacionado con el Acuerdo; (2) velar por la libertad de ejercicio de estos derechos; (3) adoptar medidas legislativas, reglamentarias o de otro tipo para garantizar la implementación del Acuerdo; (5) orientar y asistir al público; (6) crear un entorno propicio y conceder reconocimiento y protección a quienes defiendan el medio ambiente; (8) adoptar la interpretación más favorable al pleno goce y respeto de los derechos, y (9) alentar el uso de las nuevas tecnologías para garantizar los derechos.

Por su parte, el punto 7 hace referencia a los mínimos de las disposiciones del Acuerdo, no impidiendo su profundización con medidas nacionales.

El artículo octavo está dedicado al acceso a la justicia. Esta disposición presenta algunos elementos de interés que, aunque limitados finalmente en comparación con los proyectados por la CEPAL, avanzan sobre la letra de la Convención de Aarhus.

En primer lugar, se dispone la obligación genérica de garantizar este derecho de acuerdo con las garantías del debido proceso. Es necesario poner de relieve que en versiones anteriores se establecía una alusión al elemento temporal —*dentro de un plazo razonable*— y la enumeración de principios —legalidad, efectividad, publicidad y transparencia—, pero ello ha sido suprimido por voluntad de los Estados negociantes. La referencia temporal es un elemento fundamental teniendo en cuenta la mora con la que suelen actuar los poderes judiciales de la región y, por lo tanto, se echará de menos, sobre todo considerando una posible evaluación de la *performance* de los Estados por parte de un comité de cumplimiento.

En su apartado segundo, se desarrolla la clásica subdivisión entre el derecho garantizado para asegurar el acceso a la información, aquel referente al acceso a la participación y finalmente aquel destinado a impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento, decisiones, acciones u omisiones que afecten o puedan afectar de manera adversa al ambiente o contravenir normas jurídicas relativas al mismo, de la

95 En la ronda de negociaciones, en Montevideo, se convino eliminar todas las definiciones que acompañaban a la enumeración de los principios, considerándose que estos y sus contenidos se encuentran suficientemente consolidados en el derecho internacional. Asimismo, se suprimieron los principios de inclusión, proactividad, corresponsabilidad, confianza mutua, solidaridad y trazabilidad; se agregaron los de cooperación y máxima publicidad, y se propusieron los de soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales, igualdad soberana de los Estados y pro persona. Asimismo, es importante destacar que este Acuerdo se ha convertido en el primer instrumento regional vinculante que incluye la consagración del principio de no regresión.

misma manera que lo hace la Convención de Aarhus. Versiones anteriores de esta provisión establecían una legitimación pasiva que incluía tanto a la autoridad pública como a privados, a diferencia de lo que hace la Propuesta de Directiva europea; sin embargo, esta diferencia se eliminó, por lo que se remite a la legislación nacional de cada Estado parte.

El tercer y el cuarto inciso son los que requieren nuestra plena atención y comentarios. El tercero indica que las partes deberán contar con una serie de elementos a fin de garantizar el derecho. Así, el primer subinciso refiere a órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental. Resulta difícil determinar a qué se refiere el Acuerdo con *acceso a conocimientos especializados en materia ambiental*, pero podría entenderse cumplimentado este requisito de una forma muy básica y sin garantizar mejora alguna en la calidad de la prestación de la justicia. En este sentido, la obligación impuesta parece bastante insustancial, sobre todo teniendo en cuenta que la idea original de esta disposición era garantizar la existencia de tribunales especializados en la materia, lo cual difiere enormemente de la letra final del texto. La creación de tribunales ambientales queda de esta forma al margen de las disposiciones del Acuerdo. El segundo elemento con el que las partes deben contar es la existencia de *procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos*. El factor económico como barrera de acceso es el punto más importante de esta disposición. Creemos que en la implementación del Acuerdo deberán evaluarse los casos uno a uno, lo que implicará la construcción de medidas que en ciertos casos disminuyan o eliminen completamente las barreras económicas de acceso. En versiones anteriores se sostenía que los procedimientos no tendrían costos y que no admitirían restricciones de ningún tipo, si bien esta idea fue suprimida en la versión final. La *legitimación activa amplia* es el tercer elemento, el cual se establece sin más especificaciones que la de la amplitud, de manera que quedará en los ordenamientos internos la definición de qué modelo seguir. La posibilidad de disponer *medidas cautelares y provisionales* es un elemento de relevancia en esta norma; cabe destacar la claridad con la que se expresa a diferencia de lo que sucede en la Convención de Aarhus. En este sentido, además, se ejemplifican los fines que estas pueden perseguir, a saber, prevenir, cesar, mitigar o recomponer daños ambientales. Uno de los aspectos más interesantes que finalmente recaló en este artículo es el de la necesidad de contar con *medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental*. Si bien se acompaña con el condicional *cuando corresponda y sea aplicable*, es importante su consideración, ya que la prueba es la clave procesal en la mayoría de este tipo de litigios complejos. La inversión de la carga probatoria o la aplicación de las cargas probatorias dinámicas son las opciones ejemplificativas que brinda el Acuerdo para cumplir con este deber. Su sexto subinciso refiere la necesidad de contar con *mecanismos de ejecución y cumplimiento oportunos de decisiones judiciales y administrativas*, lo cual es relevante ya que, en

muchas ocasiones, una vez dictada la sentencia, existe un vacío procesal sobre cómo proceder. En el mismo sentido, las partes deberán contar con *mecanismos de reparación*, entre los que se enumeran la restitución del 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 personas afectadas e instrumentos financieros para apoyar la reparación.

Por su parte, su inciso cuarto manifiesta que las partes establecerán, a fin de facilitar el acceso las siguientes disposiciones: (a) medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho; (b) medios de divulgación del derecho y sus procedimientos; (c) mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas, y (d) el uso de interpretación o traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario. El establecimiento de medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio en lo que respecta al factor económico deberá implicar un esfuerzo para Argentina, tal y como veremos en el capítulo IV.

El apartado quinto se dedica a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad⁹⁶ y establece que las partes atenderán sus necesidades mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo y asistencia técnica y jurídica gratuitas.

Finalmente, los apartados sexto y séptimo se dedican a estipular que las decisiones y sus fundamentaciones deberán ser escritas y que se promoverán mecanismos alternativos de resolución de controversias.

El artículo noveno aborda el problema de la tutela de los defensores ambientales; refiere que las partes garantizarán un entorno seguro y propicio *en el que las personas, grupos y organizaciones que promuevan y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad*. En este sentido, conviene que las partes tomarán medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger, y promover los derechos humanos de estos defensores. Asimismo, deberán tomar medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar los ataques, las amenazas o las intimidaciones que estos defensores pudieran sufrir en el ejercicio de los derechos que contempla este Acuerdo.⁹⁷ Es tan lamentable como necesario tener que recordar a los Estados que deben respetar los derechos humanos y juzgar a quienes pretendan evitar su ejercicio.⁹⁸

96 Art. 2.e: «por “personas en situación de vulnerabilidad” se entiende 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». Otras versiones de esta definición incluían enumeraciones de las condiciones que podían afectar a la vulnerabilidad como, por ejemplo, la edad, género, estado físico o mental, circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad.

97 La Convención de Aarhus trae consigo una disposición similar, aunque más restringida en su artículo 3.8.

98 Ver <<http://www.univision.com/noticias/medio-ambiente/ola-de-indignacion-por-el-asesinato-de-la-lider-ambiental-en-honduras>>; <<http://www.eldiario.es/desalambre/medioambiental-Berta-Caceres-asesinado-Hondu>>

Como hemos podido observar, el texto del Acuerdo, en lo que hace al acceso a la justicia, y a pesar de haber sufrido recortes importantes, va más allá de las regulaciones generales relativas a los derechos instrumentales en general y al derecho al acceso a la justicia ambiental en particular, y se perfila como un valioso estímulo para la mejora de las democracias regionales en lo que a la tutela ambiental respecta.

4. El acceso a la justicia y el acceso a la jurisdicción

Como ya se dijo previamente, debemos destacar que, en nuestra opinión, el acceso a la justicia no se debe limitar al establecimiento de recursos y sus legitimaciones, sino que debe garantizar el acceso adecuado a resoluciones jurisdiccionales que puedan ser socialmente justas o, mejor dicho, ambientalmente justas. Es decir, la normativa de acceso debería garantizar no solo el ingreso en los procedimientos de forma adecuada, sino también que sea adecuado su tránsito por estos. Es decir, que el acceso a la justicia ambiental se dé en los términos establecidos en nuestro capítulo I y no se trate solo de un acceso a la jurisdicción, lo que cobra especial relevancia ante la idea de la inadecuación de los procedimientos clásicos individualistas que en general dominan los ordenamientos estatales.

Luego del análisis realizado, podemos afirmar que, en el marco normativo supranacional analizado, las disposiciones que se extienden más allá de la configuración legitimatoria son escasas y poco ambiciosas. Si bien debemos reconocer algunos pasos adelante en el caso del Acuerdo bajo el ámbito de la CEPAL, en el resto de la normativa, en general, se prevé solamente la llegada, y a lo sumo el ingreso, de los intereses colectivos a uno de los medios de resolución de conflictos sociales, el proceso judicial o administrativo, sin que las referencias a algunas pautas generales, aunque plausibles, como la *efectividad* o *el coste no prohibitivo* de los recursos o de su acceso, alteren tal afirmación ya que, en la mayoría de los casos, éstas, por su precariedad, no se manifiestan en una modificación sustancial de la extensión de la obligación de los Estados. Esto, probablemente, se puede atribuir, como marca la Asociación para la Justicia Ambiental en el caso de Aarhus, «a la complejidad de las negociaciones del Convenio, dada la diversidad de sistemas judiciales existentes y la resistencia, de algunos países, a permitir un acceso más fluido por parte del público a la tutela judicial».⁹⁹

ras_0_495200716.html>; <<http://www.lamarea.com/2013/12/23/chico-mendes/>>, <<http://www.france24.com/es/20180122-2017-aumento-asesinatos-defensores-ddhh>>. [04/02/2018]

99 ASOCIACIÓN PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL, *Guía sobre el acceso a la justicia ambiental. Convenio de Aarhus*, 2007. p. 28. <<http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Guia-Aarhus.pdf>> [20/06/2016]

CAPÍTULO III. LA TUTELA JUDICIAL DEL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO

El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde se pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerlo efectivo. La espada sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia.¹⁰⁰

Rudolf von Ihering

Establecidos el marco teórico y el marco normativo supranacional, abordaremos ahora la tutela judicial ambiental en los ordenamientos nacionales de referencia, es decir, de Argentina y España. Con este objetivo, de aquí en adelante seguiremos una particular metodología de trabajo: la postulación de una pretensión procesal ambiental concreta que nos sirva de objeto de experimentación jurídica. La elección de esta pretensión no será fruto de un ligero razonamiento: deberá ser lo suficientemente general como para ser trasladable a una serie amplia de supuestos reales, pero a su vez deberá ser lo suficientemente restringida para poder abarcarse en estas páginas con un cierto grado de profundidad. Una vez establecida, será nuestra preocupación categorizarla y razonar la suerte que correrá en su camino a una resolución judicial en busca de la justicia ambiental. En este sentido, será una muestra, pequeña pero válida, de la problemática planteada sobre el acceso a la justicia ambiental.

En este capítulo, asumiremos la tarea de valorarla, marcar sus limitaciones y, finalmente, catalogarla dentro de la clasificación de los intereses jurídicos. Hecho esto, comprobaremos si estamos o no frente a un interés jurídicamente tutelable en los ordenamientos jurídicos de España y Argentina, para luego echar a andar nuestra preten-

100 IHERING, Rudolph von, *La lucha por el derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, p. 60.

sión procesal con el objetivo de observar qué caminos jurisdiccionales se le abrirán en cada sistema jurídico. Este análisis nos llevará constatar que existen, entre los ordenamientos de estos dos países, sistemas jurídicos de tutela ambiental de carácter disímil. Mientras que en España observaremos uno plenamente público, en Argentina se distingue la estructuración de un sistema mixto a partir de la *privatización* de la resolución de los conflictos ambientales que implicó la reforma constitucional de 1994 a través de las configuraciones, por un lado, del derecho fundamental a un ambiente sano, apto y equilibrado del artículo 41 y, por otro, del amparo colectivo ambiental.

El siguiente capítulo, continuación lógica de este, será el encargado de adentrarse en los procesos que dan curso a la pretensión. Con este objetivo, realizaremos un análisis comparativo de los institutos procesales de relevancia que cada ordenamiento impone, siendo valorados, en cada caso, en razón de las dificultades o facilidades que se nos presentan. Este estudio comparativo nos brindará una idea de la aptitud y de la adecuación o no de estos procedimientos como conductos de la pretensión hacia la justicia ambiental que eventualmente otorgará la resolución judicial, todo lo cual nos permitirá proponer mejoras o correcciones a los sistemas.

1. La pretensión

Presentamos aquí nuestra pretensión procesal¹⁰¹ de referencia que marcará los límites de este trabajo en adelante. Si bien a continuación realizaremos la valoración correspondiente, podemos adelantar que ella buscará el reconocimiento judicial de la responsabilidad de aquel que haya dañado al ambiente y su condena a repararlo o recomponerlo. Tal y como se puede intuir, un interés como el que la pretensión expone es perfectamente subsumible en los reclamos de justicia ambiental que las sociedades exponen a lo largo y ancho del planeta, lo cual, en cierta forma, otorga validez a nuestra construcción. Establecido esto, procedemos a su formulación: *reconocimiento de la responsabilidad y condena a la recomposición ambiental a partir de un hecho dañoso al ambiente*.

101 Nos referimos pues a una pretensión procesal entendida en los mismos términos que expone Pino Miklavec, es decir como «petición o reclamación sobre un bien de la vida que una parte dirige frente a otra y ante un órgano jurisdiccional» y desde un punto de vista funcional «la actividad que origina, mantiene y concluye un proceso». En este sentido, como explica esta autora, todo el proceso gira [o debería hacerlo] en torno a ella, acota su contenido, fija sus límites, condiciona su tratamiento y resultado y delimita el ámbito en el que ha de moverse el juzgador. PINO MIKLAVEC, Noemí, *La Tutela Judicial Administrativa de los Intereses Ambientales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 305 y 306.

1.1 Valoración y límites

Como nos hemos planteado, nuestra pretensión exhibe la suficiente generalidad como para permitir su adaptación a diversos supuestos de la realidad conflictual ambiental. Así, no se establece de antemano quién o quienes serán nuestros actores procesales, nuestros demandados —persona física, jurídica, pública, privada—, ni el hecho dañoso —acción u omisión—, ni, finalmente, cuál será el bien jurídico ambiental afectado —agua, atmósfera, biodiversidad, suelo—.

Ahora bien, como mencionamos, esta formulación implica, a su vez, dejar de lado una gran cantidad de situaciones jurídicas de relevancia que excederán al contenido del trabajo. De esta manera, a la hora de enumerar sus límites podemos afirmar que (a) no se buscará atacar meros incumplimientos a la normativa administrativa de control, protección, prevención, etc., a no ser que con ellos se haya generado un daño; (b) aunque probablemente el hecho lo amerite, no se buscará alcanzar una sanción administrativa¹⁰² o el cumplimiento forzoso de una determinada disposición normativa diferente a la que obligue a recomponer el ambiente; (c) no se reclamará al Estado, si bien podría hacerse, la responsabilidad por omisión de fiscalización, aunque sí podrá considerarse la responsabilidad estatal cuando sea él mismo el agente agresor —o algún ente privado en cumplimiento de funciones públicas—; (d) tampoco se buscará el cumplimiento de las obligaciones relativas a los derechos instrumentales de participación en materia ambiental;¹⁰³ (e) la responsabilidad penal del agente contaminador también quedará fuera de nuestro ámbito de interés puesto que la pena no es nuestra pretensión, de manera que se excluirán intencionalmente las formas accesorias de reparación¹⁰⁴ que la legislación penal ofrece;¹⁰⁵ (f) no se considerará la reparación de los llamados *daños a través del ambiente*, ya que estos son siempre daños de carácter individual, distintos del interés colectivo aquí perseguido, aún en el caso de que tal daño se repitiese en el seno de la comunidad,¹⁰⁶ y (g) finalmente, si bien este aspecto quedará incluido en todo caso en nuestra pretensión, no nos limitaremos a buscar el cese de la acción contaminante sino que, como se mencionó, el objetivo es la recomposición del

102 El deber de reparación ambiental no es una sanción. GARCÍA AMEZ, Javier, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 235.

103 Teniendo en cuenta la clasificación tripartita que elabora la Convención de Aarhus, y que luego sigue otra normativa, nuestra pretensión se ubica dentro del acceso a la justicia a fin de garantizar jurisdiccionalmente la legislación ambiental de fondo —artículo 9.3 del Convenio—.

104 Por ejemplo, arts. 109-110 del Código Penal español.

105 Incluir las no solo implicaría abordar el estudio del proceso penal y sus principios y garantías, lo cual escapa a nuestros objetivos, sino que también se debe tener en cuenta que la utilización de esta herramienta no deja de ser un camino secundario o de auxilio que presenta sus propias limitaciones tal y como se advierte en RUDA GONZÁLEZ, Albert, *El daño ecológico puro*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 62 y 63, ante la falta de uno principal o ante su inadecuación, situación que es justamente lo que tratará de evidenciar este trabajo. Por su parte, una pequeña muestra del tratamiento del procedimiento penal con relación al paradigma ambiental lo encontraremos en MÉDICI, Gastón, «El querrellante colectivo en las causas penales ambientales», *Revista El Derecho*, n.º 13.518, 4 de julio de 2014, Buenos Aires.

106 Supuesto de intereses individuales homogéneos, los cuales se tratarán más adelante.

ambiente dañado, quedando fuera también de nuestro estudio la reparación del daño moral colectivo o la consideración de daños punitivos.

Un último límite, que no se refiere a la pretensión en sí, sino al objeto del trabajo mismo, es que se hará foco en los procesos judiciales y no en los administrativos, ya que, si bien estos tienen una evidente relevancia en este ámbito, no les son del todo aplicables los institutos procesales que, sobre todo en el próximo capítulo, serán sometidos a análisis. La excepción a esta regla reside en el procedimiento administrativo de reconocimiento de responsabilidad de la LRM,¹⁰⁷ cuyo análisis nos parece de interés por su especificidad con relación a nuestra pretensión y por el hecho de que supone un paso previo importante al recurso contencioso en el que ejercitaremos judicialmente nuestra pretensión.

1.2 Encuadramiento en la clasificación de los intereses jurídicos

Volviendo sobre nuestra construcción, en ella se estipula que se perseguirá que (1) se reconozca y declare la responsabilidad del agente generador del hecho dañoso y que (2) se lo condene a la recomposición del ambiente dañado.¹⁰⁸ En este sentido, queda establecido que se ha producido un hecho —u omisión— que ha causado un daño y que este recae sobre un bien ambiental colectivo —difuso—. ¹⁰⁹ Tal estructuración no difiere de aquella que se sostendría en cualquier reclamación de responsabilidad civil extracontractual, con la particularidad de que el interés aquí esgrimido es evidentemente un interés de incidencia colectiva puesto que se busca la recomposición de un bien del que todos los individuos disfrutaban conjuntamente, que es de todos y a la vez de nadie en particular, cuya tutela, en definitiva, trasciende un interés individual.

Dentro de estos intereses de incidencia colectiva,¹¹⁰ tal y como lo hace la CSJNA,¹¹¹ podemos reconocer una subclasificación según se trate de *Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos* —intereses transindividuales, difusos y colectivos propiamente dichos— o *Derechos de incidencia colectiva referentes*

107 Norma de transposición de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales.

108 En la clasificación resumida que hace Pino Miklavec, se corresponde con una *pretensión procesal de conocimiento*. PINO MIKLAVEC, *op. cit.*, p. 313.

109 En este sentido, la elección del término *ambiente* a secas en la enunciación responde a la construcción bidimensional que la doctrina ha hecho sobre el concepto de ambiente, entendiéndolo, por un lado, como *macro-bien* (ambiente en general) y, por otro, como la sumatoria de micro-bienes —agua, atmósfera, biodiversidad, etc.—, todos dignos de protección jurídica. AA.VV., *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Ambiental*, CAFFERATTA, Néstor (director), La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 3, 4, 8 y 10. Entendemos que esta concepción debe conjugarse con aquella formulada por Jaria Manzano por la que se comprende al medio ambiente jurídicamente protegido como la configuración ideal del espacio físico global, es decir, un correlato del ambiente real en el ámbito normativo, siendo el ambiente real digno de protección en la medida en que se corresponda con el ambiente jurídicamente deseado. JARIA MANZANO, Jordi, «El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia de medio ambiente y su desarrollo en la Ley 27/2006», en AA.VV., PIGRAU SOLÉ (director), *op. cit.*, p. 130.

110 Como lo llama el artículo 43 CA.

111 SCSJNA de fecha 24/02/2009, «Halabi, Ernesto c/ P.E.N. —ley 25.873— dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986».

a intereses individuales homogéneos. Así lo han considerado también legislaciones de relevancia como el Código del Consumidor de Brasil, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica¹¹² y autores representativos de la doctrina mayoritaria argentina como Morello y Sbdar.¹¹³

Dando paso a una sucinta explicación de cada una de estas categorías, al hablar de *intereses meta o transindividuales* —también llamados *plurisubjetivos*— en el supuesto de intereses tanto colectivos como difusos, nos estamos refiriendo a grupos de personas en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos los individuos integrantes del grupo disfrutan conjunta y solidariamente y con relación al cual experimentan una necesidad común. La diferenciación entre *difusos*¹¹⁴ o *colectivos propiamente dichos* vendrá dada, según la doctrina española,¹¹⁵ por la posibilidad de determinación de los miembros. Cuando se trate de una comunidad de personas determinada o fácilmente determinable nos encontraríamos frente intereses colectivos, mientras que en caso de que se trate de un grupo indeterminado podríamos hablar de intereses difusos.¹¹⁶ En este sentido, Pérez Conejo realiza una aportación de interés al sostener que «a la hora de clasificar los intereses plurisubjetivos puede resultar ilustrativo acudir a su representación gráfica como ‘Círculos Grupales Concéntricos’», donde en el primer nivel externo se colocan los intereses plurisubjetivos como género, dentro del cual encontraríamos la especie de mayor extensión en cuanto a su menor concreción, es decir los difusos y finalmente, dentro de éste, el círculo correspondiente a los colectivos.¹¹⁷

112 Artículo 81 Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 y artículo 1, respectivamente.

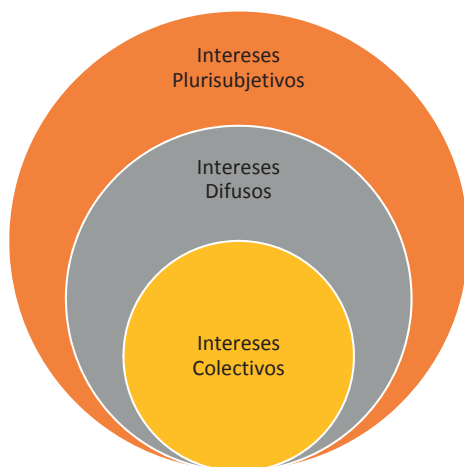
113 MORELLO, Augusto y SBDAR, Claudia, *Acción Popular y Procesos Colectivos*, Ed. Lajoune, Bs. As., 2007, p. 20.

114 En el derecho argentino esta categoría fue reconocida por la CSJNA como subespecie de los derechos de incidencia colectiva que menciona la Carta Magna. Por su parte, en el derecho español, según explican Razquin Lizarraga y Ruiz De Apodaca Espinosa, su reconocimiento se produce a través del artículo 7 de la LOPJ, al referirse a los intereses legítimos colectivos. RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *op. cit.*, p. 382. Agregamos que en el ordenamiento jurídico argentino también han sido considerados como tales por alguna legislación provincial, v.gr. Ley 10.000 de la Provincia de Santa Fe.

115 PÉREZ CONEJO, Lorenzo, *La defensa judicial de los intereses ambientales*, Lex Nova, Valladolid, 2002; También es importante decir que otra vertiente doctrinal española es militante de adoptar un criterio organizativo, entendiéndose a los colectivos como aquellos que cuentan con una organización que los representa y defiende en contraposición con los difusos en los que aquella no existe —Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, González Cano— o una concepción mixta —Lozano-Higuero Pinto. PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, *La Defensa de los Intereses Colectivos en el Contencioso-Administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 47. El mismo Peñalver I Cabré, en esta obra, critica la diferenciación entre colectivos y difusos.

116 PÉREZ CONEJO, *op. cit.*, p. 79.

117 *Idem*, p.74.



Elaboración propia.

Por su parte, para la doctrina argentina, en general, y los autores Morello y Sbdar, en particular, la diferenciación reside en que mientras en los difusos no existe vínculo jurídico alguno entre las personas pertenecientes al grupo, las cuales se identifican por circunstancias de hecho —vivir en un mismo lugar—, en los colectivos el grupo está ligado entre sí o con la contraparte por una relación jurídica previa.¹¹⁸ Más allá de esto, ambas categorías presentan las características comunes de supraindividualidad e indivisibilidad, lo que implica que la satisfacción de la pretensión de unos implica la satisfacción de la pretensión del resto también, lo cual tendrá evidentes consecuencias, por ejemplo, en la extensión de la cosa juzgada.¹¹⁹

Por otro lado, al hablar de *intereses individuales homogéneos* estamos refiriéndonos a algo sustancialmente distinto. En este sentido, Pérez Conejo¹²⁰ prefiere llamarlos *pluralidad de derechos particulares conexos* lo que evidentemente es más una definición que una denominación, y es que aquí encontramos una multiplicidad de situaciones individualizadas, derechos subjetivos privativos. Aun cuando la controversia base del interés tenga alcance múltiple, lo que existe es una pluralidad de pretensiones que, se-

118 MORELLO y SBDAR, *op. cit.*, p. 21, postura que toma y desarrolla la CSJNA en la mencionada sentencia Halabi.

119 La extensión subjetiva de la cosa juzgada y la cosa juzgada *erga omnes* son temas centrales del derecho procesal colectivo. En este trabajo, sin embargo, no serán abordados, en el entendimiento de que otros institutos procesales son más relevantes a los fines de nuestro análisis. Sobre estos tópicos puede verse: GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999; PINO MIKLAVEC, *op. cit.*; PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.* y MORELLO y SBDAR, *op. cit.*, entre muchos otros.

120 Bujosa Vadel ll llama intereses individuales de relevancia colectiva, Gutiérrez de Cabiedes, *derechos subjetivos individuales plurales* y González Cano *intereses individuales de ejercicio colectivo*. PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

gún este autor, solo pueden ser dispuestas por cada uno de ellos a título personal, tanto material como procesalmente.¹²¹ Morello y Sbdar coinciden con él al opinar que son derechos individuales subjetivos con la particularidad de que derivan de un origen común, sea de hecho o de derecho, pero disienten al entender que pueden dar lugar a una acción colectiva por daños individuales, es decir, que podrían ejercerse procesalmente en forma colectiva.¹²²

En este punto, requiere una mención especial el llamado *interés en defensa de la legalidad*, el cual se entiende atribuido a los ciudadanos en general, ya que existe sin que se deba manifestar una afectación a un derecho subjetivo individual, colectivo o difuso, produciéndose un fenómeno de objetivación y generalización de la posición jurídica habilitante.¹²³ Como regla general, este tipo de interés no constituye título legitimador para la tutela jurisdiccional, salvo en los casos en que esté reconocida una acción popular.

Finalmente, debemos observar que nuestra pretensión, por la especial relevancia del bien jurídico que resulta afectado, puede también ser considerada consecuencia de un *interés público*¹²⁴. Este es definido como aquel que interesa al común de los ciudadanos que componen una comunidad organizada políticamente o bien como aquel cuya gestión y tutela está encomendada, directa e indirectamente, a los poderes públicos. Así, tal concepto expone una cara objetiva, con relación a su valor en sí, y otra subjetiva, en razón de quién tiene asignada su protección.¹²⁵

Ahora bien, ¿cómo deberíamos clasificar el interés que subyace en nuestra pretensión?

En primer lugar, debemos aclarar que la formulación elegida para nuestra pretensión, concebida en términos generales, nos impedirá dar una respuesta unívoca, problema que se superará al concretizar (1) el sujeto que la promueva y (2) la norma legitimatoria que se pretenda alegar. Aun así, podemos aventurar ciertas precisiones que son relevantes para comprender el alcance de nuestra pretensión.

Evidentemente, no nos encontramos frente a un interés individual, ya que la recomposición ambiental implica la tutela de un bien colectivo y no la de uno particu-

121 PÉREZ CONEJO, *op. cit.*, p. 83.

122 MORELLO y SBDAR, *op. cit.*, p. 22 y así lo explica, para el caso del ordenamiento jurídico argentino, la CSJNA en el *leading case* Halabi: «hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño».

123 CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «El ejercicio de la acción penal en materia de medio ambiente», en AA.VV., PIGRAU SOLÉ, Antoni y CASADO CASADO, Lucía (directores), *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 170.

124 Ver PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, pp. 92 y ss.

125 PINO MIKLAVEC, *op. cit.*, pp. 205 y 206.

lar, quedando descartados por la misma razón los intereses individuales homogéneos. Podemos decir entonces que estamos frente a un interés transindividual y, dentro de ello, nos inclinaríamos por uno de carácter difuso. En este sentido, sin perjuicio de que puedan llegar a catalogarse ciertos intereses ambientales como colectivos¹²⁶, en general, un interés como el plasmado reunirá la característica de indeterminación de sujetos afectados vinculados entre sí por una circunstancia fáctica.

En cuanto a su consideración como interés en defensa de la legalidad, evidentemente el nuestro quedará englobado en este último. Sin embargo, debemos reconocer su distinta naturaleza, más allá de que en ciertas circunstancias su diferenciación no sea del todo apreciable,¹²⁷ principalmente como consecuencia de los *difusos* contornos que hacen a la extensión de los intereses difusos.¹²⁸

Por su parte, entendemos que para los casos en que sea el Estado el que promueva tal pretensión, en cumplimiento de sus mandatos legales, estaremos, a su vez, frente a una tutela en razón de considerarse un interés público, lo cual es una pequeña muestra de la difuminación que sufren los contornos de lo público y lo privado, algo que el derecho ambiental deja en evidencia.¹²⁹

En resumidas cuentas, la recomposición ambiental, interés principal que en nuestra proposición presentamos, implica una pretensión de incidencia colectiva, en términos generales, y transindividual difusa en los términos explicados. De igual forma, la recomposición ambiental de un río contaminado, la recomposición ambiental por la eliminación de ejemplares de una especie en peligro de extinción o la recomposición ambiental del suelo por derrame de hidrocarburos son todos intereses difusos

126 Pérez Conejo da el ejemplo del interés en la higiene de un centro escolar y lo clasifica como interés ambiental colectivo. PÉREZ CONEJO, *op. cit.*, p. 73. Asimismo, en la causa «Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ Amparo. CSJ 4272013 (49-K) Recurso de Hecho se busca tutelar el bien colectivo 'agua de calidad ambiental (potable)'», con relación a la población de la localidad 9 de Julio, es decir, de un municipio en particular. Entendemos que tal interés podría considerarse transindividual colectivo, en virtud de lo determinable del grupo afectado —usuarios de la red— y la relación jurídica que los vincula.

127 PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, «Novedades en el acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales» en AA.VV., PIGRAU SOLÉ (director), *op. cit.*, p. 379.

128 Como indica Pérez Conejo «Entre la legitimación popular y la legitimación para la protección de los intereses plurisubjetivos, y en particular la legitimación <difusa>, existen ciertas diferencias que son reconducibles principalmente a los siguientes aspectos: la naturaleza de la situación legitimante; la necesidad o no de expreso reconocimiento legal; y, el ámbito subjetivo de los legitimados». PÉREZ CONEJO, *op. cit.*, p. 109. En la jurisprudencia ambiental argentina, el fallo del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso-Administrativo Federal n.º 2 «Kattan, Alberto E. y otro c/ Gobierno Nacional –Poder Ejecutivo» de fecha 10/05/1983, al aceptar la legitimación activa de un sujeto habitante de una provincia para defender la fauna marina de la costa de otra, sin que se haya acreditado relación alguna con el lugar, implicó la aparición jurisprudencial de la acción popular, en ese momento aún sin reconocimiento legislativo, en el derecho ambiental argentino; aquella fue la semilla de la acción popular hoy reglada en el artículo 30 de la LGA. ESAÍN, José «Breve reseña de la jurisprudencia histórica en el derecho ambiental argentino» en AA.VV., *Informe Ambiental Anual 2015*, FARN, pp. 72 y ss.

129 Un abordaje de este planteamiento lo encontraremos en MEROI, Andrea, *La recepción argentina de modelos extranjeros de legitimación para la tutela de intereses supraindividuales y plurales homogéneos*, Tesis, Universidad Nacional de Rosario, 2006, que sostiene la interesante definición de que «los intereses difusos son intereses abiertos a la participación».

(como también públicos)¹³⁰ que requerirán que su especial naturaleza jurídica sea considerada a la hora de la tutela jurisdiccional.

Habiendo dado precisiones suficientes sobre el carácter del interés que motiva nuestra pretensión, debemos ahora, como lo haría en un razonamiento lógico el jurista al cual se le expresa tal petición, preguntarnos si este interés se encuentra o no amparado por el ordenamiento jurídico, y por lo tanto resulta tutelable a través de la jurisdicción. En caso de que así sea, veremos mediante qué normativa se le ha brindado esta tutela y de qué manera.

2. La pretensión como interés jurídicamente tutelable y la protección jurídica del ambiente en España y Argentina

La búsqueda de normativa que justifique la consideración del interés que subyace a nuestra pretensión como interés jurídicamente protegido, y por lo tanto jurisdiccionalmente tutelable, nos llevará al repaso de las cláusulas ambientales que cada carta magna contiene y, a partir de allí, al análisis de los sistemas de tutela que desde aquellas se proyecta.

2.1 España

La Constitución española de 1978 dedica una disposición particular a la protección del medio ambiente. Así, su artículo 45 es el responsable de introducir la dimensión ambiental en el ordenamiento constitucional español y, desde allí, promover su proyección hacia el resto del plexo jurídico.

En este sentido, de acuerdo con los objetivos de nuestro análisis, resulta lógico establecer aquí nuestro punto de partida.

Artículo 45:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

130 En tanto la Constitución y la legislación inferior así lo marquen.

La norma constitucional española, expresión del constitucionalismo ambiental que tuvo desarrollo en el último cuarto del siglo pasado,¹³¹ construye en su apartado primero un derecho sustantivo al medio ambiente a través de la fórmula *todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de conservarlo*. Asimismo, el apartado tercero establece la obligación de reparación del daño causado en violación de esta disposición y, finalmente, el apartado segundo señala el compromiso público de la tutela del ambiente, esto es, la señala como interés público, en los términos explicitados *ut supra*.

Estamos tentados de pensar que alegando tales prescripciones podríamos impulsar nuestra pretensión en sede jurisdiccional. Sin embargo, esto no es tan lineal como parece, pues el análisis sistemático de la norma constitucional española nos obligará a abordar aunque sea parte de las discusiones que, en la doctrina giraron en torno a su naturaleza. La norma que constitucionaliza la protección ambiental no se ha incluido en la sección referida a los derechos fundamentales sino que se ha optado por ubicarla dentro del Capítulo Tercero llamado *De los principios rectores de la política social y económica*, con el agravante de que el artículo 53.3 de la Constitución española dice:

el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Entonces, ¿derecho operativo, derecho programático o principio rector de...? No somos los únicos que se han planteado este interrogante en estos términos,¹³² sino que toda la doctrina ha debido cuestionarse su naturaleza y alcance.

Somos de la opinión de que no nos encontramos ante lo que podríamos llamar un derecho operativo, más allá de los voluntariosos esfuerzos de cierta doctrina en extender su alcance.¹³³ La propia letra del artículo 53.3 excluye esa posibilidad,¹³⁴

131 Un breve repaso de estas tendencias las encontramos en JARIA MANZANO, Jordi, «Derechos y medio ambiente» en AA.VV., *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración y NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (directores), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

132 BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés, *Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 497 y 498. A su vez, se han planteado otras posibles categorías como, por ejemplo, la de *aspiración colectiva*, PINO MIKLAVEC, *op. cit.*, p. 76.

133 Ver el desarrollo realizado por Pino Miklavec en *op.cit.*, p. 77. Así también, Marraco Espinós transcribe la opinión al respecto de López Ramón: «el artículo 45 de la Constitución al establecer <todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona> se traduce precisamente en lo que dice y no en otra cosa. La fuerza de las palabras utilizadas en el precepto, por lo que ellas mismas significan, junto con la fuerza de la conciencia social sobre la necesidad de compromisos ambientales en el texto fundamental, son elementos que justifican interpretar que la palabra derecho equivale, como es habitual en el lenguaje jurídico, a derecho subjetivo, esto es una situación de poder individual susceptible de tutela judicial». MARRACO ESPINÓS, José, «Reflexiones sobre las dificultades del acceso a la justicia ambiental desde la perspectiva del abogado» en AA.VV., PIGRAU SOLÉ y CASADO CASADO (directores), *op. cit.*, pp. 219 y 220. Creemos que el derecho a un medio ambiente adecuado debería ser considerado como un derecho fundamental, lo cual se encuentra más que justificado, sobre todo desde su amplio reconocimiento como derecho humano. En este sentido, la configuración de derechos es una herramienta más por la cual se vehicula, con mayor o menor grado de efectividad, la tutela ambiental.

134 En el mismo sentido, GARCÍA AMEZ, Javier, *op. cit.*, p. 36.

negándose la derivación de pretensiones individuales justiciables,¹³⁵ a lo que se suma la imposibilidad, en su condición de no fundamental, de la tutela a través de la vía del amparo ante el Tribunal Constitucional, salvo que se haga a través de otro derecho sí considerado fundamental.¹³⁶

En cuanto a su consideración como derecho programático, podemos decir que la Constitución parece establecer un derecho cuya efectividad queda supeditada a la discrecionalidad política del Parlamento, de los Tribunales y de la Administración, lo que nos lleva a pensar que este enfoque podría ser correcto, tal y como sostiene parte de la doctrina.¹³⁷ En este sentido, mal podrá el artículo 45 servirnos de fundamento jurídico por sí solo a la hora de intentar la tutela jurisdiccional que se pretende ejercer.

Finalmente, están quienes opinan que no debería considerarse un derecho programático puesto que su utilización para el control de constitucionalidad es viable, lo que implica la posibilidad de extender tal control a la actividad de la administración,¹³⁸ es decir, detenta plena vinculatoriedad para los poderes públicos.¹³⁹ En este sentido, según el propio Jaria Manzano, es posible alegarlo en procesos contencioso-administrativos como parámetro de constitucionalidad de actos administrativos, encontrándonos frente a una prohibición *solo relativa* de alegación directa.¹⁴⁰ Asimismo, Martín Mateo expone:

No cabe duda que el derecho al ambiente, (...) puede ser invocado ante los Tribunales ordinarios junto con las normas que los desarrollan e incluso residenciados ante el Tribunal Constitucional si el legislador no acata debidamente el mandato constitucional. Pero más allá no llegamos [...].¹⁴¹

Ahora bien, tal estructuración que evita expresamente la consideración del derecho como plenamente operativo, nos llevará, sea cual sea la opción interpretativa elegida, a la estructuración de una tutela jurisdiccional del ambiente eminentemente pública de carácter administrativo.

135 JARIA MANZANO, *Derechos...*, op. cit., p. 8. Agregaríamos que tampoco pueden derivarse de él pretensiones colectivas justiciables.

136 HUERTA HUERTA, R. y HUERTA IZAR DE LA FUENTE, C., *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2000, p. 91; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, «Concepto de medio ambiente» en AA.VV., ORTEGA ÁLVAREZ, Luis y ALONSO GARCÍA, Ma. Consuelo (directores), *Tratado de Derecho Ambiental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 44 y 45. Este último autor afirma que el medio ambiente puede aparecer protegido como derecho fundamental como contenido de otros derechos y menciona, al respecto, la STC 119/2001, de 24 de mayo, sobre el ruido y su afectación del derecho a la integridad física y moral, y de la vida privada y familiar. En el mismo sentido, RUIZ VIEYTEZ, op. cit., p. 270.

137 Ver PÉREZ CONEJO, op. cit., p. 106.

138 JARIA MANZANO, *Derechos...*, op. cit., pp. 8 y 9.

139 HUERTA HUERTA y HUERTA IZAR DE LA FUENTE, op. cit., p. 92. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, op. cit., p. 350.

140 JARIA MANZANO, *Derechos...*, op. cit., p. 9.

141 MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1991, pp. 151 y 152.

Por un lado, si consideramos este derecho —y los demás incluidos en este capítulo—¹⁴² como programático, serán aquellos frutos de la intermediación legislativa,¹⁴³ es decir las leyes de desarrollo, los que nos permitan el acceso a la tutela jurisdiccional.¹⁴⁴ En este contexto, se despliega toda la legislación general y sectorial que hace a la protección del ambiente, dentro de la cual se deberán buscar los fundamentos jurídicos que puedan servir de base a nuestra pretensión inicial.¹⁴⁵ Al recurrir, pues, a esta normativa estatal básica, autonómica y local, no encontraremos la estructuración de derechos al ambiente —*derecho a un ambiente sano, derecho al agua de cierta calidad, derecho al suelo, derecho a la biodiversidad*—,¹⁴⁶ sino al diseño de un orden jurídico a partir de la construcción de objetivos de protección, estándares técnicos, disposiciones competenciales administrativas y obligaciones, generalizadas estas últimas en parte por la LRM. Toda normativa de carácter administrativo, es decir, dedicada a la relación del particular con la Administración o, en todo caso, del particular con el ambiente pero a través de ella —régimen de licencias, sanciones, etc.—, hace que su tutela gire en torno a la actuación misma de la Administración y, por lo tanto, que nuestra pretensión encuentre su curso judicial únicamente a través del recurso contencioso-administrativo, a partir de la normativa de tutela que ofrecen algunas normas sectoriales¹⁴⁷ y, principalmente, la Ley 27/2006.

En este sentido, la LRM establece la obligación de los operadores de actividades económicas o profesionales¹⁴⁸ de «adoptar y ejecutar las medidas de reparación de daños ambientales y a sufragar sus costes, cualquiera sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos» (artículos 9 y 19), otorgando a la Administración la potestad de exigir su cumplimiento (artículo 21 y 22).

Por otro lado, si consideramos la postura que otorga cierta fuerza vincular¹⁴⁹ al artículo 45, sí estaremos en condiciones de alegarlo en provecho de nuestra pretensión, pero, una vez más, solo con relación al control de la actividad administrativa y, consecuentemente, dentro del proceso contencioso-administrativo.

142 Dentro del citado capítulo tercero, se incluyen otros derechos de importancia tales como el derecho a la protección de la salud, a la cultura y a la vivienda digna.

143 JARIA MANZANO, *Derechos...*, *op. cit.*, p. 10.d

144 RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *op. cit.*, p. 376.

145 Cabe aclarar aquí que, al estructurarse nuestra pretensión en forma genérica, es decir, sin establecer el microbién ambiental afectado por el daño, no será posible analizar una norma sectorial en concreto, debiéndonos conformar con alguna consideración general.

146 Salvo en lo que hace a derechos instrumentales.

147 Nos referimos a las acciones públicas dispersas.

148 La ley realiza una enumeración cerrada de actividades en su Anexo III; sin embargo, como se desprende de los artículos 3 y 19, también se aplica a aquellas actividades distintas a las enumeradas, estableciéndose para estas últimas un factor de atribución de responsabilidad subjetivo, a diferencia del objetivo que plausiblemente asigna para las incluidas en su Anexo.

149 Que, según Jaria Manzano, deriva de la propia naturaleza de constitución normativa de la carta magna española. JARIA MANZANO, *Derechos...*, *op. cit.*, p. 14.

De esta manera, se configura en el ordenamiento jurídico español un sistema de tutela jurisdiccional ambiental público y administrativista, a diferencia de lo que sucede en el argentino, como veremos a continuación.

2.2 Argentina

Con la misma metodología con la que encaramos el estudio del ordenamiento jurídico español con el fin de observar cómo se tutela el interés que reside en nuestra pretensión, comenzaremos observando la cláusula ambiental de la Constitución argentina.

Artículo 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Fue la reforma constitucional de 1994 la que introdujo, en su artículo 41, la disposición referida a la tutela ambiental. Antes de la inserción del citado artículo, la doctrina consideraba incluido tal derecho en la norma amplia del artículo 33, como expresión del derecho a la salud y la dignidad de la persona,¹⁵⁰ lo cual era evidentemente inoportuno a finales del siglo xx.

Al igual que en el caso de la normativa constitucional española, nos interesa especialmente el párrafo primero, puesto que otorga el derecho a todos los habitantes a gozar del derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano. Cualquier lector atento habrá podido observar, en este punto y en el conjunto de la construcción normativa, la similitud entre los artículos 45 CE y 41 CA, dado que la norma española fue una de las fuentes en las que se inspiraron los constituyentes argentinos. Curiosamente, y por más similitudes que puedan encontrarse,¹⁵¹ ambas normas presentan un alcance marcadamente dispar, principalmente con relación a la colocación sistemática elegida.

150 LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, *Derecho Ambiental*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 102.

151 La terminología utilizada en la configuración del derecho y la estructuración de un concepto dual de derecho-deber y la obligación de las autoridades, entre otras.

Es así que mientras el artículo 45 CE, como vimos, se encuentra bajo el capítulo que lo denomina principio rector, el artículo 41 se presenta dentro del titulado «Nuevos derechos y garantías», los cuales no difieren sino en el momento temporal de su ponderación de las «Declaraciones, derechos y garantías» contempladas en el capítulo primero y que, desde siempre, fueron considerados derechos fundamentales. En otras palabras, el derecho a un ambiente sano en la Constitución argentina es un derecho fundamental sin atenuantes¹⁵² y por tanto operativo, tal y como lo expresó la CSJNA en el *leading case* «Mendoza»:

El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente [...].¹⁵³

Podrá entonces, a diferencia de lo expuesto en el orden español, ser tutelado por la vía del recurso de amparo¹⁵⁴ estipulada en el artículo 43 de la carta magna, que presenta incluso una variante dedicada exclusivamente a los derechos de incidencia colectiva, es decir, un amparo colectivo, que será abordado más adelante.

Con lo dicho anteriormente, es posible afirmar que el mismo texto constitucional nos permitirá por sí solo fundamentar la tutela jurisdiccional de nuestra pretensión y considerar nuestro interés jurídico como tutelable, más allá de las posibilidades que presenta la normativa de desarrollo general y sectorial que, tal y como sucede con la legislación ambiental española, tampoco asigna derechos, sino que establece parámetros técnicos, competencias administrativas, obligaciones, etc.

Ahora bien, como ya dijimos, esa estructuración como derecho fundamental operativo hace que sea posible su protección a partir de la vía jurisdiccional del recurso de amparo, el cual, desde su concepción pretoriana en el derecho argentino, no se limitó a la tutela frente a afectaciones del Estado, sino que también se extendió a aquellas que provengan de los particulares al entender que tal distinción subjetiva no es esencial para la protección constitucional.¹⁵⁵ Es decir, se propugnó la eficacia horizontal de los derechos constitucionales, la célebre *drittwirkung der Grundrechte*,¹⁵⁶ que se mantuvo

152 Según Pino Miklavec, un derecho fundamental, subjetivo e independiente de otros derechos humanos de incidencia colectiva. PINO MIKLAVEC, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

153 «Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)». M.1569.XL.Originario. Fallo de fecha 20/06/2006.

154 Existen diferencias marcadas entre los procesos de amparo de ambos países; sin embargo, la comparación de su aplicabilidad es válida para poner de relieve la operatividad del derecho al medio ambiente.

155 SCSJN, de fecha 24/07/1958, «Kot, Samuel SRL s/ Recurso de Corpus».

156 Cafferatta, repasando algunas posturas doctrinarias al respecto, expone que Mosset Iturraspe sostiene que, conforme a las nuevas teorías, el derecho público es «asiento de los derechos fundamentales que se irradia, al derecho privado, para ordenar las relaciones entre particulares» y que Gamarra, por ejemplo, señala que «a diferencia del

en la consagración normativa del amparo que tuvo lugar en 1994,¹⁵⁷ tanto para su versión individual como en el subtipo colectivo del segundo párrafo del texto fundamental. Esto hace que el sistema de tutela jurisdiccional ambiental en Argentina sea disímil al español, dado que permite una protección judicial de tinte privatista —entre particulares— que, si bien se conjuga con las posibilidades que ofrece el derecho administrativo, lo desplaza en relevancia, a partir de las ventajas procesales que el recurso de amparo presenta, sobre todo, luego de la consolidación de este sistema *privado* en la regulación de las acciones colectivas del artículo 30 de la LGA.

2.3 La protección jurídica del ambiente en España y Argentina

A partir de lo expuesto, podemos afirmar que existe una diferencia sustancial entre ambos regímenes. Si bien los dos ordenamientos despliegan su tutela a partir de cláusulas constitucionales ambientales, mientras que en España se presenta un sistema de tutela jurisdiccional eminentemente público, a partir de los procedimientos de control administrativo, en Argentina existe un sistema que podríamos entender como mixto en el cual, si bien se mantienen las posibilidades de protección a través del derecho administrativo, estas son desplazadas, al menos en lo que hace al ejercicio jurisdiccional de nuestra pretensión, por una tutela de tinte privado, en la cual la participación de la Administración, si bien constante, no será ya principal. En este sentido, la Administración, dependiendo de las circunstancias del caso, podrá tener un rol, si no secundario, sí compartido con los sujetos privados, el demandante colectivo y el agresor.

Estas circunstancias explican que, como veremos a continuación, en España las posibilidades de tutela judicial del ambiente —como bien colectivo— se restringen al recurso contencioso-administrativo, otorgándose a la ciudadanía la posibilidad de cuestionar en sede judicial la conducta de la Administración, pero no la de los particulares con respecto a las afectaciones al ambiente.¹⁵⁸ Por su parte, en el ordenamiento jurídico argentino sí existe la posibilidad de atacar judicialmente la actuación de particulares como así también de la Administración, tanto a través de la vía constitucional extraordinaria como de la vía ordinaria, que en general se decantará por la jurisdicción civil.

Estado legalista, el constitucionalista aplica sus normas constitucionales a las relaciones creadas entre particulares (horizontalidad) y a los litigios que se susciten». CAFFERATTA, Néstor, «Principios y valores en el Código Civil y Comercial (a la luz del Derecho Ambiental)», en AA.VV., *Revista de Derecho Ambiental*, CAFFERATTA, Néstor (director), Abeledo Perrot, N° 43, julio/septiembre 2015, pp. 4-6. Por su parte, la fuerza normativa de la Constitución y su irradiación al derecho privado se evidencia en el art. 1 del Código Civil y Comercial de la Nación, donde se impone que: «Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte»

157 Incluso a pesar de que la ley nacional que antes de la CA 1994 lo consagró omitió tal carácter. Ley 16.986, reglamentaria de la Acción de Amparo.

158 La vía civil, como marca la doctrina, se encuentra cerrada a este tipo de pretensiones colectivas, ocupándose de aquellas agresiones al ambiente que repercutan en algún bien privado del sujeto, siendo la reparación de esta afectación individual la que se podrá solicitar. RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *op. cit.*, p.74.

La situación comentada respecto al ordenamiento español hace que no podamos en ejercer jurisdiccionalmente nuestra pretensión en su seno tal y como se ha formulado, lo cual era nuestro objetivo primario, y es por eso que, a la hora de analizar la jurisdicción ambiental colectiva para el caso, debemos desviarnos hacia la posibilidad de que se exija judicialmente a la Administración que declare la responsabilidad¹⁵⁹ y que obligue a la recomposición.¹⁶⁰ Como imaginará el lector, esto sí será posible en el marco jurídico argentino que permitirá entonces llevar nuestra pretensión tal cual la presentamos ante un tribunal judicial a los fines de su consideración.¹⁶¹ Hechas estas aclaraciones, pasaremos al análisis de la jurisdicción colectiva ambiental para el caso en cada ordenamiento.

3. De la pretensión al proceso

Como ya mencionamos en el apartado anterior, y sin temor a repetirnos, la estructuración de la protección jurídica ambiental que presenta el orden jurídico español descansa, a diferencia de lo que sucede en Argentina, en un paradigma de tutela primordial, cuando no absolutamente administrativista, en razón de lo comentado y de considerar al ambiente como bien invariablemente público, siendo el Estado su mejor guardián.¹⁶² En este sentido, las vías jurisdiccionales que se abren a nuestra pretensión procesal son un fiel reflejo de tal situación.

Una diferencia marcada en el régimen competencial legislativo entre ambos países y que merece la pena anticipar es que en España la elaboración de la normativa procesal es de competencia estatal, generándose cierta uniformidad que no existe en el ordenamiento argentino, en el cual, por estipulación constitucional, las provincias se reservan la legislación de la normativa de forma, delegando en el Congreso nacional el dictado de la normativa de fondo.¹⁶³ Esto, evidentemente, dificulta la tarea de analizar todas y cada una de las posibles vías jurisdiccionales para nuestra pretensión en el ordenamiento argentino, por lo cual, hecha nuestra salvedad, nos abocaremos al desarrollo de la normativa aplicable en todo el territorio nacional, es decir, la constitucional,

159 Que se impugne un acto que la descarta o que se dicte uno en tal sentido, cuestionando su omisión.

160 Salvo en el caso de que sea la Administración el agente dañador, situación en la que el órgano judicial sí declararía la responsabilidad de la Administración y la condenaría a la recomposición.

161 Llegados a este punto, es importante admitir que existe la posibilidad de que nuestra formación jurídica en el derecho argentino haya influido en la construcción de la pretensión que se utiliza de base para el análisis comparativo. Esto queda de relieve en el momento de observar que tal formulación no puede ejercerse tal cual en el ordenamiento jurídico español y sí encaja perfectamente con el argentino. Más allá de esta cuestión, consideramos que esta posible inclinación no afecta la validez de la comparación, dado que, en definitiva, es una pretensión que puede representar de forma válida el interés que un ciudadano o agrupación puedan tener tanto en Argentina como en España. Por lo demás, nos sirve perfectamente para evidenciar la diversidad de ambos paradigmas.

162 GOMIS CATALÁ, Lucía, «La ley de responsabilidad medioambiental en el marco del derecho de la Unión Europea» en AA.VV., *Comentarios a la ley de responsabilidad medioambiental*, LOZANO CUTANDA, Blanca (Coordinadora), Thomson Civitas, Pamplona, 2008, p. 125.

163 Art. 75 inc. 12 CA.

concretamente el artículo 43 en referencia al amparo colectivo, y la de presupuestos mínimos, nacida del especial régimen competencial que establece la Constitución en el artículo 41, en el que se incluye como legislación transversal la LGA, una norma que presenta disposiciones procesales, cuya constitucionalidad ha sido cuestionada, pero que la mayoría de la doctrina avala y la jurisprudencia sostiene.

3.1 España

En este punto debemos analizar qué vías procesales permiten acoger a nuestra pretensión en el ordenamiento jurídico español y bajo qué condiciones. A diferencia de lo que veremos en el análisis de la legislación argentina —que será simplificado, como ya se explicó—, la estructura jurisdiccional que en España se presenta para una pretensión como la dispuesta¹⁶⁴ es algo compleja. Si bien todas desembocan en un solo recurso judicial, el contencioso-administrativo, se llega a él a través de diversas vías que implican una multiplicidad de condicionamientos a los que debe adaptarse nuestra pretensión. En este sentido, y con el objetivo de presentarla adecuadamente, exponemos el siguiente cuadro, en el que se plasma la normativa que da acceso al proceso de nuestra pretensión.

164 Con relación a la aclaración ya realizada, nuestra pretensión, salvo en el caso de la Administración como agresor, podría reformularse de la siguiente manera «que la Administración en cumplimiento de sus atribuciones declare la responsabilidad por daño ambiental colectivo y obligue a su recomposición».



Elaboración propia.¹⁶⁵

Pasemos, pues, al desarrollo y explicación del esquema presentado.

165 Nos hemos preguntado en qué orden deberíamos estructurar el esquema y su análisis; sin embargo no hemos dado con un criterio definitivo . Un criterio posible es el temporal, donde en primer lugar colocamos la normativa más novedosa, en este caso la Ley 26/2007, y finalizamos con las acciones públicas dentro de cuales reconocemos, por ejemplo, la normativa de costas que data de 1988. Otro criterio posible es la especialización, en el cual la Ley 26/2007 resulta ser, con relación a nuestra pretensión, la norma más directa, seguida por la 27/2006, las acciones públicas ambientales y finalmente la 29/1998 como ley más general.

3.1.1 La Ley 26/2007

Como ya se ha dicho, la LRM es aquella que transpone la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, y, en cuanto a lo que aquí nos interesa, es la ley española que aborda el tema central planteado en nuestra pretensión, es decir, la responsabilidad y la recomposición ambiental. En este sentido, diseña un sistema de obligaciones para los operadores de actividades económicas o profesionales, en combinación con facultades de contralor al respecto atribuidas a la Administración, a lo que suma una interesante configuración de la responsabilidad mediante un factor de atribución objetivo y un procedimiento de exigencia de tal responsabilidad.

Así, sus artículos 9 y 19 establecen la obligación de los operadores de ejecutar las medidas de reparación de los daños medioambientales causados como consecuencia del desarrollo de sus actividades y de sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando sean responsables de los mismos. Tal atribución de responsabilidad es objetiva para las actividades enumeradas en su anexo III y subjetiva —dolo, culpa o negligencia— para las que no lo estén. Por su parte, será la Administración —la autoridad competente— la que, en virtud de lo señalado por el artículo 21.c, podrá exigir al operador el cumplimiento de tal obligación.

Ahora bien, ante su incumplimiento —del operador de recomponer— se regula en el capítulo VI un procedimiento administrativo especial de exigencia de responsabilidad, el cual podrá iniciarse de oficio a solicitud del operador o de cualquier persona interesada —artículo 41—, supuesto último que es el que particularmente nos interesa aquí.

De esta manera, si es nuestra intención cumplir con nuestra pretensión, ante tal incumplimiento, y como personas interesadas, deberemos impulsar este procedimiento mediante una solicitud formalizada por escrito a la autoridad competente, especificando los daños ocurridos y agregando todos los datos que estén a nuestro alcance.¹⁶⁶

Como el lector recordará, hemos dejado abierta en nuestra pretensión la condición del sujeto activo o actor procesal, por lo que podremos, dentro de ciertos límites, adecuarnos a la legitimación que la norma imponga. En este caso, el artículo 42 establece quiénes podrían considerarse *interesados* en los términos de la ley, designando a «(a) toda persona física o jurídica, en la que concurra cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 31 de la Ley 30/1992; (b) cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de los requisitos de (1) fin de protec-

166 El artículo 41 nos dice que, cuando ello fuera posible, se especificarán los siguientes aspectos: (a) la acción u omisión; (b) la identificación del presunto responsable; (c) la fecha en la que se produjo la acción u omisión; (d) el lugar donde se ha producido el daño o la amenaza de daño, y (e) la relación de causalidad entre la acción o la omisión del presunto responsable y el daño o la amenaza de daño.

ción del medio ambiente en general o de alguno de sus elementos en particular entre sus fines acreditados, (2) que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que tengan ejercicio activo y (3) que desarrollen su actividad en el ámbito territorial afectado; (c) los titulares de los terrenos en los que deban realizarse las medidas de reparación; (d) aquellos que establezca la normativa comunitaria».

En este sentido, podemos afirmar que según el artículo 31 de la Ley 30/1992 (supuesto a), podremos impulsar el procedimiento administrativo en tanto seamos —persona física o jurídica— titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. Hay algo en esta construcción legitimadora que resulta un tanto extraño, y es que mientras el artículo 5 establece con claridad que los daños individuales no estarán amparados por esta ley —lo cual tiene perfecta lógica desde que lo se busca tutelar son bienes colectivos—, la legitimación parece extenderse a sujetos que aleguen intereses individuales, tanto en este supuesto como en el que corresponde a la letra (c) *titulares de terrenos...* Esto nos parece equívoco, dado que en el marco de esta ley se debió legitimar a aquellos sujetos, personas físicas o jurídicas, que detenten un interés colectivo o, en todo caso, establecer una legitimación popular, pero se aleja de toda lógica jurídica legitimar a aquellos que detenten intereses individuales a la reparación de un bien colectivo, pretensión que a todas luces es plurisubjetiva.¹⁶⁷ Asimismo, resulta claro que estos sujetos estarán legitimados tanto por la legislación administrativa como por la civil clásica para exigir la reparación de los perjuicios individuales que puedan alegar, pero no son asimilables a los colectivos que la normativa busca solventar.

En cuanto a (b), sigue los criterios de la Ley 27/2006 para legitimar a las ONG que tutelen el entorno. Las pautas establecidas nos indican que se busca asegurar la existencia de un interés difuso real en tales sujetos.¹⁶⁸

Además de la legitimación, a la hora de abordar nuestra pretensión por esta vía, deberá analizarse que el daño ambiental por el que estamos reclamando responsabilidad se adecue a lo estipulado por el artículo 2.1, es decir, sea un daño que pueda considerarse relativo a *especies silvestres y hábitats* —artículos 2.4 y 2.5—, *aguas* —artículo

167 Razonamiento que no se ve impugnado por el hecho de que en el general de los casos quien pueda alegar un interés individual podrá a su vez esgrimir un colectivo. Plaza Martín entiende esta disposición como redundante ya que la considera incluida dentro de los legitimados por el art. 31 de la Ley 30/1992, a lo cual coincidimos, pero no parece percatarse de (o coincidir en) nuestra observación en cuanto a la incongruencia de legitimar a quienes detentan intereses individuales para ejercer pretensiones plurisubjetivas. PLAZA MARTÍN, Carmen, “Normas aplicables a los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental (arts. 41 a 46)”, en AA.VV., LOZANO CUTANDA, (Coordinadora), *op. cit.*, p. 444. Por su parte García Amez sostiene que se otorga en defensa de su derecho de propiedad, es decir en tutela de un derecho individual, algo que la propia ley parece excluir en su art. 5, aunque el autor nada manifiesta al respecto. GARCÍA AMEZ, *op. cit.*, p. 366.

168 La identificación espacial asegura que el daño ambiental se haya dado en un posible ámbito de interés de la ONG, de esta manera se abraza un criterio válido para considerar la existencia de un interés difuso real, del mismo modo que las otras pautas, es decir, la constitución con cierta antigüedad y la identificación del objeto social con el bien jurídico protegido, que consideramos siempre determinante.

2.7-, *ribera marítima o fluvial* —artículo 2.8— o *suelo* —artículo 2.9—. ¹⁶⁹ A su vez, deberá considerarse el encuadramiento de nuestro sujeto pasivo dentro de las definiciones de *operador* ¹⁷⁰ —artículo 2.10— y *actividad económica o profesional* —artículo 2.11—. ¹⁷¹

En resumen, dentro de las condiciones marcadas, podremos llevar adelante nuestra pretensión en esta instancia a fin de impulsar el procedimiento administrativo, tanto si somos un particular que esgrime un interés colectivo o uno individual —con los reparos que se han mencionado— como si somos una ONG en cumplimiento de los requisitos establecidos. Tal procedimiento podrá alcanzar una resolución motivada de incumplimiento del operador, en los términos de los artículos 22 y 45, y la subsiguiente ejecución forzosa —artículo 47—, la cual también podremos instar. O quizás pueda terminar en una desestimación por parte de la autoridad de la responsabilidad que nos llevará a un recurso administrativo —Ley 30/1992— o, finalmente, en sede judicial en el recurso contencioso-administrativo reglado por la LJCA, por el cual exigamos, ahora sí a través del Poder Judicial a la Administración, que declare la responsabilidad y obligue a la recomposición. ¹⁷² Su legitimación será abordada en el análisis de las siguientes vías jurisdiccionales.

3.1.2 La Ley 27/2006

La Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente fue la legislación que buscó adoptar las disposiciones del Convenio de Aarhus y de las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE a nivel nacional. En este sentido, y en cuanto a lo que aquí es relevante, tiene por objeto regular el derecho (c) *a instar la revisión administrativa y judicial de los actos y omisiones imputables a cualquiera de las autoridades públicas que supongan vulneraciones de la normativa medioambiental* —artículo 1—.

Para abordar tal objetivo, ha dispuesto lo que, según su titulación, es una *acción popular en asuntos ambientales* —artículo 22—, que no es otra cosa que la estipulación de una legitimación especial, solo dedicada a las ONG, en los términos explicados al analizar la normativa anterior, a fin de interponer los recursos administrativos del

169 La atmósfera o el aire, por ejemplo, han quedado excluidos, lo cual nos parece sumamente criticable, en coincidencia con lo expuesto por Esteve Pardo. ESTEVE PARDO, José, *Ley de Responsabilidad Medioambiental. Comentario Sistemático*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 30.

170 Véase CASADO CASADO, Lucía, «Atribución de responsabilidades (arts. 9 a 16)» en AA.VV., LOZANO CUTANDA (Coordinadora), *op. cit.*, pp. 232 y ss.

171 Para un análisis detallado de los elementos ambientales contemplados y del concepto de actividad económica o profesional por la ley, véase ORTEU BERROCAL, Eduardo, «Ámbito de aplicación de la ley (artículos 3 a 6 y definiciones relacionadas)», en *idem*, pp. 165 y ss. y 179 y ss., respectivamente.

172 Lo que según comenta Alonso García sería el *administrative approach*, en el cual la Administración se involucra en el ejercicio real de acciones de prevención y reparación de daños ambientales. ALONSO GARCÍA, Enrique, «La ley de responsabilidad medioambiental a vista de pájaro, desde el prisma de la comparación del sistema europeo con el norteamericano» en *idem*, pp. 26 y 27.

título VII de la Ley 30/1992 y el recurso contencioso-administrativo ya mencionado. En otras palabras, para los ya conocidos y reglados mecanismos de impugnación de la actividad administrativa, en caso de que se refieran a una cuestión relacionada con el ambiente, se diseña una *nueva* legitimación para asociaciones sin ánimo de lucro que puedan alegar un interés difuso, quedando probado tal interés con el cumplimiento de los requisitos.¹⁷³

Es importante decir que la Ley 27/2006, en consonancia con toda la estructuración de la tutela judicial ambiental colectiva del ordenamiento jurídico español, descarta la posibilidad de recurrir a un tribunal frente a acciones u omisiones de los particulares, lo cual, si bien no resulta llamativo dentro de este paradigma administrativista, en este caso puntual, implica al menos un desencuentro con los derechos contenidos en el Convenio de Aarhus que expresamente así lo disponen.¹⁷⁴

En este sentido, nuestra pretensión puede encajar en esta vía, al poder impugnar aquellos actos u omisiones de la Administración que en vulneración de la normativa sectorial desconozcan la responsabilidad ambiental y la exigencias de la reparación, incluso fuera del ámbito material que presenta la definición de daño ambiental de la LRM, pero, evidentemente, dentro de los límites del artículo 18.1 de la propia Ley 27/2006, flexibles, pero límites al fin y al cabo.¹⁷⁵

Vale la pena aclarar que esta normativa dejará fuera del alcance de nuestra pretensión a los sujetos particulares como sujetos activos y a las personas privadas en función pública como sujetos pasivos en virtud de lo reglado por el artículo 22 *in fine*; ambas limitaciones se suman a la lista de cuestionamientos que se pueden plantear con relación a las disposiciones de la Convención de Aarhus.¹⁷⁶

Por lo demás, la instrumentación de la asistencia jurídica gratuita para las ONG legitimadas excede nuestro análisis en este apartado, pero será valorada en su debido momento.

173 Evidentemente la norma no lo plantea así, pero la construcción legitimadora invita a este razonamiento, dado que está lejos de poder considerarse una acción popular. En consonancia con esta interpretación, la misma exposición de motivos de la Ley menciona que «Se consagra definitivamente, [...], una legitimación legal para tutelar un interés difuso».

174 Artículo 9.3, Convenio de Aarhus. De hecho, la exposición de motivos de la propia Ley hace un repaso de los contenidos del Convenio y manifiesta en este sentido que «Finalmente, se introduce una previsión que habilitaría al público a entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar cualquier acción u omisión imputable, bien a otro particular, bien a una autoridad pública».

175 En este sentido, Peñalver i Cabré nos dicen que la limitación que implica esta remisión al artículo 18.1, más allá de su extensión, no deja de ser una limitación innecesaria y contraria a Aarhus. PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, en AA.VV, PIGRAU SOLÉ (director), *op. cit.*, p. 372. Por su parte, Razquin Lizarraga y Ruiz de Apodaca Espinosa entienden que se trata de una enumeración *numerus apertus* y, por lo tanto, no implican una limitación material. RAZQUIN LIZARRAGA Y RUIZ DE APODAC A ESPINOSA, *op. cit.*, pp. 390 y 391. En este sentido, coincidimos con lo expuesto por Peñalver.

176 Sobre la base de la definición de *público y autoridad pública* del Convenio.

3.1.3 La Ley 29/1998

El recurso contencioso-administrativo, ya tantas veces mencionado, tiene su reglamentación básica en la LJCA y, dentro de su configuración, se encuentra una tercera vía de utilidad.

Según cierta doctrina, frente a la rigidez de los requisitos que impone la Ley 27/2006 en cuanto a la legitimación de las ONG «siempre deberá quedar a salvo el criterio de afectación a un interés legítimo colectivo como presupuesto de legitimación para aquellas asociaciones ecologistas que no cumplan con tales requisitos», lo que según Pino Miklavec es avalado por el TS.¹⁷⁷ Es decir, más allá de lo que estipula el artículo 23 de la Ley 27/2006, en la consideración de la legitimación del artículo 19.1 (a o b) deberá valorarse siempre la presencia o no del interés legítimo colectivo,¹⁷⁸ pudiendo existir casos en que, aun no cumpliéndose con los requisitos, se les abra la puerta de la legitimación a estas entidades. Esta interpretación coincide con nuestra consideración de que, en realidad, los requisitos del artículo 23 son pautas para reconocer la existencia de un interés legítimo difuso¹⁷⁹ y, por lo tanto, un criterio legal de aproximación, pero cuya inobservancia no obsta en sí la existencia del interés, lo que debe ser meritudo¹⁸⁰ por el tribunal en cada caso concreto.

En este mismo sentido, esta vía, luego de un análisis de legitimidad, podría considerarse abierta para los *grupos afectados* —sin estructura orgánica—, según afirma Pino Miklavec.¹⁸¹ Por su parte, también podría experimentarse con relación a esta

177 PINO MIKLAVEC, *op. cit.*, p. 284.

178 *Idem*, p. 285. Es por esto que algunos autores sostienen que, en términos de legitimación, la Ley 27/2006 significó una verdadera regresión, ya que el artículo 19.1 ya admitía a las ONG como legitimadas, incluso sin requerirles tantos requisitos. PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.* en AA.VV., PIGRAU SOLÉ (director), *op. cit.*, p. 373. Ello se observa en la STS 4460/2008 de fecha 25/06/2008.

179 Razquin Lizarraga y Ruiz de Apodaca Espinosa, entre otros autores, intentan explicar la configuración de estos requisitos. Esto autores afirman que aquellos buscan evitar «las iniciativas ad hoc de los ciudadanos que se preparen para entablar acciones legales o que un grupo de abogados se constituya a sí mismo como una organización ambiental». RAZQUIN LIZARRAGA Y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *op. cit.*, p. 387. En este sentido, debemos decir que ni la creación de grupos ad hoc ni la constitución de una ONG ambiental por parte de abogados merece la censura por el ordenamiento jurídico como parece entenderse, dado que no hay en estas conductas nada jurídicamente reprochable. En este sentido, la CEPAL ha remarcado la importancia de «organizaciones —públicas o privadas— capaces de utilizar el litigio de una manera estratégica para influir en la política pública». CEPAL, *op. cit.*, p. 59. Como ya expresamos en reiteradas ocasiones, lo que busca la norma es asegurar la existencia real en el demandante de un interés difuso, que debe ponderarse en el caso concreto por el tribunal en los casos en que no concurren los requisitos tasados legalmente. Por su parte, Peñalver i Cabré propone la interpretación de esta legitimación como una *habilitación legal*, a fin de no menoscabar la legitimación del resto de las ONG ambientales. PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, en AA.VV., PIGRAU SOLÉ (director), *op. cit.*, p. 373. A pesar de que no nos parece adecuado porque entendemos que, en realidad, es una simplificación falaz de la realidad —la existencia de verdaderos intereses difusos tutelables—, ese parece ser el carácter que quiere otorgar la Propuesta de Directiva de acceso a la justicia ambiental.

180 En un sentido similar, Esaín se refiere al *criterio de razonabilidad* al que apelará el magistrado en el caso concreto para dilucidar cuestiones legitimatorias. ESAÍN, José, *El amparo ambiental. Su fórmula legitimatoria frente a las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva. ¿El desembarco de la acción popular ambiental?*, <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=940>, [29/05/2016]

181 PINO MIKLAVEC, *op. cit.*, pp. 289 y 290. Para Peñalver i Cabré hubiera sido necesario que la Ley 27/2006 reconociera su capacidad jurídica y de obrar. PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, en AA.VV., PIGRAU SOLÉ (director), *op. cit.*, p. 375.

tutela ambiental la legitimación vecinal, aunque aquí estemos frente a una forma de legitimación indirecta por sustitución procesal como bien señala Peñalver i Cabré.¹⁸²

Así también, podemos entender, con base en algunas resoluciones del TS,¹⁸³ que estarán legitimadas en los términos del artículo 19.1.a) aquellas personas físicas que puedan sostener un interés legítimo colectivo o difuso.¹⁸⁴ Tal situación, en nuestra opinión es una consecuencia inevitable del artículo 24.1 de la CE,¹⁸⁵ más allá de que, según afirma Peñalver i Cabré, en general la jurisprudencia se ha mostrado, hasta ahora, reticente por el temor a que un individuo asuma la representación de un grupo o de una colectividad.¹⁸⁶

En un mismo entendimiento, Castillejo Manzanares, manifiesta que:

la tutela de los intereses plurisubjetivos tanto colectivos como difusos medioambientales, puede ser instada jurisdiccionalmente, ya sea por persona física como jurídica, así como por un sujeto colectivo u organización personificada, siempre que acrediten un interés legítimo.¹⁸⁷

Ahora bien, ¿qué variante añaden esta interpretación y la regulación de la LJCA con vistas a nuestra pretensión? Pues la posibilidad de que las ONG que no cumplan los requisitos de la Ley 27/2006, grupos afectados y particulares, puedan impugnar no solo actos u omisiones de la Administración sino también actuar frente a las vías de hecho del ente público, pudiendo exigir judicialmente la impugnación del hecho y la recomposición, con base en lo dispuesto por los artículos 31 y 32 de la LJCA. Además, esta nueva vía le permitirá a nuestra pretensión salir de los límites materiales que imponían las dos normativas previamente analizadas, es decir los artículos 2.1 de la LRM y el 18.1 de la 27/2006.

3.1.4 Las acciones públicas

Finalmente, otra vía que nos llevará al recurso contencioso-administrativo será la plasmada en diversa normativa sectorial referida a la estipulación de verdaderas *acciones populares* —aunque se utilice el término *públicas*—.¹⁸⁸

182 *Idem*, pp. 383 y 384.

183 La STS de 25 de abril de 1989 abre un camino que, en nuestra opinión, es en cierta manera seguido por las STS de 3 de diciembre de 2001 y STS de 22 de abril de 2002; sus extractos de relevancia podemos encontrarlos en RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *op. cit.*, pp. 370, 371 y 382, 383 respectivamente. La vecindad es el marco territorial que la jurisprudencia ha encontrado para el derecho difuso.

184 En el mismo sentido JARIA MANZANO, *Derechos...* *op. cit.*, p. 20.

185 Vale decir que una parte de la doctrina española entiende que el artículo 7.3 LOPJ implica una exclusión de las personas físicas como legitimados para la tutela de los intereses colectivos.

186 PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, p. 410.

187 CASTILLEJO MANZANARES, *op. cit.*, en PIGRAU SOLÉ y Casado Casado (directores), *op. cit.*, p. 174.

188 Como bien señala Pérez Conejo, existe una confusión terminológica en torno a esta acción, que debió llamarse *acción popular* y no *pública*. PÉREZ CONEJO, *op. cit.*, p. 50.

Evidentemente, nuestra pretensión no tendrá problemas para ser incluida dentro del ámbito de tales disposiciones, no solo desde la amplitud legitimadora, sino también desde la generalidad material, es decir, la posibilidad de *exigir la observancia de lo establecido en la ley*.

En este sentido, para la legislación sectorial que la incluya, podremos exigir judicialmente a la Administración, a través del recurso contencioso-administrativo, la impugnación de la conducta vulneradora y su reparación,¹⁸⁹ sin límites en cuanto a legitimación activa,¹⁹⁰ en virtud de que se tutele un verdadero interés en defensa de la legalidad.

Un ejemplo de estas acciones populares se encuentran en la actualidad en los artículos 109 y 62 de las leyes de Costas (Ley 22/1988) y de Suelo y Rehabilitación Urbana (Real Decreto Legislativo 7/2015), respectivamente.

3.2 Argentina

La tutela jurisdiccional colectiva del medioambiente en Argentina se configura, a grandes rasgos, por el juego de dos disposiciones, una constitucional y una legal, que conforman el entramado procesal que cubre nuestra pretensión. Nos referimos al artículo 43 CA, encargado de disponer el amparo como herramienta constitucional por excelencia para la tutela de los derechos que el mismo texto fundamental otorga y que el resto del ordenamiento jurídico proyecta, y a la acción colectiva de recomposición que la LGA prevé en su artículo 30.

3.2.1 La acción de amparo

Nos centraremos en primer término en analizar la configuración de la *acción o recurso de amparo*, que forma parte del plexo constitucional a partir de su inclusión en la reforma de 1994 y a raíz de los avances jurisprudenciales que ya lo venían reclamando.¹⁹¹ Específicamente, nos interesa la variante que la doctrina llamó *amparo colectivo* y que se reserva para la tutela de los derechos de incidencia colectiva, entre los cuales se menciona, expresamente, el ambiente, como vemos a continuación:

Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

189 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 302.

190 El artículo 19.1.h confirma dentro de la legislación del recurso tal amplitud legitimadora.

191 SCSJNA, 27/12/1957, «Siri, Ángel s/ interpone recurso de habeas corpus», y el ya mencionado «Kot». Estas sentencias implicaron la inclusión del amparo en el ordenamiento jurídico vía pretoriana, tal cual lo afirma la CSJNA en el fallo «Halabi».

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

Como podemos observar, el amparo colectivo no es más que un subtipo de amparo y, por lo tanto, comparte los caracteres y requerimientos de procedencia de la figura básica, los cuales serán de interés a la hora de analizar el encuadramiento de nuestra pretensión.

El amparo, en su versión individual, es caracterizado por el primer párrafo de la norma como una acción *expedita y rápida*, con la debida aclaración de que, según lo expuesto por Bidart Campos, lo que es expedito y rápido es el proceso que toma curso con la acción.¹⁹² En este sentido, en la normativa de reglamentación se estipulan procedimientos sumarísimos, con defensas limitadas, plazos breves y posibilidades probatorias restringidas, que no siempre tornan ideal su utilización,¹⁹³ más allá incluso de la posibilidad de plantearlo ante cualquier tribunal.¹⁹⁴

Por otro lado, el citado artículo establece cuáles son los requisitos que deben cumplirse y serán objeto de análisis de admisibilidad y procedencia de la acción por parte de un tribunal, siendo estos:

(a) Que no exista otro medio judicial más idóneo, entendiéndose como tal otra vía procesal que brinde la rápida y eficaz solución que ciertos casos necesitan, no obstruyendo tal procedencia la existencia de recursos administrativos.¹⁹⁵ En este sentido, somos de la opinión de que tal condición deberá ponderarse judicialmente caso por caso, ya que de las circunstancias concretas bajo análisis surgirá, o no, tal posibilidad. Un ejemplo de esto se da en materia ambiental, pues la idoneidad estará especialmente vinculada a los plazos extensos de resolución que pueden llevar otros procesos menos expeditivos y a los riesgos y daños irreversibles o de difícil reparación que en su transcurso puedan ocurrir o agravarse.

(b) Que sea interpuesto contra todo acto u omisión, ya sea de autoridades públicas o particulares. Como ya se remarcó, en este punto se advierte una diferencia sus-

192 BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Tomo II, Ediar, Bs As., 2006, p. 376.

193 En «Asociación de Superficiaarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ Daño Ambiental». A.1274.XXXIX. Originario – Causa Assupa, en su sentencia de fecha 13/07/2004, la CSJNA sostuvo que «el trámite que ha de imprimirse a esta causa no puede ser el del amparo, pues las medidas probatorias necesarias para la dilucidación de los eventuales daños ocasionados por la actividad de las demandadas exigen un marco procesal más extenso. De la sola consideración del ofrecimiento de pruebas de la interesada (...) se impone tal temperamento, de modo que resulta adecuada la adopción del régimen ordinario». La doctrina se ha pronunciado en el mismo sentido: ESAÍN, *op. cit.*, <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=940>, [29/05/2016]

194 PINO MIKLAVEC, *op. cit.*, pp. 158 y 162.

195 BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 376.

tancial con la configuración jurisdiccional que el derecho español presenta, pudiendo ejercerse esta tutela del derecho al ambiente contra los particulares.

(c) Que dichos actos u omisiones, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen un derecho, en forma actual o inminente. Más allá de considerar plausible la inclusión del término *inminente*, lo que supone una tutela preventiva, es importante destacar que, como dice el propio artículo, al referirse a la afectación de un *derecho*, no solo lo hace con relación a aquellos reconocidos por la Constitución, sino que también se refiere a los amparados por los tratados o leyes en general.¹⁹⁶

(d) Que presente una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, entendiéndose como tales aquellos actos que, *a priori*, podrían entenderse como contrarios a las normas vigentes. Así, al aceptar la acción, el juez entiende que existe una verosimilitud en el derecho invocado por el actor.

En cuanto a las particularidades de la acción dispuesta en el segundo párrafo, en perfecto acuerdo con la naturaleza de los bienes jurídicos que se pretenden tutelar, se dispone una legitimación especialmente amplia la cual merece algún comentario, no solo por su inclusión aquí, sino porque será la misma fórmula elegida para la acción de recomposición que veremos seguidamente.¹⁹⁷

Como se observa, en primer lugar, se legitima al *afectado*, término que ha causado innumerables comentarios doctrinales en razón de su particularidad. En este sentido, para una parte de la doctrina tal sujeto es aquel que posee un derecho subjetivo, directo y actual,¹⁹⁸ es decir, aquel que puede probar una afectación particular, lo cual, a nuestro entender,¹⁹⁹ no tiene demasiado sentido si lo que se intenta amparar son, como el mismo artículo sostiene, derechos de incidencia colectiva y, por lo tanto, plurisubjetivos. Otra doctrina con la que también disentimos hace referencia a que *afectado* sería cualquier habitante,²⁰⁰ lo cual aludiría más a un interés en defensa de la legalidad misma que a un interés de incidencia colectiva, sin perjuicio de los difusos contornos de este último, razonamiento al que se agrega que el término *afectado* parecería indicar la necesidad de demostrar cierto perjuicio, aunque sea sobre un interés difuso. Finalmente, una interpretación intermedia²⁰¹ considera al afectado como equivalente a vecino o

196 *Ibidem*, p. 376.

197 Meroi realiza una interesante crítica a la recepción argentina de modelos extranjeros de legitimación procesal, donde manifiesta la desconcertante falta de citación de fuentes, nacionales e internacionales, lo cual, manifiesta, dificulta gravemente la necesaria interpretación histórica y sistemática que se debe hacer de cada norma, la consideración de las dimensiones normativas, sociológicas y axiológicas en las cuales se concibió. También ha marcado el abuso de los conceptos indeterminados y ajenos a la cultura jurídica argentina. A modo de resumen la califica como desconcertante, múltiple, equívoca, indiscriminada, incompleta y legitimante. A pesar de ello, aclara que estamos mejor con que sin ella. MEROL, *op. cit.*, pp. 355, 356, 360 y ss, 370 y 6.

198 MORELLO y SBDAR, *op. cit.*, p. 68.

199 Y también de Morello y Sbdar. *Idem*, p. 71

200 CAFFERATTA, Néstor y MORELLO, Augusto, *Visión Procesal de Cuestiones Ambientales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 171.

201 MORELLO y SBDAR, *op. cit.*, p. 71.

habitante del lugar donde se produjo la afectación, es decir, se buscaría la demostración de esa circunstancia fáctica —v.gr. vivir en un mismo lugar— que, marcando la extensión del derecho, pruebe la repercusión de la afectación en nuestro interés. Esta última concepción, que es la que compartimos, dado que entendemos que es aquella que se aproxima más a la idea de derecho difuso, ha tenido sustento en cierta jurisprudencia que la CSJNA no ha impugnado.²⁰²

El Defensor del Pueblo es el segundo ente legitimado, siendo para el ordenamiento jurídico argentino un órgano extrapoder, unipersonal e independiente, cuya legitimación es una extensión lógica de la legitimación procesal que el artículo 86 de la Constitución le otorga explícitamente,²⁰³ concordando con su misión: la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos constitucionales ante hechos, actos u omisiones de la Administración. Cabe destacar que, a diferencia del legitimado anterior, en este caso estamos frente a una legitimación anómala, ya que el órgano no es el titular del derecho invocado —derecho difuso— como fundamento de su pretensión, sino que su legitimación será en representación del grupo afectado.²⁰⁴

Finalmente, el artículo 43, en su segundo párrafo, legitima a aquellas *asociaciones especiales* cuyo objeto social sea el de la protección de los derechos de incidencia colectiva. Así, quedan incluidas en este colectivo todas aquellas ONG, legalmente registradas, que tiendan a la protección del ambiente, debiéndose notar que aún hoy, 22 años después, se echa de menos la reglamentación que la norma solicita y que entendemos marcaría, al igual que lo hace la legislación española, aquellos criterios para considerar la existencia de un interés difuso real en el cual fundamentar la pretensión ambiental. Todo esto hace que, en nuestra opinión, quede conformada una legitimación con fundamento en un interés difuso pero de contornos territoriales amplísimos, ya que cualquier ONG, legalmente registrada, podría interponer este tipo de acción, independientemente de que su sede de actuación se corresponda o no con el lugar de la afectación.

Como afirma Pino Miklavec, esta acción tiene un objeto amplio, no limitado a una pretensión particular, sino que puede cobijar cualquier pretensión ambiental.²⁰⁵ Podremos, entonces, utilizarla para llevar adelante nuestra pretensión,²⁰⁶ tanto si so-

202 Sentencia de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso-Administrativo, Sala III, «Schröder, Juan c/ Estado Nacional SRN y AH s/ Amparo» de fecha 08/09/1994; SCSJNA «Daneri Jorge y otros c/ P.E.N. s/ recurso de hecho» del 23/05/00, según MEROI, *op. cit.*, p. 251. Además, en la legitimación del afectado de la LGA se amparó el actor Ricardo Marcelo Vargas en la causa «Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ Daño Ambiental». V.175.XLIII. Originario, como particular *afectado* y vecino de la provincia de San Juan. En este caso, si bien no hay aún una resolución de la causa, que se encuentra todavía en un estado inicial, la realidad es que tal legitimación ha dado lugar a la actividad de la CSJNA requiriendo informes a las autoridades públicas.

203 DART CAMPOS, *op. cit.*, p. 383.

204 MORELLO y SBDAR, *op. cit.*, p. 77.

205 PINO MIKLAVEC, *op. cit.*, p. 163.

206 ESAÍN, *op. cit.*, <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=940>, [29/05/2016]

mos un particular afectado como una ONG registrada o el propio Defensor del Pueblo, contra actuaciones de particulares o de la propia Administración. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, a pesar de su apertura, no deja de ser una acción extraordinaria, de trámite abreviado, por lo cual debemos considerar en el momento de su presentación que se den los requisitos de admisibilidad y procedencia y que su estrecho margen probatorio no merme nuestras posibilidades de éxito.

3.2.2 La acción de recomposición

En cuanto a la *acción de recomposición por daño ambiental colectivo*, se encuentra reglada por la LGA de la siguiente manera:

Artículo 30. — Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Como mencionamos, el amparo colectivo ya nos daba la posibilidad de cobijar nuestra pretensión, siempre y cuando las circunstancias lo permitiesen y nuestro buen sentido jurídico lo aconsejase. Ahora bien, en el caso de que esto no suceda, podemos acudir a la acción aquí regulada, la cual, a diferencia de lo que pasa con la de amparo, no tiene un procedimiento concreto asignado. En este sentido, y más allá de la normativa de forma que trae la misma LGA, hasta que se reglamente — entendemos que a nivel provincial— quedará abierto su tratamiento procesal a la iniciativa del demandante y a criterio judicial. En este sentido, comprendemos que podría plantearse como una acción ordinaria de pleno conocimiento, como también en trámites más sumarios, en general en sede civil, teniendo en cuenta su naturaleza residual y el hecho de que no existe jurisdicción específica en la materia.

En cuanto a la legitimación activa, utiliza la misma fórmula que el amparo colectivo reglado constitucionalmente al que agrega a los Estados, nacional, provincial y municipal, y a un último sujeto *directamente damnificado*, que ha suscitado diferentes interpretaciones doctrinales. Con relación a los entes públicos, entendemos que los legitima no ya con base en un posible interés difuso sino por el interés público que el ambiente despierta y por su condición de representantes de la comunidad políticamente organizada.²⁰⁷ Ahora bien, la inclusión de aquel sujeto directamente damnificado desconcierta. No parece haber otra interpretación que considerarlo como aquel que puede alegar un daño subjetivo, pero ello implicaría exigirle la demostración de un perjuicio individual para ejercer una pretensión colectiva, lo que de por sí ya es cues-

207 CAFFERATTA y MORELLO, *op. cit.*, p. 186.

tionable; además, debe añadirse el hecho de que, en todo caso, quedaría integrado en el término *afectado*. Otra posible interpretación es que se está haciendo referencia a la legitimación para reclamar un daño *a través del ambiente*,²⁰⁸ es decir, no una pretensión plurisubjetiva como establece el artículo —recomposición—, sino una sustancialmente individual, ya sea a través de la alegación de un interés subjetivo o de intereses individuales homogéneos, extendiendo de este modo los beneficios procesales que la LGA otorga a este tipo de acciones —individual o colectiva por intereses homogéneos—. Sin embargo, tampoco parece ser una interpretación del todo comprensible, sobre todo teniendo en cuenta que el capítulo bajo el cual se presenta la disposición se refiere al daño ambiental colectivo y a su recomposición.

La legitimación pasiva, por su parte, no se explicita en la norma quedando abierta conforme al artículo 43 CA, pudiendo demandarse tanto a la Administración como a particulares responsables del hecho u omisión dañosa.

En cuanto al ámbito material de aplicación, la acción requiere la producción de un daño ambiental colectivo que, a diferencia de la estrecha definición que la LRM presenta, se define como «toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de sus ecosistemas o los bienes o valores colectivos»,²⁰⁹ lo que implica, teniendo en cuenta la complejidad ambiental, mayores posibilidades de tutela.

A grandes rasgos, así se configura la tutela jurisdiccional de una pretensión como la aquí propuesta en Argentina, lo cual, como se puede observar, presenta evidentes diferencias con respecto a la que ofrece el ordenamiento jurídico español. A estos contrapuntos nos referiremos en el apartado siguiente a modo de cierre de este capítulo.

3.3 Valoración de los sistemas

Como observamos, en España se presenta hoy en día un complejo sistema de tutela cuya extensión dependerá, principalmente, de la interpretación que se haga de algunas disposiciones legitimatorias. En Argentina, por su parte, son dos las acciones dominantes, con alcance nacional, la tutela judicial ambiental.

Evidentemente, una de las diferencias más grandes entre ambos sistemas reside en la posibilidad que tienen los agentes privados argentinos de llevar adelante sus pretensiones ambientales colectivas contra otros privados ante los tribunales. Es decir, como consecuencia de lo ya expuesto, principalmente de la horizontalidad con la que se pueden proteger los derechos fundamentales, la tutela jurisdiccional en Argentina

208 COSSARI, Nelson, «Responsabilidad Civil en la Ley General del Ambiente 25.675» en AA.VV., *Cuestiones Actuales de Derecho Ambiental*, El Derecho, 2007, p. 85; ESAÍN, *op. cit.*, <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=940>, [29/05/2016]; MORELLO y SBDAR, *op. cit.*, p. 173.

209 Artículo 27 LGA

ha llevado a cierta *privatización* de los conflictos ambientales, algo que resulta impensable en el ordenamiento jurídico español, según nuestro entendimiento, debido, principalmente, a la inexistencia de un derecho al ambiente adecuado de carácter plenamente operativo.

En este sentido, podemos decir tanto que en el derecho argentino se da una cierta *privatización* de estos conflictos como que la tutela jurisdiccional española restringida a los procedimientos administrativos y contencioso-administrativos implica, tal y como sucede en el campo penal, la *confiscación*²¹⁰ de los conflictos ambientales por parte de la Administración a la sociedad, quien se considera —y así lo entienden la doctrina y la jurisprudencia— en mejor posición para salvaguardar los derechos en juego, desde su ánimo de único guardián de lo público.

Tal contrapunto no implica de por sí una valoración positiva ni negativa de los sistemas, sino más bien una muestra de que, en mayor o menor medida, el derecho ambiental puede desintegrar los límites existentes entre lo público y lo privado.²¹¹

En nuestra opinión, cada uno de estos sistemas podrá resultar más o menos aconsejable con relación a variadas circunstancias y condiciones tanto extrínsecas como intrínsecas de los propios sistemas.²¹² Una de estas condiciones intrínsecas es, a nuestro entender, el mayor o menor grado de adecuación que presenten los procesos judiciales reglados en cada sistema a la hora de servir de conducto a una pretensión ambiental como la nuestra hacia la justicia ambiental. En otras palabras, la capacidad procesal que presentan los sistemas para afrontar los complejos conflictos ambientales, lo cual será abordado en el próximo capítulo.

210 SUPERTI, Héctor, *Derecho Procesal Penal. Temas Conflictivos*, Juris, 1998, p. 84.

211 Como también lo resalta GOMIS CATALÁ, *op. cit.*, en AA.VV., LOZANO CUTANDA (Coordinadora), *op. cit.*, p. 100.

212 En este sentido, Ruda González realiza comentarios sobre la *insuficiencia del derecho público* para abordar la responsabilidad por daños ambientales, poniendo como ejemplo, entre otros, la actuación de la Administración en el incidente ambiental de Bophal. RUDA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 60 y ss. En este sentido, es una referencia a un condicionante ajeno los propios sistemas, el conflicto de intereses y la corrupción en la Administración, lo que impulsa la idea de considerar necesaria la participación ciudadana también en el ámbito de la responsabilidad ambiental.

CAPÍTULO IV. LA JUSTICIA AMBIENTAL A TRAVÉS DE LA JURISDICCIÓN

la cuestión ambiental no suscita una mutación solamente disciplinaria sino también epistemológica. Desde el punto de vista jurídico es un problema decodificante porque impacta sobre el orden legal existente, planteando uno distinto, sujeto a sus propias necesidades y es, por ello, profundamente herético. Se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia: abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo y lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición de que adopten nuevas características.²¹³

RICARDO LORENZETTI

Esta reconocida metáfora del magistrado de la CSJNA, Ricardo Lorenzetti, ilustra perfectamente cómo la cuestión ambiental impacta en el derecho, sin que sea la rama procesal una excepción. Esto se pone de manifiesto al afrontar con un interés ambiental el largo camino de la jurisdicción desde la pretensión a la sentencia.

En el capítulo anterior, una vez establecida nuestra pretensión, analizamos qué caminos se le abrirían en los ordenamientos jurídicos de España y Argentina. Así, llegamos a la conclusión de que se han diseñado dos sistemas de tutela disímiles: uno eminentemente administrativista y otro de carácter mixto. Dijimos, pues, que más allá de esto, su valoración final positiva o negativa depende de condiciones extrínsecas e intrínsecas de los propios sistemas, siendo una de éstas últimas el grado de adecuación que presenten las normas que configuran los procesos judiciales a la hora de servir de conducto a una pretensión como la aquí presentada.

213 LORENZETTI, Ricardo, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

En este capítulo, se analizará esto último tomándose como parámetro de ponderación algunas de las cuestiones procesales más relevantes. En especial, hemos elegido abordar el tema de la legitimación, el de los costes de los procesos, las medidas cautelares, la prueba y las facultades judiciales para la ordenación del procedimiento, entre muchos otros temas de importancia que podrían haberse tratado.²¹⁴

El análisis de estas cuestiones, más allá de la legislación nacional, intentará incluir la doctrina y la jurisprudencia más relevantes, a fin de construir un panorama lo más completo posible de cada tópico. A partir de ello, se observará cómo estas configuraciones, en uno y otro caso, afectan al éxito de nuestra pretensión.

Finalmente, en consonancia con lo anterior, se mencionarán las implicancias de las regulaciones supranacionales de acceso a la justicia, descritas en el capítulo II, y se reflexionará en torno al marco teórico propuesto en el capítulo I, es decir, sobre la concepción amplia de la justicia ambiental como lente de análisis y como fin último.

1. La justicia procesal imperfecta de Rawls

Antes de pasar al análisis de los temas procesales bajo estudio, nos parece interesante presentar el concepto de justicia procesalmente imperfecta de Rawls, por el cual se explica, en cierta forma, la necesidad de nuevos enfoques procesales para la tutela judicial ambiental.

En *Teoría de la justicia*, Rawls, con el objetivo de explicar la noción de *justicia puramente procesal*, desarrolla brevemente los conceptos de *justicia procesal perfecta* y *justicia procesal imperfecta*. Afirma este autor que la *justicia procesal perfecta* es aquella cuyos rasgos característicos son la existencia de (a) una norma independiente para decidir el resultado justo y (b) un procedimiento que garantiza que se llegará a él. Por su parte, la *justicia puramente procesal* es aquella en donde no existe (a) una norma independiente para definir el resultado justo, pero sí (b) un procedimiento correcto o imparcial, de tal modo que, sea cual sea el resultado al que se llega, éste será el resultado justo en tanto que se haya observado debidamente el procedimiento.²¹⁵ Finalmente la *justicia procesal imperfecta*, que aquí nos interesa abordar, se da cuando existe (a) esa norma independiente para decidir el resultado justo —normas jurídicas de fondo— pero, en contraposición con las anteriores, resulta imposible diseñar (b) un procedimiento

214 Podemos enumerar la extensión subjetiva de la sentencia, la configuración de garantías de indemnidad para los demandantes, la creación de registros para procesos colectivos, la celeridad de los procesos, etc. En cuanto a la importancia de los institutos elegidos, más allá de lo que justificamos en los apartados de tratamiento de cada uno de ellos, la mayoría de ellos son los elegidos como parámetros por los estudios que tratan la problemática, por ejemplo, la citada ASOCIACIÓN PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL, *op. cit.*

215 El ejemplo que el autor utiliza para ilustrar la *justicia procesal perfecta* es el de la división justa de un pastel; si suponemos que el resultado justo es la división en partes iguales, podemos intuir que el procedimiento que mejor puede garantizar un reparto justo consiste en que la persona que divida el pastel sea aquella que va a tomar el último pedazo. Por su parte, los juegos de azar ilustran la situación de la *justicia puramente procesal*. RAWLS, *op. cit.*, pp. 108 y 109.

—normas jurídicas de forma— que conduzca en todos los casos al resultado correcto. En este caso, Rawls ejemplifica el concepto con la idea de un juicio penal, idea extensible a la tutela judicial en general.²¹⁶

Ahora, si como manifiesta el autor es imposible diseñar un procedimiento que conduzca inevitablemente al resultado justo, la consigna es el diseño de unas normas jurídicas de forma que sean las más adecuadas para lograr ese fin.

En este sentido, agrega Rawls: «la teoría de los juicios examina qué reglas procesales de pruebas y similares, siendo compatibles con otros fines del derecho, son las que mejor pueden servir para lograr ese propósito».²¹⁷

Desde este entendimiento se encamina la búsqueda de aquellas reglas procesales que mejor puedan servir a la justicia ambiental, las cuales, como ya ha reconocido la doctrina y veremos a continuación, no son aquellas reglas procedimentales clásicas concebidas en la lógica individualista del derecho decimonónico y que, en general, dominan los ordenamientos jurídicos nacionales.

2. Las estructuras procesales clásicas y su inadecuación frente a la tutela judicial ambiental

Como dijimos en el apartado anterior, la gran mayoría de la doctrina ha señalado la inadecuación que implica la tutela de los intereses colectivos²¹⁸ y, especialmente, los ambientales a través del procedimiento clásico de tinte individualista. Ello a partir del reconocimiento de la especial naturaleza transindividual de los bienes a tutelar y de la consecuente contemplación progresiva de los intereses plurisubjetivos en los ordenamientos jurídicos. En este sentido se alzan las voces en el ámbito jurídico de ambos países.

En España, Pérez Conejo manifiesta que:

las estructuras procesales tradicionales se muestran insuficientes o inadecuadas, al estar concebidas sobre la base de esquemas individualistas, por lo que no están preparadas para procurar la tutela de los intereses plurisubjetivos, en su doble modalidad de intereses colectivos y difusos, rigiendo entre aquéllos y éstos una relación de género-especie, entre los que destacan los intereses (legítimos-plurisubjetivos-grupales-difusos) ambientales.²¹⁹

Por su parte, Razquin Lizarraga y Ruiz de Apodaca Espinosa sostienen que:

216 *Idem*, p. 108.

217 *Idem*.

218 Incluso se ha manifestado esta inadecuación con respecto a la tutela de los derechos, sociales y culturales en general, dentro de los cuales el SIDH ubica al ambiente. CIDH, *op. cit.*, p.69. <<http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>> [20/06/2016]

219 PÉREZ CONEJO, *op cit.*, p. 19.

la defensa colectiva se configura como el camino idóneo para resquebrajar el marcado matiz individualista de la tradicional tutela procesal, otorgando a los intereses difusos una más acertada concepción como intereses sociales.²²⁰

Así mismo, Peñalver i Cabré refiere que los intereses colectivos:

no se amoldan dentro de los esquemas del derecho subjetivo tradicional, que se basa en la igualdad formal y en el individualismo, y por lo tanto precisan una transformación de la tutela judicial que amplíe la legitimación y afronte otros aspectos del proceso judicial como las pretensiones, las medidas cautelares, las limitaciones económicas, etc. Los intereses colectivos no piden más normas materiales, sino una adecuación de las normas procesales a las materiales. Exigen una reformulación de los medios procesales [...] ante las nuevas situaciones jurídicas materiales colectivas.²²¹

Pino Miklavec, en su análisis comparativo entre España y Argentina, manifiesta por su parte que:

la protección jurisdiccional del medio ambiente al dar lugar a intereses de dimensión o relevancia colectiva no se condice con el marcado carácter individualista del proceso, obligando a serias revisiones de concretas y básicas instituciones procesales en busca de una auténtica apertura de los intereses ambientales a la vida judicial y de la efectiva tutela judicial de los mismos.²²²

Asimismo, en el ámbito latinoamericano, Brañes pone de manifiesto tal situación al comentar los grandes avances que en el tópico ha presentado la legislación de la región, principalmente la brasileña y, actualmente, también la argentina.²²³ Por su parte, la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), en su *Guía de Defensa Ambiental*, expone que, si bien «en algunos ámbitos internos el derecho ambiental ha generado mejores mecanismos de acceso a la justicia [...] éstos no siempre responden a las características del daño ambiental, y por tanto, no resultan efectivos para remediar integralmente la situación que se enfrenta».²²⁴

En Argentina, autores de relevancia en el tema como Morello, Sbdar, Cafferatta o Esaín, entre muchos otros, han puesto de relieve esta inadecuación. Sin embargo, ha sido la CSJNA la que ha defendido con más vehemencia esta idea, pasando de la teoría a la práctica con variadas resoluciones que mencionaremos a lo largo de este capítulo.

Esta situación, evidenciada y denunciada por la doctrina, genera innumerables obstáculos para el acceso a la justicia ambiental, a los que se suman otros de carácter material, principalmente económicos. En los mismos términos, Esaín afirma que

220 RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *op. cit.*, p. 384.

221 PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, p. 64.

222 PINO MIKLAVEC, *op. cit.*, p. 111.

223 BRAÑES, *op. cit.*, en AA.VV., Universidad..., *op. cit.*, p. 329.

224 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE, *op. cit.*, p. 3. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/24756.pdf>> [20/06/2016]

«la inidoneidad del medio protector implicará una negatoria del efectivo acceso a la justicia».²²⁵

En este entendimiento, pasaremos al análisis de algunas de las cuestiones procesales que creemos más relevantes a fin de ver en qué medida, mediante reforma legislativa o jurisprudencial, se han adecuado o no a la situación planteada.

3. Cuestiones procesales de relevancia para la tutela ambiental colectiva

En Argentina, a partir del mandato constitucional del artículo 41, se gestó la LGA, en la cual se estableció un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales que buscó adecuar la tutela judicial del ambiente como bien colectivo. Por su parte, en España fue la Ley 27/2006 la que, a partir de las designios de la Convención de Aarhus, abordó el tema del acceso a la justicia ambiental, estableciendo algunas normas procesales especiales para esta tutela. En los apartados siguientes veremos en forma comparativa cómo se reglaron —o no— las cuestiones procesales elegidas en cada ordenamiento.

3.1 La legitimación activa

Como vimos en el capítulo segundo, la legitimación ha sido el instituto procesal en el cual se ha concentrado, preferentemente, toda la normativa internacional y regional de acceso a la justicia y, específicamente, de acceso a la justicia ambiental. Por su parte, y en la misma lógica, ha sido el tópico preferido de la doctrina procesalista colectiva en este tipo de trabajos, y se considera la piedra angular de la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, queremos dejar expresamente sentado que, en nuestra opinión, tal enfoque ha pecado de parcialidad, ya que ha relegado el tratamiento de otros importantes obstáculos procesales de acceso a la justicia, igual o aún más condicionantes que este. En otras palabras, ha confundido el acceso a la justicia con el acceso a la jurisdicción. Así, las normativas han dedicado sus artículos más elaborados a este instituto y, en el mejor de los casos, han dispuesto en términos más generales otros aspectos importantes, y quizás más ríspidos, como el de los costes prohibitivos o el de las medidas cautelares.²²⁶

Sin perjuicio de ello, y en el entendimiento de que la legitimación puede considerarse un verdadero parámetro de participación de los ciudadanos en cada régimen político, abordaremos una vez más este tema haciendo un análisis comparativo con base en las categorías expuestas por Silguero Estagnan y reproducidas por Meroi²²⁷

225 ESAÍN, *op. cit.*, <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=940>, [29/05/2016]

226 En este mismo entendimiento se manifiesta Peñalver al expresar que la legitimación no agota la tutela judicial. PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, en AA.VV., PIGRAU SOLÉ (director), *op. cit.*, p. 362.

227 MEROI, *op. cit.*

según la normativa ya revisada en el capítulo anterior, a la cual agregaremos algunas precisiones doctrinales y nuestra opinión crítica en los casos que así lo ameriten. Por otra parte, cabe aclarar que omitiremos cualquier referencia al concepto de legitimación procesal y a sus derivaciones, algo que la doctrina especializada ya ha abordado hasta la saciedad con menor o mayor acierto.²²⁸

3.1.1 *El modelo individual*

Según afirma Meroi, «conforme este modelo, el ordenamiento reconoce a un sujeto la posibilidad de instar, en nombre propio, la tutela jurisdiccional de un interés que tiene por objeto un bien de disfrute supraindividual».²²⁹

Como ya se expuso, en Argentina, este modelo encuentra su lugar en la legitimación que tanto el artículo 43 CA como el 30 LGA otorgan al *afectado*, cuya determinación conceptual en el marco de los intereses difusos, como ya se dijo *ut supra*, puede equiparse a la de *vecino*.

Por su parte, en España, la legitimación bajo este modelo solo puede inferirse de una interpretación que integre los intereses difusos en el concepto de interés legítimo mencionado en el artículo 19.1.a) LJCA,²³⁰ la cual no es aceptada plenamente, ni en doctrina ni en la jurisprudencia, como ya analizamos. En este sentido, solo podemos considerarla marginalmente.

3.1.2 *El modelo orgánico privado*

Este modelo es aquel que otorga legitimación procesal a personas jurídicas privadas —en nuestro caso, nos referimos, principalmente, a ONG ambientales en su consideración como ente de representación social—, y es el elegido por el ordenamiento jurídico español para la tutela judicial de este tipo de intereses desde la vigencia de la Ley 27/2006. En este sentido —como ya vimos—, salvo algunas interpretaciones amplias y la normativa que contempla específicamente la acción popular, la tutela judicial del ambiente se concentra en la actuación de las organizaciones privadas sin fines de lucro que cumplan determinados requisitos legales —artículo 23—, a las cuales, además, se les otorga el beneficio de la asistencia jurídica gratuita.

En Argentina, también está presente este modelo en las configuraciones legitimatorias del artículo 43 CA y 30 LGA. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en España, y en razón de una grave mora legislativa, no se le impusieron requisitos para su actuación, como tampoco se le reconocen ventajas con respecto a la legitimación particular del modelo individual.

228 Cuya compilación puede leerse en *idem*, pp. 59 y ss.

229 *Idem*, p. 78.

230 La legitimación popular es abordada más adelante.

3.1.3 El modelo orgánico público

En este modelo, se le asigna la legitimación activa para la tutela de este tipo de intereses a entidades como el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo, es decir, instituciones de carácter público.

En España, según comenta Peñalver i Cabré, la legislación, tradicionalmente, ha limitado la intervención del Ministerio Fiscal en el contencioso-administrativo a determinados supuestos concretos como la defensa de los derechos fundamentales o recursos de casación en interés de ley, lo cual lo deja fuera de la tutela medioambiental, salvo en el caso de las acciones públicas tasadas. Agrega que, si bien es verdad que hay quienes sostienen que esta institución podría ejercer la tutela de intereses legítimos colectivos en base al artículo 19.1.a) LJCA, la jurisprudencia no ha dado una buena acogida a esta idea, aún ante la alegación de la legitimación que parece darle la LRM en su Disposición Adicional Octava.²³¹ Por su parte, en cuanto al Defensor del Pueblo, este se encuentra legitimado para interponer recursos de inconstitucionalidad cuando una ley vulnere intereses colectivos constitucionalizados, pero, al parecer su legitimación queda limitada a la defensa de los derechos fundamentales, lo que supone una importante restricción a la tutela ambiental.²³²

Mientras, en Argentina sí se legitima al Defensor del Pueblo,²³³ evitándose, quizás un tanto sorprendentemente, la legitimación del Ministerio Público. En este sentido, Esaín entiende que su no inclusión en las construcciones legitimatorias es un error y que bien debería considerarse legitimado por la referencia a los Estados que hace el artículo 30 de LGA,²³⁴ en concordancia con la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, función que le asignó la norma que lo constitucionalizó, es decir, el artículo 120 CA.²³⁵

Si bien es necesario decir que se han hecho muchas críticas a la actuación de este ente en base a razones políticas, administrativas, culturales e incluso psicológicas,²³⁶ entendemos que ellas están justificadas siempre y cuando la legitimación del órgano público excluya a las de otros sujetos, pero no así cuando se añade a una pluralidad de legitimados que aseguran la superación de los sesgos marcados, como sucede en el caso de la legislación argentina. En este sentido, es destacable el rol de actuación subsidiaria que le ha dado la normativa brasileña, en concreto, la Ley 7.347 en su artículo 5.3, que establece que en caso de abandono injustificado de la acción asumirá esta institución la titularidad activa.

231 PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, pp. 475 y ss., refiere a la STS 28 de noviembre de 2014.

232 *Ibidem*, pp. 483 y 484.

233 En el fallo "Mendoza" se lo aceptó como tercero interesado, y no como parte, al igual que a ONG que intentaron su inclusión como litisconsortes activos, en razón, de entenderse ya suficientemente bien integrada la parte actora del proceso.

234 ESAÍN, *op. cit.*, <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=940>, [29/05/2016]

235 MORELLO y SBDAR, *op. cit.*, p. 166.

236 BRAÑES, *op. cit.*, en AA.VV., Universidad..., *op. cit.*, p. 353.

3.1.4 *El modelo social*

La cuarta categoría de Silguero Estagnan reproducida por Meroi es el modelo social que se relaciona directamente con la configuración de las llamadas *class actions* estadounidenses y la tutela de los intereses individuales homogéneos.²³⁷ Por lo tanto, escapa al ámbito material de nuestro estudio, centrado, a partir de la pretensión construida, en la tutela de los intereses difusos.

3.1.5 *La legitimación popular*

En la clasificación que venimos siguiendo, la legitimación popular se considera integrante del modelo individual ya analizado; sin embargo, creemos que, por su relevancia, merece un tratamiento diferenciado.

En España, como ya observamos, la legitimación popular, en el ámbito del contencioso-administrativo, se contempla en el artículo 19.1.h) LJCA, y está reservada, restrictivamente,²³⁸ para la tutela de aquella legislación sectorial que la contemple, tal y como lo hace la normativa urbanística y la normativa de costas, entre otras. En cuanto a esto, cierta doctrina viene reclamando la estipulación en materia ambiental de una legitimación popular general, lo que, según los autores que la proponen, eliminaría la dificultosa tarea de discernir la existencia o no de un interés difuso en el sujeto demandante.²³⁹

En Argentina, también se concibió una legitimación popular para cuestiones ambientales, en este caso sin limitación sectorial, pero sí restringida en cuanto a la pretensión a la que la acción dará curso. Nos referimos al amparo colectivo de cese del daño ambiental que, en los términos del artículo 30 LGA,²⁴⁰ se configura como una verdadera acción popular, la cual, sin embargo, no nos servirá en el marco de la pretensión aquí planteada, ya que no se extiende a la búsqueda de la recomposición ambiental.

3.1.6 *Balance*

Sobre lo analizado anteriormente, podemos enunciar algunas consideraciones.

En primer lugar, el instituto procesal de la legitimación, por considerarse el más importante, fue aquel que más se adecuó a los requerimientos de la tutela colectiva en los ordenamientos analizados.

En segundo lugar, mientras que en España, más allá de la existencia en la legislación sectorial de acciones populares, la tutela judicial ambiental colectiva, en cuanto a la legitimación, se encauza a través de un modelo orgánico privado, en Argentina,

237 Ver fallo «Halabi».

238 GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 299.

239 PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, en PIGRAU SOLÉ (director), *op. cit.*, p. 382.

240 «toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo».

como bien indica Meroi, se dio, en la configuración del segundo párrafo del artículo 43 CA, una *polirrecepción*²⁴¹ de modelos de legitimación extranjeros, lo que implicó que la tutela judicial ambiental colectiva, en lo que a nuestra pretensión hace, conjugue los modelos individual, orgánico privado y orgánico público.

En este sentido, en España, podremos ejercer nuestra pretensión, sin forzar interpretaciones, solo si somos una ONG ambiental que cumpla los requisitos del artículo 23 de la Ley 27/2006, o, en los casos tasados legalmente, cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, en razón de la acción *pública*. Por su parte, en Argentina, aunque no en ejercicio de la acción popular, podrán ejercer esta tutela tanto aquellos considerados *vecinos* como también las personas jurídicas privadas que tutelen el ambiente, el Defensor del Pueblo y los entes públicos en los términos que establece el artículo 30 LGA.

En cuanto al cumplimiento del marco normativo internacional en este tópico, debemos decir que no existen contradicciones destacables por parte de las regulaciones estatales. En el caso de España, el Convenio de Aarhus otorga cierta flexibilidad con respecto a la configuración de la legitimación activa a los Estados, dentro de la cual entendemos que se construye el modelo orgánico privado presentado, si bien es cierto que creemos que debería flexibilizarse. Por su parte, en el caso de Argentina, con relación a la letra del Acuerdo Escazú, este dispone en el subapartado 8.3 que se establecerá una legitimación activa amplia; por lo tanto, la legislación argentina está dentro de los parámetros requeridos por el texto regional, sobre todo teniendo en cuenta la propia holgura del régimen legitimatorio argentino actual.

En cuanto a la valoración personal que podamos hacer al respecto, debemos decir que entendemos plausible la amplitud legitimatoria que se observa en el ordenamiento argentino, si bien es necesario resaltar, como lo hace Meroi, que tal *polirrecepción* implica no solo una riqueza normativa, sino que supone también incorporar todos los inconvenientes que cada modelo presenta. En este sentido, resulta evidente la necesidad de realizar ajustes que corresponderán a la legislación infraconstitucional, o en caso de que esto no suceda, a la jurisprudencia.²⁴² Esto, bien observado por Meroi, fue lo que al fin y al cabo ocurrió en el fallo de la CSJNA «Halabi», aunque más allá de su impronta, siguen echándose de menos ajustes legislativos imprescindibles.²⁴³

Por su parte, la legitimación restringida al modelo orgánico privado que primordialmente se presenta en España, nos genera ciertos reparos, sobre todo en cuanto a las posibilidades de las ONG de abordar de un modo suficientemente amplio y diverso los conflictos e intereses de una sociedad que cada día es más compleja y heterogénea. En otras palabras, tenemos dudas sobre la posibilidad que tienen aquellas ONG

241 Término acuñado por Ciuro Caldani. MEROI, *op. cit.*, p. 357.

242 MEROI, *op. cit.*, p. 357.

243 Como una reglamentación integral de los procesos colectivos por parte de los poderes legislativos de cada provincia y las condiciones de actuación de los legitimados.

que, en una buena parte, son construidas desde parámetros socioculturales de la clase media/alta europea —en este caso— de representar adecuadamente a individuos cuyas percepciones del ambiente son diferentes. Sirva como ejemplo lo expuesto en el ya mencionado estudio de Gibson-Wood y Wakefield «*Participation*», *White Privilege and Environmental Justice: Understanding Environmentalism Among Hispanics in Toronto*.²⁴⁴ Tal situación no hace más que agravarse si consideramos, como condiciones sine qua non para demandar, los requisitos estipulados para las ONG en la Ley 27/2006. Se corre el riesgo entonces de privar de una garantía de participación tan importante como el acceso a la justicia.

Con relación a nuestro marco teórico de justicia ambiental amplia, la problemática de las legitimaciones procesales activas restringidas se relaciona directamente con las fases de reconocimiento y participación, que terminarán gravitando en la forma en que se distribuirán los servicios e impactos ambientales.

En este entendimiento, vemos con buenos ojos que en España se dé paso a una legitimación popular general en materia ambiental, incluso por sobre la opción de interpretar ampliamente la normativa legitimatoria que dé lugar al modelo individual. Creemos, en este sentido, que el diseño de la legitimación popular en un sistema público de tutela como el de España traería más beneficios que inconvenientes y, en todo caso, extendería la posibilidad de demandar a la Administración el cumplimiento del deber de velar por la utilización racional de los recursos naturales, lo cual es una manda constitucional en los términos del artículo 45.²⁴⁵

3.2 El coste no prohibitivo de los procesos

Si bien no es un condicionante puramente procesal, la onerosidad que implica llevar adelante un proceso de este tipo es, y así ha sido reconocido por la doctrina, uno de los obstáculos más importantes del acceso a la justicia colectiva en general y ambiental en particular.

Como vimos en el capítulo segundo, esta problemática ha sido abordada también por los instrumentos regionales de este ámbito. En el caso de Aarhus, ha quedado relegada, tras la regulación de la legitimación activa, a una disposición ómnibus que reúne las características que deberían poseer los procesos que se aseguran. Por su parte, el Acuerdo Escazú, como ya se remarcó, establecía la premisa de la gratuidad absoluta de los procedimientos, lo cual fue reemplazado por la clásica fórmula de los costos no prohibitivos.

244 GIBSON-WOOD y WAKEFIELD, *op. cit.*

245 Aun así no podemos dejar de decir que, como manifiestan Razquin Lizarraga y Ruiz de Apodaca Espinosa, una parte importante de la doctrina, como el mismo Martín Mateo, considera que la fórmula orgánica privada es la más satisfactoria ya que reconoce la legitimación procesal ambiental solo a grupos creados para la defensa de intereses de esta índole, a los que expresamente se reconoce esta aptitud por la Administración, ya que entienden que no es misión de los ciudadanos aislados procurar el correcto funcionamiento del Estado de Derecho. RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *op. cit.*, p. 388.

Más allá de su consideración genérica en los instrumentos regionales, la realidad es que este tópico presenta varias aristas que iremos abordando a lo largo del subapartado y que inciden directamente en las posibilidades de éxito de nuestra pretensión, no solo desde las reconocidas inequidades en la capacidad económica que puede y suele haber entre demandante y demandado, sino también por las precarias condiciones económicas que presentan los afectados, lo que muchas veces convierte a la protección jurídica ambiental en una actividad clasista: más que un derecho, un lujo.

3.2.1 Las cauciones o contracautelas

Un primer tema que aquí nos interesa mencionar es el de las cauciones o contracautelas que se exigen a la hora de solicitar del órgano judicial la toma de una medida cautelar, preventiva o precautoria.

Como sabemos, la configuración clásica de este tipo de medidas impone que, para salvaguardar a la contraparte de los perjuicios que pueda representarle dicha tutela, el solicitante debe prestar una garantía o fianza. Así lo dispone, en el régimen procesal contencioso-administrativo español, el artículo 133 LJCA y, en el ambiental argentino, el artículo 32 LGA.

Ahora bien, esto genera un serio problema para los legitimados activos tal y como señalan Razquin Lizarraga y Ruiz de Apodaca Espinosa: «la exigencia de caución a asociaciones ambientalistas determina la impracticabilidad de la adopción de medidas cautelares ya que carecen de esas elevadas cantidades».²⁴⁶ Evidentemente, tal afirmación alcanzará también a las personas físicas demandantes.

Más allá de la incapacidad de financiación que presentan los sujetos demandantes, este problema es una consecuencia más de la constante expuesta *ut supra*, es decir, la inadecuación de los institutos procesales clásicos para este tipo de procesos. Así, las contracautelas originariamente concebidas en un paradigma de tutela de intereses individuales y de igualdad de partes en el proceso no se adecuan a esta nueva situación donde los intereses tutelados no son particulares del demandante, por lo que no resulta justo que este responda exclusivamente con su patrimonio.

La situación denunciada no se encuentra resuelta ni atenuada en el régimen procesal español como tampoco en el argentino. En este sentido, la doctrina procesalista colectiva ha remarcado la necesidad de una serie de modificaciones. Peñalver i Cabré propone «un replanteamiento de las fianzas cuando se persiguen intereses colectivos ambientales a los efectos de adoptar medidas cautelares o la ejecución provisional de la sentencia» y propugna su adaptación en función de la capacidad económica del solicitante y no exigir dichas fianzas a los que disfruten del beneficio de una justicia gratui-

246 RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *op. cit.*, pp. 403 y 404.

ta.²⁴⁷ Otra posibilidad que agregamos es la utilización, en determinados supuestos,²⁴⁸ de cauciones juratorias²⁴⁹ que no impliquen la disposición de un bien o una suma económica que tornen excesivamente gravoso el acceso a esta herramienta.

En Argentina, a su vez, debemos remarcar una situación particular al otorgarse al juez, por el citado artículo 32 LGA, la posibilidad de dictar de oficio las medidas cautelares, en cuyo caso no se debería exigir fianza alguna, con base en entender como prevalente la tutela preventiva —o precautoria— del bien colectivo por encima de los posibles intereses económicos o privados comprometidos.

3.2.2 *Las costas procesales*

Otro tema que hace a la onerosidad de los procesos es el de la asunción de las costas procesales, las cuales, en este tipo de litigios, difícilmente serán irrisorias, sino más bien todo lo contrario.

Es España, la regulación de costas del contencioso-administrativo se encuentra reglada por el capítulo IV del Título VI de la LJCA y, al decir de Ruiz de Apodaca Espinosa, las previsiones sobre costas procesales allí contenidas —artículo 139— no garantizan la efectividad del principio de bajo coste o de elusión de obstáculos financieros al acceso a la justicia.²⁵⁰

Y es que la normativa adopta el clásico criterio del vencimiento, por el cual aquel que vea rechazadas sus pretensiones cargará con las costas del proceso, funcionando como atenuante el criterio de la duda razonable tanto en los hechos como en el derecho. Por su parte, el criterio de la temeridad, el cual era la regla hasta la reforma de 2011, se utiliza solo de manera excepcional en los casos de vencimiento recíproco.

En cuanto a lo que sucede en Argentina, la LGA no contiene disposiciones dedicadas a las costas procesales y, por lo tanto, en lo que hace a procesos colectivos ambientales será tarea del legislador provincial abordar este tópico, si es que en algún momento y en cumplimiento del mandato constitucional se decide reglamentarlos. Hasta entonces regirán las disposiciones de forma de los procesos comunes, que en este caso serán las regladas por los códigos procesales civiles y comerciales de cada provincia y,

247 PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, en AA.VV, PIGRAU SOLÉ (director), *op. cit.*, pp. 385 y 397.

248 V.gr., notoria gravedad de los perjuicios al ambiente.

249 A saber, «Es el juramento que el mismo interesado hace para asegurar que responderá por los daños y perjuicios que pudieren causarse a quien va a verse afectado (...), si aquél la hubiese solicitado sin derecho». GONZÁLEZ PALACIOS, Alfredo, *La Caución Juratoria como Pretendida Contracautela*, <[http://www.pgr.gov.py/foro-literario/alfredo-gonzalez/gonzalez-palacios-alfredo-%20La%20caucion%20juratoria%20como%20pretendida%20contracautela%20\(PGR\).pdf](http://www.pgr.gov.py/foro-literario/alfredo-gonzalez/gonzalez-palacios-alfredo-%20La%20caucion%20juratoria%20como%20pretendida%20contracautela%20(PGR).pdf)> [10/06/2016]. En este texto el autor entiende que tal caución no agrega nada al procedimiento cautelar y que se debería considerar abrogada. Por su parte, según este autor, Casco Pagano considera que puede utilizarse para los casos de evidente verosimilitud en el derecho, al igual que lo expusimos nosotros. Por su parte, el CPCCNA sigue mencionando la caución juratoria como forma de contracautela en su artículo 199.

250 RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, *Nuevas perspectivas del acceso a la justicia en materia de medio ambiente*, en PIGRAU SOLÉ y CASADO CASADO (directores), *op. cit.*, pp. 212 y 213.

en caso de competencia federal, por las contenidas en el nacional, donde rige principalmente el criterio de vencimiento.²⁵¹

Ahora bien, a semejanza de lo que sucede con otros institutos procesales, la aplicación de los criterios clásicos, tal y como lo hacen las legislaciones española y argentina, no evita los obstáculos que la atribución de costas plantea para la tutela colectiva ambiental. Como explica Peñalver i Cabré, para el caso español, y por extensión también para el caso argentino, la aplicación del criterio del vencimiento, convertido en regla a partir de la reforma, se ha convertido en una de las principales barreras económicas de acceso a la justicia para la defensa de intereses colectivos, ya que implica para el demandante la asunción de un grave riesgo económico por un interés que no es particular sino de toda la comunidad. Por su parte, el criterio de temeridad, antes regla en España, comporta que los ciudadanos tengan que hacerse cargo de sus propios gastos procesales cuando su limitada capacidad económica, normalmente, no lo permite. En este caso, si bien lo positivo es la seguridad de no ser condenados en costas, en los hechos se carga a los particulares con los gastos de la protección del ambiente ante la falta de una actuación adecuada por parte de la Administración. Concluye este autor que ninguno de estos criterios se adecuan a los requerimientos de la tutela colectiva²⁵² y, por lo tanto, afirma que lo lógico sería aplicar una fórmula mixta, es decir, el criterio del vencimiento cuando se estiman, total o sustancialmente, las pretensiones y el criterio de temeridad cuando han sido desestimadas totalmente.

Tal criterio mixto sí se puede observar en Argentina, pero solo en una normativa provincial de lo más particular, sobre todo por lo vanguardista de sus disposiciones para la fecha de su promulgación. Nos referimos a la Ley 10.000 de 1986 de la Provincia de Santa Fe por la cual se regla, en el ámbito provincial, un proceso contencioso-administrativo sumario en tutela de intereses difusos —y también simples— que en su artículo 11 prescribe que, en caso de que el recurso sumario sea desestimado, las costas serán en el orden causado, salvo propósito manifiestamente malicioso del vencido. Quiebra así el régimen general de costas establecido por el CPCCSF —de vencimiento— y concuerda con lo que Peñalver i Cabré propone para la tutela en la jurisdicción contenciosa-administrativa en España, es decir, la configuración de la condena en costas como un mecanismo redistributivo y compensador de la tarea, sin ánimo de lucro, de los agentes sociales de defensa del medio ambiente.²⁵³ Sin embargo, vale decir que, si bien hay quienes lo han propugnado, el criterio de costas de la Ley 10.000

251 Art. 68 CPCNA y v.gr. art. 251 CPCCSF.

252 PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, pp. 511 y ss.

253 PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, en AA.VV., PIGRAU SOLÉ (director), *op. cit.*, p. 385. Cabe añadir que en el derecho comparado se han diseñado otros criterios adaptados, como, por ejemplo, en Estados Unidos en el marco de las *citizen suits*. En Brasil, con un criterio similar al adoptado por la legislación provincial Argentina, los artículos 17 y 18 de la Lei 7.347/1985 de Ação Civil Publica disponen: (17) «Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos». (18) «Nas ações de que

difícilmente pueda trasladarse, sin legislación de por medio, a los procesos colectivos iniciados con base en los artículos 43 CA o 30 LGA, aún en los casos en que rija competencia provincial.²⁵⁴

Mientras que en España el régimen de asistencia jurídica gratuita, que más adelante veremos, atenúa esta problemática, aunque con ciertas limitaciones, en Argentina, habrá que recurrir al beneficio general de litigar sin gastos para el caso de falta de recursos suficientes.

3.2.3 *Las tasas judiciales*

Otra arista que aquí corresponde enunciar es la de las tasas judiciales, tanto aquellas impuestas por el Estado central como por los entes provinciales o las CCAA,²⁵⁵ las cuales llevan al encarecimiento del acceso a la justicia y que, en palabras de Peñalver I Cabré, configuran a la justicia como un servicio público para una minoría con una elevada capacidad económica.

Debemos decir que, al igual que el tema de las costas, esta problemática es asimilable en los casos de Argentina y España. En este entendimiento, sostiene Peñalver i Cabré que es discutible que el servicio público de la justicia deba ser cofinanciado por los usuarios y no, principalmente, por los impuestos directos e indirectos, sobre todo si este servicio se configura como derecho fundamental.²⁵⁶ Aún menos sentido tiene esta especie de financiamiento directo cuando de tutela de intereses colectivos se trata, dado que los beneficios aquí perseguidos no serán sino de la colectividad, resultando entonces injustificado y desproporcionado que los demandantes asuman dicho coste.

Es por ello que en la tutela de los intereses colectivos debería plantearse su supresión o reducción significativa, idea que ha sido abordada en Argentina con base en el artículo 32 LGA, que refiere que «el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie».²⁵⁷ Por su parte, Peñalver i Cabré añade que la justificación clásica de evitar el uso irracional de la justicia es entendida como constitucional, pero que es cuestionable que este sea el método utilizado para la disuasión, ya que afecta a toda la litigiosidad y no solamente a la irracional o abusiva.²⁵⁸

Además de lo expuesto, es evidente que un elevado coste, como el que suele observarse en los sistemas analizados, impedirá el acceso a la generalidad de las personas

trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais».

254 Este régimen especial de costas ha generado cierta tendencia por parte de los agentes jurídicos de la provincia de Santa Fe de continuar utilizando el proceso contenido en la Ley 10.000, desplazando incluso las nuevas herramientas procesales enunciadas.

255 Peñalver i Cabré menciona específicamente el caso de las tasas judiciales catalanas en PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, pp. 542 y 543.

256 *Idem*, p. 533.

257 LÓPEZ MIROSSEVICH, Jorge, «El régimen de costas de la Ley 10.000 y de acceso gratuito a la jurisdicción abroga el del recurso de inconstitucionalidad de la Ley 7.055», artículo inédito, suministrado por su autor, 2013.

258 PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, p. 533. En cuanto a las críticas referentes a los costos, remitimos a su misma obra.

físicas y de las ONG. En este sentido, no está de más remarcar que esta problemática no queda resuelta por una futura recuperación dada por un sistema adecuado de costas ya que el efecto disuasorio de las tasas funciona *ex ante* la iniciación del proceso y está ligado a la complejidad que presentan los procesos ambientales y a la consecuente imposibilidad de tener un margen de certeza aceptable en cuanto a una resolución favorable. Más allá de ello, aun teniendo éxito, los plazos de recuperación de los costos afrontados suelen ser lo suficientemente extensos e inciertos como para considerarlo una variable de superación de este obstáculo.²⁵⁹

En definitiva, la sola imposición de este tipo de gravámenes, no solo resulta cuestionable para el servicio público de la justicia en general sino que también es un obstáculo de consideración, incluso insalvable, para el acceso a la jurisdicción en la tutela de los intereses colectivos como el nuestro.

El beneficio de asesoría jurídica gratuita que plantea el artículo 23 de la Ley 27/2006 para algunas ONG en España es, con las limitaciones que puedan plantearse, un atenuante para esta situación, mientras que, en Argentina, los regímenes de beneficio de litigar sin gastos²⁶⁰ o de pobreza²⁶¹ abordan este tema, pero se concentran en la falta de recursos, resultando demasiado restrictivos para ser considerados un verdadero paliativo de este problema con relación a los procesos colectivos ambientales, a pesar de la flexibilización con que los jueces los ponderan.²⁶²

3.2.4 Los depósitos judiciales

Los depósitos judiciales para recurrir son otro impedimento de carácter económico que debemos mencionar, si bien no son de los más relevantes. Estos pueden ser de mayor o menor cuantía, pero su justificación es evitar dispendios innecesarios de la justicia, es decir, disuadir a quienes recurran sin fundamento jurídico alguno, un fin que, a nuestro entender, quedará relegado cuando lo que está en juego es la tutela de bienes colectivos de evidente interés público. En este sentido, coincidimos con Peñalver i Cabré en que la tutela de los intereses colectivos amerita su exención.²⁶³ El beneficio de asistencia jurídica gratuita español lo exime, no así el beneficio de litigar sin gastos del CPCCNA.

259 Más aún si se tienen en cuenta los complejos mecanismos de pago de costas que presentan las normas que hacen a la tutela judicial de la Administración y por las cuales se puede retrasar el pago varios años en ejercicio de los especiales procesos presupuestarios, v. gr. Ley provincial 7234/1974 de Defensa en Juicio del Estado de la Provincia de Santa Fe. A ello debe sumarse, en países en vías de desarrollo como Argentina, la consideración de las realidades inflacionarias que nunca son adecuadamente solventadas por las tasas de interés aplicables.

260 Arts. 78 y ss. CPCCN

261 V.gr. arts. 332 y ss. CPCCSF.

262 En <<http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00003/00046656.Pdf>> [10/06/2016], pueden verse resoluciones que otorgan el beneficio de litigar sin gastos, en los términos del CPCCNA, a pesar de que quien lo solicita es un profesional. También podrán encontrarse en la misma compilación resoluciones restrictivas.

263 Más allá de que los fondos se destinen a funciones socialmente positivas relativas con la justicia, v.gr., en España, modernización de la justicia o financiamiento de la justicia gratuita, y, en Argentina dotación de las bibliotecas de los tribunales —art. 287 CPCCNA—. PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, p. 545.

3.2.5 *Los costes de producción de prueba*

Finalmente, el costo de la producción de la prueba en este tipo de litigios es uno de los mayores problemas económicos para los demandantes y no resulta algo fácil de abordar.

En España, parte del problema, con las limitaciones que marcaremos más adelante, se encuentra resuelto al incluir a la prueba pericial dentro de los beneficios de la justicia gratuita. En Argentina no existe una disposición como tal, aunque es de interés lo dispuesto por el artículo 33 de la LGA, que otorga a los dictámenes emitidos por organismos del Estado fuerza probatoria de informe pericial, más allá de los reparos que su imparcialidad pueda hacer surgir. Por su parte, el artículo 32 de esta última disposición da la posibilidad al juez de ordenar la prueba que considere pertinente con el fin de proteger efectivamente el interés general.

Evidentemente, es un tema ríspido, ya que se encuentra relacionado con la igualdad de partes en el proceso y sus posibilidades de actuación; sin embargo, detenta una singular importancia a la que nos volveremos a referir al abordar el tema probatorio propiamente dicho.

3.2.6 *Mecanismos de gratuidad*

Como ya mencionamos, algunos de estos obstáculos son salvados, o al menos atenuados, por distintas creaciones o adaptaciones legislativas que se fueron pergeñando.

En España, la Ley 27/2006 extendió a las ONG ambientales que cumplan ciertos requisitos el beneficio diseñado por la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita,²⁶⁴ la cual establece una serie de disposiciones que merece la pena analizar.

En cuanto a lo que aquí nos interesa, el contenido material del derecho que otorga la mencionada ley de gratuidad incluye, necesariamente, la exención del pago de tasas y depósitos para interponer recursos y la gratuidad en el asesoramiento previo al proceso, así como la representación mediante abogado y procurador en procedimientos judiciales y la asistencia pericial, entre otras.

Por su parte, podrán acceder a este beneficio aquellas personas físicas que se encuentren en España y aquellas asociaciones de utilidad pública que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, además de las personas jurídicas sin ánimo de lucro ya mencionadas que acceden, ya no por cuestiones de tinte económico, sino con base en la relevancia del interés colectivo tutelado.

Otro mecanismo a considerar dentro del ámbito español, expuesto por Peñalver i Cabré, es el reembolso de los gastos de los ciudadanos y de los grupos por el ejercicio de acciones ante la pasividad de la Administración, según las previsiones de la acción

264 Desarrollada por el RD 996/2003.

vecinal local —art. 68 LBRL— o también en vía administrativa en la legislación sectorial de costas —art. 109.2 Ley 22/1988—. ²⁶⁵

En Argentina, como mencionamos, existen regímenes de *beneficios de litigar sin gastos* y de *pobreza*, tanto en el ámbito nacional como en los provinciales. Así, el beneficio establecido por el artículo 78 del CPCCNA establece la eximición de las tasas judiciales y de las costas procesales, salvo mejor fortuna, para aquellos que demuestren carecer de los recursos para ejercer la tutela judicial. Por su parte, en la provincia de Santa Fe, por ejemplo, rige el beneficio de la pobreza, pero solo dispensa del pago de las tasas judiciales y no de las costas.

3.2.7 Balance

En primer lugar, en cuanto a los efectos que estos obstáculos materiales económicos generan en el acceso a la justicia, resulta interesante mencionar lo que Peñalver i Cabré ha puesto de relieve, luego de un minucioso estudio de las variaciones cuantitativas de causas que la Justicia española ha experimentado en las últimas décadas: mientras que el aumento de las causas en España de finales del siglo pasado pueden atribuirse a un mayor intervencionismo de una Administración más plural y diversificada y a la toma de conciencia por parte de los ciudadanos de sus derechos y la menor reverencia ante el poder público fruto del arraigo de la democracia en la sociedad, ²⁶⁶ el descenso experimentado en los últimos años se debe, más allá de la crisis económica, a la puesta en vigor de dos barreras económicas muy importantes: la generalización del criterio del vencimiento en la condena en costas (2011) y las nuevas tasas judiciales (2013). ²⁶⁷

Por su parte, el problema principal de los mecanismos de gratuidad enunciados es que se otorgan en razón de la falta de recursos ²⁶⁸ y no por la relevancia de la participación de la comunidad en la tutela judicial ambiental. La única excepción al respecto es el artículo 23.2 de la Ley 27/2006, aunque lo es de una forma restrictiva.

En este sentido, si se acepta la legitimación para demandar por cuestiones ambientales colectivas de las personas físicas y de otras asociaciones que no cumplan con los requisitos estipulados —artículo 23 Ley 27/2006—, sería lógico que el beneficio de la gratuidad se extendiera a estos también, ya que ejercerán una tutela igual de relevante. Sin embargo, esto que propugnamos resulta en la práctica imposible bajo la normativa actual, ya que, si bien a la hora de merituar la legitimación del demandante el juez tiene suficiente discrecionalidad para entender igualmente legitimados a aquellos que considere en ejercicio de un verdadero interés legítimo colectivo, a la hora de

265 PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, en AA.VV., PIGRAU SOLÉ (director), *op. cit.*, p. 385.

266 PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, p. 133.

267 *Idem*, p. 489.

268 En este sentido, existen ya sólidas obligaciones supranacionales con respecto a la superación de los costes económicos por esta razón. En el ámbito del SIDH, véase CIDH, *op. cit.*, pp. 9 y ss. <<http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>> [20/06/2016]

aplicar las disposiciones de justicia gratuita la decisión no le corresponderá a él, sino que serán las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita²⁶⁹ las que lo estimen. Evidentemente, estas lo harán con cierto apego lógico a la letra de la ley, la cual excluye a estos sujetos. Más allá de ello, consideramos que no será posible para estos sujetos demostrar en esta etapa que, verdaderamente, defenderán un interés colectivo, lo cual si podrá quedar demostrado o insinuado razonablemente con la interposición de la demanda.

A su vez, en este mismo entendimiento, es notable la exclusión de este régimen de gratuidad a aquellos que ejerzan la acción *pública* ambiental en los términos de la legislación sectorial que lo permite.

En este sentido, si bien el panorama presentado por la Ley 27/2006 es mejor que nada frente a estos obstáculos, creemos que debería replantearse la extensión del beneficio para alcanzar a todo aquel que lleve adelante judicialmente la tutela colectiva ambiental. Así, la generalización de la acción popular, propugnada en apartados anteriores, debería ir de la mano de la extensión general del beneficio de gratuidad para la tutela colectiva ambiental. Peñalver i Cabré, por su parte, mantiene que las asociaciones deberían tener reconocida *ex lege* la asistencia jurídica gratuita sin la necesidad de acreditar insuficiencia de recursos.²⁷⁰

Otra crítica que se puede hacer al régimen de asesoría gratuita de la Ley 1/1996, y que este último autor remarca, es que, en cuanto a la asistencia letrada, la elección de los profesionales actuantes no es libre sino de oficio, aunque entiende que, en el caso de abogados vinculados mediante una relación laboral con las ONG, sí se podrá designar de oficio al procurador y, libremente por la ONG, a algunos de sus abogados asalariados ya que, en puridad, no son de libre designación sino empleados y no cobran honorarios sino salario, derecho básico e irrenunciable de los trabajadores.²⁷¹

Más allá de esto, nos parece un tanto más preocupante el hecho de que no se requiera a los profesionales del turno de oficio cierta especialización en la tutela de intereses colectivos —y sobre todo ambientales—, más allá de la especialización en derecho administrativo, desde su notoria particularidad que aquí queda evidenciada. En este sentido, vale destacar lo expuesto por el informe “Democracia ambiental y acceso a la justicia. La aplicación del Convenio de Aarhus en España” de la Asociación para la Justicia Ambiental publicado en el año 2009:

La posibilidad del acceso a la justicia gratuita ampliada de la Ley 27/2006 para que no sólo las organizaciones no gubernamentales declaradas de utilidad pública accedan al acceso a la justicia gratuita no es suficiente. El hecho de que los letrados adscritos al turno de oficio desconozcan el derecho ambiental y no sepan de medio ambiente merma

269 Composición, art. 3 RD 996/2003.

270 PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, p. 505. Otras críticas respecto a los valores mínimos de ingresos a los fines de solicitar la tutela se hacen en *Idem*, pp. 501 y 502.

271 *Idem*, p. 505.

las posibilidades de utilizar esta fórmula y anticipa el fracaso en la acción de que se trate frente a una administración que cuenta con los medios y tiene equipos bien formados.²⁷²

En cuanto a la asistencia pericial que otorga la ley, Peñalver i Cabré manifiesta que la independencia, profesionalidad y adecuada remuneración no se cumplen debidamente en la regulación actual en razón de la inexistencia de un cuerpo de técnicos judiciales con suficientes conocimientos en la materia y debido a que los funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de la Administración evidencian problemas serios de independencia, mientras que los técnicos privados no siempre cumplen con el requisito de profesionalidad.²⁷³

Con relación al régimen de costas establecido para los procesos en que se otorgue el beneficio de la gratuidad, la legislación manifiesta que solo se deberán pagar las costas causadas a la contraparte y su defensa si dentro de los tres años viniese mejor fortuna, lo cual, no solo no resuelve para los demás casos no contemplados por el artículo 23.2. de la Ley 27/2006 las objeciones planteadas al referirnos a las costas procesales, sino que no se condice con el fundamento que presenta el beneficio, es decir, la relevancia del bien jurídico tutelado, y no la falta de recursos.

En cuanto a la situación de esta problemática en Argentina, como ya indicamos, los regímenes de gratuidad contemplan, en el mejor de los casos, la dispensa de las tasas judiciales y de las costas procesales, pero no solventan las problemáticas respecto a las contracautelas, los depósitos judiciales y la onerosidad de la producción de la prueba, más allá de los atenuantes que implique la LGA. Por otra parte, como ya se dijo, no existe el otorgamiento del beneficio sino es por la justificación de la falta de recursos, de manera que queda en evidencia el desconocimiento de la importancia de la tutela colectiva ambiental y la necesidad de adecuarse a esta. En este sentido, podemos decir que este obstáculo es quizás el menos abordado por legislación y jurisprudencia en el tema y se encuentra lejos de soluciones adecuadas.

Sin perjuicio de ello, requiere una mención especial el beneficio de litigar sin gastos del CPCNA, ya que, en este caso y a diferencia de lo que sucede en España, la ponderación de la situación de carencia de recursos es una facultad judicial, la cual es ejercida con sorprendente discrecionalidad, amplitud y disparidad de criterios, que hacen que, incluso profesionales, entre ellos abogados o peritos, hayan visto aceptada su pretensión de acogerse al régimen.²⁷⁴ En este sentido, más allá de la no adecuación del régimen a los requerimientos de la tutela ambiental, las asociaciones sin fines de lucro, sobre todo si son pequeñas, pueden intentarlo con un grado razonable de posibilidades de éxito.

272 ASOCIACIÓN PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL, *op. cit.*, p. 48.

273 PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, p. 507.

274 <<http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00003/00046656.Pdf>> [10/06/2016]

Más allá de ello, entendemos que el ordenamiento argentino, específicamente las reglamentaciones que se realicen de la LGA, con base en el acceso irrestricto que plantea en su artículo 32, deberían adecuarse a esta problemática.

Así, si tomáramos nuestra pretensión como parámetro de actuación nos encontraríamos con las siguientes circunstancias:

En España: (a) si el demandante es una ONG dentro de los parámetros del artículo 23 de la Ley 27/2006, en cierta forma, y con las limitaciones señaladas, veríamos atenuada la problemática con respecto a las tasas, los depósitos, las costas y la producción de prueba; (b) si el demandante fuese un particular u otra ONG fuera de los requisitos del artículo 23, incluso amparándose en la acción popular, deberíamos demostrar la falta de recursos suficientes, lo cual no se corresponde con la relevancia de la tutela colectiva ambiental, y (c) en ningún caso tendríamos solucionado el problema de las contracautelas.

En Argentina: (a) en todo caso, deberíamos demostrar la falta de recursos para acceder a los beneficios de gratuidad; (b) en caso de que se actúe en sede federal, el beneficio solucionará la problemática de las tasas judiciales y las costas, mientras que en caso de que se actúe en sede provincial, dependerá del régimen adoptado por cada provincia —en la provincia de Santa Fe, por ejemplo, el beneficio apenas solucionará el problema de las tasas, y (c) no se diseñan soluciones para las problemáticas de las contracautelas, los depósitos y la producción de prueba, más allá de los atenuantes que algunas disposiciones de la LGA presentan.

En cuanto al marco normativo internacional y en el caso de Argentina, si bien la versión original del texto del Acuerdo Escazú se vio mermada severamente en su ambición, el Estado deberá poner en marcha los mecanismos legislativos para la adecuación del régimen existente.

Por su parte, en cuanto a los posibles incumplimientos de la normativa internacional que la regulación española podría implicar, Peñalver i Cabré comenta la STJUE de 11 de abril de 2013 y enumera las aportaciones que esta última presenta para la superación de las limitaciones económicas en el acceso a la justicia ambiental, a saber: (1) que el carácter prohibitivo debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los gastos —apartado 28—; (2) que con relación al contenido del precepto no prohibitivo debe considerarse que: (a) su interpretación no puede depender tan solo del derecho nacional, (b) se debe tener en cuenta que el objetivo perseguido por el legislador comunitario es facilitar al público interesado un amplio acceso a la justicia que forma parte de la voluntad de preservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente y de hacer que el público desempeñe un papel activo, (c) es parte de la tutela judicial efectiva y del principio de efectividad y (d) no debe ser tan elevado que impida a cualquier persona promover un recurso si lo considera necesario; (3) que la apreciación no puede examinarse únicamente en base a la situación económica del interesado —criterio sub-

jetivo— sino también a partir de un análisis objetivo de la cuantía de las costas, y (4) que exista igualdad del beneficio en todas las instancias. Finalmente, Peñalver i Cabré añade que entiende que este punto obliga a valorar el papel activo que deben desempeñar en la tutela ambiental los particulares y asociaciones, la razonabilidad del coste, las posibilidades de éxito del demandante, el posible carácter temerario del recurso y que se haya disuadido al interesado de ejercer la acción, así como la complejidad de los derechos y los procesos.²⁷⁵

Finalmente, cabe añadir que coincidimos con Peñalver i Cabré en cuanto a las objeciones que presenta al hecho de que sean los sujetos particulares quienes deban asumir los costes de la defensa de un bien jurídico colectivo en beneficio de toda la colectividad y que tal problemática se refleja directamente en la vertiente de nuestro marco teórico de justicia ambiental referente a la participación, siendo un claro impedimento que surge en los procesos de toma de decisiones institucionales —en este caso, en la toma de decisiones judiciales— que, como no nos cansamos de advertir, repercutirá en la determinación de quién debe soportar el daño ambiental colectivo.

3.3 Las medidas cautelares

3.3.1 Relevancia y cambio de paradigma

Como sabemos, la importancia y la sensibilidad de los bienes ambientales no admite demoras en su protección. En este sentido, como manifiesta Pino Miklavec, la efectividad de la tutela judicial ambiental depende de un adecuado régimen cautelar.²⁷⁶

Como el lector entenderá, nuestra pretensión original no es una pretensión de naturaleza cautelar sino de reparación; sin embargo, atendiendo a la especial condición preventiva y precautoria de la tutela del daño ambiental, estas herramientas procesales cobran una grandísima relevancia. En este entendimiento, la CSJNA, en el *leading case* «Mendoza»,²⁷⁷ al que aludiremos reiteradamente de ahora en adelante, ha afirmado que la tutela de los bienes colectivos ambientales no está disponible para las partes sino que siempre se estructurará bajo la forma *prevención, recomposición y resarcimiento*. Cabrá entonces acompañar a nuestra pretensión, en aquellos casos en los que el daño pueda estar extendiéndose, con una medida cautelar que busque el cese del daño, la cual podrá implicar la suspensión de la actividad o la toma de medidas correctivas urgentes.

En este punto, recordemos que la finalidad clásica de estas medidas es la de asegurar la efectividad de la posterior sentencia; sin embargo, al decir de Cafferatta, cuando el derecho ambiental entra en juego se pasa de un régimen de medidas cau-

275 PEÑALVER I CABRÉ, *op. cit.*, pp. 491 y ss.

276 PINO MIKLAVEC, *op. cit.*, p. 393. «El SIDH ha reconocido que la noción de “efectividad” (...) requiere que las herramientas judiciales disponibles, incluyan medidas procesales como las medidas precautorias, provisionales o cautelares». CIDH, *op. cit.*, p. 77. <<http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>> [20/06/2016]

277 Fallo «Mendoza». Sentencia de fecha: 20/06/2006.

telares asegurativas a otro de tutela inmediata, anticipada y efectiva.²⁷⁸ Las medidas preventivas ya no van a perseguir el fin de que la sentencia no se torne imposible o inocua sino que, en cierto modo, pueden adelantar el objeto de la pretensión del actor, podemos decir, casi como verdaderas sentencias anticipatorias, siendo un ejemplo de ello la mencionada acción de amparo de cese del artículo 30 LGA, la cual reviste naturaleza cautelar.

3.3.2 Regulación normativa

Ahora bien, tal cambio de perspectiva no es tan claro en el sistema de tutela español. En este, las medidas cautelares son abordadas, en régimen general, en el proceso contencioso-administrativo por los artículos 129 y ss. de la LJCA, sin que exista normativa específica en la materia. Se echa de menos, pues, alguna referencia al respecto en la Ley 27/2006, sobre todo si consideramos que tales referencias si se encuentran en el Convenio de Aarhus y en la Propuesta de Directiva, como ya se analizó.²⁷⁹

La regulación mencionada de la LJCA prescribe que se podrá solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia —artículo 129—, debiendo ser valorada tal pretensión cautelar por el tribunal con relación a los intereses en conflicto, pudiendo únicamente acordarse cuando la ejecución hiciera perder su finalidad legítima —artículo 130—. El artículo 135 señala los casos de especial urgencia en los cuales podría otorgarse sin audiencia a la contraria y, finalmente, el 136 dispone, en lo que nos interesa principalmente, que en los casos de vías de hecho de la Administración la medida se adoptará salvo que se aprecie de manera evidente que no se cumple tal situación o se puedan perturbar gravemente los intereses generales. En este caso, la excepción parece ser su denegación.

Según explican Razquin Lizarraga y Ruiz de Apodaca Espinosa, en este sistema, la suspensión de la eficacia de los actos administrativos es la medida cautelar más habitual, la cual, en materia ambiental, implicaría la suspensión de la ejecución del proyecto o la impugnación de su instalación en tanto no se resuelva si la actuación administrativa se ajusta o no a la legalidad.

Ahora bien, como notan los autores, tales medidas en el ámbito de la actuación administrativa excepcionan el principio general de ejecutividad de los actos unido al principio de eficiencia del artículo 103 CE. Aunque su justificación se puede encontrar en el citado artículo 24.1 CE, es decir, en la tutela judicial efectiva, esto, sumado a la repercusión de los grandes proyectos, hace casi imposible salvo, supuestos de manifiesta ilegalidad, que un tribunal acceda a su concesión.²⁸⁰

278 CAFFERATTA y MORELLO, *op. cit.*, p. 199.

279 RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *op. cit.*, en AA.VV., PIGRAU SOLÉ y CASADO CASADO (directores), *op. cit.*, p. 208.

280 RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *op. cit.*, p. 403.

En tal sentido, estos autores reproducen la serie de directrices jurisprudenciales respecto de la justicia cautelar del TS que Jordano Fraga ha señalado, a saber: (1) que la suspensión o no suspensión en el proceso cautelar tiene como límite o finalidad la preservación del objeto procesal —peligro en la demora—; (2) que la suspensión tiene carácter excepcional; (3) que es necesaria la prueba de los perjuicios que se derivarían en caso de ejecución del acto recurrido; (4) que se debe ponderar la intensidad de las exigencias del interés público, y (5) que la nulidad del acto recurrido sea evidente —aparición de buen derecho—.²⁸¹ Como se observa, no parece haberse adecuado ni legislativa ni jurisprudencialmente este instituto procesal de gran relevancia.

En cuanto a lo que sucede en Argentina, primeramente debemos señalar que, en el sistema de tutela mixto, las cautelares no solo serán de suspensión de actos de carácter administrativo sino también de conductas privadas, no rigiendo así en estos casos los principios de ejecutividad antes señalados. Más allá de ello, aun ante actuaciones de los entes públicos, la CSJNA ha marcado la relación íntima que existe entre las medidas cautelares y el principio precautorio en dos resoluciones correspondientes a la causa «Salas»,²⁸² por las cuales mantiene la cautelar otorgada a pesar del pedido de la administración provincial de su levantamiento. Establece la CSJNA que tal vinculación con el principio precautorio²⁸³ debe implicar una flexibilización de los requisitos de procedencia y alcance de tales medidas.

Así pues, debemos hablar de la invasión de los principios ambientales en la normativa procesal, que debe ser reinterpretada a su luz. En esta misma lógica, el último párrafo del artículo 32 LGA prescribe que en cualquier estado del proceso podrán solicitarse medidas de urgencia, aun precautorias e incluso sin audiencia de contraparte, las cuales a su vez podrán disponerse de oficio, entendiendo cierta doctrina que incluso el magistrado puede sustituir las solicitadas por las partes por otras distintas, siempre que resultaren más eficaces o apropiadas.²⁸⁴

3.3.3 Balance

En comparación, como bien señala Pino Miklavec, en el contencioso administrativo español no es dable esperar, en cuanto a la actuación del tribunal, un reforzamiento de la tutela del ambiente, tal y como dispone la legislación ambiental argentina.²⁸⁵

Como vemos, más allá de la influencia que los distintos sistemas de tutela aludidos puedan tener, podemos decir que mientras que en España se mantiene una mirada

281 *Idem*, p. 405.

282 «Salas, Dino y Otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ Amparo». S.1144.XLIV.Originario. Sentencias de fecha: 29/11/2008 y 26/03/2009.

283 Principio reconocido expresamente en la legislación de presupuestos mínimos en el artículo 4 de la LGA.

284 BIBILONI, Héctor Jorge, *El proceso ambiental*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 392.

285 PINO MIKLAVEC, *op. cit.*, p. 395.

clásica de estas cautelares, en Argentina, la LGA y el desarrollo jurisprudencial han ido adecuando el sistema a las necesidades especiales de tutela que aquí se requieren.

Pino Miklavec entiende que este aumento del elenco de los medios cautelares para paralizar el daño o la amenaza de daño está justificado y que, en este sentido, es conveniente que tales medios no se encuentren limitados en la ley mediante enumeraciones taxativas sino meramente ejemplificativas para que permanezca abierta la posibilidad de adoptar medidas innovadoras y positivas que tengan por finalidad un cambio en la situación de hecho existente.²⁸⁶

En lo que hace a nuestra pretensión, en caso de considerar necesaria una tutela cautelar, como vimos, correremos más suerte en el marco de un proceso en Argentina que en España. Con respecto a esta situación, Peñalver i Cabré plantea que hubiese sido deseable que la ley española, en referencia a la 27/2006, abordara esta temática, y recomienda un principio general favorable a su otorgamiento prevalente en la valoración de los diversos intereses en juego, de acuerdo con el artículo 9.4 de Aarhus.²⁸⁷

Por su parte, vale destacar que Argentina, en cuanto a lo expuesto, no tendrá inconvenientes en adaptarse a los requerimientos en cuanto a la justicia cautelar del Acuerdo de Escazú, que como vimos, en su versión provisoria, dispone que los Estados establecerán la posibilidad de disponer este tipo de medidas.

A modo de reflexión final, creemos que todo el proceso judicial de tutela ambiental debe ser reinterpretado bajo los principios de precaución y prevención que rigen la materia y que son ampliamente reconocidos por el derecho internacional, regional y local, siendo las medidas cautelares un excelente ejemplo de ello.

3.4 La prueba

Tal y como hemos visto con respecto al tema del coste no prohibitivo, son varios los aspectos que se deben destacar de la cuestión probatoria, aspectos que, en general, giran en torno a la complejidad de su producción en un litigio de este tipo. En este sentido se expresa Ruda González al decir que «la cruz del demandante por estos daños suele ser la prueba del nexo causal. No allanarle el camino equivale fácilmente a denegarle la realización judicial de su pretensión».²⁸⁸

286 *Idem*. Menciona como ejemplo las medidas autosatisfactivas y su tutela rápida y contundente.

287 PEÑALVER, *op. cit.*, en AA.VV., PIGRAU SOLÉ (director), *op. cit.*, p. 396. Como ya mencionamos en el capítulo II, se ha sostenido que la utilización del término *orden de reparación* proviene de una mala traducción del término *injunctive relief* de la versión inglesa del texto y que se refiere a asegurar la efectividad de la sentencia mediante lo que serían medidas cautelares. ASOCIACIÓN PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL, *op. cit.*, p. 26.

288 RUDA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 334.

3.4.1 La carga probatoria

En cuanto a esta, podemos observar que en un litigio ambiental colectivo, en general, se requerirá de dictámenes periciales técnicos de cierta complejidad científica, los cuales exigen no solo un gran dispendio económico,²⁸⁹ sino también un amplio acceso a la zona conflictual y una capacidad tecnológica importante, entre otras variables. Esta situación, que deja a los demandantes en una evidente situación problemática con respecto al acceso al material probatorio, ha sido notada por la doctrina y ha despertado en su seno, más que en el de la legislación, algunas respuestas. La *teoría de la carga dinámica de la prueba* es una de estas. Este nuevo precepto jurídico, que rompe con el esquema clásico individual de que aquel que alega un hecho debe probarlo, implica que deberá abordar la tarea probatoria aquel que se encuentra en la mejor situación para ello. Así, el agente dañador será el que, en ciertos casos, deberá poder probar que su conducta fue inocua o, al menos, que no fue la determinante para la causa del daño. Esta inversión de la carga probatoria ha venido siendo propugnada por parte de la doctrina argentina.²⁹⁰

Ni la Ley española 27/2006, que no tiene ninguna referencia al tema probatorio en general ni la LGA establecen criterios en este sentido.

3.4.2 Los medios probatorios

En este mismo sentido, los medios probatorios requieren también de cierta adecuación para estos litigios. Como ya mencionamos, en esta faceta será protagonista principal la prueba pericial para la cual la legislación argentina, es decir la LGA, presenta alguna disposición particular. Nos referimos al artículo 33, el cual dispone que los dictámenes emitidos por los organismos del Estado tendrán la fuerza probatoria de informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación. A su vez, la doctrina argentina ha marcado que en este contexto cobra vital importancia la prueba indiciaria y presuntiva, dado que la distancia temporal, la multiplicidad de factores y la duda científica, esto es, la complejidad y la eventual falta de prueba directa, llevarán al juez, en muchos casos, a conformarse con la verosimilitud sin llegar a la certeza esperable en otro tipo de litigios.²⁹¹ En un mismo sentido, Ruda González afirma que «se ha sugerido que el principio de precaución podría implicar que se suavizasen las exigencias tradicionales con respecto al nexo causal, de forma que pudiesen admitirse más ampliamente las pruebas indiciarias o las pruebas por presunciones»; sin embargo, entiendo que esto llevaría al demandado a producir una prueba diabólica, es decir probar que no causó el daño.²⁹² Por su parte, se ha propugnado también que las limitaciones

289 Ver apartado 4.3.2. *El coste no prohibitivo de los procesos.*

290 MORELLO y SBDAR, *op. cit.*, p. 179.

291 *Idem*, p. 182.

292 RUDA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 335.

procesales, en cuanto a qué medios probatorios pueden utilizarse en un determinado proceso, deben flexibilizarse dando la posibilidad de que se utilice un nuevo método científico de comprobación, aún sin que la normativa lo haya contemplado.²⁹³ Como ya se dijo, tampoco encontraremos normativa en este sentido en la legislación española.

3.4.3 La valoración judicial de la prueba

En tercer lugar, la valoración judicial de la prueba admite su mención. En este sentido, Morello y Sbdar sostienen que resulta altamente conveniente, teniendo en cuenta las dificultades técnicas de la materia, una evaluación judicial integral del cuadro probatorio y una actitud a *favor probationem*.²⁹⁴ En una misma línea, la doctrina argentina ha propuesto, por ejemplo, la utilización de la denominada prueba *prima facie*, consistente en la regla probatoria por la cual la culpa se infiere de la existencia de un daño inexplicable en ausencia de ella y de la adopción de la *teoría de las prueba leviores*, aplicables a asuntos en que resulta difícil cumplimentar la carga demostrativa por circunstancias ajenas al titular, admitiéndose simples argumentos de probabilidad que no producen una evidencia objetiva pero que, excepcionalmente, se tienen en cuenta debido a la aludida dificultad probatoria.²⁹⁵ Por su parte, Ruda González nos refiere la *causalidad adecuada*, que trata de determinar si la actividad o la instalación han podido causar el daño, más allá de esclarecer si, efectivamente, lo causaron.²⁹⁶

Mientras que en la legislación argentina en la materia no encontramos semejante disposición, cabe destacar la presunción de la LRM por la cual se presumirá *iuris tantum* que una actividad típica —anexo III— causó el daño si pudo haberlo causado.²⁹⁷

3.4.4 La responsabilidad objetiva

Como manifiesta García Amez, «se ha ido abriendo paso la idea de que la regla general en determinados sectores de la vida económica, que sólo pueden desarrollarse mediante la generación de riesgos, deber ser la responsabilidad objetiva».²⁹⁸

El establecimiento de estos regímenes de responsabilidad de carácter objetivo responde, de alguna manera, a estas cuestiones, prescindiendo de la demostración probatoria de la culpabilidad o el dolo. En este mismo sentido, Ruda González sostiene que este régimen, más favorable a la víctima, ahorra cuestiones probatorias con respecto a la culpa, agilizando el proceso, facilitando la tarea del juez y reduciendo costes,

293 MORELLO y SBDAR, *op. cit.*, p. 182.

294 *Idem*, p. 181.

295 CAFFERATTA y MORELLO, *op. cit.*, p. 247.

296 RUDA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 341.

297 *Idem*, p. 338.

298 GARCÍA AMEZ, *op. cit.*, p. 236.

entre otros beneficios.²⁹⁹ La legislación española, en el artículo 3 de su LRM³⁰⁰ —con la limitación subjetiva del Anexo III— y la argentina, en el artículo 28 de su LGA, han acogido este tipo de responsabilidad en materia ambiental.

3.4.5 Balance

La timidez o indiferencia con que la legislación, salvo contadas excepciones, han tratado a uno de los temas más definitorios en cuanto al éxito de la tutela judicial ambiental evidencia que nos encontramos ante un tema complejo, donde la igualdad de las partes en el proceso y la defensa en juicio se miran de reojo, tal y como afirma Ruda González.

En cuanto a la cuestión probatoria en el proceso que lleve adelante nuestra pretensión, vale decir que en Argentina podremos utilizar las herramientas de la LGA, más allá de las limitaciones planteadas, en todo caso, mientras que en España ello estará condicionado a que la actividad que se busque impugnar se encuentre o no dentro de las enumeradas en el Anexo III de la LRM.

Por su parte, mientras que la Convención de Aarhus evita su mención, el Acuerdo Escazú incluye una disposición destacable que exige la estipulación de medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, enumerando ejemplificativamente la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba. En este sentido, sería deseable que la normativa argentina incorporase algunas disposiciones más al respecto.

3.5 El rol del juez, las medidas ordenatorias y la flexibilidad procesal: el artículo 32 LGA

Para el final hemos dejado lo que consideramos una peculiaridad del régimen procesal ambiental argentino: el artículo 32, la clave de bóveda que permite, con ciertas limitaciones, adecuar gran parte del régimen procesal argentino a la tutela ambiental.

Artículo 32: La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente [sic] su consideración por las partes.³⁰¹

299 RUDA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 416 y 417. Si bien es necesario decir que cuestiona su verdadera utilidad.

300 CASADO CASADO, *op. cit.*, en AA.VV., LOZANO CUTANDA (Coordinadora), *op. cit.*, p. 242. Cabe destacar que García Amez entiende que el régimen diseñado por la LRM no cumple con los requisitos necesarios para ser considerado objetivo, sobre todo con base en las varias causas de exclusión de responsabilidad contempladas. GARCÍA AMEZ, *op. cit.*, p. 245.

301 La última oración del artículo ha sido vetada por el Poder Ejecutivo a la hora de la promulgación de la ley, Decreto 2413 del 27/11/2002, por entender que tal disposición se aparta del principio de congruencia que rige la actuación del tribunal.

Ya hemos hechos algunas referencias a este artículo, sobre todo en cuanto al hecho de que establece el acceso irrestricto a la jurisdicción y algunas medidas de interés probatorio; sin embargo, aquí nos concentraremos en el especial rol que le otorga al juez y a la flexibilidad con la que le permite vestir al proceso clásico.³⁰²

En este sentido, como ha manifestado Cafferatta, superando el esquema clásico de juez neutral y pasivo, estos procesos requieren la figura de un juez proactivo, comprometido socialmente con la causa, esto es, un juez con responsabilidad social³⁰³ al cual se le otorgan mayores poderes-deberes, como efectivamente lo hace la LGA. Entre las facultades judiciales novedosas enumeramos: requerir informes a las partes, solicitar audiencias públicas, establecer pautas especiales para el proceso en concreto y todas las que dentro de la legalidad sean entendidas adecuadas para llegar a la tutela efectiva de estos intereses. El magistrado, en los procesos colectivos ambientales, «debe partir del presupuesto de que el medio ambiente está, de antemano, protegido», dice Cafferatta, lo que según la doctrina y la jurisprudencia argentina conduce a una figura que pierde neutralidad, aunque mantiene su independencia y objetividad, y que busca la verdad jurídica, comportándose en determinados casos como un verdadero investigador.³⁰⁴ Pastorino sostiene que este rol especial surge, en principio, de la responsabilidad estatal, principal e ineludible, donde el poder judicial también debe tutelar estos derechos y coadyuvar a su protección.³⁰⁵

En un mismo sentido, Pino Miklavec entiende que el juez en materia ambiental está llamado a cumplir un rol especial por la fuerte presencia del bien común comprometido en el enjuiciamiento de los conflictos medioambientales, no sin aceptar la polémica que implica el activismo judicial, que según ella responde a dos visiones diferentes del poder judicial.³⁰⁶ Así, la autora manifiesta:

La problemática ambiental, en cierta forma justifica que se desdibuje la imagen tradicional del juez, neutral y aséptico que deposita el éxito del litigio solamente en la conducta de las partes, por la de un juez comprometido e interesado con la protección de su ambiente natural y humano, siendo necesario que el perfil del magistrado ambiental sea casi como el de un juez instructor, con aptitudes investigativas y ordenatorias

302 Es destacable que ya antes de la vigencia de esta disposición, alguna jurisprudencia había remarcado el nuevo rol del juez y la flexibilidad procesal en la tutela de estos derechos. Véase Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires de fecha 19 de mayo de 1998 «Almada, Hugo N. C. COPETRO S.A. y Otro; Irazu, Margarita C. COPETRO S.A. y Otro; Klaus, Juan J. C. COPETRO S.A. y Otro».

303 CAFFERATTA y MORELLO, *op. cit.*, pp. 199 y ss.

304 *Idem*, p. 201.

305 PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente*, Lexis Nexis, Bs. As., 2005, p. 255.

306 PINO MIKLAVEC, *op. cit.*, p. 120. En este sentido, es necesario comentar que este paradigma se contraponen a los mandatos del principio acusatorio defendido, principalmente, desde el derecho procesal penal, en el que se propugna el establecimiento de un proceso adversarial donde los jueces tomen el mínimo contacto con los casos y solo actúen a la hora de juzgar, con base en, exclusivamente, lo aportado por las partes, resaltándose de esta forma su imparcialidad e independencia. No estamos plenamente de acuerdo con la expresión de Pino Miklavec con respecto a «dos visiones diferentes del Poder Judicial», sino que más bien creemos que la particularidad de la tutela ambiental amerita este nuevo rol, sin perjuicio de que otro tipo de tutela exija una postura diferente de la magistratura, sin que estas puedan considerarse excluyentes.

amplísimas para dirigir el proceso, ordenar de oficio la producción de pruebas o medidas cautelares, fijar audiencias públicas, permitir la participación en el pleito de sujetos ajenos a las partes (...) sin encontrarse condicionado solamente a lo que las partes le requieran.³⁰⁷

En este sentido, la CSJNA ha manifestado que:

Tratándose de un caso ambiental los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención. El límite de estas facultades está dado por el respeto al debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión.³⁰⁸

Como se verá, este cambio de esquema en el rol del juez, más que una construcción doctrinal ha sido un impulso de la propia CSJNA con base en las disposiciones de la LGA. El ya mencionado *leading case* «Mendoza» es, en cada una de sus resoluciones,³⁰⁹ la muestra más acabada de este nuevo paradigma judicial, y en tal sentido merece la pena exponer alguno de sus puntos más relevantes.

En su resolución de fecha 20 de junio de 2006 la CSJNA estipuló de oficio una serie de medidas con el fin de conocer detenidamente la situación expuesta en la demanda: (a) requirió a las empresas demandadas que, en un plazo de 30 días, presentaran diferentes informes relativos a vertidos, tratamiento de residuos, seguros ambientales, etc.; (b) solicitó al Estado nacional, al provincial, al de la Capital Federal y al Consejo Federal del Medioambiente (COFEMA) que, en el mismo plazo, presentaran un plan integrado en el cual se contemplaran el ordenamiento ambiental del territorio, el control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, los estudios de impacto ambiental de las 44 empresas involucradas o su requisitoria, un programa de educación ambiental y un programa de información ambiental, y (c) otorgó un nuevo plazo a la actora para que acompañara nueva información complementaria de su demanda.

Por su parte, en la resolución de fecha 23 de febrero de 2007, al entender que aún carecía de elementos cognoscitivos suficientes para dictar un pronunciamiento sobre el fondo, ordenó la intervención de la Universidad de Buenos Aires a de que informara la factibilidad del plan presentado.

En otra resolución interesante, la CSJNA, en día 22 de agosto de 2007, requirió de la autoridad de cuenca —creada a partir de la resolución del año 2006— y de los Estados partes nueva información acerca de variables ambientales, poblacionales y socio-económicas.

307 *Idem*, pp. 121 y 122.

308 Fallo «Kersich».

309 Hasta la actualidad contamos 56 resoluciones de la CSJNA —desde el 20/06/2006 al 07/06/2018— dentro de la causa «Mendoza» —que sigue abierta—; esto también evidencia un cambio en la forma de actuación de la CSJNA.

Finalmente, en su fallo de fecha 08 de julio de 2008 se dispuso a resolver parte del fondo de la cuestión planteada. Allí, sin que hubiese sido de esta forma solicitado por las partes, se estableció un programa de cumplimiento obligatorio para la autoridad de cuenca, en el cual se especificó sus objetivos y condiciones, entre las que destacamos (1) sistema de información pública, (2) realización de inspecciones a empresas, (3) saneamiento de basurales, (4) limpieza de los márgenes del río, (5) expansión de la red de agua potable y de desagües pluviales, (6) saneamiento cloacal y (7) Plan Sanitario de Emergencia. Además de ello, dispuso como órgano de contralor de la asignación de fondos y ejecución presupuestaria relacionada con el plan a la Auditoría General de la Nación, estipulando incluso que, para facilitar el control público de los fondos de la autoridad de cuenca, se debería asignar un código específico de identificación de las partidas presupuestarias que tengan relación con la ejecución del programa. Asimismo, exigió que se garantizara la participación ciudadana en el control del cumplimiento del programa, para lo cual estableció la figura de un coordinador, en este caso el Defensor del Pueblo, para que reciba las sugerencias de la ciudadanía y les otorgue el trámite adecuado, estableciendo que este conformaría un cuerpo colegiado con representantes de las ONG que intervienen en la causa como terceros, coordinaría su funcionamiento y distribuiría internamente las misiones, como, por ejemplo, la recepción de información actualizada y la formulación de planteos a la autoridad de cuenca.

Por su parte, en la causa «Salas» la CSJNA tomo una destacable medida, haciendo uso expresamente de las facultades del artículo 32 LGA, al obligar la realización, por parte de la provincia, de un estudio del impacto acumulativo en el ambiente en general y de las condiciones de vida de los habitantes, obligando a que en el proceso que implicaba la realización del estudio se le otorgara la adecuada participación a las comunidades originarias de la zona afectada.

En cuanto a la flexibilización procesal que permite esta normativa, en la misma demanda que dio origen a la causa «Mendoza» los actores han requerido de parte del tribunal el ejercicio de esta flexibilización, pretensión que fue acogida a través del diseño de un procedimiento particular que rompió los esquemas tradicionales de actuación en esta instancia.

Así, la CSJNA, en «Mendoza», con el objetivo de conocer acabadamente los hechos fundantes de la litis, (1) decretó una considerable cantidad de audiencias públicas a lo largo de sus resoluciones, en las que se realizaron interrogatorios a las partes, a funcionarios y a terceros interesados; (2) por medio de una resolución de fecha 10 de noviembre de 2009, estableció una competencia especial, en un Juzgado Federal de Primera Instancia para (a) la ejecución de la sentencia de fondo (08/07/2008), (b) para que conozca las revisiones judiciales de las decisiones de la autoridad de cuenca, (c) para que conozca los litigios relativos a la ejecución del plan y (d) la radicación de aquellos otros que encaucen acciones colectivas que tengan por objeto una controversia

sobre el mismo bien jurídico, aunque sean diferentes el demandante y la causa *petendi*; (3) luego de dar lugar a la intervención como terceros de algunas ONG, la CSJNA resolvió que en la litis se encontraba suficientemente representada la condición de afectados o interesados en cuanto al daño colectivo con los sujetos que tomaron intervención y que debían adoptarse medidas ordenatorias que impidieran planteos dilatorios que frustraran la apropiada decisión del caso en un proceso de inusitada trascendencia en que se ejercía la misión jurisdiccional más elevada de la CSJNA, y en consecuencia declaró definitivamente integrado el frente activo con los demandantes y los terceros admitidos, previniendo que no haría lugar a ninguna petición más de cualquier sujeto que pretendiese incorporarse en tal condición a estas actuaciones.

La utilización de audiencias, más allá de lo marcado en la legislación de forma es una constante en la actuación de la CSJNA, además de su utilización en el caso «Mendoza», podemos observarlo también en el mencionado caso «Salas»³¹⁰ y en otros casos de gran interés público.³¹¹

En otras resoluciones la CSJNA vuelve a hacer uso, explícitamente, de las facultades del artículo 32 LGA; ejemplo de ello son el fallo «Vargas»³¹² y el fallo «ASSUPA».³¹³ En este último,³¹⁴ la CSJNA, con el objetivo de resolver el conflicto que trasciende la litis, aprueba un *programa de tratativas conciliatorias*, suspende el curso del proceso y otorga un plazo a las partes para la presentación de un cronograma de reuniones, al tiempo que establece la obligación de informar al tribunal semanalmente sobre los resultados de las mismas. En este sentido, el Dr. Lorenzetti, en un voto propio, manifiesta en la siguiente resolución de la causa³¹⁵ la aplicabilidad, en cuanto a cuestiones de ponderación competencial, del artículo 32 de la LGA en lo relativo al acceso irrestricto a la jurisdicción que las cuestiones ambientales merecen y la especial condición que presenta el rol del juez en este tipo de causas.

En este mismo precedente, se estableció en un fallo³¹⁶ mayoritario algún límite a la flexibilidad en cuanto a la incidencia de un planteo de defecto legal en el modo de proponer la demanda. Allí, los Dres. Lorenzetti, Argibay, Fayt, Petracchi y Highton de Nolasco establecieron que, aun teniendo en cuenta el especial carácter de una causa ambiental como la de autos, procede la excepción de defecto legal en tanto exista una violación del derecho de defensa de la contraparte; sin embargo, no se dispuso la sanción procesal clásica ante esta situación, es decir, el desistimiento, sino que se le otorgó

310 Resolución de fecha 29 de noviembre de 2008.

311 Un ejemplo fue el famoso caso en que se resolvió la constitucionalidad de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, conocida popularmente como *Ley de Medios*.

312 «Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ Daño Ambiental». V.175.XLIII. Originario.

313 «Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ Daño Ambiental». A. 1274.XXXIX. Originario.

314 Resolución de fecha 13 de diciembre de 2011.

315 Resolución de fecha 30 de diciembre de 2014.

316 Resolución de fecha 29 de agosto de 2006.

un plazo al actor para subsanar las deficiencias de la demanda, según lo indicado por el propio tribunal. Por su parte, en una posición minoritaria, los Dres. Maqueda y Zafaronni afirmaron:

Las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación deben ser interpretadas de manera de no enfrentarlas al diseño procesal específico que la ley 25.675 ha reglado para la demanda de daño ambiental. La aplicación mecánica del código de rito para imputar defecto legal a una demanda, cuya pretensión responde a presupuestos sustancialmente diversos de aquellos que se tuvieron en mira al dictar la normativa procedimental, peca de un excesivo rigorismo formal que se opone en forma manifiesta al art. 41 de la Constitución Nacional.

Por su parte, en la causa «Salas»,³¹⁷ la CSJNA ha manifestado:

La Ley General del Ambiente, 25.675, ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales, y ha consagrado principios ordenatorios y procesales aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley.

Asimismo, la CSJNA sostuvo recientemente en «Kersich» que los jueces de la causa no habían aplicado las reglas del proceso colectivo previsto por el artículo 43 CN y que debería haberse aplicado la normativa procesal provincial en armonía con los principios rectores de la LGA, lo que hubiese impedido la violación palmaria del derecho de defensa en juicio de la agencia estatal demandada.

Finalmente, debemos decir unas palabras sobre la última oración del artículo en cuestión, es decir, aquella que faculta a los jueces a dictar sentencias *extrapetita* o fuera de lo solicitado por las partes. En este caso, la oración en cuestión fue observada y derogada por el Poder Ejecutivo a la hora de su promulgación, dado que se entendió que violaba el principio de congruencia que rige en la materia. Sin embargo, según Esaín, este activismo judicial no ha sido truncado por el veto presidencial, que ha sido pasado por alto por la jurisprudencia una y otra vez, tal y como se observa en «Mendoza».³¹⁸ Por su parte, Morello y Sbdar señalan que, si bien es cierto que las reglas de la congruencia configuran una garantía procesal constitucional, ello no impide que en un proceso del tipo colectivo ambiental, el juez ejercite cierta discrecionalidad a la hora de su pronunciamiento a fin de evitar un daño al ambiente en el cual está comprometido el interés general de la sociedad.³¹⁹ En este sentido, a nuestro entender, esto solo podría ocurrir cuando la *sobreextensión* del fallo resulte indispensable para la protección eficaz del ambiente y no en otro supuesto.

Como se observa, las resoluciones de la CSJNA son un ejemplo bien palpable del cambio de paradigma en cuanto a la figura del juez y la flexibilización procesal y

317 Resolución de fecha 13 de diciembre de 2011.

318 ESAÍN, *op. cit.*, en AA.VV., *Informe Ambiental 2015*, *op. cit.*, pp. 77 y 78.

319 MORELLO y SBDAR, *op. cit.*, p. 190.

se condice con las características apuntadas por la doctrina. En la causa «Mendoza» se han llevado a su máxima expresión las facultades otorgadas por la LGA. Las implicancias de esta actuación, creemos, nunca podrían haber pasado desapercibidas para el legislador encargado de reglamentar las disposiciones, sobre todo procesales, de la LGA, a fin de darles un marco más preciso a las facultades y posibilidades de actuación del juez en causas ambientales, todo ello sin desnaturalizar este nuevo esquema. Sin embargo, más de quince años después de la sanción de la ley y más de un decenio luego de la primera resolución de la causa, tal reglamentación se echa de menos.³²⁰

Este nuevo paradigma que parece cada día más consolidado en Argentina, no ha tenido parangón en el derecho español, donde se mantienen las actuaciones del tribunal dentro de los parámetros clásicos. En este mismo sentido, parece ser un desarrollo particular ya que ni la normativa regional europea, ni el Acuerdo Escazú hacen referencia directa a un cambio en el esquema de conducta de los jueces, más allá de referir la necesidad de la existencia de órganos con acceso a conocimientos especializados.

4. Balance final

Comenzamos este capítulo con la idea de observar la adecuación o no de la normativa procesal de los sistemas de tutela judicial del daño ambiental colectivo en España y Argentina. Para ello, tomamos algunas de las cuestiones procesales que entendimos más relevantes; analizamos su regulación en la legislación nacional, los aportes doctrinales y jurisprudenciales al respecto, y, finalmente, valoramos el estado de cada tema en España y Argentina, en tanto las obligaciones internacionales sobre acceso a la justicia ambiental que se imponen o se impondrán, en cuanto al marco teórico planteado en nuestro primer capítulo.

Así, vimos que en el tema de legitimación activa el modelo plural adoptado por Argentina puede considerarse más adecuado a las exigencias de la tutela ambiental que el restringido modelo orgánico privado español, el cual puede presentar sesgos que afectan al reconocimiento y la participación que hacen a la justicia ambiental. En este sentido, propugnamos para el sistema de tutela público existente el paso a un modelo de legitimación popular.

Por su parte, en lo que respecta a la exigencia de coste no prohibitivo o gratuidad en el acceso a la justicia ambiental, la extensión que la Ley 27/2006 ha realizado del régimen de asesoría jurídica gratuita, con las limitaciones marcadas, es plausible y atenúa en cierta forma este obstáculo. Sin perjuicio de ello, se propuso la extensión

320 El mismo tribunal supremo, en razón del dictado de la Acordada 12/16 de fecha 05/04/2016 referente al Reglamento de Actuación en Procesos colectivos, manifiesta en su considerando décimo que «por último, cabe recordar que este Tribunal, desde el año 2009, ha manifestado la necesidad de contar con una ley que regule los procesos colectivos [...], no obstante ello, hasta la fecha no ha sido dictada normativa alguna que regula esta materia».

del beneficio de la mano de la extensión de legitimación popular para demandar. En Argentina, esta es quizás su gran cuenta pendiente, que deberá ser saldada.

En cuanto al régimen cautelar, notamos que en España se sigue manteniendo una concepción clásica de este y su actividad, mientras que en Argentina la LGA lo ha actualizado, lo cual ha sido aprovechado por la CSJNA, que, fundamentalmente, marcó la relectura que los principios ambientales ameritan de este tipo de instrumentos. Así las cosas, y estando ya internacionalmente reconocidos los principios de prevención y precaución, creemos que España, también en cumplimiento de Aarhus, debe legislar en este sentido.

La prueba es otro de los tópicos que hemos elegido. En este caso debemos decir que tanto Argentina como España presentan cierta pasividad, aunque destacan en España las disposiciones de la LRM y en Argentina algunas de la LGA. Esto puede entenderse por la complejidad que implica abordar esta problemática sin afectar garantías constitucionales procesales, pero que no obsta a la necesidad imperante de facilitar las posibilidades probatorias sobre todo del nexo causal. En este caso, mientras que Aarhus no contiene prescripciones al respecto, el Acuerdo Escazú así lo prevé en la actualidad, lo cual podrá generar algún esfuerzo extra por parte de Argentina.

Finalmente, nos hemos referido al particular rol del juez ambiental y a la flexibilidad procesal con la que se le permite proceder. Como dijimos, y según los instrumentos normativos estudiados, esto parece ser una peculiaridad del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia argentina, que, sin embargo, termina sirviendo para adaptar todo el régimen procesal en general. Aun así debemos remarcar, tal y como ha hecho el tribunal supremo, que es necesario que tales facultades extraordinarias sean adecuadamente reglamentadas por la normativa procesal provincial y federal.

CONCLUSIONES

Tal y como lo planteamos desde un principio, en este trabajo nos propusimos hacer una radiografía del acceso a la justicia ambiental a partir del análisis de la tutela judicial frente al daño ambiental colectivo en los ordenamientos jurídicos de Argentina y España. Con sus virtudes y sus falencias, tal empresa nos ha llevado a una serie de conclusiones que hemos ido deslizando a lo largo de los apartados desarrollados y que intentaremos agrupar y resumir en este último capítulo.

Un concepto amplio y polivalente de justicia ambiental

Creemos adecuada y necesaria la adopción de un concepto de justicia ambiental amplio y polivalente que se ajuste a los patrones de conducta y al discurso que en la actualidad presentan los movimientos sociales ambientales, tal como se observa en los estudios de Urkidi y Walter o Gibson-Wood y Wakefield. En este sentido, compartimos el modelo propuesto por Schlosberg, integrado por la justicia distributiva, el reconocimiento y la participación, y atravesado por el enfoque de las capacidades de Nussbaum y Sen. Entendemos que tal concepción puede lograr estrechar la brecha existente no solo entre las concepciones filosóficas clásicas de justicia y los movimientos ciudadanos, sino también entre estos últimos y las propias instituciones públicas. Este marco conceptual, más allá de su valor en sí mismo, nos sirvió de lente de análisis a lo largo del trabajo y ha dado lugar a algunas consideraciones de interés que conectan las diferentes fases de la justicia ambiental con los propios sistemas de tutela analizados específicamente en los capítulos III y IV. Repasamos aquí algunas de ellas.

En primer lugar, consideramos directamente afectadas las fases del reconocimiento y la participación por la configuración de legitimaciones estrechas, como la que presenta el sistema español. En este sentido, describimos una afectación que denomi-

namos *estática* con respecto a la fase de reconocimiento y una afectación *dinámica* con respecto a la fase de la participación. También observamos que la vertiente de la justicia ambiental de la participación se ha visto perjudicada por el tratamiento defectuoso de la problemática de los costes de la tutela jurisdiccional, especialmente de los procesos judiciales, como ocurre en el sistema argentino.

Por su parte, como vimos, el enfoque de las capacidades permite ampliar los contornos de la justicia hacia cuestiones que van más allá de los bienes útiles e incluso de las afectaciones directas de la vida particular del hombre, llevando el horizonte de la justicia hacia temas como la seguridad alimentaria, la biodiversidad o la sostenibilidad, que son, en definitiva, reclamos diarios de los movimientos sociales. Así, es necesaria una reinterpretación más profunda de lo que constituye el ambiente constitucionalmente protegido. Ello implica un desafío para los diferentes actores jurídicos institucionales, tanto para los legisladores y la Administración en relación a una adecuada interpretación del ambiente como ente jurídicamente protegido —lo que afectará directamente aquello que se considere daño ambiental—, como para el Poder Judicial, que deberá presentar *un vestido nuevo*, más flexible y comprensivo. La tendencia jurisprudencial argentina, a partir del artículo 32 LGA, está tomando este rumbo.

El acceso a la justicia ambiental más allá del acceso a la jurisdicción

Creemos importante subrayar la diferencia existente entre garantizar un verdadero acceso a la justicia ambiental y garantizar meramente la existencia de recursos y su ingreso en ellos. El acceso a la justicia ambiental, sobre todo teniendo en consideración el alcance que hemos dado a este marco conceptual, debe garantizar a la ciudadanía la posibilidad de alcanzar una resolución jurisdiccional social y ambientalmente justa para el conflicto, lo cual solo sucederá cuando existan mecanismos de participación adecuados en la toma de decisiones jurisdiccionales. Sencillamente, se trata de la existencia de normas procedimentales adecuadas.

Tal consideración, como vimos en el capítulo II, no se evidencia claramente en la legislación supranacional, con excepción de alguna normativa tímida y de carácter general. Si bien esto se puede justificar en el carácter mínimo que deben tener estas normativas para no inmiscuirse en los sistemas nacionales, entendemos que, por ejemplo, en una próxima directiva europea, se debería considerar explícitamente esta situación, a fin de evitar, como sucede en el caso español, que se entiendan cumplimentadas las demandas de acceso con la remisión a la normativa clásica,³²¹ a juzgar por lo observado en el tema de medidas cautelares. El texto del Acuerdo de Escazú, aunque mutilado

321 Como se sostiene, justamente, en relación al artículo 9.4 del Convenio de Aarhus en el Informe de Cumplimiento presentado por España ante la CEPE (2013), <[http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/servicios/informacion/NIR_SPAIN_\(clean_spanish_version\)_tcm7-315856.pdf](http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/servicios/informacion/NIR_SPAIN_(clean_spanish_version)_tcm7-315856.pdf)> [20/06/2016], p. 28.

por las negociaciones sucesivas, es un ejemplo de un tratamiento más integral y consciente de la problemática del acceso a la justicia ambiental.

La existencia de diferentes sistemas de tutela judicial ante el daño ambiental colectivo en Argentina y España

En este trabajo hemos comprobado que, a pesar de configurarse a partir de normas constitucionales de construcción legislativa de gran similitud, los sistemas de tutela judicial frente al daño ambiental colectivo en Argentina y en España son evidentemente disímiles.

En España se diseña un complejo sistema de tutela cuya extensión dependerá, principalmente, de la interpretación que se haga de algunas disposiciones legitimatorias, pero que siempre se restringirá a la tutela judicial administrativa, es decir, al recurso contencioso-administrativo y a la impugnación de la conducta de los poderes públicos, desde su consideración de mejor guardián del ambiente. Mientras, en Argentina, dos acciones dominan, con alcance nacional, la tutela judicial ambiental, la cual se abre también a la impugnación de la actuación de otros sujetos privados. Esta es quizás la diferencia más importante, que, como explicamos, tiene su causa en la diferente consideración de la naturaleza del derecho a un ambiente sano que presenta cada ordenamiento y la posibilidad de tutela horizontal de los derechos fundamentales que se ha impuesto en el sistema argentino, primero pretorianamente y constitucionalmente a partir de 1994.

Tal contraposición nos ha dejado entrever la zona gris en que se mueve el derecho ambiental, un lugar donde las fronteras entre lo público y lo privado se difuminan y en el que se deben cuestionar los roles del Estado y la sociedad en la protección del ambiente, un bien jurídico cuya titularidad ha sido definida como de *todos* y de *nadie en particular*, enfrentándose aquellas posiciones que se centran en el *todos* con aquellas que lo hacen en el *nadie en particular*, cuando quizás lo que conviene a los fines de su tutela sea aceptar su condición ambivalente.³²²

322 En este sentido, «se trata de dejar de entender el ideal ambiental como un interés general cuya tutela es monopolio del Estado para considerarlo como un objetivo último, en cuya plasmación deben colaborar tanto los agentes públicos como los ciudadanos privados». RUIZ VIEYTES, *op. cit.*, p. 310.

La necesaria adecuación de la normativa procesal que hace a la tutela judicial del daño ambiental colectivo

Como ya se ha dicho, estos sistemas contrapuestos no pueden valorarse por sí solos en cuanto a su adecuación con respecto a la tutela ambiental, pues ello dependerá de condicionamientos extrínsecos e intrínsecos. Así, sostuvimos que una de las condiciones intrínsecas más relevantes, directamente relacionada con el acceso a la justicia, es la adecuación de la normativa procesal. En este entendimiento, utilizamos como criterio de análisis de esta la regulación de algunos institutos de relevancia. De este examen extrajimos algunas conclusiones que conviene recordar aquí.

En cuanto a la legitimación activa, el modelo plural adoptado por Argentina puede considerarse más adecuado a las exigencias de la tutela ambiental que el restringido modelo orgánico privado español, el cual puede presentar sesgos que afectan al reconocimiento y la participación referentes a la justicia ambiental. En este sentido, nos adherimos a buena parte de la doctrina española en el reclamo del traspaso del sistema de tutela público existente hacia un modelo de legitimación popular.

En relación con el coste no prohibitivo de los procesos, aunque consideramos plausible el régimen de asesoría jurídica gratuita vigente en España, propugnamos la extensión del beneficio de la mano de la extensión de la legitimación popular general para demandar. En cuanto a Argentina, consideramos que quizás esta sea su gran cuenta pendiente y pusimos de relieve que debería ser saldada a la mayor brevedad posible.

Con respecto al régimen cautelar, notamos que en España se sigue manteniendo una concepción clásica de este y su actividad, mientras que en Argentina la LGA lo ha actualizado, lo cual ha sido aprovechado por la CSJNA, que, fundamentalmente, marcó la relectura que los principios ambientales ameritan de este tipo de instrumentos. En este sentido, sostenemos que, estando ya internacionalmente reconocidos los principios de prevención y precaución, España debería legislar en este sentido.

En cuanto al régimen probatorio, debemos decir que tanto Argentina como España presentan cierta pasividad, aunque destacan en España las disposiciones de la LRM y en Argentina algunas de la LGA. Esto puede entenderse por la complejidad que implica abordar esta problemática sin afectar a garantías constitucionales procesales, pero creemos que tal situación no obsta a la necesidad imperante de facilitar las posibilidades probatorias, sobre todo del nexo causal. En este asunto, el instrumento regional puede implicar algún reajuste normativo por parte de Argentina.

En lo concerniente al rol del juez ambiental y a la flexibilidad procesal con que se le permite proceder, parece ser una peculiaridad del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia argentina. A pesar de ello, observamos que tiene una relevancia inusitada,

ya que funciona como clave de bóveda de todo el sistema procesal ambiental. En este sentido, queda planteado el interrogante de cómo debería integrarse —o si podría o incluso debería integrarse— esta nueva tendencia en el sistema de tutela judicial español.

Debemos decir, pues, que de lo observado se pueden aconsejar algunas correcciones o cambios en ambos ordenamientos, con el fin de ampliar y ordenar la tutela judicial del ambiente, correcciones que solo se manifiestan tímidamente y que deberían ser tratadas con mayor profundidad en trabajos posteriores.

Así, en lo que respecta al ordenamiento español y su sistema administrativista, creemos importante su paso a una legitimación popular general en materia ambiental, acompañada de la extensión del beneficio de la asesoría jurídica gratuita y su especialización. Además, resultaría importante que la legislación dedicada a este ámbito, es decir, la Ley 27/2006, incluya alguna disposición especial relativa a la tutela cautelar y a la prueba.

Por su parte, observamos en el ordenamiento argentino dos grandes falencias que hay que corregir. En primer lugar, es necesario estipular una herramienta adecuada para la mitigación de la problemática de los costes en los procesos, la cual se otorgue no ya con base en criterios de falta de recursos, sino atendiendo a las características y a la relevancia misma de la tutela colectiva del ambiente. En segundo lugar, creemos impostergable la reglamentación de los procesos colectivos ambientales, a nivel nacional y provincial, con el objetivo de ordenar y hacer efectivas adecuadamente las garantías procesales que las leyes de presupuestos mínimos, principalmente la LGA, han otorgado y que la CSJNA ha ejercido desde su poder de tribunal supremo, haciendo abordables y aplicables estas garantías desde la jurisdicción de menor grado. Tal y como sostienen Cafferatta y Morello, «en el camino hacia los tribunales se ha decidido que participen algunos a quienes antes no se les cursaba invitación, pero no se han creado los medios de transporte capaces de satisfacer las nuevas demandas».³²³ En este sentido, será interesante tomar como punto de partida instrumentos de relevancia en la materia, como el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004) o la misma Acordada 12/16 de la CSJNA donde se establece el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos.

El derecho ambiental como transversal y revisor

Finalmente, este trabajo expone aquellos caracteres que hacen del derecho ambiental una disciplina extraordinaria y apasionante: su condición transversal y su espíritu revisor. En este sentido, hemos recorrido desde el inicio del trabajo diversos sectores del universo del derecho, tales como la filosofía del derecho, el derecho internacional público, el derecho constitucional, el derecho civil, el derecho administrativo y el de-

323 CAFFERATTA y MORELLO, *op. cit.*, p. 153.

recho procesal. Este enfoque interdisciplinar no es opcional, sino inevitable, dada la condición transversal del ambiente para con la vida misma del ser humano y su relación lineal con el otro carácter resaltado: su impronta revisora. No en vano, tal como evidenciamos aquí, el derecho ambiental viene a cuestionar lo establecido, viene a reorganizar ese instrumento de ordenación de las conductas del hombre que se construyó bajo una concepción del ambiente como mera mercancía. Si la idea sobre el ambiente y su relación con el hombre ha cambiado radicalmente en los últimos cincuenta años, el derecho ambiental debe ser la herramienta que busque la adecuación ideológica de las construcciones jurídicas que, impulsadas por el metabolismo social capitalista, aún resisten.

BIBLIOGRAFÍA

(a) Recursos doctrinales

AA.VV., *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades*, TORICELLI, Maximiliano (Coordinador), Depalma, Buenos Aires, 1999.

AA.VV., *Justicia Ambiental*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

- BRAÑES, Raúl, «El acceso a la justicia ambiental en América Latina y la legitimación procesal en los litigios civiles de naturaleza ambiental en los países de la región».
- QUINTERO, Rodolfo, «El acceso a la justicia ambiental, una mirada desde la ecología política».

AA.VV., *Cuestiones Actuales de Derecho Ambiental*, El Derecho, 2007.

- COSSARI, Nelson, «Responsabilidad civil en la Ley General del Ambiente 25.675».

AA.VV., *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, PIGRAU SOLÉ, Antoni (director), Atelier, Barcelona, 2008.

- GONZÁLEZ BONDIA, Alfonso, «La regulación comunitaria europea del acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente en sus estados miembros».
- JARIA MANZANO, Jordi, «El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia de medio ambiente y su desarrollo en la Ley 27/2006».
- PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, «Novedades en el acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales».
- PIGRAU SOLÉ, Antoni, «Presentación».

PIGRAU SOLÉ, Antoni y BORRÀS PENTINAT, Susana, «Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente».

AA.VV., *Comentarios a la ley de responsabilidad medioambiental*, LOZANO CUTANDA, Blanca (Coordinadora), Thomson Civitas, Pamplona, 2008.

- * ALONSO GARCÍA, Enrique, «La ley de responsabilidad medioambiental a vista de pájaro, desde el prisma de la comparación del sistema europeo con el norteamericano».
- * CASADO CASADO, Lucía, «Atribución de responsabilidades (arts. 9 a 16)».
- * GOMIS CATALÁ, Lucía, «La ley de responsabilidad medioambiental en el marco del derecho de la Unión Europea».
- * ORTEU BERROCAL, Eduardo, «Ámbito de aplicación de la ley (artículos 3 a 6 y definiciones relacionadas)».
- * PLAZA MARTÍN, Carmen, «Normas aplicables a los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental (arts. 41 a 46)».

AA.VV., *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*, PIGRAU SOLÉ, Antoni y CASADO CASADO, Lucía (Directores), Atelier, Barcelona, 2010.

- * CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «El ejercicio de la acción penal en materia de medio ambiente».
- * MARRACO ESPINÓS, José, «Reflexiones sobre las dificultades del acceso a la justicia ambiental desde la perspectiva del abogado».
- * RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, «Nuevas perspectivas del acceso a la justicia en materia de medio ambiente».

AA.VV., *Environmental Law and Sustainability after Rio*, BENIDICKSON, Jamie, et alii (editores), IUCN, Massachusetts, 2011.

AA.VV., *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Ambiental*, CAFFERATTA, Néstor (director), La Ley, Buenos Aires, 2012.

AA.VV., *Tratado de Derecho Ambiental*, ORTEGA ALVAREZ, Luis y ALONSO GARCIA, Ma. Consuelo (directores), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

- * ORTEGA ALVAREZ, Luis, «Concepto de medio ambiente».

AA.VV., *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración y NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (directores), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

- * JARIA MANZANO, Jordi, «Derechos y medio ambiente».

AA.VV., *Informe Ambiental 2014*, FARN. <<http://farn.org.ar/archives/16501>> [13/06/2016]

- ♦ ORELLANA, Marcos, «Democracia ambiental y desarrollo sostenible: hacia un instrumento regional sobre derechos de acceso».
- AA.VV., *Informe Ambiental 2015*, FARN.
- ♦ ESAÍN, José, «Breve reseña de la jurisprudencia histórica en el derecho ambiental argentino».
- AA.VV., *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, BOER, Ben (editor), Oxford University Press, Oxford, 2015.
- AA.VV., *Revista de Derecho Ambiental*, CAFFERATTA, Néstor (director), Abeledo Perrot, N° 43, julio/septiembre 2015.
- ♦ CAFFERATTA, Néstor, «Principios y valores en el Código Civil y Comercial (a la luz del derecho ambiental)».
- AA.VV., *The Rio Declaration on Environment and Development*, VIÑUALES, Jorge (editor), Oxford University Press, Oxford, 2015.
- ♦ EBBESSON, Jonas, «Principle 10: Public Participation».
- ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE, *Guía de Defensa Ambiental*, 2008. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/24756.pdf>> [20/06/2016]
- ASOCIACIÓN PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL, *Guía sobre el Acceso a la Justicia Ambiental. Convenio de Aarhus*, 2007. <<http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/Guia-Aarhus.pdf>> [20/06/2016]
- ASOCIACIÓN PARA LA JUSTICIA AMBIENTAL, *Democracia ambiental y acceso a la justicia. La aplicación del Convenio de Aarhus en España*, Madrid, 2009. <http://www.aja-ambiental.org/archivo/aja_esp.pdf> [13/06/2016]
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *El acceso a la información pública y la justicia ambiental*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIV, 1.º Semestre 2010, Valparaíso.
- BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés, *Derecho Ambiental, La Ley*, Madrid, 2014.
- BIBILONI, Héctor Jorge, *El proceso ambiental*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- CAFFERATTA, Néstor y MORELLO, Augusto, *Visión Procesal de Cuestiones Ambientales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- CARSON, Rachel, *Primavera Silenciosa*, Crítica, Biblioteca de bolsillo, Barcelona, 2005.
- CEPAL, *Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2013.
- CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, 2007. <<http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>> [20/06/2016]

- DOBSON, Andrew, *Justice and the environment*, Oxford University Press, New York, 1998.
- EMBID IRUJO, Antonio, *El acceso a la justicia en materia ambiental en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, R.V.A.P. núm. Especial 99-100. Mayo-Diciembre 2014.
- ESAÍN, José, *El Amparo Ambiental. Su Fórmula Legitimatoria Frente a las Diferentes Acciones Derivadas del Daño Ambiental de Incidencia Colectiva. ¿El Desembarco de la Acción Popular Ambiental?*, <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=940>. [29/05/2016]
- ESTEVE PARDO, José, *Ley de Responsabilidad Medioambiental. Comentario Sistemático*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- FRASER, Nancy, *Escalas de la justicia*, Herder, Barcelona, 2008.
- FRASER, Nancy, *Dilemas de la Justicia en el siglo XXI. Género y globalización*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 2011.
- GARCÍA AMEZ, Javier, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2015.
- GIBSON-WOOD, Hilary y WAKEFIELD, Sarah, «Participation», *White Privilege and Environmental Justice: Understanding Environmentalism Among Hispanics in Toronto*, Antipode, vol. 45, n.º 3, 2013.
- GONZÁLEZ PALACIOS, Alfredo, *La Caución Juratoria como Pretendida Contracautela*, <[http://www.pgr.gov.py/foro-literario/alfredo-gonzalez/gonzalez-palacios-alfredo-%20La%20caucion%20juratoria%20como%20pretendida%20contracautela%20\(PGR\).pdf](http://www.pgr.gov.py/foro-literario/alfredo-gonzalez/gonzalez-palacios-alfredo-%20La%20caucion%20juratoria%20como%20pretendida%20contracautela%20(PGR).pdf)> [10/06/2016]
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- HONNETH, Axel, *La sociedad del desprecio*, Trotta, Madrid, 2011.
- HUERTA HUERTA, R. y HUERTA IZAR DE LA FUENTE, C., *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2000.
- IHERING, Rudolph von, *La lucha por el derecho*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1985.
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, *Derecho Ambiental*, Astrea, Buenos Aires, 2012.
- LÓPEZ MIROSSEVICH, Jorge, *El régimen de costas de la Ley 10.000 y de acceso gratuito a la jurisdicción abroga el del recurso de inconstitucionalidad de la Ley 7.055*, Artículo inédito, suministrado por su autor, 2013.
- LORENZETTI, Ricardo, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
- MARTIN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1991.

- MARTINEZ ALIER, Joan, *Environmental Justice and Economic Degrowth: An Alliance between Two Movements*, Capitalism Nature Socialism, Volume 23, Number 1, 2012.
- MÉDICI, Gastón, «El Querellante Colectivo en las “causas penales ambientales”», Revista *El Derecho*, n.º 13.518, 4 de julio de 2014, Buenos Aires.
- MEROI, Andrea, *La recepción argentina de modelos extranjeros de legitimación para la tutela de intereses supraindividuales y plurales homogéneos*, Tesis, Universidad Nacional de Rosario, 2006.
- MORELLO, Augusto y SBDAR, Claudia, *Acción Popular y Procesos Colectivos*, Ed. Lajoune, Bs. As., 2007.
- NUSSBAUM, Martha, *Las fronteras de la justicia*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2007.
- PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente*, Lexis Nexis, Bs. As., 2005.
- PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, *La Defensa de los Intereses Colectivos en el Contencioso-Administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.
- PÉREZ CONEJO, Lorenzo, *La defensa judicial de los intereses ambientales*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- PINO MIKLAVEC, Noemí, *La Tutela Judicial Administrativa de los Intereses Ambientales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1978.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert, *El Daño Ecológico Puro*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.
- RUIZ VIEYTEZ, Eduardo Javier, *El derecho al ambiente como derecho de participación*, Ararteko, Gipuzkoa, 1993.
- SCHLOSBERG, David, *Defining Environmental Justice*, Oxford University Press, New York, 2009.
- SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid, 2010.
- SEN, Amartya, *The idea of justice*, Penguin Books, London, 2010.
- SIMÓN YARZA, Fernando, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Tribunal Constitucional, Madrid, 2012.
- SUPERTI, Héctor, *Derecho Procesal Penal. Temas Conflictivos*, Juris, 1998.
- UNECE, *Access to Justice in Environmental Matters: available remedies, timeliness and costs. Eastern Europe, Caucasus and Central Asia*, 2012. <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/a.to.j/AnalyticalStudies/EECCA_study_AJ/EECCA_study_EN_Final.pdf> [13/06/2016]
- URKIDI, Leire y WALTER, Mariana, *Dimensions of environmental justice in anti-gold mining movements in Latin America*, Elsevier, Geoforum 42, 2011.

VALDIVIELSO, Joaquín, «¿Hay un lugar en Rawls para la cuestión ambiental?», *Isegoría* n.º 31, 2004.

YOUNG, Iris, *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000.

(b) Recursos electrónicos

<www.ejatlases.org> [12/06/2016]

<<http://www.unecce.org/env/pp/aarhus/map.html>> [13/06/2016]

<http://conferencias.cepal.org/uruguay_principio10/Desglose/05/03%20Alicia%20B%C3%A1rcena.mp3> [14/06/2016]

<http://www.cepal.org/sites/default/files/pages/files/n1244046_esp.pdf> [16/03/2016]

<https://www.cepal.org/sites/default/files/pages/files/tabla_incorporacion_paises_web_es_1.pdf> [11/11/2017]

<<http://www.univision.com/noticias/medio-ambiente/ola-de-indignacion-por-el-asesinato-de-la-lider-ambiental-en-honduras>> [16/03/2016]

<http://www.eldiario.es/desalambre/medioambiental-Berta-Caceres-asesinado-Honduras_0_495200716.html> [16/03/2016]

<<http://www.lamarea.com/2013/12/23/chico-mendes/>> [16/03/2016]

<<https://www.youtube.com/watch?v=jU4hZtF6CQI>> [14/06/2016]

Informe de las y los representantes electos del público acerca de la Tercera reunión del comité de Negociación del 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 http://media.wix.com/ugd/0cd7e7_cc4cd53b214b4ee29184a09d5904f514.pdf> [14/06/2016]

<<http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00003/00046656.Pdf>> [10/06/2016]

Informe de Cumplimiento presentado por España ante la CEPE (2013), <[http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/servicios/informacion/NIR_SPAIN_\(clean_spanish_version\)_tcm7-315856.pdf](http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/servicios/informacion/NIR_SPAIN_(clean_spanish_version)_tcm7-315856.pdf)> [20/06/2016]

(c) Recursos de carácter normativo

(c1) Supranacionales

Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 1948). <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales – Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950). <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf>

Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969). <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-americana-derechos-humanos.pdf>>

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (San Salvador, 1988). <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>>

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992). <<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>>

Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Aarhus, 1998). <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43s.pdf>>

Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003 relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:041:0026:0032:ES:PDF>>

Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003 por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo. <<https://www.boe.es/doue/2003/156/L00017-00025.pdf>>

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. COM (2003) 624 final. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003PC0624&from=EN>>

Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0035&from=ES>>

Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004) <<https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ua>>

ct=8&ved=0ahUKEwjh0YvVvKrNAhXOhRoKHf7QDioQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fosunalegal.com%2Fyahoo_site_admin%2Fassets%2Fdocs%2FCodigoModelodeProcesosColectivosParaIberoamerica.4711354.doc&usg=AFQjCNGNq0JTYc5GV5rY-Jzl_D5ZK35NVQ&sig2=TmvoJbrYrHocawbBB9jxwQ>

Decisión del Consejo, de 17 de febrero de 2005 sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (2005/370/CE). <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005D0370&from=ES>>

Reglamento (CE) n.º 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006 relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:264:0013:0019:ES:PDF>>

Guidelines for the Development of National Legislation on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters (Directrices de Bali – 2010). <http://www.unep.org/civil-society/Portals/24105/documents/Guidelines/GUIDELINES_TO_ACCESS_TO_ENV_INFO_2.pdf>

(c2) Nacionales

(c2.1) España

Constitución Española. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-5392>>

Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-18762>>

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318>>

Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-750>>

Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-15799>>

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>>

Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).- <<https://www.boe.es/boe/dias/2006/07/19/pdfs/A27109-27123.pdf>>

Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.<<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-18475>>

Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/31/pdfs/BOE-A-2015-11723.pdf>>

(c2.2) Brasil

Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>

Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>

(c2.3) Argentina

Constitución Argentina (Ref. 1994). <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>

(c2.3.1) NACIONAL

Ley 16.986/1966, reglamentaria de la acción de amparo. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/46871/norma.htm>>

Ley 25.675 de Presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. Principios de la política ambiental. Presupuesto mínimo. Competencia judicial. Instrumentos de política y gestión. Ordenamiento ambiental. Evaluación de impacto ambiental. Educación e información. Participación ciudadana. Seguro ambiental y fondo de restauración. Sistema Federal Ambiental. Ratificación de acuerdos federales. Autogestión. Daño ambiental. Fondo de Compensación Ambiental. (Ley General del Ambiente). <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>>

Decreto 2413/2002, Política Ambiental Nacional. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79981/norma.htm>>

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>>

Acordada 12/16 de fecha 05/04/2016. <<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-aprueba-reglamento-actuacion-procesos-colectivos-nv14146-2016-04-05/123456789-0abc-641-41ti-lpssedadevon>>

(C2.3.2) PROVINCIAL

Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe. <<http://www.santafelegal.com.ar/cods/cpcc1.html>>

Ley provincial 7234/1974 de Defensa en Juicio del Estado de la Provincia de Santa Fe. <<https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/8872/48139/file/Ley%207234.pdf>>

Ley provincial n.º 10.000, <<https://www.santafe.gov.ar/normativa/getFile.php?id=22528&cit=106466&cod=51995e5ac36b0f25c6d86d3ddb2a386c>>

(d) Recursos jurisprudenciales

(d1) TJUE

STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto C- 240/09. “Lesoochranárske zoskupenie VLK y Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky” <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80235&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=787327>>

STJUE de 11 de abril de 2013, asunto C-260/11. “David Edwards, Lilian Pallikaropoulos, y Environment Agency, First Secretary of State, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs” <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136149&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1241575>>

(d2) TS

STS 14055/1989, de fecha 25 de abril de 1989, <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4380943&links=fecales&optimize=19960108&publicinterface=true>> y STS 2645/1989, de fecha 25 de abril de 1989, <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1160198&links=fecales&optimize=20051020&publicinterface=true>>

STS 9466/ 2001, de fecha 3 de diciembre de 2001. <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3046987&links=vecino&optimize=20031030&publicinterface=true>>

STS 2869/2002, de fecha 22 de abril de 2002. <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2950785&links=vecindad&optimize=20031203&publicinterface=true>>

STS 4460/2008, de fecha 25 de junio de 2008. <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=20632&links=gecen&optimize=20080925&publicinterface=true>>

STS 5260/2014, de fecha 28 de noviembre de 2014. <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7244655&links=%223756%2F2012%22&optimize=20150108&publicinterface=true>>

(d3) TC

STC 119/2001, de 24 de mayo. <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4415>>

(d4) Corte IDH

Sentencia Corte IDH, de fecha 19 de septiembre de 2006, causa «Claude Reyes y otros vs. Chile». <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf>

(d5) CSJNA

SCSJNA, 27/12/1957, «Siri, Ángel s/ interpone recurso de *habeas corpus*». <http://www.profesorjimenez.com.ar/web/wp-content/uploads/2015/07/09_GarantiasConstitucionales_F-1.pdf>

SCSJNA, de fecha 24/07/1958, «Kot, Samuel SRL s/ Recurso de Corpus». <<http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/Kot.pdf>>

SCSJNA, 23/05/2000, «Daneri Jorge y otros c/ P.E.N. s/ recurso de hecho». <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=485948>>

Causa «Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ Daño Ambiental». A.1274.XXXIX. Originario – Causa «Assupa».

SCSJNA, de fecha 13/07/2004. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=564304>>

SCSJNA, de fecha 29/08/2006. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=607445>>

SCSJNA, de fecha 13/12/2011. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=11745>>

SCSJNA, de fecha 30/12/2014. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=718772>>

Causa «Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)». M.1569.XL.Originario.

SCSJNA, de fecha 20/06/2006. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=604413>>

- SCSJNA, de fecha 23/02/2007. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=615573>>
- SCSJNA, de fecha 22/08/2007. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=631853>>
- SCSJNA, de fecha 08/07/2008. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=647639>>
- SCSJNA, de fecha 10/11/2009. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=675624>>
- Causa «Salas, Dino y Otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ Amparo». S.1144.XLIV.Originario.
- SCSJNA, de fecha 29/11/2008. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=661186>>
- SCSJNA, de fecha 26/03/2009. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=664195>>
- SCSJNA, de fecha 13/12/2011. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=11816&interno=2>>
- SCSJNA de fecha 24/02/2009, «Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – ley 25.873 – dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986». H.270.XLII.REX <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=662557>>
- SCSJNA, 24/04/2012, «Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ Daño Ambiental». V.175.XLIII. Originario. <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=15033&interno=2>>
- SCSJNA de fecha 02/12/2014, «Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ Amparo” K.42.XLIX.RHE <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=717572&interno=1>>

(d6) Otros tribunales

- Sentencia de Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso-Administrativo Federal n.º 2 de fecha 10/05/1983, «Kattan, Alberto E. y otro c/ Gobierno Nacional –Poder Ejecutivo». <<http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2011/07/1983-05-10-kattan-.pdf>>
- Sentencia de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso-Administrativo, Sala III, de fecha 08/09/1994, «Schröder, Juan c/ Estado Nacional SRN y AH s/ Amparo». <<http://www.planetaius.com.ar/fallos/jurisprudencia-s/caso-Schroder-Juan-c-Estado-Nacional-Secretaria-de-Recursos-Naturales.htm>>
- Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires de fecha 19 de mayo de 1998 «Almada, Hugo N. C. COPETRO S.A. y Otro; Irazu, Margarita C. COPETRO S.A. y Otro; Klaus, Juan J. C. COPETRO S.A. y Otro». <<http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2011/07/1998-05-19-almada-c.-copetro.pdf>>

En *La tutela judicial frente al daño ambiental colectivo* el autor se propone someter a prueba la aptitud de los ordenamientos jurídicos de Argentina y España para abordar una pretensión de tutela ambiental colectiva. Realiza entonces un análisis comparativo partiendo de la siguiente premisa: la inadecuación de las normas procesales afecta no sólo al acceso a la jurisdicción sino también a la justicia ambiental misma, considerada desde una visión multidimensional (Schlosberg, 2009). Con este cometido, el texto repasa la normativa supranacional dedicada al derecho de acceso a la justicia ambiental —incluyendo el recientemente adoptado Acuerdo de Escazú— y revisa los sistemas de tutela desde la normativa, la doctrina y la jurisprudencia. El autor concluye su obra con consideraciones críticas y propuestas de modificación legislativa, las que entiende necesarias para una adecuada tutela del ambiente, y de los intereses difusos en general, en un contexto de conflictividad global creciente.



cedat | CENTRE D'ESTUDIS
DE DRET AMBIENTAL
DE TARRAGONA

