

El Daño Ambiental como objetivo de evitación. La problemática de su abordaje jurisdiccional¹.

Por Carlos Luisoni

La Argentina no fue ajena al movimiento de recepción constitucional del derecho a un ambiente sano, motivado en las grandes convenciones internacionales. La reforma del año 1994 lo consagró en su artículo 41 como un derecho de todos, incorporando las nociones de sustentabilidad y prevención. También a todos impuso la obligación de preservarlo, y previó que la causación de un daño ambiental “*generará prioritariamente la obligación de recomponer*”.

Asimismo, el mentado artículo 41 incorpora la novedosa técnica legislativa de leyes de presupuestos mínimos, en función de lo que se sancionó la Ley General del Ambiente -25.675- a efectos de delinear la política ambiental nacional. Esta norma inicia estableciendo los principios de política ambiental y los instrumentos de gestión ambiental, marcando el eminente carácter preventivo de esta materia. Sin embargo, también se receptan una serie de disposiciones relativas al daño ambiental de incidencia colectiva, obligando al responsable a “*su restablecimiento al estado anterior a su producción*”, y solo en caso de imposibilidad se articula un sistema indemnizatorio.

Este cuadro general se integra con la recientemente entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial de la Nación, el cual constituye un gran paso para lo que se ha dado en llamar “la constitucionalización del derecho privado”, en tanto se diluye la tajante frontera entre el derecho público y el derecho privado, sentando una debida simbiosis de principios constitucionales en favor de la protección de los más débiles. En este orden de ideas, el nuevo Código establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, destacando que el mismo debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, conformarse a las normas del derecho administrativo dictadas en el interés público (especialmente vinculadas a la tutela ambiental), y que cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable. Desde esa atalaya, y sobre la base de los valores de justicia y equidad, se regula la responsabilidad civil incluyendo como función de la misma la prevención del daño (y su reparación). Así, y amén de consagrar el deber de evitar la causación de daños (o su agravamiento), instituye una “acción preventiva”.

En lo tocante al tratamiento jurisdiccional, el marco jurídico predescrito -en razón de su marcado carácter tuitivo- ha de articularse con las normas de carácter procesal previstas por la ya citada Ley General del Ambiente. Ello, pues dicha norma establece una vasta legitimación activa, un irrestricto acceso a la justicia, y otorga al juez amplias facultades “*para disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general*”.

De lo expuesto se colige la existencia de un plexo normativo que, aunque perfectible, aborda de modo adecuado las distintas aristas de la regulación jurídica referente al tratamiento del daño ambiental. Sin embargo, y

¹ Resumen del comentario efectuado como Panelista en el “Primer Congreso Internacional de Justicia Ambiental” realizado en Puerto Maldonado (Madre de Dios, Perú), el 30 de noviembre y 1 y 2 de diciembre de 2017, organizado por la Comisión Nacional de Gestión Ambiental del Poder Judicial del Perú. Tema: “El Daño Ambiental: Fundamentos y Problemática Actual”.

pese a contarse con herramientas útiles a los fines de lograr una razonable gestión del conflicto, se advierte en la praxis cotidiana la ausencia de una actividad jurisdiccional proactiva.

Es que de acuerdo a la naturaleza y espíritu del derecho ambiental, el daño ambiental ha de observarse como un *objetivo de evitación*, en tanto suele ser de muy difícil o imposible reparación. Por ello, el norte siempre ha de ser evitar que el daño ambiental se cristalice.

Al efecto, es necesario contar con un modelo de juez distinto, capaz de comprender su función y las atribuciones que se le confieren para alcanzar su finalidad. Se trata de un “juez activista”, semejante al Hermes de Ost. Un magistrado desprovisto de formalidades sacramentales, que luche por el cumplimiento de estos propósitos en búsqueda de la verdad, pero siempre basado en los valores y principios constitucionales. Se trata de un juez creativo, protagonista en el proceso y aggiornato al pensamiento y los avatares de la cuestión ambiental.

No obstante ello, lo cierto es que, al menos en la Argentina, la justicia no está pasando un buen momento, siendo pasible de duras críticas que demandan eficacia. En materia ambiental, particularmente, se vislumbra una escasa formación por parte de un gran número de magistrados. Ello, como lógica consecuencia de la modernidad, complejidad y variabilidad de esta nueva rama, extremo que conspira contra la internalización de la esencia del derecho ambiental. Es que, en general, los operadores jurídicos no advierten que en el análisis de cuestiones ambientales deben cambiar el prisma de su lente por un nuevo. De ahí, la titánica tarea de capacitación que incumbe a las Cortes Superiores, a efectos de preparar a los jueces de trinchera para las duras batallas que la latente afectación ambiental suele sortear.

Tal como expuso el Dr. Ricardo Lorenzetti en un acto por el día del Medio Ambiente en el año 2015, "*No hay que tener miedo al activismo judicial*", "*no podemos olvidar nunca nuestra responsabilidad social*", el activismo judicial debe ser "*no invasivo, pero firme en nuestras convicciones del equilibrio y de la ponderación*". Habrá que analizar muy bien cada caso concreto y, de acuerdo a los derechos y valores en juego, determinar la mayor o menor amplitud de este activismo judicial que se pregona, desterrando así la pretendida dicotomía entre el activismo y el garantismo.

Entonces la pregunta que debemos hacernos ante este tipo de reclamos complejos, novedosos e inexplorados, que nos descolocan de la clásica ortodoxia a que el derecho nos tiene acostumbrados, es... ¿Y por qué no?