

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE CÓRDOBA



**TUTELA  
JURÍDICA DEL  
MEDIO AMBIENTE**

Córdoba  
2008

**EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

**VOLUMEN XLV**

**ISBN 978-987-1123-48-3**

**Las expresiones vertidas en los distintos artículos son  
de exclusiva responsabilidad de sus autores**

**Copyright by  
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE CÓRDOBA**

**AUTORIDADES**  
**(Período 2007-2010)**

**LUIS MOISSET DE ESPANÉS**  
**Presidente**

**JUAN CARLOS PALMERO**  
**Vicepresidente**

**JULIO ALTAMIRA GIGENA**  
**Secretario**

**JORGE DE LA RUA**  
**Tesorero**

**ARMANDO ANDRUET (H)**  
**Director de Publicaciones**

## SUMARIO

### Palabras Preliminares

Dra. Zlata Drnas de Clément ..... 11

### Jornada de Reflexión de Derecho Ambiental 2007 .....17

#### Presentación

*por Pedro J. Frías*.....19

#### Restricciones administrativas al dominio con finalidad ambiental en el derecho urbanístico,

*por Mirta Liliana Bellotti*.....21

#### Intervenciones de la División Patrulla Ambiental en casos de maltrato a los animales

*por Rafael Consigli*.....45

#### Los organismos interjurisdiccionales de cuenca y el nuevo orden jurídico ambiental: Cuenca del Salí-Dulce y Matanza-Riachuelo,

*por Cristina del Campo*.....53

#### La conservación de los bosques nativos como condición indispensable de la preservación de la diversidad biológica. El caso de las forestaciones para celulosa y madera en el área costera del Río Uruguay

*por Zlata Drnas de Clément*.....73

#### Daño transfronterizo ambiental y asignación de la pérdida

*por Ernesto J. Rey Caro*.....85

#### Gestión del riesgo posterior a la liberación al medio ambiente de organismos genéticamente modificados de uso agrícola

*por María Cristina Rodríguez de Taborda*.....93

#### Algunas reflexiones sobre cambio climático y el CO<sup>2</sup>

*por Marta Susana Sartori*.....103

#### Medio ambiente, Antártida y Mercosur

*por Graciela R. Salas*.....109

### XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires

Córdoba, 18 y 19 de octubre de 2007

#### Acto de apertura,

*por Dr. Julio César Ortaegui*.....123

Temas ambientales <i>por Víctor H. Martínez</i> .....	127
Sobre el daño ambiental colectivo <i>por Juan Carlos Cassagne</i> .....	145
Daño ambiental y seguro <i>por Efraín Hugo Richard</i> .....	169
Responsabilidad directorial y daño ambiental <i>por Julio César Otaegui</i> .....	199
Humanismo ambiental <i>por Pedro J. Frías</i> .....	213
El derecho a un ambiente sano en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos <i>por Aída Kemelmajer de Carlucci</i> .....	217
Responsabilidad civil por daño ambiental <i>por Ramón Daniel Pizarro</i> .....	261

**VI Congreso de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica** Bogotá, Colombia, 14 al 17 de octubre de 2007

El agua, principal elemento del medio ambiente <i>por Aldo Guarino Arias</i> .....	323
El rol del juez en materia ambiental, <i>por Edgardo Ignacio Sáux y Enrique Carlos Müller</i> .....	339
Principio precautorio y principio preventivo en el derecho ambiental <i>por Paulina Martínez</i> .....	353

## PALABRAS PRELIMINARES

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, cumpliendo con su objetivo de estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales y, fomentar y difundir el conocimiento de las ciencias jurídicas y sociales, a más de contribuir al perfeccionamiento de la legislación en nuestro país presenta, en esta obra, los trabajos de diversas actividades destinadas al análisis y debate de la protección jurídica del medio ambiente. Responde así a las grandes y preocupantes transformaciones que se observan en nuestro tiempo en el entorno humano y que requieren nuevas respuestas jurídicas.

El presente volumen reúne los trabajos presentados en la *Jornada de Reflexión de Derecho Ambiental*, en la *XVI Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales sobre Tutela Jurídica del Medio ambiente*, como así también incorpora las contribuciones de un miembro correspondiente y de miembros de institutos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en otras provincias. Estos últimos trabajos fueron presentados con motivo del *VI Congreso de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica*, celebrado en Bogotá, Colombia, en octubre de 2007.

La *Jornada de Reflexión de Derecho Ambiental* (29 de agosto de 2007) fue organizada, en esta oportunidad, por el Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (filial Córdoba) y el Instituto Argentino-Chileno de Cultura (filial Córdoba), llevada a cabo en sede de la Academia, bajo la dirección honoraria del Prof. Dr. Pedro J. Frías y la dirección del Prof. Dr. Ernesto J. Rey Caro. Es de recordar que el Dr. Frías ni bien logró la creación en el seno de la Academia del Instituto de Federalismo, constituyó la Comisión de Derecho Ambiental, ámbito en el que se desarrollaron por décadas las Jornadas de Reflexión sobre Derecho Ambiental.

Mencionamos brevemente los trabajos presentados en la referida Jornada, siguiendo el orden alfabético del apellido de los participantes.

Mirta Liliana Bellotti (*Restricciones administrativas al dominio con finalidad ambiental en el derecho urbanístico*) se preocupa por el urbanismo sustentable y la planificación territorial adecuada, analizando la normativa argentina y cordobesa en materia de ordenamiento ambiental del territorio, contrastándola con la comunitaria europea.

Rafael Consigli (*Intervenciones de la División Patrulla Ambiental en casos de maltrato a los animales*), desde su rol de ingeniero agrónomo, subcomisario, 2° jefe División Patrulla Ambiental de Policía de la Provincia de Córdoba, aborda el problema de las conductas agresivas que adoptan las personas hacia las especies que tienen bajo su guarda, analizando la legislación vigente y mostrando preocupación por el destino de esos animales, aspecto aún no adecuadamente resuelto.

Cristina del Campo (*Los organismos interjurisdiccionales de cuenca y el nuevo orden jurídico ambiental: Cuenca del Salí-Dulce y Matanza-Riachuelo*) estudia la normativa aplicable y los organismos existentes en materia de unidad de gestión de cuencas interjurisdiccionales (en particular, Salí-Dulce, Matanza-Riachuelo) a la luz del nuevo modelo ambiental constitucional.

Zlata Drnas de Clément (*La conservación de los bosques nativos como condición indispensable de la preservación de la diversidad biológica. El caso de las forestaciones para celulosa y madera en el área costera del río Uruguay*), observa la pérdida del bosque natural en la zona costera del Uruguay, declarada “zona foresto-industrial” (con la consiguiente eliminación de la flora nativa y la fauna asociada) y la visión economicista que aún predomina en la normativa nacional e internacional en materia de bosques.

Ernesto J. Rey Caro (*Daño transfronterizo ambiental y asignación de la pérdida*) aborda el análisis del proyecto de “principios” sobre la asignación de la pérdida en caso de daño

transfronterizo por actividades no prohibidas, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 2006, en su carácter de conjunto coherente de normas de conducta y prácticas recomendadas no vinculantes.

María Cristina Rodríguez de Tabora (*Gestión del riesgo posterior a la liberación al medio ambiente de organismos genéticamente modificados de uso agrícola*) reflexiona sobre la gestión del riesgo según los distintos tipos de riesgo surgidos con posterioridad a la liberación al medio ambiente de organismos genéticamente modificados de uso agrícola (*riesgos ciertos, riesgos potenciales y riesgos inciertos*), destacando el rol de los gobiernos provinciales y el nacional en la cuestión de conformidad al sistema jurídico argentino.

Marta Susana Sartori (*Algunas reflexiones sobre cambio climático y el CO<sup>2</sup>*) analiza el debate originado sobre la incidencia del CO<sup>2</sup> en el cambio climático. Destaca la importancia del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático de Naciones Unidas para evaluar el peso del CO<sup>2</sup> en base a estudios y conclusiones de expertos con percepción multidisciplinaria, ámbito adecuado para superar los conflictos de índole política que la cuestión conlleva.

Graciela Rosa Salas (*Medio ambiente, Antártida y Mercosur*) considera la coexistencia de distintos sistemas jurídicos aplicables a la región antártica en materia de protección ambiental, destacando el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente alcanzado en el ámbito del Mercosur, en particular, sus remisiones a los principios establecidos en las conferencias de Estocolmo de 1972 y Río de Janeiro de 1992 y a la obligación de cooperación de los Estados Partes “*en el cumplimiento de los acuerdos internacionales*” ya adquiridos en materia ambiental.

La XVI Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales sobre Tutela Jurídica del Medio Ambiente (Córdoba, 18 y 19 de octubre de 2007) contó con las palabras del Dr. Julio César Otaegui, presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el acto de apertura, con siete conferencias de académicos y con las palabras de clausura a cargo del Dr. Luis Moisset de Espanés, presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Haremos referencia a esas participaciones siguiendo el orden establecido en el cronograma de la actividad.

En el acto de apertura, el Dr. Otaegui recordó los veinticinco años transcurridos desde la primera reunión conjunta de academias celebrada en Córdoba en 1982, como así también el valor de esos encuentros, el rol de la Universidad en el surgimiento de las academias y la misión de las corporaciones dedicadas a la ciencia del derecho, en particular, a la hora de hacer su aporte de opinión prudente en materia de tutela del medio ambiente, aspecto que se halla en el eje de las tensiones entre preservación ambiental y desarrollo científico, tecnológico, industrial.

Víctor Martínez (*Temas ambientales*) se centra en los crecientes conflictos en materia ambiental que se observan en Argentina. Refiere una serie de situaciones controversiales, entre ellas, las relativas al Canal federal, al proyecto minero de Esquel, a la explotación petrolífera en Llancanelo, a las pasteras sobre el río Uruguay, a la Cuenca Matanza-Riachuelo. Concluye proponiendo la creación del “Sistema Jurídico Interamericano para la Conservación de la Naturaleza” con una secretaria general en el seno de la OEA y la formación de un “Tribunal Internacional del Ambiente”, como órgano permanente de la ONU.

Juan Carlos Cassagne (*Sobre el daño ambiental colectivo*) hace presente que el derecho ambiental traduce una regulación propia del derecho público, básicamente del derecho administrativo, más allá de que constituye una rama especial con una relativa autonomía. Distingue el daño ambiental colectivo (daño al medio ambiente) -como figura típica del derecho público cuyo núcleo central apunta a preservar y recomponer el perjuicio antes que a resarcirlo- del daño individual, causado en las personas y en sus patrimonios, regulado conjuntamente por el derecho civil y por el derecho administrativo (este último, en la medida concerniente a la responsabilidad extracontractual del Estado por acción u omisión).

Efraín Hugo Richard (*Daño ambiental y seguro*) hace presente la obligación constitucional de recomponer el daño ambiental y el deber surgido de la normativa de presupuestos mínimos ambientales de contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de esa recomposición. Analiza el riesgo asegurado y el daño asegurable en distintas situaciones, señalando la complejidad de la cuestión y la serie de interrogantes que abre.

Julio César Otaegui (*Responsabilidad directorial y daño ambiental*) destaca que frente a la responsabilidad extracontractual en principio culposa y excepcionalmente dolosa de la anónima por daño ambiental a terceros, la responsabilidad del director ante la anónima es de conformidad a la doctrina una responsabilidad contractual que puede ser culposa o dolosa según el caso. Observa el autor que un mismo hecho (imputación a la anónima de una violación del ambiente causada por sus directores) podría dar sustento a dos reparaciones distintas e indaga sobre las consecuencias de la eventual confrontación entre el derecho ambiental y el societario.

Pedro J. Frías (*Humanismo ambiental*) tras efectuar unas breves reflexiones de registro de labor de la Academia de Derecho de Córdoba en el ámbito del derecho ambiental, ofrece un decálogo de reflexiones que hacen honor al título del aporte en tanto son una síntesis de realidades, de perspectivas y orientaciones, dirigidas a distintos actores con relación a sus responsabilidades frente al ambiente.

Aída Kemelmajer de Carlucci (*El derecho a un ambiente sano en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos*) destaca la interpretación dinámica, evolutiva, no originalista, que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la Convención Europea en la materia, deteniéndose en pronunciamientos jurisprudenciales recientes relativos al derecho a un ambiente sano y refiriendo la relevancia de los mismos.

Como se señalara al inicio de esta presentación, a los trabajos correspondientes a las dos actividades académicas señaladas, se agrega la contribución con motivo del *VI Congreso de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica*, del miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Aldo Guarino Arias y el aporte de miembros de institutos de la Academia de Córdoba constituidos en otras provincias. Tal el caso del trabajo de Paulina Martínez de San Rafael -Mendoza- y el de Edgardo Ignacio Sáux y Enrique Carlos Müller de Santa Fe.

Aldo Guarino Arias (*El agua, principal elemento del medio ambiente. Una polémica ley argentina, la ley 25.688 de gestión ambiental del agua y su posible incidencia sobre el Acuerdo del Colorado y el COIRCO*) (*Comité interjurisdiccional del Río Colorado*), efectúa una dura crítica a la ley 25.688, básicamente, por la ausencia de presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas y por la debilidad institucional con que crea los comités de Cuenca. Ello, a más de coincidir con la mayor parte de la doctrina, en la inconstitucionalidad de la referida ley.

Edgardo Ignacio Sáux y Enrique Carlos Müller (*El rol del juez en materia ambiental*) reflexionan sobre las influencias que el derecho ambiental tiene en la reformulación del rol de la magistratura. Frente a la concepción clásica de la figura del juez como un ser neutral, pasivo, mera “boca de la ley” contraponen la necesidad de jueces comprometidos socialmente, jueces de acompañamiento y de protección, basados en el “paradigma consecuencialista”.

Paulina Martínez (*Principio precautorio y principio preventivo en el derecho ambiental*) analiza ambos principios tanto en su concepción particular como en sus diferencias. A ello agrega el estudio de la recepción de ambos principios en la comunidad internacional y en el ordenamiento nacional como garantes de la sustentabilidad ambiental.

Como puede observarse de conformidad a lo reseñado, todos los trabajos son de gran actualidad y responden a las preocupaciones centrales del derecho ambiental contemporáneo. Las líneas temáticas de la obra cubren las cuatro principales áreas de labor de los grandes foros ambientales a nivel mundial: las políticas y los instrumentos necesarios de la gestión ambiental, el

manejo integrado de cuencas, la diversidad biológica y el cambio climático.

*Zlata Drnas de Clément*  
*Académica de número*

**JORNADA DE REFLEXION DE  
DERECHO AMBIENTAL  
2007**

Academia Nacional de derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Integración

Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales  
(filial Córdoba)

Instituto Argentino – Chileno de Cultura

(Córdoba, 29 de agosto de 2007)

Director Honorario de la Jornada  
Dr. Pedro J. Frías

Director de la Jornada  
Dr. Ernesto Rey Caro

## PRESENTACIÓN

Presento sintéticamente los trabajos.

Mirta Liliana Bellotti analiza las restricciones administrativas al dominio con finalidad ambiental en el derecho urbanístico, del cual es experta. El dominio privado y las restricciones se concilian en beneficio de todos.

Rafael Consigli se ocupa de las intervenciones de la Patrulla Ambiental de la Policía de Córdoba, en la cual es oficial, en caso de maltrato de animales. Señala que el punto crítico de la actuación de la Patrulla es el destino de esos animales.

Cristina del Campo trabaja sobre los organismos interjurisdiccionales de cuenca y el nuevo orden jurídico ambiental. Tiene a la vista la cuenca del Salí-Dulce y Matanza-Riachuelo.

Zlata Drnas de Clément, con gran conocimiento de su tema, interviene tratando el tema de la conservación de los bosques nativos como condición indispensable para la preservación de la diversidad biológica. Y avanza sobre el caso de las forestaciones para celulosa y madera en el área costera del río Uruguay.

Ernesto J. Rey Caro efectúa sustanciosas consideraciones sobre el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional en materia de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional, ocupándose, en particular, de los “principios” en materia de la asignación de las pérdidas causadas por los daños.

María Cristina Rodríguez de Taborda analiza la gestión del riesgo posterior a la liberación al medio ambiente de organismos genéticamente modificados de uso agrícola.

Marta Susana Sartori reflexiona sobre el cambio climático y el CO<sup>2</sup>, en un debate ya instalado y que deberá tener en cuenta las conclusiones de los expertos en un ámbito multidisciplinario.

Todos los trabajos tienen adecuada bibliografía y sistematización legislativa, lo que da sustento a sus sugerencias.

Presentarlos es honroso para mí.

*Pedro J. Frías*  
*Presidente honorario de la Jornada*

# RESTRICCIONES ADMINISTRATIVAS AL DOMINIO CON FINALIDAD AMBIENTAL EN EL DERECHO URBANÍSTICO

por MIRTA LILIANA BELLOTTI

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Ley nacional del ambiente, ley ambiental de la Provincia de Córdoba y Ordenanza del medio ambiente de la ciudad de Córdoba. III. Restricciones administrativas al dominio. IV. Estrategia temática para el ambiente urbano de la Unión Europea. V. Zonas verdes agrícolas con finalidad ambiental en el Plan Regulador General en el derecho urbanístico italiano. VI. Cinturón Verde de la ciudad de Córdoba. VII. Conclusiones.

## I. Introducción

En la relación del hombre con la naturaleza, la condición de equilibrio del ecosistema ha perdurado hasta el siglo XVII, o sea hasta el advenimiento de la primera Revolución Industrial; en este momento comienza la época de la progresiva alteración, siempre en aumento, de los elementos naturales del planeta, conectado con el masivo uso del carbón en las fábricas y con la extensión del consumo de territorio por el urbanismo. Los factores contaminantes se incrementaron con el gran desarrollo que tuvo la industrialización en el siglo XIX y todavía más con el uso de productos petrolíferos para la producción de energía y la moderna motorización sin límites del siglo XX.

El enorme crecimiento de la población mundial, la irreversible conurbación de las ciudades metropolitanas con mayor desarrollo, la progresiva deforestación de grandes áreas, las emanaciones contaminantes del tráfico, la impermeabilización de extensas superficies del territorio la gran producción de residuos sólidos urbanos que tiene por causa el moderno consumismo, han producido la ruptura de la armonía ambiental, fenómeno que ha ocasionado preocupaciones a nivel planetario, como lo demuestran las conferencias de la ONU de Río de Janeiro de 1992 y de Johannesburgo de 2002.

La Comunidad Europea, además de adoptar los principios generales de tutela del ambiente formulados en las asambleas mundiales promovidas por las Naciones Unidas, ya en los años '70 y '80, dictó una serie de directivas dirigidas a la mejora de la calidad de vida en un contexto de acciones tendientes a salvaguardar el ambiente, con referencia a la tutela de la salubridad de las aguas, a la defensa de la atmósfera de la contaminación, a la conservación de las especies y de las áreas protegidas, a la tutela del suelo de las descargas contaminantes. El Tratado de Maastricht introduce principios generales y objetivos de tutela del ambiente. Todas las directivas sobre temas ambientales se insertan en una estrategia general comunitaria de tutela del ambiente, que consiste en promover el desarrollo armónico y equilibrado de las actividades económicas a través de la realización de un crecimiento sostenible que respete el equilibrio de la naturaleza; las acciones de la Comunidad Europea deben tender a: proteger, salvaguardar y mejorar la cualidad del ambiente, contribuir a la protección de la salud humana, asegurar el uso racional de los recursos naturales.

El concepto de tutela ha sido sancionado en el art. 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece: "Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad".

La conservación de la naturaleza considerada como pulmón verde, el paisaje como valor de salvaguardar, el saneamiento de las aguas y de la atmósfera unido a la tutela de los centros históricos, han adquirido una centralidad absoluta en la planificación urbanística europea y en la programación del uso del territorio, condicionando cualquier desarrollo territorial <sup>1</sup>.

## II. Ley nacional del ambiente, ley ambiental de la Provincia de Córdoba y Ordenanza del medio ambiente de la ciudad de Córdoba

El art. 41 de la Constitución Nacional dispone que: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el consumo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...”.

En Argentina, la ley nacional del ambiente 25. 675, en el art. 1º regula: “La presente ley establece los 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”. Art. 8º: “Los instrumentos de la política y la gestión ambiental serán los siguientes: 1. El ordenamiento ambiental del territorio”.

La ley 7343 de la Provincia de Córdoba en el art. 1º dispone: “La presente ley tiene por objeto la preservación, conservación defensa y mejoramiento del ambiente en todo el territorio de la Provincia de Córdoba, para lograr y mantener una óptima calidad de vida”. El art. 3º establece: “A los efectos de esta ley, la preservación conservación, defensa y mejoramiento del ambiente comprende: inc. a) El ordenamiento territorial y la planificación de los procesos de urbanización poblamiento, industrialización...”. El art. 4º establece qué se entiende por ambiente urbano: inc. d) “*Ambiente urbano*. El conjunto de áreas construidas o sin construir y sus elementos constitutivos cuando muestran una cierta unidad y continuidad fisonómica y están provistas con parte o con todos los servicios y obras públicas tales como agua potable, energía eléctrica, transporte, alumbrado, parqueado, forestación vial, pavimento, cloacas y demás elementos o servicios esenciales; por extensión y con los agregados que corresponde, constituye un ecosistema urbano o consumidor”.

La Ordenanza de la ciudad de Córdoba 10.099 establece el marco regulatorio de protección, conservación y desarrollo del medio ambiente. El art. 2º dispone: “Son fines de esta Ordenanza: 1. Establecer los criterios básicos de la política ambiental urbana y los instrumentos para su aplicación. 2. Definir lineamientos de gestión a efecto de: a) la conservación, restauración, protección y desarrollo del ambiente urbano...”. El art. 4º establece la terminología: “... *Ordenamiento ambiental del territorio*. El proceso integral: físico, social, económico y ecológico, de planificación y ejecución de políticas y estrategias, dirigido a evaluar, programar y orientar el uso del suelo y el manejo de los sistemas ambientales y de sus recursos naturales y culturales, de modo de preservar, conservar, restaurar, desarrollar y proteger el ambiente. *Paisaje urbano*: áreas con una identidad originada a partir de la interrelación de componentes naturales y sociales, que posibilitan procesos sociales de intercambio y operan como elementos de conformación y apropiación del ambiente urbano. Pueden ser: a) Zonas naturales o transformadas, utilizadas con fines recreativos de esparcimiento, turísticos u otros. b) Areas resultado de una relación sociedad-naturaleza que reflejan relaciones culturales específicas (modos de apropiación del espacio, uso del suelo, organización social, infraestructura u otros)...”.

## III. Restricciones administrativas al dominio

Las restricciones administrativas al dominio se establecen con el objeto de lograr concordancia entre los derechos de dominio de los particulares y los intereses públicos. Limitan la amplitud del derecho de dominio <sup>2</sup> de los particulares y de acuerdo con la doctrina en general se modifica el alcance del carácter absoluto, que el derecho romano atribuía al derecho real que otorga mayor número de facultades sobre una cosa a su titular.

Marienhoff enseña que “*la restricción señala, así, el marco o esfera dentro del cual el particular podrá ejercer su derecho*” <sup>3</sup>. Villegas Basabilvaso cita a Mayer, la restricción es “*una*

*debilitación inherente a la propiedad de una manera general*”, y agrega *“las restricciones son límites normales de la propiedad”*, son *“una condición legal inherente al ejercicio, uso y goce de la propiedad”* <sup>4</sup>.

Bielsa enseña que las restricciones al dominio *“constituyen un presupuesto necesario del reconocimiento del derecho de propiedad en el Estado y derivan de la propia naturaleza de ese derecho y de la necesidad de conformarlo al derecho ajeno”* <sup>5</sup>. En concordancia con Mayer, agrega, se trata de una debilitación inherente a la propiedad y establecida de manera general <sup>6</sup>.

Para Marienhoff y los autores que hemos mencionado, las restricciones constituyen una especie dentro del género limitaciones, y define las limitaciones como *“el conjunto de medidas jurídico-legales concebidas para que el derecho de propiedad individual armonice con los requerimientos del poder público o general, envidando así, que el mantenimiento de aquel derecho se convierta en una traba para la satisfacción de los intereses del grupo social”* <sup>7</sup>. Las limitaciones son de diferente tipo, su contenido es distinto y por ello su naturaleza jurídica no es idéntica. Inciden en el carácter absoluto del dominio, las restricciones; en el carácter exclusivo del dominio, la servidumbre y la ocupación temporánea; y en el carácter perpetuo, la expropiación y decomiso.

Julio Altamira Gigena sostiene que las restricciones son una condición normal del ejercicio del derecho de propiedad, y por ello no implican sacrificio alguno para el propietario, desde el punto de vista técnico. Fijan límites al ejercicio ordinario del derecho de dominio, pero no lo desmembran. Al propietario en cuya propiedad se hace efectiva una restricción nada se le quita y por eso la disminución que pueda experimentar no tiene relevancia jurídica. La posición original de este autor consiste en afirmar que las restricciones por los motivos indicados no son limitaciones al dominio. Agrega que *“las limitaciones, a diferencia de las restricciones, constituyen una desmembración de la propiedad, que puede ser parcial o total según afecte el carácter de exclusivo o perpetuo. En el primer caso, estamos ante una servidumbre, que impone al propietario un verdadero sacrificio al uso y goce de la cosa. En el segundo caso, nos encontramos ante una expropiación, que extingue el derecho de propiedad. En estos dos últimos supuestos, el sacrificio es particular”* <sup>8</sup>.

La inviolabilidad de la propiedad privada que expresa el art. 17 C.N., se encuentra cercada, limitada y relativizada con la expropiación en el mismo artículo y la reglamentación por la ley que dispone el art. 14: *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”*. El art. 28 establece la garantía de indestructibilidad e inviolabilidad de los derechos: *“... no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”* <sup>9</sup>.

Todos los derechos tienen limitado su contenido legal y práctico de acuerdo a las leyes que los reglamentan, inclusive, el derecho de dominio. Un derecho ilimitado implicaría una concepción antisocial, por tal motivo se otorga al dominio una función social. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la conveniencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de ésta.

El derecho de dominio debe definirse atendiendo a sus limitaciones legales pero no sólo con referencia al derecho civil, sino también al derecho administrativo <sup>10</sup>. El art. 2611 C.C. dispone: *“Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo”*. Las limitaciones o restricciones al dominio son civiles cuando tutelan intereses privados de los vecinos, recíprocamente considerados en sus relaciones individuales, tienen por objeto salvaguardar intereses de las propiedades contiguas. Las limitaciones o restricciones administrativas contemplan los intereses públicos de toda la comunidad o de un grupo social o una zona de la ciudad.

Las restricciones tienen caracteres propios. a) Las restricciones son generales porque rigen para todos los propietarios en igualdad de condiciones. b) También, son ilimitadas en número y clase, se establecen para satisfacer el interés público; el límite está dado en que deben ser una tolerancia y no convertirse en una desmembración. El art. 28 C.N. dispone que los derechos no pueden ser

alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio. Fiorini agrega que a medida que el interés público satisface nuevas necesidades colectivas mayor es el número y variaciones <sup>11</sup>. c) Otro de sus caracteres es su actualidad, porque constituyen límites normales y permanentes a la propiedad. d) Son constantes, existen siempre, siendo una condición normal de la propiedad privada. e) Imponen deberes de no hacer, dejar hacer y hacer <sup>12 13</sup>. La doctrina es uniforme con respecto a que las restricciones pueden consistir en deberes de hacer, o de dejar hacer. No hay uniformidad en la afirmación de que pueden consistir en deberes de hacer. Para Bielsa las restricciones imponen deberes de no hacer o de dejar hacer, se trata de una tolerancia como afirma Mayer <sup>14</sup>. Para Villegas Basabilvaso, en principio consisten en deberes de no hacer y de dejar hacer y por excepción en deberes de hacer <sup>15</sup>. Marienhoff sostiene sin hesitación que pueden consistir en deberes de hacer, recordando que resultan del ejercicio del poder de policía, por ejemplo, en ciertos pueblos se debe pintar el frente y techo de un edificio. f) Las restricciones son ejecutorias. La administración las hace efectivas por sí mismas, salvo cuando se debe ejercer fuerza en la persona o en los bienes, en cuyo caso se debe recurrir a la autoridad judicial. g) No dan lugar a indemnización, pues son condición normal del ejercicio del derecho de dominio. No hay sacrificio ni agravio. Procede la indemnización por incumplimiento anormal o irregular de las potestades de la Administración Pública que ocasionen perjuicios. El resarcimiento corresponde cuando se aplican mal sus normas o cuando se avanza alterando derechos individuales. h) Para parte de la doctrina, Bielsa, Villegas Basabilvaso, Diez, se pueden imponer sobre inmuebles; Marienoff y Altamira Gigena agregan que, no existe impedimento para que se establezcan sobre muebles, por ejemplo, cuando se prohíbe que el escape de automóviles produzca ruido. i) No se extinguen por el no uso.

Las restricciones administrativas deben ser preceptuadas por ley <sup>16</sup>, el art. 14 C.N. establece que el derecho de usar y disponer de su propiedad está reglamentado por las leyes, y en virtud del art. 19 C.N.. Pueden ser impuestas por ley nacional, provincial o por ordenanzas municipales, estas últimas establecen el mayor número. Se trata de casos de intervención del Estado y de aplicación del poder de policía.

Los motivos determinantes de las restricciones por interés público son muy variados, se pueden fundar en razones de seguridad, higiene, salubridad, moralidad, cultura (ej., prohibición de exportación de restos fósiles o de objetos arqueológicos), y por razones de urbanismo para lograr una ciudad armónica, equilibrada y modernamente en la normativa urbanística por razones ambientales, con el objetivo de alcanzar un medio ambiente urbano sano. Es uno de los medios jurídicos empleados para procurar la calidad del medio ambiente urbano.

#### **IV. Estrategia temática para el ambiente urbano de la Unión Europea**

En el marco del sexto programa de acción comunitaria en materia de medio ambiente, se ha elaborado la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una estrategia temática para el ambiente urbano* (Bruselas, 11/1/06 COM (2005) 718) <sup>17</sup>.

La Comunicación señala que el ambiente urbano europeo es motivo de una inquietud cada vez mayor. Los problemas ambientales de la ciudad tienen notables consecuencias en la calidad de vida de los ciudadanos y en el desarrollo económico de las ciudades. El sexto programa de acción en materia de ambiente instaba a la elaboración de una estrategia temática para el ambiente urbano con el objetivo de contribuir a una mejor calidad, a un elevado nivel de vida y bienestar social para los ciudadanos fomentando un medio ambiente sin contaminación que no provoque daños a la salud humana y el desarrollo sostenible.

Las ciudades concentran numerosos problemas ambientales, pero al mismo tiempo son el motor de la economía, el centro de los negocios y de las inversiones. Cuatro de cada cinco europeos viven en área urbana.

Las ciudades, en general, deben afrontar los mismos problemas ambientales, entre ellos mencionamos el aire contaminado, el tráfico y la congestión intensos, niveles elevados de ruidos, baja calidad del espacio edificado, presencia de terrenos abandonados, emisiones de gas de efecto invernadero, proliferación urbana, producción de residuos y aguas servidas.

El objetivo perseguido de una elevada calidad del ambiente urbano contribuye a hacer realidad la Estrategia de Lisboa, que establece como prioridad “hacer de Europa un lugar más atractivo para trabajar e invertir”. Las ciudades europeas que logren una elevada calidad de medio ambiente, reforzarán sus posibilidades de crecimiento y de creación de puestos de trabajo.

La Comisión ha efectuado un primer análisis del problema a afrontar en las áreas urbanas, y propone acciones en cuatro temas prioritarios: gestión del entorno urbano sostenible, transporte urbano sostenible, edificación urbana sostenible y el posible establecimiento de la obligación de adoptar planes sobre la materia a nivel local.

Las autoridades locales obtienen mejores resultados cuando realizan un enfoque integral en la gestión del ambiente urbano, adoptando planes de acción estratégica y a largo plazo. La aplicación del principio de subsidiariedad involucra las autoridades locales que desarrollan un rol decisivo.

El ambiente urbano requiere además intervención de todos los niveles, de las autoridades nacionales, regionales y de la Unión Europea, cada una de ellas tiene una función precisa que desarrollar.

Las medidas propuestas en el ámbito de la estrategia se dirigen a contribuir a una mejor actuación de las normas y políticas comunitarias vigentes en materia de ambiente a nivel local.

Una planificación eficaz del transporte requiere una visión de largo plazo, el incentivo del transporte público de alta calidad y la seguridad de los ciclistas y peatones, y garantizar la coordinación con la planificación territorial. La planificación del transporte considerará aspectos como la seguridad, la contaminación atmosférica, el ruido, las emanaciones de gas de efecto invernadero y la utilización del territorio.

El mejor modo en que la Unión Europea puede sostener los Estados miembros y las autoridades locales, es promoviendo el acceso a las soluciones existentes a través del acceso de la experiencia de otros órganos y para poder concebir soluciones a su situación a través de informaciones convalidadas por expertos. La Comisión estudiará la posibilidad de un portal temático destinado a las autoridades locales.

Las áreas urbanas desarrollan un rol importante en la adaptación a los cambios climáticos y en la reducción de emisiones de gas de efecto invernadero. Las ciudades son vulnerables a las grandes inundaciones, a las cada vez más frecuentes olas de calor sequía que son consecuencia de los cambios climáticos.

Los sectores prioritarios a los fines de la reducción del gas de efecto invernadero son los transportes y la edificación. La edificación sostenible mejora la eficiencia energética con la consiguiente disminución de emisiones de CO<sup>2</sup>. La Comisión ha encargado al Comité Europeo la elaboración de algunos métodos de evaluación de la eficiencia ambiental integrada de los edificios.

La estrategia temática del uso sostenible de los recursos naturales hará énfasis en la necesidad del uso razonable de éstos. Los planes de planeamiento de alta densidad y uso mixto, que evitan la proliferación urbana, presentan ventajas ambientales, en cuanto al uso del territorio, transportes y calefacción, favoreciendo un menor consumo *per capita* de los recursos.

El urbanismo sostenible y la planificación territorial adecuada ayudan a reducir la proliferación urbana, la pérdida de hábitats naturales y de biodiversidad, y a reducir la impermeabilización de los terrenos. La estrategia temática sobre protección de los terrenos, en curso de elaboración, afrontará probablemente la recalificación y la reutilización de las áreas olvidadas o postergadas y la planificación territorial orientada al ahorro del espacio. A estos aspectos se refiere la jurisprudencia italiana que estudiaremos en apartado siguiente.

## V. Zonas verdes agrícolas con finalidad ambiental en el Plan Regulador General en el derecho urbanístico italiano

Según el art. 8º (párrafo sustituido por el art. 1º de la ley 765 del 6 de agosto de 1967) de la ley urbanística nacional italiana número 1150/42 deben darse obligatoriamente el plan regulador general (*Piano Regolatore Generale: PRG*) algunos municipios incluidos en listas dictadas al efecto; para el resto de los municipios este tipo de plan es facultativo, debiendo dictar un instrumento más simple, el programa de edificación (*Programma di fabbricazione*). Esta dicotomía está en fase de superación, porque en la legislación regional se va afirmando cada vez más la tendencia a generalizar el plan regulador general.

El plan regulador general debe considerar la totalidad del territorio municipal, en la parte urbana y no urbana. La legislación regional y las leyes especiales más recientes tienden a enriquecer el contenido con prescripciones de tutela del paisaje, del ambiente, de los bienes culturales y con disposiciones sobre el valor económico<sup>18</sup>.

El contenido esencial del plan regulador general es detallado por el art. 7º de la ley urbanística nacional italiana (sustituido por el art. 1º de la ley 1187 del 19 de noviembre de 1968), que dispone:

“1) la rete delle principali vie di comunicazione stradali, ferrovie e navigabili e dei relativi impianti;

2) la divisione in zone del territorio comunale con la precisazione delle zone destinate all’espansione dell’aggregato urbano e la determinazione dei vincoli da osservare in ciascuna zona;

3) le aree destinate a formare spazi di uso pubblico o sottoposte a speciali servitù;

4) le aree da riservare ad edifici pubblici o di uso pubblico, nonché ad opere ed impianti di interesse collettivo o sociale;

5) i vincoli da osservare nelle zone di carattere storico, ambientale, paesistico;

6) le norme per l’attuazione del piano”<sup>19</sup>.

El P.R.G. constituye el instrumento urbanístico de base, dirigido a garantizar un armónico y racional ordenamiento de la planta urbana, con el objeto de distribuir el territorio en zonas urbanas con diverso destino, y uso edilicio, y a impedir el desarrollo espontáneo y desordenado de los centros habitados. Las previsiones que contienen tienden a: contener la densidad habitacional de los aglomerados urbanos en valores establecidos por la ley; indicar adecuadas infraestructuras y redes para la movilidad y las comunicaciones urbanas y no urbanas; individualizar las áreas de valor histórico, artístico y ambiental para tutelarlas, preservarlas e incrementar las áreas verdes preparadas para la recreación o deporte; individualizar las áreas necesarias para las actividades productivas considerando las reales potencialidades de desarrollo y compatibilidad ambiental con el territorio comunal; en síntesis, todo orientado a conseguir el desarrollo equilibrado y armónico de la planta urbana y a elevar su calidad<sup>20</sup>.

El segundo párrafo del art. 7º de la ley urbanística se refiere a la zonificación, que consiste en la división del territorio en zonas homogéneas que, si no se han establecido nuevas normas regionales, se aplican las normas indicadas en el art. 41 quinto de la ley 1150/42 y en el art. 2º del Decreto Ministerial del 2/ 4/1968, que clasifican como: zona A) centro histórico; zona B) zona completa; zona C) zona de expansión; zona D) zona destinada a la localización de actividades industriales, artesanales, comerciales, turísticas, de movilidad; zona E) zona agrícola; zona F) zona destinada a la localización de servicios de interés general.

La zonificación no se refiere solamente a la parte del territorio destinada a usos residenciales, también contempla a las áreas de uso productivo (industrial, turística, comercial, agrícola).

La jurisprudencia italiana se ha orientado hacia la tesis del carácter residual del verde agrícola;

según esta tendencia, la afectación agrícola no debe necesariamente responder a la finalidad de tutela de los intereses de la agricultura, pudiendo tener como objetivo satisfacer otras exigencias de carácter urbanístico <sup>21</sup>.

En Italia, el tipo de política urbanística aplicado por el Estado con el incentivo de la nueva edificación, y por los municipios con el sobredimensionamiento de las zonas de expansión, ha determinado, en muchos casos, un excesivo cambio sin sentido del destino agrícola del suelo. La legislación regional más reciente, trata de invertir la tendencia, poniendo especiales límites al planificador en la posibilidad de afectar a otros usos los terrenos agrícolas y asegurando que las nuevas construcciones en las zonas verdes agrícolas, se consagren a la efectiva conducción del fondo, con la inhibición de otros usos residenciales <sup>22</sup>.

La jurisprudencia italiana atribuye a la destinación agrícola una finalidad ambiental. El Tribunal Administrativo Regional, sede de Milán, en la reciente sentencia del 24 de noviembre de 2006 <sup>23</sup>, ha sostenido que es válida la afectación a zona E agrícola con el objeto de asegurar un ordenado desarrollo dirigido a la tutela del paisaje y de los valores ambientales, máxime si el P.R.G. declara perseguir una política de contención de las expansiones, en particular, por la exigencia de evitar la proliferación urbana con edificios distribuidos “a lluvia”, que si no son desalentados, produciría un fenómeno de progresiva erosión del suelo sin las obras de urbanización necesarias para el correcto desarrollo de partes relevantes del territorio municipal, perjudicando la valoración y recuperación del patrimonio agrícola existente. Más adelante agrega la sentencia, que la zona agrícola posee también una función de conservación de los valores naturales, constituyendo el pulmón verde del agregado urbano. En la fase de aplicación del nuevo P.R.G. se asegura un ordenado desarrollo, dirigido a la tutela del paisaje y de los valores ambientales particularmente relevantes en el territorio municipal.

La sentencia continúa argumentando que el área de propiedad se inserta al frente de un centro habitado, se sitúan áreas verde alternadas con infraestructura productiva y comercial, y de esta manera se confirma la función de la zona agrícola, de constituir un pulmón verde del suelo urbano.

El Consejo de Estado italiano en la decisión del 19 de enero de 2000 <sup>24</sup>, también ha considerado que la zona agrícola posee una función de conservación de los valores naturales, constituyendo el pulmón de la planta urbana, asumiendo por esa vía una función descongestionante y de contención de la expansión del agregado urbano. El fundamento de la decisión consiste en asegurar plena tutela a las áreas rurales de valor paisajístico, especialmente frente al decrecimiento gradual de las superficies destinadas a haciendas agrícolas en el período comprendido entre 1961 y 1990.

## **VI. Cinturón Verde de la ciudad de Córdoba**

El decr. 13/1 del intendente municipal de Córdoba del 12 de diciembre de 2003, suspendió la aprobación de Urbanizaciones Residenciales Especiales (ordenanza 8606, sus modificatorias y normas vinculadas) y Loteos Rurales (Ordenanza 8060, sus modificatorias y normas vinculadas) por un período de 90 días a partir de la fecha de publicación del decreto, en el área rural o industrial dominante (Patrones K, L, N de la Ordenanza 8252/86) ubicada en el arco Este y Sur, por fuera de la Avenida de Circunvalación, en el área comprendida desde la Ruta N° 9 Norte en sentido horario hasta la Ruta N° 20.

Esta suspensión es motivada por el creciente proceso de ocupación de las áreas rurales dominantes y bajo explotación agrícola, que constituyen el Cinturón Verde de la ciudad de Córdoba, con uso residencial bajo la modalidad de Urbanizaciones Residenciales Especiales y Loteos Rurales. La zona de explotación agrícola bajo riego se estaba reduciendo significativamente por la extensión de la mancha urbana que involucraba la invasión de tierras productivas, por la

fuerte presión inmobiliaria en estas zonas. Proliferaron también, en el sur de la ciudad, *countries* encubiertos bajo la modalidad de loteos rurales.

Durante el plazo de suspensión de estas autorizaciones la Secretaría de Infraestructura, Servicios Públicos y Ordenamiento Territorial debía proponer las modificaciones a las ordenanzas 8606/91 y 8060/85, tendientes a una complementación armónica entre el uso residencial de baja densidad y el uso rural de las áreas de explotación frutihortícola.

El decr. 208 del 13/2/04 hace extensiva la suspensión impuesta en el decr. 13/1 a las operaciones de subdivisión reguladas por la Ordenanza 8060/85, en la misma área, porque los fraccionamientos rurales también se realizaban a través de las operaciones de subdivisión reguladas por dicha Ordenanza.

El decr. 915 del 23/4/04 prorroga la suspensión impuesta por los dectrs. 13/1 y 208 del 13/2/04, por el plazo de 30 días y/o hasta la aprobación de la ordenanza elevada oportunamente.

En los fundamentos de la propuesta de normativa de Area Rural de la Dirección de Urbanismo se pone de manifiesto la situación en esta zona.

La ciudad de Córdoba, dice el informe, ha superado el millón de habitantes. Córdoba no escapa a las características de cualquier ciudad latinoamericana en lo que respecta a los desequilibrios socio-espaciales en términos de problemas ambientales, de infraestructuras, equipamiento, transportes, congestión del tránsito, fragmentación etc.

En la última década, el proceso de crecimiento de la ciudad de Córdoba muestra una acentuada tendencia a expandirse territorialmente a baja densidad y en forma dispersa. Esto es producto de diversos factores, entre los cuales ha incidido notablemente el fenómeno de las urbanizaciones cerradas residenciales, la aparición de un nuevo producto, el loteo rural, que según la regulación normativa constituye residencia de apoyo a la actividad agropecuaria, pero que derivó en la práctica en localizaciones de pseudo *countries* con baja inversión de infraestructura y sin espacios de uso común, ocupando principalmente tierras bajo riego de alta potencialidad productiva al sur de la ciudad.

Existen además situaciones ilegales como loteos fraudulentos en zonas no urbanizables, que dejaron instalados barrios con dificultades en la provisión de infraestructura y servicios.

Las políticas de vivienda de interés social han producido numerosos cambios en la periferia rural de la ciudad, concretando asentamientos residenciales que luego implican altísimos costos de extensión de infraestructura aunque el precio inicial de la tierra sea muy bajo.

El informe de la Dirección de Urbanismo constata que la ciudad de Córdoba no es ajena al fenómeno de creciente consumo de suelo en áreas metropolitanas, problemática que enfrentan las ciudades a escala mundial. En efecto, en el período intercensal 1991-2001, el crecimiento en extensión de la ciudad resulta sensiblemente superior a la tasa de incremento poblacional.

La problemática registra, entre otras, las siguientes características:

- proliferación de núcleos residenciales en el interior de áreas de explotación agrícola que implican riesgos para la salud humana al quedar expuestos a efectos que derivan del uso de agroquímicos;

- presión inmobiliaria sobre tierras productivas que cuentan con infraestructura de riego con la consecuente reducción del área cultivada;

- manipulación de la demanda de tierras para sectores carenciados de la población, en función de intereses especulativos con la consiguiente presión por “regularizar” situaciones de hecho;

- dificultad y altos costos para la extensión de infraestructuras y servicios urbanos a los enclaves dispersos. (calles, veredas, transporte, seguridad, salud, educación, agua, desagües, energía eléctrica, alumbrado, etc.);

- extensiones anárquicas, desarticuladas, y de alto costo social, ambiental y económico para el conjunto de la ciudad;

- tendencia a la baja de la densidad poblacional general de la ciudad que conspira contra las posibilidades de acumular masa crítica que permita resolver problemas estructurales como el transporte y cloaca, entre otros.

El Cinturón Verde de la ciudad de Córdoba tiene gran relevancia por su extensión y por su potencial productivo. En esta ciudad, una extensa superficie sin urbanizar, representa una oportunidad para promover la actividad productiva y articular zonas de amortiguación e intercambio entre lo urbano y rural. A comienzos del 2003 esta superficie era de 20.000 hectáreas. Entre las diversas producciones del Cinturón Verde se mencionan: las hortalizas pesadas y livianas, durazno, flores, plantas ornamentales y aromáticas. Se encuentran en sus diversas formas: áreas hortícolas, de granja y viveros. Hoy se registra significativa producción de soja. El departamento Capital constituía en el 2000 el principal productor de hortalizas de la provincia de Córdoba.

El estudio de la Dirección de Urbanismo concluye que en el área rural de la ciudad de Córdoba es necesario planificar el uso de los recursos disponibles potenciando y preservando sus cualidades, tendiendo a salvaguardar la doble condición del área bajo análisis como sustrato de actividades productivas y de recursos ambiental y paisajístico, evitando la erosión, degradación, contaminación y/o modificación de las características tipográficas. Se señala la importancia ambiental del área rural, se reconoce como pulmón verde, y las normas que se establecieron en virtud de este estudio entre sus finalidades contempla la protección del medio ambiente de la ciudad de Córdoba.

El 9 de septiembre de 2004, el Concejo Deliberante de la ciudad de Córdoba sanciona las ordenanzas 10760, 10761, 10762, 10763 y 10764, que tienen como base los proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo, y la propuesta elaborada por la Dirección de Urbanismo <sup>25</sup>.

La Ordenanza 10760/04 modifica la Ordenanza 8606/91 que regula las Urbanizaciones Residenciales Especiales y deroga la Ordenanza 9056/93. El art. 2º (en su nueva redacción) de la Ordenanza 8606/91 de la ciudad de Córdoba establece:

“Las Urbanizaciones Residenciales Especiales no podrán localizarse en la zona M definida por la Ordenanza N° 8256/86 ni en los sectores de las zonas L y N de la misma Ordenanza graficadas en el plano que se adjunta como Anexo Gráfico I con una (1) foja útil. Estos sectores corresponden al área rural productiva de la Ciudad y sus designaciones catastrales se detallan a continuación:

Distritos: 18, 19, 22, 25, 27, 29 y 32 completos.

Distrito 2 - Zonas: 2, 3, y 4, sólo parte externa a la Avda. de Circunvalación.

Distrito 16 - Zonas: 2 a 12 inclusive.

Distrito 17 - Zonas: 1 a 9 inclusive, parte de la Zona 10 y Zonas: 11, 15 y 20.

Distrito 20 - excluidas las Zonas 17, 18 y 10 – Manzanas 2, 3, 4 y 5.

Distrito 21 - excluida la Zona 9 – Manzanas 3 y 4.

Distrito 23 - excluida la Zona 13 parcialmente.

Distrito 24 - excluida las Zonas 15 a 17, y las Manzanas 32 a 35 de la Zona 14.

Distrito 26 - Zonas 21, 22, 24, 25 y 29 a 33.

En el resto de las zonas, la localización deberá ser autorizada por el Departamento Ejecutivo Municipal previo informe del organismo técnico competente, y se ajustará a los condicionamientos establecidos en la presente norma y a las disposiciones de la Ordenanza N° 8060/85 y sus modificatorias. Se tendrá en cuenta, para cada caso, que la ubicación y trazado de la urbanización no impliquen barreras al normal crecimiento de la trama urbana ni interferencias al sistema vial principal urbano o sectorial, al transporte público, a la normal evacuación de las aguas pluviales y en general a las vinculaciones entre sectores urbanos.

Asimismo se tendrán especialmente en cuenta la preservación de las características ambientales

y paisajísticas, topográficas, etc., naturales del lugar y/o la creación de nuevas condiciones ambientales que el proyecto ofrezca.

La posibilidad de localización dentro de la traza de la Avda. de Circunvalación está estrictamente reservada para aquellos casos donde el terreno está contenido por barreras naturales o construidas, evidenciando una situación de borde que no permita la extensión de la trama a través de él. El o los accesos principales de la urbanización deberán abrirse, en este caso, sobre vías pertenecientes a la Red Vial Principal Urbana o Sectorial, de modo que el flujo de vehículos generado por aquella no altere el normal movimiento de calles secundarias o barriales”.

La localización antes de la reforma del 2004 podía hacerse prácticamente en todo el ejido municipal mediante autorización del Departamento Ejecutivo, previo informe favorable emitido por los órganos de aplicación. Sólo se prohibía su ubicación en la zona destinada a las actividades peligrosas, explosivas, nocivas o inflamables (Zona ‘M’ Ordenanza N° 8256/86, art. 66).

Era preocupante la localización en cualquier zona dentro del ejido municipal, abarcando tanto las zonas residenciales, como las urbanas y rurales. Dentro de las zonas destinadas normativamente a usos rurales se encontraban áreas bajo riego, muy productivas, y áreas sin producción, que poseen tal categorización por no poseer infraestructura necesaria para otros usos. Era necesario preservar las actividades productivas de la ciudad, determinando áreas de prohibición para la localización de estas urbanizaciones. Por otro lado, la extensión indiscriminada de la mancha urbana de muy baja densidad promedio, eleva muchísimo los costos de infraestructura de la ciudad y se disminuye el pulmón verde de la ciudad.

La modificación de la Ordenanza 10760/04 ha excluido el arco Este y Sur conforme se indica en el anexo gráfico. Se trata de restricciones al dominio pues en las zonas indicadas no se pueden establecer urbanizaciones cerradas residenciales, estas restricciones tiene también un objetivo ambiental.

Se debe tener en cuenta para cada caso, que la ubicación y trazado de la urbanización no implique barreras al normal crecimiento de la trama urbana, ni interferencias al sistema vial principal urbano o sectorial, al transporte público, a la normal evacuación de las aguas pluviales y, en general, a las vinculaciones entre sectores urbanos.

La localización dentro de la trama de la Av. de Circunvalación debe efectuarse estrictamente dónde el terreno esté contenido por barreras naturales o construidas, evidenciando una situación de borde que no permita la extensión de la trama a través de él. Los accesos principales de la urbanización, en este caso, se deben realizar sobre vías de la Red Vial Principal o sectorial, a fin de evitar que se incremente la intensidad del tránsito en las calles secundarias o barriales.

Asimismo se tendrá especialmente en cuenta la preservación de las características ambientales y paisajísticas del lugar y la creación de nuevas condiciones ecológicas. Se trata de otras restricciones al dominio, implican un deber de hacer tutelar el medio ambiente o de no hacer aquello que altere el medio ambiente.

Art. 17 incorporado por la Ordenanza 10760/04: “Las Urbanizaciones Residenciales Especiales deberán, cuando limiten con las Zonas N y L de la Ordenanza N° 8256/86 y sus modificatorias dejar, en todo el perímetro de dicha colindancia, una calle pública de resguardo de seis metros (6 m) de ancho, la que no será requerida en el caso de lindar con asentamiento residencial preexistente. Esta calle llevará adjuntada en su costado interior respecto a la urbanización, una faja marginal de resguardo de seis metros (6 m) de ancho, forestada según condiciones que establecerá oportunamente la Dirección de Parques y Paseos, que podrá computarse en el marco de lo estipulado por el art. 69 inc. a de la Ord. N° 8060 y modificatorias. Se dispondrá además, sobre esta calle perimetral y en colindancia con la faja marginal de resguardo, un canal receptor (o canaleta serrana) para impedir el ingreso a urbanización del derrame superficial proveniente de las áreas rurales vecinas”.

Se establece una restricción con un deber de hacer una calle pública que divida la zona rural de la residencial. De acuerdo al art. 69 de la Ordenanza 8060/85 la franja forestada podrá computarse como espacio verde, se da el caso indicado en el inc. a), es decir se considerará como espacio verde el 20% de superficie marginal a la calle de resguardo y en ningún caso el porcentaje previsto para espacio verde podrá reducirse en más del 50%. Y se obliga realizar una canaleta a continuación de la franja de 6 metros, para impedir el derrame de las áreas rurales, con el fin de evitar riesgos para la salud por contaminación de agroquímicos.

La Ordenanza 10.761/04 modifica la Ordenanza 8256/86 y sus modificatorias, que tiene por objeto regular las diversas formas de ocupación del suelo conforme con las actividades en él desarrolladas y dentro del ámbito del ejido municipal de la ciudad de Córdoba.

La Ordenanza 10.761/04 modifica el art. 67 la Ordenanza 8256/86 que regula la zona N. El carácter urbanístico que le asigna es de zona de ubicación periférica destinada a los usos rurales y actividades industriales permitidas por normas en vigencia. La vivienda individual está sujeta a estricto control del número de unidades. Regula el número máximo de unidades de viviendas por parcela “a) Uso del Suelo Rural: Zonas 8, 9, 10 y 11 de la Ordenanza N° 8060 / 85. En parcelas de superficie menor, igual o mayor a las mínimas fijadas por Ordenanza N° 8060 / 85 = una (1) vivienda por parcela. Podrá considerarse como una única unidad vivienda la construcción de una vivienda principal y de otra con carácter accesorio (tal como vivienda de encargado o casero) como parte integrante del mismo inmueble. b) Uso del suelo industrial o similar: Viviendas accesorias: una (1) cada un mil metros cuadrados (1.000 m2) o fracción de superficie ocupada por la actividad como parte integrante del mismo inmueble quedando expresamente prohibida la construcción de viviendas si previamente no se ha aprobado el plano del local destinado a la actividad industrial de que se trate, con expresa declaración de su uso futuro”. Se impone a esta zona restricciones al dominio con deberes de no hacer con el fin de contener la proliferación urbana, no se debe establecer viviendas que no observen estas disposiciones. La vivienda individual está sujeta a un estricto control del número de unidades Esta restricción es motivada por el creciente proceso de ocupación de las áreas rurales dominantes y bajo explotación agrícola, que constituyen el Cinturón Verde de la ciudad de Córdoba, con uso residencial bajo la modalidad de Urbanizaciones Residenciales Especiales y Loteos Rurales.

La Ordenanza 10.761/04 en su art. 3° incorpora a la Ordenanza 8256/86 la Zona N1; como art. 67 bis del mismo, establece también restricciones al dominio: “4. Número Máximo de Unidades de Vivienda por Parcela. 1) Uso residencial: Sólo estará permitida en cada parcela de uso residencial Una (1) unidad de vivienda individual. Podrá considerarse como una única unidad vivienda la construcción de una vivienda principal y de otra con carácter accesorio (tal como vivienda de encargado o casero) como parte integrante del mismo inmueble. 2) Uso del Suelo Rural: Sólo estará permitida en cada parcela de uso rural Una (1) unidad de vivienda individual. Podrá considerarse como una única unidad vivienda la construcción de una vivienda principal y de otra con carácter accesorio (tal como vivienda de encargado o casero) como parte integrante del mismo inmueble. 3) Uso del Suelo Industrial o asimilable: Viviendas accesorias: Una (1) cada mil metros cuadrados (1.000 m2) o fracción de superficie ocupada por la actividad quedando expresamente prohibida la construcción de viviendas en loteos industriales si previamente no se ha aprobado el plano del local destinado a la actividad industrial de que se trate, con expresa declaración de su uso futuro”.

## **VII. Conclusiones**

En la relación del hombre con la naturaleza, la condición de equilibrio del ecosistema ha perdurado hasta el siglo XVII, hasta el advenimiento de la primera Revolución Industrial; en este momento comienza la época de la progresiva alteración, de los elementos naturales del planeta,

conectado con el masivo uso del carbón en las fábricas y con la extensión del consumo de territorio por el urbanismo. Se ha producido la ruptura de la armonía ambiental, fenómeno que ha ocasionado preocupaciones a nivel planetario, como lo demuestran las conferencias de la ONU de Río de Janeiro de 1992 y de Johannesburgo de 2002.

La Comunidad Europea, además de adoptar los principios generales de tutela de los ambientes formulados en las asambleas mundiales promovidas por las Naciones Unidas, ya en los años '70 y '80, dictó una serie de directivas dirigidas a la mejora de la calidad de vida en un contexto de acciones tendientes a salvaguardar el ambiente.

La conservación de la naturaleza considerada como pulmón verde ha adquirido una centralidad absoluta en la planificación urbanística europea y en la programación del uso del territorio, condicionando cualquier desarrollo territorial.

En la Argentina, el art. 41 C.N. consagra el derecho de los habitantes a un ambiente sano. La ley nacional del ambiente 25.675 entre los instrumentos de gestión ambiental menciona el ordenamiento ambiental del territorio (art. 8º). La ley 7343 de la Provincia de Córdoba regula en su art. 3º que la preservación del ambiente comprende el ordenamiento del territorio y la planificación de los procesos de urbanización. La Ordenanza de la ciudad de Córdoba 10.099, que constituye el marco regulatorio de protección del medio ambiente, menciona entre los fines de la norma establecer los criterios básicos de la política ambiental urbana.

Las restricciones al dominio pueden fundarse en intereses públicos muy variados, entre ellos, el urbanismo, la necesidad de lograr una ciudad armónica y ordenada, y de protección ambiental urbana.

La estrategia temática para el ambiente urbano de la Unión Europea propone acciones en cuatro temas prioritarios: gestión del entorno urbano sostenible, transporte urbano sostenible, edificación urbana sostenible y la adopción de planes a nivel local.

La jurisprudencia italiana se ha orientado hacia la tesis del carácter residual del verde agrícola; según esta tendencia la afectación agrícola no debe necesariamente responder a la finalidad de tutela de los intereses de la agricultura, pudiendo tener como objetivo satisfacer otras exigencias de carácter urbanístico.

En Italia, el tipo de política urbanística aplicado por el Estado con el incentivo de la nueva edificación, y por los municipios con el sobredimensionamiento de las zonas de expansión, ha determinado, en muchos casos, un excesivo cambio sin sentido del destino agrícola del suelo. La legislación regional más reciente, trata de invertir la tendencia, poniendo especiales límites al planificador en la posibilidad de afectar a otros usos los terrenos agrícolas y asegurando que las nuevas construcciones en las zonas verdes agrícolas, se consagren a la efectiva conducción del fondo, con la inhibición de otros usos residenciales.

En la ciudad de Córdoba, la zona de explotación agrícola bajo riego se estaba reduciendo significativamente por la extensión de la mancha urbana que involucraba la invasión de tierras productivas, por la fuerte presión inmobiliaria en estas zonas, lo que producía extensiones anárquicas, desarticuladas, y de alto costo social, ambiental y económico para el conjunto de la ciudad. El 9 de septiembre de 2004, el Concejo Deliberante de la ciudad de Córdoba sanciona las ordenanzas 10760, 10761, 10762, 10763 y 10764, que tiene como base los proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo, y la propuesta elaborada por la Dirección de Urbanismo.

La Ordenanza 10760/04 modifica la Ordenanza 8606/91 que regula las urbanizaciones cerradas, la modificación de la Ordenanza ha excluido el arco Este y Sur para la localización de estos emprendimientos. Se trata de restricciones al dominio, en las zonas indicadas no se pueden establecer urbanizaciones cerradas residenciales, estas restricciones tiene también el objetivo ambiental de preservar el Cinturón Verde de la ciudad.

La Ordenanza 10.761/04 modifica la Ordenanza 8256 que tiene por objeto regular las diversas

formas de ocupación del suelo. En las Zonas N y N1 la vivienda individual está sujeta a un estricto control del número de unidades. Se asegura que las viviendas en las zonas rurales o industriales, se consagren a la efectiva conducción del fondo, con la inhibición de otros usos residenciales. Se han establecido restricciones al dominio motivadas en el creciente proceso de ocupación de las áreas rurales dominantes.

## Notas

<sup>1</sup> Alessandro MONACO, *Urbanistica ambiente e territorio*, Nápoles, Simone, 2003, págs. 20, 34 y ss.

<sup>2</sup> Usamos el término *dominio* y no *propiedad* porque en nuestro derecho, el término propiedad tiene un alcance amplísimo frente al dominio. Dominio es jurídicamente el vocablo más técnico para designar al derecho real definido por el art. 2506 C.C. Propiedad, incluye, además del dominio, los derechos reales, los derechos personales o crediticios, el aspecto económico de los derechos intelectuales y, en general, todo derecho de contenido patrimonial; con esta extensión se refiere al término propiedad el art. 17 C.N. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Ventura c/ Banco Central s/ amparo” sostuvo que “... es jurisprudencia de esta Corte que el término propiedad empleado en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional ampara a todo el patrimonio incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales e inmateriales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer, fuera de sí mismo y de su vida y libertad...” (Fallos 294:152; ver Edmundo GATTI, *Propiedad y dominio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 37; Néstor J. MUSTO, *Derechos reales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, reimpresión, 1989, t. II, págs. 13 y 14.

<sup>3</sup> Miguel MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, t. IV, pág. 34.

<sup>4</sup> Benjamín VILLEGAS BASABILVASO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1956, t. VI, págs. 59 y 65.

<sup>5</sup> Rafael BIELSA, *Limitaciones impuestas a la propiedad en interés público. Restricción y servidumbres administrativas*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1923, pág. 49.

<sup>6</sup> Rafael BIELSA, ob. cit., pág. 50.

<sup>7</sup> Miguel MARIENHOFF, ob. cit., pág. 19.

<sup>8</sup> Julio ALTAMIRA GIGENA, “Restricciones impuestas a la propiedad por razones de interés público”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, t. III, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, págs. 13 y 14 y en *Lecciones de derecho administrativo*, Córdoba, Advocatus, 2005, págs. 412 y 413.

<sup>9</sup> Bartolomé FIORINI, *Manual de derecho administrativo*, segunda parte, Buenos Aires, La Ley, 1968, pág. 848.

<sup>10</sup> Rafael BIELSA, ob. cit., pág. 47.

<sup>11</sup> Bartolomé FIORINI, ob. cit., pág. 850.

<sup>12</sup> Miguel MARIENHOFF, ob. cit., pág. 34.

<sup>13</sup> La doctrina administrativista en general habla de obligación, nosotros usamos el término técnicamente correcto: deber. Siguiendo a López de Zavalía definimos al deber como “posición jurídica desfavorable que consiste en una necesidad absoluta de conducta propia sancionada por el ordenamiento jurídico”. El autor toma el término *necesidad* como opuesto al término *libertad*, de la nota al art. 497 C.C.. La *necesidad* constituye el término más amplio, dentro del cual, como una especie se encuentra el deber, y como una subespecie del deber, la obligación en sentido técnico. *Necesidad jurídica* es la situación en que se encuentra una persona, cuando la norma postula una conducta de ella y descarta la opuesta. La *necesidad absoluta* existe cuando la norma o el derecho quiere una conducta y reprueba la contraria, éste es el campo propio del *deber jurídico*. Necesidad absoluta es lo opuesto a libertad absoluta. Cuando el derecho aconseja una conducta si se quiere un determinado resultado y descarta la contraria como idónea para obtenerla existe una *necesidad relativa*. Se encuentra a la mitad de camino entre la necesidad absoluta y la libertad. La necesidad absoluta puede ser general o particular, en otros términos, el deber puede ser general o particular, cuando es particular recibe el nombre técnico de *obligación*. La obligación es una especie del deber (Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1989, t. 1, pág. 52 y ss.).

<sup>14</sup> Rafael BIELSA, ob. cit., pág. 53.

<sup>15</sup> Benjamín VILLEGAS BASABILVASO, ob. cit., pág. 66, igualmente, Manuel María DIEZ, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1969, t. IV, págs. 175 y 179.

<sup>16</sup> Conforme Diez; Fiorini; Altamira Gigena; Villegas Basabilvaso agrega que pueden ser impuestas por reglamentos delegados y de ejecución. Marienhoff sostiene que la principal fuente es el reglamento autónomo.

<sup>17</sup>[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type\\_doc=COMfinal&an\\_doc=2005&nu\\_doc=718](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2005&nu_doc=718)

<sup>18</sup> Filippo SALVIA y Francesco TERESI, *Diritto urbanistico*, settima edizione, Padova, Cedam, 2002, pág. 71 y ss..

<sup>19</sup> Traducción: 1) la red de las principales vías de comunicación: calles, ferrovías y vías navegables y sus respectivas infraestructuras; 2) la división en zonas del territorio municipal con la indicación de las zonas destinadas a la

expansión urbana y la determinación de los vínculos a observar en cada zona; 3) las áreas destinadas a formar espacios de uso público o sometidas a servidumbres especiales; 4) las áreas de reserva para edificios públicos o de uso público, y también a obras e infraestructura de interés colectivo o social; 5) los vínculos a observar en las zonas de carácter histórico, ambiental, paisajístico; 6) las normas para la actuación del plan.

<sup>20</sup> Alessandro MONACO, ob. cit., 2003, Nápoles, Simone, págs. 721 y 722.

<sup>21</sup> Filippo SALVIA y Francesco TERESI, *Diritto urbanistico*, settima edizione, Padova, CEDAM, 2002, págs. 74 y 76.

<sup>22</sup> Filippo SALVIA y Francesco TERESI, ob. cit., pág. 76.

<sup>23</sup> T.A.R., Lombardia, Milán, Sez. II, 24 novembre 2006, n. 2847.

<sup>24</sup> C.d.S., Sez. IV, 19 gennaio 2000, n. 245.

<sup>25</sup> Mirta BELLOTTI, *Urbanizzazioni cerradas residenciales. Perspectivas de derecho urbanístico y de derecho civil*, Córdoba, Advocatus, 2006, pág. 107 y ss..

# INTERVENCIONES DE LA DIVISIÓN PATRULLA AMBIENTAL EN CASOS DE MALTRATO A LOS ANIMALES

por RAFAEL CONSIGLI \*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La ley nacional 14.346. III. Conclusiones.

## Introducción

Me parece oportuno considerar en esta ocasión esta temática particular ya que, cada vez con mayor frecuencia, la División Patrulla Ambiental de la Policía de la Provincia de Córdoba, interviene en hechos de esta naturaleza. Quizás, a primera vista, esto pueda deberse a una mayor sensibilidad de los ciudadanos hacia los animales, a un conocimiento progresivo de la legislación vigente o a determinadas conductas agresivas que adoptan las personas hacia las especies que poseen.

Es común encontrar últimamente animales abandonados a sus propios medios, presenciar castigos propinados por sus dueños, emplear animales para el trabajo en mal estado nutricional, etc.

Generalmente, el procedimiento se inicia por la denuncia que realiza un ciudadano en la Unidad Judicial, siendo comisionada posteriormente esta dependencia para intervenir en él. En todos los casos, el personal policial va acompañado de un médico veterinario policial quien va a constatar, como profesional idóneo en el tema, las lesiones o la situación particular sufrida por la especie en cuestión.

En los últimos años, con la introducción de nuevas razas caninas por cuestiones de inseguridad de la población, se han multiplicado los ataques a transeúntes o a sus propios dueños, las agresiones hacia otros animales vecinos, etc. En otros casos, al tornarse agresivos y peligrosos, los mismos dueños deciden deshacerse de ellos abandonándolos en la vía pública. Pero todas estas situaciones terminan con un mismo problema: no existe una institución que los reciba ya que no pueden darse en adopción por su peligrosidad.

## II. La ley nacional 14.346

Todos estos procedimientos están relacionados con la ley nacional 14346 sobre protección de los animales contra actos de maltrato y crueldad, a menos que deriven en otros delitos como lesiones o daño. El texto completo de esta normativa es el siguiente:

**Art. I.-** Será reprimido con prisión de 15 días a 1 año, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales.

**Art. II.-** Serán considerados actos de maltrato:

- 1) No alimentar en cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos.
- 2) Azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoquen innecesarios castigos o sensaciones dolorosas.

3) Hacerlo trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas.

4) Emplearlos en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado.

5) Estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos.

6) Emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas.

**Art. III.-** Serán considerados actos de crueldad

1) Practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables y en lugares o por personas que no están debidamente autorizadas para ello.

2) Mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo que el acto tenga fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie animal o se realice por motivos de piedad.

3) Intervenir quirúrgicamente animales sin anestesia y sin poseer el título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, salvo el caso de urgencia debidamente comprobada.

4) Experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia.

5) Abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en las experimentaciones.

6) Causar la muerte de animales grávidos cuando tal estado es patente en el animal y salvo el caso de las industrias legalmente establecidas que se fundan sobre la explotación del nonato.

7) Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causarles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por solo espíritu de perversidad.

8) Realizar actos públicos o privados de riñas de animales, corridas de toros, novilladas, y parodias, en que se mate, hiera u hostilice a los animales.

**Art. IV.-** Comuníquese al Poder Ejecutivo.

*“La cultura de un pueblo se refleja en el trato que se da a los animales” (Humboldt)*

A continuación, a partir de los artículos que componen esta ley, iremos comentando las situaciones en que esta dependencia ha debido actuar de oficio o por disposición de la autoridad judicial correspondiente.

*Actos de maltrato*

*1. No alimentar en cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos*

Frecuentemente se reciben denuncias por animales que circulan por la vía pública o se encuentran en domicilios particulares que no son alimentados en cantidad suficiente por sus dueños o que poseen un estado nutricional deficiente. Estas situaciones sólo pueden ser certificadas por el médico veterinario, quien es el único que puede constatar el verdadero estado en que se encuentra el animal, ya que es común que el denunciante vea las apariencias externas, las que no siempre coinciden con su estado nutricional verdadero.

*2. Azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoquen innecesarios castigos o sensaciones dolorosas.*

*3. Hacerlos trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climáticas.*

*4. Emplearlos en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado.*

Estos tres últimos aspectos son muy comunes en los carros tirados por caballos que se observan en todo el ejido urbano. Se han recibido llamados en casos de equinos que se encuentran en estado físico precario y otros en que el propietario le propina duros castigos al animal al no poder éste desempeñar la tarea requerida. Si esta situación es muy evidente se consulta ésta con la autoridad judicial y se prosigue con las directivas impartidas, que generalmente consisten en el traslado de la persona y el equino hasta la dependencia policial y la constatación del estado del animal por parte del profesional veterinario prosiguiendo con las actuaciones correspondientes.

Otro ejemplo es el de una persona que alquilaba caballos a turistas en el Valle de Punilla. Debido al excesivo uso y al poco cuidado que les brindaba el propietario, los animales estaban en un estado nutricional deficiente y con lastimaduras sobre su cuerpo.

*5. Estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos.*

Este aspecto está muy ligado a las riñas efectuadas con animales (perros o gallos) ya que para aumentarles el poder ofensivo se los estimula con drogas varias.

*6. Emplear animales en el tiro de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas.*

En algunas ocasiones se han recibido llamados por cargas excesivas que exceden la posibilidad de ser movidas por los equinos, consultando como en los casos anteriores con la autoridad judicial los pasos a seguir.

#### *Actos de crueldad*

1. Practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables y en lugares o por personas que no están debidamente autorizadas para ello.

2. Mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo que el acto tenga fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie animal o se realice por motivos de piedad.

3. Intervenir quirúrgicamente animales sin anestesia y sin poseer el título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, salvo el caso de urgencia debidamente comprobada.

4. Experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia.

5. Abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en las experimentaciones.

6. Causar la muerte de animales grávidos cuando tal estado es patente en el animal y salvo el caso de las industrias legalmente establecidas que se fundan sobre la explotación del nonato.

Un caso en el que se intervino últimamente es el de un equino en estado de gravidez avanzado, al que se le hizo trabajar tirando un carro prácticamente hasta el momento de la parición. Como resultado de esos esfuerzos a los que se vio sometido, la cría nació muerta.

*7. Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causarles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por solo espíritu de perversidad.*

En un procedimiento realizado en el interior de la provincia, una persona había matado aves autóctonas utilizando un arma de fuego, utilizándolas como blanco para hacer puntería. Es decir, no perseguía fines cinegéticos ni la captura de ejemplares para su venta, sino que las mataba por el simple hecho de matarlas.

Otros casos recientes han sido los envenenamientos masivos de animales. El primero en cercanía de Río Ceballos, donde se constató la muerte de unas ochocientas aves autóctonas debido a la colocación de semillas con algún producto tóxico. Otros hechos han sido algunos envenenamientos masivos de perros en barrios de la ciudad de Córdoba. El más reciente en Capilla del Monte, donde utilizando la misma modalidad se produjo la muerte de gran cantidad de perros y zorros silvestres. El mayor problema radica en que es muy difícil individualizar a los autores de estos hechos.

*8. Realizar actos públicos o privados de riñas de animales, corridas de toros, novilladas, y parodias, en que se mate, hiera u hostilice a los animales.*

Este es uno de los puntos más interesantes de la normativa habiendo intervenido la División Patrulla Ambiental en diversas ocasiones, tanto en la capital como en el interior de la provincia.

En este caso, el procedimiento se inicia por investigación propia o por datos aportados por terceros, efectuando la declaración en la Unidad Judicial correspondiente. Una vez librada la orden judicial se procede al allanamiento de la vivienda o local, constatando la existencia y estado de salud de los animales y procediendo al secuestro de todos los elementos probatorios de que en ese lugar y con esos animales se efectúan peleas organizadas: ring, púas, jeringas, drogas estimulantes, etc. Si los animales están en buen estado, estos últimos elementos serán fundamentales para probar que en ese lugar se realizan este tipo de eventos y de que esos animales se emplean para tal fin.

Si los animales presentan heridas o cicatrices y se determinan que éstas son productos de peleas, aunque en ese lugar no se encuentren los elementos mencionados, será suficiente para poder aplicar la ley.

Evidentemente, la presencia de un médico veterinario es imprescindible en el momento del procedimiento, ya que este profesional podrá determinar cuál es el estado de salud de los animales, comprobar que las heridas o cicatrices que presentan son producto de peleas y determinar si los medicamentos existentes se emplean como estimulantes, dejando asentados todos estos aspectos al prestar la declaración correspondiente.

Es necesario aclarar que *la simple tenencia de estos animales no está castigada*, por más que uno sospeche de que son empleados para riñas. En un procedimiento en la ciudad de Córdoba se constató la existencia de más de 100 gallos de riña en una sola vivienda, pero se encontraban en perfecto estado de salud, sin heridas o cicatrices que dejaran entrever que habían sido utilizados en peleas. Tampoco se encontraron los instrumentos y medicamentos propios de este tipo de actividad, por lo que no se pudo proceder al secuestro de ninguno de ellos, quedando el procedimiento como una simple constatación.

También es interesante comentar que en varias oportunidades otras dependencias policiales se encontraban efectuando allanamientos por motivos distintos (detención de personas, robos, etc.) y al ingresar a las viviendas se encontraron con animales de riña y elementos probatorios. En estos casos consultan con la autoridad judicial que libró la orden y le dan participación a la División Patrulla Ambiental para que proceda a la constatación y traslado de las especies, quedando ellos a cargo de la entrega del procedimiento.

Justamente éste es *el punto crítico* de este tema: el destino de los animales, el lugar de depósito y la institución que debe recibirlos. Al ser animales de pelea su reinserción es prácticamente imposible, no pueden darse en adopción por su peligrosidad y deben mantenerse en jaulas individuales para evitar que se dañen entre ellos. Además, deben recibir una alimentación especial. Por una cuestión de solidaridad y colaboración la Sociedad Protectora de Animales Sarmiento ha recibido ejemplares provenientes de secuestro, manteniéndolos por largo tiempo hasta que se resuelva su situación.

### **III. Conclusiones**

En los últimos años, ya sea por requerimiento de la autoridad judicial o de la ciudadanía, la División Patrulla Ambiental, cada vez con mayor frecuencia, efectúa este tipo de procedimientos donde se procede al secuestro o decomiso de animales maltratados, abandonados o mal alimentados, casos de riñas o envenenamiento. Los motivos que llevan a este tipo de situaciones pueden ser muy diversos: conductas humanas agresivas, falta de sensibilidad hacia los animales, proliferación de razas caninas peligrosas, entre otros. Pero como ya comentamos, el destino final de esos animales es aún un problema mayor, ya que su recuperación o su reinserción es, en muchos casos, prácticamente imposible.

#### Notas

- Subcomisario Ing. Agr. Rafael E. Consigli, 2° jefe División Patrulla Ambiental, Policía de la Provincia de Córdoba.

•

# LOS ORGANISMOS INTERJURISDICCIONALES DE CUENCA Y EL NUEVO ORDEN JURÍDICO AMBIENTAL: CUENCA DEL SALÍ-DULCE Y MATANZA-RIACHUELO

por CRISTINA DEL CAMPO

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La constitución de organismos de cuenca y lo federal. III. Cuenca como unidad de gestión en el nuevo ordenamiento jurídico institucional ambiental (ley 25.688). IV. Los recientes comités de cuenca: el ACUMAR y el Salí-Dulce. V. Algunas reflexiones.

## I. Introducción

La gestión de cuencas interjurisdiccionales mediante organismos de cuenca se presenta como un verdadero desafío para la gestión, principalmente por enfrentarse en nuestro país ante un sistema de Estado, donde lo “*federal*” importa la existencia de diferentes niveles de poder, donde Nación, Provincia y municipio se despliegan en un mismo territorio con diferentes atribuciones, dominios y jurisdicciones. El sistema federal de Estado necesariamente se contrapone a la gestión de cuencas, habida cuenta que propone una nueva división, que si bien es básicamente administrativa y con funciones y atribuciones concretas, los espectros de política no les facilitan emerger como verdaderas herramientas de gestión de aguas compartidas.

La cuenca hídrica ha venido siendo reconocida como la *unidad de gestión* promovida y plasmada en acuerdos internacionales desde foros y conferencias internacionales, lo que incluso ha sido recepcionado en nuestro ordenamiento interno. Siendo en la misma Constitución Nacional (C.N.) donde se reconoce a las provincias la facultad de acordar mediante la constitución de tratados interjurisdiccionales para fines específicos, como por ejemplo, en materia de gestión de aguas interjurisdiccionales.

La creación de este tipo de organismos no es algo nuevo en nuestro país. Así se han venido constituyendo una serie de organismos, entes, comités de cuencas interjurisdiccionales internos que desde diferentes grados y niveles de autonomía se han desenvuelto en las últimas décadas, centrándose sus objetivos básicamente en el manejo del agua (tanto de la escasez como del exceso) en algunos casos con objetivos eminentemente recursistas (energéticos, riego, manejo de aguas de presas, etc.) y en los menos con objetivos ambientales. Entre los organismos de cuenca interjurisdiccionales podemos citar la COREBE, COIRCO; AIC; por nombrar algunos de los más representativos en nuestro país <sup>1</sup>.

La aparición del *nuevo orden jurídico institucional ambiental* con la reforma constitucional del ‘94 trajo aparejado un cambio en lo que respecta a la constitución de este tipo de organismos y un desafío institucional en materia de coordinación no sólo interjurisdiccional sino interinstitucional.

El nuevo orden jurídico ambiental ha venido a trastocar las bases mismas de lo relacionado con las aguas. Los recursos hídricos, son subsumidos a la tutela del agua, como elemento ambiental. El agua ha pasado de un nivel de tutela a otro que involucra valores superiores, que obliga a los gestores de aguas a readaptar su gestión a la norma, en el marco de una regulación desactualizada con relación al nuevo marco jurídico institucional y en su gran mayoría con poco desarrollo de la normativa relacionada con aguas y ambiente.

“Lo ambiental” viene a teñir la concepción de aguas recursista y los fines mismos de estos organismos. Ya no sólo es materia de los afianzados organismos de agua provinciales y nacionales (y referidos a usos específicos como de energía, riego, obras públicas) sino que ahora las cuestiones relacionadas con las aguas pasan a ser materia también del ámbito ambiental. Con lo que la constitución de los organismos interjurisdiccionales de cuencas ya no sólo se referirá a gestión de

aguas desde aspectos tradicionales referidos a los usos y defensas contra los efectos nocivos de las aguas sino que deben ser readecuados -como lo han venido siendo los ya constituidos- a los fines y objetivos ambientales; sumándose a la concertación de políticas hídricas, la concertación en materia ambiental. Lo que no es poco al momento de establecerse prioridades de desarrollo, o de ambiente, conforme sea la región de que se trate.

Tal es el caso de dos de los últimos organismos de cuencas que nacidos desde problemáticas hídrico-ambientales con sus particularidades específicas se presentan con caracteres de constitución y de funcionamiento diferentes, en un marco constitucional que nos obliga a replantearnos la concepción de lo federal en la constitución y funcionamiento de este tipo de organismos <sup>2</sup>.

## II. La constitución de organismos de cuenca y lo federal

Las cuencas hídricas como unidad de gestión se enfrentan en nuestro país a una realidad conformada por nuestro sistema de estado y de gobierno, donde la gestión de lo que se considera un sistema interrelacionado y complejo, se halla fraccionado por divisiones políticas que encuentran su justificación en nuestros orígenes como Nación. Las provincias como entes preexistentes a ésta son quienes delegan al momento de constituirse una serie de competencias, reservándose otras y quedando algunas como concurrentes entre los diferentes niveles de poder.

Es recién a partir de la reforma constitucional del '94 que queda explicitado -a nivel constitucional- el dominio de los recursos naturales como correspondiente a las provincias. Dominio que va acompañado de la competencia legislativa para regular la materia <sup>3</sup>, (con las excepciones constitucionales).

Artículo 124 (...) Corresponde a las provincias el **dominio originario** de los recursos naturales existentes en su territorio.

Dominio y legislaciones propias sobre los recursos hídricos conllevan a una situación compleja al momento de abordar la gestión de la cuenca como unidad. Para dicha gestión, de las aguas interjurisdiccionales -y a partir de lo prescripto por la Constitución Nacional (C.N.)-, *las provincias pueden gestionar tratados* parciales (arts. 107, 125 C.N.); los que permiten a las provincias ampliar el plexo de derechos, con los que en definitiva debe tenderse al bien común y al bienestar general:

**Art. 125.-** “Las provincias pueden celebrar *tratados* parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con *conocimiento* del Congreso Federal”.

Con lo que a los fines de la relación interjurisdiccional, las provincias, en el marco de sus competencias cuentan -entre otras- con la herramienta específica de *los tratados interprovinciales*. Para nacer, dichos organismos requieren de la previa *concertación interprovincial* a través de lo que presupone el acercamiento previo de las gestiones provinciales involucradas, a los fines de coordinar su accionar sobre las aguas que comparten. Las provincias negociarán conforme a sus intereses, necesidades, etc., los términos del tratado, (y de la gestión en común que abarcan, por ej., la distribución de cupos de agua y acuerdos sobre aspectos específicos de gestión, como redes hidrometeorológicas, estudios sobre temas determinados, obras conjuntas, etc.). Es en este marco que el Estado Nacional puede proponer o facilitar a las provincias la conformación de entidades de cuenca, y brindar apoyo para su creación y mejor funcionamiento, si bien serán éstas las que acuerden sobre lo que les es propio.

A su vez, el Estado Nacional y las provincias pueden concertar acuerdos, y en ninguno de los casos éstos podrán alterar, modificar, o transferir competencias entre sí.

*“El reparto competencial no puede ser objeto de convenios entre la federación y las provincias, lo que puede ser objeto de ellos es la mejora o ampliación de derechos”* <sup>4</sup>.

La facultad de acordar por parte de las provincias y, en consecuencia, de acordar la gestión conjunta, cada una en el marco de sus competencias, de las aguas de una misma cuenca, se suma a la necesidad de que todo tratado interprovincial deba tener aprobación del Congreso de la Nación. De allí la necesidad de su elevación tanto a las legislaturas provinciales como al Congreso de la Nación: *“hemos considerado siempre, todo tratado interprovincial requiere de aprobación del Congreso federal”*<sup>5</sup>.

Tal concertación será por lo tanto sobre la constitución misma del organismo como asimismo sobre la reglamentación de lo que se ha acordado para esa cuenca y el acuerdo particular (estatuto) o convenio interjurisdiccional que deberá plasmarse en una ley, si se desea crear una persona de derecho público<sup>6</sup>.

La instancia de un ámbito de concertación del accionar en la cuenca, como base de comunicación, intercambio de datos y de información en general, es la adecuada para una gestión concertada de las cuencas. Más allá de ser la oportunidad a partir de la cual las provincias puedan debatir sobre diversos aspectos que involucran aspectos potencialmente conflictivos de la gestión de aguas, como por ejemplo, el aprovechamiento, los usos competitivos, la contaminación, etc. De allí que se presenta como inevitable que sean las provincias titulares del dominio las que se sienten a negociar sobre la gestión de aguas en la cuenca, donde lo ambiental es uno de los aspectos. Ello sin dejar de reconocer ámbitos de coordinación nacionales<sup>7</sup>.

### **III. Cuenca como unidad de gestión en el nuevo ordenamiento jurídico institucional ambiental (ley 25.688)**

La concepción misma de cuenca hídrica es el de unidad<sup>8</sup>, en la que se vincula el ciclo hidrológico, con un territorio y un ambiente en particular. Donde el agua es entendida como un todo, aun cuando su dominio se encuentre fragmentado por divisiones políticas (provincias, naciones) o por estados del agua o sus tipologías. Por lo que en cierta medida es la supra unidad a la que correspondería un curso o cuerpo de agua o el conjunto de ellos.

La concepción de unidad de cuenca para la gestión integral de cuencas hídricas viene siendo tratada y propuesta desde diversas conferencias internacionales, declaraciones, tratados y convenios internacionales, multilaterales, foros científicos, etc.<sup>9</sup>, los que han hecho evolucionar el mundo de conceptos que rondan en torno a la gestión de los recursos hídricos en unidades ambientales de cuencas, cuestionándose incluso las pasadas políticas hídricas en su base conceptual.

Podemos partir de entender por cuenca hidrográfica<sup>10</sup> a la *“superficie total de tierra drenada por un río y sus afluentes”*<sup>11</sup>. O bien de entender que cuenca *“es la región de la tierra que la abastece por medio de sus afluentes y subafluentes. Es un área determinada que tiene una cierta inclinación, de resultas de la cual todas las aguas se dirigen directa o indirectamente a un determinado río que hace de colector general de las mismas, el que a su vez, en general, desemboca al mar”*<sup>12</sup>.

Si comparamos con la conceptualización que en tratados y acuerdos internacionales, éstos van desde conceptos amplios a restringidos de cuencas, entre los que podemos citar el aparecido en la 48ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional<sup>13</sup> (Nueva York, 1958) donde se expone: *“Tal como se usa en esta declaración, se entiende por cuenca de desagüe la región situada dentro del territorio de dos o más estados y en la cual las corrientes de agua fluyen por la superficie del terreno, tanto naturales como artificiales, desaguan una línea común divisoria de aguas que termina en una salida común o en salidas comunes al mar o a algún lago o lugar interior desde el cual no hay salida aparente al mar”*. Por otra parte, la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación<sup>14</sup>, reemplaza el concepto de cuenca (concepto restringido) por el más restringido de curso de agua internacional.

La Regla II de las Reglas de Helsinki sobre el Uso de las Aguas de los Ríos Internacionales <sup>15</sup> introduce el concepto de cuenca hidrográfica internacional. Allí se define como cuenca hidrográfica internacional al área geográfica que se extiende por el territorio de dos o más estados, delimitada por la línea divisoria del sistema de las aguas, incluyendo las aguas superficiales y subterráneas que fluyen hacia un término común. Concepto éste que incluiría no sólo a las aguas sino a los cauces, y sus ecosistemas (concepto amplio).

Desde “lo ambiental” a partir de la Conferencia de Estocolmo sobre Ambiente Humano de 1972 se habla de recursos naturales compartidos entre dos o más Estados, dentro de los cuales figuran las *cuenas internacionales*, incluyéndose a sus recursos biológicos.

El nuevo orden jurídico institucional nacido a partir de la reforma constitucional de 1994 no sólo trajo consigo el reconocimiento expreso del derecho al ambiente sano y equilibrado, (entre otros, derechos-deberes reconocidos) sino que además faculta al Congreso de la Nación al dictado de los presupuestos mínimos ambientales que terminan siendo plasmados en la ley 25.675 <sup>16</sup>, donde aparece una serie de principios y objetivos de política ambiental aplicables a la materia en tratamiento. En general, la concepción de gestión unitaria de cuencas encuentra su respaldo en los criterios y principios ambientales de la ley general del ambiente (ley 25675) o ley de presupuestos mínimos ambientales.

Asimismo, el criterio de unidad de cuenca para la gestión integral de cuencas hídricas que ya viniera siendo propuesto desde organismos y en convenios internacionales también está asentado en los Principios Rectores sobre Política Hídrica, los que fueron consensuados por veintitrés jurisdicciones y que aprobaron y ratificaron las provincias en su ordenamiento jurídico, sin que aún la Nación le dé tratamiento legislativo <sup>17</sup>.

A la par de esta ley, se amplió la facultad de dictado a una serie de leyes (¿sectoriales?) específicas de presupuestos mínimos. Así nace la poco feliz ley 25.688 <sup>18</sup> tratando específicamente sobre cuencas hídricas e incorporando inclusive una definición de cuenca hídrica, en el art. 2º: “A los efectos de la presente ley se entenderá: Por cuenca hídrica superficial, a la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas”. Receptando en el art. 3º, el principio de unidad de cuenca, lo que, desde la gestión ambiental importa su reconocimiento como sistema complejo e interdependiente entre los elementos que la componen como asimismo del sistema cuenca con otros sistemas.

**Art. 3º-** “Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles”.

Asimismo en esta ley de presupuestos mínimos se ingresa en ámbitos eminentemente provinciales:

**Art. 4º-** “Créanse, para las cuencas interjurisdiccionales, los comités de cuencas hídricas con la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de las cuencas hídricas. La competencia geográfica de cada comité de cuenca hídrica podrá emplear categorías menores o mayores de la cuenca, agrupando o subdividiendo las mismas en unidades ambientalmente coherentes a efectos de una mejor distribución geográfica de los organismos y de sus responsabilidades respectivas”.

Salvando las deficiencias en materia de vulneramiento de facultades provinciales (inconstitucionalidad) de la ley 25.688 de PMA <sup>19</sup> en su art. 4º *crea* para las cuencas interjurisdiccionales la figura de los *comités de cuencas* a partir de la adopción del criterio de unidad ambiental de gestión del recurso (art. 3º) incorporando el *concepto de coordinación* que ya tratara la ley 25.675 (LGA), y que para el caso de los recursos compartidos debe ser entendido

como de *concertación*. Si bien aclara en el articulado que la función es la de *asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos* y de “colaborar en la gestión” ambientalmente sustentable de las cuencas interjurisdiccionales.

Debemos recordar que los presupuestos mínimos ambientales no deben alterar jurisdicciones locales y que las provincias deberán “complementarlas” lo que no sólo interesa una complementación de normas con objetivos de política ambiental, sino una coordinación interjurisdiccional e interinstitucional de acciones (fines) al ejecutarlas. Muy alejado de ello en el art. 6° para el caso de las cuencas interjurisdiccionales, establece que cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de Cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen. Asimismo esta ley prevé en su texto su reglamentación, preguntándonos qué se entenderá por ley de presupuestos mínimos, y cuál terminará siendo el papel de las provincias en materia de cuencas interjurisdiccionales.

De esta forma, “lo ambiental” constitucional del art. 41 C.N., se despliega en una serie de atribuciones y funciones que pasan del “dictado por parte del congreso de los presupuestos mínimos ambientales” a la gestión de aguas provinciales, mediante la constitución de organismos de cuencas.

#### **IV. Los recientes comités de cuenca: el ACUMAR y el Salí-Dulce**

Las formas de organización y los diversos nombres (comité, ente, o autoridad de cuenca) que los organismos de cuenca pueden tomar abarcan un amplio grado de funciones decisorias, ejecutivas y operativas, que tienen que ver con el uso, control y conservación de los recursos hídricos de la cuenca. El nivel y grado de autonomía (política, económica, financiera, institucional, administrativa, etc.) hace que la constitución de estos organismos puedan variar desde ser órganos ejecutivos con mandatos específicos de gestión (ej., en materia de determinados uso de aguas previamente acordados; para la recaudación de ingresos, ejecución de programas o planes de gestión ambiental, etc.) a ser órganos meramente consultivos y de asesoramiento a los órganos ejecutivos y administrativos, e incluso de ser verdaderas instancias de coordinación, comunicación y, en definitiva, de concertación de políticas entre las partes involucradas y en los que por, lo general, la Nación, ha venido participando a través del Ministerio del Interior.

Luego de la aparición del nuevo orden jurídico ambiental, se han constituido (uno por ley, el otro aún en fase de conocimiento del Congreso de la Nación) organismos de cuenca interjurisdiccionales, nacidos uno desde Nación, otro desde el acuerdo de las provincias; sus objetivos, forma de constitución, funciones y grados de autonomía les son particulares a cada uno de ellos <sup>20</sup>.

Axial mediante ley 26.168 se crea el “ACUMAR”: “Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo” <sup>21</sup>, como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación de la Jefatura de Gabinete de Ministros. La Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo se crea para ejercer su competencia en el área comprendida por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los partidos de Lanús, Avellaneda, Lomas de Zamora, Esteban Echeverría, La Matanza, Ezeiza, Cañuelas, Almirante Brown, Morón, Merlo, Marcos Paz, Presidente Perón, San Vicente y General Las Heras, de la Provincia de Buenos Aires (art. 1°).

Esta se crea por ley nacional siendo la autoridad de aplicación el organismo ambiental a nivel nacional. La Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo estará compuesta por ocho (8) integrantes, entre ellos, el titular de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (SAyDS) de la Jefatura de Gabinete de Ministros, quien ejerce la presidencia. Asimismo está integrado por tres

representantes más del Poder Ejecutivo Nacional; dos representantes de la provincia de Buenos Aires y dos representantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, encontrándose la Nación con cuatro representaciones y dos y dos por cada una de las jurisdicciones titulares de la cuenca; con la presidencia a cargo también de la Nación, del organismo ambiental (SAyDS).

Por su parte, el Comité de Cuenca del Salí-Dulce, se genera mediante un acuerdo previo entre las provincias firmantes de la cuenca <sup>22</sup>, el cual es firmado por todas ellas, e invitado el organismo de aguas (Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación), el ambiental (SAyDS) y el Ministerio del Interior. La firma del acuerdo, efectuada el 21 de marzo de 2007 es, conforme a la base constitucional, la primera base del futuro tratado, el que se concreta al momento de ser elevado y aprobado por las respectivas legislaturas provinciales y por el Congreso de la Nación.

En ambos casos, estos territorios fueron objeto de diferentes intervenciones, que para el caso del Matanza-Riachuelo han venido siendo de notorio conocimiento <sup>23</sup> y para el caso del Salí-Dulce, ya existía un organismo de cuenca creado por la Nación, que no logró emerger en la práctica como tal <sup>24</sup> fundamentalmente por no contar con la instancia de acuerdo previo entre las partes.

Los objetivos de constitución de los nuevos organismos de cuenca, les son particulares a cada uno de ellos, así para el caso de la cuenca del Matanza-Riachuelo, el objetivo es la constitución del organismo:

**Art. 1º.-** “Créase la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

La Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo ejercerá su competencia en el área de la Cuenca Matanza-Riachuelo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los partidos de Lanús, Avellaneda, Lomas de Zamora, Esteban Echeverría, La Matanza, Ezeiza, Cañuelas, Almirante Brown, Morón, Merlo, Marcos Paz, Presidente Perón, San Vicente y General Las Heras, de la provincia de Buenos Aires.

Y cuyas principales facultades son (del ACUMAR) las de “*regulación, control* y fomento respecto de las *actividades industriales*, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la cuenca, pudiendo intervenir administrativamente en materia de prevención, saneamiento, recomposición y utilización racional de los recursos naturales” (art. 5º ley 26.168).

Por su parte, el objeto del actual acuerdo constitutivo del Comité del Salí-Dulce: (conf. al art. 2º del Estatuto que integra el acuerdo firmado y que se encuentra en instancia de elevación al conocimiento del Congreso de la Nación) es el de (del Comité) “cooperación, colaboración y de coordinación entre las provincias integrantes de la cuenca y de las autoridades nacionales involucradas en la materia, tiene como objetivo acordar y avalar propuestas de acciones conjuntas o coordinadas encaradas por las partes firmantes” <sup>25</sup>.

La integración del mismo es (art. 4º del Estatuto): “El Comité estará integrado por los gobernadores de las provincias signatarias y por los ministros del Interior, de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y el jefe de Gabinete de Ministros de la Nación, los que constituyen el Consejo de Gobierno del Comité”. Estableciéndose en dicho artículo (art. 4º) que: “Ninguna acción impulsada por el Comité de Cuenca podrá afectar las potestades y derechos de los Estados signatarios”. Dicho Consejo de Gobierno como máxima autoridad y órgano político de decisión está facultado para acordar o proponer la implementación conjunta o coordinada de acciones, planes, medidas estructurales y no estructurales, relacionadas con la gestión integrada de los recursos hídricos de la Cuenca (art. 5º)

A su vez, dicho Consejo de Gobierno será asistido por una Comisión Técnica cuya función consistirá en la formulación, gestión e implementación de acuerdos sobre acciones concretas, entre las provincias y los sectores directamente afectados; pudiendo convenir medidas ejecutivas y

acciones operativas específicas conducentes al cumplimiento de los fines del Comité. La Comisión Técnica estará integrada por un representante titular y uno alterno designados por cada una de las partes firmantes. La Comisión Técnica invitará a sus reuniones a representantes de los sectores afectados por los temas a tratar.

La *coordinación* de esta Comisión Técnica estará a cargo de un representante que designe la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y otro por la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación y de un coordinador adjunto, el que será designado anualmente en forma rotativa por los representantes provinciales de entre sus miembros (art. 6º)

Se establece por otra parte que el Comité tendrá su sede en la ciudad de Santiago del Estero.

Por su parte, en la ley de creación del organismo nacional se crea en el “ámbito de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo, un Consejo Municipal integrado por un representante de cada municipio de las jurisdicciones comprendidas, cuyo objeto será el de cooperar, asistir y asesorar al ente” (art. 3º) y una Comisión de Participación Social, con funciones consultivas.

Entre las facultades de la (art. 5º) Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo, además de las citadas en general, en particular la autoridad está facultada para:

“a) Unificar el régimen aplicable en materia de vertidos de efluentes a cuerpos receptores de agua y emisiones gaseosas;

b) Planificar el ordenamiento ambiental del territorio afectado a la cuenca;

c) Establecer y percibir tasas por servicios prestados;

d) Llevar a cabo cualquier tipo de acto jurídico o procedimiento administrativo necesario o conveniente para ejecutar el Plan Integral de Control de la Contaminación y Recomposición Ambiental;

e) Gestionar y administrar con carácter de Unidad Ejecutora Central los fondos necesarios para llevar a cabo el Plan Integral de Control de la Contaminación y Recomposición Ambiental”.

Es de resaltar el artículo de prevalencia normativa que especifica:

**Art. 6º.-** “Las facultades, poderes y competencias de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo en materia ambiental prevalecen sobre cualquier otra concurrente en el ámbito de la cuenca, debiendo establecerse su articulación y armonización con las competencias locales”.

El organismo cuenta con una serie de facultades (medidas preventivas, art. 7º) <sup>26</sup> que al ser eminentemente provinciales (y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) deberán ser coordinados en forma específica con cada una de estas jurisdicciones (y municipios).

Asimismo cuenta con un régimen de financiamiento (se crea un Fondo de Compensación Ambiental que será administrado por la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo y será destinado prioritariamente a la protección de los derechos humanos y a la prevención, mitigación y recomposición de los daños ambientales).

El Comité del Salí-Dulce es creado como persona de derecho público, pero sin la asignación específica de fondos.

## **I. Algunas reflexiones**

Los citados comités de cuenca (como ya señaláramos: uno nacido por ley y, el otro, en trámite

de conocimiento del Congreso de la Nación) difieren en aspectos que en las formas de constitución y de funcionamiento -entre otros- hacen de cada uno de ellos organismos de cuenca interjurisdiccionales con particularidades de origen y de funcionamiento.

En nuestro país se vienen ensayando diferentes formas de adaptar la gestión de cuenca hídrica a nuestro sistema de Estado. La búsqueda siempre ha venido corriendo el riesgo (concretado en muchos de los casos) de ingresar en una forma de gestión en posible conflicto con el sistema mismo de Estado y, en consecuencia, con la gestión de las aguas (dominio, jurisdicción y competencia) de las provincias y el sistema competencial constitucional.

Es por ello que no podemos dejar de resaltar que mediante el instituto de “acuerdos interjurisdiccionales” y la concepción del Dr. Frías sobre acuerdos de concertación este posible conflicto encontraría una salida adaptada entre lo propuesto como apropiado de gestión por cuencas y el sistema de gestión de aguas provinciales (fraccionamiento de aguas)<sup>27</sup> conforme con nuestra división y competencias.

El dominio originario de las aguas por parte de las provincias y “lo ambiental” que involucra el dictado de leyes de presupuestos mínimos nos vienen indicando un cauce que aún es divagante, en abanico y que requiere de ámbitos específicos de coordinación, comunicación y, en definitiva, de concertación no sólo para la creación y funcionamiento de los organismos de cuenca interjurisdiccionales sino para gestión específica de cada una de las dimensiones que importan la gestión de cuencas hídricas.

## Notas

<sup>1</sup> En nuestro país son muchas las instancias de organización en comités de cuencas interjurisdiccionales que se han concretado, entre ellas: Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (COIRCO) ley 8749 de la provincia de Buenos Aires (3/3/77); ley 775 de la provincia de La Pampa (15/2/77); ley 4154 de la provincia de Mendoza (3/2/77); ley 982 de la provincia de Neuquén (25/2/77); ley 1210 de la provincia de Río Negro (3/3/77); y ley 21.611 de la Nación (1/8/77) modif. por ley 22.721 de la Nación (27/1/83); Tratado de Creación de la Autoridad Interjurisdiccional de las cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro (AIC) ley 7600; Buenos Aires, ley 1651; Neuquén, ley 2088; Río Negro, aprobada por ley nacional N° 23.896. - Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE); Acta constitutiva (2/10/1981); ley 22.697 (17/12/1982); de cr. 436/83 (22/2/1983); Convenio sobre Distribución Cupos de Agua del Río Bermejo (14/10/1982); ley 2656 - Chaco (20/11/1981); ley 1227 - Formosa (17/9/1982); ley 3823 - Jujuy (19/10/1981) ; ley 6135 - Salta (2/8/1983); ley 8928 - Santa Fe (24/11/1981) ; ley 5053 - Santiago del Estero (22/12/1981), el ACUMAR y el del Salí-Dulce que trataremos más adelante. Asimismo han existido y existen otros organismos de cuencas como el Comité de Cuenca de la Llanura Pampeana, etc..

<sup>2</sup> Este trabajo es un recorte de otra tarea más amplia aún en elaboración en el que se trata sobre los caracteres constitutivos de los más representativos organismos de cuenca en el país y la comparación de éstos con los nuevos organismos.

<sup>3</sup> Esto que a partir de 1994 aparece tan claro, anteriormente no era así, ya que corrieron ríos de tinta y papel en uno y otro sentido, esto es, avalando las tesis de dominio de las aguas -por ejemplo- por parte de las provincias o por parte de la Nación.

<sup>4</sup> G. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1994 ,t. V, pág. 173.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *El organismo de cuenca como persona jurídica de derecho público*: La Constitución Nacional (C.N.) al establecer la organización jurídica del país, determina las unidades políticas a las que les reconoce personalidad jurídica en “orden al cumplimiento de sus fines” (Nación, provincias y municipios). Ello conforme con los arts. 1º, 5º, 121 y 123 C.N.. La distinción entre personas jurídicas y públicas tiene su base en el art. 33 C.C., que les asigna carácter público a las citadas. El régimen jurídico será distinto para las personas jurídicas públicas que para las privadas. Las personas jurídicas públicas poseen *caracteres diferenciadores*, que van desde su forma de creación (origen por ley o decreto), recursos, modo de actuación, jurisdicción, etc. Caracteres éstos que se encuentran -en algunos casos, latentes- en un organismo de cuenca (Ver R. DROMI, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 528 y ss.).

<sup>7</sup> Entre las competencias específicas de los organismos nacionales (ley orgánica de ministerios) se encuentra: Ministerio del Interior: *Objetivos generales*: Es competencia específica del Ministerio del Interior, asistir al presidente de la Nación y al jefe de Gabinete de Ministros, en orden a sus competencias, en todo lo inherente al gobierno político interno, a la seguridad interior y al ejercicio pleno de los principios y garantías constitucionales, asegurando y preservando

el régimen republicano, representativo y federal. Como resumen de los objetivos particulares: “Entender en las relaciones y en el desenvolvimiento con los gobiernos de las provincias y el de la Ciudad de Buenos Aires, y en las relaciones y cuestiones interjurisdiccionales y coordinar políticas que coadyuven y fomenten la formación de regiones en el territorio nacional, a los fines establecidos en el artículo 124 de la Constitución Nacional (decrs. 1066 y 1067/04; decr. 258/2003)”. Elaborar las medidas necesarias para el cumplimiento de las políticas que hacen a la protección de la comunidad colaborando con los entes nacionales, provinciales o privados, frente a desastres naturales o causados por el hombre, y a ilícitos que por naturaleza sean de su competencia (decrs. 1066 y 1067/2004, Boletín Oficial N° 30.468 del 23/8/04); decr. 258/2003. Organización institucional, decr. 1142/03 Estructura organizativa de la Secretaría de Obras Públicas, 28/11/2003. Acciones de las Direcciones Nacionales (Resolución N° 58/2004). Objetivos 1 - Asistir al señor secretario de Obras Públicas en la elaboración y ejecución de la política hídrica nacional y proponer el marco regulatorio relativo al manejo de los recursos hídricos, vinculando y coordinando la acción de las demás jurisdicciones y organismos intervinientes en la política hídrica. 2.- Elaborar y ejecutar programas y acciones vinculadas a la gestión de recursos hídricos internacionales compartidos, sus cuencas, cursos de agua sucesivos y contiguos y regiones hídricas interprovinciales y cuerpos de agua en general, representando al Estado Nacional en coordinación con los organismos y jurisdicciones involucrados. 3.- Formular y ejecutar programas y acciones de gestión y desarrollo de infraestructura, con sus correspondientes usos y efectos, y de servicios vinculados a los recursos hídricos en lo que respecta a su construcción, operación, mantenimiento, control y regulación, a nivel internacional, nacional, regional, provincial y municipal e implementar los mecanismos de participación del sector privado y de la comunidad en los casos que corresponda. 9.- Ejercer el contralor del accionar del los siguientes organismos: Comisión Regional del Río Bermejo, Comité Interjurisdiccional del Río Colorado y Autoridad Interjurisdiccional de las Cuencas de los Ríos Limay, Neuquén y Negro. Por su parte, le corresponde a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable -entre otros objetivos-: 1. La formulación ejecución e implementación de la política ambiental nacional y la coordinación con los distintos organismos (decr. 830/06).

<sup>8</sup> En general, la adopción del ámbito de una cuenca u hoya hidrográfica como unidad de gestión, es hábil para fortalecer la capacidad del país para desarrollar y administrar recursos hídricos en el contexto del desarrollo sostenible; para ordenar las actividades que mejoren la calidad de vida del hombre o lo “desarrollen” tiene su origen en la relación estrecha que existe entre el agua y las necesidades del hombre. Es en este marco que la concertación sobre cuencas hídricas constituye una base fundamental para el desarrollo provincial y regional. La cuenca hidrográfica es asiento de numerosos y complejos fenómenos vinculados a la cantidad y calidad de agua y a sus cambios, producidos por el hombre o no y que pueden ser beneficiosos o perjudiciales para el bienestar de la sociedad. Por la unidad del ciclo hidrológico es imposible manejar el agua en forma fragmentada. La calidad de las aguas interiores afectará la de las aguas costeras. El manejo cuantitativo y cualitativo de las aguas superficiales afectará al de las aguas subterráneas y viceversa. La gestión de cuencas debe contemplar la relación estrecha que existe entre la cantidad y la calidad. Igual relación de dependencia mutua se presenta con los demás recursos ambientales, por ejemplo, el suelo, la cobertura vegetal, etc. Por estas interrelaciones, la cuenca es la unidad de planeamiento y gestión de los recursos hídricos más adecuada. En el contexto de la unidad del ciclo hidrológico y de interrelación entre aguas superficiales y subterráneas, la red de drenaje establece en todo el territorio de la cuenca de aporte el vínculo más relevante a través del cual circula la información, la materia y la energía. El recurso hídrico sintetiza, acumula y exhibe, a través de su régimen y características de calidad, las condiciones naturales de la cuenca y los efectos de las intervenciones del hombre sobre ella, razón por la cual se constituye en un indicador principal de la “salud” de los ecosistemas terrestres y acuáticos. Es en el ámbito de la cuenca hidrográfica donde se materializan y expresan los conflictos entre aguas arriba y aguas abajo, que constituyen la cuestión de mayor sensibilidad y el desafío más relevante para plasmar una gestión integrada de los recursos hídricos. Los ribereños de aguas abajo son vulnerables a las decisiones y manejos del recurso que se realicen en la región de origen del agua de la cual dependen, pero también pueden poner límites no equitativos a los usos aguas arriba, si desarrollan aprovechamientos que requieren una proporción desmesurada de los recursos totales disponibles. Generalmente sobre la cuenca se sobrepone una división política administrativa que genera distintas jurisdicciones (nacionales, provinciales, departamentales, municipales) entre la cuales se pueden plantear conflictos de intereses por el uso del agua.

<sup>9</sup> Por citar algunas: la Carta del Agua de Estrasburgo (Consejo de Europa en 1968), el concepto de desarrollo sostenible del informe Brundtland de 1987 (Naciones Unidas), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992, la Conferencia sobre Agua y Medio Ambiente celebrada en Dublín en marzo de 1992 (UN), la Conferencia de La Haya de 2000 (Segundo Foro Mundial del Agua), la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002), la reciente reunión del Tercer Foro Mundial del Agua en Kyoto, 2003, etc..

<sup>10</sup> Existen diversas definiciones de cuenca, de las cuales muchas son originadas desde diversas disciplinas (geografía, geología, ingeniería, etc.). A modo de ejemplo citamos algunas de éstas: - *Cuenca*: Es la unidad constituida por todas las aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una desembocadura común (J. BARBERIS, *Los recursos naturales compartidos entre Estados y el derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1979).

- Ver definición de: C. TUCCI, *et al*, Hidrología: Ciencia e Aplicação, Universidade Federal do Río Grande do Sul, Porto Alegre, Ed da Universidade, ABRH, EUDSP, 1993.

- CE: Directiva 2000/60/CR: Art. 2°. Definiciones. A efectos de la presente Directiva se entiende por: inc. 13) cuenca hidrográfica: “la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de

corrientes, ríos y, eventualmente, lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta”.

- Argentina: ley 25.688. Art. 2º.- A los efectos de la presente ley se entenderá: “(...) Por cuenca hídrica superficial, a la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas”.

- Córdoba: ley 5589 Código de Aguas: Art. 12.- Aguas interprovinciales, su aprovechamiento. “Las aguas terrestres que atraviesen, penetren, salgan o limiten la Provincia de Córdoba y otra provincia se consideran, a los efectos de este código, aguas interprovinciales. Para su aprovechamiento, la Provincia concertará tratados según el criterio de la unidad de cuenca. Estos tratados serán puestos en conocimiento del Congreso Nacional conforme el art. 107 de la Constitución”. Este código de 1973 ya receptaba este concepto.

<sup>11</sup> U.N., Glosario de Estadísticas del Medio Ambiente, U.N., Nueva York, 1997, pág. 31.

<sup>12</sup> G. ALLENDE, *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Buenos Aires, Eudeba, 1971, pág. 153.

<sup>13</sup> Si bien las reglas de la ILA no son parte de un tratado internacional, podría decirse que reflejan el estado actual del derecho internacional en la materia. Estas han venido siendo usadas como parámetro de referencia para la elaboración de tratados y acuerdos en materia de cuencas hídricas. La ILA es una organización no gubernamental con sede en Londres desde 1873. Su Comité sobre los Usos de los Ríos Internacionales fue establecido en 1956. En la Declaración de Nueva York de 1958, la ILA adopta por primera vez, el concepto de cuenca y de reparto equitativo y razonable de las aguas por estados ribereños. En la Conferencia de Helsinki de 1966 da a conocer las Reglas de Helsinki, a las cuales nos referiremos más adelante.

<sup>14</sup> U.N. Doc. A/51/869. *Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines distintos de la Navegación*. La Convención adoptada el 21 de mayo de 1997 por 103 votos a favor, 3 en contra y 27 abstenciones. La Convención de Nueva York no ha entrado todavía en vigor. La Convención codifica los deberes y derechos fundamentales de los estados ribereños en el uso de las cuencas internacionales para fines distintos de la navegación y promueve un marco de cooperación entre ellos, que puede ser implementado por medio de acuerdos específicos relativos a una cuenca específica. Dentro de la definición adoptada por la Convención 17 quedan comprendidas las aguas subterráneas. Los principios de esta Convención pueden: Prevención de daños resumirse en: utilización equitativa y razonable; protección de los cursos de agua significativos a otros estados ribereños, internacionales y sus ecosistemas.

<sup>15</sup> Reglas de Helsinki adoptadas por la Asociación de Derecho Internacional (ILA) en 1966.

<sup>16</sup> Sobre esta ley, las cuencas y lo federal ver: C. DEL CAMPO, *Ley de presupuestos mínimos en materia ambiental. Las tareas que plantea el paso del concierto federal al desconcierto federal*; Primera mención: Concurso de Monografía sobre Ley General del Ambiente, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Tribunal: Dr. Pedro J. Frías, Dra. Sylvia Maureen Williams y el Dr. Hugo O. Obiglio. 2003 (inédita); C. DEL CAMPO, “El derecho al trasvase de cuencas. Una cuestión de recursos hídricos provinciales regulable por las leyes de presupuestos mínimos ambientales”, en Revista de Derecho Ambiental N° 1, Lexis Nexis, Argentina, marzo 2005, págs. 65/78; C. DEL CAMPO, “Los trasvases de cuenca y los presupuestos mínimos ambientales”, publicación del 1º *Encuentro Hispano-Argentino de Derecho y Gestión Ambiental*, Colegio de Abogados de Villa María e Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Villa María, mayo 2005, págs. 106/126.

<sup>17</sup> *Principios rectores de política hídrica de la República Argentina*. Puede verse en: [http://www.obraspublicas.gov.ar/hidricos/prog\\_polit\\_docs.htm](http://www.obraspublicas.gov.ar/hidricos/prog_polit_docs.htm)

<sup>18</sup> Argentina, ley 25.688: Régimen de gestión ambiental de aguas. Presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional. Utilización de las aguas. Cuenca hídrica superficial. Comités de cuencas hídricas. Sancionada: 28/11/02. Promulgada: 30/12/02. B.O., 3/1/03.

<sup>19</sup> Este tema fue tratado en: C. DEL CAMPO, “El derecho al trasvase de cuencas. una cuestión de recursos hídricos provinciales regulable por las leyes de presupuestos mínimos ambientales”, en Revista de Derecho Ambiental N° 1. Lexis Nexis, Argentina, marzo 2005, págs. 65/78

<sup>20</sup> Los organismos de cuenca existentes hasta el momento han nacido; unos del acuerdo entre las provincias y otros desde la Nación. El mayor o menor grado de viabilidad que han presentado no sólo se deben a su grado de concertación al constituirse sino en las finalidades y objetivos que han logrado plasmarse en acciones y medidas concretas en la cuenca.

<sup>21</sup> Ley 26.168 de la Cuenca Matanza-Riachuelo (sancionada el 15/11/06; promulgada: 4/12/06; publicada: 5/12/06).

<sup>22</sup> En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 21 días del mes de marzo de 2007 se reúnen las autoridades de las provincias integrantes de la Cuenca del Río Salí-Dulce, en respuesta a la convocatoria de las partes y de la Subsecretaría de Recursos Hídricos, dependiente de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, y con la presencia de los gobernadores de las provincias de Catamarca, de Córdoba, de Salta, de Santiago del Estero, de Tucumán; el ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios; el ministro de Interior, y el jefe de Gabinete. Quienes firman el Acta “Acuerdo para la creación del Comité Interjurisdiccional de la Cuenca del Río Salí-Dulce”. Este se encuentra en instancia de elevación al Congreso de la Nación como asimismo en cada una de las provincias a sus respectivas legislaturas. Allí se firma un acta de creación y el Estatuto que regirá el funcionamiento (se aclara que al citarse los números de artículos nos referimos a los del Estatuto).

<sup>23</sup> El último (por citar alguno) el “Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo” creado por el art. 1º del decr. 482 del 20/9/1995.

<sup>24</sup> El Comité de Cuenca Hídrica del Río Salí-Dulce, creado por la Secretaría de Recursos Hídricos por Resolución Nº 83/71 (la Nación y las provincias de Córdoba, Santiago del Estero y Tucumán) el cual estaba integrado por representantes de dichas provincias, del Ministerio del Interior, de la Empresa Agua y Energía Eléctrica, Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) y de la Oficina Regional de Desarrollo de la Secretaría del CONADE.

<sup>25</sup> Tratado de Constitución del Comité de Cuenca del Salí-Dulce. Firmado el 21 de marzo de 2007: *Objeto*: Art. 2º.- El Comité como instancia de cooperación, colaboración y de coordinación entre las provincias integrantes de la cuenca y de las autoridades nacionales involucradas en la materia, tiene como objetivo acordar y avalar propuestas de acciones conjuntas o coordinadas encaradas por las partes firmantes, dirigidas a: a) Promover y facilitar una gestión eficiente, equitativa y sustentable de las aguas de la Cuenca del Río Salí-Dulce; b) Mantener y mejorar los recursos hídricos de la Cuenca del Río Salí-Dulce; c) Prevenir y minimizar la contaminación de las aguas en la Cuenca del Río Salí-Dulce y la degradación de los ambientes relacionados con sus aguas; debiéndose contribuir a la progresiva reducción y eliminación de los vertidos de sustancias contaminantes en el agua; d) Prevenir y mitigar los daños causados por excedentes o faltantes hídricos y por procesos de erosión en la Cuenca del Río Salí-Dulce; e) Promover en sus respectivas jurisdicciones todas las medidas tendientes a garantizar la plena aplicación y el cumplimiento de la legislación relativa a la protección de las aguas; como asimismo promover la armonización de las respectivas normativas de aguas provinciales mediante sanciones apropiadas, efectivas, proporcionadas y disuasivas.

<sup>26</sup> Ley 26.168: Art. 7º.- La autoridad de la cuenca Matanza-Riachuelo, podrá disponer medidas preventivas cuando tome conocimiento en forma directa, indirecta, o por denuncia, de una situación de peligro para el ambiente o la integridad física de los habitantes en el ámbito de la cuenca.

A tal efecto, la Presidencia de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo tendrá facultades para: a) Tomar intervención en procedimientos de habilitación, auditoría ambiental, evaluación de impacto ambiental y sancionatorios; b) Intimar a comparecer con carácter urgente a todos los sujetos relacionados con los posibles daños identificados; c) Auditar instalaciones; d) Exigir la realización, actualización o profundización de evaluaciones de impacto ambiental y auditoría ambiental conforme la normativa aplicable; e) Imponer regímenes de monitoreo específicos; f) Formular apercibimientos; g) Instar al ejercicio de competencias sancionatorias en el ámbito de la Administración; h) Ordenar el decomiso de bienes; i) Ordenar la cesación de actividades o acciones dañosas para el ambiente o la integridad física de las personas; j) Disponer la clausura preventiva, parcial o total, de establecimientos o instalaciones de cualquier tipo (...).

<sup>27</sup> En nuestro país son muchas las instancias de organización en comités de cuencas interjurisdiccionales que se han concretado, entre ellas: Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE); II. Comité de Cuenca del Río Pasaje-Juramento-Salado; Comité de Cuenca del Río Salí-Dulce; Comité de Cuenca del Río Abaucán-Colorado-Salado; Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa; ACUMAR Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo; Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (COIRCO); Autoridad Interjurisdiccional de las Cuencas de los Ríos Limay, Neuquén y Negro (AIC); Ente Ejecutivo Presa de Embalse Casa de Piedra.

# LA CONSERVACIÓN DE LOS BOSQUES NATIVOS COMO CONDICIÓN INDISPENSABLE DE LA PRESERVACIÓN DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

## El caso de las forestaciones para celulosa y madera en el área costera del río Uruguay

por ZLATA DRNAS DE CLÉMENT\*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Situación en Argentina y Uruguay. III. Previsiones jurídicas para proteger los bosques nativos y su biodiversidad. IV. Reflexión final.

### I. Introducción

El área costera del río Uruguay, preocupantemente, desde hace unos años ha pasado a designarse “zona foresto-industrial”. Decimos, “preocupantemente”, ya que ese sector sólo tres décadas atrás, era la zona de bosque natural más importante del Uruguay y una de las altamente relevantes de Argentina. Decimos, también “preocupantemente” ya que ello ha sucedido a pesar de que el art. 35 del *Estatuto del Río Uruguay* (1975) celebrado entre Argentina y Uruguay establece:

“Las Partes se obligan a adoptar las medidas necesarias a fin de que el **manejo del suelo y de los bosques**, la utilización de las aguas subterráneas y la de los afluentes del Río, no causen una alteración que perjudique sensiblemente el régimen del mismo o la calidad de sus aguas”.

El *Plan de Medio Ambiente de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU)*, en su art. 1º, relativo al alcance del plan, ha establecido que no sólo incluye al río mismo sino también al “área o cuenca de drenaje del Uruguay, en cuanto a su importancia para la prevención de inundaciones y la protección a lo largo del río”, aspecto que necesariamente involucra al manejo del suelo y de los bosques en esa cuenca (inc. 5) <sup>1</sup>.

### II. Situación en Argentina y Uruguay

El río Uruguay es frontera entre Argentina y Uruguay a lo largo de 496 km.

La mayor parte de ese tramo en el sector argentino corresponde a la provincia de Entre Ríos, la que desde hace unas décadas ha comenzado a destinar su área costera a plantaciones de especies exóticas de gran productividad, entre ellas, predominantemente, las de eucalipto y pino. De conformidad con la base de datos de la Dirección de Silvicultura y Montes Nativos de Entre Ríos, la provincia tiene 113.977 has. forestadas, lo que representa el 11 % del total nacional <sup>2</sup>. Los departamentos con mayor número de hectáreas plantadas son: Federación, Concordia, Colón, Islas del Ibicuy, Concepción del Uruguay y, en menor medida, Gualeguaychú. Las forestaciones se han radicado preeminentemente en los departamentos costeros <sup>3,4</sup>.

Uruguay, en la mayor parte de su territorio, es una planicie ondulada de escasa cubierta vegetal, predominando el bosque de matorral a excepción de las zonas costeras, en las que prevalecía el bosque ribereño. De conformidad al Censo General Agropecuario de 2000, el total de sus bosques naturales sólo cubre el 3,59 % (589.853 has.) del territorio del país y el de las plantaciones con especies no autóctonas el 4,02 % (660.869 has.). Las plantaciones, en parte significativa, se ubican en la zona costera del río Uruguay, siendo los departamentos con mayor superficie plantada los siguientes: Paysandú (91.437 has.) y Río Negro (70.510). Es de destacar que, al igual que en

Argentina, las plantaciones son de especies exóticas (eucaliptos y pinos predominantemente) <sup>5</sup>.

Tal como lo señala el autor uruguayo Pérez Arrarte, las plantaciones forestales suponen la sustitución del sistema biótico climático originario por una vegetación arbórea uniforme de una especie exótica, con densidades de 1.000-1.200 árboles por hectárea, donde no existe una vegetación complementaria o acompañante -sotobosque- como en el país de origen del árbol exótico implantado (en este caso, eucalipto y pinos). Las plantaciones suelen eliminar la vegetación original utilizando el laboreo tradicional, o bien, complementaria o exclusivamente, el laboreo químico con herbicidas. Las plantaciones eliminan la vegetación original y su fauna asociada vulnerando normas internacionales sobre diversidad biológica, resultando poco factible la revertibilidad de esa situación. En Uruguay, recién a partir de 1997, por la presión de organizaciones ambientalistas, la Dirección Forestal contrató la primera consultoría sobre impactos ambientales de las plantaciones. Es de tener en cuenta el impacto de las plantaciones sobre todos los componentes del paisaje, incluyendo la diversidad biológica, los suelos, el ciclo hídrico, la atmósfera asociada. Los suelos pampeanos muestran signos de modificaciones en el tipo y distribución de la materia orgánica en su perfil y en la relación carbono-hidrógeno. Además, provoca procesos de pérdidas de bases y acidificación. Se producen sustancias complejizantes (compuestos de aluminio, hierro) y se inducen procesos de podsolización. Se incrementan los riesgos de incendios. A pesar de estos pronósticos, Uruguay no cuenta con investigaciones científicas que aborden cuestiones de la naturaleza de las señaladas <sup>6</sup>. Estas expresiones son válidas para las forestaciones en Argentina <sup>7</sup>.

Es de observar que Finlandia, por ejemplo, hace un uso intensivo de sus bosques, pero la silvicultura se basa en el bosque nativo renovado preeminentemente de modo natural, ya que sólo el 25 % de los renovables se logran con plantines o semilla. En Finlandia no se introducen especies foráneas ya que el objetivo es preservar la diversidad biológica vegetal y animal de los bosques nativos. Este país, al igual que Suecia, Eslovenia, Canadá tienen un territorio cubierto en más del 50% por bosques.

### **III. Previsiones jurídicas para proteger los bosques nativos y su biodiversidad**

Debemos tener presente que el 30 % de la superficie del globo está cubierta de bosques, correspondiendo el 90 % de ese porcentaje a los bosques tropicales. Se conocen más de 80.000 especies arbóreas diferentes pero se encuentran aproximadamente 8.750 en peligro de extinción. El 90 % de los alimentos del mundo se obtienen de 20 especies de cultivo, mientras miles de especies se extinguen cada año. Los bosques naturales del mundo están en rápida disminución, siendo los bosques tropicales de América Latina los más afectados. Las principales causas de la tala a tabla rasa de los bosques nativos para ser reemplazados por forestación exótica de crecimiento rápido son las demandas de madera y papel.

Los bosques nativos y sus suelos representan una parte sustancial de la diversidad biológica vegetal y son el hábitat necesario de importante diversidad biológica animal dependiente de esos bosques. A pesar de ello, no existe a nivel internacional norma alguna que proteja de modo directo los bosques nativos, naturales u originarios.

A pesar de los reiterados llamamientos a preservar la diversidad biológica aún prevalece la libertad de disposición del Estado sobre sus recursos naturales y no se ha alcanzado una convención internacional para la protección de los bosques nativos.

En la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro (1992), los bosques fueron entre los asuntos más controversiales. Sólo se alcanzó acuerdo para adoptar la *Declaración Autorizada -sin fuerza jurídica obligatoria- de Principios para un Consenso Mundial Respecto de la Ordenación, la Conservación y el Desarrollo Sostenible de los*

*Bosques de todo tipo de las Naciones Unidas* <sup>8</sup>, y el Capítulo 11 de la *Agenda 21 "Combatiendo la Deforestación"* <sup>9</sup>.

En 1995, la Comisión de Desarrollo Sostenible (CDS) estableció el Panel Intergubernamental de Bosques (PIB), para continuar el diálogo sobre una política intergubernamental de bosques.

Con posterioridad, se conformaron distintos ámbitos internacionales intergubernamentales vinculados a aspectos forestales, *i.a.* el Comité de Montes de la FAO (COFO), la Asociación Forestal de la Mancomunidad; la Organización Internacional de Maderas Tropicales; el Programa de Acción en Bosques del Grupo-8, el Foro de las N.U. sobre los Bosques, etc..

El *Convenio sobre la Diversidad Biológica* (1992), a pesar de que las partes contratantes en su Preámbulo se declaran "conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes", "conscientes asimismo de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera", afirman "que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad", reafirman "que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos", consagra la aplicación del principio precautorio en la conservación de la diversidad biológica al señalar que "cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza", reafirma que los Estados "son responsables de la conservación de su diversidad biológica y de la utilización sostenible de sus recursos biológicos", *no* construye sistema alguno para hacer efectiva esa responsabilidad. Más aun, en el art. 3º, en calidad de "principio" enuncia: "De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el *derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental* y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional". Este último, es un principio para toda actividad no prohibida por el derecho internacional, que no contribuye a la preservación de la diversidad biológica como tal.

En 1995, la Segunda Conferencia de las Partes aprobó una declaración sobre diversidad biológica y bosques y subrayó que los bosques desempeñan un papel decisivo en el mantenimiento de la diversidad biológica mundial. La Tercera Conferencia de las Partes aprobó, en 1996, un programa mundial para la diversidad biológica forestal, orientado a la investigación, la cooperación y el desarrollo de las tecnologías necesarias para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica forestal en todos los tipos de bosques. En 1998, la Cuarta Conferencia de las Partes decidió considerar los bosques como uno de los tres temas prioritarios para la sexta conferencia de las partes en 2002. Estableció además un grupo especial de expertos técnicos sobre diversidad biológica forestal. Este grupo tiene como mandato asesorar sobre investigación científica y desarrollo, revisar la información disponible sobre la situación y las tendencias de la diversidad biológica forestal y las amenazas que pesan sobre ella y proponer acciones para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica forestal. La Octava Conferencia de los Estados Partes del Convenio de Diversidad Biológica en su Resolución VIII/9 relativa a las "Repercusiones de las conclusiones de la Evaluación de los Ecosistemas del Milenio", en el punto 4, expresa:

"4. Toma nota de las principales conclusiones del Informe sumario sobre diversidad biológica, a saber que:

a) La diversidad biológica se está perdiendo a un ritmo sin precedentes en la historia de la humanidad;

b) Las pérdidas de la diversidad biológica y la declinación de los servicios de ecosistemas constituyen una preocupación para el bienestar humano, especialmente el bienestar de las personas

más pobres;

c) Los **costos de la pérdida de la diversidad biológica** asumidos por la sociedad rara vez son evaluados, pero la evidencia sugiere que a menudo **son mayores que los beneficios obtenidos a través de los cambios de los ecosistemas**;

d) Los impulsores de la pérdida de la diversidad biológica y los impulsores del cambio de los servicios de los ecosistemas o son permanentes, no hay ninguna prueba de que disminuyan en el transcurso del tiempo o, más a menudo, tienen cada vez mayor impacto;

e) Se han utilizado muchas opciones de respuesta exitosas, pero el progreso ulterior para responder a la pérdida de la diversidad biológica requerirá medidas adicionales para abordar los impulsores principales de la pérdida de la diversidad biológica; y

f) *Se requerirán esfuerzos sin precedentes para lograr al año 2010 una reducción significativa del ritmo de pérdida de la diversidad biológica a todos los niveles*”<sup>10</sup>.

Por su parte, la Resolución VIII/19 sobre “Diversidad biológica forestal: aplicación del programa de trabajo”, en el Punto 4, pide al secretario ejecutivo:

a) **Fortalezca la colaboración** en materia de **promoción** de la gestión sostenible de bosques, incluyendo, según corresponda, las leyes forestales, gobernanza y comercio relacionado, así como gestión forestal sostenible con la Organización Internacional de Maderas Tropicales (ITTO), el UNFF, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), el Centro para Investigación Internacional sobre Bosques (CIFOR), el Banco Mundial, otros miembros de la Asociación de Colaboración en materia de Bosques y procesos regionales relativos a los bosques, a fin de complementar y apoyar los procesos e iniciativas en curso, según corresponda 23/, con miras a mejorar la aplicación de las actividades pertinentes del programa de trabajo ampliado sobre diversidad biológica forestal; (...)

c) Desarrolle, en colaboración con interesados directos y teniendo en cuenta el trabajo de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, el Foro de las Naciones Unidas sobre los Bosques (UNFF,) organizaciones pertinentes de la Asociación de Colaboración en materia de Bosques, procesos regionales pertinentes relacionados con los bosques tales como la Conferencia Ministerial sobre Protección de los Bosques en Europa (MCPFE), el proceso de Montreal, y la COMIFAC (Commission des Forêts d’Afrique Centrale), y una carpeta de instrumentos sobre enfoques intersectoriales integrados que dan un uso óptimo a los instrumentos existentes, en particular los programas forestales nacionales, para reducir los impactos perjudiciales y mejorar los impactos positivos de otras políticas sectoriales sobre diversidad biológica forestal, para consideración del OSACTT en su décimo tercera reunión y para difundirla por medios electrónicos y no electrónicos.

Resulta notoria la debilidad de los enunciados y de las capacidades internacionales para lograr la protección de los bosques originarios y la biodiversidad vegetal y animal que los acompaña, a pesar del número de instituciones que se ocupan de la temática.

El nuevo *Convenio Internacional de las Maderas Tropicales* (2006)<sup>11</sup> tiene una visión economicista, siendo sus objetivos centrales: “promover la expansión y diversificación del comercio internacional de maderas tropicales de bosques administrados y explotados de manera sostenible y legal; y promover la ordenación sostenible de los bosques productores de maderas tropicales”.

Como se observa, en todos los instrumentos internacionales gestados hasta la fecha, prevalece el criterio economicista, siendo la máxima previsión y anhelo, alcanzar un desarrollo sustentable de esos recursos. Si bien, no cabe “condenar” a los que hoy aún poseen bosques naturales a congelar sus bienes y aprovechamientos en aras de un interés colectivo, en beneficio de quienes ya destruyeron sus bosques originarios y se enriquecieron con esos productos, eventualmente, cabría un derecho-deber de “congelar” los bosques primarios existentes en los casos en que los bosques nativos de una región y características determinadas no alcancen el 10 % del *total originario*. En

ese caso correspondería abonar al afectado un subsidio ambiental equivalente al valor agrícola-ganadero-forestal del espacio reservado de conformidad con los usos del resto del terreno o campo.

#### **IV. Reflexión final**

El 20 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución por la que se declaraba el 2011 Año Internacional de los Bosques. Entre las actividades conmemorativas del Año Internacional de los Bosques figura el intercambio de conocimientos sobre estrategias prácticas que favorezcan la ordenación forestal sostenible y el retroceso de la deforestación y la degradación de los bosques. Luce pobre su objetivo: “celebración útil para *tomar mayor conciencia* de que los bosques son parte integrante del desarrollo sostenible del planeta debido a los beneficios económicos, socioculturales y ambientales que proporcionan”. La idea de “beneficio” no aparece acorde a la idea de “necesidad” global y urgente de una regulación de bosques nativos “lo más próxima posible al estado de naturaleza” que exige una racional relación bosque-biodiversidad vegetal y animal con el hombre, aspecto que trasciende la idea de ordenación forestal sostenible. Se torna evidente la necesidad de adoptar un convenio multilateral sobre protección de bosques nativos, postergado desde 1992, a pesar de la urgencia con que fue percibido en oportunidad de la Conferencia de Río.

#### Notas

- Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

•

## DAÑO TRANSFRONTERIZO AMBIENTAL Y ASIGNACIÓN DE LA PÉRDIDA

por ERNESTO J. REY CARO \*

En su quincuagésimo tercer período de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas concluyó el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas <sup>1</sup>. Constituyó una importante contribución al desarrollo progresivo y a la codificación del derecho internacional en una materia que gradualmente ha ido adquiriendo una gran relevancia por el incremento de ciertas actividades estatales que aunque lícitas, pueden provocar daños en zonas fuera de su jurisdicción.

En el marco de la segunda parte del tema, centrado en la cuestión de la responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por el daño transfronterizo resultante de tales actividades, la Comisión de Derecho Internacional elaboró un proyecto de “principios” sobre la asignación de dicha pérdida <sup>2</sup>, que fue receptado por la Asamblea General de la Organización en su Resolución 61/36 del 4 de diciembre de 2006, y que en un anexo incorporó, sin modificaciones, tal proyecto.

Al margen de la naturaleza jurídica del instrumento señalado, cuestión ésta que excede el límite de estas reflexiones, cabe destacar que tales “principios” constituyen pautas sobre la cuestión, dirigidas a los Estados *ad intra* y también en sus relaciones con otros Estados. Se trata, como lo manifiesta la Asamblea General, de una contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional. Es un instrumento amplio, comprensivo de variadas situaciones, entre ellas, las referidas a la reparación de los daños ambientales. La propia Comisión advierte el carácter no vinculante del proyecto de principios, aunque destaca que su pretensión es ofrecer un conjunto coherente de normas de conducta y de práctica y que no trató de determinar la situación actual de los diferentes aspectos comprendidos en el proyecto de principios en el derecho internacional consuetudinario, siendo esta última cuestión independiente de la formulación de los principios aludidos.

Se reafirman en el Preámbulo los principios 13 y 16 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. El primero impone a los Estados el deber de desarrollar la legislación nacional vinculada con la responsabilidad y la indemnización de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales, y de cooperar para la adopción de nuevas normas internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales ocasionados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o control, en áreas ubicadas fuera de su jurisdicción. El segundo sugiere a los Estados fomentar la internacionalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos partiendo de la premisa de que el que contamina debe cargar con los costos de la contaminación. También en el Preámbulo se resalta que deben ponerse en práctica medidas apropiadas y eficaces a fin de garantizar que las personas naturales y jurídicas, entre ellas, los Estados, que sufran daño o pérdida como resultado de actividades peligrosas, “obtengan una pronta y adecuada indemnización”.

El ámbito de aplicación de los principios comprende los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional, ya que si las actividades están vedadas por este ordenamiento jurídico la solución es obvia.

Siguiendo la práctica recogida en los principales instrumentos codificadores, tendencia saludable a todas luces en orden a contribuir a la interpretación de éstos, se define o identifica el alcance de los términos utilizados. El principio 2 cumple con este cometido, señalando que por daño, debe entenderse todo “daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente”, comprendiendo, *inter alia*, una pérdida o daño resultantes del deterioro producido en el medio

ambiente, y los costos de las medidas razonables de restablecimiento del medio ambiente, incluidos los recursos naturales.

Este mismo principio, afirma que el medio ambiente comprende “los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, y los aspectos característicos del paisaje”. Se trata de un concepto amplio que demuestra la evolución experimentada en cuanto al contenido de la expresión “medio ambiente”. Se define al daño transfronterizo como aquel causado “a las personas, los bienes o al medio ambiente en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado que no es el Estado de origen”. Este último, es el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción o control se realiza la actividad peligrosa. La víctima es la persona natural o jurídica, o el Estado que sufre el daño. El “explotador” es la persona que dirige o controla la actividad al momento en que se produce el incidente que causa el daño transfronterizo.

Los propósitos del proyecto son, por una parte, garantizar una indemnización “pronta y adecuada” de las víctimas de un daño transfronterizo y, por la otra, “preservar y proteger el medio ambiente” en caso de que se produzca tal daño, teniendo como propósito la atenuación del daño causado al medio ambiente y su restauración o reestablecimiento.

En cuanto a la pronta y adecuada indemnización de las víctimas del daño transfronterizo -para lo cual el Estado debe adoptar las medidas necesarias-, el principio 4 señala que dichas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad del explotador o cuando sea pertinente a otra persona o entidad y que la responsabilidad “no debería requerir la prueba de la culpa” y el requerimiento al explotador de constituir y mantener un seguro, fianza u otra garantía para afrontar las demandas de indemnización. Asimismo debería incluir la obligación de crear en el ámbito nacional un fondo financiado por la correspondiente rama de la actividad, y si las medidas precedentes fueran insuficientes el Estado de origen, debería prever la asignación de recursos financieros complementarios. La Comisión advierte que la responsabilidad asignada al explotador lo es sin perjuicio de que por ley o por acuerdo pueda imponerse tal responsabilidad a otras entidades. Lo importante era que la persona o entidad de que se trate dirija o controle la actividad o ejerza la supervisión general sobre ésta, de manera que como beneficiario de la actividad, pueda ser tenida como responsable. Recuerda que según el derecho internacional, el Estado tiene la obligación de prevención y que tales obligaciones suponen determinados estándares de diligencia. Así, los Estados no deben autorizar actividades peligrosas que entrañen el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, es decir que la atribución de la responsabilidad al explotador no exime al Estado del cumplimiento de la obligación de prevenir derivada del derecho internacional. Asimismo, resalta que la financiación complementaria sería particularmente importante para el caso de que se adoptara el criterio de la responsabilidad limitada.

Es interesante el principio referido a las medidas de respuesta por parte del Estado de origen, que incluye -entre otras acciones-, la notificación sin demora a todos los Estados afectados o que probablemente pudieran resultar afectados, del incidente y los posibles efectos del daño transfronterizo; velar para que se adopten medidas apropiadas de respuesta recurriendo a los mejores datos científicos y tecnología disponibles y, cuando sea procedente, consultar a los Estados afectados y recabar su cooperación para limitar o bien para eliminar los daños, si fuera posible. Igualmente este principio 5, sugiere a los Estados afectados por el daño transfronterizo, la adopción de medidas viables para atenuar o, en su caso, eliminar los efectos del daño, y de recabar, cuando proceda, la asistencia de organizaciones internacionales competentes o de otros Estados “en términos y condiciones mutuamente aceptables”. En este aspecto, este principio recoge una práctica reflejada en muchos instrumentos convencionales que regulan situaciones vinculadas con la producción de daños transfronterizos.

El principio 6 está referido a los recursos procesales tanto en el ámbito internacional como nacional. El objetivo común es facilitar a la víctima el acceso a los mecanismos apropiados para la obtención de una reparación adecuada, comprensiva de una información útil para el ejercicio de los

recursos y reclamaciones indemnizatorias. Deben instrumentarse en los Estados vías de acceso a la justicia, rápidas, adecuadas y eficaces, asegurándose a las víctimas de daños transfronterizos, en el Estado de origen, de vías de recurso de iguales condiciones de las que disponen las víctimas de los daños causados por el mismo incidente en el territorio de dicho Estado. Igualmente, se sugiere que los Estados establezcan procedimientos internacionales de solución de controversias ágiles y que importen gastos mínimos.

La elaboración de regímenes internacionales específicos es la materia del séptimo principio. Se insta a adoptar acuerdos específicos de carácter bilateral, regional o mundial que permitan adoptar medidas eficaces acerca de la indemnización, medidas de respuesta y recursos apropiados con relación en determinadas categorías de actividades peligrosas si no los hubiere ya, debiendo tales acuerdos incluir disposiciones para aportar una indemnización complementaria mediante fondos específicos constituidos con aportes del explotador o del Estado de origen, según sea el caso.

Se prevé que cada Estado debe adoptar las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para instrumentar el proyecto de principios, los que se llevarán a efecto sin discriminación alguna por razones de nacionalidad, domicilio o residencia. Finalmente, se insta a la cooperación entre los Estados para la implementación y aplicación de los principios incluidos en la Resolución de la Asamblea General, objeto de estas consideraciones.

El espíritu y naturaleza del trabajo realizado por la Comisión de Derecho Internacional han sido expresados en el comentario, donde señalan que aun cuando el Estado involucrado cumpla con el deber de prevención que le incumbe en virtud del derecho internacional, cabe la posibilidad que se produzcan accidentes u incidentes que tengan consecuencias transfronterizas que pudieran ocasionar daños y graves pérdidas a otros Estados y a sus nacionales, y que éstos no deben soportar las pérdidas, y que el proyecto de principios debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por los hechos ilícitos.

La Comisión advierte sobre algunos acuerdos básicos alcanzados para la elaboración del trabajo. Uno es que el régimen debía ser de carácter general y supletorio. Otro, es que el alcance de los aspectos de la responsabilidad por el daño causado, debía ser el mismo que en el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, es decir que el umbral de activación del régimen del daño transfronterizo debía ser el mismo que en el caso del régimen de prevención del daño transfronterizo: debía tratarse de un daño “sensible” o “significativo”. Tal “piso” tiene como finalidad aventar demandas abusivas o temerarias. En este aspecto, la Comisión en todos sus trabajos sobre la responsabilidad internacional en tales casos ha receptado una tendencia generalmente aceptada en cuanto a la entidad del daño. En el Comentario, la Comisión cita numerosos pronunciamientos jurisdiccionales como -v.gr.- los laudos arbitrales en el caso de la Fundación de Trail y en el asunto del Lago Lanós donde se alude a “consecuencias graves” o a un “perjuicio grave”, y recuerda cláusulas incluidas en numerosos acuerdos, tratados y otros instrumentos internacionales. Los efectos mutuos de las actividades lícitas que realizan los Estados en sus territorios, mientras no sean “sensibles”, deben ser tolerados y no caen en el ámbito de aplicación del proyecto de principios. Advierte la Comisión que la determinación del daño sensible supone un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se forme tal juicio, y agrega que una pérdida que se considere sensible en una región puede no estimarse necesariamente sensible en otra. Así también se remarca que una pérdida en un momento determinado podría no considerarse sensible por cuanto, en ese momento, los conocimientos científicos o la valoración efectuada por el hombre pueden haber tolerado esa pérdida, y algún tiempo después al modificarse las circunstancias, ser considerada como sensible o grave.

Asimismo, destaca que estudió la conveniencia de examinar cuestiones relativas a los espacios públicos internacionales, pero reconoció que los problemas eran diferentes y que tenían sus características propias, por lo cual debían tratarse por separado. Igualmente debía tenerse en consideración que aunque las actividades emprendidas por el Estados pudieran ser indispensables para el desarrollo económico y redundar en beneficio de toda la sociedad, el régimen debía prever

una reparación inmediata y adecuada para las víctimas inocentes en caso de que tales actividades causen daños transfronterizos, y que los planes para hacer frente a las situaciones imprevistas y las medidas de respuesta que se establecieran debían ser superiores a los previstos en los artículos sobre la prevención del daño.

La Comisión advierte asimismo que aunque se haya logrado un consenso con relación a los elementos básicos que debían incorporarse al régimen aplicable al sistema de asignación de pérdidas en caso de daño resultante de actividades peligrosas, debía entenderse que la ley sustantiva o vigente para demandas de indemnización podían contemplar otros aspectos como la responsabilidad civil, la responsabilidad penal o ambas al mismo tiempo. De allí que el régimen propuesto por la Comisión, además de general y supletorio, igualmente es flexible. Asimismo, las distintas características de las actividades peligrosas, podrán requerir la adopción de planteamientos diferentes con relación a disposiciones concretas y su aplicación pueda verse influida por las diferentes etapas de desarrollo económico de los Estados de que se trate.

Cabe observar que en la actualidad muchas legislaciones nacionales cuentan ya con una normativa legal que han incorporado las propuestas incluidas en los principios reseñados, y lo mismo acontece con no pocos instrumentos internacionales vinculantes.

Reconocemos que el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, reflejado en la elaboración de los ocho principios examinados, ofrece al estudioso un amplio espectro de cuestiones que ameritarían consideraciones mucho más profundas y extensas. Estas breves reflexiones, adaptadas a la naturaleza y limitaciones de tiempo que impone esta clase de reuniones, sólo pretenden esbozar sus aspectos más relevantes y en este contexto deben ser juzgadas.

## Notas

\* Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>1</sup> Conf. Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 y corrección (A/56/10 y Corr. 1).

<sup>2</sup> Conf. Documentos oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10).

# GESTIÓN DEL RIESGO POSTERIOR A LA LIBERACIÓN AL MEDIO AMBIENTE DE ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS DE USO AGRÍCOLA

por MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ DE TABORDA

**SUMARIO:** I. Análisis y gestión del riesgo para el medio ambiente. II. Distintos tipos de riesgos y su gestión en la República Argentina. III. A modo de conclusión.

## I. Análisis y gestión del riesgo para el medio ambiente

La liberación al medio ambiente de organismos vivos modificados (OGMs) mediante la biotecnología moderna únicamente se autoriza luego del llamado *análisis del riesgo*, el que debe seguir un determinado protocolo tendiente a establecer si existe algún peligro para el medio ambiente, las características de él y la posibilidad de adoptar medidas adecuadas dirigidas a gestionar correctamente el riesgo. No es una evaluación clásica del riesgo pues apunta a la bioseguridad, ya que, en caso de haberse determinado la posibilidad de efectos adversos no aceptables no se permite la liberación del organismo.

Los OGMs destinados al uso agrícola son los primeros que han sido liberados al medio ambiente y en nuestro país datan de 1996, luego de la creación de la Comisión Asesora de Biotecnología Agropecuaria (CONABIA) <sup>1</sup> encargada de la realización del primer examen sobre el OGM respecto del cual se solicita una autorización de liberación experimental o de comercialización. Pero también intervienen otros organismos públicos como el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Alimentaria (SENASA) y la Dirección Nacional de Mercados Agropecuarios. Pero por el momento no se cuenta con una ley general sobre bioseguridad por lo que la regulación de las actividades que involucren biotecnología moderna se halla dispersa y las autorizaciones de liberación intencional al medio ambiente se realizan caso por caso luego de la evaluación del riesgo.

Sin embargo, las medidas apropiadas parecieran culminar en la etapa de evaluación del riesgo y la gestión se limita a las actividades de experimentación confinada (en laboratorio o durante la liberación restringida a campo) sin encarar un control y seguimiento luego de autorizada la comercialización y el uso final del OGM. Como consecuencia, el deber de diligencia en materia medioambiental correspondiente al Estado no se cumple en la etapa de gestión del riesgo posterior a la liberación irrestricta, manejo que, por lógica, indica que de acuerdo al organismo y al riesgo evaluado será necesario adoptar decisiones tendientes a atenuar o eliminar el peligro y que contemplen el seguimiento y examen de las medidas adoptadas.

En este sentido serían elementos esenciales para la gestión de los riesgos medioambientales:

- a) La evaluación del impacto ambiental;
- b) La reglamentación de la actividad;
- c) La adopción de sistemas de vigilancia y monitoreo;
- d) La capacitación técnica;
- e) La información clara y completa para el usuario;
- f) La elaboración de un plan de contingencia, y
- g) La coordinación entre los organismos públicos encargados de aplicar la normativa.

## II. Distintos tipos de riesgos y su gestión en la República Argentina

Los riesgos para el medio ambiente en materia de biotecnología agrícola pueden clasificarse en *riesgos ciertos*, *riesgos potenciales* y *riesgos inciertos* y dependen de cada OGM.

Los primeros son aquellos en los que el peligro y los efectos adversos potenciales han sido identificados, debiéndose adoptar medidas de prevención para impedir su ocurrencia. Son riesgos ciertos: la contaminación genética, el aumento de la resistencia de los insectos o de las malezas a los agroquímicos (plaguicidas biológicos y herbicidas). Los riesgos son potenciales cuando se especula acerca de la probabilidad de ocurrencia de efectos adversos ya que se desconoce la relación causa-efecto, hecho que exige obrar con cautela por la falta de certidumbre científica (por ejemplo, peligro de disminución o pérdida de la biodiversidad <sup>2</sup>). Por último, los riesgos son inciertos cuando el peligro y los efectos son desconocidos. Usualmente se trata de los riesgos a largo plazo derivados del cambio genético efectuado de manera forzada y acelerada (esto es, no natural), ignorándose si en el futuro se producirá una mutación genética negativa.

Planteados los distintos riesgos pasaremos de lo teórico a lo práctico y nos referiremos a la gestión de los identificados como ciertos o potenciales e intentaremos describir cuáles son las medidas adoptadas por el gobierno nacional en materia de bioseguridad.

A primera vista parece sumamente adecuada la creación de una institución como la CONABIA antes de la primera liberación al medio ambiente de OGMs, así como también de la Oficina de Biotecnología <sup>3</sup> y el apoyo gubernamental otorgado a organismos públicos para la investigación y el desarrollo de biotecnología nacional tal como lo es el Instituto de Biotecnología del INTA. Empero, fuera de estas dos medidas no se advierte la existencia de políticas concretas de índole medioambiental vinculadas a la biotecnología agrícola que se está utilizando ya que las preocupaciones de los gobiernos son cortoplacistas y empiezan y terminan en lo meramente tributario <sup>4</sup>. En otras palabras, no hay evidencia de una conciencia gubernamental orientada a asumir hacia el futuro una actitud preventiva ya que la gestión de los riesgos es percibida como de baja prioridad política. Únicamente se ha considerado, de manera mínima, con relación a los riesgos para la salud humana en la Resolución 412/02 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos -que fija los requisitos para la evaluación de la aptitud alimentaria de los OGMs- en el art. 13 al prever que *“La vigilancia tras la puesta en el mercado será una medida apropiada de gestión de riesgos en circunstancias específicas. Su necesidad y utilidad deberán considerarse caso por caso durante el proceso de evaluación de riesgos y, si fuera viable, también durante la gestión de riesgos”*. Por el contrario, en materia de protección de la diversidad biológica, la gestión fue tíbiamente incluida en el “Plan Estratégico 2005-2015 para el Desarrollo de la Biotecnología Agropecuaria”, elaborado en 2004 por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos, al reconocer la necesidad de extender la asistencia técnica a los productores sobre la gestión ambiental de las nuevas opciones biotecnológicas y realizar un seguimiento periódico de las condiciones ambientales del medio agropecuario utilizado o susceptible de serlo. A lo que se agrega que este documento no dista de ser más que declarativo ya que no se ha puesto en práctica ninguna de las medidas de gestión del riesgo y un correcto monitoreo que permita evaluar el impacto ambiental requiere conocer el estado de un ecosistema antes de la introducción de OGMs.

Una primera cuestión a tener en cuenta es la *carencia de medidas legislativas idóneas de ordenamiento territorial* <sup>5</sup> destinadas a evitar la desertificación y el desequilibrio en los ecosistemas que pudiera ocasionar el desmonte indiscriminado en áreas menos aptas para la agricultura o en zonas que deben preservarse en condiciones naturales o que constituyen corredores biológicos. Si bien debemos reconocer que no son los transgénicos los únicos responsables de la tala indiscriminada de bosques nativos -pues idéntico efecto tendría la utilización de cultivos no modificados genéticamente- los precios internacionales de la soja (grano no subsidiado en las comunidades europeas por no cultivarse en la región) y los menores costos de implantación han repercutido en la decisión del agricultor, ocupando la semilla transgénica más del 90 % del cultivo de esta oleaginosa <sup>6</sup>. A ello se agrega el monocultivo con la pérdida de fertilidad de los suelos y de

importante cantidad de tierras con pasturas naturales y la legislación permisiva de desmonte total en varias provincias (Salta, Chaco y Formosa autorizaron desmontes con reservas de bosques entre 20 % y 50 %, mientras que en Santiago del Estero, Catamarca y La Rioja el desmonte era irrestricto).

No obstante el hecho mencionado en el párrafo anterior las más importantes falencias en materia de gestión del riesgo para el medio ambiente son:

1) *la falta de control del producto biotecnológico y del paquete tecnológico atado a su uso que se comercializa;*

2) *la falta de control de la información provista al usuario de la biotecnología, y*

3) *la falta de seguimiento luego de la liberación de una variedad determinada al medio ambiente.*

La ausencia de control y seguimiento se advierte en dos circunstancias: en el uso y en la manipulación y transporte. Respecto al uso de la semilla transgénica al Estado sólo le interesa que sea semilla fiscalizada, pero de ninguna manera controla la información que debe proveer la empresa que produce o comercializa el producto, ni tampoco el asesoramiento al usuario de la biotecnología de manera que pueda adoptar una decisión de uso fundamentada. Verbigracia, cuando el material tiene incorporada la tecnología Bt <sup>7</sup> quien produce la semilla o la comercializa debería informar sobre las prácticas agronómicas a llevarse a cabo para evitar la contaminación genética de un cultivo de la misma especie no modificado genéticamente implantado en predios vecinos. En cambio, la única información provista al usuario se limita a indicar que de acuerdo al plan de manejo de resistencia de insectos deben preverse refugios y, sólo en algunos casos, se indica el porcentaje que el refugio debe representar respecto del total del cultivo. *En ningún momento se advierte al agricultor sobre la posibilidad de flujo genético y la distancia mínima que debe existir entre un cultivo transgénico <sup>8</sup> y otro no transgénico o el tiempo en que el lote debe permanecer sin siembra de una variedad que pueda cruzarse con plantas voluntarias del cultivo transgénico, transformándolo en directamente responsable por daños que podrían evitarse de existir un control estatal al momento de la comercialización del producto.* Téngase presente que art. 28 de la *ley general sobre medio ambiente* (ley 25.675 de 2002) sigue el régimen civil de responsabilidad por riesgo pues expresamente establece:

*“Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan (art. 4°).*

*“El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción” (art. 28).*

La naturaleza objetiva de la responsabilidad se reitera en el art. 29 de la misma ley cuando prevé que la exoneración de responsabilidad se produce acreditando que se han adoptado todas las medidas destinadas a evitar el daño y sin mediar culpa concurrente del responsable, que se produjo exclusivamente por culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder.

Además, la Resolución 226/97 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca, que estableció las distancias mínimas entre variedades de cultivos de variedades genéticamente modificadas y no modificadas (maíz, trigo, colza, soja, tomate), simplemente se aplica a organismos en etapa experimental y no a la liberación extensiva al medio ambiente. En cambio, en el ámbito de las comunidades europeas se han previsto normas de coexistencia entre cultivos (Directiva 2001/18/CE) y se cuenta con directrices dirigidas a los Estados miembros destinadas al desarrollo de estrategias nacionales sobre prácticas agronómicas <sup>9</sup>.

Otro tanto ocurre con la gestión de los riesgos derivados del manejo de herbicidas en el caso de variedades resistentes a la aplicación de glifosato, pues *tampoco se informa la necesaria rotación de cultivos de manera de evitar la generación de malezas resistentes a estos agroquímicos ni existen planes de monitoreo obligatorio acerca de la calidad de los suelos.* Al respecto, si

observamos lo que ocurre en la provincia de Córdoba advertiremos que cuenta con una nueva ley de agroquímicos (ley 9164) pero que en realidad se dirige más a la protección de la salud humana que al cuidado del medio ambiente. En el caso de Canadá, a partir del 2000 cuenta con directivas específicas (Directiva 94-08), que exigen el seguimiento posterior a la liberación de un nuevo OGMs al medio ambiente, un plan de gestión de los riesgos y la obligación de transmitir al agricultor la información necesaria <sup>10</sup>.

Por último, debemos señalar que *las tareas de manipulación y el transporte son realizadas en condiciones poco profesionales*, de manera que en las balanzas y en los acopios se mezclan variedades transgénicas y no transgénicas; antes del transporte no se realiza la limpieza de camiones o vagones de tren y, para adecuarse a la reglamentación de carga máxima, durante el acarreo rodoviario suelen trasvasarse granos sin importar la calidad o variedad de éstos. Otras veces se observa que los camiones circulan sin precaución alguna que evite la caída de semillas en campos, caminos rurales o banquetas de las rutas, llevando a la presencia adventicia de semilla transgénica donde no debiera haberla. En este sentido, la única normativa vigente es la Resolución 46/04 <sup>11</sup> de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos, destinada a regular únicamente el proceso que va desde la creación hasta la comercialización de OGMs (importación, exportación, investigación, multiplicación), cuyo art. 15 contempla el deber de cautela en los siguientes términos:

*“Se deberá evitar el derrame o extravío de semillas durante el transporte, a cuyo efecto, deberán tomarse las precauciones necesarias para que tanto el transportista, como cualquier tercero que posea la semilla, tome conocimiento de que la misma constituye mercadería no permitida para uso alguno que no sea el que ha sido autorizado por la Secretaría de Agricultura, Pesca y Alimentos, y que el incumplimiento será sancionado por el Estado Nacional. Las precauciones predichas, como mínimo, deberán constar en los rótulos o envases y en todo documento que respalde la mercadería en tránsito, pudiendo el responsable extremarlas si lo considera pertinente”.*

### **III. A modo de conclusión**

Las cuestiones que en este corto estudio hemos planteado no son más que realidades de todos los días que indican la escasa aplicabilidad de los lineamientos de la ley general del ambiente en materia de prevención, precaución e información pública luego que los OGMs han sido liberados al medio ambiente. Sobre la base de esta norma, el Estado nacional también ha quedado obligado a actuar con la debida diligencia a fin de evitar la producción de efectos adversos sobre el medio ambiente y, si bien las provincias conservan el dominio sobre sus recursos naturales y son responsables de controlar el uso sustentable de éstos, no es menos cierto que por el momento es el gobierno nacional el único con capacidad suficiente para evaluar y gestionar los riesgos, ya que cuenta con los recursos económicos (por ejemplo, el originado en las retenciones) y humanos y puede obligar a las empresas biotecnológicas o a quien comercialice semillas transgénicas a informar y asesorar al usuario del producto transgénico sobre las propiedades y prácticas agronómicas adecuadas y a aplicar planes de monitoreo posteriores a la comercialización. Por último, al estar a su cargo toda autorización de liberación intencional de OGMs al medio ambiente debe fijar de antemano y de manera transparente las medidas eficaces de gestión del riesgo y asegurar a la sociedad argentina el acceso a la información disponible sobre las ventajas y desventajas de utilización de cada OGM.

### **Notas**

<sup>1</sup> Creada por la Resolución 124/91 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, con las siguientes funciones: Art. 3º.- “Serán funciones de la Comisión Nacional Asesora de Biotecnología Agropecuaria (CONABIA): a) Asesorar a la Secretaría sobre los requisitos técnicos y de bioseguridad que deberán reunir los materiales genéticos obtenidos por procedimientos biotecnológicos, en forma previa a que los mismos sean incorporados por cualquier procedimiento o método y en cualquier carácter (ensayos, difusión, etc.) al biosistema. b) Proponer normas y emitir opinión en los temas de su competencia. c) Colaborar con los organismos oficiales que se lo soliciten en el marco de las normas legales vigentes. d) Dictar su Reglamento Interno. e) Habilitar y coordinar comités para el tratamiento de temas específicos, los cuales podrán tener carácter permanente y se integrarán de acuerdo con lo que establezca su Reglamento Interno”.

<sup>2</sup> La biodiversidad comprende la diversidad genética, la diversidad taxonómica y la diversidad en los ecosistemas.

<sup>3</sup> Fue creada por la Resolución 244/2004 con el fin de asesorar y asistir en la gestión de las actividades vinculadas a la biotecnología y la bioseguridad, especialmente, en las autorizaciones de liberación al medio y comercialización de organismos vegetales y/o animales genéticamente modificados, originadas en las actividades agropecuarias y de la acuicultura, en la definición de políticas y diseño de normas específicas y en la difusión de las actividades de la Secretaría en la materia.

<sup>4</sup> En la práctica, el control estatal se limita a lo meramente económico (cantidad de hectáreas cultivadas, toneladas producidas y comercializadas, ingresos fiscales) y a las exigencias del mercado internacional para la exportación de productos agropecuarios argentinos. Actualmente, el interés se ha trasladado a la logística para la segregación de granos transgénicos y convencionales para la exportación o bien se ha llegado a prohibir la siembra de maíz resistente al glifosato y a insectos (Syngenta -eventos GA21 y Bt176-) luego de que las partidas habían sido comercializadas y estaban en poder de los agricultores.

<sup>5</sup> La ley general de ambiente 25.675 contempla el ordenamiento territorial en sus arts. 8º y 10; la ley de la provincia de Córdoba 7343, art. 19 establece los criterios para proteger y mejorar la calidad del suelo.

<sup>6</sup> Actualmente, la superficie cultivada con soja transgénica es superior a las 10 millones de hectáreas.

<sup>7</sup> En Argentina, algunas variedades de maíz y algodón transgénico que contienen eventos tecnológicos que le otorgan resistencia a ciertos insecto lepidópteros.

<sup>8</sup> “En la Argentina, la Asociación de Semilleros Argentinos (ASA), con el acuerdo de la Comisión Nacional de Biotecnología para la Agricultura (CONABIA) y la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos, recomienda un área refugio de 10 % de la superficie del lote con maíz No Bt y que sea de ciclo similar para mantener su eficiencia y facilitar su manejo. Estas áreas refugios deben sembrarse en bloques dentro del mismo lote, en caso de lotes de más de 1.500 m, el refugio deberá sembrarse en el centro de éste. Se destaca que las recomendaciones de ASA no recomiendan el control de *Diatraea* en los refugios para no reducir en forma significativa el número de insectos susceptibles. En nuestro país, de acuerdo con los últimos informes y evaluaciones de ASA, el nivel de adopción de áreas refugios por parte de los productores que utilizan maíz Bt tampoco estaría en los niveles esperados, situación que implica que en una importante cantidad de lotes de maíz existe alta probabilidad de que se inicie el desarrollo de razas de *Diatraea* con resistencia a las toxinas Bt inutilizando una técnica de control muy eficaz” (conf. Aragón, J., “Maíz Bt resistente al barrenador del tallo Adopción de área de refugio”, *Idia XXI*, pág. 166).

<sup>9</sup> Recomendación de la Comisión del 23 julio de 2003 estableciendo líneas directrices para la elaboración de estrategias y de medidas prácticas destinadas a asegurar la coexistencia de cultivos genéticamente modificados, convencionales y orgánicos.

<sup>10</sup> “*Critères d’évaluation du risque environnemental associé aux végétaux à caractères nouveaux*”. La Dir. 94-08 a été publiée le 16 décembre 1994 et révisée le 15 septembre 2000. “Lorsque le BBV évalue le risque environnemental d’un VCN, et plus précisément, les effets à long terme de ce dernier sur l’environnement, il examinera, au moment de décider d’autoriser ou non la dissémination d’un VCN exprimant une tolérance nouvelle à un herbicide ou une résistance nouvelle aux insectes, si le demandeur a présenté un plan de gestion en vue du déploiement responsable d’un végétal à caractère nouveau dans l’environnement. Les plans de gestion devraient comprendre les stratégies qui s’imposent et permettre le déploiement de tels végétaux à caractère nouveau de façon à ne présenter aucun danger pour l’environnement. Ils devraient aussi prévoir des moyens de transmettre de l’information aux producteurs ainsi que des moyens efficaces permettant aux producteurs de signaler les problèmes, le cas échéant”.

<sup>11</sup> Crea el Registro de Operadores de Organismos Vegetales Genéticamente Modificados.

# ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO Y EL CO<sup>2</sup>

por MARTA SUSANA SARTORI

**SUMARIO:** I. Comentarios previos a esta afirmación. II. Breve reflexión. III. Referencias bibliográficas

En la actualidad hay una fuerte tendencia en contra de la idea generalmente aceptada que el dióxido de carbono provocado por la actividad humana es la causa del incremento en la temperatura global.

## **I. Comentarios previos a esta afirmación**

El Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático -IPCC- grupo consultor de las Naciones Unidas, creado en 1988 por esta Organización de las Naciones Unidas, es el encargado de evaluar la investigación científica y técnica sobre el cambio climático.

Sus informes siempre han sido muy influyentes a tal punto que sus dos primeras evaluaciones (años 1990 y 1995) fueron decisivas para que la comunidad internacional impulsara respectivamente el Convenio de Cambio Climático (Río de Janeiro, 1992) y el Protocolo de Kyoto (1997), que obliga a las naciones industrializadas a reducir sus emisiones de gases un 5,2 % entre 2008 y 2012 respecto al año 1990.

A lo largo del 2007 concluirá su cuarto informe sobre la base de las investigaciones desarrolladas en estos últimos seis años, demostrando de forma cada vez más clara la relación entre las emisiones de gases causadas por la quema de los combustibles fósiles derivadas de las actividades humanas y el aumento de temperaturas registrado en los últimos 30 años. Inclusive ha sugerido que el almacenamiento de CO<sup>2</sup> podría ser la solución para lograr un importante porcentaje de reducción de las emisiones que se necesita para reducir o estabilizar, a su vez, las concentraciones de gases de efecto invernadero entre la actualidad y el año 2100.

En los informes primero y segundo de este año, culpa en el primero al hombre del calentamiento global, producto del segundo es la advertencia de la ONU que causará más daños y más rápido de lo que se preveía, señalando que había “un alto nivel de certeza” que el cambio climático estaba afectando ya a “muchos sistemas naturales, en todos los continentes y en algunos océanos”. Este segundo informe señala la afirmación del IPCC que el calentamiento global ya está teniendo un gran impacto en la naturaleza y también tiene visibles repercusiones en las sociedades humanas, calculando que el 30 % de las especies conocidas se extinguirá, ecosistemas como los corales, los polos, la tundra, los bosques boreales o los montes y las regiones mediterráneas se verán inevitablemente afectados, así como los océanos, los ecosistemas marinos en general y los recursos pesqueros. También señala que las regiones más afectadas serán el Artico, el Africa Subsahariana, las islas de menor tamaño y los grandes deltas de Asia; que la sequía y el deshielo dejarán sin agua dulce a mil millones de personas, otros cientos de millones ya están condenadas a padecer inundaciones por el aumento del nivel del mar; y además podría ocasionar una caída importante de los cultivos en Africa, una reducción de los glaciares del Himalaya, y más olas de calor en Europa y Norteamérica.

Los dos próximos informes en Bangkok y Valencia, del 12 al 16 de noviembre, con las conclusiones finales, y todo ello a ser considerado en la 13<sup>a</sup> Conferencia sobre Cambio Climático a

realizarse en Bali en diciembre del 2007.

En tanto, en febrero ppdo. en la Conferencia Internacional de París, más de cuarenta países apoyaron la creación de una organización de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, propuesta en esa conferencia llamada “ciudadanos de la tierra” con la finalidad de “combatir la degradación del planeta que ha llegado al límite de lo irreversible”.

La idea es la transformación del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente en una agencia similar a la Organización Mundial de la Salud, para que sea una “voz fuerte reconocida en el mundo” que pretenda evaluar los daños ecológicos y comprender cómo remediarlos”. Esta idea fue aprobada por la mayoría de los países europeos y otras veinte naciones de Africa, Asia y América Latina, en atención a la gravedad de los informes del grupo del IPCC.

Ello significa darle a los derechos del medio ambiente un auténtico instrumento internacional, de globalizar derechos, de globalizar la política en materia de medio ambiente.

Cabe recordar que el Convenio Marco sobre Cambio Climático contiene un principio clave en el sentido de que los países desarrollados deben tomar la iniciativa dado que son los responsables del grueso de las emisiones, habiendo acordado también el fomentar la tecnología no perjudicial para el clima. No siendo suficiente este convenio se negoció el Protocolo de Kyoto, en el que los compromisos políticamente obligatorios sobre las emisiones sólo conciernen a los países desarrollados; esto recibió queja de países desarrollados que opinan que la falta de compromisos políticamente obligatorios por parte de los países en desarrollo coloca a sus propias industrias en situación de desventaja, a lo que los países en desarrollo rechazan los compromisos formales y si ello supone un límite a sus emisiones, recalcan que éstas siguen siendo escasas si se comparan con las de los países industrializados.

Decíamos que en la actualidad hay una fuerte tendencia en contra de la idea generalmente aceptada de que el dióxido de carbono provocado por la actividad humana es la causa del incremento en la temperatura global.

Se trata de evidencias mostradas por científicos expertos en climatología, oceanografía, meteorología, ciencia ambiental, biogeografía y paleoclimatología de instituciones de la talla del MIT, la NASA, el Centro Internacional de Investigación Artica (IARC) el Instituto Pasteur, el Centro Espacial Nacional de Dinamarca y las universidades de Londres, Ottawa, Jerusalén, Winnipeg, Alabama y Virginia.

Los especialistas argumentan que el aumento de las emisiones de CO<sup>2</sup> nada tienen que ver con el cambio climático, y que más bien éste obedece al efecto de la radiación cósmica y la actividad solar, la cual al aumentar disminuye la formación de nubes y sube la temperatura. Por lo tanto, es poco lo que se puede hacer para evitar el cambio en las temperaturas.

Reducir las emisiones de carbono a la atmósfera no ayudará en nada a revertir el cambio climático, y sí perjudicará mucho al retrasar el desarrollo en el Tercer Mundo, prolongando la pobreza, el hambre y la enfermedad.

Señalan que el clima siempre cambia, que no hay evidencia de que sea causado por el CO<sup>2</sup>, la base científica actual se desmorona, y más aún, consideran que este Panel Intergubernamental es un órgano político, y que en torno al movimiento ambiental se ha creado una estructura tal que muchos órganos y hasta puestos de empleos dependen del cambio climático, o calentamiento global, lo consideran un negocio con connotaciones tales como que quien disiente al respecto es llamado hereje.

Señalan estos expertos que el clima está cambiando, pero siempre el clima de la tierra está cambiando, y lo hace sin ninguna ayuda de los humanos, retrotraen la historia hasta el fin del período frío conocido como Era de Hielo, siglo XIV, pequeña edad de hielo donde, por ejemplo, el Támesis se helaba, y esquibaban en el hielo; anterior a esta era la época conocida como período Cálido Medieval, emergente edad de oro, el clima permitió una vida mejor, período asociado con la riqueza, construcción de grandes catedrales, viñedos; y remontándose aún más atrás, al de la Edad

de Bronce Máximo de Holoceno, otro período glacial... Y por qué hay que pensar que en la actualidad es diferente.

La tecnología ha hecho la vida más fácil, ha habido un cambio muy importante en nuestras vidas, todos los bienes comenzaron a crecer y a fabricarse en masa alcanzando a todos después de la Segunda Guerra Mundial, pero el calentamiento comenzó mucho antes que los aviones y barcos fueran inventados. El CO<sup>2</sup> comenzó a subir alrededor de 1940, pero la temperatura bajó desde 1940 hasta 1975, y anterior a ello, la temperatura subió mucho aún cuando la producción de CO<sup>2</sup> era baja. En síntesis, los hechos no encajan en la teoría porque además el CO<sup>2</sup> es sólo una pequeña parte de la atmósfera, el 0,054 % que es un muy pequeño, es sí un gas de efecto invernadero pero relativamente menor. El nivel de calentamiento sería mayor si la causa fueran los gases de efecto invernadero. Consideran además que el CO<sup>2</sup> es un gas natural producido por los seres vivos, que además es una pequeña fracción de lo que se produce en la atmósfera.

Los océanos producen CO<sup>2</sup>, es una mayor reserva de CO<sup>2</sup>, pero ocurre que los océanos son tan grandes y profundos que les lleva años calentarse y enfriarse, por eso los cambios son visibles después de centenares de años.

En realidad, lo que origina o hace al cambio climático pareciera que es el sol y la actividad de las manchas solares que producen mayor calentamiento, y así se advierte que el clima es controlado por las nubes, éstas por los rayos cósmicos y éstos por el sol, tiene un amplio campo magnético, el sol es el que dirige el cambio climático.

En un inicio se pensó que el CO<sup>2</sup> incluso podría llegar a paliar la permanente amenaza de enfriamiento global y nueva era de hielo, pero luego se criticó esa postura y se consideró que la energía nuclear era la más apropiada para el desarrollo por no tener CO<sup>2</sup>.

Pareciera que toda la organización y puestos de trabajo creados en torno a esta temática del cambio climático han distorsionado el esfuerzo científico, porque dar por tierra esta teoría relativa al CO<sup>2</sup> hasta dejaría sin trabajo a periodistas medioambientalistas, incluso.

Los expertos señalan que muchos de ellos dejaron de cumplir funciones en el Panel Intergubernamental a partir de la distorsión y rumbo que tomaron los acontecimientos, que en definitiva sigue habiendo capas de hielo bajo los bosques rusos, que los casquetes polares se contraen y expanden, y que todos estos hechos son noticia actual por los satélites que permiten conocerlos de inmediato, pero que son acontecimientos ordinarios en el Artico; las diferencias de altura del mar con la tierra lo son porque es la tierra la que se mueve, no el mar. Tienen que pasar cientos de años para que el mar responda a fuerzas externas.

Finalmente, este informe centra su inquietud en que sólo se pretende evitar el desarrollo de los países en desarrollo; así lo demuestra el aconsejar la utilización de paneles solares en Africa, pero ello no es suficiente; esta postura adoptada a partir del impedimento digamos así, de utilizar tecnología está causando un efecto desastroso sobre la gente pobre del mundo, aparece así un principio precautorio mal utilizado, porque finalmente impedir que haya electricidad, por ejemplo, significa que se consume mucha más madera para calefacción, no hay cadena de frío para los alimentos, el humo hace imposible la vida dentro de las viviendas; Africa tiene petróleo, Africa tiene carbón, pero debe usar paneles solares, que no hace el resto del mundo, porque los países ricos pueden experimentar pero Africa no, el panel solar no puede proveer a la industria, al desarrollo, en realidad pareciera que esto significa el interés en matar el sueño de Africa en desarrollarse.

## **II. Breve reflexión**

El debate está instalado. La organización que se propicia deberá basarse en normativa medioambiental pero también deberá tener en cuenta, fundamentalmente, los estudios y conclusiones a que arriban los expertos que además han constituido esta materia en un ámbito

multidisciplinario y que deberá estar más allá del meramente político, en pro de superar la problemática que pendularmente trae aparejado el cambio climático.

### **III. Referencias bibliográficas**

“El cambio climático mundial”, publicación del Departamento de Información al Público de las Naciones Unidas, DPI/1939/Rev. 2 de junio 1999; “La ONU advierte que el calentamiento global será más rápido y más destructivo”, publicación en diario El País, marzo 2007, Madrid, España; “Ciencia simulada” o “La estafa de Kioto y el calentamiento”, en *Estrucplan On Line*, el 22 de marzo de 2007; “Otra mirada sobre la ecología”, Lynch (h), Alberto Benegas, en diario La Nación, el 23 de agosto de 2007; “La gran estafa del calentamiento global”, video documental emitido por la BBC, el 23 de marzo de 2007.

# **MEDIO AMBIENTE, ANTÁRTIDA Y MERCOSUR**

por GRACIELA R. SALAS

**SUMARIO:** I. Una relación observable. II. Ideas centrales. III. Conclusiones.

## **I. Una relación observable**

En un trabajo anterior sobre el mismo tema <sup>1</sup> advertíamos sobre la relación existente entre distintos sistemas normativos ambientales.

La problemática que deriva de esa situación hace necesario efectuar algunas precisiones cronológicas a fin de esclarecer la situación actual.

En efecto, luego de la culminación del Año Geofísico Internacional (1957-1958), la convocatoria a la Conferencia de Washington de 1959 llevaría a la celebración del Tratado Antártico, instrumento básico a las presentes reflexiones.

Diez años después, los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas dieron como fruto la Convención de 1969 sobre Derecho de los Tratados que, en líneas generales, recogió la práctica internacional en materia de celebración de tratados entre estados, agregando sólo algunas modernas tendencias que sería extenso desarrollar en esta oportunidad.

Durante este período se había comenzado a negociar y firmar una serie de convenciones internacionales aplicables exclusivamente al continente antártico, entre las cuales es posible destacar: la Convención de Canberra sobre Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, y a renglón seguido la Convención de Wellington sobre Recursos Minerales Antárticos de 1988 que naciera seriamente condicionada en tanto se estima que la actividad minera es altamente contaminante, por lo que recibió pocas ratificaciones.

Al mismo tiempo se venía reuniendo la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar que coronaría sus esfuerzos con la Convención de Jamaica sobre Derecho del Mar <sup>2</sup> de 1982.

Recuperadas las instituciones democráticas en el Cono Sur de nuestro continente, comenzaron a celebrarse conferencias convocadas con el objetivo de reflotar alicaídos procesos de integración que en esos momentos no habían rendido los frutos esperados y requeridos por las repúblicas de la región. Fue así que, a partir de la reunión de los presidentes Alfonsín (Argentina) y Sarney (Brasil) de 1986 comenzó el largo derrotero que llevaría a la celebración del Tratado de Asunción de 1991 <sup>3</sup> que diera nacimiento al Mercosur.

Casi en forma simultánea se celebró el Protocolo de Madrid, complementario (art. 4º) del Tratado Antártico, en virtud del cual se acordó una moratoria ambiental antártica por cincuenta años <sup>4</sup>. La ratificación de este instrumento por parte de tres de los actuales Estados Parte del Mercosur introduce la relación entre los sistemas que nos ocupan.

Por otra parte quedan a salvo los derechos que en virtud de la Constitución Nacional restan bajo la competencia provincial, en este caso de Tierra del Fuego, lo que no será materia de análisis en este caso.

## **II. Ideas centrales**

La celebración de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados trajo cierta claridad acerca de lo que en ese momento era de práctica en materia de celebración de acuerdos internacionales entre estados.

De su normativa debemos resaltar la trascendencia del art. 29, en virtud del cual los tratados tienen vigencia sobre todo en el ámbito territorial de cada una de las partes firmantes. De allí que, siendo Argentina parte de dicha convención y reclamante del sector ubicado entre los 25° y 74° de longitud oeste, al sur del paralelo de los 60°, la Convención de Viena de 1969 es también de aplicación con relación al Tratado Antártico <sup>5</sup>.

Otro elemento a tener en cuenta con relación a las actividades antárticas es su estatalidad, si se nos permite la expresión, en tanto toda actividad que se desarrolle en el continente antártico pasa ineludiblemente por el control estatal, lo que las relaciona directamente con la responsabilidad internacional del estado que las autorice. Ello así en la medida, que al comprometerse con el Tratado de Washington, los estados asumieron las responsabilidades que derivan del art. 10, no sólo con relación a sí mismos, sino también respecto de terceros.

Ahora bien, muchos de aquellos que eran terceros, posteriormente se transformaron en parte del sistema, tal el caso de Brasil y Uruguay, que adhirieron con posterioridad y que conformaron posteriormente Mercosur con Argentina, que ya era parte del tratado que nos ocupa. Es dable observar así de qué manera se van imbricando entre sí ambos sistemas.

Sin embargo, tampoco podemos perder de vista que se produjo asimismo una ampliación del sistema antártico no sólo en el número de estados que lo conforman sino también con la entrada en vigor de la Convención de Canberra, es decir, territorialmente. De allí la apuntada importancia de la incorporación de Brasil y Uruguay a estos instrumentos internacionales.

Esta ampliación en el ámbito territorial no es inocua al funcionamiento del sistema, en tanto que, superado el límite establecido políticamente en el Tratado Antártico y, por ende, en el Protocolo de Madrid (paralelo de 60° de latitud sur), se ve superado por el límite establecido por la Convención de Canberra (convergencia antártica) que en ocasiones lo supera largamente hacia el norte, acercándose especialmente al continente americano y a nuestras Islas Malvinas.

La firma de la citada convención, si bien no es sino complementaria de los anteriores, contempla situaciones diferentes, como es la necesidad de conservación de especies antárticas (por esencia dependientes del medio marino), pero que salen de la protección estricta de aquellos instrumentos.

Se bifurcan así dos cuestiones: la protección ambiental por un lado, y por el otro, el ejercicio de la pesca, responsable por cierto. Estas dos cuestiones van a revestir características particulares para los países europeos que, a su vez son miembros del sistema antártico.

Nos ocuparemos a continuación, aunque más no sea sucintamente, de las relaciones existentes con el Mercosur, a partir de la firma del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur <sup>6</sup>.

El Tratado de Asunción se inscribe en el sistema creado por el Tratado de Montevideo de 1980 que instituye la ALADI <sup>7</sup>, del que no nos ocuparemos en esta oportunidad.

Dentro de ese esquema más general, se insertó el Mercosur, que, desde el preámbulo va estableciendo directrices ambientales que se irían precisando posteriormente con las actividades cumplidas especialmente por el SGT N° 6.

Dice el Tratado de Asunción:

*“Entendiendo que ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente,…”.*

Coloca entonces el tema ambiental en un rol protagónico, al relacionarlo no sólo con la ampliación de los mercados sino junto al desarrollo económico con justicia social.

De todos modos debemos reconocer que es esa la única referencia al medio ambiente que encontramos en el tratado constitutivo de nuestra organización subregional. Un mayor desarrollo vendría de la mano de los subgrupos de trabajo, especialmente el N° 6 que produjo el proyecto que se transformó en el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur

Este acuerdo, luego de remitir a los principios establecidos en las conferencias de Estocolmo de 1972 y Río de Janeiro de 1992, establece en su art. 5° una obligación de cooperación de los Estados Partes “*en el cumplimiento de los acuerdos internacionales que contemplen materia ambiental de los cuales sean partes*”, expresión ésta que por su generalidad parecería salir del ámbito estricto del Mercosur, lo que vuelve a colocar al sistema en contacto con el sistema antártico, en la forma apuntada más arriba.

El sistema instrumentado por el acuerdo que nos ocupa en este momento, no hace sino centrar la atención en la cooperación entre los Estados Parte, lo que no responde sino a las características propias de la organización internacional, y en particular del sistema de Naciones Unidas.

Sin embargo, el art. 6° establece acciones a implementar obligatoriamente por las partes, entre la que incluye en el inc. k):

*“Brindar de forma oportuna, información sobre desastres y emergencias ambientales, que puedan afectar a los demás Estados Partes, y cuando fuere posible, apoyo técnico y operativo”.*

A decir verdad, del mismo modo que lo hace el sistema general, las medidas ambientales consideradas son un tanto escuetas y acotadas a la mera actividad comercial. A pesar de ello, esta simple referencia abre todo un abanico de posibilidades en el tema que nos ocupa, ya que, siendo de aplicación a todo el territorio de los estados que forman parte del sistema antártico, las obligaciones medioambientales existentes se refuerzan con la entrada en vigor de este acuerdo marco mercosureño<sup>8</sup>.

Debemos dejar a salvo, por otra parte, que la referencia a estas medidas no implica reconocimiento alguno de las reclamaciones territoriales en el continente antártico por otros estados, atento lo establecido por el art. 4° del Tratado Antártico, ni de la aplicabilidad de teorías hechas valer al respecto<sup>9</sup>.

Un párrafo aparte merece la relación con la Unión Europea, que comenzó su lento pero sostenido camino con la entrada en vigor de sus acuerdos fundacionales<sup>10</sup>.

Las cuestiones ambientales llegaron al sistema europeo recién a partir de la Conferencia de Estocolmo y de la Cumbre de París de 1972, a partir de los cuales se comenzó a institucionalizar programas de acción, antecedentes de la actual política comunitaria de medio ambiente. Estos programas se llevaron adelante también a partir de las actividades iniciales del Consejo Europeo, con un invalorable apoyo del Tribunal de Justicia de las Comunidades.

El Acta Única de 1986 institucionalizó una política comunitaria ambiental<sup>11</sup> y esos objetivos se actualizaron en el Tratado de la Unión Europea de 1992. A partir de este instrumento, las competencias exclusivas y concurrentes abrieron la posibilidad de participación del Consejo Europeo, la Comisión, el Parlamento.

Más recientemente, el intento aún fallido de aprobación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, nos muestra que subsiste la imprecisión, más allá de la mención de los respectivos estados y los territorios de ultramar. De hecho sería de aplicación lo establecido por el art. 29 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

Posteriormente vemos que reserva un apartado especial que incluye los arts. 174 a 175 y que se refieren expresamente al medio ambiente. En este caso es de destacar como uno de los objetivos principales el “*fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente*” (art. 174 inc. 1 *in fine*). Incorporando estos objetivos está institucionalizando lo que otrora había sido objeto de programas especiales por

encontrarse ausente la temática en los instrumentos constitutivos previos al que nos ocupa. En su generalidad, está insertando a la Comunidad Europea en bloque en las medidas medioambientales que pudieran establecerse a nivel mundial.

A renglón seguido cabe reproducir lo estatuido en el inc. 4 del mismo artículo:

“4. En el marco de sus respectivas competencias, la Comunidad y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes. Las modalidades de la cooperación de la Comunidad podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas, que serán negociados y concluidos con arreglo al artículo 300.

*El párrafo precedente se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar en las instituciones internacionales y para concluir acuerdos internacionales”.*

Este inciso nos permite efectuar algunas consideraciones en tanto, dejando a salvo lo que es materia de las respectivas competencias, reconoce la competencia de los respectivos Estados miembros para celebrar acuerdos internacionales en materia ambiental, punto éste de contacto con el Tratado Antártico, así también con el Protocolo de Madrid. respectivo

Finalmente en el art. 176 deja abierta la posibilidad de que cada Estado miembro adopte medidas que sean compatibles con lo establecido en ese Tratado, con notificación a la Comisión.

Por otra parte, el proyectado Tratado que establece una Constitución Europea avanza en el sentido de citar entre los objetivos de la Unión (art. I- 3):

*“... 3. L’Union oeuvre pour le développement durable de l’Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d’amélioration de la qualité de l’environnement”.*

Queda patentizado así el sentido de protección ambiental de la Unión, desde su instrumento constitutivo.

Posteriormente ofrece alguna claridad al tema que nos ocupa cuando en el art. I-14 precisa las competencias compartidas:

“... 2. Les compétences partagées entre l’Union et les États membres s’appliquent aux principaux domaines suivants:...

- c) la cohésion économique, sociale et territoriale;
- d) l’agriculture et la pêche, à l’exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer;
- e) l’environnement; ...

De estas citas podemos colegir que, de entrar en vigor este tratado, el medio ambiente y las actividades con él relacionadas, se han colocado entre las competencias compartidas. Sin embargo, si bien la pesca se integra a esas competencias compartidas, como lo ha sido desde el comienzo del proceso de integración europeo, la conservación de los recursos biológicos del mar fueron expresamente excluidos de la competencia comunitaria.

Este punto contribuye a aclarar, aunque solamente sea en parte, la relación existente entre el sistema europeo y lo establecido por el Protocolo de Madrid. Pero también nos coloca en una dicotomía que seguramente será necesario que resuelvan los estados que forman parte del sistema europeo y del sistema antártico. Esa dicotomía se produce al plantearse la relación con la Convención de Canberra sobre Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, cuya zona de aplicación excede los límites establecidos por el Tratado Antártico y el Protocolo de Madrid, y en la que se abre la posibilidad de la explotación pesquera dentro de la llamada convergencia antártica, fuera del paralelo 60°.

Por otra parte, el art. 30 de la Convención de Canberra no sólo deja abierta la posibilidad de participación en actividades de recolección de los estados interesados en las actividades a las que se

aplica la misma, sino también:

“2. ... **de las organizaciones de integración económica regional**, formadas por los estados soberanos,... y a las cuales los Estados miembros de la organización hayan transferido, en todo o en parte, competencias en materias de que se ocupa la presente Convención”.

Queda abierta así la posibilidad de adhesión a la Convención de Canberra de estas organizaciones, léase, actualmente, la Unión Europea, Comunidad Andina de Naciones o de un futuro Mercosur comunitario.

Debemos dedicar otro párrafo en relación con la Convención de Jamaica sobre Derecho del Mar de 1982, sin pretender agotar, en esta ocasión, un tema tan amplio cuanto controvertido.

La razón de la invocación de esta relación en este momento radica en cuestiones doctrinarias de arraigo, en tanto en alguna oportunidad se sostuvo que la Antártida estaba rodeada de alta mar, por lo que, de participarse en esta posición, ya superada, sería de aplicación al continente helado lisa y llanamente todo lo relacionado con ese espacio marítimo, basado en normas prioritariamente consuetudinarias al momento de la firma del Tratado Antártico (1959) y de la Convención de Canberra (1980).

Sin embargo, la posición de gran parte de la doctrina internacional actual y de algunos de los reclamantes de sectores determinados en la Antártida, sobre la base de una concepción territorialista (entre ellos, Argentina), sostiene que los espacios marítimos son accesorios al territorio correspondiente, generándose, en consecuencia, los diferentes espacios marítimos a partir de las líneas de base, tal como ocurre en el resto de los continentes, al margen de la especial condición jurídica de la Antártida.

De allí que, precisados los respectivos espacios reclamados por los diferentes estados antes de la celebración del Tratado de Washington, éstos ya se proyectaban sobre los espacios marítimos en el momento de la celebración de la Convención de Jamaica. Ello implica que, tratándose de un régimen especial, que rige en un espacio determinado <sup>12</sup>, no puede ser modificado por un régimen general que no contiene norma de *jus cogens* alguna que obligue a alguna modificación del anterior.

No obstante, los puntos de contacto entre ambos regímenes y en el tema que nos convoca, provienen esencialmente de la necesidad de protección del medio ambiente, y en el caso específico del medio marino.

En efecto, a estar por lo establecido por el art. 10 del Tratado Antártico, las partes se comprometen a velar para que la aplicación de sus propósitos y principios se haga dentro de lo establecido por la Carta de las Naciones Unidas; ello implica no sólo la prohibición del uso de la fuerza y de la amenaza del uso de la fuerza sino de toda la normativa emanada de esa organización internacional que sea aplicable a la región, lo que incluye todo lo relativo a la protección del medio ambiente, en tanto es casi nula la referencia a este tema en el Tratado Antártico <sup>13</sup>, lo que es comprensible, atento la fecha de su celebración.

De todos modos, cabría mencionar como puntos de contacto del sistema antártico con la Convención de Jamaica sobre Derecho del Mar no sólo los artículos que rigen los respectivos espacios marítimos <sup>14</sup>, sino aquellos especialmente atinentes a la protección del medio ambiente marino.

En efecto, el art. 192 establece como regla la obligación general de protección y preservación del medio marino, sin que sea discutible el derecho inalienable de los estados sobre sus recursos naturales. Esto implica entonces una restricción a los derechos soberanos de los estados, en tanto se obligan a cumplir con la norma general establecida por el citado artículo.

Posteriormente, el art. 194 desarrolla las medidas específicas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio humano, respecto del cual nos permitimos llamar la atención sobre las diferentes formas de contaminación, y especialmente lo establecido por el inc. 3, en tanto las actividades de explotación de recursos naturales permitidas luego de la firma de la Convención de Canberra abrirían la posibilidad de actividades contaminantes y, muy particularmente, en el inc. b).

La relación entre estos sistemas, a nuestro modo de ver se trataría, a la inversa de la relación general apuntada más arriba, de un vacío anterior, como sería la escasez de normas de protección ambiental derivadas del Tratado Antártico, frente a una norma específica como es la obligación de protección del medio marino asumida por todos los estados firmantes de la Convención de Jamaica, llenando así el vacío dejado por el sistema antártico.

La última relación que deseamos destacar en el tema que nos ocupa es aquella que enfrenta a las Partes Contratantes del sistema antártico, a la responsabilidad internacional.

Sabido es que la *responsabilidad internacional* de los estados es un problema de larga data y que ha motivado que la doctrina se ocupe de ella *in extenso*.

Con la creación de las Naciones Unidas (1945) y posteriormente de la Comisión de Derecho Internacional, las labores relacionadas con este tema comenzaron un largo camino que llevaría a la paulatina división en tipos de responsabilidades estatales, algunas de las cuales podrían ser de aplicación con relación a la Antártida.

En efecto, asumiendo las Partes Contratantes del sistema antártico ciertas obligaciones en los instrumentos comentados más arriba, la violación de cualquiera de ellas colocaría la cuestión en el ámbito de la responsabilidad internacional de los estados por hechos ilícitos, tema éste que ya ha merecido la aprobación de un proyecto de artículos que constituye un auténtico proyecto de convención internacional sobre la materia.

Es posible observar también que, como consecuencia de las actividades lícitas encaradas por un estado en el continente antártico, surgen consecuencias dañosas para terceros estados, lo que coloca la situación en el ámbito de la responsabilidad internacional por actos no prohibidos. En este caso, la Comisión de Derecho Internacional se encuentra trabajando en otro proyecto de artículos cuya negociación comenzó con posterioridad al proyecto citado en el párrafo anterior.

Finalmente se encuentra también en el reservado ámbito de la negociación multilateral otro proyecto de artículos, en este caso, sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, punto éste de contacto con la apuntada relación con la Convención de Canberra en el ámbito antártico, en tanto ésta abre la posibilidad de adhesión de organizaciones de integración económica. En esa oportunidad nos referimos al caso de la hoy Unión Europea y de la Comunidad Andina de Naciones y, de avanzarse en el proceso de integración de Mercosur hacia una organización internacional de tipo comunitario, sería también de aplicación en este caso.

Para concluir con este punto nos permitimos recordar lo estatuido por los arts. 27, 31, 75 inc. 22 a 24 de la Constitución Nacional.

### **III. Conclusiones**

Los instrumentos jurídicos aplicables actualmente al continente antártico son múltiples y han agregado complejidad al sistema creado a partir de 1959.

La coexistencia de distintos sistemas jurídicos aplicables a la región ha ido precisando su forma de aplicación, especialmente, en lo relativo a la protección ambiental.

El sistema a aplicarse en el continente helado por los estados firmantes originariamente del Tratado de Washington de 1959 y aquellos que fueron incorporándose posteriormente, y que a la vez son firmantes y ratificantes de los instrumentos analizados nos obliga a repensar aún la aplicación de tratados internacionales de acuerdo con lo establecido por la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

Para el caso específico de la firma del Acuerdo Marco mercosureño estimamos que ésta ha sido acertada al inscribirse en la técnica jurídica aplicada en otros órdenes, dentro del acuerdo subregional.

Desde luego que éste aún no se acerca al sistema instrumentado en la Unión Europea, el que difiere sustancialmente con el nuestro. Sin embargo hubiera sido de desear la creación de algún órgano específico destinado a la promoción, instrumentación y control de las medidas apuntadas.

Las relaciones apuntadas significan, a no dudar, un nuevo desafío para la doctrina jurídica en la materia.

## Notas

<sup>1</sup> Graciela R. SALAS, “Normativa ambiental antártica y Mercosur”, publicación de la Tercera Jornada de Reflexión sobre temas Ambientales, Instituto de Política Ambiental, 2000.

<sup>2</sup> Ratificada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay.

<sup>3</sup> Fue ratificado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

<sup>4</sup> Este instrumento fue ratificado por Argentina, Brasil, Chile y Uruguay.

<sup>5</sup> Superponiéndose parcialmente con la reclamación chilena, y siendo el estado trasandino parte en los instrumentos internacionales citados, se aleja toda duda sobre la aplicación a la región.

<sup>6</sup> Decisión del Consejo Mercado Común N° 02/01. Aprobado por la República Argentina por ley N° 25.841, sancionada el 26/11/03; promulgada el 9/1/04 y publicada en el B.O. del 15/1/04. Actualmente se negocia la adopción de un Protocolo Adicional al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur en Materia de Cooperación ante Emergencias Ambientales.

<sup>7</sup> La única relación con el medio ambiente la encontramos en su preámbulo cuando expresa: “... *Persuadidos de que la integración económica regional constituye uno de los principales medios para que los países de América Latina puedan acelerar su procesos de desarrollo económico y social a fin de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos*”. Como puede observarse es muy general y nada específica.

<sup>8</sup> Recordemos que forman parte de estos sistemas: Argentina, Brasil, Uruguay, y Chile en su carácter de asociado al Mercosur.

<sup>9</sup> Tal el caso de la llamada “Teoría de la defrontación” que en la década de los años ’70 hiciera valer la autora brasileña, Teresina de Castro.

<sup>10</sup> Tratado de París de 1951 (C.E.C.A.), tratados de Roma de 1957 (M.C.C. y EURATOM).

<sup>11</sup> A través de tres artículos particulares: 130R, 130S y 130T.

<sup>12</sup> Al sur del paralelo de los 60° en el Tratado Antártico (art. 6°), y dentro de la Convergencia Antártica en la Convención de Canberra (art. 1° inc. 4).

<sup>13</sup> Salvo lo establecido por el art. 9° inc. 1 f).

<sup>14</sup> Como el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva, la plataforma continental, o el alta mar.

**XVI REUNION CONJUNTA DE LAS  
ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y  
BUENOS AIRES**

*Córdoba, 18 Y 19 de Octubre de 2007*

## ACTO DE APERTURA

*Palabras del Sr. académico presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dr. Julio César Otaegui:*

Sr. académico presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Luis Moisset de Espanés; Sr. ex vicepresidente de la Nación, miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Víctor Martínez; Sres. académicos honorarios y ex presidentes de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dres. Pedro Frías y Olsen A. Ghirardi; Sras. y Sres. académicos:

En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de todos sus integrantes agradezco la invitación de la hermana Academia de Córdoba a participar en la XVI Reunión Conjunta de ambas corporaciones

Agradezco también la cordial bienvenida.

Desde la primera reunión celebrada en Córdoba en noviembre de 1982 hace casi 25 años ambas Academias han continuado reuniéndose en cumplimiento de su esencial función de servir mediante el estudio del derecho a la República.

Y lo han hecho en dos ciudades que simbolizan aspectos fundantes de la Argentina.

Córdoba, la Docta, con su Universidad, la primera de estas tierras fundada hace casi cuatro siglos, y con su moderna pujante industria.

Buenos Aires, la porteña con su Universidad, la segunda de estos lugares que ya lleva más de un siglo y medio y con su condición de capital de la República.

Me he referido a las universidades de Córdoba y de Buenos Aires porque son la expresión cultural de su medio.

Me he referido a las universidades de Córdoba y de Buenos Aires porque de las mismas que eran esencialmente academias dedicadas al cultivo desinteresado del saber, descienden nuestras actuales academias de Derecho y Ciencias Sociales.

En un complejo proceso histórico la Universidad, sin dejar su actividad clásica por la que sigue otorgando el grado de doctor, sumó la de la habilitación profesional y de su seno se separaron las academias destinadas exclusivamente a la tarea científica.

En su misión exclusivamente académica estas corporaciones hermanas, de Córdoba y Buenos Aires aplicadas al derecho tienen una función relevante.

Obviamente deben estudiar el derecho como ciencia para indagar mediante la observación de la sociedad y de sus costumbres y empleando la razón, cuáles serían las normas más adecuadas para una buena convivencia conforme a la naturaleza del país.

Pero su tarea va más allá porque el derecho no es solamente una ciencia sino fundamentalmente un arte, el arte de lo bueno y de lo justo.

En nuestro ordenamiento, la caracterización de lo justo resulta del orden público plasmado en la Constitución de 1853 ideada por Alberdi.

El orden de su texto es simbólico.

En la primera parte se refiere a las declaraciones de derechos y garantías y la segunda parte a las autoridades de la Nación.

Esto significa que prevalecen los derechos del hombre sobre las prerrogativas de los funcionarios.

Estos derechos del hombre previstos en la Constitución de 1853 son los derechos políticos a los que sumó el constitucionalismo social los derechos del trabajador recogidos en la reforma de 1957 y

a los que la reforma constitucional de 1994 añadió los derechos de tercera generación, el derecho al ambiente sano, el derecho al consumo satisfactorio y el derecho a un mercado competitivo

Los derechos políticos de la Constitución de 1853 son procedentes por sí mismos con prescindencia de otra consideración pero los derechos de segunda y tercera generación y, particularmente, el derecho a un ambiente sano deben ponderarse de manera diversa.

Es inequívoco que el derecho a la libertad es procedente por sí mismo con prescindencia de otra consideración.

Esto es así porque sin el derecho a la libertad no puede un hombre realizarse plenamente, derecho a la libertad culminado por el principio señero consistente en que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella prohíbe a salvo el orden y la moral públicos.

Es inequívoco que el derecho a la propiedad es procedente por sí mismo con prescindencia de otra consideración.

Esto es así porque sin el derecho a la propiedad, el derecho a la libertad sería ilusorio; derecho a la propiedad que veda tanto la confiscación explícita como la implícita de la tributación opresiva ello sin mengua de la función social de tal derecho.

Es inequívoco que el derecho a la justicia es procedente por sí mismo con prescindencia de otra consideración.

Esto es así porque sin el derecho a la justicia, los derechos a la libertad y a la propiedad serían ficticios, derecho a la justicia según el que nadie puede ser privado de su libertad sin ley previa siendo inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

Es inequívoco que el derecho a la vida es procedente por sí mismo con prescindencia de otra consideración.

Esto es así porque sin el derecho a la vida, los derechos a la propiedad y a la justicia carecerían de razón de ser; derecho a la vida implícito en la Constitución de 1853 y explícito en posteriores convenciones internacionales de jerarquía constitucional.

Es inequívoco que el derecho a la forma de gobierno representativa, republicana y federal es procedente por sí mismo sin otra consideración.

Esto es así porque responde a nuestra tradición histórica que aventa tanto la anarquía como la tiranía.

Diversamente, el derecho al ambiente sano garantizado por la Constitución Nacional, art. 41 y regulado para su ejercicio por la Ley General del Ambiente, la Ley de Residuos Peligrosos y el Código de Minería, no es procedente por sí mismo sin otra consideración.

Ello es así porque el derecho al ambiente sano tiene particulares características propias que dan lugar a diversos problemas.

En primer lugar, el problema del conflicto entre la tutela del ambiente sano y el desarrollo, dado que un buen nivel de vida requiere industrialización y las técnicas modernas de industrialización afectan al ambiente.

Ello hace a los países desarrollados o industrializados que quieren mantener su alto nivel de consumo aunque se deprede el ambiente.

Ello atañe también a los países en vías de desarrollo o industrializantes que tienen interés en elevar el nivel de vida de su población.

Y qué decir de los países subdesarrollados que precisan industrializarse para suprimir la miseria.

En segundo lugar, el problema de los conflictos internacionales entre países con intereses contrapuestos.

En tercer lugar, el problema motivado por la necesaria reglamentación que debe hacer el Estado mediante reglamentos administrativos según la naturaleza de distintas industrias de ser muy severos

serían devastadores o desobedecidos y de ser muy laxos serían inútiles

En cuarto lugar, el problema consistente en la interpretación judicial, por ejemplo, sobre la extensión del daño causado por la alteración del ambiente con lo que se repite el planteo anterior.

Una interpretación estricta llevaría a cerrar fuentes de trabajo, una muy amplia a ser estéril.

Sobre esta cuestión, la ley general del ambiente estructura una serie de principios sobre política ambiental de los que a mi entender el de mayor relevancia para el caso es el de progresividad en cuanto dispone que *los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.*

Los problemas a resolver están planteados en los trabajos presentados para esta reunión conjunta.

El tema del conflicto por el Sr. académico Dr. Víctor Martínez .

La necesaria tutela del ambiente en los trabajos de la Sra. académica Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci y del Sr. académico, Dr. Pedro Frías.

El problema de los daños en las colaboraciones de los Sres. académicos, Dres. Ramón Daniel Pizarro, Juan Carlos Cassagne y Efraín Hugo Richard, a los que por mi parte agregué la cuestión de la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas ante el resarcimiento de daños significativos.

Aquí las academias deben aportar su opinión prudente.

*Sres. académicos queda abierta la XVI sesión conjunta de nuestras Academias.*

## TEMAS AMBIENTALES

por VÍCTOR H. MARTÍNEZ \*

**SUMARIO:** I. El aumento de conflictos. El Canal Federal (agosto de 1999). Esquel y un proyecto minero (abril de 2003). Explotaciones en llanuras de Llanquihue, Mendoza (mayo de 2005). Las papeleras (octubre de 2006). El Riachuelo (2005). Las canteras de Buenos Aires. Iberá. La Cuenca Neuquina. Ingenios azucareros. II. Jurisprudencia ambiental. La competencia.

### I. El aumento de conflictos

Aun cuando los conflictos ambientales se conocen desde antiguo en la historia de la humanidad, la globalización o mundialización contemporánea ha hecho recrudescer y poner en evidencia los problemas sobre el ambiente.

Si bien hay casos de contaminación focalizados territorialmente, por regla general, éstos no permanecen cautivos y se expanden para comprometer a comunidades o municipios, a provincias, a la Nación y al ambiente internacional, lo que incide en los aspectos de la competencia.

Por otra parte, los intereses van más allá de los escenarios particulares, para afectar los derechos de la comunidad, de sus diversas organizaciones o nos colocan frente a problemas planetarios.

La tecnología, las ansias consumistas y el afán de confort, han traído avances pero también retrocesos cuando la industria se nutre de recursos naturales y el progreso debe compaginarse con un desarrollo sustentable.

Hoy los daños al ambiente superan los perjuicios económicos. Desde nuestra Constitución Nacional y las leyes sobre el ambiente, se menciona la necesidad de preservar la naturaleza en función de los intereses culturales, de los derechos humanos y la salud o el patrimonio de una vida sana.

Soslayamos la consideración del cambio climático que en el debate del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (16/4/07) se consideró la amenaza número uno de la humanidad, con “*consecuencias que alcanzan a los aspectos fundamentales de la agenda de seguridad*”<sup>1</sup>.

Si el egoísmo nos inclina a pensar lo contrario, para comprender y resolver nuestros problemas humanos debemos primero pensar en los otros y después en nosotros.

Esto nos lleva a reflexionar en primer término sobre la minería, una de las actividades que engrosan los conflictos pero sin las cuales no hay subsistencia ni desarrollo posible; las industrias que nos proporcionan calor o frescura, energía, alimentación, fármacos equipos de salud, transporte, etc., se basan en la industria extractiva.

En nuestro país, la minería experimentó un salto sorprendente: U\$S 1.300.000.000 de inversión (2006); U\$S 1.460.000.000 de exportación, con 121.600 empleos indirectos y 29.400 directos; 250 proyectos y realizaciones en casi todo el territorio nacional.

En San Juan, Pascua Lama, ubicada en ambos lados de la frontera entre Argentina y Chile, figura como uno de los diez proyectos mayores sin desarrollo de todo el mundo, con 16.9 millones de onzas de reservas auríferas y 635 millones de onzas de plata, pero la utilización de recursos hídricos compartidos debe llevarse a cabo de conformidad con las normas del derecho internacional, Acta de Santiago sobre Cuencas Hidrológicas (junio 26, 1971), al Tratado sobre Medio Ambiente entre las repúblicas de Argentina y Chile (agosto 2, 1991) y Protocolo Específico de Recursos Hídricos Compartidos, de la misma fecha.

El complejo sanjuanino Pachón produce entre el 2 % y 3 % de la producción mundial de cobre. Cerro Vanguardia, en Santa Cruz, produjo oro para exportar por valor de U\$S 117.939.861 (2006), Río Turbio, también en esa provincia, explota carbón para dar ocupación a 8.000 trabajadores.

Bajo La Alumbreira, en Catamarca, exportó por valor de U\$S 929 millones, pero extrae 46 millones de litros de agua por día. En Mendoza, Potasio Río Colorado tomaría agua del río homónimo en cantidad de 86 millones de litros por día.

En Catamarca, Agua Rica, con U\$S 4.000 millones de inversión produce cobre, oro y molibdeno, dando U\$S 2.000.000 de regalías para la comunidad que se comparten en un 50 % con el municipio. Sin embargo, se objetaron los problemas de contaminación ambiental pues la exploración, explotación y tratamiento de minerales enrarecen la atmósfera; los residuos contienen cianuro que enturbian las aguas y provocan daños a superficiarios en sus cultivos, cuando no a la salud.

Como bien señaló el presidente de la Cámara Argentina de Empresarios Mineros <sup>2</sup>: “*La explotación de recursos naturales es un derecho y la Constitución Nacional determina exactamente cuáles deben ser los límites para ejercer el derecho sin originar daños a las generaciones presentes y futuras, el desarrollo sustentable y la obligación de reparar*”.

Es oportuno recordar que el Código de Minería Argentino dispone que “la explotación de las minas, su exploración, concesión y demás actos consiguientes, revisten el carácter de utilidad pública” (art. 13) y que “los trabajos de las minas no pueden ser impedidos ni suspendidos, sino cuando así lo exigen la seguridad pública, la conservación de las pertenencias y la salud o existencia de los trabajadores”.

El código fue sancionado según el art. 75 inc. 12 C.N., con la anuencia de las provincias que así delegaron en el gobierno central, la política nacional minera y normas uniformes para todo el país, con disposiciones sobre el dominio (art. 10 CM) y la concesión para explorar y explotar, acto que difiere de las concesiones administrativas <sup>3</sup>.

Por otra parte, la ley de inversiones mineras (24/5/1993) se circunscribe a la actividad minera que se desarrolla en cualquiera de las provincias que comprenden el territorio argentino, con previsiones sobre conservación del ambiente (art. 23); ella fue ratificada en el Acuerdo Federal Minero (ley 24.228), con el objeto del aprovechamiento racional e integral de los recursos naturales.

En comunicaciones académicas hemos venido haciendo referencia a distintos casos de confrontación ambiental. Sucintamente las mencionamos aquí siguiendo el orden cronológico de ellos. Lo haremos sin entrar a los aspectos científicos y técnicos que nos colocarían en la ruta de la aventura o de la osadía, pues ellos deben quedar para los expertos.

#### *El Canal Federal (agosto de 1999)*

El 24 de septiembre de 1988 gobernadores de las provincias de Tucumán, Santiago del Estero y La Rioja, propusieron derivar excedentes hídricos del río Dulce para abastecer de agua a poblaciones de La Rioja, lo que posteriormente se alentó por parte del gobierno nacional. Ello fue cuestionado por Santiago del Estero y Córdoba oponiéndose la última por considerar que la iniciativa afectaba lagos y humedales de Mar Chiquita.

#### *Esquel y un proyecto minero (abril de 2003)*

El proyecto de la empresa minera australiana Meridian Gold, de exploración y extracción de

oro y plata en la mina “El Desquite”, provincia de Chubut, motivó un análisis crítico por parte de la Municipalidad de Esquel, por entender que las minas de oro con lixiviación de cianuro vulneran los recursos naturales dejando gran secuela de contaminación.

#### *Explotaciones en llanuras de Llanquihue, Mendoza (mayo de 2005)*

Los trabajos mineros de la empresa petrolífera Repsol fueron cuestionados por la organización no gubernamental Oikos y prestigiosos juristas, entendiéndose que éstos violaban la ley 6045 de áreas naturales protegidas, afectándose un sistema ambiental compuesto por múltiples elementos (suelo, flora, fauna, agua, etc.).

#### *Las papeleras (octubre de 2006)*

La República Oriental del Uruguay mantiene la construcción de dos fábricas de papel por parte de la empresa filandesa Bosnia y la española Ence, con una inversión de 1.800 millones de dólares. Esto se hizo después de arborizar 120.000 has. en los departamentos costeros del río Uruguay afirmando que el emprendimiento daría ocupación a 4.500 personas.

El sector argentino aduce que las obras y posterior explotación de dichas papeleras comprometen los recursos naturales (atmósfera, agua, suelo y flora), originando un serio problema ambiental no sólo en el río Uruguay sino en una vasta zona.

La cuenca del río Uruguay cubre una superficie de 340.000 km<sup>2</sup>, de los cuales unos 55.000 pertenecen a la Argentina, 179.000 a Brasil y 107.000 a Uruguay, siendo el río navegable en parte.

En el marco de la Comisión del Río Uruguay (CARU) y de varios tratados, acuerdos y Plan de Protección, se viene tramitando un largo proceso que llegó hasta la Corte Internacional de Justicia.

#### *El Riachuelo (2005)*

Con antecedentes históricos significativos la Cuenca Matanza-Riachuelo está formada en la provincia de Buenos Aires por el río, sus afluentes y área territorial de influencia en 2.000 km<sup>2</sup>. terminando sus aguas en el Río de la Plata después de comprender las zonas sur de la ciudad de Buenos Aires, barrios de La Boca y Barracas y quince municipios de la provincia.

Las descargas de los mataderos, frigoríficos, curtiembres y establecimientos metalúrgicos con más de 3.000 empresas relevadas y cementerio de barcos, presenta un altísimo nivel de contaminación, particularmente para 5.000.000 de personas.

A estos casos podemos añadir en esta exposición:

#### *Las canteras de Buenos Aires*

En esta provincia se producen 24 millones de toneladas de rocas de aplicación, 5.800.000 toneladas de granito triturado y 5.500.000 toneladas de caliza, 4.000.000 de toneladas de arena, y además arcilla, granito y dolomita, con más de 150 pequeñas y medianas empresas, dando

ocupación a 350 personas en forma directa.

Sin embargo desde Tandil se notan reclamos por las detonaciones y vibraciones, mediando declaraciones de empresarios que defienden una industria con 136 años de existencia <sup>4</sup>.

### *Iberá*

Nacida en 1983 la Reserva Natural Provincial del Iberá, Corrientes, está compuesta por lagunas, esteros y bosques, atesorando 1.600 especies vegetales y 628 animales, con 535.066 has. de tierras fiscales y 849.817 has. de tierras privadas.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUA) impulsó el proyecto ejecutado por la ONG 205 que fue presentado a las autoridades con el aval de Cancillería, pero reavivó entre los pobladores locales el temor de imposiciones limitativas de las actividades agrícolas y ganaderas dándose paso a expropiaciones en la zona, sosteniéndose que se carece de un manual de gestión.

### *La Cuenca Neuquina* <sup>5</sup>

En 2003, la Asociación de Superficiarios de la Patagonia demanda a las empresas petrolíferas por recomposición integral que abarca 30.000 km<sup>2</sup>, sobre lo que volveremos más adelante.

### *Ingenios azucareros*

En Tucumán, 15 ingenios azucareros enfrentan causas penales por contaminación atmosférica e hídrica por cuanto el hollín de las chimeneas y los residuos de bagazo surgidos de la molienda de caña de azúcar lesionan los pulmones y las destilaciones vuelcan un efluente llamado vinaza con temperaturas entre 90 grados y 100 grados que mata la flora y fauna.

Ello obligó a la Secretaría de Ambiente de la Nación y al gobernador tucumano a formar el “Programa de Reversión Integral” para sanear la cuenca del río Salí, sancionando la ley 7.460 (2004) estableciendo el término de un año para que los ingenios coloquen dispositivos anticontaminantes.

## **II. Jurisprudencia ambiental. La competencia**

El derecho no ha permanecido inmutable con relación al medio ambiente y prueba de ello es el reconocimiento de un derecho internacional ambiental. Dice el profesor Ernesto Rey Caro: “*Con toda razón se ha señalado que la toma de conciencia de la continuidad especial del medio ambiente condujo a la ruptura progresiva de las barreras estatales que defendían el reducto ecológico de cada Estado frente a la penetración de las normas protectoras de origen internacional*” <sup>6</sup>.

Igualmente se acepta hoy un derecho ambiental que “norma la creación, modificación, transformación y extinción de las relaciones jurídicas que condicionan el disfrute, la preservación y el mejoramiento del ambiente” <sup>7</sup>.

Dentro de la unidad conceptual de la ciencia jurídica, logra así su autonomía legislativa y didáctica esta rama del derecho lo que no obsta al contacto multidisciplinario con el Derecho Constitucional, Civil, Penal, Minero, Administrativo, Agrario, Tributario y Procesal <sup>8</sup>.

En un principio, las disposiciones ambientales en nuestro sistema jurídico fueron atendidas prevalentemente por los textos internacionales, pero luego surgen reacciones nacionales, provinciales y locales o municipales para resolver los problemas de la responsabilidad por daños, de la legitimación activa y pasiva, la obligación de preservar, reparar o restaurar, etc., comprendiendo relaciones entre particulares, intereses privados y estatales o amparo de los derechos difusos <sup>9</sup>.

Se construye así una jurisprudencia en nuestros tribunales, tanto en la Corte Suprema de Justicia de la Nación como en el fuero federal y en tribunales de Provincia, de la que podemos extraer algunos casos puntuales en el obligado límite de esta exposición.

En autos: “Corte Suprema de Justicia de la Nación, A 1274 XXXIX Asociación de Superficialarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/daño ambiental, 29 de agosto de 2006”, la actora inicia una demanda para que se realicen las acciones que resulten necesarias para la recomposición integral de los daños colectivos ambientales causados por la actividad hidrocarbonífera que se desarrolla en la denominada Cuenca Neuquina, para que se constituya el fondo de restauración ambiental establecido en la ley 25.675 y que se adopten en lo sucesivo todas las medidas necesarias para evitar los perjuicios que causasen al medio ambiente las actividades desarrolladas por las concesiones ubicadas en la citada cuenca. Reclamaron se condene a las demandadas a constituir seguro de cobertura.

La demanda es dirigida contra 18 empresas, varias de las cuales oponen excepción de defecto legal y prescripción. Se afirma:

a) que la actora no ha designado con exactitud la cosa demandada con identificación de los suelos, subsuelos y cursos de agua afectados en su caso; que no se han precisado los hechos en cuanto a los eventuales casos de contaminación indicando a quienes imputa responsabilidad con circunstancias de tiempo, modo y lugar,

b) que no se designa con exactitud el objeto de la demanda, existe una insuficiente referencia a una vasta región geográfica, no se precisa cuáles son los hechos que fundan el reclamo, no se identifica cuáles de las empresas son responsables. Todo ello afecta al derecho de defensa.

El Tribunal, por mayoría, consideró que la contaminación vagamente conceptuada no ofrece elementos que la diferencie de la existente en otras superficies del territorio de la República o de naciones extranjeras en que se desarrollan este tipo de actividades y la acción es dirigida contra las demandadas, que son agrupadas sobre la base de su sola condición de explotadores de petróleo, pretendiendo el actor eximirse de identificar a los causantes del daño ambiental, y la responsabilidad solidaria del art. 31 de la ley 25.675 exige que los miembros del grupo responsable hayan “participado” en la comisión del daño ambiental.

Añadióse “que la tutela de derechos supraindividuales colectivos incorporada como garantía de raigambre constitucional e infraconstitucional, en nada excluye ni retacea la exigencia de exponer cómo tales derechos han sido lesionados por una conducta antijurídica, en qué consistía la actividad o esas omisiones, quién es el autor de ello y cuál es el daño causado que se pretende reparar -ya sea por la vía de la recomposición o de su indemnización- o el daño futuro que se desea legítimamente evitar”.

Se reconoce también que en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con criterio amplio, superándose la tradicional versión del juez espectador.

En definitiva, se resolvió haciendo lugar a la excepción de defecto legal, votando en disidencia los vocales Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, quienes se pronunciaron por el rechazo de la excepción de defecto legal y de falta de acción basándose en que se trata “de una demanda con sustento en la protección del medio ambiente en la cual se imputa a cada una de las demandadas una

participación en el supuesto proceso de contaminación; se atiende a la custodia del medio ambiente como un todo y no una parte de cada uno de los daños localizados dentro del ámbito exclusivo de las propiedades de las demandadas”.

En autos: “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 (2004) XL”, los actores interpusieron demanda contra el Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional), contra la provincia de Buenos Aires, contra el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y contra cuarenta y cuatro empresas que desarrollan su actividad industrial en las adyacencias de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación de dicho río.

Responsabilizan al Estado Nacional al producirse la situación denunciada sobre una vía navegable e interjurisdiccional; a la provincia de Buenos Aires por poner el domicilio originario sobre los recursos naturales, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de ribereña del Riachuelo; y a las empresas aledañas por volcar directamente al río los residuos peligrosos.

Los actores piden también que se ordene al P.E.N. (Comité Ejecutivo del Plan de Gestión Ambiental y Manejo de la Cuenca), la reanulación y continuación hasta su finalización del Plan de Gestión.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta causa comienza:

a) Por distinguir entre las pretensiones de reclamar referidas al resarcimiento de la lesión de bienes individuales, cuyos legitimados activos son los actores, y la defensa del bien de individuo colectiva, configurado por el ambiente.

b) Sigue con la competencia originaria del Tribunal que prevé el art. 117 de la Constitución Nacional: “no se extiende a la pretensión que tiene por objeto la indemnización de los daños individuales; no se verifica el recaudo de causa civil exigido por el art. 24 inc. 17 del decr. ley 1285/58 para dar lugar a la competencia originaria de este Tribunal reglada por el art. 117 de la Constitución Nacional, cuando una provincia es demandada por un extranjero o por vecinos de otras provincias”... “sería un vano recurso retórico desprovisto de substancia si se aceptara que más personas, las damnificadas, mediante la utilización de reconocido y útil instrumento procesal como lo es el litis consorcio pasivo o la actuación obligada de terceros, tengan bajo su potestad exclusiva, bajo su único y solo arbitrio, generar una competencia de excepción que jamás hubieran obtenido de haber demandado separadamente a cada una de las agencias estatales sindicadas como responsables...”.

c) Las reclamaciones individuales deberán ser reformuladas por los demandados ante los tribunales que resultaren competentes, cuya determinación surgirá según que se demandare al Estado Nacional, a quien únicamente corresponde litigar ante la Justicia Federal (art. 116 Constitución Nacional; ley 48 art. 2º incs. 6 y 12; ley 1893, art. 111, inc. 5 o al Estado Provincial que en esta materia -que versa sobre aspectos del derecho público provincial- sólo puede ser demandada con arreglo a lo dispuesto en los arts. 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional, ante sus propios tribunales locales (Fallos 318; 992)”.

Por el art. 7º de la ley 25.675: “la aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia o las personas”.

Circunscribiendo la causa exclusivamente a la tutela del bien colectivo, la Corte Suprema inicia un importantísimo protagonismo haciendo uso de las facultades ordenatorias e instructorias que la ley confiere al Tribunal (art. 32 ley 25.675), a fin de proteger efectivamente el interés general.

La Corte ratifica que “la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlativo que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el

daño que un ciudadano causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo, la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales”.

d) En el mismo fallo se ordena: Requerir a las empresas demandadas para que en el plazo de treinta días informen sobre líquidos que arrojan al río y sistemas del tratamiento de residuos; requerir al Estado Nacional, a la provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Cofema, para que presenten un plan integrado sobre previsiones de carácter ambiental (art. 5º ley 25.675); estudio de impacto ambiental de las 44 empresas involucradas; programa de educación ambiental e información pública.

Las partes fueron convocadas a una audiencia pública fijada para el 5 de septiembre de 2006 a fin de informar sobre los puntos enunciados precedentemente, se puso en evidencia la historia de las promesas incumplidas sobre saneamiento del Riachuelo sin haberse realizado por las autoridades nacionales, provinciales, de la ciudad y municipios líneas de acción directa (La Nación, 4/5/06); luego la Capital presentó un plan de control de industrias, la urbanización de villas de asentamientos y limpieza de la ribera del Riachuelo, y se proyectó la emergencia ambiental (La Nación, 24/8/06), pero los cuestionamientos subsisten por la falta de reunión plenaria del Comité de Cuenca creado por la ley 26.168, que debe integrarse con representación de los gobiernos nacional, provincial y porteño. Asimismo, la exposición de la Secretaría de Medio Ambiente no satisfizo a la Corte que convocó a expertos de la Universidad de Buenos Aires (La Nación, 4/9/07).

Los conflictos ambientales, como queda dicho, trascienden los ámbitos locales y hacen surgir problemas de legitimación y competencia, en complejas relaciones de orden internacional, nacional, provincial y municipal.

En nuestro país no existen tribunales judiciales específicos en materia ambiental, lo que no debe extrañarnos si tenemos en cuenta que el derecho ambiental es una rama en cierto modo novedosa. Tampoco el derecho agrario tiene un fuero particular, si bien en su momento tuvo las inconstitucionales cámaras de arrendamiento y aparcerías, no obstante las aspiraciones doctrinales, los diferendos se ventilan en tribunales ordinarios; el derecho minero tiene tribunales en organismos administrativos, pero también recurre a los tribunales de Justicia comunes; sólo en cierto período se formó en Córdoba un Juzgado de Minería con efímera existencia.

Pero como ya adelantamos y no podía ser de otra manera, la jurisprudencia ha ido colocando jalones en temas ambientales, en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales inferiores. A los fallos comentados podemos añadir los que siguen:

El más alto tribunal del país, aun rechazando recurso de amparo y pedido de medidas cautelares, declaró la competencia del Tribunal en la causa: “Intendente de Ituzaingó y otro c/ Entidad Binacional Yaciretá (E.B.Y.) s/ acción de amparo (I.29 IXXXIX)” y “Edenor S.A. y otro c/ Buenos Aires Provincia de s/ acción declamatoria de inconstitucionalidad (E.380XXXIX)”.

En autos: “González, José A. y otros c/ Felice, Octavio y otros s/ amparo” (Competencia N° 1400 XL) en la contienda negativa de competencia declaró competente para conocer en la misma a la justicia local de la provincia de Buenos Aires. Análogamente lo hizo en “Acuña, Luis Emilio s/ denuncia” (Competencia N° 1561 XL).

En “Metrovías S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” (M 2413 XXXIX A 1942 XXXIX), versando el conflicto “sobre una materia eminentemente local, como lo es las regulaciones del nivel de sanidad tolerable en la Ciudad de Buenos Aires que atañe a las potestades de regulación y fiscalización propias del poder de policía de la Comuna en materia de salubridad y medio ambiente”, se declaró procedente el recurso extraordinario concedido, desestimándose la queja.

Igualmente por tratarse de un incendio circunscripto en sus derivaciones al ámbito territorial, se derivó la causa al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 10 del Departamento

Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires: “Valente, Esteban c/ Johnson & Johnson de Argentina S.A.I.C. s/ ordinario” (Competencia N° 5 03, XLII).

En la causa: “Confederación General del Trabajo (C.G.T.) Consejo Directivo de la C.G.T. Regional Santiago del Estero c/ Tucumán Provincia de y otro (Estado Nacional)”, donde la activa promovió acción de amparo con el objeto de recomponer el medio ambiente alterado por derrame de residuos con afectación del dique frontal de Termas de Río Hondo y Río Dulce, declaró la competencia del Tribunal.

También la Corte se declaró competente para entender en la causa contra la Provincia de Salta (79 XL), a raíz de la afectación del área natural protegida.

*A contrario sensu*, en “Asociación Civil Ayo La Bomba y otro c/ Formosa Provincia de y otra s/ acción de amparo” (A.1032 XL), considerando que “las autoridades administrativas y judiciales de la Provincia de Formosa son las encargadas de valorar si la obra proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial como lo son los concernientes a la protección del medio ambiente”, declaró la incompetencia de la Corte.

En “Busti, Jorge Pedro y otros s/ denuncia art. 55 ley 24.051 en grado de tentativa” (B.183 XLII), resolvió que la causa no era de competencia originaria de la Corte por no ser parte en agente extranjero con goce de *status* definitivo y por tratarse, no de una causa civil sino criminal. Véase, asimismo: “Altube Fernandez, Beatriz s/ denuncia penal - Daño ambiente colectivo” (A 1468 X LII).

En “Provincia del Neuquén c/ Y.P.F. S.A. s/ acción de amparo” (P.1339 XL), se declaró procedente el recurso extraordinario por tratarse de una obra a realizarse sobre un recurso hídrico interprovincial y, por lo tanto, de un eventual conflicto interjurisdiccional.

Por esta misma circunstancia, la S.C. de la Nación declaró que debe entender en la causa por contaminación el Juzgado Federal N° 1 de San Salvador de Jujuy y no el Juzgado de Instrucción Penal N° 3, causa: “Finca El Pungo (Palpalá) s/ contaminación” (N° 1044, XLI).

En “Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (A 2517 XLI), acerca de conflictos por pensiones de pesca otorgados por Parques Nacionales, se destacó que no resultó problema la entidad de la unidad de este organismo para causar gravámenes irreparables, se declaró la competencia originaria de la C.S.J.N., y además corre traslado de la demanda para su tramitación en procesos ordinarios.

Estimamos de interés traer a este comentario la jurisprudencia de la Cámara Federal de San Martín, Buenos Aires, Sala 1ª, del 28/12/00 en la causa “Presse, Carlos”.

El intendente de la Municipalidad de San Isidro apeló de la Resolución que dispuso la falta de legitimación activa del mismo como querellante.

Dicho fallo tuvo el voto disidente del vocal Narciso Lugones pues corresponde a las comunas y no sólo al Ministerio Público Fiscal, velar por el cumplimiento de todas aquellas disposiciones que garanticen la seguridad y bienestar de la población. “Se interpreta que el interés a un ambiente como corresponde a un número indeterminado de personas, cuya vinculación puede estar dada por la proximidad territorial al foco posiblemente contaminante, la exclusión del municipio en su defensa no aparece admisible”.

Después de recordar que las personas jurídicas -entre ellas, las municipalidades- tienen facultad para constituirse como querellantes, señala: “Limitar en su caso el carácter de persona particularmente ofendida a la defensa de los derechos que le asiste en relación con su patrimonio, el libre ejercicio de sus potestades políticas y administrativas y otras cuestiones de parecida índole, concluye por ignorar la vinculación entre el municipio y su población, cosa impensable respecto de una actividad investida, en su medida, del carácter de Estado”.

Mario Valls recuerda el proyecto de los profesores Augusto Morello y Gabriel Stiglitz que propuso legitimar promiscuamente el Ministerio Público y a las agrupaciones privadas legalmente constituidas para la defensa de los intereses colectivos <sup>10</sup>.

En este camino puede señalarse a las *Class Actions* del derecho estadounidense “CA”, que constituye una herramienta para dar solución a aquellos conflictos en los que el daño causado a más personas individuales afecta también a varios o a la sociedad. Se trata de quien invocando la defensa de un derecho propio extiende su pretensión a la de otros individuos que tienen derechos similares <sup>11</sup>.

En tal sentido, la ley general del ambiente 25.675 dispone: Art. 30: “Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para 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, 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.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho de intervenir como terceros...”

La inexistencia de tribunales judiciales específicos para entender en los problemas ambientales, no ha impedido la organización de instituciones administrativas de distinto nivel.

La ley nacional sobre residuos peligrosos (24.051), dice en su art. 59: “Será autoridad de aplicación de la presente ley el organismo de más alto nivel con competencia en el área de la política ambiental, que determine el Poder Ejecutivo”; y en su art. 60 agrega: “Compete a la autoridad de aplicación... inc. d) entender en el ejercicio del poder de policía ambiental...”, y

g) “realizar la evaluación del impacto ambiental de todas las actividades relacionadas con los residuos peligrosos”.

El Código de Minería (T.O., de cr. 456/97), en su art. 261 y ss., sobre normas de protección y conservación ambiental, autoriza a la autoridad de aplicación para sancionar con multa, clausura e inhabilitación, previo sumario bajo las normas del proceso administrativo.

La ley cordobesa 7343 modificada por la ley 8300 legisla sobre autoridad de aplicación, con facultades para imponer sanciones y pedir allanamientos, cuyas resoluciones son aplicables ante la Cámara Civil en turno.

La Pampa (art. 7º ley 1352) conceptúa que “están legitimados para iniciar e impulsar las acciones previstas en la presente ley el Ministerio Público, los municipios, las entidades legalmente constituidas para la defensa de los intereses dispersos o cualquier entidad particular que accione en nombre de un interés colectivo...”; en su art. 6º resuena la competencia al juez de primera instancia en lo Civil y Comercial, Laboral y de Minería, y al Superior Tribunal de Justicia cuando media demandas de un municipio contra otro municipio.

Análogas disposiciones se dan en Mendoza (ley 5901), Misiones (art. 26 ley 2557), Santa Fe (art. 1º y ss. ley 10.000 ), Tierra del Fuego (art. 95 ley 55), Tucumán (art. 40 ley 6253).

La académica Zlata Drnas de Clement <sup>12</sup> ha registrado con precisión las normas ambientales de los municipios cordobeses, que coinciden en ratificar las atribuciones y deberes de las autoridades locales para dictar y aplicar normas de carácter ambiental y proteger los recursos naturales, dándose organismos propios, determinando medidas preventivas y sanciones, sin perjuicio de coordinar interjurisdiccionalmente acerca de aspectos que hacen al tema.

Pese a la presencia de muchos conflictos no existe tampoco en el orden internacional un organismo judicial específico para tratar éstos, y las cuestiones se dirimen por vía de tratados, acuerdos, meditaciones y arbitrajes.

En este ámbito ya surgen nuevos problemas regionales como el caso de la empresa argentina C.G.C. que estudia en Ecuador una demanda millonaria por labores que no puede cumplir a raíz de oposiciones ambientalistas y el reclamo de Bolivia a Brasil por el emplazamiento de una central hidroeléctrica (La Nación, 13/7/07).

Como señala Rey Caro en su citada obra, hay un estrechamiento progresivo de los vínculos

entre el derecho internacional del medio ambiente y la doctrina de los derechos humanos. El derecho a un medio ambiente sano es uno de los derechos humanos de la “tercera generación”. Sin embargo, mientras éstos tienen amparo en la Corte de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Derechos Humanos en el Tratado de Roma de 1950 y en el Pacto de San José de Costa Rica (1969), el ambiente no cuenta con similares organismos.

Más de un millar de tratados y protocolos se suscribieron referidos a las aguas internacionales, medio marino, especies en extinción, armas nucleares, desertificación, etc.; el Tratado Antártico (1991) crea un instrumento para la solución de controversias y bajo el manto de la cooperación se firmaron compromisos de información y consulta. Por otra parte, se dan recursos ante órganos jurisdiccionales permanentes como la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal Internacional del Derecho de Mar.

Un paso importante se dio con la formación de una Sala en la Corte Internacional de Justicia, para los litigios sobre la materia, entre los Estados (julio, 1993).

También existe donde las conferencias de La Haya de 1899 y 1907 y la Corte Internacional de Arbitraje, pero ésta no constituye un tribunal estable sino más bien una lista de ámbitos designados por los Estados Partes y siempre la aceptación de su jurisdicción se funda en un acuerdo de partes. No hay pues una jurisdicción obligatoria, a lo que se suma la necesidad de evitar la confusión entre juez, parte y cintas con la presencia de expertos en las complejas materias del ambiente. Además las divisiones ambientales no siempre reciben en su aplicación adecuadas respuestas de las jurisdicciones locales por falta de información o debida participación.

Lo expuesto nos afirma en la necesidad de insistir sobre instrumentos que permitan evitar controversias y asegurar el debido respeto, tanto a industrias básicas para el desarrollo como a la protección de los recursos naturales y el derecho a un ambiente sano.

Son dos los caminos que propiciamos:

a) La creación del “Sistema Jurídico Interamericano para la Conservación de la Naturaleza” con una Secretaría General en el seno de la OEA, a fin de receptor denuncias, informaciones, proyectos y apreciaciones relativas al medio ambiente, dando asesoramiento y dictámenes; elaborar lista de expertos y consultores y ejercer funciones arbitrales cuando ellas le sean solicitadas.

b) La formación de un “Tribunal Internacional del Ambiente”, como órgano permanente de la ONU, según iniciativa de Roma (1989) y la Segunda Conferencia Internacional de Florencia (1991).

Este último organismo tendrá competencia para entender en controversias internacionales sobre el ambiente en los que se involucren Estados, particulares, o personas jurídicas de derecho público o privado; realizar investigaciones e inspecciones, adoptar medidas cautelares y dictaminar acerca de estudios previos sobre el impacto ambiental.

Estas propuestas no son excluyentes y podrían ser objeto de una recomendación especial en la II Cumbre de las Américas.

## Notas

\* Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>1</sup> Margaret BECKETT, Secretaría de Estado de Gran Bretaña, *La Nación*, 25/4/07.

<sup>2</sup> Martín DEDEU, *Revista Actividad Minera*, año XV, N° 70.

<sup>3</sup> Véase nuestro trabajo, *L.L.* del 9/5/58.

<sup>4</sup> *Prensa Ganadera*, año V, 2006.

<sup>5</sup> *Revista Noticias*, 5/5/07.

<sup>6</sup> Ernesto REY CARO, *Derecho internacional ambiental*, Córdoba, Lerner, 1998, p. 30.

<sup>7</sup> Mario VALLS, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

<sup>8</sup> Véase, Víctor H. MARTÍNEZ, *Autonomía del derecho agrario. Estudios*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1996.

<sup>9</sup> Véase, Víctor H. MARTÍNEZ, *Ambiente y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

<sup>10</sup> Mario VALS, ob. cit., 7.

<sup>11</sup> Marina PRADA, “Las acciones de clase y el ambiente”, L.L. del 25/9/06, año LXX, N° 185.

<sup>12</sup> Zlata DRNAS DE CLÉMENT, “Ordenamiento legal en materia ambiental en la provincia de Córdoba (provincial y municipal), Córdoba, Lerner, 2000.

# **SOBRE EL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO**

por JUAN CARLOS CASSAGNE \*

**SUMARIO:** I. Liminar. II. Razones que abonan el carácter público del derecho ambiental. III. La problemática del medio ambiente. IV. El derecho constitucional a un ambiente sano. 1. El núcleo del derecho al medio ambiente. 2. El deber legal de preservación ambiental. Prohibiciones. V. La configuración del daño ambiental colectivo. El paralelismo de instituciones afines y las categorías ambientales. 1. Diferentes tipos de daño ambiental. 2. El daño ambiental colectivo y el factor de atribución. La alteración ambiental negativa relevante como concepto jurídico indeterminado. 3. La obligación de recomponer. La constitución del Fondo de Compensación Ambiental. La legitimación para accionar judicialmente. VI. Esbozo de la jurisprudencia sentada por la Corte en el caso “Mendoza”.

## **I. Liminar**

Hace pocos años, como una suerte de destilación de un trabajo anterior <sup>1</sup>, nos ocupamos de este tema <sup>2</sup>, a raíz de la sanción de la ley 25.675 -llamada Ley General del Ambiente (LGA)- verdadera “ley marco” <sup>3</sup> que recogió muchas de las orientaciones provenientes de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, estableciendo los presupuestos mínimos de la regulación ambiental.

La principal conclusión que sostuvimos entonces puede desdoblarse en dos premisas que, en lo sustancial, creemos haber demostrado. La primera, es que el derecho ambiental traduce una regulación propia del derecho público que pertenece básicamente al derecho administrativo, pues, por más que se trata de una rama especial con una relativa autonomía, sus principios y técnicas demuestran esa pertenencia, fundamentalmente, a la policía ambiental <sup>4</sup>. Interesa poner de resalto que tanto en la doctrina vernácula <sup>5</sup> como en el derecho comparado <sup>6</sup> se ha reconocido la configuración de un derecho administrativo ambiental.

En segundo lugar, y como efecto de tal condición, se impone distinguir entre el daño ambiental colectivo (daño al medio ambiente) como figura típica del derecho público cuyo núcleo central apunta a preservar y recomponer el perjuicio antes que a resarcirlo, con una serie de notas peculiares (v.gr., el principio de progresividad y del equilibrio), y el daño individual, causado en las personas y en sus patrimonios, regulado conjuntamente por el derecho civil y por el derecho administrativo (este último, en la medida concerniente a la responsabilidad extracontractual del Estado por acción u omisión).

Como se verá, hacia el final de este trabajo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado un criterio similar en el caso “Mendoza”, con una serie de precisiones adicionales en punto, a los requisitos que debe reunir un conflicto para determinar la configuración de una causa civil que torne procedente la jurisdicción originaria de la Corte en los términos del art. 117 C.N..

## **II. Razones que abonan el carácter público del derecho ambiental**

En esta materia, el problema fundamental radica en el hecho que puedan transgredirse los objetivos que persigue el derecho ambiental, desde la óptica del derecho público, como consecuencia de una visión que pone el acento más que en la protección del medio ambiente, en la reparación de los daños ambientales que padecen las personas, en forma individual o colectiva, sobre la base de la teoría objetiva del riesgo del derecho civil (que en esta disciplina tiende a

suplantar el tradicional criterio de la culpa, como factor subjetivo de atribución de responsabilidad).

Ello explica el creciente interés de la doctrina privatista por estudiar esta problemática ampliando la perspectiva del derecho civil pasando a ocuparse también de distintos aspectos jurídicos que, en rigor, apuntan más al interés público que al privado.

Al propio tiempo, como el desarrollo del derecho procesal condujo a una extraordinaria ampliación del círculo de legitimados para promover acciones judiciales, la problemática ambiental ha sido también objeto del abordaje de los procesalistas que, mediante la técnica de la protección de los intereses difusos o colectivos han puesto, en segundo lugar, la protección prioritaria que tenían los derechos subjetivos y los intereses legítimos, al punto tal que hoy en día resulta difícil establecer -en el contencioso administrativo- la línea divisoria entre una acción de base objetiva (pretensión de ilegalidad o ilegitimidad) con una mínima legitimación subjetiva (interés legítimo) y la acción popular o pública, que puede ser promovida por cualquier habitante.

Lo notable es que esta última proyección, que puede significar la desnaturalización de la justicia subjetiva, se haya extendido en el derecho ambiental (y con menos énfasis en el campo de los derechos del consumidor) a las relaciones entre particulares no regidas tradicionalmente por el derecho administrativo, cuya protección judicial no había encontrado justificación ni andamiaje a través de las acciones populares, propias del derecho público (en España se las denomina acciones públicas porque el accionante encarna algo así como la representación del interés público como único requisito de admisibilidad al proceso).

Pese a que con anterioridad propiciamos una postura favorable al reconocimiento del derecho ambiental como una disciplina especial, bien que con una relativa y limitada autonomía, actualmente, a la vista de la evolución operada, en concordancia con la posición que sustenta la doctrina española más autorizada <sup>7</sup>, creemos que es necesario efectuar una básica disección que muestre el lado público, por una parte, y las fuentes propias del derecho privado, por la otra. Veamos por qué pensamos de este modo.

En primer lugar, porque el derecho civil apunta fundamentalmente a proteger los intereses privados de las víctimas (y sólo de un modo excepcional el interés público que, en cualquier caso, tiende a prevalecer, con las debidas garantías constitucionales). Sus recetas son algunas veces insuficientes (por limitarse a las relaciones de vecindad y algunos supuestos de responsabilidad colectiva, inaplicables al derecho público -v.gr., art. 1118 C.C.-) y otras resultan excesivas, como la tendencia que procura aplicar analógicamente la teoría del riesgo creado al derecho administrativo (art. 1113 C.C.) <sup>8</sup>.

Por el contrario, pertenecen al derecho administrativo, tal como lo reconoce el propio Código Civil, en su art. 2311, las normas y actos emanados del poder de policía estatal que establecen restricciones al dominio privado impuestas por razones de interés público, lo cual comprende toda especie de prohibiciones. Es obvio entonces que si el propio Código Civil reconoce la separación de las instituciones públicas y privadas en ésta como en otras materias, no puede hacerse un menjunje o cóctel doctrinario mezclando lo público con lo privado o lo que es aún peor, trasladando al derecho privado técnicas procesales que encuentran su sentido y justificación sólo en el derecho público.

En tal sentido, el derecho administrativo mira siempre al conjunto de las partes involucradas en cualquier relación jurídica con el Estado (y a veces también entre particulares, cuando está en juego el interés público) bajo el prisma de los intereses de la comunidad y los criterios de las llamadas justicia legal y distributiva.

La realización del bien común es el objetivo básico y central que persigue el derecho administrativo, lo cual se logra a través del equilibrio de intereses, dando a cada uno lo suyo, según los criterios de justicia del derecho público, en los que la conmutación y/o compensación juegan un papel subordinado. Estas razones son precisamente las que explican por qué en el derecho ambiental (regido hoy día básicamente por el derecho constitucional en sus principios básicos y

abarcado por el derecho administrativo en su faz regulatoria y aplicativa) prevalece el objetivo de la preservación de daños al medio ambiente y la recomposición *in natura* del daño ambiental antes que la compensación o reparación dineraria de los perjuicios. En este marco de principios no encuentran justificación las denominadas licencias para contaminar y la fórmula conocida como la de la que contamina paga solo, encuentra sentido en el plano de la justicia legal (como una contribución o colaboración para las obras de bien común vinculadas a la recomposición *in natura*)<sup>9</sup>.

En suma, el derecho ambiental forma parte del derecho administrativo que, por sus peculiaridades, configura una suerte de derecho administrativo especial, con principios y técnicas de derecho público<sup>10</sup>. Esto no impide que otros derechos como el civil puedan regular la reparación de los daños causados a las personas privadas de rebote (*par ricochet*) como consecuencia de daños provocados al medio ambiente.

Lo expuesto no es óbice para que los juristas que cultivan otras ramas del derecho se ocupen de la problemática ambiental así como los publicistas llevaron a cabo, a veces, el análisis de instituciones privadas, bajo la óptica y con los principios del derecho civil y/o comercial (v.gr., las sociedades anónimas de capital estatal). Pero, en cualquier caso, el estudio de la problemática ambiental requiere el conocimiento de los principios y fines del derecho público, sin perjuicio de que existan instituciones y aspectos regulados por el derecho civil. En este sentido, hay que advertir que la interrelación entre ambos derechos no es automática y que, en algunos casos, deben prevalecer las normas y las técnicas del derecho administrativo habida cuenta de la primacía que corresponda asignar al interés público, aunque siempre en el marco de las garantías constitucionales (v.gr., la garantía de que todo sacrificio impuesto por razones de utilidad pública debe ser compensado conforme al art. 17 C.N.).

### **III. La problemática del medio ambiente**

El actual proceso de deterioro obedece a varios factores, que, al combinarse, han generado la situación que padecen, con mayor o menor magnitud, todos los países del mundo. Uno de ellos radica en el hecho de que si todo desarrollo industrial provoca siempre algún daño al ambiente, la disyuntiva política (desarrollo económico vs. preservación ambiental) resulta difícil de resolver y generalmente se había orientado por la opción desarrollista, afectando la calidad de vida de la futura población. En segundo lugar, hay que tener en cuenta la propia naturaleza de los bienes y recursos naturales (muchos de ellos no renovables) que sufren daño a raíz, principalmente, de las actividades industriales o de una masiva utilización, por parte de los particulares, de los instrumentos y productos que fabrican las empresas. El problema que aquí se plantea es la complejidad y el alto costo de las operaciones de recuperación o saneamiento, a lo que se une, todavía, el tiempo que a veces ello demanda (v.gr., limpieza y saneamiento de un curso de agua). Y, por último, otro de los factores significativos que han conducido al actual deterioro del ambiente es, indudablemente, la inexistencia de una política ambiental por parte de los Estados y, en algunos casos, la ausencia de medidas administrativas de aplicación y ejecución de las normas vigentes. Este vacío, que fue reemplazado en su momento por una anarquía sin precedentes, donde cada individuo se convirtió en un sujeto impune del daño a la naturaleza, es el que vino a cubrir el moderno derecho ambiental.

Para complicar aún más el análisis de este panorama irrumpió, en el centro del debate, la cuestión ideológica, ya que no faltaron sectores que atribuyeron (y aún hoy lo hacen) la responsabilidad por la degradación del ambiente al sistema capitalista. Sin embargo, el deterioro ambiental ha corrido parejo y en ciertos casos ha sido más intenso en aquellos países donde gobernó el socialismo (v.gr., el accidente de Chernobyl) lo cual demuestra que la agresión al ambiente no es el efecto de un sistema determinado sino de la imprevisión, impericia y falta de solidaridad. En

suma, el Estado, como comunidad superior que es, no supo ver ni advertir la magnitud del problema que se estaba generando en el ambiente tanto doméstico como global.

El proceso de deterioro que hemos descripto, después de alcanzar su punto culminante, ha comenzado a detenerse dando origen a un proceso de signo inverso que procura el saneamiento del ambiente, tanto con medidas positivas tendientes a restablecer la situación anterior de los bienes y recursos dañados como a través de políticas preventivas que estimulan la realización de actividades de conservación de los recursos naturales.

En ese escenario, el aporte de los juristas especializados en derecho ambiental es hoy día más necesario que nunca como consecuencia del crecimiento constante de la legislación protectora del medio ambiente.

Hay quienes creen que una de las características singulares que posee el derecho ambiental es su naturaleza multidisciplinaria <sup>11</sup> (en lo que excede al derecho). Esta opinión implica confundir la ciencia jurídica que se ocupa del ambiente con el fenómeno o problemática ambiental, que siempre demanda la estrecha colaboración entre técnicos y juristas para modelar el sistema normativo. Una consecuencia extrema que deriva de esa creencia ha llevado muchas veces a los técnicos a prescindir de los juristas en la elaboración de las recetas normativas, lo que entraña un grave peligro para la seguridad jurídica.

#### **IV. El derecho constitucional a un ambiente sano**

Se ha dicho que la protección del medio ambiente tiene dos sentidos <sup>12</sup>. De una parte, la configuración de la política ambiental con sus contenidos sectoriales y diferentes técnicas; de otra, traduce un sentido más general y teleológico que hace que la finalidad tuitiva del ambiente se infiltre en todas las actividades públicas o privadas, lo cual plantea una serie de problemas interpretativos, como es el relativo a la jerarquía y dimensión de peso de otros valores y principios frente a los que informan la protección ambiental.

En Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, el análisis de la problemática jurídica ambiental tiene su punto de partida en art. 41 C.N., sin perjuicio de la legislación que complementa dicha norma básica, la cual prescribe:

“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 aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

Al efectuar la disección constitucional, lo primero que se advierte es la configuración de un derecho al medio ambiente (derecho a un ambiente sano, equilibrado, etc.) en favor de todos los habitantes. Es obvio que este derecho, al igual que los consagrados en el art. 14 C.N., se encuentra sometido a las leyes que reglamentan su ejercicio (salvo que tuviera operatividad *per se*) y si bien, conforme a una reiterada doctrina y a la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, no se conciben los derechos absolutos, la ley, al reglamentar los derechos constitucionales, no puede degradarlos ni alterar su esencia (art. 28 C.N.).

Con todo, no puede hablarse de una fórmula meramente declarativa, carente de efectos en el plano de la realidad jurídica, ya que su eficacia opera y se proyecta desde diversos ángulos al centro

de la problemática jurídica en cuanto:

a) informa el ordenamiento jurídico al cual penetra como factor determinante en materia interpretativa respecto de la legislación, reglamentos y actos administrativos;

b) su violación habilita la impugnación de aquellas leyes o actos de la Administración (de contenido general o individual) que cercenen el derecho al ambiente sano, equilibrado, etc.;

c) genera la responsabilidad estatal por las conductas lesivas del derecho ambiental que ocasionen daños a las personas;

d) se completa con la ampliación del círculo de quienes están legitimados para promover la acción de amparo, al incluir al Defensor del Pueblo y a las asociaciones de defensa ambiental registradas conforme a la ley (la cual determina los requisitos y las formas de su organización) <sup>13</sup>.

### *1. El núcleo del derecho al medio ambiente*

Del análisis del precepto constitucional se desprende que el núcleo del derecho al medio ambiente se configura por dos elementos:

a. el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. Mientras la primera parte de la frase se asemeja a la fórmula existente en la Constitución de Portugal (art. 66.1) la última guarda similitud con el precepto contenido en el art. 45 de la Constitución española de 1978;

b. la exigencia que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Se trata de una cláusula excesivamente genérica ya que el criterio rector para regir la trascendencia de una actividad productiva en el futuro no puede ser otro que la configuración del daño ambiental el cual requiere siempre de una doble valoración: incidencia actual y proyección futura.

### *2. El deber legal de preservación ambiental. Prohibiciones*

La norma constitucional también prescribe el deber de preservar el medio ambiente a cargo de todos los habitantes. Si bien esta cláusula no permite determinar por sí misma los sujetos obligados -pues como todo deber opera en dirección genérica- <sup>14</sup> el precepto constituye la norma de habilitación de la competencia del Congreso para reglamentar dicho deber.

Correlativamente, el art. 43 C.N., impone a las autoridades una serie de deberes: 1) la utilización racional de los recursos naturales (al igual que la Constitución española, art. 45); 2) la preservación del patrimonio natural, cultural y de la diversidad biológica; 3) la información <sup>15</sup>, lo que contribuye a favorecer la participación ciudadana <sup>16</sup>, y 4) la educación ambiental.

El incumplimiento de estos deberes puede generar la responsabilidad del Estado y de los funcionarios (en la medida que haya daño) aun cuando las respectivas conductas no fueran directamente exigibles, pues de admitirse la exigibilidad, el particular tendría a su cargo la determinación del contenido del deber, convirtiéndose en legislador.

Al propio tiempo, la norma constitucional establece la interdicción de ingresar “al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos u de los radiactivos”, cuyas respectivas definiciones corresponden a la legislación ambiental <sup>17</sup>.

## **V. La configuración del daño ambiental colectivo. El paralelismo de instituciones afines y las categorías ambientales**

### *1. Diferentes tipos de daño ambiental*

Corresponde distinguir los daños provocados al medio ambiente en sí mismo de aquellos que afectan la salud o los bienes de las personas que son causa del menoscabo de un patrimonio concreto <sup>18</sup>. Los primeros, que son los que interesan al objeto de este estudio, se hallan sometidos a las normas y principios del derecho constitucional (en sus elementos básicos) y del derecho administrativo, mediante la regulación que establecen las leyes y reglamentos dictados en ejercicio del poder de policía o potestad legislativa ambiental, mientras que los segundos se encuentran sustancialmente regidos por el derecho civil sin perjuicio de las regulaciones penales o de derecho público.

La circunstancia de no advertir esta distinción es la causa de la mayor parte de las confusiones existentes que suelen extrapolar las concepciones más extremas de cada rama del derecho (trasladando la responsabilidad objetiva por riesgo del derecho civil y la acción popular del derecho público al ámbito de las acciones entre particulares).

En efecto, en el derecho civil, la responsabilidad objetiva por riesgo se ha convertido prácticamente en el eje de la responsabilidad por daño ambiental privado. Al no existir el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, el causante del daño debe responder aunque no exista culpa de su parte pudiendo sólo liberarse de responsabilidad si demuestra que el daño obedeció a la culpa de la víctima (lo cual es prácticamente imposible o al menos de muy difícil probanza) o de un tercero por quien no debe responder.

De ese modo, el derecho civil en esta materia de responsabilidad por daño ambiental <sup>19</sup>, ha dado una vuelta de tuerca completa al sistema de responsabilidad y a sus fundamentos, imponiendo al dueño o industrial una suerte de carga o garantía de soportar los daños producidos por el riesgo o vicio de las cosas <sup>20</sup>, incluso por las actividades riesgosas.

El peligro de esta tendencia es doble. Por una parte, implica una socialización de la responsabilidad sobre una base totalmente objetiva, en la que la responsabilidad surge prácticamente del daño (y de la relación de causalidad, en la que se sostiene una tendencia a establecer la solidaridad entre los partícipes, sin acotar o tasar la responsabilidad). Ello es, simplemente, la consecuencia de que el derecho civil antes que mirar el efecto global de una concepción sobre el conjunto mira preferentemente el interés de la víctima del daño (este último desde una óptica individualista, dada la inexistencia de topes o criterios para limitar o distribuir la responsabilidad sobre el universo de los causantes de los daños (v.gr., las personas que provocan daños al ambiente con las emanaciones de gases que generan los motores de los automóviles). Es evidente también que en esta concepción hay, más que justicia conmutativa, una suerte de justicia *sui generis*.

De otra parte, la transformación de la responsabilidad personal o individual en una especie de responsabilidad colectiva en materia ambiental, poco contribuye al objetivo esencial y primero de la política ambiental que consiste en preservar el medio ambiente y evitar la producción de daños ambientales, de difícil recomposición ulterior <sup>21</sup>. Más aún, la concepción que actualmente prevalece provoca una serie de enfrentamientos entre las personas e instituciones que desarticulan y desmenuzan los intereses de la sociedad, en vez de armonizarlos. Los conflictos son así inevitables y el grado de litigiosidad aumenta a niveles desproporcionados, con dos riesgos adicionales representados por la fabricación de pretensiones artificiales (una suerte de negocio del pleito, realizado con intenciones extorsivas o meramente crematísticas) y por la conflictividad social y política.

Esto es lo que está aconteciendo en la realidad y es probable que muchos, incluso de buena fe, no quieran verlo por razones ideológicas o profesionales o hasta meramente doctrinarias.

En este ámbito, la solución de esta problemática, que puede llevar a la virtual extinción de las fuentes de trabajo y a desalentar el espíritu de iniciativa o la realización de actividades riesgosas, quizás se encuentre en la institución de un sistema de seguro de riesgo ambiental, con factor objetivo de atribución pero con indemnizaciones tasadas para hacer previsible los riesgos y las actividades industriales de investigación o incluso profesionales, todo ello sin perjuicio del funcionamiento de las instituciones que consagra el derecho administrativo ambiental para prevenir los daños al medio ambiente y recomponerlos *in natura*.

## 2. El daño ambiental colectivo y el factor de atribución. La alteración ambiental negativa relevante como concepto jurídico indeterminado

La LGA ha regulado, en diversos artículos, el llamado daño ambiental de incidencia colectiva o simplemente, el daño ambiental colectivo (art. 30). Como se verá seguidamente, ambas denominaciones son sinónimas ya que aluden a daños provocados “al ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos” (art. 27) o al “daño ambiental colectivo... para obtener la recomposición del ambiente dañado” (art. 30), haciéndose referencia inclusive a la “reparación frente a la sociedad” (art. 31). Se trata, en suma, de una responsabilidad administrativa en la que el Estado actúa como representante de la sociedad, siendo el Estado Nacional y las provincias administradores de los aportes que realicen los sujetos responsables de la carga ambiental (art. 34).

En concordancia con ello, el art. 29, 2ª parte de la LGA prescribe que la responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa.

El factor de atribución de responsabilidad por daño ambiental colectivo es el incumplimiento, por acción u omisión, del deber de preservar y/o recomponer el ambiente negativamente (argumento del art. 27 de la LGA), deber que, como hemos señalado antes, tiene base constitucional.

Se trata de un factor de atribución de tipo objetivo en el sentido de que prescinde de la culpa o del dolo como presupuestos de la responsabilidad. Sin embargo, cuando el factor de atribución concierne al obrar estatal la idea es similar a la de la falta de servicio que la Corte Suprema adoptó, a partir del caso “Vadell” con apoyo en el art. 1112 C.C., para fundar la responsabilidad<sup>22</sup> extracontractual del Estado por lo que no cabe hacer aplicación, en esta clase de responsabilidad, a la teoría del riesgo creado<sup>23</sup> que reposa en una justificación diferente y cuyo grado de objetividad es mayor pues, en los hechos, el factor de atribución viene a derivar del propio daño, ya que el riesgo es un elemento independiente de la acción u omisión que provoca el daño.

Por esas razones no resulta congruente con el sistema de responsabilidad por daño ambiental colectivo la adopción de similares causas<sup>24</sup> exonerativas de responsabilidad que la segunda parte del art. 1113 C.C. prescribe para liberar al demandado (culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder).

A su vez, antes de ser vetado por el Poder Ejecutivo, el régimen que la LGA consagraba para la configuración del daño ambiental establecía una presunción *iuris tantum* de responsabilidad.

La presunción *iuris tantum* (la cual, como es sabido, admite prueba en contrario) consiste en suponer la responsabilidad del autor del daño ambiental si “existen infracciones a las normas ambientales administrativas”<sup>25</sup>. Va de suyo, entonces, que si el causante ha cumplido con todas las normas del poder de policía ambiental, no se configura dicha presunción sino, implícitamente, una presunción favorable a la legalidad de su actuar.

¿Pero qué sucede en punto a la responsabilidad administrativa si quien provoca el daño ambiental ha cumplido con todas las normas ambientales?

La respuesta a este interrogante está dada por la prescripción contenida en el art. 27 en cuanto indica que la responsabilidad por daño ambiental colectivo también se genera por el acto lícito del causante. A nuestro juicio, se trata de una norma inconstitucional, habida cuenta que siendo una carga pública no respeta el principio constitucional de igualdad (art. 16 C.N.) ni la garantía de la propiedad, toda vez que la norma impone un sacrificio especial por acto lícito sin indemnización (art. 17 C.N.). La paradoja en este supuesto es que la indemnización constitucional debida y la compensación ambiental vayan a coincidir por el simple hecho de que el monto del sacrificio especial es el valor de la contribución al Fondo de Compensación Ambiental. Es evidente pues que ello implica una norma confiscatoria ya que, en definitiva, el Estado termina trasladando su responsabilidad por la legislación ambiental deficiente en cabeza de los particulares en vez de asumirla como propia, dividiendo la carga de recomponer los daños ambientales producidos por sus errores, aquiescencias o criterios establecidos para determinar los riesgos ambientales tolerables.

El segundo presupuesto que tipifica la responsabilidad por daño ambiental colectivo viene dado, en la LGA, por un concepto jurídico indeterminado que se circunscribe a una “alteración ambiental negativa relevante” (art. 27). En este sentido, la doctrina del derecho administrativo ha desarrollado la concepción de los conceptos jurídicos indeterminados como opuesta a la de los actos discrecionales<sup>26</sup>. Siendo, entonces, el concepto jurídico indeterminado un supuesto de remisión legal que no admite opciones o variantes discrecionales, va de suyo que su configuración o no resulta, en principio, la única opción posible, la cual viene a constituir, mediante una suma de elementos reglados y criterios de justicia, una regla que escapa tanto a la discrecionalidad administrativa como a la judicial.

Para que se configure el concepto jurídico indeterminado de “alteración ambiental negativa relevante” se requiere formular algunas precisiones básicas. La primera es que su determinación responde a un haz de conceptos vinculados a los recursos del ambiente, al equilibrio de los ecosistemas, los bienes o valores colectivos (v.gr., art. 27 LGA) lo cual conduce al establecimiento de pautas para establecer los riesgos ambientales soportables o mínimos, al desarrollo sustentable de las actividades humanas, especialmente, las industrias. Ello exige que se establezcan los índices soportables de contaminación ambiental que una comunidad está dispuesta a tolerar por sus habitantes (v.gr., nivel de polución) sin grave riesgo para sus vidas y patrimonios.

Obsérvese que el calificativo “relevante” está indicando un grado mayúsculo de alteración del ambiente y no una mera alteración que naturalmente viene produciendo la actividad industrial a partir del maquinismo, situación que no parece haberse superado en la era tecnológica.

La segunda precisión se refiere a que, por la propia función que cumple como gestora de los intereses generales o del bien común, la competencia para discernir tales pautas y, por ende, la configuración de los criterios y requisitos susceptibles de generar una alteración ambiental negativa relevante corresponde básicamente a la ley y, en su caso, a la Administración y no a los jueces, los cuales, sin embargo, tienen a su cargo llevar a cabo el control de legalidad y de razonabilidad de las normas ambientales y de los actos administrativos de aplicación.

Por fin, corresponde distinguir entre “daño ambiental colectivo” e “impacto ambiental”. Este último se refiere a aquellas alteraciones concomitantes de determinada actividad sujetas a las medidas razonablemente preventivas, mitigadoras y correctivas que deben implementarse a tales fines. El daño ambiental, en cambio, deriva en principio de acciones que degradan en forma relevante el ambiente y los recursos naturales en contravención de las normas aplicables, mientras que el impacto supone modificaciones en el ambiente debidamente identificadas y previstas por el interesado, además de conocidas y auditadas por la autoridad administrativa.

En lo que concierne a los efectos de los impactos, las normas aplicables, los diferencian de los

daños cuya consecuencia jurídica principal se constituye en la obligación prioritaria de recomponer. En cambio, los impactos ambientales generan la obligación de adoptar las medidas necesarias para que éstos tengan lugar dentro de parámetros de alteración ambiental razonables y de conformidad con una gestión responsable.

### *3. La obligación de recomponer. La constitución del Fondo de Compensación Ambiental. La legitimación para accionar judicialmente*

#### a) La obligación de recomponer

El deber genérico de preservar el ambiente se descompone, al menos, en dos facetas específicas constituidas por: a) la obligación de evitar el daño ambiental y realizar acciones positivas o negativas para mantener “un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano...” (art. 41 C.N.); y b) la obligación de recomponer frente a la ocurrencia del llamado daño ambiental (art. 41 C.N.), en obvia referencia al daño ambiental colectivo.

El criterio para determinar cuándo se está en presencia de un daño ambiental colectivo es eminentemente técnico y no puede ser cubierto con interpretaciones subjetivas ni discrecionales<sup>27</sup>.

Como se ha visto, el art. 41 C.N., reformada en 1994 introduce un precepto que, si bien consagra, prioritariamente, la obligación de recomponer el daño ambiental, reserva a la ley el contenido y las formas que configuran dicha obligación, dirigida fundamentalmente a los particulares causantes del daño<sup>28</sup>, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera caberle al Estado por aplicación de los principios generales que fundamentan la reparación patrimonial.

Corresponde advertir, asimismo, que la cláusula constitucional asigna un rango de prioridad a la recomposición del ambiente por sobre la indemnización pecuniaria<sup>29</sup>, la que no se encuentra referida de un modo expreso en el citado art. 41 C.N..

En este último sentido, el criterio de la LGA, al reglamentar la obligación de recomponer, comprende la restitución de las cosas al estado anterior (como lo prescribe el art. 1083 C.C.). Sin embargo, nada impide que de no ser ello posible *in totum*, se adopten (art. 34, 2ª parte) aquellas medidas razonablemente sustitutivas o equivalentes que tiendan a la recomposición, al menos en forma progresiva, del daño ambiental común (v.gr., plantación de árboles en nuevas autopistas) o en acciones antipolutorias que hagan que los daños anormales que sufren los habitantes se transformen en molestias consideradas normales, dentro de los límites de contaminación que determine la legislación<sup>30</sup>.

#### b) La constitución del Fondo de Compensación Ambiental. El seguro ambiental y el fondo de restauración ambiental

El art. 28 de la LGA prescribe que en el supuesto de que la recomposición del daño ambiental colectivo no sea técnicamente factible, nace la obligación de indemnizar a cargo del causante del daño. Esta indemnización, en el sistema de la LGA, la fija sólo la justicia ordinaria interviniente y su monto pasa a integrar el Fondo de Compensación Ambiental.

Un poco más adelante, el art. 34 de la LGA, regula la creación del Fondo de Compensación Ambiental previéndose que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción. Su finalidad es la de garantizar “la calidad ambiental, la prevención y mitigación de aspectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales y, asimismo, la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente”.

Esa ampulosa enumeración de destinos del Fondo, que bien podría haberse circunscripto a un par de conceptos básicos, no ha tenido consecuencias en la realidad en virtud de que aún no se ha

dictado la ley especial que reglamente su integración, composición, administración y destino (art. 34, 3ª parte). Mientras esto no ocurra es evidente que, al menos, en este aspecto, la LGA, carece de operatividad dado que todo el sistema de recomposición del daño ambiental colectivo se basa en la constitución del Fondo de referencia.

De otra parte, el art. 22 de la LGA prescribe la obligación de contratar un seguro ambiental para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que “en su tipo pudiese producir” toda persona física o jurídica que realice actividades riesgosas para el ambiente. Es evidente que la reglamentación que se dicte entraña una cuestión compleja y difícil pues requiere instrumentar un sistema de seguros cuyo costo dependerá de las posibilidades económico-financieras de cada industria u operador, existiendo grandes dificultades para determinar el riesgo asegurable en la medida en que no se establezcan criterios tasados o límites para la extensión de la responsabilidad objetiva.

En este sentido, se puede decir, parafraseando a Vanossi, que la legislación no puede contener un “catálogo de ilusiones” sino, en cualquier caso, un sistema posible, en materia ambiental, adaptado a la realidad del país.

c) La legitimación para accionar en sede judicial y otras cuestiones vinculadas a la acción por recomposición del daño ambiental colectivo

En cuanto a la legitimación, concebida como la aptitud para ser parte en un proceso concreto <sup>31</sup>, el art. 30 de la LGA, en línea con lo preceptuado en el art. 43 C.N., establece que se encuentran legitimados para demandar la recomposición del ambiente dañado (daño ambiental colectivo) los siguientes sujetos: a) el afectado; b) el Defensor del Pueblo y c) las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental. La norma agrega que quedará legitimada la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción (sic), disposición que resulta superflua o sobreabundante habida cuenta que el concepto de “afectado” es abarcativo del supuesto que describe.

Tal como está diseñada esta especie de legitimación para promover la acción de recomposición por daño ambiental es evidente que no configura una acción popular (con legitimación abierta a todos los ciudadanos) dadas las limitaciones subjetivas que prescribe, las cuales son taxativas.

En cambio, para promover un amparo, cuya pretensión procesal consista en la cesación de actividades generadoras del daño ambiental colectivo, el art. 30 *in fine* de la LGA consagra la acción judicial en favor de “toda persona”, instituyendo, de este modo, una acción popular o pública <sup>32</sup>.

Sobre el punto, cabe recordar que, una parte de la doctrina ha sostenido que el reconocimiento de la acción popular sería inconstitucional <sup>33</sup>, en la inteligencia de que la atribución de promover la acción pública en favor de cualquier persona viola el principio representativo (art. 22 C.N.) al arrogarse la representación de los derechos del pueblo, es decir, del conjunto de la Nación.

A su vez, la LGA sienta dos principios llamados a tener una enorme repercusión en el plano de la responsabilidad por daño ambiental colectivo, a saber: a) el principio de concentración procesal que establece la interdicción de promover otras acciones similares una vez que fuera deducida una determinada demanda por daño ambiental, sin perjuicio de la intervención de terceros (art. 30, 2ª parte <sup>34</sup>), y b) la regla de la solidaridad cuando no sea posible la determinación precisa del daño provocado por cada sujeto responsable (art. 30, 3ª parte).

d) Carácter prescriptible de la acción

No puede haber duda acerca de la prescriptibilidad del derecho a demandar la recomposición del daño ambiental colectivo. Así lo imponen la seguridad jurídica y la necesidad pública de no

generar riesgos futuros imposibles de todo cálculo racional. Quienes sostienen la imprescriptibilidad de este tipo de acciones no piensan en que ello introduce una grave cuña en la certeza y en la estabilidad de las inversiones privadas. De otra parte, se aplican al caso, en forma análoga, las normas del Código Civil que prescriben tanto el principio de que los derechos reales y personales se pierden por la prescripción (art. 3947) como el plazo de dos años establecido para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual (art. 4037), el cual, si bien se ha considerado demasiado breve para estas situaciones <sup>35</sup>, no está muy lejos de los plazos que se han fijado en la legislación comunitaria europea (tres años) para diversas acciones por daño ambiental.

## **VI. Esbozo de la jurisprudencia sentada por la Corte en el caso “Mendoza”**

La doctrina jurisprudencial que la Corte ha sentado en el precedente “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros” <sup>36</sup> está llamada a proyectar consecuencias de suma trascendencia para el correcto encauzamiento de las causas ambientales, tanto en aspectos sustantivos como procesales.

El juicio fue promovido, en instancia originaria, por un grupo de actores contra el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires así como también a cuarenta y cuatro (44) empresas que desarrollan su actividad industrial en las adyacencias de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, con el objeto de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación ambiental de dicho río.

Para el alto tribunal <sup>37</sup>, como las pretensiones se plantearon en forma acumulativa (mezclando la pretensión colectiva con la individual) resulta necesario distinguir y separar dos pretensiones que difieren en punto a su régimen sustantivo y a la jurisdicción competente, a saber:

- 1) la vinculada a la lesión de bienes individuales (daños a las personas físicas y a sus patrimonios), y
- 2) la concerniente a la protección del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente.

La Corte, al rechazar la acumulación de acciones que pretendían los actores en su instancia originaria, puntualizó que a diferencia de los bienes individuales, el bien de incidencia colectiva es de uso común e indivisible, hallándose tutelado de manera no disponible para las personas individuales.

Además, en materia de daño colectivo señaló: que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, finalmente, recién en ausencia de toda posibilidad de recomponer, procede el resarcimiento <sup>38</sup>.

Importa destacar otra afirmación relevante del fallo como es la de sostener que conforme al art. 27 de la ley 25.675, el único daño regulado y alcanzado por dicho “estatuto especial” es el daño de incidencia colectiva, que comprende las pretensiones que persiguen la recomposición y al resarcimiento del referido daño <sup>39</sup>, las cuales corresponde separar de la pretensión que tiene por objeto la indemnización de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos por los actores <sup>40</sup> (daños individuales).

En cuanto a estos últimos, la Corte sostiene que por hallarse en juego el incumplimiento de atribuciones públicas (en rigor, la omisión de ejercerlas), provenientes del ejercicio del poder de policía local, no corresponde la jurisdicción federal en razón de la materia por tratarse de supuestos que configurarían supuestos de responsabilidad, como entre otros, la falta de servicio, que no podrían encuadrarse en el concepto de causa civil, entendida ésta como aquella que concierne a “... litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado...” <sup>41</sup>. Por tal causa, cuando para resolver la controversia, sea necesario acudir, en forma parcial o exclusiva, al derecho local, la causa no se considera “civil” por lo que corresponde tramitar en jurisdicción de la justicia

provincial<sup>42</sup>.

Es decir que mientras la jurisdicción originaria en materia de conflictos en que se plantea la recomposición del daño ambiental colectivo en los que una provincia sea demandada juntamente con el Estado Nacional, se configura la competencia federal en razón de la materia tanto por tratarse de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales (art. 7º LGA) como por el daño de incidencia colectiva que constituye el único presupuesto atributivo de la competencia federal (art. 27 LGA)<sup>43</sup>.

## Notas

\* Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Juan Carlos CASSAGNE, “Sobre la protección ambiental”, L.L. 1995-E-1217.

<sup>2</sup> En un artículo titulado: “El daño ambiental colectivo”, L.L. 2004-E-1426.

<sup>3</sup> Confr. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)”, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, La Ley, 2006, pág. 3.

<sup>4</sup> En Brasil, la materia ambiental es considerada como uno de los sectores de la policía administrativa, vid.: Celso Antonio BANDEIRA de MELLO, *Curso de direito administrativo*, 12ª ed., San Pablo, 2000, pág. 683.

<sup>5</sup> En la doctrina argentina se ha reconocido la configuración de un derecho administrativo ambiental, véase: Ricardo Luis LORENZETTI, “El paradigma ambiental”, en Investigaciones 2006, publicación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 2007, pág. 216, aunque también la cuestión ambiental se introduce en otras ramas como el derecho laboral; vid asimismo Carlos Alfredo BOTASSI, *Derecho administrativo ambiental*, La Plata, Platense, 1997, págs. 91-92.

<sup>6</sup> Diogo de FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, 14 ed. Río de Janeiro, Editora Forense, 2006, pág. 507.

<sup>7</sup> Ramón MARTÍN MATEO, *Tratado de derecho ambiental*, vol. I, Madrid, Trivium, 1991, pág. 95, sostiene que el derecho ambiental es sustancialmente un derecho público.

<sup>8</sup> Ver al respecto: Marcelo J. LÓPEZ MESA, “La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado”, *Revista de Derecho Administrativo*, N<sup>os</sup> 27/29, pág. 435 y ss. y Pablo E. PERRINO, “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, obra colectiva: *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pág. 59 y ss..

<sup>9</sup> Este principio se encuentra recepcionado en el art. 28 de la LGA.

<sup>10</sup> Carlos Alfredo BOTASSI, ob. cit., págs. 91-92, afirma que ninguna otra rama del derecho se vincula tan intensamente al derecho ambiental como el derecho administrativo.

<sup>11</sup> Silvia JAQUENOD DE ZSOGON, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Madrid, Marcial Pons, 1991, pág. 350.

<sup>12</sup> Ramón Fernando LÓPEZ, en el *Tratado de derecho comunitario*, dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA - GONZÁLEZ CAMPOS - MUÑOZ MACHADO, Madrid, Civitas, 1986, t. III, pág. 503.

<sup>13</sup> Art. 43, segunda parte, C.N..

<sup>14</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA - Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1991, t. II, págs. 33-34; ver también Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1987, t. I, pág. 359, puntualiza que mientras el deber tiene carácter abstracto, la obligación se refiere a un bien determinado.

<sup>15</sup> Para MARTÍN MATEO el derecho a la información supone la previa adopción del principio de la transparencia y la paulatina eliminación de los secretos públicos (*Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Madrid, 1994, pág. 163).

<sup>16</sup> Ampliar en: Guy BRAIBANT y otros, *Le contrôle de la administration et la protection des citoyens*, París, 1977.

<sup>17</sup> Ley 24.051 (ADLA, LII-A-52). El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista “Antecedentes parlamentarios”, t. 1996-B, pág. 1.637.

<sup>18</sup> Carlos DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Madrid, Civitas, 1994, págs. 87-88; Lucía, GOMIS CATALA, *Responsabilidad por daño al medio ambiente*, Alicante, Aranzadi, 1998, pág. 64, cit. por Néstor A. CAFFERATA, en “Daño ambiental colectivo y proceso ambiental colectivo (ley 25.675)”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año V, N<sup>o</sup> 2, Buenos Aires, 2003, pág. 52.

<sup>19</sup> Véase al respecto: Félix A. TRIGO REPRESAS - Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. III, pág. 533 y ss..

<sup>20</sup> Art. 1113 C.C..

<sup>21</sup> Sobre las dificultades que plantea la recomposición del medio ambiente, ver: Tomás HUTCHINSON, *Daño*

*ambiental*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. II, págs. 137-139.

<sup>22</sup> Confr. Juan Francisco LINARES, “En torno a la responsabilidad civil del funcionario público”, L.L. t. 153, pág. 602, sección Doctrina y nuestro *Derecho administrativo*, 7ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2004, t. I, pág. 537 y ss. En 1985, la Corte Suprema adoptó la tesis que consagra la responsabilidad directa y objetiva del Estado por falta de servicio que venimos sosteniendo desde las primeras ediciones de nuestro *Derecho administrativo*, en el caso “Vadell” (Fallos 300:2036). Véase al respecto: Pablo E. PERRINO, “La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio”, E.D. 185-785.

<sup>23</sup> Vid. Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 405 y ss..

<sup>24</sup> Art. 29, primera parte de la LGA.

<sup>25</sup> Tal como la preceptuaba el art. 29, 2ª parte de la LGA, vetado por el Poder Ejecutivo.

<sup>26</sup> Ampliar en Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho administrativo* cit., t. I, pág. 231 y ss..

<sup>27</sup> La jurisprudencia ha señalado que no todo daño a la naturaleza comporta un daño antijurídico y que resulta necesario compatibilizar o acomodar la protección del ambiente con otros bienes igualmente valiosos (v.gr., necesidades de comunicación) para la comunidad (en el caso “Louzan, Carlos c/ Ministerio de Economía s/ acción de amparo”, resuelto por la Sala I de la Cámara Federal de San Martín, del 26/7/93, E.D. 156-59).

<sup>28</sup> Guido Santiago TAWIL, “La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”, en obra colectiva: *Estudios sobre la reforma constitucional*, Juan Carlos Cassagne (director) Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 57.

<sup>29</sup> Beltrán GAMBIER - Daniel LAGO, “El medio ambiente y su reciente recepción constitucional”, *Separata Revista El Derecho, Temas de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1995, pág. 27.

<sup>30</sup> Juan Carlos CASSAGNE, “Sobre la protección...” cit., pág. 1.221.

<sup>31</sup> Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Civitas, 1998, t. I, pág. 450 y Juan Carlos CASSAGNE, “La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo”, E.D. 120-979.

<sup>32</sup> Néstor P. SAGUÉS, “El amparo ambiental, ley 25.675”, L.L. 2004-D-ps. 1.194-1.195; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., pág. 26.

<sup>33</sup> Confr. Miguel S. MARIENHOFF, “La legitimación en las acciones contra el Estado”, L.L. 1986-C, pág. 899 y ss. Esta opinión del maestro fue compartida por Jorge BUSTAMANTE ALSINA, en su *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, págs. 141-142, respecto a las acciones promovidas entre particulares. Es también la postura que exponemos en diferentes trabajos.

<sup>34</sup> La doctrina ha criticado la inclusión de estas reglas procesales sosteniendo que ellas exceden el contenido de los “presupuestos mínimos” que consagra el art. 41 C.N.; confr. Daniel H. LAGO, “La ley general del ambiente (ley 25.675) y sus reglas procesales. Reflexiones sobre su constitucionalidad”, J.A. 2003-III-1272 y ss..

<sup>35</sup> Véase: Tomás HUTCHINSON, op. cit., págs. 299-300.

<sup>36</sup> Publicado en L.L. 2006-D-281, con nota de Daniel Alberto Sabsay.

<sup>37</sup> Considerando 6º.

<sup>38</sup> En el considerando 18º, primera parte, se afirma que la prevención del daño futuro tiene prioridad absoluta.

<sup>39</sup> Considerando 7º, tercera parte.

<sup>40</sup> Considerando 8º.

<sup>41</sup> Considerandos 8º, segunda parte, y 9º.

<sup>42</sup> *In re*: “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, B-2303 XL, del 21 de marzo de 2006.

<sup>43</sup> Considerando 7º, tercera parte.

# DAÑO AMBIENTAL Y SEGURO

por EFRAÍN HUGO RICHARD \*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. ¿Asegurarse? III. El riesgo asegurado. Daño asegurable. IV. Naturaleza del seguro ambiental. V. La multiplicidad de los daños. V.1. El daño directo a cosas, bienes o personas. V.2. El daño ambiental. VI. Prueba del estado del medio ambiente para determinar o el riesgo asegurable o el daño producido. VII. El autoseguro. VIII. Eficiencia del sistema para recomponer el daño ambiental. IX. Vía procesal. IX.1. Amparo. IX.2. Otras acciones. X. La prevención. La responsabilidad social empresaria. XI. Para el análisis.

El 6 del corriente mes de octubre se ha conocido que el mundo, la civilización, los hombres gastarán en el futuro mucho más que lo que puede el planeta renovar. ¿Se inicia un largo camino hacia el fin o un desafío tecnológico? Incluso a la técnica jurídica...

Es evidente hoy que vivir contamina. La respiración masiva, el refrigerarse, el calefaccionarse, el trasladarse, el fabricar los alimentos que consumimos, recibir nuestros desechos. Hace algo más de cincuenta años nadaba y buceaba en el lago San Roque. Hoy no lo intentaría. Desde hace más de 30 años nos preocupó la contaminación ambiental <sup>1</sup>. Y, particularmente, la reparación del daño en caso de contaminación sinérgica, pensando en la necesidad de un fondo generado con primas asegurativas, ante la imposibilidad de identificar al causante específico del daño, particularmente en los daños por inversión térmica.

## I. Introducción

Lorenzetti señala que *“el paradigma ambiental es el más novedoso, ya que aún está en proceso de maduración, pero tal vez sea la más profunda transformación que se produzca en los próximos años”*. Es que el mundo jurídico atendió y reguló las relaciones de cambio, las bilaterales -aun con partes plúrimas-, y además de asegurar su cumplimiento gestó la regla del que daña debe reparar e indemnizar. Hace algunos años nos venimos ocupando de las relaciones de organización, para atender particularmente las nuevas técnicas jurídicas para formular emprendimientos, también nos preocupó -y lo hicimos particularmente en la XIV Reunión Conjunta- la pérdida de soberanía de los Estados, y la ineficiencia del sistema jurídico y judicial para enfrentar nuevos fenómenos. Hoy -18 de octubre- leía los títulos en la edición de La Ley del artículo del académico Augusto Mario Morello con Clauda B. Sboda titulado: *Teoría y realidad de la tutela jurídica del ambiente*. El fenómeno que escapa al derecho de daños, merecerá respuesta pública administrativa y penal, además de una eficiente puesta en escena a través de lo procesal como medio de evitar males mayores.

La defensa del medio ambiente forma parte, a nuestro criterio, de esas relaciones de organización -ya de carácter público- dentro de la teoría de la organización humana que debería vincularse a esa pérdida de soberanía para asegurar los derechos de los hombres. Pero quizá más importante será asegurar la convivencia y el disfrute limitado de los cada vez más limitados recursos naturales. ¿O enfrentaremos el derecho de los poderosos? Países poderosos o personas poderosas mientras el resto es aniquilado...

Se ha dicho en un fallo <sup>2</sup> que para examinar la cuestión, oportuno resulta decir que, el Preámbulo de la Constitución Nacional, verdadera declaración formal y solemne que motiva y

otorga fundamento a la Ley Suprema, resultando la “expresión del Estado de derecho”, subraya como objetivo el “promover el bienestar general”<sup>3</sup>. La Constitución Nacional reformada en 1994, dejó asentada “al abordar la temática que me ocupa, el solidarismo intergeneracional...” que expresa una visión de la persona humana y de la comunidad política fuertemente vinculadas, no sólo a un pasado común, sino también con claros deberes hacia las generaciones venideras, “principio que de modo implícito ya anidaba en el Preámbulo de la Ley Suprema, en la invitación formulada a todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”<sup>4</sup>. Claro, cuando de derechos humanos hablamos, las asimetrías han de ser reparadas, de inmediato. Esto entronca con la voluntad del constituyente reformador, que reconoció como nuevo derecho humano al ambiente sano, sumándolo, de este modo, al resto de las libertades y garantías que la parte dogmática de la Constitución ya establecía. Y, si razonamos el tema desde la *Teoría sistémica del derecho social*, podemos entender que existen etapas de crecimiento nacional e internacional, desde el Estado de derecho al Estado social de derecho, de éste al orden social justo y, finalmente, al orden social fraterno en la trascendencia. Además, ha sido importante que en nuestra calidad humana, nos iguale, ya que somos integrantes de una sociedad que necesita del equilibrio del ecosistema. El agua, el sol, la atmósfera, las plantas, los animales, integran nuestra expectativa de vida y además tenemos una historia, un destino y entre todos nos hemos dado una constitución<sup>5</sup>.

Tomamos otro párrafo de la sentencia referida: “También me interrogo y a la luz del principio de sustentabilidad, esto es, al mandato que indica que el “desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras” -art. 4º de la ley 25.675- en otras palabras, unión o lazo entre el medio y el desarrollo, con el fin de lograr un nuevo modo de desarrollo en base a una sana utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la sociedad<sup>6</sup>, si es posible verificar que la Municipalidad de Paraná, cumple con este principio rector. Evidentemente y tal como lo expresa Sabsay, este fenómeno, que parece de fácil explicación y de rápida comprensión, sin embargo demanda enormes esfuerzos para poder ser puesto en práctica. “Su aplicación obliga a un trabajo conjunto de los gobiernos y las sociedades y dentro de éstas de los distintos sectores que la componen. Todo esto no surgirá por generación espontánea, sino que demandará concesiones y revisiones de parte de todos los sectores”<sup>7</sup>.

El texto del art. 41 C.N., con una tesis amplia, reconoce que “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 ambiental”. Pero, la preservación del medio ambiente había sido anteriormente objeto de inquietud internacional (“Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica”), resultando interesante destacar que la República Argentina ha reconocido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos referidos a la interpretación o aplicación del citado Pacto de San José de Costa Rica<sup>8</sup>. De este modo, el Estado ha asumido el compromiso internacional por violación de los derechos reconocidos en la mencionada Convención, que hoy y tras la reforma constitucional de 1994, tiene jerarquía constitucional -art. 75 inc. 22 C.N.- (de la sentencia referida). También resulta importante destacar que fue la sociedad civil, quien logró la sanción de la ley 25.675<sup>9</sup>, norma de orden público y operativa -art. 3º- que en sus objetivos postula el promover el mejoramiento de la calidad de vida y de las generaciones presentes y futuras en forma prioritaria, manteniendo el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos.

## II. ¿Asegurarse?

Justamente el art. 41 C.N. establece que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Se trata de mantener el hábitat del hombre, la posibilidad de la supervivencia de la biodiversidad. No deberíamos hablar primigeniamente de un nuevo derecho de daños -que también lo es- sino de un derecho de la organización humana. La específica ley 25.675, en su art. 22, establece que: “Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la *recomposición del daño que en su tipo pudiere producir*; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de *restauración ambiental* que posibilite la instrumentación de acciones de reparación”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido requiriendo la efectiva constitución de seguros ambientales a través del voto de la minoría en uno de sus recientes pronunciamientos <sup>10</sup>, atento a la grave situación creada por las actividades con mayor potencial contaminante y que, actualmente carecen de seguros adecuados para afrontar tales contingencias por la falta de implementación de la obligación contenida en el art. 22 sobre éstas.

La Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable fijó una *política ambiental* a través de la Resolución 177/2007, aprobando normas operativas para la contratación de seguros previstos por el art. 22 de la ley 25.675, dictada ocho años después de la reforma constitucional.

Lo hizo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 19/2/07, conforme la previsión del art. 41 C.N., la Ley General del Ambiente 25.675. Se reconocen así los derechos más elementales del hombre, que encuentran su germen en tratados de derechos humanos, jerarquizados constitucionalmente en 1994, en el art. 1º de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y resulta un mandato constitucional, a instancias del referido art. 41º C.N., que puso en cabeza de las autoridades, el deber de proveer a la protección del derecho al ambiente sano. Como derecho humano, ha de ser operativo y no programático. Fue una respuesta al movimiento que se inició en Estocolmo en 1972.

Adviértase el fundamento de un derecho público de las relaciones de organización humanas.

Los considerandos de dicha Resolución señalan que “desde la vigencia de la ley Nº 25.675 se han registrado dificultades que limitan una oferta adecuada de este tipo de seguros, impidiendo su plena exigibilidad por parte de las autoridades”.

Recuérdese que por las leyes 12.988 y 20.091, la Superintendencia de Seguros debe aprobar las pólizas que se ofrecen públicamente, y hasta ahora no han estado disponibles; aunque algún trabajo doctrinario que llegó a nuestras manos indique que existiría una póliza disponible no lo hemos podido confirmar entre los especialistas. Claro que seguros mutuos como el Tovalop cubre únicamente los costos de la lucha contra la marea negra y la limpieza de las costas, pero no el perjuicio a particulares. En Estados Unidos existen pólizas protegiendo al comprador de inmuebles por sus posibles responsabilidades por daños ambientales por contaminación bajo su superficie, bajo el régimen *claims made* únicamente; también otras por contaminación al fabricar productos o instalarlos, por daños de contaminación a terceros, y una tercera línea se ofrece a profesionales de limpieza ambiental, por distintos riesgos anexos a esa tarea <sup>11</sup>.

No es fácil la determinación de la “entidad suficiente” de la cobertura, por lo que deben fijarse criterios específicos de la materia ambiental para el establecimiento del monto asegurable.

No ingresaremos aquí en las potestades del nuevo ente que se crea para imponer un seguro

obligatorio, determinar su cuantía y características en áreas no sometidas a su jurisdicción.

### III. El riesgo asegurado. Daño asegurable

Particularmente resulta fundamental la determinación del daño asegurado, lo que intenta la referida resolución, estableciendo metodologías y procedimientos aceptables para la evaluación, certificación y auditoría de las instancias anteriores y posteriores al daño de este tipo. Pero más fundamental es determinar el “riesgo asegurable”, incluso para la mentada función preventiva “como instrumento económico beneficiando a la actividad que haya asignado más recursos a la prevención y a una gestión ambientalmente responsable”.

Se trataría de acuerdo al art. 22 de la referida ley de “recomposición del daño que en su tipo pudiese producir”. La “restauración ambiental” como señala el mismo artículo para referirse al autoseguro. No se trata de una “indemnización” o al pago de ésta, que a ello optaría una compañía de seguros dentro del esquema de los seguros de responsabilidad civil que tienden a proteger el patrimonio del sujeto contaminante. El autoseguro toma parte del patrimonio de ese mismo sujeto para cumplir con tal obligación. De acuerdo con la Real Academia recomponer es “componer de nuevo”, “reparar”. Esta última implica “Componer... o enmendar el daño que ha sufrido una cosa. Enmendar, corregir o remediar. Desagraviar, satisfacer al ofendido. Remediar o precaver un daño o perjuicio. Y componer en sus varias acepciones compatibles “reparar lo ... roto.... Restaurar, restablecer”. A su vez “restauración” significa “acción y efecto de restaurar”, “recuperar o recobrar. Reparar, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía”.

Ante tales cuestiones pensamos en estos aspectos tan variados, donde el problema puede ser múltiple, ¿se trata de reparar los daños sufridos por personas o cosas, el ambiente mismo? Estaríamos frente a una actividad riesgosa; siempre debe repararse el daño causado. Lo que parecería que se intenta es un seguro especial, quizá no de la reconstrucción de edificios derribados por una explosión -que estarían cubiertos por otro tipo de seguro- sino de la limpieza del suelo, del ambiente..., de aquello que quizá no hay nadie que pueda reclamar un daño concreto, pero ¿dónde se ha producido efectivamente un cambio negativo? Justamente, las pólizas normales de responsabilidad civil excluyen cualquier cobertura por daño al medio ambiente.

En realidad se trata de determinar el “riesgo asegurado”, que debe existir pues caso contrario no habrá seguro. No puede hablarse de seguro si no se determina de qué se quiere asegurar, pues es un elemento causal fundamental del contrato de seguro: art. 1º L.S. “Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto” o riesgo asegurado.

Justamente esto es motivo del art. 2º L.S. “El contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable...”, norma íntimamente ligada al art. 60: “*Objeto*. Puede ser objeto de estos seguros -se refiere a los daños patrimoniales- cualquier riesgo, si existe interés económico lícito de que un siniestro no ocurra”. Es entonces el riesgo y no el objeto la causa del contrato, que hemos concebido como “la satisfacción de una necesidad eventual generada por un siniestro, la compensación de los efectos de lo imprevisto”. Así visto el objeto- causa del contrato de seguro es un riesgo, considerado por la doctrina como el objeto mismo del contrato.

Como en el juego, el hombre busca el riesgo, mediante el seguro tiende a evitar los efectos de los riesgos sobre su patrimonio, entendiendo que asegurarse implica que el nivel de vida se mantenga idéntico, ocurra lo que ocurra.

Para contratar debe existir un “interés asegurable” o sea la relación lícita económica sobre un bien amenazado por un riesgo. En el caso podría tratarse no de un bien propio del asegurado, sino de la colectividad amenazada por el riesgo de la actividad del asegurado -y su habilitación podría estar comprometida- lo cual implica un interés lícito y, por lo tanto, basante de un contrato de

seguro.

Se trata de algo eventual, de que el hecho acaezca o no -seguro de daños- el elemento caracterizante del riesgo asegurable. O sea que si se acepta la instalación de una industria que algo contamina, y que se sabe que en un par de años ese nivel bajo de contaminación generará un daño ambiental inaceptable no estaríamos frente a un riesgo asegurable, al permitir “determinar el grado de posibilidad de que el evento dañoso se produzca”<sup>12</sup>.

Se sostiene que “la industria es el mayor factor contaminante. Genera contaminaciones locales que repercuten a nivel global” y que “Constituye un paradilogismo de falsa oposición contraponer, de una parte, la industrialización que produce satisfacción inmediata de necesidad de empleo, mejorando directamente a las clases sociales más carenciadas y promoviendo el credimiento económico global, y, de otra a la protección del medio ambiente y de las generaciones futuras, que mantiene el desempleo y la pobreza en las generaciones actuales y la falta de desarrollo”, se trata de pensar en “el modelo medioambiental sustentable o sostenible”<sup>13</sup>. Vivir contamina y el desafío a los juristas, pero más aún a los politólogos, está planteado. No queremos pensar en la película “Cuando el futuro nos alcance” de Edward G. Robinson y Charlton Heston.

Y sigue la complejidad. ¿Cuál es el daño ambiental de incidencia colectiva? ¿Qué daños deben asegurarse concretamente conforme el seguro ambiental previsto en la LGA -Ley General del Ambiente 25.675-? ¿Cuándo estaremos frente a un siniestro amparado por la póliza? ¿Los daños que concretamente genere a un vecino estarán amparados por ese seguro? O son sólo los de “incidencia colectiva”.

Sin duda son los daños de incidencia genérica, por lo que ninguna persona podría reclamar. Los que también deben ser afrontados en cuanto puedan ser reparados -no compensados- por el “Fondo de Compensación Ambiental” (art. 34 LGA), que funcionaría en realidad como un fondo de garantía colectiva<sup>14</sup>.

*“La aseguración de la responsabilidad por daño ambiental colectiva, consiste en la dificultad que encierra este tipo de siniestro para determinar el daño, las probabilidades y frecuencia de que éste ocurra, así como para estimar el costo de su reparación”*<sup>15</sup>.

Determinar el impacto ambiental de una actividad permitirá acercarse a la idea del riesgo asegurable, determinándolo y permitiendo asegurarlo (art. 12 de la ley imponiendo la declaración jurada “en la que se manifieste si las obras o actividades afectarán el ambiente”). Es como el plan de empresa o plan de explotación que venimos predicando en orden a la responsabilidad de administradores y, eventualmente, en la determinación del patrimonio de una sociedad necesario para operar normalmente sin dañar a terceros.

Así la ley en su art. 21 determina que “La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados”.

Conforme el art. 2º de dicha Resolución: “Se consideran actividades riesgosas para el ambiente, en los términos del artículo 22 de la ley N° 25.675, aquellas actividades listadas en el Anexo I” de ésta<sup>16</sup>, y “que verifiquen los niveles de complejidad ambiental identificados como categorías 2 o 3 del Anexo II (mediana o alta complejidad ambiental, respectivamente)”<sup>17</sup>. Escapa a nuestro análisis jurídico ante la evidente complejidad del tema que se califica en la segunda parte de ese mismo artículo al disponer: “La Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable determinará la agrupación de las diferentes actividades en función del rubro (Ru). Asimismo, podrá incorporar nuevos términos y valores a la fórmula polinómica del Anexo II, o modificar los existentes. (Segundo párrafo sustituido por art. 2º de la Resolución N° 303/2007 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable B.O., 13/3/2007)”.

En el art. 3º se dispone que “La autoridad de aplicación, a través del grupo de trabajo Unidad de Evaluación de Riesgos Ambientales, participará en la fijación de los montos mínimos

asegurables conforme con los siguientes criterios, a efectos de evaluar la suficiencia de la cobertura: a) La complejidad ambiental de la actividad conforme con el Anexo II de la presente. b) Los mecanismos de gestión, preventivos y de control del riesgo ambiental previstos. c) El entorno donde se emplaza la actividad”. Ello implica que deberá requerirse a esa Unidad el monto del seguro a contratar.

Esto nos hace acordar a toda la discusión sobre las facultades de un juez para determinar el capital constitutivo de una sociedad en su congruencia con la actividad, objeto o empresa a desarrollar, que motivara múltiples comunicaciones -en dispar sentido- en el reciente X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa coorganizado por esta Academia, y que lucen en el tomo I. La posibilidad de la actividad riesgosa incorporará un nuevo elemento, y hasta quizá la consulta previa del juez a la Comisión para autorizar la inscripción de la nueva persona jurídica societaria.

#### **IV. Naturaleza del seguro ambiental**

La cuestión preindicada se vincula directamente con la naturaleza del seguro ambiental o del autoseguro, pues impondrá analizar si es un seguro para cubrir el patrimonio del asegurado o satisfacer intereses difusos de la colectividad, a la que se le trasladaría la prestación a cargo del asegurador: indemnizatoria o de obra para reparar la materialidad del daño (limpieza). El tema tiene particular relevancia si pensamos en el concurso del asegurado ante un evento dañoso que afecta a la comunidad pero también la propia explotación o, por lo menos, su continuidad inmediata. Y en caso de quiebra, aunque fuere sólo por los costos de pasar por el patrimonio del fallido, aunque se determine un privilegio en favor de los terceros o la comunidad dañada<sup>18</sup>.

Se señala que *“la situación del desarrollo de estos seguros es incipiente tanto en nuestro país como en el exterior y en Francia y España se instrumentaron los pool de seguros de riesgos medioambientales”*<sup>19</sup>. La contratación del seguro por responsabilidad ambiental colectiva es una obligación exigible como lo ha señalado la Corte<sup>20</sup>.

Recordemos que lo prioritario es recomponer el medio ambiente antes que indemnizar. Por eso el art. 1º de la ley “establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente... y la implementación del desarrollo sustentable”, por eso el art. 2º como política ambiental fija objetivos limitados “para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de las emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental”. La prevención debe estar en el centro de la escena.

Quizá la cuestión se deba vincular también con la llamada “responsabilidad social empresaria” o “responsabilidad social corporativa”.

#### **V. La multiplicidad de los daños**

La protección del ambiente sano es bifronte ya que atiende a los derechos subjetivos del individuo, a través del derecho de daños pero también otorgando acción individual preventiva, como forma de atender los llamados derechos ambientales de incidencia colectiva.

Para algunos se ha dado en llamar una “Pluralidad de regímenes de la responsabilidad civil por daño ambiental”<sup>21</sup>, cuando en realidad se trata de situaciones diferentes

### *V.1. El daño directo a cosas, bienes o personas*

Pero se califica esa complejidad en el art. 4º, pues allí se determina como daño a los de “incidencia colectiva”, por lo que los daños directos que sufra una persona determinada no quedarán comprendidos en ella. Quien los haya producido deberá afrontarlos. Así reza la norma: “A los efectos de la presente, el alcance de la cobertura del seguro ambiental quedará circunscripto a los daños de incidencia colectiva irrogados al ambiente, en los términos del artículo 27 de la ley N° 25.675. Con ese fin, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, a través de la Unidad de Evaluación de Riesgos Ambientales -art. 6º-, deberá establecer las metodologías aceptables y el procedimiento para: a) Acreditar el estado del ambiente asegurado al momento de la contratación del seguro. b) Certificar el alcance de los daños ocurridos al ambiente como consecuencia del siniestro. c) Aprobar el plan de recomposición, mitigación o compensación propuesto. d) Auditar el cumplimiento de los planes previstos por el inciso anterior”.

Se trata, como se apunta <sup>22</sup> de “*considerar dos supuestos de responsabilidad: la clásica responsabilidad civil por daños ocasionados a través del ambiente o con motivo del daño al ambiente a una persona, supuestos para los cuales prevé la indemnización o reparación civil en dinero o especial (art. 1083 C.C.) y la responsabilidad por daños al ambiente en sí mismo (daño ambiental colectivo), que no precisa para su configuración de un daño a persona o cosas. Este daño a un bien público, como es el ambiente en conjunto o cualquiera de sus elementos, genera la obligación que el art. 42 de la C.N. establece con carácter imperativo*”. El mandato constitucional señala: “generará prioritariamente la obligación de recomponer”, no de indemnizar que será secundaria.

### *V.2. El daño ambiental*

El seguro del que estamos hablando tiende entonces a “recomponer” y subsidiariamente indemnizar -aunque esto debe ser realmente secundario conforme el texto constitucional- en cuyo caso, los montos determinados en la sentencia como substitutiva de la obligación de recomponer -quizá por imposibilidad de recomponer- integrarán el Fondo de Compensación Ambiental”.

Por recomposición prioritaria debe entenderse entonces la obligación de devolver el medio ambiente y los recursos naturales afectados a su estado anterior al daño, obligación que recae tanto en personas físicas o jurídicas, privadas o estatales, que estarán sujetas a las acciones de responsabilidad ambiental previstas en los arts. 27 a 33 de la ley, además de las sanciones penales.

La ley 25.675 -señala el fallo referido- ha reafirmado la necesidad de garantizar la utilización adecuada de los recursos ambientales, definiendo el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos y analizando la responsabilidad del causante del daño. Por su art. 32º ha otorgado al sentenciante un rol completamente activo e inquisidor, porque precisamente se trata de preservar el equilibrio del medio ambiente <sup>23</sup>.

Es fundamental determinar qué es “daño ambiental”, conforme la ley 25.675. En el fallo referido se señala que “La doctrina se ha encargado de definir al daño ambiental como la degradación del medio ambiente, como toda lesión o menoscabo al derecho individual o colectivo de conservación de la calidad de vida, porque se estimó que esta calidad de vida era el bien jurídico tutelado” <sup>24</sup>; también como “*toda actividad humana individual o colectiva que ataca los elementos del patrimonio ambiental, causa un daño social por afectar los llamados intereses difusos, que son supraindividuales, pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela del interés de un*

*sujeto particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad”*<sup>25</sup>.

*“Más allá de los intentos por definir al ‘daño ambiental’ entiendo y, sin duda alguna, que existen casos de daños ambientales que son generados por acontecimientos públicos y en verdad notorios, que por cierto son recogidos y puestos de relieve por los medios masivos de comunicación, aun cuando ningún habitante pueda desconocer de su existencia. Tal es el caso del humo. Nadie puede, sensatamente desconocer que esta ciudad, se ve frecuentemente cubierta y con mayor o menor intensidad, o quizás con más o menos frecuencia por humo. En otras palabras, el daño que se denuncia en el memorial de demanda, no es oculto, ni puede ser ignorado, pues resulta manifiesto. Entonces, siendo así, y vigente el Estado constitucional de derecho, el sistema de las garantías constitucionales ha de ponerse en marcha y precisamente la vía del amparo es el instrumento idóneo para tratar la cuestión de fondo y poner fin a actos que lesionan con arbitrariedad manifiesta, los derechos y garantías que se han denunciado como conculcados. Este razonar pretende dejar en claro que la democracia constitucional es exigente y tiene viabilidad a través del accionar de los poderes públicos comprometidos con esta realidad y que una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar un demos, es decir, una homogeneidad cultural, identidad colectiva o coherencia social, sino al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto”*<sup>26</sup> (de la referida sentencia).

## **VI. Prueba del estado del medio ambiente para determinar el riesgo asegurable o el daño producido**

Así las cosas, para contratar un seguro de recomposición ambiental deberá establecerse el estado del medio ambiente, para determinar los trabajos de recomposición, o subsidiariamente ante su imposibilidad la indemnización substitutiva.

Se señala<sup>27</sup> que *“La ausencia de provisiones legales de exclusión en relación a la cobertura de riesgos acumulables (contaminación gradual -o sinérgica, agregamos- producto de eventos no repetidos, en el contexto de una concepción de daño ambiental colectivo (**environmental damage**) que genera responsabilidad en forma conexas -pero independiente de la responsabilidad civil por daño ambiental (**enviromental impairment**)-, significa que una eventual cobertura asegurativa no podría ser aplicable a cualquier tipo de actividad, sino que debería estar orientada a aquellas actividades cuyos riesgos ambientales puedan ser estimados, y al mismo tiempo que los recursos o elementos del medio ambiente que están enfrentando el riesgo de que ocurra un daño ambiental, presenten un alto grado de homogeneidad y restauración”*, ello para configurar el riesgo asegurable sobre lo que venimos refiriendo.

Sobre la contaminación sinérgica nos hemos pronunciado y considerado la conveniencia de contribuciones para un “fondo asegurador”, que ahora aparece plasmado en el “Fondo de Compensación Ambiental”. Este es un tema digno de mayor análisis, particularmente en orden a la legitimación pasiva, cuando se demandare a todos los usuarios de automotores -o por lo menos, a los que excedan al grado de contaminación permitido- ante la muerte diaria de personas por inversión térmica.

¿Estarían exentos de responsabilidad los que compraron esos automotores con posterioridad a la degradación ambiental?

Y ni pensar en problemas tales como una acción grupal anónima, donde se desconoce quién ha contaminado, pero el medio ambiente ha sido afectado gravemente.

## **VII. El autoseguro**

El art. 5º de dicha Resolución acepta “admisible, a los efectos de la presente, la modalidad del autoseguro como opción válida y adecuada para responder por los daños ocasionados al ambiente, según lo establecido por el artículo 22 de la ley N° 25.675, siempre y cuando los titulares de las actividades riesgosas sujetos a la obligación de contratar un seguro por daño ambiental, acrediten solvencia económica y financiera, de acuerdo con los requisitos que a tales efectos sean establecidos por las normas complementarias a la presente”.

Resulta que quienes realizan “actividades riesgosas” están sujetos a contratar un seguro de “daño ambiental”. Una suerte de seguro automotor de responsabilidad civil, pero en vez de: para circular por la República, para poder realizar la “actividad” calificada de riesgosa.

O a acreditar solvencia. ¿Cómo se puede acreditar solvencia y de qué servirá frente a un siniestro que afecte la actividad y al ambiente circundante? ¿Cómo determinar que alguien muy solvente tiene disponibilidades para asumir eventos dañosos, al margen de las disponibilidades que necesita para el giro normal de los negocios y cumplimentar el objeto social?

Claro que esa solvencia económica y financiera, al margen de los requisitos que sean establecidos, debe resultar de los balances en el caso de sociedades comerciales. O un capital suficiente ya no sólo para asegurar el cumplimiento del objeto social, sino para cubrir los daños que puedan resultar de ese cumplimiento -como ya hemos señalado precedentemente-. Si el capital no alcanzare más allá de asegurar la funcionalidad de la sociedad, la solvencia económica deberá resultar de asignaciones especiales o previsiones que se detraigan de las ganancias, pues la solvencia financiera implica cierta disponibilidad inmediata de recursos, y que al mismo tiempo se asegure la continuidad de la actividad empresaria si el daño resultare de un accidente y no de la actividad misma -que impondría su cese como ilícita-<sup>28</sup>.

La determinación de ciertos valores es definitoria también para atender la modalidad del autoseguro, conforme lo previsto por el artículo de la Ley General del Ambiente, teniendo en cuenta su recepción en la práctica aseguradora en general, así como, las disposiciones de las leyes 24.557 (art. 30 y concs.); 25.612 (arts. 27 y 36 y concs.) y 25.670 (art. 9º y concs.).

La suficiencia de la garantía que enuncia el art. 22, requiere necesariamente de una evaluación estatal, ya que la idea de “suficiencia” debe entenderse no sólo como la afectación específica de determinado monto, sino también como la evaluación del instrumento respecto de una efectiva respuesta ante la eventual producción de un daño, o sea, su disponibilidad para atender los perjuicios a terceros. Tema indudablemente también vinculado a la eficiencia del sistema judicial para hacer efectiva una reparación del daño causado. Y éste es un tema de prevención dentro de lo que llamamos la responsabilidad social empresaria.

El tema impondría determinar si, en ese caso, al retraerse de la distribución de utilidades tal reserva está sujeta al pago de impuesto a las ganancias, pues por ley no podría distribuirse. ¡Qué desgraciado conflicto de incumbencias del propio Estado!

## **VIII. Eficiencia del sistema para recomponer el daño ambiental**

La contaminación debe prevenirse, pues producida es muy difícil recomponer el ambiente, quizá sí daños concretos. Los vemos hoy concretamente en la contaminación de lagos, ríos, incluso,

mar, y no hablemos del aire <sup>29</sup>.

Esa eficiencia no queda garantizada con la creación en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros de una Unidad de Evaluación de Riesgos Ambientales, pues sólo puede llevar a aumentar gastos estatales sin resolver los problemas que se intentan enfrentar.

Conforme el artículo, la Unidad Secretario de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, realizó un grupo de trabajo con la denominación Unidad de Evaluación de Riesgos Ambientales (UERA), que deberá, entre otras funciones:

“c) Participar en la determinación de los montos mínimos asegurables en función del riesgo, conforme con los criterios establecidos por el artículo 3º de la presente. d) Evaluar la suficiencia de las garantías previstas en la Ley General del Ambiente. e) Establecer las metodologías y procedimientos aplicables para acreditar el estado del ambiente al momento de la constitución de la garantía financiera. f) Establecer las metodologías y procedimientos aplicables para certificar el alcance de los daños ocurridos al ambiente como consecuencia del siniestro. g) Aprobar los planes de recomposición, mitigación o compensación propuestos y auditar su cumplimiento. h) Formular y desarrollar los recaudos ambientales a incorporar en las pólizas de los contratos de seguro por daño ambiental. i) Establecer los contenidos y requisitos ambientales a incorporar en los instrumentos constitutivos de autoseguros. j) Establecer parámetros y pautas para la recomposición del daño basados en criterios de riesgo.

No quisiéramos que la norma constitucional y la ley conforme a ella sancionada se conviertan en una suerte de representación del “Estado teatral - ley simbólica” que declama derechos que es imposible activar <sup>30</sup>. Un académico, Augusto Morello, viene sosteniendo: *“El derecho a contar o disponer con acciones o vías útiles porque siempre la atribución o el reconocimiento de derechos fundamentales (como lo es el derecho ambiental) se traduce en el nivel constitucional en un reconocimiento garantido, lo que demanda la existencia de un eficaz sistema de garantías, no tanto de carácter formal, sino representativo de una protección real”* <sup>31</sup>.

Se trata, como siempre, de un problema de “economía del derecho”: menos normas pero más efectivas.

## **IX. Vía procesal**

### *IX.1. Amparo*

La justicia suele llegar tarde como los guardias de la ópera bufa, al decir de Calamandrei. Por ello resulta fundamental la recepción oportuna de cualquier acción individual a través del amparo ambiental. La prevención ante el atisbo contaminante.

La primera acción será a través de ésta tender al cese inmediato del daño ambiental.

En el caso que estamos comentando, se resolvió que en la provincia de Entre Ríos, la ley 9550 <sup>32</sup>, modificó la ley 8369 de procedimientos constitucionales, y consagró el amparo ambiental, facultando a las personas físicas individual o colectivamente y a las personas jurídicas, incluyendo a las asociaciones específicamente constituidas con la finalidad de la defensa de los intereses que la misma normativa tiende a proteger a acatar “... cualquier decisión, acto, hecho u omisión de autoridad administrativa, judicial o legislativa en ejercicio de funciones administrativas: funcionario, corporación o empleado público provincial o municipal, o de un particular, sea persona

física o jurídica que en forma ilegítima, lesione, restrinja, altere, impida o amenace intereses difusos o colectivos de los habitantes, en relación con la preservación del medio ambiente, tales como la conservación del aire, el agua, el suelo, la flora, la fauna y el paisaje: la preservación del patrimonio histórico, cultural, artístico, arquitectónico y urbanístico: la correcta elaboración, almacenamiento, transporte y comercialización de mercaderías destinadas a la población, el manejo y disposición final de residuos; la tutela de la salud pública y, en general, en defensa de los valores del ambiente reconocidos por la comunidad”.

Al mismo tiempo deberá atender la justicia, la amplitud de la legitimación activa para reclamar por alguna de las vías, el mantenimiento del medio ambiente. Resulta opinable la exclusión de una legitimación activa concurrente, priorizando al primer reclamante -acción que podría corresponder a un proceso concertado para generar jurisprudencia- no dudándose que los posteriores pueden actuar como terceros interesados aportando y controlando pruebas.

### *IX.2. Otras acciones*

La recomposición del ambiente, en cuanto técnicamente sea posible, y si lo es pero ¿económicamente parece imposible?

De todas formas recompuesto o no deberá adicionarse el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. Claro que de una acción serán legitimados activos los perjudicados directamente, y del daño ambiental colectivo sólo podrá obtenerse una reparación para el fondo del Estado. El juicio es de carácter universal, con cosa juzgada *erga omnes*. Claro que la sentencia que rechaza la pretensión por cuestiones probatorias no hará cosa juzgada.

Son los costes sociales que en muchos casos paga el Estado, e indirectamente la sociedad en su totalidad.

Las generaciones futuras son representadas por el Estado... Será eficiente. Valuado el daño cuando no se puede recomponer, ¿si quiera el responsable quién paga?

Si no hay seguro, si el fondo de autoseguro o de restauración ambiental de la propia contaminante no existiere o fuere insuficiente, o estuviere en insolvencia, lo afrontará el Fondo de Compensación del art. 34?

## **X. La prevención. La responsabilidad social empresaria**

Se trata de mantener un discurso coherente tanto ante el derecho ambiental como de las relaciones públicas de organización humana, al que deben someterse las relaciones de organización.

Se cuestionan aspectos sobre la responsabilidad social de la empresa como particularmente a los códigos de ética vinculados al buen gobierno societario, por entender que se corresponden a normas éticas, no obligatorias.

Un posible planteamiento hace referencia a lo que se conoce con el nombre de *responsabilidad social*<sup>33</sup>. Lo que aquí ha venido preocupando principalmente son los efectos negativos que la mal llamada *racionalidad empresarial*, centrada en la maximización de beneficios, ha venido provocando en el entorno social de la empresa. Los dos tópicos fundamentales, objeto de valoración son, por un lado, los daños medioambientales, y, por otro, los que podríamos denominar, por utilizar un término suave, la pérdida progresiva de calidad en las relaciones laborales. Respecto de este segundo aspecto, se denuncia el creciente *dualismo social* que provoca la política laboral de las grandes empresas, con sus continuos planes de reducción de plantilla<sup>34</sup>, incluso, en circunstancias

de resultados económicos positivos, y de precarización de las condiciones laborales de los trabajadores, con el aumento de los contratos temporales mal pagados (los llamados *contratos basura*) y la externalización de tareas en subcontratos o empresas de trabajo temporal, y la deslocalización de las actividades manufactureras a países del Tercer Mundo, donde los derechos laborales brillan por su ausencia <sup>35</sup>. Aunque el origen del debate sobre la responsabilidad social de las empresas no guarda relación temporal ni temática con el *corporate governance*, es indudable que algunas conexiones hay entre ambos, pues los impactos sociales negativos son el resultado de decisiones empresariales adoptadas dentro del sistema de gobierno de las compañías, y así ha sido advertido correctamente por algunos documentos de segunda generación del *corporate governance*, que vinculan ambas cuestiones <sup>36</sup>.

Claro que parecen chocar los objetivos de desarrollo del milenio de las Naciones Unidas, siendo el 1º “Erradicar la pobreza extrema y el hambre” y el 7º “Garantizar la sustentabilidad del medio ambiente”, dentro de lo cual “para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”, vinculado al deber de preservar el medio ambiente.

La responsabilidad social no es sólo demandable a las empresas mercantiles, sino que ello comprende al gobierno, a las organizaciones de la comunidad y al ciudadano común, ya que al igual que los empresarios, también tienen ellos obligaciones con la sociedad.

La noción de empresa se ha expandido hacia otras formas o estructuras jurídicas, de modo que existen empresas que cumplen objetivos económicos y pueden existir empresas que revistan otras formas o estructuras jurídicas y cuyas finalidades no sean estrictamente lucrativas o económicas. Y, sin embargo, a ellas también les caben obligaciones frente a la sociedad, aunque, seguramente, sus objetivos se hallan más cerca de éstas que los que pueden surgir de aquellas que no tienen incorporados en sus fines, prioritariamente, el bien común, el interés general o una actividad lucrativa.

Sin perjuicio de renunciar a tales objetivos, cabe pensar que la empresa puede contribuir al mismo tiempo, al logro de fines sociales y medioambientales, integrando la responsabilidad social como inversión estratégica en el núcleo de su estrategia empresarial, sus instrumentos de gestión y sus actividades.

La primera aproximación a la figura nos revela que la RSE está vinculada principalmente con el compromiso que asume una empresa hacia la sociedad, de raíces más profundas que el mero asistencialismo o la filantropía <sup>37</sup> o una simple respuesta a las demandas sociales del entorno. Se trata, por cierto, de una noción más abarcativa, compleja y profunda y en ello reviste la dificultad para su comprensión y aplicación.

En muchos casos, la misma está presentada como un programa de marketing de la empresa hacia la comunidad. Recordemos que el mercado se gesta de empresas que compiten por lograr el interés de los consumidores en sus productos. Por eso aparecen, particularmente en Latinoamérica, en forma asistemática y esporádica. Ante ello debemos ponderar esta jornada académica para poner de resalto esa “responsabilidad social”.

Jannik Lindbaek, presidente de Statoil ASA (Noruega), en un seminario desarrollado en Caracas, el 26 de junio de 2003, conferenció sobre “La ética y la RSE”: *“pero el problema de más largo alcance, el mayor reto al cual se enfrenta la humanidad, es el de reducir la pobreza”* y para que ello ocurra es menester que exista crecimiento económico, y *“para que sea sostenible en el tiempo es necesario que eche raíces en una sociedad que funcione bien. Por lo tanto, la relación entre la empresa y la sociedad tiene importancia vital... Es posible que una compañía pueda hallarse rápidamente perdiendo la batalla frente a la opinión pública porque la compañía no estaba cumpliendo las expectativas en el campo de la responsabilidad corporativa... Otros mantendrán que las compañías tienen algo así como una licencia de operar concedida por la sociedad y que como condición de esa licencia la compañía tiene que aceptar la obligación de desempeñar un papel más importante en la sociedad”*.

Responsabilidad social de las empresas, implica un compromiso solidario de todas ellas, en los diversos planos que podríamos reconocer en atención a la funcionalidad de la organización empresarial. El tema está conformado por una sustancia compleja, por lo novedosa y por la pluralidad de ámbitos que abarca, donde el derecho comercial por cierto no es protagonista.

Para la Comisión de las Comunidades Europeas (en adelante, la Comisión) el concepto de responsabilidad social de las empresas, también referida en algunos textos como responsabilidad social corporativa, se define en su Libro Verde, destinado a “Fomentar un marco europeo para la RSE”, como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”, teniendo en cuenta para ello -según se dice en una comunicación posterior, que aquí llamamos la Comunicación- “que las empresas son cada vez más conscientes de que un comportamiento responsable genera éxitos comerciales duraderos”. Fluye de allí el triple marco de referencia al que pretende apuntar la Unión Europea (UE).

Ana M. Castillo Clavero, señala que la RSE es “*la obligación ética, voluntariamente aceptada por la empresa como institución hacia la sociedad en conjunto, en reconocimiento y satisfacción de sus demandas o en reparación de los daños que puedan haberle sido causadas a ésta en sus personas o en su patrimonio por la actividad de la empresa*”<sup>38</sup>.

Como se advierte, no se trata de una responsabilidad por daño individual, sino de una generada por una determinada actuación colectiva, que tienda a producir beneficio material a la sociedad y, en consecuencia y por ello, a cada uno de sus integrantes en particular, configurando así un verdadero “derrame” para con la comunidad toda.

De modo similar a la UE, en enero de 1999 las Naciones Unidas a través de su programa “Global Compact”, habían ya promovido las buenas prácticas a la manera de las RSE.

Las soluciones aportadas en este proceso de la *responsabilidad social*, son asimismo diversas. Igual que sucedía con las primeras propuestas del *corporate governance*, han venido predominando, sobre todo, las recomendaciones y las llamadas a la autorregulación, de manera que las compañías deberían establecer códigos éticos en relación con estas cuestiones. No faltan, sin embargo, propuestas de mayor intervencionismo público en estas materias, en particular, en lo que se refiere a la información que deberían aportar las empresas sobre los efectos medioambientales y laborales que provoque su actividad. En este sentido, cabe citar la recomendación europea sobre la información medioambiental en las cuentas anuales de las compañías, y las normas existentes en algunos países europeos, como es el caso de Francia, sobre el llamado “balance social” (*bilan social*), que obliga a las empresas de mayores dimensiones a someter anualmente su política en materia laboral a los representantes de los trabajadores y a sus propios accionistas<sup>39</sup>.

Frente a lo que vivimos en la última década del siglo pasado, ante la transferencia de empresas al extranjero, veamos qué sucedía en Francia, que es similar a lo ocurrido en España y Finlandia con las papeleras hoy radicadas en Uruguay. Joan Subirats<sup>40</sup> expresaba: “*Cuando la sociedad francesa escucha a su primer ministro (frente a problemas sociales de índole empresarial, que envolvían el despido de trabajadores por cierre de plantas para trasladarlas al exterior) decir que no puede hacer nada, muchos se habrán preguntado ¿y esta política de qué va?, porque teóricamente nosotros escogemos una gente para que se preocupe de problemas colectivos y cuando surge un problema que aparentemente forma parte discrecional del ámbito de gobierno, dicen que no pueden hacer nada. ¿Entonces para qué sirven los políticos? Esta especie de contradicción se da cada vez más. El Estado se descarga de problemas porque dice que el mercado se ha desterritorializado, o sea la economía se ha desterritorializado. Pero el Estado sigue territorializado y entonces es incapaz de seguir el ritmo del mercado*”. La contradicción que planteaba el politólogo, es de índole diversa y al mismo tiempo similar a la que aquí pretendemos explicar. Dicho en otros términos, seguramente más contundentes, la pregunta es: ¿así entendida la RSE, como la define la UE, podrá ser aplicada voluntariamente entre nosotros? Seguramente no y por lo dicho, lo que no impide su análisis, antes bien plantea la necesidad de pensar reglas

particulares para nuestra zona de comercio común y para la empresa.

La empresa es una unidad económica y social, que planifica o programa el mercado en su integridad, conformando metodologías de producción y comercialización, autoimponiéndose planificación para obtener rentabilidad <sup>41</sup>.

Puntos centrales de la responsabilidad social de la empresa son:

1. Buen trato a su personal con todo lo que ello conlleva.
2. Preservación del medio ambiente, cuidado del planeta y del entorno.
3. Colaboración en el desarrollo del país, de sus propósitos, particularmente cuando actúan fuera de sus fronteras.
4. Cumplimiento estricto de sus obligaciones fiscales del lugar en donde se desarrolla su actividad principal o por establecimientos o sucursales.

Correlativamente con esto se trata de no actuar afectando la competencia, al no cumplir con leyes previsionales o fiscales, o con los proveedores, o contaminando su estado de cesación de pagos, para presentarse tardíamente en concurso afectando los derechos de los acreedores y del crédito en general, y de la seguridad jurídica del país.

5. Juego limpio con los consumidores en el mercado.
6. Integración correcta y social al medio en que se instalan, colaborando con los programas sociales.
7. Buenas prácticas en los países en desarrollo, cuando las empresas de países desarrollados trascienden sus fronteras, lógicamente con más razón, se pide esta conducta dentro de las fronteras propias, particularmente respecto de los proveedores, facilitándoles títulos de sus créditos, como prevé la ley de factura de crédito, cuidadosamente boicoteada por las grandes empresas que se financian de las pequeñas empresas proveedoras.
8. Dentro de las prácticas limpias se condena el uso de la corrupción desde la empresa hacia el funcionario gobernante o al revés.

Se cuestionan los trabajos e informes tanto sobre la responsabilidad social de la empresa como particularmente a los códigos de ética vinculados al buen gobierno societario, por entender que todas las segundas y casi todas las primeras se corresponden a normas éticas, no obligatorias.

No obstante ello, que es cierto, rescatamos que éstas configuran un consenso doctrinario y una conciencia social, de la que no podrán escapar ni los administradores societarios para ajustar sus conductas a ellos, y menos los jueces cuando deban juzgar si estos últimos han ajustado sus conductas, por cuanto dichas reglas éticas están configurando con especial énfasis el estándar jurídico del art. 59 L.S., definiendo el contenido del “obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, al tiempo de expedirse sobre su remoción o responsabilidad.

## **XI. Para el análisis**

Si nuestra visión primaria es correcta se abren una serie de interrogantes.

¿Cómo posibilitar una apreciación uniforme del riesgo para hacerlo asegurable? ¿Cómo posibilitar que las compañías aseguradoras formulen una apreciación de ese riesgo, haciéndolo uniforme, y fijando una prima que al ser abonada por gran número de asegurados equilibre la aleatoriedad individual en un riesgo compartido y aceptable asegurativamente?

Debemos apuntar que si se trata de asegurar por ese fondo la reparación del daño, antes que indemnizar, ante el concurso o quiebra del contaminante -posibilidad más que factible ante la generación de un impacto ambiental que limite sus futuras actividades e imponga recomponer el ambiente colectivo por una parte e indemnizar a terceros directamente perjudicados- nacen las

mismas reflexiones que para el seguro de responsabilidad civil. ¿Existirá una acción directa como lo hemos postulado para el seguro de responsabilidad civil? ¿O se impondrán los gastos que implica pasar por el concurso o quiebra? O el fondo de autoseguro constituirá un centro de imputación, un patrimonio separado, para que “alguien” lo aplique al objetivo prioritario dispuesto por la Constitución Nacional.

Como se verá, más preguntas que respuestas. Interrogantes que desde hace mucho tiempo -mucho antes que la Constitución Nacional lo incorporara- nos viene preocupando como habitantes de un planeta que pretendemos sigan cobijando a las generaciones futuras. Cuando cerrábamos estas líneas advertimos que la inquietud es compartida, pues aparece organizado en Buenos Aires un curso sobre “Daño ambiental” que se iniciará dentro de dos meses, con una duración de un mes, donde se tratará: “El daño ambiental”; “El riesgo asegurable en el daño ambiental”; “La visión oficial”; “La visión del broker”; “La visión del tomador”; “La visión del Poder Judicial y la faz técnico jurídica”, como se verá, una gran visión enfrentando diversos actores de la relación negocial, en una parte de la problemática que dejamos expuesta.

El debate permitirá quizá esclarecer alguna de ellas o formalizar sugerencias para que la autoridad reglamentaria palie algunas de las dificultades señaladas, que en el caso aparecen transferidas a una autoridad de aplicación que no tiene calidades divinas.

## Notas

\* Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>1</sup> Comunicación de FRANCISCO QUINTANA FERREYRA - Efraín Hugo RICHARD - Horacio ROITMAN, *La contaminación sinérgica y la reparación del daño*, en el 3er. Congreso Mundial de la Association Internationale du Droit de L'Assurance, A.I.D.A., París, 1970.

<sup>2</sup> Dictado por el Juzgado N° 8 en lo Civil y Comercial en la causa: “Foro Ecologista de Paraná -Asociación Civil y otros c/ Municipalidad de Paraná s/ Acción de amparo”, N° 12.880, Paraná, 27/6/07, por el Dr. Roberto Oscar Parajón, juez en lo Civil y Comercial.

<sup>3</sup> Confr. en este sentido, María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, -comentada y concordada-, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 1.

<sup>4</sup> Confr. Alfonso SANTIAGO (H), en *Bien común y derecho constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*, Universidad Austral, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2002, pág. 42, citado por María A. GELLI en ob. cit., pág. 367.

<sup>5</sup> De la referida sentencia del Juzgado N° 8 en lo Civil y Comercial en la causa: “Foro Ecologista de Paraná - Asociación Civil y otros c/ Municipalidad de Paraná s/ Acción de amparo”, N° 12.880 dictada en Paraná, 27/6/07.

<sup>6</sup> Confr. en este sentido, Félix A. TRIGO REPRESAS - Marcelo J. LÓPEZ MESA, en *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005, t. III, pág. 546 y ss..

<sup>7</sup> Confr. Daniel Alberto SABSAY, en “La protección del medio ambiente en la Constitución Nacional”, número especial del Suplemento de Derecho Constitucional, *Aniversario de la Constitución Nacional*; La Ley, 2003, pág. 93.

<sup>8</sup> Art. 2° ley 23.054, B.O., 27/3/84, ADLA XLIV-B-1250.

<sup>9</sup> B.O., 28/11/02.

<sup>10</sup> Fallo C.S.J.N. 1274 XXXIX del 13/7/2004.

<sup>11</sup> Rodrigo M. AMENGUAL y Martín G. ARGANARAZ LUQUE, *Las coberturas ambientales en los Estados Unidos* en elDial.com. Suplemento de Seguros y Reaseguros del 2/10/07.

<sup>12</sup> Efraín Hugo RICHARD, “El riesgo asegurable”, en J.A. 1972, pág. 403.

<sup>13</sup> Andrés MARIÑO LÓPEZ, *Bases del derecho de daños al medio ambiente*, Buenos Aires, La Ley, 2007, y los autores allí citados.

<sup>14</sup> Alicia MORALES LAMBERTI, *Política ambiental, energética y fiscal. Relaciones y conflictos*, Córdoba, Alveroni, 2004, pág. 220.

<sup>15</sup> MORALES LAMBERTI, ob. cit., pág. 275.

<sup>16</sup> Anexo I - Actividades riesgosas comprendidas (*Anexo sustituido por art. 4° de la Resolución N° 303/2007 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, B.O., 13/3/2007*) donde aparecen desde 1. (CIU 01) Agricultura, ganadería, caza y actividades de servicios conexas; 5. (CIU 12) Extracción de minerales de uranio y de torio. Incluidos la prospección, exploración, explotación, cierre y poscierre; 8.3. (CIU 159) Elaboración de bebidas; 11. (CIU 20) Transformación de la madera y fabricación de productos de madera y de corcho, excepto muebles; fabricación de artículos

de cestería y espartería; 19. (CIU 29) Fabricación de maquinaria y equipo NCP; 25. (CIU 40) Suministro de electricidad, gas, vapor y agua caliente; 26. (CIU 41) Captación, depuración y distribución de agua; 27.2. (CIU 604) Transporte de carga por carretera; 30. (CIU 85) Servicios sociales; muestrario que indica la heterogeneidad de las actividades que oficialmente se estima -aunque con grados diversos como se registra en el otro anexo- como sujeta a las normas comentadas, lo que dificulta su homogeneización a los fines de determinar los costos asegurativos.

<sup>17</sup> Anexo II - *Categorización de industrias y actividades de servicio según su nivel de complejidad ambiental, para determinar*: “El nivel de complejidad ambiental de un establecimiento industrial o empresa de servicios deberá definirse por medio de la siguiente ecuación polinómica de cinco términos:...” determinando fórmulas y zonas.

<sup>18</sup> Efraín Hugo RICHARD, “El contrato de seguro y la quiebra del asegurado”, en Revista de Derecho de Seguros, año 2º 972, Nº 5, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, pág. 89.

<sup>19</sup> Carlos Aníbal RODRÍGUEZ, *Ley General del Ambiente de la República Argentina. Ley 25.675 comentada*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pág. 136; Laura NOALLIS, “La nueva legislación ambiental y la exigencia de seguro”, L.L. 2003-C-1467.

<sup>20</sup> C.S. M 1569 XL Originario “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estaco Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo)” fallo del 20/6/06.

<sup>21</sup> Título del trabajo de Mario F. VALLS, en Suplemento de Derecho Ambiental, quien también nos entrega *El daño ambiental de incidencia colectiva que norma la ley 25.675*, en elDial.com. Biblioteca Jurídica On line, Suplemento de Derecho Ambiental del 2/10/07.

<sup>22</sup> MORALES LAMBERTI, ob. cit., pág. 218,

<sup>23</sup> Confr. en este sentido, la posición de Héctor Jorge BIBILONI, en *El proceso ambiental*, Buenos Aires, Lexis Nexis; 2005, pág. 392 y ss..

<sup>24</sup> Confr. MOSSET ITURRASPE, en *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 14.

<sup>25</sup> Confr. Jorge BUSTAMANTE ALSINA, en *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 44.

<sup>26</sup> Confr. Luigi FERRAJOLI, en *Pasado y futuro del Estado de derecho*, ed. de Miguel de Carbonell, Madrid, Trotta, 2003, pág. 28.

<sup>27</sup> MORALES LAMBERTI, ob. cit., pág. 241.

<sup>28</sup> Que inclusive lo sería cuando a sabiendas operaran contaminando o poniéndose en insolvencia. Ver ntros. trabajos en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) (doctrina).

<sup>29</sup> R.M.E. DIAMANT, *Prevención de la contaminación*, Madrid, Mapfre, 1974.

<sup>30</sup> Antonio Herman BENJAMÍN, en obra colectiva: *Direito, agua e vida*, San Pablo, 2003, y Néstor A. CAFFERATTA, *De la efectividad del derecho ambiental*, La Ley, 2007.

<sup>31</sup> Augusto Mario MORELLO, en obra colectiva: *Derecho procesal en vispera del siglo XXI*, Buenos Aires, Ediar, 1997, pág. 323; *Las garantías del proceso justo y el amparo, en relación a la efectividad de la tutela judicial*.

<sup>32</sup> B.O., 23/2/04.

<sup>33</sup> PERDIGUERO, *La responsabilidad social de las empresas en un mundo global*, Madrid, 2003; SALINAS (dir.), *Responsabilidad social de las empresas y balance social*, Salamanca, 2003 y ESTEBAN VELASCO y otros, *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Castellón 2005.

<sup>34</sup> Por poner un ejemplo reciente, a finales de 2004 la General Motors dio a conocer sus planes para reducir 12.000 empleos en Europa, dentro de los 62.000 con que contaba en el continente (v. Diario El País, 13/10/04, pág. 56).

<sup>35</sup> Si hablamos de *paraísos fiscales* para referirnos a deslocalizaciones motivadas por razones tributarias, aquí podríamos hablar de *infiernos laborales*, pues la situación de los trabajadores de estos países se asemeja en muchos aspectos a los de los antiguos esclavos (jornadas interminables, salarios míseros, ausencia de derechos sindicales y de previsión social, trabajo de niños, etc.).

<sup>36</sup> *Informe Aldama*, ap. III.3, que apela a la *responsabilidad social* de las empresas cotizadas.

<sup>37</sup> Se entiende por filantropía a la donación monetaria (o en especie) que efectúa una empresa, en la mayoría de los casos como una respuesta a pedidos de organizaciones sin fines de lucro. En este caso, no existe un uso planificado y controlado de ella. No existe involucramiento activo de la empresa en su instrumentación.

<sup>38</sup> Ana M. CASTILLO CLAVERO, en “El resurgir de la responsabilidad social de la empresa en los umbrales del siglo XXI”, publicado en Internet.

<sup>39</sup> Este documento fue establecido en 1971 tras un período de reflexión teórica liderado por Jacques Delors. En la actualidad se regula en los arts. L.438-1 y ss. del Código del Trabajo francés. En el balance social, el empresario debe aportar los principales datos que permitan apreciar la situación de la empresa en el ámbito social, comportando, concretamente, información sobre el empleo, la remuneración y cargas accesorias, las condiciones de higiene y seguridad, las demás condiciones de trabajo, la formación, las relaciones profesionales así como las condiciones de vida de los trabajadores y sus familias en la medida que dependan de la empresa. (MUGARRA, “Responsabilidad social, balance social y empresa social”, en SALINAS (dir.), *Responsabilidad social...* cit., pág. 137 y ss..

<sup>40</sup> En “Página 12” del 18/4/05, pág. 13.

<sup>41</sup> Ntro. *Las relaciones de organización. El sistema jurídico del derecho privado*, 2ª ed., Córdoba, Advocatus,

2002, págs. 263 y 324.

## RESPONSABILIDAD DIRECTORIAL Y DAÑO AMBIENTAL

por JULIO CÉSAR OTAEGUI \*

### I

El derecho a un ambiente sano garantizado por la Constitución Nacional -art. 41- integra el orden público del país conforme con las leyes que reglamentan su ejercicio: la ley general del ambiente (LGA) 25.675, la ley de residuos peligrosos (LRP) 24.051 y el Código de Minería (CM t.o. de cr. 456/1997).

Dichas leyes regulan la obligación de resarcir los daños causados por una alteración del ambiente, o sea, el régimen de responsabilidad civil pertinente (arts. 27/33 LGA; 45/48 LRP; 263 CM).

Ello sin perjuicio de convenciones internacionales, v.gr., la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático aprobada por ley 24.295, el Protocolo de Kyoto aprobado por ley 25.438.

Se ha dicho que *“El derecho ambiental es descodificante, herético, mutante: ‘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 privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características’”*<sup>1</sup>.

Los regímenes de responsabilidad previstos en la LGA, la LRP y el CM, en cuanto implican la configuración de ilícitos y con ello la obligación de resarcir el daño causado con las consecuencias resarcitorias pertinentes deben completarse con el tratamiento que el Código Civil en el Libro Segundo, secciones Primera y Segunda da a las obligaciones en general salvo en cuanto lo modifiquen.

Con todo hay que tener en cuenta que según la LGA -art. 28- la primera obligación resultante del daño ambiental es el restablecimiento al estado anterior a su producción y en caso de que no fuera factible procederá la indemnización sustitutiva.

En igual orientación, el CM -art. 263- prescribe que todo el que causare un daño actual o residual al patrimonio ambiental estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo según el caso.

Es de notar que este temperamento concuerda con la solución del Código Civil -art. 1083-.

### II

La LGA -art. 27- define al daño ambiental como *toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.*

En la misma medida que el daño requiera una alteración *relevante* va de suyo que en caso de proceder una indemnización, ésta será económicamente significativa.

En caso de ser la causante del daño ambiental una anónima deberá resarcirlo (art. 28 LGA) y además tendrá que responder por el daño que causen quienes las dirijan o administren en ejercicio o con ocasión de sus funciones (art. 43 C.C.).

Esta responsabilidad es palmariamente extracontractual.

Como la administración de la anónima incumbe al directorio (art. 255 L.S.C.) tienen los directores entre otras funciones: la de decidir los actos propios de las actividades (arts. 63 inc. 1 ~ b, c; 64 inc. I ~ a; 66 L.S.C.) configurativas del objeto social (art. 11 inc. 3 L.S.C.).

De decidir la realización de un acto ilícito (art. 1066 C.C.) como lo sería el que comportara un daño ambiental con su resarcimiento cargará la anónima (art. 28 LGA) pero los directores, a su vez, responderán ante la anónima por su mal desempeño del cargo (art. 274 L.S.C.).

Autorizada doctrina sustentada por redactores del proyecto de la L.S.C. sostiene que la responsabilidad del director ante la anónima es de naturaleza contractual <sup>2</sup>, temperamento que es compartido <sup>3</sup>.

Vale decir que la responsabilidad de la anónima ante terceros por el daño ambiental es extracontractual pero la responsabilidad del director causante de dicho daño ante la anónima según la doctrina antedicha, sería contractual debiendo tenerse en cuenta que el Código Civil regula diferentemente ambas suertes de responsabilidades (arts. 1066 y conc.; 522 y concs. C.C.).

A su vez juegan en el caso la naturaleza dolosa (art. 1072 C.C.) o culposa (art. 512 C.C.) del acto ilícito (art. 1066 C.C.).

Del doble régimen de responsabilidad extracontractual y contractual con sus variantes en ambos supuestos de dolo y de culpa, resultan las siguientes diferencias en orden a la extensión del daño indemnizable que señalé en otro trabajo <sup>4</sup>.

La responsabilidad extracontractual dolosa comprende la reparación de: i) los daños materiales, sean consecuencia inmediata, mediata o casual del ilícito; ii) y del agravio moral provocado por éste.

La responsabilidad extracontractual culposa comprende la reparación de: i) los daños materiales que sean consecuencia inmediata o mediata del ilícito; ii) y del agravio moral provocado por éste.

La responsabilidad contractual dolosa abarca la reparación de: i) los daños materiales que sean consecuencia inmediata o mediata del incumplimiento; ii) y eventualmente del agravio moral.

La responsabilidad contractual culposa abarca los daños materiales que sean consecuencia inmediata del incumplimiento.

Estas apreciaciones concernientes a las responsabilidades de la anónima ante los terceros y de los directores frente a la anónima también interesan a la limitada y a sus gerentes (art. 157 L.S.C.).

Dada la diferencia entre el régimen de responsabilidad extracontractual aplicable a las relaciones de la anónima ante terceros y el de responsabilidad contractual vigente para las relaciones entre la anónima y sus directores, cabe analizar las consecuencias de tal discrepancia.

### III

Repasemos las normas pertinentes de las leyes mencionadas.

Como ya se señaló, las leyes reglamentarias del art. 41 de la Constitución deben relacionarse con la normativa del Código Civil.

3.1. La LGA -art. 28- establece que: “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente,

deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder”.

La responsabilidad prevista en dicho art. 28 y explicitada en el art. 29, coincide con la responsabilidad del Código Civil -art. 1113, párrafos segundo y tercero-.

La responsabilidad del Código Civil -art. 1113- es una responsabilidad de causa extracontractual (art. 499 C.C.) que puede ser objetiva o cuasiobjetiva.

Es objetiva en el primer párrafo por no requerir dolo o culpa en el responsable ni admitir supuestos de excusación.

Es cuasiobjetiva en los párrafos segundo y tercero por admitirse en ellos, supuestos de excusación: i) de mayor amplitud consistente en la inexistencia de culpa en el dueño o guardián de la cosa; ii) y de menor amplitud fincante en la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder o haber sido usada la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.

La responsabilidad extracontractual del causante de un daño ambiental comporta la consiguiente obligación de restablecer el estado anterior y de ser imposible indemnizar en lo que concuerda con Código Civil -art. 1083-.

La coincidencia con la solución del Código Civil -art. 1083- es sugerente.

Es sugerente porque dicho artículo corresponde a la obligación de reparar los daños causados por un delito (art. 1072 C.C.) reparación que debe ser plena (art. 1077 C.C.) abarcando las consecuencias inmediatas y mediatas (arts. 901/904 C.C.) así como las causales *según las miras que tuvo* (el autor) *al ejecutar el hecho* (art. 905 C.C.) y también el *agravio moral ocasionado a la víctima* (art. 1078 C.C.).

Con todo no procedería vincular a la LGA -art. 28- con la regla del Código Civil -art. 1078- por la coincidencia con el Código Civil -art. 1083- pues *a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiese una disposición de la ley que la hubiese impuesto* (art. 1066 C.C.).

Ergo la responsabilidad cuasiobjetiva de la LGA -art. 28- es una responsabilidad extracontractual culposa pues no da lugar a la reparación del agravio moral, ello sin perjuicio de que procediera el régimen de la responsabilidad extracontractual dolosa de haber tenido el dañante, en sus miras, la causación del daño ambiental (arts. 905 y 1072 C.C.).

Así lo corrobora la LGA -art. 29- pues prescribe que el dañante sólo podrá eximirse de responsabilidad por el daño *acreditando que a pesar de haberse tomado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder*.

Reitera el texto del segundo párrafo del Código Civil -art. 1113- añadido por la ley 17.711, sumándole *la acreditación de haberse tomado todas las medidas destinadas a evitarlo*.

A lo anterior, en su parte final, dicho art. 29 añade que: “Se presume *juris tantum* la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas”.

Hasta aquí, la LGA sigue el régimen cuasiobjetivo de responsabilidad prescripto por el Código Civil -art. 1113- para el dueño o guardián de la cosa riesgosa aplicándolo al empresario y lo acentúa con la responsabilidad *juris tantum* antedicha.

Hasta aquí podría inferirse que la responsabilidad extracontractual impuesta por la LGA -art. 28- tiene los alcances que el Código Civil prevé para la responsabilidad extracontractual culposa con divisibilidad en caso de coautoría.

Empero esto no es así.

En el régimen objetivo de responsabilidad del Código Civil -art. 1113- de haber codañantes “no serán solidariamente obligados a la indemnización del daño; sino que cada uno de ellos responderá

por la parte que tuviere, a no ser que se probare que el hecho fue ocasionado por culpa de uno de ellos exclusivamente, y en tal caso sólo el culpado responderá del daño” (art. 1121 C.C.).

Diversamente la LGA -art. 31- establece un régimen de solidaridad entre los codañantes prescribiendo que “Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable”.

Ello corrobora que la LGA estatuye una responsabilidad cuasiobjetiva extracontractual culposa pues cabe el derecho de reintegro admitido en el Código Civil para ésta (art. 1109 C.C.) pero no para la responsabilidad aquiliana dolosa en la que no cabe tal derecho (art. 1082 C.C.).

Por lo tanto, el afectado contará con el régimen de la extensión de la reparación propio de la responsabilidad aquiliana culposa, o sea, la inversión de la prueba y la reparación de los daños provenientes de las consecuencias inmediatas y mediatas más la reparación del agravio moral (arts. 1107, 1109 y 1078 C.C.).

Por ello, si pretendiera además el resarcimiento por los daños provenientes de las consecuencias casuales, o sea, las mediatas no previsibles, debería probar que el autor las tuvo en sus miras al ejecutar el hecho (art. 905 C.C.).

Además, la LGA en el párrafo final de su art. 31 prescribe que “en el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se hará extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación”.

Esto tiene incidencia respecto de la responsabilidad de los directores de la anónima (art. 255 L.S.C.) y de los gerentes de la limitada (art. 157 L.S.C.).

3.2. En cuanto a la LRP en su art. 45 se remite sin modificaciones al Código Civil -art. 1113- pues dispone: “Se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, modificado por la ley 17.711”.

Vale decir que la LRP mantiene el régimen de corresponsabilidad extracontractual culposa divisible del Código Civil -art. 1121- y no la responsabilidad extracontractual culposa solidaria del Código Civil -art. 1109-

3.3. Por su parte, el CM distingue entre daños comunes o mineros y daños ambientales.

Conciernen a los primeros los arts. 161 a 170 prescribiendo el art. 161 que: “El propietario de una mina es responsable de los perjuicios causados a terceros, tanto por los trabajos superficiales como por los subterráneos. aunque estos perjuicios provengan de accidentes o casos fortuitos”.

Atañen a los segundos, los arts. 246 a 266 de los que particularmente interesan los arts. 246, 248 y 263.

El art. 246 establece que “La protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural, que pueda ser afectado por la actividad minera, se regirán por las disposiciones de esta sección”.

El art. 248 dispone que “Las personas comprendidas en las actividades indicadas en el art. 249 serán responsables de todo daño ambiental que se produzca por el incumplimiento de los establecido en la presente sección, ya sea que lo ocasionen en forma directa o por las personas que se encuentren bajo su dependencia o por parte de contratistas o subcontratistas, o que lo causa el riesgo o vicio de la cosa”.

Hay aquí una reiteración del Código Civil -art. 1113- sin modificar el régimen de éste, o sea, el mismo temperamento seguido por la LRP -art. 45-.

Vale decir que el CM -art. 248- mantiene el régimen de corresponsabilidad extracontractual culposa divisible del Código Civil -art. 1121- y no la responsabilidad extracontractual culposa solidaria del Código Civil -art. 1109-.

El art. 263 ordena que “Sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que establezcan las normas vigentes, todo el que causare daño actual o residual al patrimonio ambiental, estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo según correspondiere”.

Aquí se vuelve a encontrar la coincidencia con el Código Civil -art. 1083- sobre lo que reiteramos que no puede dar pie a entender que de ello resulte una responsabilidad extracontractual dolosa.

#### IV

En suma, de las normativas de la LGA, de la LRP y del CM reglamentarias de la Constitución Nacional -art. 41- reviste particular interés la LGA -art. 31- respecto a la L.S.C. -art. 274-.

Como antes se dijo, el régimen de responsabilidad de la anónima por daño ambiental a terceros implica una responsabilidad extracontractual, en principio culposa y excepcionalmente dolosa.

Diversamente, la responsabilidad del director ante la anónima es -según la doctrina mencionada- una responsabilidad contractual que puede ser culposa o dolosa según el caso.

Es culposa la violación del deber de diligencia (arts. 274, 59 L.S.C.) aplicable a las gestiones operativa y organizativa de la administración (art. 255 L.S.C.) que son discrecionales.

Conciernen las primeras a las operaciones propias de las actividades configurativas del objeto social como más arriba se dijo (arts. 63 inc. 1 ~ b, c; 64 inc. I ~ a; 66; 11 inc. 3 L.S.C.).

Atañen las segundas a la organización de la empresa aneja a la sociedad, empresa destinada a *la producción o intercambio de bienes o servicios* (art. 1º L.S.C.).

Es dolosa la violación del deber de lealtad (arts. 59, 241, 271/273 L.S.C.) referida a las gestiones discrecionales operativa y organizativa de la administración (art. 255 L.S.C.).

Es dolosa la violación de la ley, el estatuto y el reglamento (art. 274 L.S.C.) gestiones que están regladas.

La violación de la ley finca en: i) el incumplimiento del estatuto del comerciante (art. 33 y concs. C.Com.); ii) el estatuto de la sociedad comercial (v.gr., arts. 61, 73 L.S.C.); iii) la comisión de delitos penales o civiles (art. 1072 C.C.); iv) en la comisión de cualquier otro acto que dañe a la sociedad *por dolo, abuso de facultades o culpa grave* (art. 274 L.S.C.) con lo que la L.S.C., equipara el abuso de derecho y la culpa grave al dolo.

Un acuerdo asambleario bajo ciertas condiciones puede extinguir la responsabilidad culposa del director (art. 275 L.S.C.).

Un acuerdo asambleario no puede extinguir la responsabilidad dolosa del director (art. 275 *a contrario* L.S.C.).

La anónima ante un daño ambiental tiene una responsabilidad extracontractual en principio culposa y por excepción dolosa y el director tiene ante la sociedad una responsabilidad contractual culposa o dolosa según el caso como antes se vio.

A resultas de ello:

1) En un caso de responsabilidad dolosa:

1.1) La anónima responderá ante el tercero por la reparación de: i) los daños materiales, que sean consecuencia inmediata, mediata y, en su caso, las casuales o; ii) y del agravio moral

provocado por él.

1.2) Pero sólo podría demandar a sus directores por la reparación de los daños materiales que sean consecuencia inmediata o mediata del incumplimiento.

En cuanto al daño moral la opinión prevaleciente descarta su existencia en una sociedad.

2) En caso de responsabilidad culposa:

2.1) La anónima responderá ante el tercero por la reparación de: i) los daños materiales que sean consecuencia inmediata o mediata del incumplimiento; ii) y eventualmente del agravio moral.

Como ya se dijo en cuanto al agravio o daño moral la opinión prevaleciente descarta su existencia en una sociedad.

2.2) Pero sólo podría demandar a sus directores por la reparación de: i) los daños materiales que sean consecuencia inmediata del incumplimiento.

El sustento de dos reparaciones distintas por un mismo hecho consistente en la imputación a la anónima de una violación del ambiente causada por sus directores, evidenciaría una confrontación entre el derecho ambiental y el societario.

## V

Como más arriba se dijo, cuadra indagar las consecuencias de tal eventual confrontación.

Para ello se analizarán tres supuestos: i) que la confrontación deba resolverse por la primacía del derecho ambiental sobre el derecho societario; ii) que la confrontación deba solucionarse mediante una distinta interpretación de la responsabilidad de los directores ante la anónima; iii) que no exista tal confrontación.

5.1. El derecho al ambiente sano por estar incluido en la Constitución Nacional -art. 41- es de orden público <sup>5</sup>.

Contrariamente no hay un orden público societario.

Es cierto que suele mentarse tal orden público societario que de existir confrontaría con el orden público ambiental.

Empero tal afirmación es cuestionable.

Lo que hay en el derecho societario es un interés público en el régimen de la anónima.

Este interés público en el régimen de la anónima está explicitado en la fiscalización estatal prevista para ella a cargo de una autoridad de contralor (art. 299 y concs. L.S.C.) facultada para solicitar judicialmente la disolución y liquidación de una anónima por razones de interés público (arts. 303 inc. 3, 301 inc. 2 L.S.C.).

La razón de ello estriba en el origen de la sociedad anónima descendiente de la compañía colonial y ésta a su vez de la corporación medieval, todas personas fictas enteramente distintas de sus miembros autorizadas para funcionar por el gobernante por tener por principal objeto el bien común (art. 39 ex art. 33 C.C.), objeto no contrario al interés público (ex art. 318 C.Com.).

Rastros de esta génesis se encuentran en el derecho norteamericano que denomina *corporation* a la anónima y en nuestro derecho con las reglas del buen gobierno corporativo <sup>6</sup>.

Cuando la LSC cambió el régimen de la autorización del citado Código de Comercio -ex art. 318- por el actual régimen normativo (art. 167 L.S.C.) mantuvo el principio del interés público mediante la ya mencionada fiscalización estatal.

Empero el interés público no es el orden público.

Es de interés público que en la anónima haya derecho de receso (art. 245 L.S.C.) y voto

acumulativo (art. 263 L.S.C.) pero no se afectaría el orden público si se suprimieran.

Por cierto que se afectaría el orden público si se desconociera el derecho constitucional a un ambiente sano (art. 41 C.N.) conforme con las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 C.N.).

Esto significa que en el caso de una eventual confrontación entre la LGA y la L.S.C. debería prevalecer la primera.

5.2. La interpretación que atribuye responsabilidad contractual al director está sostenida por autorizadísima doctrina ya citada.

Empero cabe una interpretación diversa <sup>7</sup>.

El director no es un mandatario de la anónima como lo era anteriormente (ex art. 336 C.Com.) pues de serlo su responsabilidad sería obviamente contractual, ello sin perjuicio de su responsabilidad extracontractual “por la violación de las leyes, estatutos o reglamentos” conforme al C.Com., ex art. 337 <sup>8</sup>.

El director es un funcionario cuyo cargo es personal e indelegable (art. 266 L.S.C.) y que responde ante la anónima por dolo o culpa en el desempeño de sus funciones como ya se vio (art. 274 L.S.C.).

Por ser un funcionario no podría ser dispensado su dolo al asumir el cargo (art. 507 C.C.); la sociedad podría extinguir su responsabilidad por culpa pero no por dolo como ya se vio (art. 275 L.S.C.) pero inclusive tal extinción sería *ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal* (art. 275 L.S.C.).

En una orientación concordante se entiende que *las obligaciones derivadas de la función orgánica directorial son de carácter legal* <sup>9</sup>.

En consecuencia de interpretarse que la responsabilidad del director ante la anónima es extracontractual, desaparecería la posibilidad de una confrontación con el régimen de responsabilidad extracontractual de la LGA.

5.3. Finalmente cabe otra visión que desvanece la hipótesis de conflicto.

Los daños que tuviera que reparar la anónima por la conducta torpe de los directores, serían una consecuencia inmediata (art. 901 C.C.) de dicha conducta.

Por las consecuencias dañosas inmediatas del ilícito siempre se responde tanto a la luz de la responsabilidad extracontractual dolosa o dolosa como según la responsabilidad contractual dolosa o culposa.

## VI

En síntesis:

1) La responsabilidad ambiental según la LGA es extracontractual cuasiobjetiva por riesgo empresario, similar a la responsabilidad cuasiobjetiva por riesgo de la cosa del Código Civil -art. 1113- aunque en caso de coautoría la responsabilidad es solidaria sin derecho de reintegro en caso de dolo y con tal derecho en caso de culpa.

2) La responsabilidad ambiental según la LRP es extracontractual cuasiobjetiva por riesgo empresario, similar a la responsabilidad cuasiobjetiva por riesgo de la cosa del Código Civil -art. 1113-

3) La responsabilidad ambiental según el CM es extracontractual cuasiobjetiva por riesgo

empresario, similar a la responsabilidad cuasi objetiva por riesgo de la cosa del Código Civil -art. 1113-.

4) La responsabilidad directorial en la L.S.C., según autorizadas interpretaciones es contractual.

5) La eventual confrontación entre el régimen de responsabilidad ambiental de la anónima ante terceros y el régimen de responsabilidad de los directores ante la anónima tiene tres respuestas que la evitan:

5.1) La primacía de la LGA por ser de orden público sobre la L.S.C. que no es de orden público.

5.2) Considerar que la responsabilidad del director ante la anónima es extracontractual como lo es la responsabilidad de la anónima ante el tercero afectado.

5.3) Considerar que el daño causado al tercero es una consecuencia inmediata de la conducta torpe de los directores.

## Bibliografía

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, N° 1794.

FRANZA, Jorge Atilio, *Tratado de derecho ambiental. Una visión holística sistémica y transversal del derecho como instrumento del desarrollo sustentable*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2005.

GAGLIARDO, Mariano, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981.

HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1974.

MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Los directores de sociedades anónimas. Derechos. Obligaciones. Responsabilidades*, Buenos Aires, Depalma, 1990.

OTAEGUI, Julio C., “Responsabilidad civil de los directores”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 11, Buenos Aires, Depalma, 1978.

- *Administración societaria*, Buenos Aires, Depalma, 1979.

ZALDÍVAR, E.; MANÓVIL, R.M.; RAGAZZI, G.E y ROVIRA, Alfredo L., *Cuadernos de derecho societario*, vol. III, *Sociedades por acciones*, 2ª ed., N° 46.1.21, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.

## Notas

\* Miembro de número, Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Jorge Atilio FRANZA, *Tratado de derecho ambiental. Una visión holística sistémica y transversal del derecho como instrumento del desarrollo sustentable*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2005.

<sup>2</sup> I. HALPERÍN, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1974, pág. 454; E. ZALDÍVAR, R.M. MANÓVIL, G.E. RAGAZZI y Alfredo L. ROVIRA, *Cuadernos de derecho societario*, 2ª ed., vol. III, *Sociedades por acciones*, pág. 653, N° 46.1.21, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.

<sup>3</sup> Mariano GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, pág. 289, N° 130; Carlos Augusto VANASCO, *Sociedades comerciales*, t. 2, Parte Especial, Buenos Aires, Astrea, 2006, pág. 642, N° 348.

<sup>4</sup> Julio C. OTAEGUI, *Administración societaria*, Buenos Aires, Depalma, 1979, pág. 376, N° 83.

<sup>5</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 662, N° 1794.

<sup>6</sup> Decr. ley delegado 677/01 “Considerandos”; Comisión Nacional de Valores Resolución General del 19/4/07, “Código de buenas prácticas de gobierno societario”.

<sup>7</sup> Julio C. OTAEGUI, *Administración...* cit., pág. 376, N° 83.

<sup>8</sup> Julio C. OTAEGUI, “Responsabilidad civil de...” cit., pág. 1285.

<sup>9</sup> Ernesto Eduardo MARTORELL, *Los directores de sociedades anónimas. Derechos. Obligaciones. Responsabilidades*, Buenos Aires, Depalma, 1990, pág. 392, N° 38.

**HUMANISMO AMBIENTAL**

por PEDRO J. FRÍAS \*

Creo útil explicar cómo llegué a ser un ecologista sin credencial. Cuando en la Academia de Derecho de Córdoba fundé el Instituto de Federalismo, decidí incorporar una Comisión de Derecho Ambiental. Cuando me preguntaban por qué, contestaba que el federalismo es la organización del territorio y el ambiente ocupa todo el territorio...

Teníamos una jornada anual sobre ambiente, coordinada durante varios años por Víctor Martínez y luego por Ernesto Rey Caro. Era satisfactorio e hicimos algunas publicaciones.

Creamos también el Premio Eco Córdoba, que a veces recibían personas o instituciones destacadas en lo ambiental.

En Buenos Aires, en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, fui vicedirector del Instituto de Política Ambiental, creado por Guillermo Cano, y a partir de su renuncia, lo sucedí como director. Hacíamos concursos de monografías y una jornada anual. La última jornada organizada por mí está publicada por decisión de nuestro presidente Moisset de Espanés, entonces presidente que puso un prólogo explicativo. El libro: *Humanismo ambiental* se inicia con un texto mío, el que voy a leer.

Pero antes confieso que son muchas las anécdotas que todo ecologista puede contar. Por ejemplo: caminaba yo por la avenida que da a la bahía de Ushuaia y encontré un piquete con carteles en defensa de los árboles. “Respeten los derechos de las plantas” rezaba el cartel. Me aproximé y con respeto les dije: “Las plantas no tienen derechos”. Se irritaron pero la situación mejoró cuando agregué: “Las plantas no tienen derechos, pero las personas sí tenemos deberes con las plantas”.

1. El ambiente ha impuesto finalmente sus prioridades. Los gobiernos asumen su responsabilidad, después de haber intentado eludirla. La ecología se instala en las constituciones. Los científicos prefieren las soluciones interdisciplinarias. Los fans parecen dispuestos a usar alternativamente la persuasión y la acción directa. Los desechos nocivos cruzan las fronteras. El mecenazgo se vuelca a la fauna silvestre y a algunas operaciones de prestigio. Los pulmones verdes, como la Amazonia, y el continente blanco, tienen precio. La calidad de vida es otro de sus nombres. Hemos terminado conociendo con algún pesar que sólo somos administradores de la herencia de nuestros hijos.

2. Las nuevas responsabilidades tienden a hacernos más sensibles, más solidarios, más ordenados. Deben inspirarnos repugnancia, el despilfarro de ciertos recursos y apego a ciertos bienes de poco precio... hasta que desaparecen. Pero en un momento dado, la productividad entra en conflicto con la ecología y la libertad con las restricciones. Es hora de la moral, de la economía y el derecho. La moral tendrá que enseñar los deberes consigo mismo y con los demás, porque la relación de alteridad es consustancial al ambiente. La economía tendrá que partir de la verdad primordial que es la destinación universal de los bienes, no obstante la legitimidad de la apropiación privada.

El derecho, sin venda esta vez, tendrá que arbitrar entre males diversos para definir el menor: o la contaminación o la restricción de la libertad económica. También es cierto que los conflictos suelen ser aparentes y encuentran conciliación en una verdad más alta o en una realidad más profunda.

3. Ecología y productividad deben conciliarse. Las dos sirven a la vida humana. Ni el subdesarrollo ni la degradación ambiental tienen derechos adquiridos. No toda restricción es

legítima. El impacto ambiental razonable debe imponer sus resultados. Unos pedirán crecimiento cero para los países desarrollados, otros encontrarán una impronta productivista respetuosa de las legítimas reivindicaciones de la ecología.

4. La dispersión de normas no es aconsejable. La de jurisdicciones poco claras tampoco. La concertación previa es necesaria y no está mal que los presupuestos mínimos sean de competencia nacional y la legislación complementaria pertenezca a las provincias. Aun así, sería interesante uniformarla en lo posible, o sea excluyendo sólo las situaciones muy específicas: la prioridad del paisaje en las zonas turísticas, la fragilidad del bosque patagónico, la contaminación del dique San Roque en Córdoba o de Salí-Dulce en Tucumán, y otras. Es deseable un Digesto Ambiental.

5. El crecimiento de la población no es la causa estructural de la degradación ambiental ni de la escasez de recursos naturales. Así lo interpretan pesimismos históricos que no se han visto confirmados pero que inspiran a algunos ambientalistas. La causa es la conducta humana, movida por el egoísmo, la imprevisión; la poco frecuente conciencia ambiental debe despertar la sensibilidad, entrenar las aptitudes, construir el futuro.

6. La energía nuclear debe ser restringida, conforme con estudios de impacto, y de comparación en costos y riesgos con otras fuentes de energía.

7. También el orden internacional reconoce la responsabilidad y protagonismo convergentes del Estado, el sector económico y la sociedad civil en la protección de los derechos humanos, el ambiente y el desarrollo sustentable, como interdependientes y complementarios.

8. Debe avanzarse en la gestión de incentivos económicos con el objeto de fomentar la conservación, mejoramiento y restauración del ambiente y de los recursos naturales renovables, por una parte y, por otra, en las tasas de servicios ambientales, por la utilización diferencial de la atmósfera, las aguas o el suelo para arrojar desechos que sean resultado de actividades lucrativas.

9. El uso del entorno y de sus recursos es diferente del goce asegurado por la Constitución Nacional. El uso puede generar responsabilidades sin culpa, o sea responsabilidad objetiva, ya que el operador de riesgo debe incorporar a sus costos la prevención y la eventual reparación del daño.

10. Entramos al tercer milenio con más conciencia ecológica pero con más desafíos: nuevos sectores sociales, como el irredentismo indígena, activo en varios países, nuevas tensiones por explosiones nucleares; impugnaciones activas que amenazan el trazado de gasoductos, la circulación vehicular, la explotación minera que transformará el Noroeste Argentino y, en menor medida, la Patagonia; la tala selectiva de bosques, la razonable exigencia de las empresas que quieren digestos sin omisiones para evaluar sus riesgos. Pero, al menos, la cláusula constitucional es clara y se va desarrollando; sólo esperamos que el Congreso cumpla con su deber; que los órganos públicos de gestión estén a la altura y que la militancia no obedezca a una moda sino a una convicción ilustrada que se ajuste a la ley.

Y concluyo con las propuestas de los obispos latinoamericanos en su reunión de Aparecida.

Ante esta situación ofrecemos algunas orientaciones:

a) Evangelizar a nuestros pueblos para descubrir el don de la creación, sabiéndola contemplar y cuidar como casa de todos los seres vivos y matriz de la vida del planeta, a fin de ejercitar responsablemente el señorío humano sobre la tierra y los recursos, para que pueda rendir todos sus

frutos en su destinación universal, educando para un estilo de vida de sobriedad y austeridad solidarias.

b) Profundizar la presencia pastoral en las poblaciones más frágiles y amenazadas por el desarrollo depredatorio y apoyarlas en sus esfuerzos para lograr una equitativa distribución de la tierra, del agua y de los espacios urbanos.

c) Buscar un modelo de desarrollo alternativo, integral y solidario, basado en una ética que incluya la responsabilidad por una auténtica ecología natural y humana, que se fundamenta en el evangelio de la justicia, la solidaridad y el destino universal de los bienes, y que supere la lógica utilitarista e individualista, que no somete a criterios éticos los poderes económicos y tecnológicos. Por tanto, alentar a nuestros campesinos a que se organicen de tal manera que puedan lograr su justo reclamo.

d) Empeñar nuestros esfuerzos en la promulgación de políticas públicas y participaciones ciudadanas que garanticen la protección, conservación y restauración de la naturaleza.

e) Determinar medidas de monitoreo y control social sobre la aplicación en los países de los estándares ambientales internacionales.

#### Notas

- Miembro de número, Presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

# EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS \*

por AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI \*\*

**SUMARIO:** I. Preliminares. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su método de interpretación. Propósito de estas líneas. II. El derecho de propiedad en el sistema europeo de Derechos Humanos: art. 1º del Protocolo N° 1. III. El derecho a la vida íntima y familiar y al respeto al domicilio: art. 8º de la Convención Europea. Las injerencias y la doctrina de las obligaciones positivas de los Estados. IV. La doctrina del “margen de apreciación de los Estados”. V. Derecho de propiedad, derecho a la vida familiar y a un ambiente sano. VI. “López Ostra, Gregoria v. Reino de España” (9/12/94). VII. “Guerra y otros c/ Italia” (19/2/98). VIII. “Hatton y otros c/ Reino Unido”, sentencias del 2/10/01 y del 8/7/03. IX. “Moreno Gómez c/ España” (16/11/04). X. “Öçkan y otros c/ Turquía” (13/9/06). XI. “Ledyayeva, Dobrokhotova, Zolotareva y Romashina c/ Rusia” (26/3/07). XII. Un camino abierto en la República Argentina. XIII. Conclusiones provisionales.

## I. Preliminares. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su método de interpretación. Propósito de estas líneas

Como es sabido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de ahora en más TEDH), con sede en la ciudad de Estrasburgo, es el órgano encargado de decidir las denuncias formuladas contra los Estados europeos por violaciones a la Convención Europea de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales.

Desde antiguo, este prestigioso tribunal se ha pronunciado en favor de una interpretación dinámica de los textos cuyo cumplimiento se encarga de controlar. Reafirma que el objeto y el fin de la Convención Europea de Derechos Humanos exigen que sus disposiciones se comprendan y apliquen de una manera práctica y efectiva, y reclama a los operadores del derecho el esfuerzo necesario para perfeccionar y profundizar este instrumento normativo al que califica de “*vivo y dinámico*”<sup>1</sup>.

De este modo, el TEDH adhiere a la interpretación dinámica, no originalista<sup>2</sup>; en este sentido, no se cansa de repetir que la Convención debe ser interpretada “*de modo evolutivo, teniendo en cuenta las costumbres y las necesidades sociales, preservándola de todo anacronismo*”. La Convención es, entonces, “*un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de la vida actual*”<sup>3</sup>.

Esta interpretación dinámica ha creado una riquísima jurisprudencia en áreas sorprendentemente numerosas.

Me propongo comentar algunas sentencias<sup>4</sup> emanadas de esta Corte vinculadas al derecho a un ambiente sano, especialmente cuando la persona afectada se ve privada de su vivienda, y por efecto de esa privación o perturbación se viola el derecho a la vida familiar y el derecho al domicilio<sup>5</sup>.

Para comprender más adecuadamente las decisiones elegidas, comenzaré con un brevísimo análisis de los textos y de otras nociones básicas originadas en la jurisprudencia de la Corte.

## II. El derecho de propiedad en el sistema europeo de Derechos Humanos: art. 1º del Protocolo N° 1

Llamativamente, el texto originario de la Convención Europea de Derechos Humanos no

mencionaba el derecho de propiedad <sup>6</sup>. Desde el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la protección de la propiedad se hace expresa recién al aprobarse el Protocolo N° 1, cuyo art. 1° dice:

“Toda persona física y jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes.

Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes no impiden el derecho de los Estados a poner en vigencia las leyes que juzguen necesarias para reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general, o para asegurar el pago de los impuestos, o de otras contribuciones o multas”.

Esencialmente, la norma transcrita se refiere a dos aspectos: la *privación* de la propiedad, y la reglamentación *del uso*.

### **III. El derecho a la vida íntima y familiar y al respeto al domicilio: art. 8° de la Convención Europea. Las injerencias y la doctrina de las obligaciones positivas de los Estados**

El derecho a la *vida íntima y familiar* está expresamente consagrado en el art. 8° de la Convención que dice: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

*“La garantía de un espacio físico a salvo de injerencias de terceros en el cual el individuo desarrolla su vida privada ha sido tradicional en el derecho constitucional histórico; constituye uno de los derechos básicos del status libertatis y comporta el reconocimiento de una esfera de libertad individual negativa de los ciudadanos, es decir, la garantía de la no intromisión estatal en determinadas materias. Incardinado entre los derechos de primera generación, claves en el Estado liberal, uno de cuyos objetivos esenciales es garantizar el disfrute apacible de la independencia privada”*<sup>7</sup>.

Como se verá, el TEDH ha ampliado el concepto, desde que el derecho al respeto al domicilio no sólo ampara contra las acciones ilegítimas, sino contra las omisiones del Estado en el cumplimiento de las obligaciones positivas para su protección efectiva. Efectivamente, a partir del caso “Marckx contra Bélgica” (1979), la Corte ha diseñado el concepto de injerencias inválidas, que abarca no sólo la interdicción de la acción del Estado introduciéndose en la vida privada y familiar (obligación negativa) sino la omisión de tomar medidas positivas con el fin de que esa vida familiar no sea desconocida. Me explico brevemente: no sólo hay injerencias inválidas cuando el Estado se inmiscuye o interfiere en la vida familiar, sino cuando ilegítimamente no asume las obligaciones positivas, es decir, no toma las medidas para que esa vida sea respetada <sup>8</sup>.

La distinción de los dos tipos de injerencias es especialmente importante en el tema a desarrollar. Se ha dicho que el derecho al respeto de la vida privada y familiar representa un vector extremadamente útil para el derecho al ambiente, a punto de convertirse en el terreno de aplicación privilegiado de la noción de obligaciones positivas forjado por la jurisprudencia europea <sup>9</sup>. En otras palabras, la noción maleable de vida íntima y familiar, que engloba el derecho del individuo a generar y desarrollar sus relaciones con los semejantes, sirve también para resolver problemas ambientales <sup>10</sup>.

De cualquier modo, ningún derecho es absoluto. Por eso, sobre el derecho a la vida íntima y familiar y el respeto al domicilio se permiten injerencias estatales siempre que respondan a las

siguientes exigencias: a) Estar prevista en la ley; b) Tener un fin legítimo (cualquiera de los enunciados en la norma transcrita: seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud y de la moral, protección de los derechos y libertades de otras personas); c) Ser necesaria en una sociedad democrática, recaudo que exige que responda a una *necesidad social imperiosa* y sea *proporcionada* a la finalidad legítima perseguida. Evidentemente, el tercer requisito es altamente significativo, desde que no basta el fin legítimo si la injerencia no resulta proporcional y compatible con una sociedad democrática.

Adelanto que, como regla general, puede decirse que el juez europeo no parece decidido a sancionar una violación del derecho al respeto al domicilio y a la vida privada y familiar si el ataque al ambiente no se muestra particularmente grave <sup>11</sup>; pero aun así, como se verá, la jurisprudencia es de importancia muy alta, especialmente, frente la nueva visión que tiende a diluir la línea demarcatoria entre las obligaciones positivas y negativas de los Estados. En este sentido, la Corte ha dicho que “las fronteras entre las obligaciones negativas y positivas de los Estados no siempre llevan, por sí mismas, a precisar la definición de injerencia. En ambos contextos, la mirada debe apuntar al justo balance o equilibrio entre el derecho del individuo y el de la comunidad, por lo que se le aplican principios similares” <sup>12</sup>.

#### **IV. La doctrina del “margen de apreciación de los Estados”**

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no tiene la pretensión de crear un derecho único para todos los Estados que integran el sistema; se trata, simplemente, de delimitar los estándares mínimos dentro de toda sociedad democrática y pluralista.

Estos principios permiten que tengan cabida sistemas jurídicos nacionales diferentes siempre que respeten las bases mínimas exigidas por el Convenio. “La doctrina del margen de apreciación recoge la preocupación del tribunal europeo por incluir en la interpretación de las normas internacionales europeas la diversidad de las realidades jurídicas nacionales”. Hay ciertos conceptos jurídicos indeterminados como “utilidad pública”, “protección de la moral”, “seguridad nacional”, “moral pública” etc., cuya interpretación puede dejarse a la apreciación de las autoridades nacionales de cada Estado, por “estar mejor situadas” para determinar las necesidades y los riesgos existentes. Por eso, en determinadas áreas, el tribunal resuelve que no hay violación al derecho consagrado porque son aspectos que han quedado a consideración de los Estados.

Se reconoce que no hay una determinación preestablecida, clara y explícita de cuál es el margen de apreciación que el Convenio otorga a las autoridades nacionales; en efecto, el TEDH ha reconocido expresamente que la extensión del margen de apreciación varía según las circunstancias, las áreas y el contexto.

De cualquier modo, la discrecionalidad del Estado siempre queda limitada por dos conceptos “gemelos”, el de proporcionalidad y justo equilibrio, utilizados por el TEDH en numerosas sentencias como factor de control del margen de apreciación nacional <sup>13</sup>. En esta materia, como en tantas otras, el principio de proporcionalidad es de significativa importancia porque configura el instrumento usado por las autoridades europeas para poder comprobar si las restricciones y limitaciones impuestas por las autoridades públicas locales al ejercicio de ciertos derechos pueden ser calificadas de “injerencias necesarias en una sociedad democrática” <sup>14</sup>.

Algunos autores critican decididamente la teoría del “margen de apreciación” y sostienen que afortunadamente no ha sido seguida en América Latina <sup>15</sup>; entienden que la doctrina no es una feliz creación en el seno de los órganos europeos, tanto por el peligro de la vaguedad e imprecisión de sus modalidades, extensión y ámbitos de aplicación, como por la falta de coherencia en la utilización de los criterios que la fundamentan.

Señalo que aun quienes apoyan la teoría, advierten que el margen de apreciación no constituye una simple regla de prueba (*in dubio pro reo*), una especie de presunción de inocencia, sino una suerte de autolimitación judicial (*judicial self restraint*) que se justifica en el mejor conocimiento de la realidad interna por parte de los Estados <sup>16</sup>.

Como se verá, esta teoría ha jugado un rol preponderante para la decisión de algunos casos vinculados a las inmisiones, el derecho al medio ambiente y el derecho a la vida íntima y familiar.

## **V. Derecho de propiedad, derecho a la vida familiar y a un ambiente sano <sup>17</sup>**

En los párrafos que siguen, abordaré el contenido de este título a través del comentario de cinco sentencias relevantes.

## **VI. “López Ostra, Gregoria v. Reino de España” (9/12/94) <sup>18</sup>**

### *VI.1. Hechos*

La señora Gregoria López Ostra vivía con su familia en “Diputación del Río, el Lugarico”, cerca del centro de la ciudad de Lorca (Murcia). Lorca reúne una gran concentración de fábricas de curtido del cuero. Muchas curtiembres instaladas pertenecientes a una sociedad anónima llamada Sacursa hicieron construir una planta de depuración de aguas y desechos, a doce metros del domicilio de la Sra. López Ostra, sobre un terreno perteneciente a la comuna; contaron con subvención del Estado.

No obstante que así lo exige un reglamento relativo a las actividades calificadas de insalubres, nocivas y peligrosas, la planta comenzó a funcionar en julio de 1988, sin licencia de la comuna, y sin que ni siquiera se hubiese seguido el procedimiento reglado para obtener esa autorización. Las instalaciones eran defectuosas y comenzaron a despedir gases y malos olores, ocasionando problemas de salud a muchas personas del vecindario. Por esta razón, el Consejo Municipal evacuó a los residentes de este barrio y los alojó gratuitamente en el centro de la ciudad durante 3 meses. En octubre, la Sra. López Ostra y su familia volvieron a la casa que habitaban cerca de la planta y allí vivieron hasta febrero de 1992. Desde octubre de 1992 a febrero de 1993, la familia fue realojada en el centro de la ciudad de Lorca; el Ayuntamiento se hizo cargo del pago del alquiler hasta que, finalmente, pudo mudarse a una nueva vivienda.

Mientras tanto, el 9 de septiembre de 1988, como consecuencia de numerosas quejas y del informe de las autoridades sanitarias de la “Agencia para el Medio Ambiente y la Naturaleza de la región de Murcia”, el Ayuntamiento ordenó el cese de una de las actividades de la planta (la decantación de los residuos químicos y orgánicos), pero permitió que continuara la depuración de las aguas residuales del cromo. Los efectos de este paro parcial de las actividades fueron objeto de controversia, pero pericias y testimonios de los años 1991, 1992 y 1993 acreditan que persistían molestias nocivas para la salud de los ribereños.

Frente al fracaso de las tratativas con la comuna, la Sra. López Ostra interpuso un reclamo ante la Audiencia territorial de Murcia; se quejaba de una injerencia ilegítima en su domicilio y en el goce pacífico de su vivienda; adujo que la actitud pasiva de la municipalidad frente a las molestias y riesgos causados por la planta de depuración significaban una violación a su derecho de elegir libremente un domicilio y un ataque a su integridad física y moral; en definitiva pedía el cese temporáneo o definitivo de las actividades. El tribunal recogió numerosos testimonios y encargó a

la Agencia Regional del Ambiente y la Naturaleza un informe sobre las condiciones de funcionamiento y situación de la planta. Ese informe constató que los residuos que se volcaban en el río provocaban malos olores y concluyó que el emplazamiento de la planta no era el adecuado. El Ministerio Público dictaminó a favor de la Sra. López Ostra. No obstante, la Audiencia Territorial rechazó la demanda el 31/1/1989; el tribunal entendió que si bien el funcionamiento de la planta podía causar molestias, olores, humos y ruidos, no constituía un peligro grave para la salud de las familias que vivían en los alrededores sino más bien un deterioro en la calidad de vida que no era suficientemente importante como para ser calificado de violación a los derechos fundamentales. En todo caso, ese deterioro no podía ser imputado a la comuna, que había tomado todas las medidas, y la ausencia de permiso municipal para funcionar no podía ser valorada en un procedimiento especial como el amparo constitucional, por el que no se canaliza la mera violación de la legalidad ordinaria.

La Sra. López Ostra recurrió ante el Supremo de España; el Ministerio Público la apoyó, pero el recurso fue rechazado el 27/7/1989. El Supremo entendió que la decisión era conforme a las disposiciones constitucionales porque no se había producido un ataque a la integridad física, y ningún agente público había *penetrado* en la vivienda de la interesada, quien era libre de mudar de domicilio.

La peticionante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; alegó violación de los arts. 15 (derecho a la integridad física), 18 (derecho a la vida privada e inviolabilidad del domicilio familiar) y 19 (derecho de elegir libremente el domicilio), todos de la constitución española. El 26/2/1990 su petición fue rechazada por manifiesta falta de fundamentación. Se señaló que la violación al respeto de la vida íntima no había sido invocada ante los tribunales ordinarios, y que la existencia de humos, olores y ruidos no constituían en sí mismos una violación al derecho a la inviolabilidad del domicilio porque ninguna autoridad había invadido su casa.

Paralelamente, dos cuñadas de la Sra. López Ostra que vivían en el mismo inmueble hicieron una denuncia por delito ecológico. El juez de instrucción instruyó la causa contra la Sociedad Sacursa, y las denunciadas se constituyeron en parte civil. El juez dispuso el cierre de la planta, pero esa orden fue suspendida por un recurso interpuesto por el Ministerio Público. En ese juicio penal se rindió prueba pericial que beneficiaba a una y otra parte. En efecto: un primer informe de un experto en ciencias químicas de la Universidad de Murcia determinó la presencia de sulfuro de hidrógeno (gas incoloro, soluble en el agua, con olor característico del huevo podrido) a niveles superiores a los autorizados; además, juzgó inaceptable que esas aguas servidas se volcaran al río. En cambio, el Instituto Nacional de Toxicología estimó que, probablemente, el gas tenía niveles superiores a los máximos permitidos, pero que no constituía un riesgo para la salud de los vecinos; no obstante, en un segundo informe, aclaró que no se podía excluir que la ocupación de las viviendas durante 24 horas no constituyera un peligro para la salud porque los cálculos anteriores habían sido hechos teniendo en cuenta que se estaba en la vivienda 8 horas por día durante cinco días a la semana. Por otro lado, la Agencia regional para el ambiente y la naturaleza concluyó que el nivel de ruido no era superior al de otros barrios de la ciudad. Un pediatra certificó que Cristina, la hija de la Sra. López Ostra, presentaba un cuadro clínico de náuseas, vómitos, reacción alérgica, anorexias, etc., que no reconocían otra explicación posible que no fuese el hecho de vivir en una zona altamente contaminada, y recomendaba el alejamiento de la niña de ese sitio. El Instituto Médico-Legal de Cartagena del Ministerio de Justicia reveló que el nivel de emisión de gas sobrepasaba el autorizado y constató que Cristina y su primo Fernando presentaban un estado típico de la impregnación crónica del gas en cuestión que se manifestaba bajo la forma de una infección bronco pulmonar aguda; en suma, concluyó que existía una relación de causa-efecto entre el estado clínico y el nivel de concentración de gas. Además, tres policías testimoniaron que los olores de la planta eran extremadamente fuertes y que provocaban náuseas.

## *VI.2. El procedimiento ante los organismos europeos de Derechos Humanos y la decisión de la Corte*

Ante el rechazo de su demanda por el Tribunal Constitucional español, la Sra. López Ostra se quejó a la Comisión de Derechos Humanos. Denunció que los olores, ruido y humos contaminantes causados por la planta de tratamiento de residuos situada a pocos metros de su domicilio violaban los derechos a la vida privada y familiar (art. 8º), y las inmisiones configuraban un verdadero trato inhumano o degradante, violatorio del art. 3º de la Convención<sup>19</sup>. Conforme el sistema existente por entonces, la Comisión acogió la denuncia y remitió el caso a la Corte.

España se defendió con una serie de argumentos: a) El amparo no era la vía adecuada; la Sra. López Ostra debió, como sus cuñadas, acudir a las vías ordinarias, y éstas todavía estaban pendientes, por lo que no estaba agotada la vía interna; b) Las molestias ya no existían a la época en que el tribunal debía pronunciarse porque la planta se había cerrado definitivamente en 1993; c) La Sra. López Ostra dejó de ser víctima cuando se la trasladó a otro inmueble (donde el Ayuntamiento pagó el alquiler, y posteriormente se mudó a otro inmueble que ella compró).

El TEDH rechazó las razones formales. Dijo que el amparo español, conforme su legislación interna, era una vía adecuada, rápida, que permitía llegar razonablemente en término a la suspensión de las molestias; por otro lado, la señora López Ostra no estaba obligada a esperar la conclusión de las vías ordinarias llevadas adelante por sus cuñadas, pues no era parte en esos procedimientos. Afirmó que la clausura de la planta en 1993 no implicaba que “alguien que fue obligado a abandonar su hogar por razones medioambientales, deje de ser una víctima”. Ni la mudanza de la Sra. López Ostra, ni la clausura de la planta de tratamiento de residuos borra el hecho de que la recurrente y su familia vivieron durante años a sólo doce metros de la fuente de olores, ruido y humos. En todo caso, el hecho de que la recurrente puede ahora volver a su domicilio anterior en virtud de la orden de clausura de la planta, es sólo un factor a tener en cuenta al determinar la indemnización, pero no significa que haya perdido el carácter de víctima.

En cuanto al fondo de la cuestión, la Corte dijo que la cuestión puede ser analizada en términos de obligaciones positivas del Estado, o sea, obligación de tomar medidas razonables y apropiadas para garantizar los derechos (como lo proponía la denunciante), o de las clásicas interferencias o injerencias del poder público; en los dos casos se llega a resultados similares.

En ambos contextos debe tenerse cuidado, desde que el fin es lograr un equilibrio justo entre los interés del individuo y de la comunidad; en todo caso, el Estado goza de un cierto margen de apreciación.

El tribunal consideró que no había violación del art. 3º. Las condiciones en las que la familia debió vivir fueron difíciles pero no constituyen un tratamiento degradante en el sentido de esa norma. En cambio, estimó que existía violación al derecho de la vida íntima y familiar y al respeto de su domicilio. Para llegar a esa solución razonó del siguiente modo:

- Está claro que la planta se hizo construir para resolver un grave problema de polución por la concentración de taninos. Sin embargo, desde su entrada en funcionamiento, provocó inconvenientes en la salud de los vecinos

- La Comisión ha constatado que desde el mismo comienzo del proceso judicial estaba acreditado que la emanación de sulfuro de hidrógeno proveniente de la planta sobrepasaba el límite autorizado, y que entre esa infracción y la enfermedad de la hija de la peticionante existía un nexo adecuado de causalidad.

Está puesto, pues, en evidencia que *“los ataques graves al ambiente pueden también afectar el bienestar de una persona y privarla del goce de su domicilio de manera de dañar su vida privada y familiar”*.

- El Estado no fue responsable de las inmisiones en forma directa. Sin embargo, permitió que la

planta se edificara; más aún, subvencionó su construcción sin percatarse de los problemas ambientales que continuaban aun después del cierre parcial de la planta. El Consejo municipal reaccionó a tiempo cuando trasladó a los vecinos e hizo cesar una de las actividades, pero no pudo desconocer que los inconvenientes continuaban y las múltiples peticiones de la Sra. López lo obligaban a actuar con eficacia. Para colmo, otros órganos del Estado contribuyeron a prolongar la situación (decisiones judiciales, recursos interpuestos por el Ministerio Público).

- Por lo tanto, y a pesar del grado de apreciación reconocido al Estado demandado, la Corte estima que España no ha sabido mantener un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca (disponer de una planta de depuración) y el goce efectivo del derecho de la peticionante a que sea respetado su domicilio y su vida privada y familiar.

El resultado práctico fue que España debió indemnizar a la Sra. López Ostra. Al analizar los daños, el Tribunal Europeo dijo que no correspondía acoger el costo de la nueva casa; en cambio, estaba claro que el valor de su antiguo departamento había disminuido y que los traslados causaron daños e inconvenientes; también tuvo en cuenta que el municipio había pagado los alquileres por aproximadamente un año y que la planta se cerró en octubre de 1993. Igualmente, hizo lugar al daño moral, que estimó innegable, dado que la continuación de la situación provocó un gran debilitamiento en la salud de la hija. Como el cálculo exacto de estos rubros era muy difícil, los estimó, equitativamente en la suma de 4.000.000 de pesetas.

### *VI.3. Importancia de la decisión*

Con anterioridad al caso López Ostra, tanto la Comisión como la Corte Europea habían reconocido, en abstracto, que las inmisiones pueden constituir una injerencia en el derecho al respeto del domicilio y de la vida íntima y familiar; no obstante, ninguna de las resoluciones que contienen ese reconocimiento llegaron a verificar, en concreto, la violación de tales derechos.

En efecto, en “S. c/ Francia”, el 17/5/1990, la Corte estimó no probada la violación a la vida privada y familiar denunciada, ocasionada por las molestias creadas por una central nuclear próxima a la residencia de la actora; las inmisiones consistían en ruido, fuerte alumbrado durante la noche, cambios en el microclima y riesgos de accidente nuclear. La Comisión admitió que el ruido y otro tipo de molestias pueden afectar el bienestar físico de una persona y, por lo tanto, acarrear una injerencia en su vida privada. No obstante, en ese caso, consideró que la injerencia estaba justificada en razón del bienestar económico del país

Otro antecedente, aunque referido a la garantía del acceso a la justicia, fue “Zander c/ Suecia”, del 25/11/1993; se trataba de un procedimiento iniciado contra una decisión administrativa que autorizaba a una sociedad privada a acumular desechos en un terreno próximo al domicilio de los demandantes; esos desechos contenían un alto grado de cianuro que convertía el agua de pozo en agua no potable. Por entonces, la legislación sueca no ofrecía a los damnificados recurso administrativo en contra de la autorización. El Tribunal Europeo entendió que en este caso se violaba la garantía del art. 6º, esto es, el derecho a recurrir y aplicar a los procedimientos administrativos algunas garantías propias del derecho judicial <sup>20</sup>.

Independientemente de estos antecedentes, no puede dudarse de la importancia superlativa de la decisión recaída en el caso “López Ostra”, por las siguientes razones:

a) Muestra la evolución progresiva del derecho internacional de los derechos humanos <sup>21</sup>. En efecto, la sentencia declara que el derecho al “goce efectivo del derecho al respeto del domicilio y la vida familiar, garantizado por el art. 8º, implica la existencia de un derecho a vivir en un ambiente sano”.

Según un sector de la doctrina, tal declaración implica el reconocimiento que el derecho al ambiente es un verdadero derecho subjetivo que tiene base en la Convención Europea<sup>22</sup>; implica, por así decirlo, el *alumbamiento* de un derecho “de carácter social que se liga al derecho civil de respeto a la vida privada y familiar, y que incorpora de modo envolvente el valor *calidad de vida*”<sup>23</sup>. Desde esta perspectiva, la sentencia demostró que la efectiva protección de algunos derechos garantizados en el Convenio no es concebible con abstracción de condiciones medioambientales adecuadas<sup>24</sup>.

La importancia de este reconocimiento se advierte fácilmente si se toma conciencia de que el derecho al ambiente sano no figura expresamente en el texto originario de la Convención Europea. Es evidente, se ha dicho, “*que la dimensión ambiental no estaba en el centro de las preocupaciones del legislador europeo que elaboró la CEDH. Las tradiciones jurídicas en materia de derechos fundamentales de los diferentes países de la Europa occidental y las imperiosas necesidades del momento (la defensa de las instituciones democráticas contra el peligro totalitario) no militaban a favor del reconocimiento de un derecho que, en la época, no se inscribía en la lógica jurídica tradicional*”<sup>25</sup>.

Para llegar a este resultado, el tribunal utilizó, como tantas otras veces, la técnica del “efecto reflejo” o *protection par ricochet*, o “conexión gradual”, o “en cascada”, según la cual aunque un derecho no esté expresamente establecido (en el caso, el derecho al ambiente sano), entra en la Convención si su violación impide o limita gravemente el disfrute efectivo de un derecho que sí está reconocido (en el supuesto, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la vida íntima y familiar)

<sup>26</sup>.

Podría pensarse que aparte de la protección del derecho al domicilio y a elegir libremente el lugar de residencia, la demandante pretendía proteger la concepción patrimonial del domicilio, es decir, la propiedad. Sin embargo, los daños reclamados permiten excluir esta hipótesis. Se invocó el art. 8º, por lo que cabe concluir que el TEDH acogió el concepto amplio del domicilio, rechazado en su momento por el Tribunal Constitucional español, quien había argumentado que no había injerencia porque en ningún momento se le había impedido mudar de domicilio<sup>27</sup>.

La trabajosa inclusión del derecho al ambiente sano en el listado de los derechos humanos por esta vía<sup>28</sup>, no debe ser entendida como un exceso de activismo del tribunal, ni una entrada “por la puerta de atrás”<sup>29</sup>, sino la adaptación a las nuevas circunstancias ambientales que, obviamente, no pudieron tenerse en cuenta en el listado de 1950<sup>30</sup>; dicho en otros términos, es el resultado del método de interpretación dinámica de los textos que, como he dicho, la Corte ha defendido desde siempre, fundada en la necesidad de luchar contra la obsolescencia del Tratado.

Para otros autores, la conexión gradual o en cascada entre el medio ambiente sano y los derechos reconocidos no significa declarar que existe un “derecho a vivir en condiciones medioambientales sin contaminación”; en otros términos, no se está “ante un proceso de creación y de cristalización de un nuevo derecho que por vía de facto amplía el catálogo de los derechos enunciados en la Convención; una declaración de este tipo hubiese sido una interpretación hiper-extensiva y excesivamente elástica del convenio”. Por eso, propician que la interpretación extensiva del Convenio no se detenga allí sino que “se profundice verticalmente de modo que se considere el derecho al disfrute de los bienes y el derecho al respeto del bienestar en la esfera del domicilio privado como implícitos en el sistema de derechos garantizados en el Convenio”. Igualmente, reclaman una expansión horizontal, que tome conciencia de la “perspectiva ambiental de otros derechos garantizados en el convenio, como es el derecho a la vida (art. 2º), el derecho a la integridad física (art. 3º), el derecho a la información (art. 10) y el derecho a la propiedad (art. 1º del Protocolo adicional)”<sup>31</sup>.

Cualquiera sea la posición correcta (reconocimiento o no, liso y llano, del derecho al ambiente sano como derecho humano), es necesario recalcar que en el caso, aunque las inmisiones, obviamente, suponían un perjuicio para el medio ambiente, no era éste el derecho alegado, ni en las instancias nacionales ordinarias, ni ante el Tribunal Constitucional, ni ante el TEDH. En otros

términos, la demandante no pretendía defender un interés colectivo o difuso plasmado en el menoscabo medioambiental, ni tampoco su propio derecho subjetivo al medio ambiente; ella alegaba la violación de los derechos individuales a la salud, a la integridad física y al domicilio. Consecuentemente, la condena del TEDH a España no tiene en cuenta los posibles daños medioambientales sino la concreción individual antes referida, aunque de forma indirecta, claro está, tuvo repercusión en la protección medioambiental <sup>32</sup>.

b) Ratifica la doctrina judicial de las obligaciones positivas de los Estados; en otros términos, las injerencias deben ser analizadas desde las dos perspectivas básicas: no basta que el Estado no interfiera en la vida privada y familiar, en el domicilio, en la propiedad de la vivienda; es necesario que tome las medidas positivas necesarias para que ese derecho sea realmente resguardado o protegido.

c) Reconoce que el ataque al derecho al medio ambiente sano puede provenir tanto del hecho de los particulares como de los hechos y omisiones del Estado. O sea, la protección del derecho opera bifrontalmente, tanto en sus efectos verticales (contra el Estado), cuanto en sus efectos horizontales (frente a hechos de los particulares, el denominado *drittwirkung*) <sup>33</sup>.

d) Alerta a los Estados miembros sobre la necesidad de una protección real al medio ambiente, alejada de los vericuetos procesales. En este sentido, dos autores españoles expresan: “*Nuestros órganos internos parecían más animados en participar en una desafortunada carrera de despropósitos -tolerancia en el funcionamiento de una industria ilegal y contaminante, falta de adopción judicial de medidas cautelares, etc.- que en brindar a la demandante una garantía efectiva de sus derechos. Por todo ello, consideramos que el TEDH condenó justa y merecidamente al Estado español*” <sup>34</sup>.

e) Permite tomar conciencia de que una circunstancia que el Código Civil argentino visualizaba sólo desde la perspectiva patrimonialista del derecho de dominio (art. 2618) hoy exige una visión integradora desde la óptica de la persona y su derecho a un ambiente sano, óptica que, indudablemente, debe incidir en la interpretación de los textos legales <sup>35</sup>.

## VII. “Guerra y otros c/ Italia” (19/2/1998) <sup>36</sup>

### VII.1. Hechos

Los actores vivían en Manfredonia, Foggia, Italia, a 1 km. de una fábrica (Enichem) que producía fertilizantes y químicos utilizados para la fabricación de nylon, ubicada en territorio de la comuna de Monte Sant’Angelo. En 1988, la fábrica fue calificada de alto riesgo según la norma italiana que traspuso la directiva 82/501, llamada directiva Seveso, por referencia al gran desastre ecológico conocido con ese nombre.

En el curso del ciclo de su actividad, de la fábrica emanaba gran cantidad de gas inflamable, circunstancia que produjo reacciones químicas explosivas que liberaban sustancias altamente tóxicas, anhídrido sulfúrico, óxido de azote, sodio, amoníaco, hidrógeno metálico, ácido benzoico y, sobre todo, anhídrido de arsénico.

En el pasado, en ese mismo lugar, graves accidentes se habían producido; el peor se remontaba al 26/9/1976, cuando la explosión de la torre de lavado de gas dejó escapar varias toneladas de solución de carbón y bicarbonato de potasio que contenía anhídrido de arsénico. En esa ocasión, 150 personas debieron ser hospitalizadas en razón de una intoxicación aguda.

El 8/12/1988, una comisión técnica designada por la Municipalidad de Manfredonia determinó que el estudio de impacto ambiental era incompleto, que a causa de la posición geográfica de la usina, la emisión de sustancias en la atmósfera eran normalmente canalizadas hacia la ciudad, y que las instalaciones de la fábrica para el tratamiento de humo eran insuficientes.

En 1989 la fábrica limitó su actividad a la producción de fertilizantes, no obstante lo cual se la

mantuvo, con toda razón, en la categoría de fábricas peligrosas a la luz de la normativa ambiental. En 1993, el Ministerio del Ambiente y el de la Salud, en forma conjunta, adoptaron una decisión administrativa que prescribía las medidas que la fábrica debía tomar para asegurar la producción en curso de los fertilizantes. En 1994 la fábrica dejó de producir fertilizantes y siguió funcionando sólo como central termoeléctrica e instalación de tratamiento de aguas primarias y usadas.

A raíz de estos hechos, una serie de procedimientos de tipo penal tuvo lugar en Italia. Así, por ej., el 13/11/1985, 420 habitantes de Manfredonia (entre los cuales figuraban los denunciantes ante la Corte Europea) se presentaron ante el pretor de Foggia y denunciaron la presencia de gases tóxicos; siete administradores de la fábrica fueron incriminados; cinco quedaron absueltos del delito, sea por amnistía, sea por el pago de una multa; otros dos fueron condenados a cinco meses de prisión y dos millones de liras de multa por haber dispuesto la salida de desechos sin contar con autorización administrativa previa. Sin embargo, la decisión fue apelada y el tribunal absolvió a los inculpados.

Posteriormente, se creó un comité en el que participaban los gobiernos de la región de la Puglia con el fin de dar efectos a la directiva Seveso. El comité ordenó una encuesta técnica, que concluyó con un mandato administrativo para la toma de diversas medidas. Los problemas vinculados al ambiente provocaron, incluso, una interpelación del Parlamento al ministro del Ambiente.

### *VII.2. El procedimiento ante los organismos europeos de Derechos Humanos y la decisión de la Corte*

Ante la falta de respuesta local, y conforme el procedimiento vigente por entonces, los vecinos se presentaron ante la Comisión de Derechos Humanos. Se quejaban de la violación del art. 10<sup>37</sup> (derecho a la información) y del art. 8° (derecho al domicilio y a la vida íntima y familiar).

La Corte sostuvo que el art. 10 no había sido violado desde que la libertad allí mencionada no puede ser interpretada como una imposición al Estado para que genere la obligación positiva de colectar y propagar información por su propia iniciativa.

En cambio, entendió violado el art. 8°. Afirmó que Italia no interfirió en la vida privada o familiar desde la óptica de la injerencia mirada desde una perspectiva unilateral, como acto, pero no cumplió su obligación positiva de hacer; o sea, omitió actuar porque no garantizó la efectiva protección de los derechos a la vida privada y familiar. En el caso, los actores carecieron de la información esencial que les hubiese permitido evaluar los riesgos que podían resultar del hecho de permanecer con sus familias en ese territorio, una comuna tan expuesta a los accidentes en razón de la fábrica.

El tribunal recordó lo afirmado en López Ostra, en el sentido que las severas poluciones medioambientales pueden afectar el bienestar de los individuos e impedirles disfrutar sus hogares, y que si Italia hubiese tomado las medidas necesarias ese ataque a la vida familiar no se habría producido.

Se fijaron los daños y perjuicios estimados en \$ 100.000.000 de liras para cada uno de los actores.

### *VII.3. Importancia de la decisión*

La decisión ratifica la doctrina López Ostra; de allí su importancia. A lo expuesto respecto de

aquella decisión, se suma en el caso, el hecho, por demás significativo, de la importante cantidad de peticionantes (cerca de cincuenta vecinos).

### **VIII. “Hatton y otros c/ Reino Unido”, sentencias del 2/10/01 <sup>38</sup> y del 8/7/03 <sup>39</sup>**

#### *VIII.1. Los precedentes*

Las resoluciones relativas a ruidos ocasionados por aeropuertos emanadas de órganos europeos custodios de los derechos humanos tienen origen bastante lejano.

El 15/7/1980, en el caso “Arrondelle c/ Reino Unido”, la Corte decidió la cuestión planteada por una persona cuya casa estaba situada al final de una de las pistas de aterrizaje del aeropuerto de Gatwick y cerca de una carretera cuyo tráfico creaba un gran ruido. La cuestión no fue decidida por el tribunal porque las partes llegaron a un acuerdo amistoso <sup>40</sup>, pero los autores indican que éste es el primer caso en el que la Comisión admitió tratar un tema vinculado al ambiente, y lo hizo a través de la vía del derecho al domicilio y a la vida íntima y familiar <sup>41</sup>.

Acuerdos similares concluyeron en otros procesos del mismo tipo: en el caso “Frederick W. Baggs c/ Reino Unido” <sup>42</sup> de 1985, el denunciante, propietario de un terreno en el cual tenía su residencia familiar y, además, criaba aves, se quejaba de ruidos intolerables causados por el aterrizaje y despegue de aviones en el aeropuerto de Heathrow; sin decisión del órgano comunitario, Baggs aceptó el pago de 24.000 libras esterlinas como indemnización total.

En “Powell y Rainer c/ Reino Unido” (21/2/1990), aunque el tribunal no entró en la cuestión de fondo, admitió que en abstracto, “un cierto nivel de intensidad de los ruidos puede afectar la calidad de vida y el respeto del domicilio de las personas; que el ruido de los aviones del aeropuerto de Heathrow ha podido disminuir la calidad de vida y el disfrute del hogar de los dos demandantes, aunque en grados muy distintos”. Mas, en concreto, resolvió que “no hay motivo serio para considerar que la manera a través de la cual las autoridades inglesas abordaron el problema o el contenido de las medidas reglamentarias específicas elegidas hayan sido violatorias del art. 8”. En definitiva, la Corte estimó que el análisis de las medidas administrativas tomadas para disminuir el ruido encuadraba en el margen de apreciación de los Estados <sup>43</sup>.

El caso “Hatton y otros c/ Reino Unido”, bajo comentario, tuvo por objeto decidir las quejas de vecinos de la zona cercana al aeropuerto de Heathrow, uno de los tres grandes aeropuertos de Londres (junto con Gatwick y Stansted), el de más tránsito en Europa, y uno de los más activos del mundo; es usado por 90 aerolíneas y ofrece más de 180 destinos alrededor del planeta.

Las quejas, canalizadas a través de la Comisión conforme el sistema por entonces vigente, fueron resueltas el 2/10/01 por la Sección 3ª de la Corte en favor de los reclamantes. No obstante, posteriormente, y a pedido del Estado demandado, en una especie de recurso de revisión, el tratamiento de la cuestión planteada pasó a la Gran Sala, que se pronunció el 8/7/03. En esa oportunidad, por mayoría, decidió que no se verificaba violación del art. 8º, aunque sí, violación del art. 13.

#### *VIII.2. Los hechos*

Todos los denunciantes sostenían que la modificación de las reglamentaciones administrativas relativas a los vuelos nocturnos de 1993 había empeorado sus condiciones de vida. Ese plan de

1993 introdujo un sistema de “cuota de ruido” según el cual a cada tipo de avión se le asignaba una porción de cuota variable según fuese más o menos silencioso; además, el aeropuerto se atribuyó un determinado número de puntos de cuota según la época del año, y si eran vuelos diurnos o nocturnos, de manera tal que el número de vuelos debía mantenerse dentro del total de puntos de la cuota permitida

La señora Ruth Hatton nació en 1963. Ella vivió en East Sheen con su esposo y dos niños entre 1991 y 1997. Su casa estaba situada a 11,7 kms. del extremo de la pista más cercana de Heathrow. Se quejaba del terrible ruido existente. Decía que para poder dormir necesitaba colocarse tapones en los oídos; sus hijos se despertaban repetidamente por las noches; el tráfico aéreo la despertaba cada cuatro horas; el “bombardeo” comenzaba entre las 5 y las 5.30 en el invierno; etc. La situación descrita les originó depresión por lo que, finalmente, en 1997, decidieron mudarse.

Otros vecinos peticionantes (Peter Thake, John Hartley, Philippa Edmund, John Cavalla, Jeffray Thomas, Richard Bird, Tonny Anderson) contaron molestias similares y dijeron que la mayoría de las casas contaba con ventanas equipadas con doble vidrio; sin embargo, en verano, con las ventanas abiertas el ruido era infernal, y con las ventanas cerradas era imposible dormir, por lo que estaban volviéndose locos. También relataron que en 1997 el aeropuerto de Heathrow puso a disposición una línea telefónica (Heathrow Noise Line) donde toda persona podía quejarse de los ruidos generados por los vuelos indicando la hora; que habían llamado repetidas veces, sin resultado. Muchos de ellos, al igual que la Sra. Hatton habían terminado mudándose a otros lugares, tan pronto encontraron trabajo, aunque muchas veces peor remunerado. También dijeron que la administración del aeropuerto no practicaba, durante ciertos períodos, la alternancia de las pistas; se utilizaba una sola para los aterrizajes durante la mitad de la jornada; los aviones aterrizaban en un 70% de los casos por el este por lo que era imposible dormir.

Las decisiones relatan que las restricciones a los vuelos nocturnos fueron introducidas en 1962 y periódicamente revisadas en 1988, 1993, 1998. Un informe del Reino Unido de 1987 dijo que los vuelos nocturnos no debían reducirse por dos razones: a) La prohibición del ruido nocturno evitaría a las aerolíneas la posibilidad de programar sus vuelos y tendrían que lidiar con cancelaciones y retrasos; b) La veda dañaría la condición de Heathrow como aeropuerto internacional con implicancias dañosas en la atención de las necesidades de los pasajeros por lo que, en definitiva, perdería posición competitiva con otros aeropuertos europeos.

Entre 1988 y 1993 el tráfico aéreo nocturno se reguló sólo a través de la limitación del número de aterrizajes y despegues. En 1990 el Ministerio de Transporte emprendió una investigación interna para la restricción de los vuelos nocturnos a fin de elaborar una nueva clasificación de las aeronaves y un sistema de cuotas. También encargó a la dirección un estudio objetivo sobre los ruidos generados por los aviones y lo inconvenientes que esto causaba al sueño. Las investigaciones sobre el terreno se realizaron durante el verano de 1991. Se encuestaron 400 vecinos. Los resultados fueron publicados en diciembre de 1992 en un documento titulado “Informe de un estudio relativo al ruido ocasionado por las aeronaves y los inconvenientes causados al sueño”. Según este informe, no había prueba que indicara que el ruido generado por las aeronaves fuese susceptible de dejar secuelas.

En enero de 1993 el gobierno publicó un documento concerniente al nuevo plan de reglamentación de los vuelos nocturnos en los tres aeropuertos más importantes. Este documento tenía cuatro objetivos: a) rever y adaptar las medidas restrictivas de los vuelos nocturnos; b) continuar protegiendo la población local contra los inconvenientes sonoros excesivos que pudiesen resultar de los vuelos nocturnos; c) tener en cuenta las exigencias en materia de competencia; d) tener en consideración la incidencia a largo plazo en la economía.

En definitiva, siguieron haciéndose estudios y trabajos de campo para determinar el impacto

que los vuelos nocturnos producían. Esos estudios revelaban que cuando la gente se dormía, difícilmente se despertaba sólo por causa del ruido de los aviones. Por su parte, las compañías *charter* opinaban que sus operaciones podían ser sustancialmente mejoradas si se les permitía mayor movimiento durante el período nocturno, especialmente, aterrizajes; que necesitaban operar en la noche para competir y mantener los costos lo más bajo posible desde que la viabilidad de sus negocios dependía altamente de la gran utilización de sus naves, típicamente tres rotaciones diarias.

Obviamente, la IATA (*International Air Transport Association*) y todas las organizaciones inglesas del transporte aéreo estaban en favor de los vuelos nocturnos; las empresas presentaban informes sobre las pérdidas que podían producirse y que de hecho se habían producido cuando se ordenaron las reducciones.

Un documento de 1995 precisó que contrariamente a lo que el gobierno anunciaba en el documento de consulta de 1993, las orientaciones y proposiciones dadas por el ministro hacían posible la emisión de más ruido causado por las aeronaves de los que había en el verano de 1988. Lo cierto es que en 1995 el ministro de transporte anunció que las cuotas y otras restricciones nocturnas permanecían inalteradas. La Corte de apelaciones confirmó la legalidad del plan de 1993, lo que motivó diversos recursos.

En noviembre de 1998 se publicó la segunda parte de los documentos de consulta sobre las restricciones de vuelos nocturnos. Indicaba que la noción de “molestias para dormir” se extendía a perturbaciones del sueño (y dificultades para dormirse, despertarse excesivamente temprano en la mañana con dificultades para volverse a dormir).

Nuevos planes fueron presentados, y en noviembre de 1999 el gobierno anunció que la alternancia de las pistas en Heathrow sería extendida a los períodos nocturnos “desde que fuera posible” y publicó un nuevo documento de consulta.

Después de haber agotado las instancias locales, los peticionantes denunciaron ante la Comisión que la política instaurada por el gobierno en 1993 en materia de vuelos nocturnos significaba un ataque a las garantías previstas en el art. 8º de la Convención.

### *VIII.3. Las sentencias. El voto mayoritario*

El 2/10/2001, una Sala del TEDH consideró que las medidas tomadas por el gobierno inglés antes reseñadas eran insuficientes para garantizar el derecho de los individuos a su vida íntima y familiar, pues las autoridades inglesas se habían limitado a revisar la legalidad del proyecto de la secretaría de estado pero no adoptaron las medidas oportunas para restituir la lesión del derecho. En suma, condenó al gobierno inglés a indemnizar a cada peticionante con la suma de 4.000 libras esterlinas por daños morales. La doctrina final podría ser formulada del siguiente modo: “*Cuando las administraciones públicas no ponen todos los medios racionalmente necesarios y posibles para evitar la contaminación acústica, no pueden invocarse los intereses económicos de la sociedad para justificar la lesión del derecho a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos*”<sup>44</sup>.

Esa decisión fue recurrida ante el Pleno o Gran Sala por el gobierno inglés. A decir verdad, la sentencia del 2/10/01 no podía llegar en peor momento para las compañías aéreas, desde que en ese período tenían pérdidas inimaginables sólo unos meses atrás, como consecuencia de la situación de alarma social por nuevos ataques terroristas, tras el atentado a las Torres Gemelas de New York del 11/9/01<sup>45</sup>.

Como he adelantado, el 8/7/03, la anterior decisión fue revocada por otra decisión que entendió que Inglaterra no había violado el art. 8º.

El razonamiento judicial de la mayoría transita por los siguientes argumentos:

a) Se reconoce que aunque la Convención no menciona expresamente el derecho a un ambiente sano y calmo, cuando una persona sufre directa y gravemente un ruido, u otras formas de polución, la cuestión puede plantearse bajo el ángulo del art. 8º, según la doctrina que emana de las sentencias recaídas en los casos “Powell and Rayner c/ Reino Unido” (21/2/1990); “López Ostra c/ España” (9/12/1994); “Guerra y otros c/ Italia” (19/2/1998). El planteo procede sea que la polución esté causada directamente por el Estado, o que su responsabilidad surja de la ausencia de reglamentación adecuada para la industria privada.

b) No obstante, debe recordarse el rol fundamentalmente *subsidiario* del mecanismo de la Convención. Conforme la doctrina del “margen de apreciación de los Estados”, las autoridades nacionales gozan de legitimidad democrática directa y, por eso, se encuentran mejor ubicadas que el juez internacional para decidir sobre las necesidades y los contextos locales. Cuando cuestiones de política general están en juego y existen sobre ellas profundas divergencias, los Estados democráticos pueden, razonablemente, tomar sus propias decisiones; en este sentido, la Corte ha estimado normal que el legislador nacional disponga de un margen de libertad para llevar adelante una política económica y social.

c) En un caso como éste, el examen correcto lleva a distinguir dos aspectos: I) el *contenido* material de la decisión del gobierno en miras a asegurar que sea compatible con el art. 8º; II) el *proceso* decisorio llevado a cabo para verificar si los intereses de las personas han sido debidamente tenidos en cuenta.

En cuanto al aspecto material, la Corte ha declarado que el Estado debe gozar de un margen de apreciación extenso o amplio. En “Powell and Rayner” y en otras decisiones vinculadas al ambiente, ha afirmado que no pertenece ni a la Comisión ni a la Corte sustituirse en las autoridades locales para determinar en qué consiste una política óptima en un dominio social y técnico difícil, cual es la reglamentación del ruido excesivo de las aeronaves. En este caso, la Corte se enfrenta a dos puntos de vista opuestos sobre el margen de apreciación a aplicar. Por un lado, el gobierno reclama amplitud, fundado en que este asunto está referido a cuestiones de política general; por el otro, los demandantes sostienen que el margen de apreciación debe ser restringido, en razón de que se trata el ataque a la posibilidad de dormir, que tiene carácter individual y personal.

Con relación al aspecto procesal, el tribunal debe analizar el tipo de política o de la decisión en juego, y la medida en la que los puntos de vista de los individuos y las garantías procesales disponibles han sido tenidos en cuenta a lo largo de todo el proceso. El gobierno recurrente reconoce que el ruido generado por las aeronaves durante la noche perturba el sueño, pero pide a la Corte un examen crítico de las alegaciones de los actores relativas a la gravedad de esas molestias. Invoca que todos los grandes aeropuertos centrales de Europa aplican en materia de vuelos nocturnos restricciones más o menos rigurosas o semejantes a las impuestas en los tres aeropuertos londinenses. Sostiene que los aeropuerto de Charles de Gaulle en París y Schiphol en Amsterdam no tienen limitaciones al número de vuelos nocturnos; que en Frankfurt, los aterrizajes de las aeronaves están sometidos a restricciones sólo entre la 1 y las 4 de la mañana; por eso, restricciones más severas para Heathrow tendrían graves repercusiones sobre la competitividad de las compañías aéreas británicas.

En coincidencia con el gobierno, la *British Airways*, apoyada por la BATA (*British Air Transport Association*) afirma que una prohibición o una disminución de los vuelos nocturnos causará un daño desproporcionado y reducirá la posibilidad de opción de los consumidores. Sostiene, además, que la pérdida de vuelos nocturnos será altamente perjudicial para la economía británica en general.

d) La Corte no duda que la puesta en marcha del plan de 1993 ha podido atentar a la calidad de la vida privada de los peticionantes y a la posibilidad de gozar de sus viviendas respectivas y, por lo tanto, están implicados los derechos protegidos por el art. 8º de la Convención. Cada uno de los peticionantes ha descrito los efectos producidos por las modificaciones introducidas por el plan de

1993 y no hay razón para dudar de la sinceridad de sus manifestaciones; es verdad que no han provisto al tribunal de elementos objetivos relativos a la gravedad de las perturbaciones alegadas y que no han refutado los datos provistos por el gobierno relativos a las curvas de los niveles de ruido diurno. Sin embargo, el mismo gobierno admite, y esto surge claramente del estudio de 1992 sobre el sueño, que la sensibilidad al ruido comporta una parte de subjetividad; unas personas son más susceptibles que otras; la molestia sufrida por unos y otros depende no sólo de la situación geográfica de los domicilios respectivos con relación a las diversas trayectorias del vuelo, sino también de la predisposición de cada uno de ser incomodado por los ruidos. En el caso, el grado de las molestias puede variar de un actor al otro, pero la Corte no puede seguir al gobierno cuando parece considerar que el plan discutido en este caso no ha tenido ningún efecto, o al menos ningún efecto notable sobre los actores.

e) Las molestias sonoras denunciadas no han sido causadas por el Estado, pero resultan de la actividad de las compañías aéreas privadas y puede sostenerse que las modificaciones introducidas por el plan de 1993 son injerencia directa del Estado en el ejercicio del derecho de las personas implicadas. Se reconoce que en materia de ambiente, la responsabilidad del Estado puede derivarse del hecho que no ha reglamentado la actividad de la industria privada de manera que asegure el respeto de los derechos consagrados por el art. 8º. El caso, pues, debe ser abordado bajo el ángulo de una obligación positiva a cargo del Estado. Por eso, la cuestión que debe resolver es si la puesta en marcha de la política de 1993 en materia de vuelos nocturnos ha mantenido un justo equilibrio entre los intereses de las personas que padecen los ruidos nocturnos y los de la sociedad en su conjunto.

f) Advierte que, en general, en los casos anteriores en los que debió abordar problemas ambientales, las decisiones se fundaron en que las autoridades nacionales habían inobservado la reglamentación interna. Así por ejemplo, en “López Ostra”, la autoridad española había permitido el funcionamiento de una planta de depuración sin el permiso pertinente; en “Guerra c/ Italia”, la violación también era semejante porque el Estado no había provisto a los actores de suficiente información.

Este elemento de irregularidad respecto del derecho interno está ausente en el caso. La política en materia de vuelos nocturnos instalada en 1993 fue impugnada por las colectividades locales y, después de un cierto número de modificaciones, juzgada compatible con el derecho interno. Los actores no afirman que las medidas, tal como fueron modificadas, contradigan el derecho inglés. Tampoco alegan la ilegalidad, según el derecho interno, de tal o cual vuelo nocturno generador de inconvenientes en el sueño.

g) Para justificar la reglamentación de los vuelos nocturnos, tal como está en vigor después de 1993, el gobierno invoca no sólo los intereses económicos de las compañías aéreas y otras empresas, sino especialmente el interés económico del país en su conjunto. La Corte observa que el segundo párrafo del art. 8º autoriza, entre otras, las restricciones necesarias al bienestar económico del país y a la protección de los derechos y las libertades de otros. Por lo tanto, es legítimo para el Estado tener en cuenta los intereses económicos antes mencionados cuando elabora su política.

h) El tribunal debe examinar si el Estado pudo haber llegado a un justo equilibrio entre estos dos intereses, en otras palabras si ha transpuesto el margen de apreciación. La respuesta es negativa; se constata que la introducción del plan de 1993 concerniente a los vuelos nocturnos era una medida general que, aun cuando ha significado consecuencias para los actores y otras personas que se encontraban en situación análoga, no han significado un ataque a su vida privada de la misma gravedad que algunas medidas penales que la Corte ha tenido en cuenta en otros juicios (Dudgeon) que justificaban disminuir el margen de apreciación del Estado. El Estado está obligado a tener en cuenta los intereses de los particulares para asegurar el respeto a las garantías previstas en el art. 8º

pero, en principio, tiene el derecho de elegir los medios a aplicar para cumplir esta obligación. Visto el carácter subsidiario de su función de control, la Corte debe limitarse a examinar si tal o cual solución podría o no llevar a un equilibrio más justo.

i) En esta línea de pensamiento, la Corte admite las dificultades a las que se enfrenta para establecer si el nivel general de ruidos durante la noche, de hecho, ha aumentado o no después de la introducción del plan de 1993. Los actores sostienen que sí y el gobierno que no. Las declaraciones contenidas en el documento de consulta de 1998 parecen indicar que, en su conjunto, el nivel general de ruidos alrededor de Heathrow se ha mejorado durante el período sometido a las cuotas nocturnas, pero probablemente deteriorado durante el período nocturno completo. La Corte no se encuentra en situación de pronunciarse exactamente sobre este punto; constata que el litigio entre las partes lleva la cuestión de saber si es necesario medir el ruido nocturno según el número de movimiento de aviones o según las cifras de cuota. Cualquiera que sea, nada indica que la decisión de las autoridades de introducir un régimen fundado en el sistema de cuotas sea, en sí misma, incompatible con el art. 8º.

El fin de la aplicación de un régimen de restricción a los vuelos nocturnos es mantener los daños sonoros en un nivel aceptable para la población que vive en las proximidades del aeropuerto. Las autoridades parecen haberse dado cuenta que, en vista al carácter evolutivo de la situación (aumento del transporte aéreo, progreso tecnológico en el dominio de la lucha contra el ruido, evolución de los comportamientos sociales, etc.), la adecuación de las medidas en la materia debía ser objeto de control permanente.

j) En cuanto a los intereses económicos contrapuestos a la restricción o a la supresión de los vuelos nocturnos, la Corte juzga razonable presumir que esos vuelos contribuyen, al menos, en alguna medida, a la economía general. El gobierno ha sometido a la Corte informes que exponen los resultados de una serie de encuestas relativas al interés económico de los vuelos nocturnos y que han sido hechos tanto antes como después de la introducción del plan de 1993. Aunque estos documentos no contienen indicación precisa del costo económico de la supresión de vuelos nocturnos específicos, se puede deducir que existe un vínculo entre las redes aéreas en general y los vuelos nocturnos. De cualquier modo, las compañías aéreas no están autorizadas para funcionar a su gusto, en entera libertad de explotación; están sujetas a importantes limitaciones, tales la de los vuelos nocturnos en Heathrow. La Corte advierte que el plan de 1993 es más estricto del que resulta de la consulta de 1993 porque aun los aviones más silenciosos están sometidos al sistema de cuotas. Además, las autoridades nacionales se han opuesto a peticiones tendientes al acortamiento del período sometido a cuotas o a que se levanten las restricciones nocturnas. Por otro lado, el sistema ha sido objeto de ulteriores modificaciones, algunas constitutivas de nuevas restricciones para las compañías, tales como el establecimiento de un número total máximo de movimientos y la disminución de puntos de cuota disponible.

k) Para determinar las repercusiones de una política general sobre los individuos domiciliados en un lugar determinado, se juzga razonable tener en cuenta la posibilidad que los interesados tienen de dejar el lugar. Cuando un número restringido de personas (2 o 3% de la población, según el estudio de 1992) sufre una medida general, el hecho que ellas puedan cambiarse si así lo desean sin sufrir pérdida financiera, es un elemento de peso en la apreciación del carácter globalmente razonable de la medida en cuestión. Por eso, en el caso, es significativo que los actores no hayan contestado el argumento del gobierno según el cual el ruido nocturno no tiene incidencia negativa sobre los precios de los inmuebles.

l) En cuanto a los aspectos procesales del caso, dado los intereses generales del ambiente en juego, el proceso decisional debe necesariamente comportar la realización de encuestas y de estudios apropiados, de manera de permitir establecer un justo equilibrio entre los diversos intereses

en juego. Las decisiones no pueden ser tomadas sino en presencia de datos exhaustivos y verificables. En este sentido, se hace notar que las autoridades británicas controlaron, en permanente adecuación, el plan de 1993. El estado de la investigación en lo que concierne a los problemas de sueño conectados con los vuelos nocturnos fue la razón por la cual el gobierno decidió que las restricciones a los vuelos nocturnos fueran revisadas en un período máximo de cinco años y que cada plan nuevo debía tener en cuenta los datos recogidos en el período anterior. Todo este seguimiento ha sido realizado por el gobierno.

II) En estas condiciones, la Corte estima que, en definitiva, las autoridades no han sobrepasado su propio margen de apreciación en la búsqueda de un justo equilibrio entre los derechos de las personas afectadas a su vida privada y su domicilio, y los intereses concurrentes de otros y de la sociedad en su conjunto.

En cambio, la Corte estima que hubo violación del art. 13 de la Convención, norma que otorga el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Esta violación deriva no del hecho de que los actores no hayan tenido acceso a la jurisdicción británica para denunciar las consecuencias de la política del Estado concerniente a los vuelos nocturnos, sino más bien por la extensión que tenía el control jurisdiccional a la época de los hechos, por entonces tan reducida, que el recurso disponible en el derecho interno no era un recurso efectivo, que permitiera a los interesados exponer plenamente la sustancia de sus quejas.

Como la Corte no advierte violación del art. 8º, sino sólo del art. 13, obviamente, la indemnización fijada por la Sala, que había entendido que existía violación a las dos normas, tiene que reflejarse sobre la suma acordada a título de gastos. En definitiva, por diferentes mayorías el tribunal resolvió: que no existe violación del art. 8º; que sí hay violación al art. 13; que la constatación de la violación del art. 13 representa en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por todo el daño sufrido por los actores; que el Estado debe restituir a los actores 50.000 euros en concepto de costas, con más los intereses simples a la tasa que presta el Banco Central europeo, aumentada en tres puntos; el rechazo de toda otra indemnización.

#### *VIII.4. El voto minoritario o disidente*

Cinco jueces (Costa, Ress, Türmen, Zupancic y Steiner) votaron en disidencia y sostuvieron que existía violación del art. 8º. Razonaron, especialmente, a partir de la política general en materia ambiental (Protocolo de Kyoto) y de la misma jurisprudencia de la Corte mencionada en el voto de la mayoría.

La línea argumental es: la vida privada es una prerrogativa heterogénea. Sus límites específicos no se distinguen y no se perciben claramente sino cuando hay que defenderlos de tal o cual injerencia. La vida privada es un aspecto del bienestar general de la persona y no es un fin en sí misma. La amplitud admisible en la injerencia de un Estado en la vida privada de un individuo y su familia debe ser considerada como siendo inversamente proporcional al perjuicio que la injerencia es susceptible de causar a la salud mental y física del interesado. La quintaesencia de la tesis es que “la salud, en tanto estado de completo bienestar físico, mental y social” es, en las circunstancias particulares del presente caso, una condición indispensable a una verdadera vida privada íntima, que no sea disociada artificialmente. Afirmar lo contrario implica separar de una manera ficticia el bienestar personal general y la vida privada. Está claro que en este caso la esfera de la protección de la salud y la salvaguarda de la vida íntima están encaballadas

### *VIII.5. Valoración de la decisión final*

La decisión del 8/7/03 responde, estrictamente, a la doctrina del “margen de apreciación”. Por eso, su aprobación o rechazo depende de la adhesión que se preste a esta doctrina. Por otro lado, no puede dudarse sobre la gran influencia que el análisis económico del derecho ha tenido en la decisión. De cualquier modo, no puede decirse que el tribunal ha ignorado sus precedentes pues, en definitiva, ratificó la doctrina sentada en 1990 en “Powell y Rainer c/ Reino Unido”.

## **IX. “Moreno Gómez c/ España” (16/11/04) <sup>46</sup>**

### *IX.1. Los hechos*

La señora Moreno Gómez se quejó de la pasividad de las autoridades de Valencia por no poner fin a los alborotos nocturnos producidos desde las 10 de la noche hasta las 6.30 de la madrugada, causados por más de 127 salas de fiesta; sostenía que la autoridad local era culpable de la saturación acústica por haber expedido licencias de manera ilimitada, sin adoptar las medidas necesarias para adaptarse a la ley. Por su parte, el gobierno argumentaba que los ruidos provienen de actividades privadas y, por lo tanto, no ha habido injerencia del poder público en el derecho a la intimidad del domicilio y a la vida privada y familiar; asimismo, dijo que el Ayuntamiento había adoptado ciertas medidas con el fin de corregir el problema de la contaminación acústica.

### *IX.2. La decisión*

La condena a España sigue la siguiente línea argumental:

a) Conforme el art. 8º del Convenio, y la jurisprudencia interpretativa del tribunal, toda persona tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no sólo como el derecho a un simple espacio físico, sino también a disfrutar, con toda tranquilidad, de dicho espacio. Atentar contra el derecho al respeto del domicilio no supone sólo una vulneración material o corporal, como la entrada en el domicilio de una persona no autorizada, sino también una vulneración inmaterial o incorporeal, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias.

b) Aunque el art. 8º tiene por objeto principal prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede implicar la obligación de éstos de tomar medidas que traten de respetar los derechos garantizados hasta en las relaciones entre los propios individuos. Los principios a aplicar son parecidos, se analice la cuestión desde la perspectiva de las obligaciones positivas o de las prohibiciones al Estado de tener injerencia por actos positivos.

En el asunto a resolver se trata de la inactividad de las autoridades públicas para hacer cesar la violación a los derechos de la peticionante, causada por terceras personas. Se constata que la demandante vive en una zona en la que el ruido nocturno es innegable, lo que evidentemente perturba la vida cotidiana de la demandante, sobre todo, el fin de semana; por lo tanto, es necesario examinar si los agentes contaminantes sonoros rebasaron el umbral mínimo de gravedad para constituir una violación del art. 8º.

c) Los tribunales internos han sido excesivamente formalistas al sostener que la demandante no probó el nivel de los ruidos, pues el propio Ayuntamiento calificó a la zona como “acústicamente saturada”, y según una ordenanza municipal que data de 1986, merece ese calificativo una “zona que sufre un impacto sonoro elevado que constituye una fuente de agresión importante para sus habitantes”. No parece necesario exigir a alguien que habita en una zona acústicamente saturada la

prueba de algo que es conocido y oficial para la autoridad municipal.

d) Es verdad que la administración municipal de Valencia aprobó medidas, en principio, adecuadas con el fin de respetar los derechos de la peticionante, pero durante el período en cuestión, la administración toleró el incumplimiento reiterado de la regulación que ella misma había establecido. Una regulación para proteger los derechos garantizados sería una medida ilusoria si no se cumple de forma constante; conforme la jurisprudencia constante del tribunal, es su misión que los derechos concretos tengan efecto, siendo insuficiente una protección teórica o ilusoria.

## **X. “Öçkan y otros c/ Turquía” (13/9/06)**

### *X.1. Los hechos*

Un gran número de personas (más de trescientas) se presenta en un proceso colectivo; se quejan de que el gobierno turco ha autorizado la explotación de una mina de oro en Ovacik, lugar muy cercano a sus residencias.

Durante el procedimiento de determinación de impacto ambiental, se realiza una audiencia pública; los participantes denuncian que esa explotación requiere la utilización de explosivos y de cianuro de sodio y destruirá árboles y diversas especies naturales. El estudio demora 27 meses y, a su término, finalmente, se otorga autorización para funcionar a esa explotación minera.

Se interpone recurso administrativo de anulación a través del cual se insiste en denunciar contaminación del agua y destrucción de la flora y de la fauna. El recurso de nulidad es rechazado. Los quejosos recurren al Consejo de Estado órgano independiente quien finalmente anula la autorización y dispone el cierre de la explotación.

Paralelamente, el ministro del área encarga al Instituto de Investigaciones científicas y técnicas un estudio sobre el eventual impacto del uso del cianuro en la explotación de la mina de oro. El dictamen final de ese organismo afirma que los riesgos verificados por el Consejo de Estado han sido notoriamente disminuidos a la fecha de ese informe y que los riesgos de impacto sobre el ecosistema, según criterios científicos, son muy inferiores al nivel aceptable. Con apoyo en ese dictamen, en el 2002, el Consejo de Ministros dicta una resolución que autoriza la continuación de la actividad minera. Esa decisión no se notifica ni se publicita a los denunciantes.

Conocida esa resolución, los vecinos interponen recurso de anulación ante el Consejo de Estado. En el 2004, la prefectura de Izmir (con competencia administrativa en la zona) ordena la cesación de la explotación de la mina.

Sin embargo, en el mismo año, el Ministerio del Ambiente informa a la empresa que el estudio final de impacto ambiental por ella presentado ha tenido acogida favorable por lo que la explotación puede seguir adelante.

### *X.2. El procedimiento ante al Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Los vecinos denuncian los hechos relatados. Recuerdan un procedimiento similar por la explotación de la misma mina, comenzado en 1999 y concluido por ante ese tribunal en el 2004.

El tribunal entiende que debe abordar separadamente la cuestión procesal y la de fondo.

a) Respecto del procedimiento argumenta:

Cuando se tratan cuestiones complejas de política ambiental y económica, el proceso de

decisión debe estar basado en la realización de investigaciones y estudios apropiados, de manera de prevenir y evaluar, desde el inicio, los efectos de las actividades que pueden impactar el ambiente y los derechos de los individuos y, de este modo, establecer un justo equilibrio entre los diversos intereses en juego.

El público debe tener *acceso* a las conclusiones de estos estudios y de otras informaciones que le permitan *evaluar el peligro al cual se expone*.

Además, los sujetos implicados deben contar con *recursos judiciales* contra toda decisión, acto u omisión que los afecte.

En el caso, la última decisión del Ministerio se tomó después de un largo proceso; la inusitada dilación de este procedimiento obedeció a la resistencia de la Administración a someterse a las decisiones judiciales. Esa conducta no puede ser tolerada desde la perspectiva de los derechos consagrados por la Convención Europea. Enfáticamente, la Corte “recuerda que la Administración constituye un elemento del Estado de derecho cuyo interés se identifica con el de la buena administración de la Justicia; si la administración se rehúsa, omite o tarda en ejecutar las decisiones, las garantías que beneficiaron al justiciable durante la fase judicial pierden toda su razón de ser”.

También violó el derecho a la garantía jurisdiccional, la autorización del Consejo de Ministros, tomada a través de una decisión administrativa que no se hizo pública.

### *X.3. La decisión*

La Corte concluye que hay violación al art. 8° (antes reseñado) y al art. 6°, que asegura el acceso a un procedimiento dirigido por un juez independiente, sin dilaciones indebida y que arribe a una decisión equitativa.

Concluye indemnizando a cada uno de los denunciantes con la suma de 3000 € por daño moral a cada uno y 5000 € por gastos, en total.

## **XI. “Ledyayeva, Dobrokhotova, Zolotareva y Romashina c/ Rusia” (26/3/07)**

### *XI.1. Los hechos*

Los denunciantes (cada uno de ellos en un expediente diferente, luego acumulados, iniciados entre agosto y octubre de 1999) son cuatro habitantes de Cherepovets, un importante centro de producción de acero, ubicado a 300 km. al noreste de Moscú, en la región de Vologda. La planta fue construida en 1950, durante el régimen socialista; era, pues, propiedad del Estado; aún hoy es la más grande y, a su vez, la más contaminante de Rusia.

Desde 1970 se vienen instrumentado planes para disminuir la contaminación, sin demasiado éxito; está acreditado que la concentración de sustancias peligrosas en áreas residenciales cercanas a este establecimiento está muy por encima de los niveles seguros, tal como están definidos en la legislación interna

En 1993 se privatizó.

Con posterioridad, el municipio delimitó una zona de seguridad o sanidad que, teóricamente separaba la zona industrial de la zona residencial; sin embargo, muchas viviendas quedaron dentro de esa zona; en diversas ocasiones, nuevos actos administrativos han modificado esa zona llamada

de seguridad; un recurso jurisdiccional anuló la decisión municipal. Los recurrentes viven en esa zona delimitada, luego anulada. Reclamaron los daños sufridos por la contaminación.

### *XI.2. Un precedente*

La contaminación provocada por este centro de producción del acero es una situación conocida por el tribunal; en el caso “Fadeyeva c/ Russia”, el 30/11/05, se condenó al Estado ruso por el daño causado por la contaminación.

### *XI.3. Una nueva condena*

La sentencia bajo comentario valora nueva prueba rendida en este juicio que acredita que la contaminación producida por el establecimiento afecta la salud pública, incrementa el riesgo de cáncer y de enfermedades respiratorias y cardíacas; como consecuencia, condena al Estado por no haber tomado todas las medidas necesarias para evitar esos niveles de contaminación.

En definitiva, manda pagar a cada uno de los denunciados sumas que oscilan entre los 1.500 y 8.000 euros y restitución de las costas.

## **XII. Un camino abierto en la República Argentina**

Evidentemente, la incorporación en la Constitución Nacional 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 la decidida acción de varias asociaciones protectoras del medio ambiente <sup>47</sup>, han significado un decidido avance para la efectividad de tal derecho. Algunas sentencias comienzan a vincularlo con el derecho individual a no sufrir injerencias en el ámbito familiar por vía de las inmisiones sonoras. En este sentido, marca un hito importante una sentencia del 3/10/03 de la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativa de la ciudad de Buenos Aires, que acogió una acción de amparo, y ordenó al concesionario vial de una autopista y al gobierno de la ciudad de Buenos Aires, presentar un estudio técnico de impacto ambiental y un plan de adecuación ambiental especificando niveles de ruido en el espacio público, y en el interior de las viviendas y edificios, así como soluciones técnicas para reducir tales niveles <sup>48</sup>.

## **XIII. Conclusiones provisionales**

La teoría de los derechos humanos (a través del derecho a la vida íntima y familiar y a la inviolabilidad del domicilio), se ha convertido en el marco ampliado de la defensa de las personas contra la contaminación ambiental <sup>49</sup>.

A no dudarlo, se trata de un importante giro que traslada la temática de las inmisiones del campo de la concepción patrimonialista, al que ubica a la persona humana, en sí misma, en el centro de la protección.

Aunque así no fuese, lo cierto es que esta nueva visión fortalece notablemente las vías privadas

o civiles tradicionales, desde que el juez debe aplicarlas a la luz de estos nuevos principios superiores<sup>50</sup>.

De cualquier modo, se trata de un derecho de naturaleza compleja, que exige una aproximación multidisciplinar y, consecuentemente, la consideración de elementos políticos, económicos, sociales, estructurales, pedagógicos, etc.<sup>51</sup>. Consecuentemente, esta nueva perspectiva encuentra su límite en el principio de proporcionalidad, que exige que no sólo se traspase el umbral de lo tolerable, de la normalidad, sino que se rompa el justo equilibrio entre el bienestar económico de la colectividad y el goce efectivo del derecho al domicilio, a la vivienda, a la vida íntima y familiar.

## Notas

\* Me he referido a este tema en mi artículo: “Las inmisiones en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”, Rev. Derecho de Daños, 2005-2-59. En esta oportunidad agrego algunas sentencias posteriores al 2005.

\*\* Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Compulsar Alexandre CATALA I BAS, “Comentario introductorio a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 27/10/1994. Caso ‘Kroon y otros c/ Países Bajos’”, Rev. General del Derecho, año LIII, N° 632, mayo de 1997, pág. 5361.

<sup>2</sup> Compulsar Stéphane BRACONNIER, “Le droit au respect de la vie familiale des étrangers non mariés dans le contentieux de la reconduite à la frontière”, Recueil Dalloz, 1997, pág. Jurisprudence-528.

<sup>3</sup> Compulsar, entre muchos, Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l’homme*, 2ª ed., París, Puf, 1995, N° 149, pág. 206; Michele DE SALVIA, “Droits et devoirs en matière d’environnement selon la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Les nouveaux droits de l’homme en Europe*, Bruselas, Bruylant, 1999, pág. 253.

<sup>4</sup> Todas las decisiones que se citan en el texto pueden ser compulsadas en la página web del tribunal ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)) en inglés o en francés.

<sup>5</sup> No se trata del primer planteo de este tipo en la República Argentina. La misma visión aparece en el capítulo III de la obra de Nelson COSSARI, *Daños por molestias intolerables entre vecinos. Exceso de la normal tolerancia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006. Dejo de lado la riquísima jurisprudencia sobre el derecho al medio ambiente que no se vincula a vivienda, como son todos los casos de denuncias por los daños nucleares y otros riesgos intolerables.

<sup>6</sup> Para la influencia de los derechos humanos sobre el derecho de propiedad, ver F. MACÍAS, “L’influence de la convention européenne des droits de l’homme sur le droit de propriété”, en *European Review of Private Law*, vol. 2, N° 12, 1994, pág. 47; Javier BARNÉS, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la propiedad privada”, en Barnés, J. (coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*, Madrid, Tecnos, pág. 124.

<sup>7</sup> Alexandre CATALA I BAS, “El derecho al respeto del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Rev. General de Derecho, año LIII, N° 631, abril 1997, pág. 3621.

<sup>8</sup> El *leading case* citado muestra claramente este doble perfil: el régimen sucesorio belga (que, al igual que el francés y el argentino de la época de Vélez, negaba derecho sucesorio al nieto extramatrimonial de hijo extramatrimonial), violaba el derecho a la vida familiar desde que una relación parental extremadamente próxima, precedida de relaciones fácticas igualmente fuertes (abuelo-nieta), era desconocida por el legislador; o sea, el Estado belga no había tomado las medidas necesarias para que esas relaciones parentales, que hacen a la vida familiar, fuesen efectivamente reconocidas.

<sup>9</sup> Frédéric SUDRE, “La protection du droit à l’environnement par la Convention Européenne des droits de l’homme”, en Jean Claude MASCKET (sous la direction de), *La Communauté européenne et l’environnement*, París, La documentation française, 1997, pág. 213.

<sup>10</sup> Frédéric SUDRE, “La protection du droit à l’environnement par la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en Sandrine Maljean Dubois (sous la direction de), *Les Nations Unies et la protection de l’environnement: la promotion d’un développement durable*, París, Pedone, 1999, pág. 139. Una posición análoga empieza a tomar el Tribunal Constitucional español (ver referencias en José M. ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, “La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica. Nuevas perspectivas de los derechos fundamentales”, Rev. Jurídica española L.L. 2001-7-D-271, pág. 1577).

<sup>11</sup> Frédéric SUDRE, “La protection du droit à l’environnement par la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en Jean Claude Mascket (sous la direction de), *La Communauté européenne et l’environnement*, París, La documentation française, 1997, pág. 214.

<sup>12</sup> “Paulik v/ Slovakia”, 10/1/07.

<sup>13</sup> Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, “Ruido nocturno e insomnio: los derechos a la vida privada y familiar y al respeto del domicilio frente al interés general de los vuelos de aviones durante la noche”, en Rev. Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, N° 64, pág. 250.

<sup>14</sup> Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, “Ruido nocturno e insomnio:...” cit., N° 64, pág. 251.

<sup>15</sup> Liliana VALIÑA, “El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en obra colectiva coordinada por Abregú-Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Cels-del Puerto, 1997, pág. 179.

<sup>16</sup> J.A. CARRILLO DONAIRE y R. GALÁN VIOQUE, “¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto ‘López Ostra c/ España’”, Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, 1995, pág. 278.

<sup>17</sup> La visión del derecho ambiental desde la óptica de los derechos humanos está bastante extendida en la doctrina. Ver, a vía de ej., Santiago FELGUERAS, *Derechos humanos y medio ambiente*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996; Fernando MARIÑO MENÉNDEZ, “El derecho internacional del medio ambiente y el desarrollo y la protección de los derechos humanos”, en Rev. Derechos y Libertades, Madrid, Universidad Carlos III, año I, 1993, N° 1, pág. 285. Con alguna frecuencia, también el derecho de dominio comienza a ser objeto de tratamiento desde la óptica del derecho ambiental. Compulsar, M. FALQUE et M. MASSENET, *Droits de propriété et environnement* (sous la direction de), Paris, Dalloz, 1997. Las sentencias que comento a lo largo del artículo han traído nuevas reflexiones sobre las conexiones entre el derecho al ambiente, el derecho a la propiedad, y el derecho a la vida íntima y familiar (ver Omar BOUAZZA ARIÑO, “Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Rev. de Administración Pública, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, N° 160, pág. 175). Este artículo comenta la interesantísima sentencia “Coster c/ Reino Unido”, del 18/1/2001, vinculada al derecho a la vida familiar de los gitanos y los inconvenientes urbanísticos generados por las caravanas, desde que los miembros de estas minorías no logran acostumbrarse a vivir en lugares cerrados. Excluyo el tratamiento de estas decisiones porque no abordan la cuestión que motiva estas líneas, o sea, el derecho al ambiente sano.

<sup>18</sup> La sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios. Ver, entre otros, Jean Pierre MARGUÉNAUD, “Les troubles de voisinage combattus par le droit au respect du domicile et de la vie privée”, RTD Civil, 1996-2-avril-juin 1996, pág. 507; Maguelonne DÉJEANT-PONS, “Le droit de l’homme à l’environnement et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales”, en *Liber amicorum Marc André Eissen*, Bruselas, Bruylant, 1995, págs. 85 y 93; Joan EGEA FERNÁNDEZ, “Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio. A propósito de la sentencia del TEDH del 9/12/1994”, en *Derecho privado y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pág. 323; Juan Manuel de FARAMIÑAN GILBERT, “El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la protección del medio ambiente”, L.L. 1995-E-1135; Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, “El derecho humano al medio ambiente: algunas reflexiones en torno a su concretización”, en Rev. Derechos y Libertades, Madrid, Universidad Carlos III, año IV, 1999, N° 7, pág. 241 y ss.; Susana ALBANESE, *Derechos Humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas*, Buenos Aires, Belgrano, 1997, t. II, pág. 449. A partir de la pág. 579 se transcribe enteramente la decisión; J.A. CARRILLO DONAIRE, y R. GALÁN VIOQUE, “¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto ‘López Ostra c/ España’”, Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, 1995, pág. 271; Alexandre CATALA I BAS, “El derecho al respeto del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Rev. General de Derecho, año LIII, N° 631, 1997, pág. 3621; Luis JIMENA QUESADA y B. TOMÁS MALLÉN, “El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Rev. General de Derecho, año LII, N° 618, marzo 1996, pág. 2151; a partir de la pág. 2165 se encuentra texto completo de la decisión; M. JOSÉ BANDRES SÁNCHEZ CRUZAT, *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 74; José M. BAÑO LEÓN, “La tutela judicial del medio ambiente y la defensa de los intereses municipales”, en Esteve Pardo, José (coordinador), *Derecho del medio ambiente y administración local*, Madrid, Civitas - Diputación de Barcelona, 1996, pág. 623; Encarna GARCÍA JIMÉNEZ, “El derecho humano a un medio ambiente sano. A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto ‘López Ostra c/ España’”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. José R. Casabó Ruiz*, Valencia, Universitat de Valencia, 1997, t. I, pág. 825.

<sup>19</sup> Art. 3º: Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

<sup>20</sup> Frédéric SUDRE, “La protection du droit à l’environnement par la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en Jean Claude Masclet (sous la direction de), *La Communauté européenne et l’environnement*, Paris, La documentation française, 1997, pág. 219; J.A. CARRILLO DONAIRE, y R. GALÁN VIOQUE., “¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto ‘López Ostra c/España’”, Civitas, Revista española de Derecho Administrativo, 1995, pág. 277

<sup>21</sup> Susana ALBANESE, *Derechos Humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas*, Buenos Aires, Belgrano, 1997, t. II, pág. 451. Los autores españoles enseñan que el 9/12/1994, día en que se hizo pública la sentencia López Ostra, España fue condenada en otras dos decisiones, por violación al proceso justo. De allí que se lo señale como un “martes negro”, sobre todo, si se tiene en consideración que en trece años sólo se habían producido seis pronunciamientos condenatorios (Luis JIMENA QUESADA y B. TOMÁS MALLÉN, “El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Rev. General de Derecho, año LII, N° 618, marzo 1996, pág. 2160; J.A. CARRILLO DONAIRE y R. GALÁN VIOQUE, “¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto ‘López Ostra c/ España’”, Civitas, Revista española de Derecho Administrativo, 1995, pág. 271).

<sup>22</sup> Luis JIMENA QUESADA y B. TOMÁS MALLÉN, “El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Rev. General de Derecho, año LII, N° 618, marzo 1996, pág. 2159.

<sup>23</sup> José M. BANDRES SÁNCHEZ CRUZAT, *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 75.

<sup>24</sup> Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, “El derecho humano al medio ambiente: algunas reflexiones en torno a su concretización”, en *Rev. Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III, año IV, 1999, N° 7, pág. 241.

<sup>25</sup> Michele DE SALVIA, “Droits et devoirs en matière d’environnement selon la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Les nouveaux droits de l’homme en Europe*, Bruselas, Bruylant, 1999, pág. 256.

<sup>26</sup> J.A. CARRILLO DONAIRE y R. GALÁN VIOQUE, “¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto ‘López Ostra c/ España’”, Civitas, *Revista española de Derecho Administrativo*, 1995, pág. 277.

<sup>27</sup> O sea, el Tribunal Constitucional adhirió a una visión estricta del derecho a la inviolabilidad del domicilio (Joan EGEA FERNÁNDEZ, “Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio. A propósito de la sentencia del TEDH del 9/12/1994”, en *Derecho privado y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pág. 332 ). Sin embargo, la visión amplia había sido recogida en la decisión del Tribunal Constitucional español N° 22/1984, voto del ponente Luis Díez Picazo (compulsar María del Rosario DÍAZ ROMERO, *La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones*, Madrid, Civitas, 2003, pág. 165).

<sup>28</sup> Así la califica Frédéric SUDRE, “La protection du droit à l’environnement par la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en Jean Claude Masclat (sous la direction de), *La Communauté européenne et l’environnement*, París, *La documentation française*, 1997, pág. 209. Otros autores recuerdan los casos, originariamente rechazados por la Comisión, ante la omisión de este derecho en el listado de los derechos expresamente enunciados (Carlo RUSSO, “Le droit de l’environnement dans les décisions de la Commission des droits de l’homme et dans la jurisprudence de la Cour européenne”, en *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruselas, Bruylant, 1998, pág. 635 y ss.). Se afirma que el conocimiento de los problemas ambientales por el sistema de Estrasburgo se remonta a los años setenta; en el asunto “X e Y c/ República Federal de Alemania” (1976) una asociación ecologista denunció las prácticas militares que se realizaban en unas zonas pantanosas cercanas a la localidad donde vivían los miembros de la asociación, provocándoles, según los denunciantes, un menoscabo en sus derechos a la vida (art. 2º) y a la libertad (art. 5º) violándose la prohibición de la tortura (art. 3º); la Comisión no admitió la denuncia alegando que el Convenio no reconocía expresamente el derecho a la conservación de la naturaleza (Omar BOUAZZA ARIÑO, “Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Rev. de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, N° 160, pág. 167).

<sup>29</sup> Así la califican dos autores españoles que, en definitiva, aprueban la solución, pero sostienen que la sentencia implica una peligrosa sombra de incertidumbre al contenido del derecho reconocido por el art. 18.2 de la Constitución española; de cualquier modo, reconocen que la sentencia refleja claramente las deficiencias del sistema español de protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Concretamente afirman: “El aterrizaje de la señora López Ostra ante los órganos del Convenio ha venido en buena medida provocado por la artificiosidad del sistema español de protección jurisdiccional de derechos fundamentales” (J.A. CARRILLO DONAIRE y R. GALÁN VIOQUE, “¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto ‘López Ostra c/ España’”, Civitas, *Revista española de Derecho Administrativo*, 1995, págs. 272 y 282).

<sup>30</sup> Juan Manuel de FARAMIÑAN GILBERT, “El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la protección del medio ambiente”, L.L. 1995-E-1135.

<sup>31</sup> Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, “El derecho humano al medio ambiente: algunas reflexiones en torno a su concretización”, en *Rev. Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III, año IV, 1999, N° 7, pág. 249.

<sup>32</sup> Joan EGEA FERNÁNDEZ, “Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio. A propósito de la sentencia del TEDH del 9/12/1994”, en *Derecho privado y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pág. 332.

<sup>33</sup> Dean SPIELMANN, “Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention”, en Frédéric SUDRE, *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 1998, pág. 133.

<sup>34</sup> J.A. CARRILLO DONAIRE y R. GALÁN VIOQUE, “¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? Comentario en torno al asunto ‘López Ostra c/ España’”, Civitas, *Revista española de Derecho Administrativo*, 1995, pág. 285.

<sup>35</sup> Joan EGEA FERNÁNDEZ, “Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio. A propósito de la sentencia del TEDH del 9/12/1994”, en *Derecho privado y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pág. 349.

<sup>36</sup> El texto en español se reproduce en *Rev. General de Derecho*, año LV, N° 663, diciembre 1999, pág. 14311. Un resumen en francés con comentario sin título de Jean F. RENUCCI, se publica en *Recueil Dalloz*, N° 41, 19/11/1998, sommaires comentés pág. 369 y ss. Una síntesis en italiano se encuentra en *Responsabilità civile e previdenza*, 2001, vol. LXVI, pág. 679. Ver, entre otros, comentario de Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, “El derecho humano al medio ambiente: algunas reflexiones en torno a su concretización”, en *Rev. Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III, año IV, 1999, N° 7, pág. 243. El texto completo en italiano, con nota sin título de G. Sabeono se publica en *Il Foro Italiano*, anno CXXIV, N° 7/8, 1999, pág. 281, parte IV-12.

<sup>37</sup> El art. 10 del Convenio dispone: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras... El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previas por la ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial”.

<sup>38</sup> Ver comentario de esta decisión de Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, “Ruido nocturno e insomnio: los derechos a la vida privada y familiar y al respeto del domicilio frente al interés general de los vuelos de aviones durante la noche”, en Rev. Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, N° 64, pág. 239.

<sup>39</sup> Ver comentario de Francis HAUMONT, “L’absence de statut spécial aux droits environnementaux de l’homme”, en Recueil Dalloz, 2003, N° 33, pág. 2273.

<sup>40</sup> Cit. por Luis JIMENA QUESADA y B. TOMÁS MALLÉN, “El derecho al medio ambiente en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Rev. General de Derecho, año LII, N° 618, marzo 1996, pág. 2154.

<sup>41</sup> Frédéric SUDRE, “La protection du droit à l’environnement par la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en Jean Claude MASCLÉ (sous la direction de), *La Communauté européenne et l’environnement*, París, *La documentation française*, 1997, pág. 212; De Michele SALVIA, “Droits et devoirs en matière d’environnement selon la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Les nouveaux droits de l’homme en Europe*, Bruselas, Bruylant, 1999, pág. 257.

<sup>42</sup> Cit. por Maguelonne DÉJEANT-PONS, “Le droit de l’homme à l’environnement et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales”, en *Liber amicorum Marc André Eissen*, Bruselas, Bruylant, 1995, págs. 87/88.

<sup>43</sup> Maguelonne DÉJEANT-PONS, “Le droit de l’homme à l’environnement et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales”, en *Liber amicorum Marc André Eissen*, Bruselas, Bruylant, 1995, pág. 89/90; Carlo RUSSO, “Le droit de l’environnement dans les décisions de la Commission des droits de l’homme et dans la jurisprudence de la Cour européenne”, en *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruselas, Bruylant, 1998, pág. 639. Por las razones expuestas en el texto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cita el caso “Powell” en apoyo de su decisión del 21/10/1999 en la que rechazó la petición de más de 5.000 vecinos del barrio cercano al Aeropuerto de Barcelona. Sostuvo que en el caso sometido a decisión, al igual que en “Powell”, y a diferencia de que lo aconteció en López Ostra, la cuestión era verificar la eficacia de las medidas administrativas y técnicas tomadas por el Estado denunciado para inspeccionar y reducir el ruido de los aviones (ver Rev. General de Derecho, año LVI, N° 664/665, enero-febrero 2000, pág. 851).

<sup>44</sup> Frédéric SUDRE, “La protection du droit à l’environnement par la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en Jean Claude MASCLÉ (sous la direction de), “La Communauté européenne et l’environnement”, París, *La documentation française*, 1997, pág. 212.; José M. ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, “La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica. Nuevas perspectivas de los derechos fundamentales”, Rev. Jurídica española L.L. 2001-7-D-271.

<sup>45</sup> Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, “Ruido nocturno e insomnio: los derechos a la vida privada y familiar y al respeto del domicilio frente al interés general de los vuelos de aviones durante la noche”, en Rev. Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, N° 64, pág. 246

<sup>46</sup> Las partes esenciales de la sentencia se reproducen, en español, en Actualidad Jurídica Aranzadi, año XVI, N° 652, 13/1/05, pág. 10. En páginas 6/7 se encuentra un breve comentario de Manuel PULIDO QUEVEDO, “Un nuevo enfoque jurisprudencial en el enjuiciamiento de la lesión por ruido medioambiental”.

<sup>47</sup> Compulsar Beatriz KOHEN (a cargo de) *El ambiente en la justicia*, Buenos Aires, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), 2002. La preocupación por la eficacia del derecho humano al medio ambiente está en el centro de muchas iniciativas científicas (ver, a vía de ej., A. POSTIGLIONE (a cura di), *Giurisdizione e controllo per l’effettività del diritto umano all’ambiente*, Nápoles, Scientifich Italiane, 2001).

<sup>48</sup> E.D. 210-547; ver comentarios de esta sentencia de José ESAÍN, “Ruidos molestos generados por el tránsito en una autopista. Ejecución de la sentencia ambiental y la justicia cumpliendo roles de la administración omisiva”, L.L. 2004-C-1019, y de Néstor CAFFERATTA, “Ruido excesivo en autopistas”, en Doc. Jud. 2004-2-250.

<sup>49</sup> José M. ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, “La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica. Nuevas perspectivas de los derechos fundamentales”, Rev. Jurídica española L.L. 2001-7-D-271.

<sup>50</sup> María del Rosario DÍAZ ROMERO, *La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones*, Madrid, Civitas, 2003, pág. 169.

<sup>51</sup> Encarna GARCÍA JIMÉNEZ, “El derecho humano a un medio ambiente sano. A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto ‘López Ostra c/ España’”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. José R. Casabó Ruiz*, Valencia, Universitat de Valencia, 1997, t. I, pág. 835. Por eso, la doctrina se ha preguntado si el derecho humano al medio ambiente es un *hard right* o un *soft right* (Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, “El derecho humano al medio ambiente: algunas reflexiones en torno a su concretización”, en Rev. Derechos y Libertades, Madrid, Universidad Carlos III, año IV, 1999, N° 7, pág. 237).

# RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL

por RAMÓN DANIEL PIZARRO\*

**SUMARIO:** I. El ambiente. II. El ambiente, su degradación y las puertas del Apocalipsis. III. Economía, ambiente y desarrollo sustentable. IV. Consignas irrenunciables. V. Carácter científicamente multidisciplinario de la cuestión que nos ocupa. VI. El derecho ambiental. a. Concepto. b. Caracteres. VII. El derecho frente al daño ambiental. VIII. La noción de daño ambiental. IX. Los presupuestos de la responsabilidad civil en el daño ambiental. X. La responsabilidad por daño ambiental en la ley 25.675 (LGA). Nociones básicas. XI. La responsabilidad por riesgo en la ley 25.612 de gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios. Nociones generales. XII. La reparación del daño ambiental. XIII. Seguro obligatorio. XIV. Desmantelamiento del ilícito ambiental lucrativo.

## I. El ambiente

Se entiende por ambiente “*la sistematización de distintos valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un momento y espacio determinados la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inertes, en conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes recursos*” (Mosset Iturraspe).

Se trata de una noción amplia, que incluye en su texto no sólo a los recursos naturales y ecosistemas, sino también a los bienes o valores colectivos, patrimonio histórico y cultural, en un todo de acuerdo con los lineamientos que traza la Constitución Nacional (art. 41).

La noción de ambiente no se reduce estrictamente a lo físico, a las relaciones que se establecen entre los seres vivos y el medio en el que habitan, sino que también se proyecta al elemento cultural como integrativo del concepto. Plasma, de tal modo, un complejo de bienes naturales y culturales, relevantes para la calidad de vida, a los que están ligados intereses difusos e individuales.

La *biosfera* es el elemento natural del ambiente, el medio en el cual aparece el hombre y los demás seres vivos, y constituye el componente primero que condiciona su existencia como ser físico. Está constituida por la capa de suelo, de agua y de aire que rodea al planeta.

En el estudio de las interrelaciones entre los seres vivos y el medio ambiente en el que viven, se diferencian unidades compuestas por elementos *bióticos* (seres vivos) y *abióticos* (suelo, clima, agua, etc.) que mantienen múltiples relaciones entre sí y que, muchas veces, se hallan escasamente vinculadas a otras unidades con las que limitan. Se denominan *ecosistemas* y registran en su seno procesos de transformación, tanto de materia como de energía. La ecología es, precisamente, la ciencia que estudia estos ecosistemas.

Un ecosistema no es otra cosa que una comunidad de seres vivos que habitan un determinado ambiente, integrado por tres grandes categorías: los *productores* (constituidos en su mayor parte por plantas fotosintéticas, que son los encargados de fijar para su transformación el carbono inorgánico y la energía que aporta el sol), los *consumidores* (que se sirven de la materia orgánica generada por aquellos y son en su totalidad animales); y, finalmente, los *degradadores* (hongos, bacterias) que aprovechan los desechos originados por los consumidores. El medio marino ocupa un lugar preponderante pues su volumen en el conjunto de la biosfera es proporcionalmente superior, a punto de generar aproximadamente las dos terceras partes de la fotosíntesis de aquella.

Cada ecosistema tiene diferentes “nichos ecológicos”, terminología bajo la cual se denominan las funciones desempeñadas por un determinado organismo, según sus posibilidades de alimento,

cobijo y medios para su reproducción. Cuando dos o más especies comparten el mismo nicho ecológico, compiten por él, dando lugar a especies capaces de sobrevivir en una gran diversidad de condiciones y de otras que sólo pueden hacerlo dentro de límites estrechos y parecidos. Es la naturaleza la que debe regular estos procesos, sutil y equilibradamente.

Los denominados factores abióticos de un ecosistema tienen también importancia relevante para la preservación de dicho equilibrio, pues toda variación en éstos, produce cambios drásticos físicos y químicos, en relación de causa a efecto. Un clima concreto, a manera de ejemplo, establece límites precisos para los tipos de plantas y animales que puedan vivir en él y para aquellos que no pueden hacerlo. Pero de manera recíproca, los organismos vivos modifican también el clima.

Los factores abióticos de primer orden son tres: temperatura, luz y suelo. No obstante ello, se admiten y diferencian muchos otros, entre los que cabe mencionar, el agua, los aspectos de los condicionamientos climáticos que exceden el ámbito de las temperaturas, el aire, etc..

La importancia de la temperatura deviene, entre otras cosas, por el hecho de que el metabolismo de los seres vivos y el conjunto de reacciones químicas que en ellos tienen lugar, dependen de modo muy importante de aquella. Dentro de los límites de temperatura en los que un organismo puede vivir, la actividad metabólica aumenta en relación directa con esta última.

La energía que mantiene el flujo de todo ecosistema es aportada por la luz solar. Su importancia es decisiva, inclusive en el mar, donde la radiación luminosa sólo alcanza los doscientos metros de profundidad. La fotoperiodicidad, que regula las modificaciones de intensidad de luz durante el día y la noche, controla numerosos mecanismos fisiológicos de plantas y animales (v.gr., caída de hojas de algunas especies de árboles, comportamientos sexuales en ciertos animales, etc.).

Finalmente, el suelo y su estructura inciden en una gran medida sobre los organismos vivos que se asientan en su superficie y que se hallan debajo de ésta. La presencia o ausencia de factores minerales nutritivos para plantas y animales, la mayor acidez o alcalinidad, su mayor o menor aptitud para retener agua, su contenido en materia orgánica, etc., son factores determinantes y limitantes en este ámbito.

Como hemos dicho anteriormente, se suman a los factores abióticos de primer orden, otros de importancia, tales como el *agua*, que es un componente esencial para la vida y cuya cantidad necesaria a tal fin varía de un medio a otro. De allí que toda mutación significativa y perdurable de esa relación, por falta o exceso, causa modificaciones profundas en las condiciones de vida (Bustamante Alsina).

El *aire* aporta el oxígeno a los organismos vivos y el carbono a las plantas, indispensable para su existencia. Amén de ello, el gas carbónico contenido en la atmósfera es uno de los factores reguladores del clima mundial. En la atmósfera existen otros tipos de gases, en cantidades relativamente bajas, tales como el dióxido de carbono, el ozono, el vapor de agua y el metano. En las últimas décadas, la acción del hombre ha introducido nuevos elementos, de alto poder contaminante, particularmente aquellos que provienen de la combustión de hidrocarburos, de carbón y de metano, que asume niveles alarmantes en los tiempos que corren y que es la causa de uno de los problemas más graves que se plantean hoy a nivel ecológico: el efecto invernadero o de calentamiento de la tierra. Los rayos solares, tocan la superficie de la tierra, “rebotan” hacia la atmósfera y a causa de este efecto invernadero, vuelven hacia la Tierra, con inevitable incremento de la temperatura en la superficie.

Se incluyen también como factores abióticos computables los condicionamientos climáticos que exceden el ámbito de la temperatura (tal lo que sucede con los que produce la ruptura de la capa de ozono, etc.).

Conviene tener en cuenta que la adaptación de una especie al medio en que vive evidencia un proceso gradual y evolutivo. Se generan elementos de competencia entre las especies y entre

individuos de una misma unidad sistemática, orientada a aprovechar los recursos que el medio proporciona. Va de suyo que cualquier variación que proporcione una mejor adaptación de un individuo al medio ambiente, aunque sea pequeña, le proporciona una ventaja significativa favoreciendo su desarrollo y reproducción. De igual modo, aquellas mutaciones que afecten esa adaptación, pueden significar el efecto contrario y llevar, en algunos casos, a la extinción de ciertas especies.

Se comprende la gravedad e importancia que tienen, en el ámbito que nos ocupa, las actividades humanas que amenazan los procesos ecológicos y que nos colocan en el pórtico del daño ambiental. Bustamante Alsina menciona, entre ellas, a la alteración de los elementos minerales y orgánicos que empobrecen el sistema; a las perturbaciones físicas del ciclo hídrico, por la construcción de diques que afectan el régimen de aguas; la destrucción de capas vegetales en la superficie de la tierra que minora su fertilidad, el ciclo hídrico y la diversidad biológica; la introducción de especies animales exóticas que causa la desaparición de otras; la utilización de productos tóxicos, con aptitud para generar efectos dañosos a gran distancia y en tiempos prolongados; la destrucción de especies claves, predadores en la cúspide de la pirámide alimentaria; la prevención de ciclos de fenómenos naturales, como las inundaciones y los incendios, etc..

De igual modo, integran la noción jurídica de ambiente, los bienes y valores que hacen al patrimonio histórico, artístico, científico, cultural, paisajístico, edilicio y urbanístico de una comunidad, en cuanto son relevantes para la *calidad de vida* de las personas.

También aquí la depredación ha sido importante, sobre todo, en países de estructuras endebles, como el nuestro.

La preservación de dichos bienes y valores debe ser enérgicamente realizada, anteponiendo éstos ante toda tentación economicista, que antepone el lucro económico y personal por encima de los intereses comunitarios.

La Constitución de Brasil (art. 216) contiene una fórmula notable, que resume lo que debe ser la tutela del patrimonio cultural: “Constituyen el patrimonio cultural del Brasil, los bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o, en su conjunto, que hacen referencia a la identidad, la acción y la memoria de los diferentes grupos formadores de la identidad brasileña, entre los cuales se incluyen: I. las formas de expresión; II. los modos de producir, hacer o vivir; III. las creaciones científicas, artísticas y tecnológicas; IV. las obras, objetos, documentos, edificaciones y demás espacios destinados a las manifestaciones artísticas-culturales; V. los conjuntos urbanos, y los sitios de valor histórico, paisajístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico”.

## **II. El ambiente, su degradación y las puertas del Apocalipsis**

El comienzo del tercer milenio exhibe un panorama preocupante, signado por la grave, continua y creciente degradación del ambiente, provocado por agentes contaminantes que el hombre produce. Se compromete con ello la calidad de vida no sólo de las generaciones actuales sino también de las futuras.

El fuerte desarrollo económico descontrolado, acompañado de las profundas transformaciones en el plano tecnológico y social, ha traído aparejado costos ecológicos y ambientales muy elevados, que condenan a importantes sectores de la población mundial a la pobreza, la marginación, la desnutrición y las enfermedades. La contaminación del ambiente, la proliferación de desechos de distinta naturaleza, la rotura de la capa de ozono, la extinción de numerosas especies vegetales y animales, fruto de la depredación humana, son sólo algunas de las secuelas de este flagelo.

La indiferencia de los más poderosos -que enarbolan banderas economicistas a la hora de

atribuirse libertad e impunidad para contaminar, proclamando las bondades de un crecimiento industrial y tecnológico descontrolado- parece estar llegando a su fin, pues han terminado por darse cuenta que el flagelo que han creado se vuelve también sobre ellos. Es que nadie estará a salvo de la catástrofe ecológica que se avecina, si no se toma conciencia de la realidad y se adoptan medidas urgentes.

En los días que vivimos, el calentamiento global del planeta genera especial preocupación. Los cambios de los factores climáticos en la Tierra no son una novedad, pues se han producido a lo largo de miles de millones de años, fruto de fuerzas terrestres (actividad volcánica); otros han sido causados por fuerzas externas (v.gr., variaciones en la intensidad de la luz solar), etc. Sin embargo, la situación actual difiere sensiblemente en la causa de tal calentamiento global, desde el mismo momento en que muchos de los cambios climáticos más recientes son atribuidos a la actividad del hombre.

¿Qué es el calentamiento global?

Es el aumento en la temperatura del aire cercano a la superficie de la Tierra, operado en las últimas décadas. Se estima que la temperatura se incrementó en 0,74 grados centígrados durante el último siglo y que buena parte de ese incremento fue causado por un aumento de los gases con efecto invernadero. Dichos gases, presentes en la atmósfera, absorben la radiación infrarroja del sol, lo que permite aumentar la temperatura del planeta y hace posible la vida como la conocemos. Sin embargo, el hombre ha producido gases de ese tipo en exceso, a tal punto que las concentraciones atmosféricas de dióxido de carbono y metano han aumentado un 31% y un 149% respectivamente desde la revolución industrial, tomando como base al año 1750 y de acuerdo con estudios geológicos, no hay indicios de valores tan altos en los últimos 650.000 años.

Se estima que las tres cuartas partes de las emisiones de dióxido de carbono causadas por el hombre en los últimos veinte años son resultado de la utilización de combustibles fósiles y, en menor medida, en las emisiones de metano de países con fuerte agricultura, como China, India y Estados Unidos, entre otros, en tanto que buena parte de la restante, es producto de la deforestación, que determinó que solamente en la década de los noventa, las selvas tropicales hayan perdido entre 55.000 y 120.000 kilómetros cuadrados al año.

Un dato muestra la gravedad de la situación: parte del dióxido de carbono que se emite, es captado por los océanos, por la biosfera y los suelos, *y casi la mitad se está acumulando en la atmósfera*. Ello eleva las concentraciones, que se han incrementado en un treinta por ciento en los últimos ciento cincuenta años. La concentración de metano aumentó en un ciento cincuenta por ciento en el mismo periodo y el dióxido nitroso en un dieciséis por ciento, según datos de Greenpeace. Los *gases con efecto invernadero (GEI)* tienen un tiempo de vida en la atmósfera que va de aproximadamente quince años en el metano a cien años en el dióxido de carbono, y a doscientos noventa años en el caso del óxido nitroso. Para peor, las emisiones de los GEI tendrán un efecto acumulativo, por lo que sus mayores perjuicios se sentirán en el futuro.

Un estudio efectuado por el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático de la ONU estima que la concentración de dióxido de carbono en la atmósfera podría triplicarse y la temperatura promedio aumentar otros 6.4 grados centígrados para el año 2100. Pero incluso si los gases de efecto invernadero se estabilizaran en los niveles actuales, por la inercia climática del planeta, la temperatura aumentaría 0.9 grados centígrados en el mismo periodo.

El aumento de la temperatura global promedio posiblemente determine que algunas tierras que hasta ahora no eran cultivables, pasen a serlo y otras que sí lo eran, se vuelvan desérticas. Ello, paradójicamente, favorecería a algunos países desarrollados de zonas frías del hemisferio Norte y perjudicaría a países pobres de zonas tropicales, aunque aquellos son responsables de la mayor parte de las emisiones de gases de efecto invernadero.

Se teme, inclusive, que esto tenga consecuencias graves sobre la salud, ya que algunas enfermedades regionales, como el dengue, merced a estas mutaciones climáticas, empiezan a extender peligrosamente sus fronteras afectando a poblaciones que hasta ahora estaban al margen de dicho peligro.

Esto ha llevado a la suscripción de documentos internacionales de importancia, como el Protocolo de Kyoto de 1997, al que haremos referencia más adelante.

La problemática del cambio climático no se limita solamente a las emisiones de dióxido de carbono y los problemas energéticos que produce la insuficiente producción de energías renovables (que hoy sólo dan cuenta de un catorce por ciento de la producción mundial de energía, sumando la hidroeléctrica, la eólica, la solar, la marítima y la geotérmica). Otras de sus graves consecuencias del cambio climático las vemos en la erosión, salinización, desertificación y degradación del suelo. Mundialmente se pierden 20 millones de hectáreas agrícolas por degradación del suelo, efecto que en Argentina alcanza las 650.000 ha. por año. Si tenemos en cuenta la importancia que debe tener la producción agrícola y ganadera para nuestro crecimiento, las cifras son muy preocupantes.

El panorama inquietante no termina aquí. Otra consecuencia del desastre ecológico que vivimos se advierte en la preocupante escasez de agua y en su contaminación. Sólo el 25% del agua del planeta es dulce y de ella, un porcentual muy bajo es apto para el consumo. Millones de personas no tienen acceso a ella y miles mueren diariamente por ingerir aguas contaminadas.

Con la contaminación de las aguas y el calentamiento de la atmósfera, suelen formarse nubes de lluvias ácidas, particularmente en países de gran producción industrial, que contaminan las tierras, enferman los cultivos y los árboles, degradan los suelos y quebrantan la salud de la población.

El problema afecta cualitativamente a todos por igual, pues los recursos renovables y, con mayor razón, aquellos que no lo son, cuando se minoran inciden negativamente sobre toda la humanidad. Sin embargo, como siempre ocurre, asume mayor relieve en los países del tercer mundo, en donde todavía se nos quiere presentar como algo natural en los tiempos que corren, que la degradación del ambiente es el costo que se debe pagar para crecer y salir de la pobreza. Curiosa ilusión de dejar de ser menesterosos a costa de perder, quizás, lo más importante e indispensable que tenemos como sociedad: nuestro propio hábitat natural.

Por esa razón, habremos de circunscribirnos a formular algunas reflexiones de carácter general, vinculadas con el fenómeno resarcitorio en materia ambiental, condicionados por las limitaciones que nos impone nuestra perspectiva civilista, que es una de las tantas que procuran dar respuestas a esta problemática.

### **III. Economía, ambiente y desarrollo sustentable <sup>1</sup>**

Los modernos procedimientos industriales, científicos y tecnológicos, y el desarrollo económico incontrolado, desmedido y frecuentemente irracional, que los ha acompañado, han sido considerados las causas más significativas de contaminación ambiental.

Esto explica que se marque una contraposición entre economía y ambiente, y que se enarboles banderas extremas, que polarizan los enfoques de modo poco equilibrado e insatisfactorio.

La realidad que nos toca vivir y el futuro inquietante que se avecina requieren de soluciones más prudentes y sensatas, que armonicen mejor los relevantes intereses comprometidos. Los imperativos económicos, razonablemente ponderados, son esenciales para una comunidad moderna, porque sin ellos no hay crecimiento, ni posibilidad alguna de que la población acceda a niveles de vida deseables a esta altura del milenio. Pero sin un ambiente sano, lisa y llanamente, no habrá

calidad de vida y, peor aún, no habrá vida.

De allí que se proclame, razonablemente, la necesidad de buscar nuevos puntos de equilibrio que permitan un desarrollo económico razonable, con el menor impacto ambiental posible. Un desarrollo justo. Un desarrollo *sustentable* o *sostenible*. La solución -dice Basalú Parkinson- “*no está en enfrentar el desarrollo industrial, científico y tecnológico con el equilibrio ambiental, sino en buscar su armonía, de modo tal de satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias*”. El desarrollo sustentable supone un dinámico equilibrio entre el capital económico con los otros intereses y valores comprometidos, que hacen al ambiente y a la calidad de vida de las generaciones actuales y futuras. O, lo que es igual, “mejorar la calidad de vida humana sin rebasar la capacidad de carga de los ecosistemas que la sustentan”, según la declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. Es menester, para ello, plasmar un proceso gradual y consensuado, de carácter global, que pondere todas las “*diferentes interdimensiones que actúan: económica, humana, ambiental y tecnológica*” (Basalú Parkinson).

Esta noción de desarrollo sustentable o sostenible hunde sus raíces no sólo en la ecología, sino también en la economía y en la cultura, con perspectiva general. Finalidad perseguida: alcanzar niveles racionales de crecimiento económico, que permitan el bienestar general y la superación de los niveles actuales de pobreza, sin desmedro del ambiente y de los derechos de generaciones futuras. “El desarrollo duradero -dice el informe realizado por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1987, respondiendo a un encargo de la Asamblea de la ONU de elaborar un programa global para el cambio- es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Encierra en sí dos conceptos fundamentales: el concepto de ‘necesidades’, en particular, las necesidades esenciales de los pobres, a la que se le debe otorgar prioridad preponderante; la idea de limitaciones impuestas por las capacidades del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras”.

La Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo del año 1992, a la que haremos referencia más adelante, prevé en sus principios 4 y 8 parámetros muy claros en torno al desarrollo *sostenible*, remarcando que para alcanzarlo, “la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”.

Lamentablemente, la realidad parece contraponerse a esta aspiración de desarrollo sustentable, que muchas veces no queda sino en el plano de las declamaciones. Los últimos veinte años marcan un panorama preocupante, desolador a nivel mundial en lo ecológico, que requiere de un nuevo orden mundial en esta materia que posibilite ese desarrollo sustentable que parecemos haber extraviado.

#### **IV. Consignas irrenunciables**

Difícilmente podría esbozarse un estudio serio de la cuestión que nos ocupa, sin tener en claro las respuestas a algunos interrogantes cruciales:

- ¿Cuál es la relación que existe entre la pobreza y la falta de educación con la degradación del ambiente?

- ¿Tienen los contaminadores un poder ilimitado o cuanto menos mucho más amplio, en los países del tercer mundo (entre los que nos situamos, mal que nos pese) que en los más

desarrollados?

- ¿Aquello que está vedado, en el plano de la contaminación, o de alteración del equilibrio ecológico, fronteras hacia adentro de los poderosos, es válido fuera de dichos confines?

- ¿Es este el alto precio que los menos desarrollados debemos pagar por alcanzar un nivel de crecimiento que les permita ser menos pobres?

- ¿Existe o, al menos, debiera existir una ética universal en esta materia?

- ¿Cómo deben encararse la educación y la comunicación social para que en esta materia sean efectivas?

- ¿Cómo medir la sustentabilidad del desarrollo desde la pobreza y la marginalidad extrema?

He aquí algunos de los principales interrogantes que el hombre de nuestro tiempo se formula y que potencian su contenido dramático por la gravedad que asume el deterioro del ambiente en los últimos años dentro de un mundo globalizado en lo económico, pero claramente sectorizado, *aun fronteras adentro* de los Estados, entre fuertes y poderosos y débiles y pequeños. ¡Qué pena que no viva Ripert! ¡Cuánto tendría para decirnos sobre los cambios sociales y la realidad de nuestro tiempo!

Aquellos que nos presentan el problema de la contaminación y la degradación del medio ambiente como una realidad casi *natural* que impone el tiempo en que vivimos, con cruda visión economicista, anteponen el desarrollo económico a todo. Según su enfoque no habrá crecimiento sustentable si se pretende preservar a ultranza el patrimonio ecológico. Es mejor pensar en un hoy venturoso, aunque para ello debamos comprometer nuestro futuro y el de las generaciones que nos sucedan.

Rechazamos de plano estas ideas, con la firme convicción de que la protección del ambiente es la base fundamental de la preservación de la especie humana y más aún, de la vida en todo el planeta. Sin un ambiente sano, no habrá desarrollo futuro sustentable de ninguna índole. Más aún: no habrá futuro. Como dice una conocida canción popular: "*Dios perdona, el hombre, a veces, la naturaleza, nunca*".

Por eso, es preciso enarbolar algunos postulados básicos:

1) La contaminación representa una categoría de *daño intolerable*, lo cual conduce a negar que exista un derecho a degradar el hábitat natural. Ninguna pretendida razón de crecimiento económico debe ser antepuesta a la propia calidad de vida de las personas (Highton; Mosset Iturraspe).

2) Sólo a través de la *educación* de la gente es posible alcanzar una solución seria y duradera para este flagelo, pues la mayor parte de las conductas se apoyan en la ignorancia, en la necesidad y en la desinformación, a veces, provocada por la falta de información y, en otros casos, lo que es igualmente grave, por el exceso de ella, por la sobreinformación, muchas veces, manipulada por los más poderosos. Hay que educar a los contaminados, fenómeno que alcanza niveles aceptables en países desarrollados y que, en penoso contraste, muestra facetas intolerables en los pueblos menos afortunados, cuyos países son hoy devastados ambientalmente.

3) La defensa del ambiente forma parte de una temática todavía más amplia, la de los derechos humanos, cuya realización sólo es practicable a partir de un hábitat acorde a su naturaleza, como ser hecho a imagen y semejanza de su creador.

4) La contaminación no es el costo del progreso sino todo lo contrario: es el precio del atraso, de la falta de educación, de la crisis de valores y de la pobreza.

5) La contaminación es un fenómeno evitable. Es menester exigir a quienes nos gobiernan que cumplan con su responsabilidad en defensa de la salud y la vida de todos nosotros.

6) El meollo de la cuestión debe ser emplazado, en torno al derecho de toda la comunidad a un medio ambiente no degradado por factores contaminantes; a un ecosistema inalterado. Es menester, para ello, superar viejos esquemas jurídicos y edificar otros más idóneos, en el plano nacional y

supranacional, para la tutela de los intereses individuales y colectivos comprometidos. Finalidad perseguida: prevenir los atentados ambientales y, producidos éstos, exteriorizar una reacción vigorosa del sistema en todos los planos: penal, resarcitorio y administrativo. Urge implementar técnicas adecuadas para dismantelar los efectos de los ilícitos ambientales, que actúen como instrumentos *eficaces* de prevención, neutralización, reparación y punición del daño ambiental.

Conspira, muchas veces, contra esa eficacia, la proliferación desmedida de normas, que ha dado lugar a una inflación legislativa llamativa en casi todo el mundo, y que frecuentemente termina convirtiéndose en una maraña burocrática paradigma gatopardista: cambiar todo para que nadie cambie; reformar para que todo siga igual.

## **V. Carácter científicamente multidisciplinario de la cuestión que nos ocupa**

La problemática del daño ambiental tiene como rasgo distintivo su carácter científicamente multidisciplinario. El derecho es sólo una de las distintas disciplinas que tiene mucho que aportar, pero de ningún modo la única y, ni siquiera, la más importante (Mosset Iturraspe). Hay otras ciencias que formulan aportes relevantes a nuestra temática. Entre ellas, la *biología* (que engloba a todas las disciplinas científicas cuyo objeto son los seres vivos, entre las que se incluyen la biofísica, la botánica, la ecología -relaciones de los seres vivos entre sí o con el ecosistema-, la etología -que estudia el comportamiento animal-, la zoología, etc.), la biogeografía (síntesis de los conocimientos biológicos y geográficos que estudia la distribución de las especies biológicas en el planeta, y las causas de su dispersión y extinción), la medicina, la antropología, la sociología, la psicología, la política, la economía, la educación y la historia, entre otras, que brindan, desde sus particulares puntos de vista, contribuciones esenciales, que conducen a una visión conjunta, armónica e integradora. Alejada de sectarismos. Atenta a la realidad, al pasado, al presente y al futuro inquietante que se avecina.

## **VI. El derecho ambiental**

### *a. Concepto*

La problemática del denominado daño al ambiente constituye un capítulo dentro del derecho ambiental, disciplina relativamente nueva, “*que norma la creación, modificación, transformación y extinción de las relaciones jurídicas que condicionan el disfrute, la preservación y el mejoramiento del ambiente*” (Mosset Iturraspe).

Su objeto es, precisamente, el ambiente y abarca no sólo la problemática jurídica ecológica, de modo general y, por supuesto, la vinculada con la utilización de los recursos naturales que están a disposición del hombre en la biosfera, sino también cuestiones que van mucho más allá de este ámbito puramente natural y “*persiguen preservar la obra humana en sus aspectos estéticos, paisajísticos, urbanísticos, etc., con miras a asegurar una buena calidad de vida y una sana utilización de los recursos para legarlos a generaciones futuras*” (Bustamante Alsina).

Estamos dentro de un ámbito que pone su enfoque, esencialmente, en el comportamiento de los elementos naturales y también en lo que se denomina el patrimonio cultural de la comunidad, en las interacciones positivas y negativas que produce la intervención del hombre sobre ellos, procurando alentar eficazmente las primeras y prevenir y sancionar las segundas.

## *b. Caracteres*

Es una disciplina relativamente nueva, que presenta caracteres propios y diferenciales, entre los que mencionamos, por su importancia, los siguientes: es interdisciplinario, supranacional, finalista, preventivo, rigurosamente técnico, sistemático, colectivo y redistributivo (Bustamante Alsina, Pigretti; Mosset Iturraspe; Cafferatta).

### *1. Interdisciplinario*

Es, esencialmente, *interdisciplinario*, pues ninguna de las ramas tradicionales en que el derecho suele ser dividido tiene amplitud y aptitud para resolver todas las cuestiones que se presentan en materia ambiental. De allí la necesidad de valorar todos esos aportes, provenientes del *derecho internacional público y del derecho interno público* (en particular, del derecho constitucional, del derecho público provincial, del derecho administrativo, el derecho de los recursos naturales y del derecho penal) y privado (en donde el derecho civil brinda su visión, importante, abarcativa, pero incompleta por sí sola para dar respuesta sensata a todos los problemas que se presentan); del derecho de fondo y de forma; del derecho nacional y supranacional, toda vez que la contaminación no reconoce fronteras geográficas.

### *2. Supranacional*

Es *supranacional*, porque los bienes protegidos (y las agresiones que sobre ellos se producen) no reconocen fronteras políticas o geográficas. De allí que su efectiva protección sólo pueda ser plasmada a través de la cooperación de los Estados, en el marco de políticas ambientalistas regionales y, en ciertos casos, mundiales (tal lo que sucede con la cuestión que hoy suscita el efecto invernadero), lo cual otorga singular relieve al derecho internacional público del medio ambiente, que alberga en su seno a numerosas convenciones y resoluciones internacionales, obligatorias algunas, meramente declarativas, otras, vinculadas con la cuestión que nos ocupa.

### *3. Finalista*

Es *finalista* pues tiene por objetivo “*suprimir o eliminar el impacto de las actividades humanas sobre los elementos o medios naturales*” (Bustamante Alsina, Mosset Iturraspe).

### *4. Preventivo*

Es eminentemente *preventivo*, puesto que enarbola a la evitación del daño ambiental como bandera eficaz para alcanzar sus objetivos. En pocos ámbitos como en éste, es aplicable el adagio: es mejor prevenir que curar, habida cuenta del carácter, por lo general, difícilmente reversible del perjuicio al medio ambiente. Esa prevención se realiza de distintas maneras, una de las cuales es la imposición de sanciones retributivas de distinta índole, que apuntan, en todos los casos, no sólo a punir, a castigar a quien infringe el sistema, sino, ante todo, a disuadirlo -ante el temor de la sanción- de incurrir en tales inconductas, lo que pone en evidencia, allí también, el rol preventivo.

### *5. Técnico*

Es un derecho eminentemente *técnico*, que conjuga grandes principios con la presencia de una multiplicidad de normas, sobre todo, de derecho administrativo, imperativas, de orden público en la mayoría de los casos, que reglan minuciosamente distintas conductas, reglamentando con precisión lo que está permitido y aquello que el sistema prohíbe.

### 6. Sistemático

Es *sistemático* en cuanto “*la regulación de conductas que comporta no se realiza aisladamente, lo que era la tónica de las regulaciones administrativas precedentes, sino teniendo en cuenta el comportamiento de los elementos naturales y las interacciones en ellos determinadas como consecuencia de la intervención del hombre*” (Bustamante Alsina).

El derecho ambiental, cuya autonomía hoy cabe reconocer, no es en sí mismo un microsistema. Es mucho más que eso: es una disciplina jurídica que tiene objeto propio y que se funda en unos principios y consignas irrenunciables, con basamento en la Constitución Nacional y en normas supranacionales fundamentales. A partir de ese marco fundamental, consagra como satélites que giran en torno a aquellos, un significativo marco reglamentario, que sólo puede ser valorado y entendido correctamente a través de una interpretación y valoración sistemática, abarcativa, con referencia al epicentro antes indicado. Dicho de otro modo: el derecho ambiental se compone de numerosos microsistemas, que deben ser valorados y armonizados con visión integradora, so riesgo de peligrar la concreción de su finalidad.

### 7. Colectivo

Es *colectivo* en cuanto pone énfasis en la protección de los intereses colectivos y difusos, a los que otorga primacía absoluta, sin desentenderse, por cierto, de los de carácter individual. Se comprende, de tal modo, que el derecho ambiental tenga un fuerte componente de derecho público, lo cual no importa negar que el derecho privado tenga aportes significativos que hacer en esta materia, particularmente, en materia resarcitoria.

### 8. Redistributivo

Es *redistributivo*, en el sentido de que procura paliar el impacto económico, a través de la incorporación a los costos, de todas las externalidades que significan las medidas de prevención de la contaminación. “*Una reconciliación entre la economía y el medio ambiente puede lograrse utilizando las instituciones de la primera como medio para alcanzar los fines del segundo. El sistema de libre empresa se dedica a asegurar que todos los costos hayan sido sumados, para que no ocurran invasiones o violaciones sobre el medio ambiente*” (De la Poza)

## VII. El derecho frente al *daño ambiental* <sup>2</sup>

El denominado daño ambiental genera problemas impensados años atrás y, como se ha dicho, requiere de nuevas soluciones jurídicas para dar respuestas adecuadas a ese fenómeno. Finalidad perseguida: proteger el ambiente y, sobre todo, cuidar al hombre y afianzar su dignidad.

Se trata de una problemática que desborda todos los moldes tradicionales y que requiere de una cosmovisión rigurosa y coherente en todos sus niveles, a nivel internacional e interno de cada país.

### *a. El derecho internacional público del ambiente. Los tratados, pactos y convenciones internacionales*

Dentro del derecho internacional público ambiental, se destacan algunos tratados, pactos y conferencias internacionales que han tenido verdadera significación “*en la toma de conciencia y en*

*la orientación de los derechos nacionales, así como en el ámbito de la cooperación indispensable para las soluciones de los problemas globales, originados en transformaciones económicas, científicas, tecnológicas y urbanísticas mundiales”* (Mosset Iturraspe).

Entre ellos, mencionamos por su importancia:

1) La Convención de UNESCO del 23 de noviembre de 1972, sobre protección del patrimonio mundial, cultural y natural, en donde se calificó a la degradación o destrucción de un bien de patrimonio cultural y natural, de “empobrecimiento funesto” para toda la humanidad.

2) La Conferencia de Estocolmo de 1972, que aprobó la *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente*, y que, entre otras cosas, declaró que el hombre tiene derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a las condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar, y la necesidad de preservar, para las generaciones futuras, los recursos naturales del planeta, incluyendo el aire, el agua, la tierra, la flora, la fauna y los ecosistemas naturales.

3) La Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada por Asamblea de las Naciones Unidas en 1982, que declaró que la humanidad forma parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los ecosistemas naturales “que son fuente de energía y de las materias nutritivas”.

4) En el ámbito de la Comunidad Europea, el Acta Unica Europea del 2 de noviembre de 1986, integrante del Tratado de Roma, en la cual los países de la CEE otorgaron competencia a la comunidad en cuestiones ambientales y asumieron el compromiso de considerar los derechos fundamentales vinculados al medio ambiente entre sus principios constitucionales comunes.

El hito más importante en el derecho comunitario europeo lo constituye la Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, que establece un marco común para la prevención y reparación de daños ambientales a un costo razonable par la sociedad.

La experiencia europea debería servir de modelo al Mercosur, que requiere de modo indispensable la armonización de las legislaciones en materia ambiental de los países que lo integran.

5) En 1992, la Reunión de Río de Janeiro aprobó una declaración según la cual todos los seres humanos “tienen derecho a una vida saludable y productiva, en armonía con la naturaleza” (Principio 1), y señaló que entre los desafíos mundiales sobre los que había que asumir conciencia e implementar políticas efectivas, se incluían la polución transfronteras del aire, del agua, del suelo y la degradación de las ciudades fruto de la explosión demográfica, de la falta de planeamiento o de saneamiento básico, de la urbanización desordenada e irracional, etc..

La declaración, rica en contenidos, contiene varios aspectos de interés:

5.1) Reconoce a los Estados el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, pero les impone el deber de adoptar las medidas de prevención y reparación del daño ambiental en sus legislaciones nacionales y de adoptar las medidas pertinentes para que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional (Principios 2, 13, 14, 15 y 16).

5.2) Proclama que “el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones futuras” (Principio 3).

5.3) Para alcanzar el desarrollo sostenible “la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada” (Principio 4).

5.4) Deben ponderarse de modo particular las necesidades de los países en desarrollo, particularmente, los menos adelantados “y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental”, quienes deberán “recibir prioridad especial” (Principio 6).

5.5) Los Estados deben cooperar solidariamente para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. “En vista a que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes, pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y recursos financieros que disponen” (Principio 7). A tal fin, para alcanzar dicho desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados “deberían reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas adecuadas” (Principio 8).

6) En 1997 se firmó el Protocolo de Kyoto, diseñado por las Naciones Unidas, cuyo objetivo es lograr que para el período 2008-2012, los países desarrollados disminuyan sus emisiones de gases de efecto invernadero en un cinco por ciento menos del nivel de emisiones de 1990. Su objetivo es, de tal modo, estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, para moderar la injerencia humana en el sistema climático global.

Para el 2012, muchos países tendrían que reducir considerablemente sus emisiones de dióxido de carbono, respecto de los valores de 1990, en tanto que otros podrían aumentarlos, lo cual posibilitaría que países que emiten en grandes cantidades puedan “adquirir” reducciones de los que emiten poco.

Si un país fallara en cumplir dicho mandato, podría ser forzado a reducir su producción industrial. Como complemento, a fines del 2001, en las reuniones negociadoras de Marruecos se definieron cinco puntos principales para su implementación (compromisos legalmente vinculantes para los países desarrollados; métodos de implementación del protocolo; minimización de impactos en países en desarrollo; reportes y revisiones por un equipo de expertos y, cumplimiento evaluado por un comité).

El Protocolo de Kyoto entraría en vigencia luego de ser ratificado por 55 países, incluyendo aquellos responsables del cincuenta y cinco por ciento de las emisiones globales de efecto invernadero.

En diciembre del 2006, 169 países habían ratificado el Protocolo, entre ellos, India y China, quienes a pesar de estar entre los grandes emisores de gases de efecto invernadero no se veían obligados a reducir sus emisiones por su condición de países en vía de desarrollo.

Curiosamente, Estados Unidos de Norteamérica, que es el causante de casi el 25% de las emisiones mundiales de dióxido de carbono, firmó el Protocolo, pero jamás lo ratificó, de modo que no se ha visto obligado a reducir sus emisiones y que su adhesión al tratado ha sido tan insincera como simbólica.

Los intereses económicos comprometidos son muy grandes y aquí también la fuerza del imperio se hace sentir.

Cabe señalar que en una declaración no vinculante, firmada en Washington en el mes de febrero de 2007, los presidentes y primeros ministros de Canadá, Francia, Alemania, Italia, Rusia, Japón, Inglaterra, Estados Unidos, Brasil, China, India, México y Sudáfrica acordaron los principios esenciales de lo que podría ser el sucesor del Protocolo de Kyoto, que debería ponerse en funcionamiento, idealmente, en 2009, y que incluiría un sistema de intercambio entre naciones industrializadas y países en desarrollo. Vale tener en cuenta que entre Estados Unidos, China y la Unión Europea producen, en conjunto, un cincuenta por ciento del dióxido de carbono mundial (Argentina, por su parte, sólo el 0,5%). Los líderes del Grupo de los Ocho, que nuclea a las ocho naciones más industrializadas del mundo, acordaron, por su parte, en junio de 2007, que propondrían una negociación en la ONU, por la cual se fijaría como objetivo una reducción del cincuenta por ciento en las emisiones de dióxido de carbono para el 2050.

*b. El derecho interno y el daño ambiental. La cuestión en Argentina. El marco normativo*

En el derecho público interno de cada país, el Estado dicta o debe dictar normas orientadas a la protección del patrimonio ambiental en sus bienes biológicos, físicos y culturales, y de la calidad de vida de sus habitantes, la cual está ligada inescindiblemente a estos últimos.

La regulación normativa debe ser realizada, de modo coordinado, en diferentes planos, en función de las distintas competencias del Estado Nacional, provincial y municipal. La tutela de los intereses colectivos y difusos ligados al ambiente debe ser procurada a través de normas imperativas de derecho público, con idoneidad suficiente para regular las conductas permitidas y prohibidas en materia ambiental y para plasmar un adecuado régimen de sanciones, administrativas y penales, incluidas las de carácter económico, que suelen ser las más eficaces, aptas para reflejar la desaprobación del sistema frente a tales inconductas y que la contaminación del ambiente constituye una categoría de *daño intolerable*.

Sin perjuicio de ello, también debe regularse la prevención y reparación de los daños personales de carácter patrimonial o moral que cualquier persona pueda experimentar a raíz de la minoración del ambiente (v.gr., el propietario de un inmueble que da sobre la margen de un lago o río contaminado y que sufre un perjuicio propio a raíz de ese hecho).

El marco normativo en materia de prevención y reparación del daño ambiental es muy importante y cada vez más amplio.

En primer lugar, encontramos a la Constitución Nacional (arts. 41 y 43 y concs.).

El art. 41 expresamente dispone que “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto par el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades futuras 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”.

La normativa se complementa e integra con las soluciones contenidas en los pactos internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.) y, en otros numerosos tratados y documentos internacionales, entre los que se destaca el Tratado de Asunción de 1991, instrumento básico del Mercosur, cuyo preámbulo hace expresa referencia a esta cuestión. Allí se consignó que sólo se podrá alcanzar la ampliación e integración de los Estados miembros preservando el medio ambiente. De igual modo, numerosas constituciones provinciales contienen disposiciones expresas en este sentido.

A nivel de legislación nacional, se destacan, entre otras, las leyes 24.295 que aprueba la Convención Marco de la ONU sobre cambio climático; la ley 24.375 que aprueba el convenio firmado en Río de Janeiro de 1993, sobre diversidad biológica, y las leyes 25.675 (ley general de ambiente), 25.612 (ley de gestión integral de residuos industriales y de servicios) y la ley 24.051 de residuos peligrosos, a las que haremos referencia detenida más adelante.

El daño ambiental no aparece expresamente previsto en el Código Civil, pero muchas disposiciones de este cuerpo normativo tienen gran utilidad interpretadas flexiblemente. Entre ellas, mencionamos por su importancia a los arts. 2618, 2619, 2621 a 2625, dentro de las normas referentes a restricciones y límites del dominio; art. 2499 (denuncia de daño temido) y, muy especialmente, el art. 1113 del Código Civil que constituye el eje central del sistema, inclusive después de la sanción de las más recientes leyes ambientales, toda vez que de modo directo o indirecto, remiten, muchas veces, a él (Cafferatta).

La legislación clásica de nuestro Código Civil, si bien ha prestado mucha utilidad en la materia, fruto muchas veces de interpretaciones dinámicas y flexibles, es insuficiente y requiere de una

necesaria adaptación, a través de normas específicas que permitan una mejor prevención, desmantelamiento, reparación y punición del daño ambiental. Dentro de la normativa del código, resultan aplicables al daño ambiental los arts. 1113, 2ª parte, segundo párrafo -daños causados por el riesgo o vicio de la cosa (y también de la actividad desplegada, en nuestra opinión)- que atrapa la casi totalidad de los supuestos de daño ambiental, y el art. 2618, que regula el régimen de molestias intolerables en las relaciones de vecindad.

El régimen de responsabilidad se complementa y mejora, sensiblemente, con la sanción de normas especiales, que tienen componentes de derecho público y de derecho privado, entre las que mencionamos, por su importancia, a la ley general del ambiente 25.675 (LGA) y la ley 25.612, de gestión integral de residuos industriales y actividades de servicios, que derogó y reemplazó a la ley 24.051 (o al menos eso intentó).

Estos instrumentos, aunque perfectibles, tienen enorme importancia y traducen una mejora sustancial en el sistema normativo argentino que rige la materia.

Dentro de ese marco es posible señalar algunos rasgos salientes del llamado daño ambiental:

a) El paso de un daño *causado* individualmente a otro que es fruto de autoría colectiva, muchas veces, difusa. Ello determina la irrupción de nuevas técnicas de determinación de legitimados pasivos, cuya consideración excede los límites de este estudio.

b) El paso de un daño *sufrido* individualmente, singularmente, a otro que afecta a una multiplicidad de personas, en diferentes lugares y, más aún, en diferentes tiempos. El daño como lesión a un interés individual, o como consecuencia de dicha lesión, da paso a un daño que deriva del detrimento de intereses colectivos, grupales, o más aún, difusos, que son de todos y no son de nadie en particular.

c) La definitiva consolidación, en esta materia, de *factores objetivos de atribución*, con total abstracción de la idea de culpabilidad, que sólo admiten eximentes limitadas.

d) La prevención del daño como capítulo relevante del daño ambiental. En materia de daño ambiental, ha dicho la Suprema Corte de Buenos Aires (25/9/02, J.A. 2002-IV-417) la primera y gran arma con que cuenta el derecho es la prevención, la cual asume en esta cuestión “una importancia superior a la que tiene en otros ámbitos”.

e) La adopción de nuevas técnicas de neutralización y reparación del daño ambiental, que ponen énfasis particular en la recomposición del ambiente y en la reparación en especie cuando ella es posible y útil.

f) La irrupción de indemnizaciones punitivas en materia de daño ambiental, orientadas, sobre todo, a desmantelar los efectos de ilícitos ambientales lucrativos y sancionar eficazmente conductas que muestran grave menosprecio por los derechos de incidencia colectiva.

## **VIII. La noción de daño ambiental**

Bustamante Alsina señala que el daño ambiental es una noción ambivalente, pues designa no sólo el que recae sobre el patrimonio ambiental que es común a toda una comunidad (en cuyo caso hablamos de “impacto ambiental”), sino también el menoscabo que la lesión al medio ambiente provoca, de rebote, sobre los intereses legítimos de una persona determinada o de un grupo de personas determinado, daño particular que puede dar lugar a un detrimento patrimonial o moral (conf. Mosset Iturraspe, Andorno, Goldenberg - Cafferatta).

### *a. El daño ambiental de incidencia colectiva o puro*

### 1. Caracterización

Cuando hablamos de daño ambiental *en sentido amplio*, tal como lo hace el art. 27 de la LGA, hacemos referencia concreta a un ámbito de lesividad, a la minoración de ciertos bienes, específicamente, a la alteración relevante que de modo negativo modifica el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos. O lo que es igual a la lesión (o daño en sentido amplio) que experimenta el medio ambiente en sí mismo, sin una específica referencia a un sujeto titular del bien lesionado, ajeno a cualquier connotación personal (SCBA, 19/2/02, J.A. 2002-IV-392; CFed. La Plata, Sala 3ª, 15/8/02, J.A., 2004-II- 309).

El daño colectivo al medio ambiente se presenta, entendido en sentido amplio, como todo menoscabo derivado de la lesión al interés colectivo *“a que no se altere en modo perjudicial las condiciones naturales de la vida”* (Lorenzetti).

El damnificado por este daño colectivo es la comunidad toda o una parte significativa de ésta (Lorenzetti, Zavala de González, Agoglia - Borgina - Meza, Cafferatta, Galdós).

Se trata de un daño que es extraño y ajeno a toda connotación personal y al que no pocos ordenamientos jurídicos emplazan en el terreno del derecho público. *“El daño ambiental en general -dice Cafferatta- está representado por la contaminación ambiental, que se define como todo cambio perjudicial en las características físicas, químicas o biológicas del aire, tierra o agua que puede afectar nocivamente la vida humana o las materias primas. Introducir al medio cualquier índole de factores que anulen o disminuyan la función biótica”*. Concebida de tal modo la cuestión, no hay diferencia entre daño ambiental y contaminación ambiental, que se define como todo cambio perjudicial en las características físicas, químicas o biológicas del aire, tierra o agua y que puede afectar nocivamente la vida humana o las materias primas (Bustamante Alsina, Cafferatta).

No cualquier alteración o modificación del ambiente es daño ambiental en sentido amplio. Es preciso que la degradación exceda los límites de tolerancia que la convivencia humana impone, lo cual supone que impacten negativamente y que tengan cierta entidad, cuestiones que muchas veces deben ser sopesadas en función de las circunstancias del caso concreto (CFed. La Plata, Sala 3ª, 15/8/02, JA, 2004-II-309; Cámara C., C. y de Minería General Roca, 16/9/03, L.L. Patagonia, 2004-14.); o por polución del aire (C1CC La Plata, Sala 3ª, 9/2/95, J.A., 1995-IV-187) o sonora (Cámara C., C., Lab.Paz, Curuzú Cuatiá, 13/3/00, L.L. Litoral, 2001-79). Así, por ejemplo, la tala de un monte natural puede en ciertos casos generar un daño ambiental, si se realiza de modo indiscriminado, pero no provocará dicho efecto si se lo realiza para permitir el cultivo de cereales o la cría de ganado (Cafferatta, Bustamante Alsina, Lorenzetti). Esta exigencia está expresamente prevista en la LGA, que contiene una definición de daño ambiental que presupone una alteración negativa relevante del ambiente y también en la ley de gestión integral de residuos industriales y actividades de servicio 25.612 (art. 29 *in fine*). En palabras de Lorenzetti, en términos jurídicos, *“la afectación del medio ambiente supone dos aspectos: el primero es que la acción debe tener como consecuencia una alteración del principio organizativo, esto es alterar el conjunto. De tal manera se excluyen aquellas modificaciones al ambiente, que no tienen tal efecto sustantivo. Este criterio sirve para delimitar aquellos casos en que la actividad productiva, transformando el medio ambiente, no resulta lesiva (...) El segundo aspecto es que esa modificación sustancial del principio organizativo repercute en aquellos presupuestos del desarrollo de la vida. El medio ambiente se relaciona entonces con la vida, en sentido amplio, comprendiendo los bienes naturales y culturales para su subsistencia”*. Va de suyo que si el daño es insignificante o tolerable o razonablemente aceptable de acuerdo con los patrones de normal tolerancia, ponderables según circunstancias de tiempo y de lugar, no será resarcible (Lorenzetti; Hutchinson; Cafferatta). En esta orientación se inserta la Propuesta de Directiva europea sobre responsabilidad civil en materia de residuos, el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente, la ley alemana sobre responsabilidad ambiental del año 1990 y

el principio 6 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de Estocolmo de 1972.

¿Cuándo se excede el límite de la normal tolerancia?

Se trata de una cuestión de hecho, que debe ser ponderada en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar, librada al prudente arbitrio judicial (Cafferatta; Alterini; López Cabana; Kemelmajer de Carlucci), y cuyos umbrales pueden variar, entre otras cosas, según se afecte o no la salud de las personas. Tratándose de derechos indisponibles, como la vida, la salud y la integridad corporal, debe descartarse cualquier grado de tolerancia pues lo contrario implicaría una renuncia prohibida. En este sentido se pronunciaron en 1983 las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

La capacidad *autorregenerativa* del medio ambiente constituye un elemento de suma importancia a tener en cuenta para determinar si en el caso concreto existe o no daño ambiental. Va de suyo que una simple mutación o alteración del medio ambiente, que no afecte su posibilidad de regeneración en tiempos razonables, no es técnicamente daño ambiental, mientras que sí lo es aquella que incida de modo negativo no dando lugar a una propia capacidad reconstructiva o ésta insumiría un tiempo excesivamente prolongado.

El daño ambiental puede provenir de:

1.1. La destrucción o deterioro de “*los factores físico-naturales de una determinada especie, a través de procedimientos mecánicos empleados para reemplazar las condiciones naturales del ambiente (desplazamiento de la vegetación, destrucción de la cubierta vegetal y del suelo, de los macizos boscosos, del hábitat natural de diferentes especies*” (Muller).

1.2. La degradación o contaminación de los elementos biológicos que presentan determinados ecosistemas naturales, a través de la introducción contraria a derecho de productos químicos tóxicos, o de materiales sintéticos, o por gases u otros desechos que resultan de procesos industriales, que se descomponen liberando componentes nocivos para dicho equilibrio. Este fenómeno se denomina contaminación ambiental.

1.3. El deterioro de áreas urbanas y rurales por acumulación de basura, de desperdicios y desechos sólidos no biodegradables; por la producción incontrolada de olores, ruidos y vibraciones, con aptitud suficiente para aminorar los niveles de calidad de vida esperables y para comprometer la salud de la población.

1.4. La destrucción o degradación del patrimonio histórico, cultural y artístico por obra de agentes contaminantes.

Es bajo este prisma que se ponderan cuestiones relevantes como la prevención del daño ambiental, la cesación de los efectos de una acción dañosa ya iniciada, las sanciones penales y administrativas y, en el derecho comparado, la punición por el derecho privado de tales conductas, bases normativas de por medio, claro está (daños punitivos).

Si bien no existe (ni debería existir) un derecho a contaminar y pagar, es a todas luces necesario que quien contamina *pague* y soporte, además, todas las sanciones retributivas penales, administrativas y de carácter resarcitorio que emanan del derecho privado.

## 2. *El daño moral colectivo y su reparación. Una necesaria rectificación de criterio*<sup>3</sup>

La reparación del daño *patrimonial* colectivo puro que deriva de la lesión al ambiente no parece discutible en la hora actual, más allá de las controversias que se susciten en torno de legitimación activa en tal supuesto. Todas las consecuencias patrimoniales perjudiciales que guarden relación causal adecuada con el hecho generador, y que deriven de la lesión al ambiente, son resarcibles.

Más controvertida es la cuestión relativa al resarcimiento del llamado daño moral colectivo que deriva de la lesión al ambiente.

¿Existe, realmente, dicho daño moral colectivo?

La inmensa mayoría de nuestros autores se pronuncian por la afirmativa (Zavala de González; Galdós; Lorenzetti; Trigo Represas; Mosset Iturraspe; Bustamante Alsina; Agoglia; Meza; Boragina; Morello; G. Stiglitz).

Durante mucho tiempo, hemos sostenido una posición minoritaria, diferente, por entender que cuando se habla de daño moral colectivo, se está haciendo referencia a supuestos de lesión a intereses no patrimoniales colectivos o difusos, que provocan una minoración en la tranquilidad anímica y espiritual de la comunidad o de una parte más o menos significativa de ella. Y que cuando ello sucede, la expresión daño moral colectivo es utilizada con sentido *amplio*, equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales, y no como daño en sentido estricto, esto es, como daño resarcible. Concebida de tal modo la cuestión, el daño moral sería de naturaleza *individual*, esto es, ligado a la subjetividad de cada damnificado (Saux). De allí que sostuviéramos que la idea de un daño moral *resarcible* grupal o colectivo, distinto e independiente del que puedan sufrir individualmente quienes componen ese grupo, que gravita sobre un conjunto indeterminado de personas, difícilmente participaría de las notas básicas que definen a esta institución, enfrentándonos a insalvables dificultades para valorar cualitativamente el perjuicio y para cuantificarlo. Hablar de una *reparación* colectiva de perjuicio espiritual, abstracto y grupal, en tales supuestos, nos parecía algo contrario a la esencia misma del daño moral y llevaba a presentar, bajo el ropaje de un aparente resarcimiento, *a lo que en realidad constituye una penalidad impuesta por el derecho privado*, un castigo a quien con su actitud desaprensiva agravió intereses colectivos dignos de tutela.

Un profundo replanteo de la cuestión, nos ha llevado a cambiar el criterio sobre el tema, y a adherir a la doctrina absolutamente dominante que admite la existencia de un daño moral colectivo y su reparación.

Varias razones sustentan esta doctrina, que no es incompatible con el concepto de daño y de daño moral que hemos sustentado en otros estudios sobre el tema.

El daño moral es la minoración subjetiva que deriva de la lesión a un interés espiritual no ilegítimo.

Ese concepto puede albergar, sin dificultades, la noción de daño moral colectivo, pues nada impone que deba tratarse de un interés puramente individual, pudiendo también quedar atrapados en el marco normativo, por vía de una interpretación flexible del art. 1078, los intereses de carácter difusos, de carácter indivisible, que son de todos y no son de nadie en particular, y cuyo goce se encuentra “*extendido, difundido, dilatado, se propaga o diluye entre los miembros del conjunto, sea que éste se encuentre o no organizado y compacto*” (Zavala de González).

En el denominado daño ambiental colectivo o puro, los intereses patrimoniales y espirituales afectados gravitan sobre toda la comunidad o sobre una parte significativa de ella. El ámbito de lesividad atrapa intereses supraindividuales, que son algo distinto, cualitativamente, que una suma de intereses individuales conculcados (y que no dejarían de ser tales, y de dar lugar a daños individuales, por ese dato puramente cuantitativo). De más está señalar que una misma acción lesiva puede conculcar intereses supraindividuales o difusos y, en forma simultánea, los de carácter individual de una multiplicidad de sujetos, dando lugar a distintos tipos de daño resarcible, tanto patrimonial como moral.

Quienes, como nosotros, no se contentan con la lesión a un interés no ilegítima patrimonial o espiritual, y requieren, *además*, que aquella genere una consecuencia perjudicial, económica (daño patrimonial) o espiritual (daño moral), proclaman la necesidad de que también en el daño moral colectivo o grupal, esta minoración subjetiva esté presente. Durante mucho tiempo, quizás por influencia de los preconceptos, que tantas veces nos obnubilan, nos resistimos a verla, por considerarla un sofisma o una ficción.

Una lectura atenta de la realidad, muestra lo contrario y que también puede hablarse de un disvalor subjetivo, de un quebrantamiento espiritual, no ya de una o de varias personas

individualmente consideradas, sino de toda la comunidad o de una parte relevante de ella, fruto de la minoración a sus intereses difusos espirituales ligados, en este caso, a la tutela del ambiente. Y esa reacción jurídica no tiene -ni debe tener- sentido punitivo, sino que es netamente resarcitoria.

La espiritualidad quebrantada y el disvalor subjetivo no son atributos exclusivos de una persona individualmente considerada, sino que en casos como el que nos ocupa (y ciertamente en otros que pueden concebirse, vinculados con el derecho del consumo y con la discriminación arbitraria, por citar algunos ejemplos) pueden anidar en la comunidad o en una generalidad indeterminada de sujetos que la integran, cuyos intereses supranindividuales resultan conculcados.

Rechazamos de plano que en esta temática la noción de daño moral colectiva se infiera por la sola afectación del bien o interés en sí mismo, con independencia de las repercusiones -en este caso, espirituales- que tenga (Lorenzetti). También aquí hay que indagar en las consecuencias, que existen y requieren ser precisadas y ponderadas prudentemente a los fines de valorar el perjuicio y cuantificar la indemnización.

La técnica jurídica de indemnización del daño moral individual -de eso se trata- es proyectable de tal modo al llamado daño moral colectivo, con los lógicos matices y particularidades que la diversidad de situación puede a veces generar.

Esta interpretación luce armónica con el amplio espectro de tutela de intereses colectivos y difusos que emana del art. 41 C.N. y, sobre todo, con las previsiones de la LGA con la que guarda estricta coherencia.

En materia de reparación del daño moral colectivo asume mayor relieve la deficiencia normativa de la LGA, toda vez que no se advierten razones para que cualquier vecino, afectado en sus intereses difusos, se irrogue la representación de toda la comunidad (o de una parte de ella) para canalizar una pretensión resarcitoria del daño moral colectivo. Si la solución normativa es cuestionable en materia de daño patrimonial colectivo, la conclusión se potencia en este ámbito, particularmente, en aspectos básicos que atañen a la valoración y cuantificación del perjuicio.

Se ha dicho, con razón, que en esta cuestión “*no cabe la posibilidad de reclamos indemnizatorios plurales y separados por parte de distintos pretensos damnificados, ya que, según se viera, es característica de los intereses difusos su indivisibilidad, pues como el bien colectivo no es fraccionable entre quienes lo utilizan y tampoco es factible dividir su goce, ello trae como consecuencia la imposibilidad de que existan distintos derechos subjetivos, por no existir un vínculo directo entre una persona y ese tipo de interés; siendo sólo viable por ende, la titularidad difusa del grupo o conjunto, en que no hay ninguna relación de inmediatez*” (Cafferatta, conf. Lorenzetti).

#### *b. El daño ambiental individual*

También puede hablarse, paralelamente, de un daño ambiental individual, patrimonial o moral, que es el que sufre individualmente cualquier persona como consecuencia de lesión a intereses económicos o espirituales ligados al medio ambiente (C1CC La Plata, Sala II, 27/4/93, J.A. 1993-III-367). Se trata de una noción más ligada al concepto tradicional de daño según la perspectiva *ius privatista*. Tal lo que sucede, por ejemplo, con el perjuicio patrimonial y moral que experimenta el propietario de un fundo ribereño de un río contaminado, o quien a raíz de la contaminación atmosférica padece de asma, etc..

Adviértase que una misma acción lesiva al ambiente, puede generar tanto un daño ambiental puro o colectivo, como un daño individual, que no deja de ser tal por el hecho de afectar en forma simultánea o sucesiva, a una multiplicidad de damnificados directos o indirectos que experimentan un perjuicio *propio* a raíz del hecho contaminante y sufren un daño igualmente *propio*, patrimonial o moral derivado de esa situación.

En este supuesto no puede perderse de vista cuál es la consecuencia que produce la acción dañosa, pues ella marca el límite de la obligación de resarcir.

Son aplicables los principios generales.

## **IX. Los presupuestos de la responsabilidad civil en el daño ambiental**

Para que se configure la responsabilidad por daño ambiental, es menester que concurren los presupuestos de la obligación de resarcir: antijuridicidad, daño, relación causal adecuada y factor de atribución.

Conviene detenernos brevemente en éstos, a fin de calibrar si presentan o no particularidades en esta delicada cuestión.

### *a. Antijuridicidad*

Si hay un ámbito en el cual no se duda que la antijuridicidad está presente en materia resarcitoria es éste del denominado daño ambiental.

La afectación del medio ambiente constituye una actividad contraria a derecho objetivamente considerada, antijurídica, lo cual resulta inclusive de modo explícito del propio texto del art. 41 C.N., en consonancia con lo dispuesto por el art. 1066 y concs. C.C..

La LGA no contiene ningún dispositivo especial que modifique esta cuestión pues la única novedad que presentaba en su art. 29 *in fine* fue vetada por el PEN mediante decr. 2413/02. Aquella norma disponía que “Se presume *iuris tantum* la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas”.

No existe un derecho de contaminar, ni menos aun de contaminar y pagar. El principio es otro: prohibición de contaminar y asunción de todas las consecuencias que dimanen de dicha actividad por el responsable. Va de suyo que el agente que causa el daño no se libera de su responsabilidad por daño ambiental, mediante la simple alegación y prueba de haber cumplido con las disposiciones reglamentadas, generales o particulares, dictadas para el caso, ni menos aún por el hecho de contar con “permiso administrativo” (Basalú Parkinson, Llambías, Cafferatta, Bustamante Alsina). En tal caso, su responsabilidad subsiste, y puede ser inclusive concurrente con la que pese sobre el Estado.

Excepcionalmente, puede caber también la configuración de una responsabilidad por actos lícitos, tal lo que sucedería si el Estado implementa un plan de escurrimiento de aguas contaminadas, que afecta a vecinos ribereños que padecen inundaciones nacidas de esos emprendimientos (Mosset Iturraspe).

### *b. La relación causal: ¿sirve en esta temática la teoría de la causalidad adecuada? <sup>4</sup>*

Es necesario que medie relación causal adecuada entre el hecho generador y el perjuicio ambiental, aplicándose los principios generales que rigen dicha materia.

La cuestión, empero, presenta especial complejidad en materia de daño ambiental.

Cabe recordar que el Código Civil define las consecuencias inmediatas en base a un criterio de probabilidad objetiva, conforme a lo que ordinariamente acostumbra a suceder conforme al curso normal y ordinario de las cosas. No es necesario certidumbre total o absoluta, ni necesidad o

inexorabilidad. El criterio de imputación que trasunta la relación causal se asienta en la regularidad, en la estadística, en lo que ordinariamente ocurre. Este enfoque jurídico se contrapone, o al menos contrasta, con el que utilizan los científicos, que exigen alto grado de certidumbre, casi total, para admitir una determinada relación de causa a efecto.

La prueba de la relación causal suele ser de difícil realización, máxime si se tiene en cuenta la perdurabilidad de los efectos nocivos de inquinamento y la posibilidad de su expansión y propagación a grandes distancias del sitio de su generación. De allí que se admita, en forma más o menos pacífica que, en esta materia, la relación causal pueda ser probada por presunciones (Cafferatta, Basalú Parkinson). Se mencionan también como técnicas complementarias, las presunciones de causalidad, la inversión de carga probatoria, la responsabilidad civil alternativa, la teoría basada en la participación en el mercado, la flexibilización de la teoría de la causalidad adecuada, la teoría de la causalidad inmediata y otros criterios que con matices y variantes lucen próximos a la teoría de la equivalencia de condiciones.

Todo ello pone en evidencia algo más que un simple enfoque diferente. Traduce algo más importante: que la teoría de la causa adecuada, más que ser una teoría de la causa propiamente dicha, sólo sirve para resolver un problema de imputación de consecuencias. Es, simplemente, una teoría de imputación jurídica. Sólo eso y nada más que eso.

Como bien ha dicho Cafferatta, la valoración del jurista debe enderezarse a aprehender el fenómeno causal para someterlo a la valoración jurídica. Para ello no debe confundir ambos niveles. En el iter causal, el plexo jurídico sólo toma en cuenta aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con las pautas predeterminada legalmente, desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos. A su vez, el ordenamiento imputa en ciertas hipótesis los resultados de un suceso a una acción que, según el curso regular de los acontecimientos, no constituye estrictamente en el mundo del ser un hecho antecedente.

Por nuestra parte, estamos convencidos de que este elemento de la responsabilidad civil -la relación causal adecuada- tal como lo venimos estudiando y aplicando en el derecho de daños hasta hoy, debe ser objeto de un profundo replanteo, que tiene que partir de la superación de un preconcepto: considerar que la teoría de la causalidad adecuada resuelve de modo pretendidamente científico el problema causal, como se lo ha venido sosteniendo, casi repetitivamente, desde hace décadas, bajo el influjo y la autoridad de muchos eminentes juristas que proclaman esas ideas.

Se afirma que la teoría de la causalidad adecuada permite superar las dudas acerca del nexo causatorio, que hasta su aparición eran resueltas en situaciones concretas a pautas empíricas, impregnadas de una elevada dosis de intuición y del particular sentimiento de justicia de cada magistrado (Goldenberg); que recién con la irrupción de la teoría de la causalidad adecuada se formuló sobre bases verdaderamente científicas esta figura, dotándola de autonomía conceptual y funcional; y que gracias a ella se podría determinar con rigor científico cuándo un resultado es materialmente atribuible a la acción dañosa de un sujeto determinado (*imputatio facti*), para lo cual se proclama la necesidad de seguir un criterio de previsibilidad objetiva, valorado en abstracto, con prescindencia de lo sucedido en concreto, *ex post facto*, atendiendo a lo que ordinariamente sucede, conforme al curso normal y regular de las cosas; la idea de causalidad ligada estrechamente a la de regularidad, a lo que normalmente acostumbra a suceder.

Este sutil e inteligente juego de palabras ha logrado ocultar, durante décadas, algo que es muy evidente y que ha estado eclipsado por la fuerza de los preconceptos de los que alguna vez habló Borda: que ningún criterio objetivo subyace en la teoría de la causalidad adecuada, más allá de lo que se declame; que nada de científico anida en ella, y que quiérase o no, todo termina reduciéndose a una especulación subjetiva del juzgador, arropada por un maquillaje de objetividad, que es sólo eso: maquillaje. Es que todo termina, tarde o temprano, declámese lo que se declame, en lo que podríamos denominar -permítasenos el neologismo- el “ojímetro judicial”. Así las cosas, termina

siendo conforme al curso normal y ordinario de las cosas aquello que al juez -según su particular y subjetiva perspectiva de las cosas- le parece así. Así las cosas, la determinación cualitativa de aquello que es “objetivamente probable conforme al curso normal y ordinario de las cosas”, termina siendo, en la inmensa mayoría de los casos determinado de tal modo en base a parámetros subjetivos del juzgador. Nada de objetivo hay en ello. Lo subjetivo no deja de serlo, por el mero hecho de que se invoque, desde una perspectiva subjetiva, que tal conclusión se asienta en el curso normal y ordinario de las cosas (o mejor dicho, en lo que al magistrado le parece que es o debe ser ese curso normal y ordinario de las cosas). Salvo, claro está, que el razonamiento del juzgador se apoye en las estadísticas, en estudios científicos que demuestren esa probabilidad objetiva, cosa que raramente se advierte en los repertorios jurisprudenciales. En la causalidad adecuada, tal como se la aplica entre nosotros, campea el más puro subjetivismo del juzgador.

Por eso estamos convencidos de que la teoría de la causalidad adecuada (al igual que las de la condición eficiente o preponderante), no son teorías científicas, sino de meras doctrinas de imputación de consecuencias, en base a unos argumentos que lucen en apariencia objetivos, pero que en su aplicación concreta, a la hora de plasmarse en la realidad del caso, están teñidos de la subjetividad del juzgador.

Quizás la explicación de esto pueda ser hallada en la fuerza de los paradigmas. La responsabilidad civil durante siglos -sobre todo después de la sanción del Código de Francia- fue gestada como una responsabilidad “calcada” de la penal, utilizando la sagaz expresión de Mosset Iturraspe. Lo fue en su cosmovisión general, desde el mismo momento en que se edificó en derredor del dañador y no de la víctima; de la antijuridicidad y de la culpabilidad y no del daño injustamente sufrido; de la idea de pena, castigo, sanción al dañador antes que sobre la existencia de un daño injustamente causado a la víctima que clama por reparación.

Esta cosmovisión, se trasladó, naturalmente, a los elementos de la responsabilidad civil, que también se modularon en base a los paradigmas que provenían del derecho penal, excepción hecha del daño resarcible, que no es elemento de esta última.

La antijuridicidad la culpabilidad y también la relación de causalidad nacieron en el derecho civil “*calcadas*” de los conceptos que los penalistas desarrollaron para su ámbito propio. Los desarrollos que dichos conceptos tuvieron en el derecho penal fueron aprovechados por la doctrina civilista para elaborar los elementos de la responsabilidad civil. Con todo lo bueno y malo que ello tuvo para esta última, que es sustancialmente diferente de la responsabilidad penal.

El cambio social y las múltiples transformaciones que sobrevinieron a fines del siglo XIX, durante todo el siglo XX y en lo que va del que nos toca vivir, determinaron un fenomenal ensanchamiento de cada uno de esos elementos, a veces, excesiva.

Adviértase que en todos los casos, más allá de esa saludable elongación, el paradigma subsistía en un dato relevante: así como en la responsabilidad penal hay una relación más o menos directa entre el delincuente, la conducta delictiva que se le endilga y su resultado (en el homicidio, el autor mata a otra persona, plasmando una relación personal, directa, estrecha, perceptible entre su conducta y el resultado), el mismo tipo de vinculación debía estar subyacente en la responsabilidad civil. La conexión más o menos directa en lo material, en lo temporal y en lo espacial, entre dañador y víctima como vinculación perceptible, que no deja de ser tal, por el hecho de que el daño haya sido causado por un tercero por quien se debe responder. Tanto el responsable directo como el reflejo tienen, en ese caso, una vinculación directa o indirecta con el daño, en donde la autoría del daño es relativamente sencilla de identificar, pudiendo aquella “descubrirse” sin mayores dificultades en base a los moldes que venían de aquella relación causal calcada de la que campea en el derecho penal.

Pero los tiempos han cambiado y la realidad es otra. Hoy en día asistimos, en ciertos sectores del derecho de la responsabilidad civil, a formas de causación de daños que desbordan aquel modelo clásico. Tal lo que sucede en materia de daño ambiental (o de daños al consumidor),

particularmente en aquellos casos en que los efectos de la acción dañosa se perciben al cabo de muchos años, repercutiendo negativamente en una multiplicidad de personas o sobre toda o una parte importante de la comunidad cuyos intereses difusos conculca, que a veces forman parte de segundas o terceras generaciones que no tenían existencia al momento de cometerse el ilícito o de iniciarse el mismo en el caso de ilícitos continuados (Morello).

En todos estos casos, la teoría de la relación causal adecuada hace aguas y sólo puede aportar algún tipo de respuestas balbuceantes recurriendo a ficciones, o contentándose con muy poco a la hora de analizar los requisitos que deberían estar presentes para su configuración.

Un ejemplo traído del derecho del consumo, al que hemos hecho referencia en el capítulo anterior, y sobre el que volvemos a insistir, es quizás el que mejor puede explicar esta realidad: en los años sesenta, se comercializó en EE.UU., un estrógeno sintético que tenía propiedades antiabortivas. Mujeres que tenían dificultad para retener embarazos y eran propensas a padecer abortos espontáneos en las primeras semanas de gestación, utilizaron este medicamento para concretar el sueño más ansiado por una mujer, que es tener un hijo. El estrógeno fue producido y comercializado por más de trescientos laboratorios, bajo distintos nombres comerciales, durante varios años. Tiempo después, se comprobó que un significativo número de niñas que habían nacido de esas mamás que consumían el estrógeno sintético, al comenzar a desarrollarse y tener sus primeras menstruaciones, eran altamente propensas a contraer cáncer de útero. Se demostró, también, acabadamente, la vinculación que existía entre esta enfermedad con el estrógeno que sus progenitoras habían consumido para retenerlas cuando estaban en pleno inicio de su gestación. Un daño a segunda generación, plasmado más de doce años después del acto de consumo, diluido por los efectos del tiempo, que también en materia de responsabilidad civil todo parece corroerlo.

¿Cómo resolver casos como éste en base a la teoría de la causalidad adecuada, pensada para otra realidad y para otro tipo de hechos dañosos (más próximos al paradigma de la responsabilidad penal)? ¿Cómo fundar la causalidad adecuada del fabricante -sin incurrir en un sofisma- sobre la base de la dogmática alocución “lo que ordinariamente sucede conforme al curso regular de las cosas”? ¿Cómo determinar en base a tales parámetros cuál de los trescientos laboratorios debe ser reputado autor material del daño, máxime cuando ha pasado tanto tiempo y es lisa y llanamente imposible saber si la madre consumió el producto del laboratorio A, del B o del Z?

Las mismas reflexiones caben para el daño ambiental, que ordinariamente se proyecta con vigor suficiente para alcanzar a damnificados hasta de distintas generaciones y para comprometer la responsabilidad de distintos contaminadores, a veces también esparcidos en el tiempo y en el espacio. Su carácter difuso plantea una situación de particular complejidad, respecto de la identificación del agente causante del daño. En atinadas palabras de Goldenberg, la contaminación es “itinerante”, cambiante, se difumina en el tiempo y en el espacio, sin límites geográficos, ni físicos, ni temporales, ni espaciales.

La solución debe pasar por un profundo replanteo de este elemento de la responsabilidad civil, que hoy más que nunca clama por un sinceramiento y por la necesidad de adoptar otros criterios sensatos de imputación objetiva, con arreglo a los cuales pueda lucir razonable la ulterior atribución de responsabilidad, la determinación de la autoría y la modulación de las consecuencias dañosas.

No decimos que la teoría de la relación causal adecuada deba ser echada por la borda. Simplemente proclamamos que nada de científico hay en ella, que es sólo uno de los tantos criterios de imputación objetiva que puede el sistema tomar en cuenta y que en tal caso, sólo sirve para algunos tipos de daños y es claramente insuficiente en otros. Tal lo que sucede en la inmensa mayoría de los casos de daño ambiental.

En materia de concurrencia o de pluralidad de causas, en sus distintas variantes (causalidad conjunta o común, concurrente o acumulativa o disyuntiva o alternativa) es donde mejor se comprueba esta realidad.

La interacción de condiciones, la interdependencia de los fenómenos ambientales, que produce pluralidad de causas, plantea problemas en la determinación de los hechos y circunstancias causales y en sus efectos jurídicos.

Si bien los tribunales suelen mostrarse flexibles o indulgentes en la apreciación del nexo causal, aligerando la prueba, el problema sigue teniendo gran actualidad.

Ello ha generado en el derecho comparado, una serie de teorías nacidas en el área de la responsabilidad civil por daño ambiental, aplicables cuando exista una imposibilidad grave o una dificultad importante para identificar al agente que causó el daño, a nuestro modo de ver extrañas a la idea de causalidad adecuada, entre las que a título ejemplificativo, mencionamos:

1. *La teoría holandesa de la causalidad alternativa o disyunta*. Exime al demandante de probar el nexo causal cuando, dado el elevado número de posibles sujetos agentes, resulte materialmente imposible probar quién fue exactamente el que produjo el daño cuya reparación reclama. En ese caso se hace solidariamente responsables a todos los sujetos intervinientes (Mosset Iturraspe, Cafferatta). Análogamente a la teoría del *market share*, de origen estadounidense, el demandante no tiene que probar el nexo causal si los demandados son fabricantes de un determinado producto dañoso; a partir del mismo diseño se formula esta doctrina.

2. *La teoría alemana de la condición peligrosa*. Sostiene que si la acción u omisión crea un peligro capaz de provocar el suceso dañoso, ella puede considerarse como causa eficiente del daño efectivamente ocurrido, según una valoración *ex post*. Es similar a la teoría estadounidense de la responsabilidad por la contribución de riesgos, según la cual la víctima puede accionar contra uno de los fabricantes y éste deberá solventar la indemnización por haber producido el producto que originó el daño, aunque no se sepa si el producto consumido era suyo o no, por lo que se beneficia a la víctima pues puede elegir al más solvente (Cafferatta).

3. *Teoría de la proporcionalidad*. Según ella, la reparación debe ser proporcional a la probabilidad de causación del daño. Ha tenido eco en los EE.UU., que establece que si en un caso determinado hay, por ejemplo, un 40% de probabilidades de que el demandado haya originado el daño, éste deberá resarcir el 40% del total del mismo.

4. *Teoría del market share*. Toma en cuenta la participación que en el mercado tenían los legitimados pasivos para distribuir entre ellos la indemnización (Prosser & Keeton). Así, por ejemplo, si cinco laboratorios producen el ochenta por ciento del producto defectuoso que se comercializa en el mercado y doscientos noventa y cinco el veinte por ciento restante, cada uno de ellos debe responder en función de su participación en el mercado.

Según Prosser & Keeton, los extremos para que proceda la teoría del *market share* son cuatro: Que el daño sea causado por un mismo producto fungible, producidos por los distintos demandados traídos a juicio; el producto debe ser irrazonablemente peligroso; imposibilidad grave de identificar al productor que específicamente elaboró el producto que causó el daño al demandante; un conjunto de elaboradores del mismo producto con participación más o menos sustancial en el mercado.

El mismo criterio fue utilizado por los tribunales franceses a la hora de resolver una cuestión de contaminación ambiental por ruidos. Se trataba de la responsabilidad de las empresas aeronáuticas que operaban en el Aeropuerto de Orly, París, por la insonorización de las viviendas aledañas, afectadas por los fuertes ruidos producidos por las aeronaves en sus operaciones de aterrizaje y despegue.

### *c. El factor de atribución en la responsabilidad por daño ambiental*

La inmensa mayoría de los supuestos de responsabilidad por daño ambiental son atrapados por factores objetivos de atribución, con basamento en el riesgo creado y de empresa.

La aceptación de una responsabilidad objetiva por daño ambiental campea largamente en el derecho comparado y también en Argentina, por aplicación de los arts. 1113 C.C., 40 de la ley 25.612 de gestión integral de residuos industriales y actividades de servicio y, muy especialmente, de los arts 28 y 29 de la ley 25.675. Nuestra doctrina y jurisprudencia son unánimes en tal sentido. Es la solución que con buen criterio propiciaba el Proyecto de 1998 en sus arts. 1662, 1663 y 1665.

Salvo previsión normativa en contrario, las eximentes son las propias de un sistema de responsabilidad objetiva: hecho o culpa de la víctima, hecho o culpa de un tercero extraño o el *casus*.

#### *d. El daño ambiental. Remisión*

### **X. La responsabilidad por daño ambiental en la ley 25.675 (LGA). Nociones básicas**

#### *a. Objetivos de la ley*

La ley general del ambiente (LGA), sancionada el 6 de noviembre de 2002, promulgada el día veintisiete de ese mes y año, y vetada parcialmente por decr. 2413/2002, establece “*los 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*” (art. 1º).

Tiene, entre sus objetivos vinculados con el tema central de este trabajo (art. 2º), “asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas” (inc. a) y “establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental” (inc. k).

Su estudio en profundidad excede los límites modestos de nuestro estudio, por lo que centramos el enfoque en las cuestiones vinculadas con la responsabilidad por daño ambiental en ella contenidas.

#### *b. Principios que consagra la LGA relacionados con la reparación del daño ambiental*

La LGA consagra una serie de principios de política ambiental que presiden su interpretación y aplicación, “y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental” (art. 4º).

Entre ellos destacamos los principios de prevención, precautorio y de responsabilidad.

##### *1. El principio de prevención*<sup>5</sup>

Conforme al mismo, “las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir” (art. 4º LGA).

El principio de prevención hunde sus raíces en la denominada función preventiva del derecho

de daños, que ha tenido relevante desarrollo en el derecho argentino y comparado.

## 2. *El principio precautorio* <sup>6</sup>

El principio *precautorio* tiene alcances más flexibles, todavía. Conforme a él “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente” (art. 4º LGA).

Su aplicación conduce a la aplicación de medidas de urgencia, de carácter inmediato, que tengan por finalidad impedir la creación de un riesgo de efectos todavía desconocidos, aun en aquellos casos en los cuales hubiera ausencia o insuficiencia de pruebas, o de elementos científicos, referidos al comportamiento de la naturaleza. Ante el dilema entre una acción temprana, pero quizás intempestiva y los riesgos de cualquier demora, el principio de precaución se orienta a lo primero.

Naturalmente que se trata de un principio al que cabe recurrir con mucha *prudencia* y siempre que los antecedentes del caso así lo ameriten.

En la jurisprudencia nacional se registran algunos antecedentes de importancia, entre los que se destaca un fallo de la Cámara Federal de La Plata, del 8/7/03 (RRCyS, año V, Nº VI, nov.dic. 2003, pág. 65), en el que se aplicó este principio ante la duda científica existente para determinar si los campos electromagnéticos de frecuencia extremadamente baja, pero de exposición a largo plazo, emanados de una planta transformadora de media tensión a baja tensión, podían producir cáncer. La resolución se fundó en investigaciones llevadas a cabo por una agencia internacional para la investigación del cáncer, perteneciente a la Organización Mundial de la Salud y de otros organismos que habían concluido que se mantenía “la posibilidad de que las exposiciones intensas y prolongadas a los cuerpos electromagnéticos puedan aumentar el riesgo de leucemia en niños”.

En Francia, la jurisprudencia registra resoluciones del Consejo de Estado, relacionadas con alimentos transgénicos y con la prohibición de comercializar carne vacuna por riesgo de transmisión del llamado mal de la vaca loca.

## 3. *Principio de responsabilidad*

Finalmente, por aplicación del principio de responsabilidad, el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan” (art. 4º LGA).

El mismo luce orientado a alcanzar el pleno restablecimiento del equilibrio preexistente alterado por el hecho ilícito contaminante y por vía indirecta a fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos idóneos que permitan racionalmente cargar los costos de contaminación en aquellos que la generan. Conduce a consagrar la regla “quien contamina paga”, la cual descarga sobre el responsable de la contaminación o degradación del ambiente todos los costos económicos necesarios para prevenir o corregir el deterioro ambiental, sin perjuicio de otras sanciones retributivas que puedan corresponderle.

El principio de responsabilidad debe estar asociado a otro, no contemplado expresamente por la LGA, pero que surge como colofón lógico de todo su plexo normativo: *el principio de desmantelamiento pleno de los efectos del ilícito ambiental*.

Este último supone que quien causa un daño ambiental no puede obtener réditos o beneficios económicos derivados de su accionar, aun después de haber pagado las indemnizaciones pertinentes.

El desmantelamiento de estos efectos, puede alcanzarse por distintas técnicas legislativas, ya por vía de sanciones penales o administrativas de tipo económico (multas), ora por la aplicación de indemnizaciones punitivas por normas de derecho privado (bases normativas de por medio, claro

está) o bien flexibilizando la figura del enriquecimiento sin causa, lo cual conduce, en estos casos, a restar toda importancia al requisito de correlatividad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento que proclamó durante años la doctrina clásica.

### *c. Prevención del daño ambiental*

La LGA consagra a la prevención como instrumento fundamental para la evitación del daño ambiental. En pocos ámbitos como en éste que nos ocupa, las soluciones preventivas tienen tanto valor, habida cuenta del carácter comprobadamente relativo que tienen los mecanismos resarcitorios. El ambiente degradado sólo en muy pocos casos puede ser recompuesto a su estado anterior, y las indemnizaciones pecuniarias que puedan mandar a pagarse -por importantes que sean- sólo constituyen paliativos frente a una situación grave e irreversible.

En lo que hace específicamente a la prevención de daño ambiental, cabe señalar insistiendo en los conceptos allí vertidos:

1) Que ésta puede alcanzarse de dos maneras diferentes, susceptibles de ser complementadas entre sí: a través de la imposición de deberes específicos de prevención, variables según las circunstancias, establecidos generalmente en normas de derecho público, circunscrito a distintos tipos de actividades riesgosas o peligrosas contaminantes, particularmente, las de índole empresarial (prevención específica); o bien mediante una prevención de carácter general, que opera de manera por disuasión y se plasma en la amenaza efectiva de una sanción retributiva y, en su caso, resarcitoria, frente a la producción de un daño ambiental. Un adecuado régimen de sanciones (administrativas, tributarias, penales y civiles) puede convertirse en un importante factor de prevención, ante el temor que genera para los potenciales dañadores incurrir en las conductas previstas por la ley.

2) Que en materia ambiental, de modo explícito y con carácter operativo, la LGA recepta el principio de prevención no sólo como objetivo de política ambiental (art. 2º g,k) sino también como criterio de interpretación y aplicación de las normas de esta materia (art. 4º).

Es, por lo demás, la solución que campea largamente en el derecho comparado y la que goza del beneplácito de toda la doctrina nacional (Alterini; López Cabana; Lorenzetti; Basalú Parkinson; Bustamante Alsina; Cafferatta). En este sentido se pronunciaron, entre otros, el Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños, las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros y las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

3) La tutela preventiva sustancial inhibitoria en materia ambiental se fundamenta en el art. 41 C.N. y en los arts. 2º, 4º y concs. LGA.

4) La tutela preventiva procesal inhibitoria se plasma en la acción de amparo (arts. 43 C.N. y 30 *in fine* LGA), en las “medidas de urgencia”, inclusive de carácter precautorio o cautelar que se prevén en el art. 32 *in fine* y también en las de carácter autosatisfactivo y que encuentran aplicación plena en este ámbito. La LGA no introduce mayores novedades en este punto.

Se inserta dentro de la tutela preventiva, en forma complementaria, la denuncia de daño temido (arts. 2499 C.C. y 623 bis C.P.C.C.N.), la acción negatoria, la previsión normativa del art. 2618 y la que veda el ejercicio abusivo del derecho (art. 1051 C.C.).

### *d. Reparación del daño ambiental*

La LGA dedica los arts. 27 a 34 a la regulación de la prevención y reparación del daño

ambiental de incidencia colectiva, provenga de conductas lícitas o ilícitas, al que define como “*toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos*”

Es también resarcible, por aplicación de los principios generales, el daño ambiental patrimonial y moral que afecte individualmente a una o varias personas.

Para que opere la reparación del daño ambiental es preciso que se configuren todos los presupuestos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil ambiental es independiente y no se superpone con la responsabilidad administrativa que pueda corresponder.

Insistimos en que rige en esta materia un factor objetivo de atribución, con basamento en el riesgo creado y, en ámbitos específicos, de empresa (Lorenzetti). En tal sentido, el art. 28 dispone que “El que cause el daño ambiental será *objetivamente responsable* de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder”.

La norma, de modo expreso, establece el carácter objetivo de dicha responsabilidad, en estricta armonía con los principios del derecho común aplicables que rigen la materia (art. 1113 y concs. C.C.) (Fernández Madero; Basalú Parkinson, Alterini - López Cabana, Lorenzetti, Bustamante Alsina) En este sentido se pronunciaron las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión II, despacho I, de *lege lata*, punto 6: “Sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad por dolo o culpa del sujeto degradador, los daños producidos al medio ambiente encuadran en el régimen objetivo de la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113, 2ª parte, C.C.)”. La jurisprudencia dominante se inclina también por estas ideas (C1CC La Plata, Sala III, 9/2/95, J.A. 1995-IV- 187; idem, Sala II, 27/4/93, J.A. 1993-III-367; CNCiv., Sala I, 20/6/94, L.L. 1995-C, 360).

#### *e. Legitimación pasiva en materia resarcitoria* <sup>7</sup>

La ley dispone que cuando el daño ambiental colectivo es causado por dos o más personas, o no resulta posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, “todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas, la responsabilidad se hace extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación” (art. 31).

La solución normativa puede ser aceptable, con algunas reservas, en materia de tutela preventiva del ambiente, pues guarda armonía con los principios generales que rigen la materia.

Cuando el daño es causado por un agente individualizado, la responsabilidad recae sobre éste de modo individual.

Distinto es el supuesto en el cual hay cocausación del perjuicio ambiental colectivo, supuesto en el cual este último deriva de la actuación concurrente de dos o más agentes que con su conducta coadyuvan a su producción. El daño es producido por dos o más agentes causales, pudiendo dicha pluralidad presentarse de diferentes maneras:

1) Causalidad *común*. Es el supuesto más frecuente, en el que el daño resulta de la acción conjunta de dos o más agentes que causan el mismo daño. Es la causalidad propia de los delitos (art. 1081) y de los ilícitos culposos que no son delitos (art. 1109) Todos los que toman parte en la ejecución del hecho ilícito doloso o culposo (v.gr., autores, consejeros, cómplices, etc.) responden

solidariamente frente a la víctima.

2) Causalidad *acumulativa*. En este caso, el daño es producto del actuar independiente, esto es, no común o conjunto, de dos o más agentes. La particularidad reside en que cada acción, tomada aisladamente, tiene aptitud causal suficiente para provocar el daño *in totum* (v.gr., dos empresas vuelcan desechos o efluentes de sus procesos productivos en un río, contaminando sus aguas y generando un supuesto de daño ambiental). En tal caso, ambos responden sin que obste a tal conclusión el hecho de que los efluentes vertidos por cualquiera de ellas fueran suficientes por sí sólo para provocarlo.

3) Causalidad *alternativa*. Se da cuando “el daño se produce como efecto de una acción que han realizado dos o más personas sin que sea posible individualizar a quién de todos ellos ha sido el efectivo autor. Se dice que hay causalidad *alternativa o disyunta*, porque aunque sólo *uno*, entre varios agentes, sea el autor singular del daño, dicho autor no puede ser *individualizado o identificado* en razón de haber concurrido varias personas a su producción” (Zannoni). Tal lo que sucede en los casos de daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado de personas -responsabilidad colectiva- y que tiene basamento en los arts. 1118, 1119 y concs. C.C., y en el art. 95 C.P.. El sistema de responsabilidad colectiva emergente del art. 1119 puede ser elongado, siempre que se verifique la presencia de un riesgo con cuya configuración los sindicatos como responsables estén causalmente vinculados por circunstancias relevantes y que no haya duda acerca de la participación de aquellos dentro del conjunto.

Se ha controvertido si las entidades financieras externas, no vinculadas a la empresa contaminante, que financian este tipo de actividades contaminantes mediante el otorgamiento de créditos están o no alcanzadas por la normativa especial. El tema es opinable y ha dado lugar a una interesante controversia en el derecho comparado, sobre todo, en los Estados Unidos de Norteamérica y también entre nosotros, cuyo tratamiento en profundidad excede los límites de este trabajo. Nos limitamos, por ende, a señalar que en nuestra opinión, la entidad financiera puede ver comprometida su responsabilidad si se prueba que tuvo conocimiento o pudo tenerlo obrando con cuidado y previsión del carácter contaminante de la actividad desplegada por el deudor financiado y, consiguientemente, la posibilidad de influir en decisiones concernientes a la protección del medio ambiente. Nos parece que su responsabilidad no puede ser encuadrada en la LGA, sino en las previsiones del art. 1109 C.C..

Es cuestionable la referencia a la responsabilidad de los profesionales que contiene la última parte de la norma, que laxamente interpretada puede conducir a resultados absurdos. ¿A qué profesionales ella se refiere? ¿A todos los que han intervenido en la actividad contaminante, como asesores, locadores de obra o de servicios, o como dependientes? ¿Cualquiera sea el nivel de intervención y su poder de decisión? ¿Es sensato aplicar un estándar de responsabilidad objetiva solidaria en tal supuesto?

Nos parece que la solución normativa es excesiva y más allá de que dicha responsabilidad se module en la medida de su participación, puede conducir a situaciones graves y muy injustas que comprometan indebidamente a profesionales liberales.

#### *f. Legitimación activa. La cuestión en materia de prevención y de reparación del daño ambiental colectivo*

Producido el daño ambiental *colectivo*, la ley otorga legitimación activa “para obtener la recomposición del ambiente dañado”, al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el art. 43 C.N. y al Estado nacional,

provincial o municipal. Asimismo tiene legitimación activa para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. “Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo” (art. 30).

En materia de *prevención* y neutralización del daño ambiental colectivo, la solución guarda armonía con el art. 43 C.N..

No nos parece correcto, en cambio, que en el plano *resarcitorio* del daño colectivo se admita una legitimación popular a cualquier persona que invoque la calidad de *afectado* (expresión a la que se le ha asignado un sentido sumamente amplio, muchas veces, equiparable a *vecino*), y mucho menos que se otorgue a quien demande primero virtualidad para enervar la posibilidad de accionar de otros legitimados activos, sin que minimice a esta objeción el hecho de que se les permita intervenir como terceros.

En nuestra opinión, la norma carece de sensatez y puede llevar a situaciones absurdas o lo que es peor, reñidas con la buena fe sustancial y procesal. Un contaminador se sentirá muy a gusto frente a una demanda deficientemente entablada por una persona que obre hasta en connivencia con él (muy difícil de probar, por cierto), la cual actuará como “tapón” para otras pretensiones mejor fundadas, por ejemplo, a cargo del propio Estado. La solución legal traduce, en nuestra opinión, un verdadero despropósito, al otorgar en materia de reparación del daño colectivo una representación popular a quien no debería tenerla, y al asignarle efectos sustanciales y procesales excesivos. El sistema implementado puede conducir a un verdadero aquellarre procesal, particularmente cuando se susciten conflictos entre el demandante y los miles de terceros (incluido el Estado) que pueden comparecer a juicio a hacer valer sus derechos.

Lo dicho se potencia en materia de daño moral colectivo, en donde no se advierten razones serias que permitan a cualquier persona irrogarse la representación colectiva para valorar y cuantificar la pretensión resarcitoria.

Nosotros creemos que la solución correcta en *materia resarcitoria* debería haber sido otra, que la legitimación activa debería recaer, en principio, sobre el Estado, y sólo frente a su inacción tendrían que abrirse las vías para que otros sujetos accionen.

#### *g. Eximentes*

Responsabilidad objetiva significa, conviene insistir en ello, imputación del daño con abstracción de la idea de culpabilidad, con basamento en este caso en el riesgo creado y de empresa, que admite eximentes limitadas, las cuales deben orientarse a demostrar la ruptura del nexo causal. Precisamente el art. 29 de la ley, en consonancia con el anterior, resuelve esta última cuestión: “La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa. Se presume *iuris tantum* la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas”.

Se ha observado que en verdad, la culpa de la víctima no tiene cabida tratándose de daño ambiental colectivo -único supuesto que habría reglado la ley- pues difícilmente podría hallarse una “víctima” de quien predicar una conducta apta para excluir la obligación de recomponer o en su

caso de indemnizar del responsable. Señala en tal sentido Basalú Parkinson: “¿Quién es la ‘víctima’ cuya culpa resulta apta para excluir la responsabilidad por daño ambiental colectivo? ¿Es ‘la sociedad’, en los términos del art. 31? A todas luces, la culpa de la víctima no puede operar como factor excluyente de la responsabilidad en este supuesto”.

Si bien la norma -de muy pobre redacción- no menciona al caso fortuito, no nos caben dudas acerca de su virtualidad eximitoria, siempre que sea externo a la actividad desplegada. Es, en definitiva, una situación asimilable a la que sucede con el art. 1113 C.C. que tampoco menciona al *casus*, sin que esto haya obstado a que rija como eximente también en dicha materia. La exclusión de la eximente -si esa hubiese sido la pretensión del legislador- debería haber estado consagrada de modo más categórico, cosa que no se advierte en la LGA (Lorenzetti).

En cambio, la demostración de falta de culpabilidad no actúa como eximente. Es una solución lógica, coherente con la naturaleza objetiva de la responsabilidad que regula esta ley.

Se ha sostenido que la norma “es contradictoria” ya que en su art. 29 admite “la exención de responsabilidad acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder”. Esta eximente sería “propia de la culpa y no de la imputación objetiva” (Lorenzetti). Nos permitimos discrepar. La ley no dice que el sindicado como responsable se libera acreditando que pese a haber adoptado todas las medidas para evitar el daño, no pudo hacerlo. La referencia legal se inserta en un párrafo más amplio y tiene otro sentido: no puede invocarse como eximente la culpa de la víctima o de un tercero extraño cuando dicha conducta es imputable al sindicado como responsable. La diligencia del sindicado como responsable no se valora, de tal modo, para eximirlo de responsabilidad. Tiene otro sentido: es presupuesto indispensable para que pueda invocar las eximentes que menciona la ley. No hay culpa de la víctima o de un tercero extraño que libere al legitimado pasivo si aquellos han sido provocados por la conducta culpable de este último. Es aplicación de los principios generales que regulan la materia. La razón es obvia: para que la culpa o hecho de la víctima o de un tercero extraño liberen (total o parcialmente) al sindicado como responsable objetivo es preciso que tenga incidencia casual o concausal en la producción del resultado y que aquella conducta no sea imputable al demandado. La ley se hace cargo de esto último, aunque con técnica deficiente. En suma: no hay contradicción alguna en la ley: la responsabilidad es objetiva y las eximentes que se admiten son las propias de tal sistema.

## **XI. La responsabilidad por riesgo en la ley 25.612 de gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios. Nociones generales**

### *a. Objetivos de la ley. Su correlación con la ley 24.051 de residuos peligrosos*

La ley 25.612 establece los “presupuestos mínimos de protección ambiental sobre la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio, que sean generados en todo el territorio nacional, y sean derivados de procesos industriales o de actividades de servicios” (art. 1°).

La norma entiende por proceso industrial a “toda actividad, procedimiento, desarrollo u operación de conservación, reparación o transformación en su forma, esencia, calidad o cantidad de una materia prima o material para la obtención de un producto final mediante la utilización de métodos industriales”; y por actividad de servicio a “toda actividad que complementa a la industrial o que por las características de los residuos que genera sea asimilable a la anterior, en base a los niveles de riesgo que determina la presente”.

La ley tiene, entre otras finalidades, garantizar la preservación ambiental, la protección de los recursos naturales, la calidad de vida de la población, la conservación de la biodiversidad, y el equilibrio de los ecosistemas; minimizar los riesgos potenciales de los residuos en todas las etapas de la gestión integral; reducir la cantidad de los residuos que se generan; promover la utilización y transferencia de tecnologías limpias y adecuadas para la preservación ambiental y el desarrollo sustentable y promover la cesación de los vertidos riesgosos para el ambiente (art. 4°).

*b. Residuos incluidos y excluidos de la normativa. Carácter objetivo de esta responsabilidad*

A tales fines, define con sentido normativo las nociones de residuo industrial y de gestión de residuos industriales y de actividades de servicio, al tiempo que determina la exclusión de los residuos biopatogénicos, domiciliarios (actualmente reglada por la ley 25.916), radiactivos y los derivados de operaciones normales de buques y aeronaves del régimen por ella previsto. Al igual que la anterior ley 24.051 de residuos peligrosos, la ley 25.612 establece un régimen de responsabilidad objetiva, con basamento en el riesgo de empresa, que es prácticamente un símil de aquél. Dicho principio surge inequívocamente del 40, en donde “presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo definido según los alcances del artículo 2°, es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil, modificado por la ley 17.711”. La remisión legal al art. 1113 C.C. (y a la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa) permite proyectar a esta materia toda la construcción doctrinaria y jurisprudencial elaborada en derredor de dicha norma a la que hemos hecho amplia referencia en capítulos anteriores. Se trata, de tal modo, de una responsabilidad objetiva

La ley presume de modo *iuris tantum* que “todo residuo definido según el alcance del art. 2° es cosa riesgosa” (Fernández Madero; Pereiro de Grigaravicius; Pigretti).

Quedan comprendido, de tal modo, “cualquier elemento, sustancia u objeto en estado sólido, semisólido, líquido o gaseoso, obtenido como resultado de un proceso industrial, por la realización de una actividad de servicio, o por estar relacionado directa o indirectamente con la actividad, incluyendo eventuales emergencias o accidentes, del cual su poseedor productor o generador no pueda utilizarlo, se desprenda o tenga la obligación legal de hacerlo”.

La presunción no es absoluta y puede ser desvirtuada mediante la demostración del “no riesgo” o lo que es igual de la ausencia de potencialidad dañosa del residuo para terceros conforme al curso normal y ordinario de las cosas, atendiendo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Ello, por cierto, sin desmedro de otras eximentes invocables, propias de un sistema de responsabilidad objetiva, a las que haremos referencia más adelante. Es interesante señalar que la ley 25.612, al igual que lo hacía la ley 24.051, utiliza la locución “cosa riesgosa”, emplazando presuntivamente a los residuos definidos en el art. 2° en esa categoría.

La vieja conceptualización de Ripert, tantas veces objetada en la doctrina francesa y argentina (crítica injusta e insincera, por cierto), sigue manteniendo vigencia plena y resiste vigorosa los embates. Abunda en los repertorios jurisprudenciales; también en las obras doctrinarias, en donde suele ser utilizada -a veces, quizás, inadvertidamente- aun por quienes pocas páginas atrás la han denostado, en base a argumentos dogmáticos inconsistentes, de raíz subjetivista. Ahora es la propia ley la que se hace eco de esta realidad que *con muy buen criterio y sin medias tintas*, llamando a las cosas por su nombre.

### *c. Legitimación pasiva*

La legitimación pasiva recae, en principio, en forma *concurrente* sobre el dueño y el guardián de los residuos (arg. arts. 40 ley 25612 y 1113 C.C.).

El generador de residuos, o sea la “persona física o jurídica, pública o privada, que genere residuos industriales y de actividades de servicio, conforme lo sancionen las distintas jurisdicciones”, responde en calidad de dueño por los daños producidos por aquellos en los términos del Título II de la ley (arts. 16, 40 y ss. ley 25.612).

La responsabilidad del generador por los daños ocasionados por los residuos, no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de éstos, salvo en los siguientes casos: 1) Cuando se trate de daños causados por el mayor riesgo que un determinado residuo adquiera como consecuencia de un manejo o tratamiento inadecuado o defectuoso, realizado en cualquiera de las etapas de la gestión integral de los residuos industriales y de actividades de servicio; 2) cuando el residuo sea utilizado como insumo de otro proceso productivo, conforme lo determine la reglamentación.

El transportista de residuos peligrosos es también responsable en calidad de guardián de los mismos, de todo daño producido durante el transporte, desde los lugares de generación, hasta los de almacenamiento, tratamiento o disposición final debidamente autorizados (art. 28).

Las personas físicas o jurídicas titulares o responsables de las plantas de almacenamiento, tratamiento o disposición final de residuos responden también en calidad de dueño o guardián de los residuos que obren en su poder, en razón de la actividad que en ella se desarrolla (art. 37).

Se denomina “planta de tratamiento a aquellos sitios en los que se modifican las características físicas, la composición química o la actividad biológica de cualquier tipo de residuo industrial y de actividades de servicio, de modo tal, que se eliminen o reduzcan sus propiedades nocivas, peligrosas o tóxicas, o se recupere energía y recursos materiales, o se obtenga un residuo de niveles de riesgo menor, o se lo haga susceptible de recuperación o valorización, o más seguro para su transporte o disposición final, bajo normas de higiene y seguridad ambientales que no pongan en riesgo ni afecten la calidad de vida de la población, en forma significativa”(art. 29 ley 25.612).

Son plantas de disposición final “los sitios especialmente contruidos para el depósito permanente de residuos industriales y de actividades de servicio, que reúnan condiciones tales que se garantice la inalterabilidad de la cantidad y calidad de los recursos naturales, bajo normas de higiene y seguridad ambientales que no pongan en riesgo ni afecten la calidad de vida de la población, en forma significativa” (art. 30 ley 26.612).

La ley impone a toda planta de almacenamiento, tratamiento o disposición final de residuos: 1) Contar con habilitación para funcionar otorgada por la autoridad competente; 2) realizar un estudio de impacto ambiental, el cual debe ser presentado ante la autoridad competente, a fin de que emita una declaración de impacto ambiental en el que fundamente su aprobación y rechazo; 3) llevar un registro de operaciones permanente, en la forma que determine la autoridad competente, cuya información debe integrarse al Sistema de Información Integrado; 4) asegurar la recomposición de los posibles daños ambiental que su actividad pueda generar, a cuyos efectos pueden adoptar algunas de las medidas de garantía que prevea la reglamentación (contratación de seguro, fianzas, cauciones, fondo de reparación u otra garantía equivalente); 5) disponer las medidas pertinentes para que se asiente en el registro de la propiedad inmueble el uso de la propiedad para la instalación o funcionamiento de sistemas y plantas de tratamiento o disposición final de residuos (arts. 32, 33, 34, 38 y 39 ley 25.612).

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión del dominio o abandono voluntario de los residuos industriales y de actividades de servicio (art. 41). La solución se justifica pues “*la responsabilidad nace para quien es dueño o guardián al momento de*

*la introducción del riesgo y resulta inoponible a terceros aquel abandono”* (Fernández Madero). Es, por lo demás, la única solución coherente con el riesgo de la actividad desplegada que no varía por la circunstancia meramente contingente de que los desechos sean liberados.

#### *d. Eximentes*

Las eximentes que gravitan sobre el dueño, guardián y otros posibles legitimados pasivos son propias de un sistema de responsabilidad objetiva: culpa o hecho de la víctima, de un tercero extraño y el *casus*. Así lo dispone el art. 42: “El dueño o guardián de un residuo no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero por quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso”. La referencia contenida en la última parte del párrafo no importa consagrar un régimen de responsabilidad subjetiva, ni una concesión de esa índole en esta materia. Al igual que lo que ocurre con la LGA, ella sólo significa que para que tales eximentes liberen al sindicado como responsable, no deben serle imputables subjetivamente a éste.

## **XII. La reparación del daño ambiental**

### *a. Aplicación de los principios generales*

Salvo previsión normativa en contrario, rigen en esta materia, los principios generales sobre la reparación del daño injustamente causado.

### *b. Reparación en especie*

La LGA privilegia la reparación en natura del daño ambiental colectivo, que consiste en el “restablecimiento al estado anterior a su producción”. La solución guarda estricta armonía con lo dispuesto en el art. 41 C.N. y con el art. 1083 C.C.

La recomposición de las cosas al estado anterior, cuando ella sea posible, permite un mejor restablecimiento del hábitat afectado. Así, por ejemplo, sanear un río o lago contaminado; la creación de un parque en zonas próximas a los lugares afectados; la realización de obras que favorezcan la recomposición del equilibrio afectado del ecosistema.

La reparación en especie debe, en materia de daño ambiental, ser ordenada *aunque resulte antieconómica*. Es consecuencia directa de la gravedad del perjuicio, de su incidencia colectiva y, sobre todo, del carácter intolerable que tiene el daño ambiental.

Lo expresado no impide que dicha reparación pueda ser complementada con la indemnización pecuniaria.

En caso de que no sea posible el restablecimiento de hábitat afectado, la reparación del daño se realiza mediante el pago de una indemnización pecuniaria, con destino al Fondo de Compensación Ambiental que prevé el art. 28 de la LGA.

El aludido Fondo es un fondo público, que debe no sólo cuidar el ambiente, sino velar por su protección y restauración.

El Proyecto de 1998 sigue esas ideas en su art. 1622: “En los casos de daños a intereses de incidencia colectiva corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador, sin perjuicio de las demás responsabilidades. Si la reposición es total o parcialmente imposible, el responsable debe reparar el daño mediante otros bienes que satisfagan intereses de incidencia colectiva equivalentes a los afectados”.

### **XIII. Seguro obligatorio**

Tanto la ley 24.051 (art. 23), como la LGA (art. 22) imponen a distintos sujetos la contratación de seguros obligatorios por responsabilidad civil. La norma citada en último término dispone que “Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación”.

Dadas las peculiaridades del daño ambiental, de modo particular en lo que hace a gestación y a su propagación en el tiempo, a las dificultades de identificación y a su valuación económica, el seguro que nos ocupa ha ofrecido algunos escollos para su implementación técnica, existiendo coberturas de distintos alcances, cuya consideración en particular excede los límites de este trabajo (*all risk, named peril, etc.*).

Otro aspecto delicado es precisar la noción de siniestro, ya que ello determina el momento a partir del cual la compañía aseguradora se hace cargo de la cobertura respectiva. Suelen computarse a tal fin, según las cláusulas que se pacten, el comienzo del siniestro, el momento de realización del hecho generador, el momento en que el daño comienza a producirse, o en que éste se manifiesta en personas o cosas, o cuando el mismo es descubierto, o el de reclamo de la víctima, etc..

No se fijan límites o topes indemnizatorios.

La LGA permite facultativamente la constitución por el interesado de un fondo de restauración (que actúa como fondo de garantía) con la finalidad de instrumentar la reparación del daño.

### **XIV. Desmantelamiento del ilícito ambiental lucrativo**

El desmantelamiento pleno de los ilícitos ambientales no puede ser alcanzado solamente por la vía resarcitoria, de modo particular cuando éste arroja beneficios económicos al contaminador, aun después de haber reparado el daño.

Las vías resarcitorias deben ser complementadas:

a) Con un adecuado régimen de sanciones retributivas civiles, penales y administrativas que aseguren una condigna sanción y en todos los casos que no queden beneficios al dañador derivados de la agresión al medio ambiente.

b) Utilizando flexiblemente el instituto del enriquecimiento sin causa, lo cual supone admitir la existencia de una *condictio* por intromisión en derecho ajeno, en donde la exigencia de empobrecimiento del actor y, consecuentemente, de correlatividad entre éste y el enriquecimiento del demandado, se desvanecen.

c) Admitiendo que dentro del concepto daño resarcible se inserten -esforzadamente, por ciertos- los lucros obtenidos por el dañador, cuando éstos sean superiores al real detrimento experimentado por la víctima.

## Notas

\* Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>1</sup> Bibliografía especial: AURORA BASALÚ PARKINSON, *Responsabilidad por daño ambiental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, Nº 8, pág. 104; SALVADOR D. BERGEL, “Desarrollo sustentable y medio ambiente: la perspectiva latinoamericana”, *Revista del Derecho Industrial. Derecho ambiental*, año 14, n. 41, mayo-agosto, 1992, Buenos Aires, Depalma, pág. 305; ATILIO A. ALTERINI - ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, “Los daños al medio ambiente en el marco de la realidad económica”, L.L. 1992-C-1028; JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 43.

<sup>2</sup> Bibliografía especial: HIGHTON, “Reparación y prevención del daño al medioambiente. ¿Conviene dañar? ¿Hay un derecho a dañar?” en BUERES - KEMELMAJER DE CARLUCCI (directores), *Derecho de daños. Segunda parte*, Buenos Aires, La Rocca, 1993; JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Derecho ambiental. Fundamentación y normativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995; NÉSTOR CAFFERATTA, en TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. III, pág. 533 y ss.; JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. III (El acto ilícito), 1998 y t. IX (Responsabilidad de la empresa), 2003; AURORA BASALÚ PARKINSON, *Responsabilidad por daño ambiental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005; y ss.; WALSH, “La ley 25.916 sobre gestión de residuos domiciliarios: una pieza nueva en el tablero de los presupuestos mínimos de protección ambiental”, ADLA 2004-E-6565; RICARDO L. LORENZETTI, *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995; “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, L.L. 1998-A-1026; “La nueva ley ambiental”, L.L. 2003-C-1332; “La protección jurídica del ambiente”, L.L. 1997-E-4; “Las reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, L.L. 1998-A-1026; ZAVALA DE GONZÁLEZ, “El daño colectivo”, en *Derecho de daños. Primera parte (Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe)*, pág. 438 y ss., en esp. págs. 448 a 453; MARÍA M. AGOGLIA - JUAN C. BORGINA - JORGE MESA, “La lesión a los intereses difusos. Categoría de daño jurídicamente protegible”, J.A., 1993-II-890; AUGUSTO M. MORELLO, “El desafío en nuestros tiempos desde la perspectiva de la protección del medio ambiente”, *Revista Jurisprudencia Provincial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 521; “Los derechos del hombre de tercera y cuarta generación”, en *Estudios de derecho procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*, La Plata, Platense, 1998; JORGE GALDÓS, “Derecho ambiental y daño moral colectivo: algunas aproximaciones”, J.A. 1998-II-982; CABANILLAS SÁNCHEZ, *La reparación de los daños al medio ambiente*, pág. 69 y ss.; DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, pág. 201 y ss.; MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, pág. 237 y ss.; FERNÁNDEZ MADERO, “La contaminación en la actividad fabril”, L.L. del 26/12/05, pág. 1; ATILIO A. ALTERINI - ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, “Los daños al medio ambiente en el marco de la realidad económica”, L.L. 1992-C-1029; FERNÁNDEZ MADERO, “La contaminación en la actividad fabril”, L.L. del 26/12/05, pág. 1; PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, “La responsabilidad civil frente a la nueva ley de residuos industriales y la regulación anterior sobre residuos peligrosos y patológicos”, L.L. 2004-C-1311; PIGRETTI, “Los presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de residuos industriales y de servicios de la ley 25.612”, ADLA 2002-D, 5057; *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Depalma, 1993; FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, “Responsabilidad por daño ambiental”, J.A. 1999-IV-1180; TOMÁS HUTCHINSON, “Responsabilidad pública ambiental”, en la obra colectiva *Daño ambiental*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 127; SILVIA JAQUENOD DE ZSOGON, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Madrid, Dikynson, 1991; G. DE LA POZA, *El principio quien contamina paga*, Economía Industrial, Madrid, 1975, pág. 61; LUCÍA GOMIS CATALÁ, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Madrid, Aranzadi, 1998; ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, *La reparación de los daños al medio ambiente*, Madrid, Aranzadi, 1996; ISIDORO GOLDENBERG - NÉSTOR CAFFERATTA, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001; LUIS O. ANDORNO, “La responsabilidad por daño al ambiente”, J.A. 1996-IV, 877.

<sup>3</sup> Bibliografía especial: EDGARDO SAUX, “Acceso a la tutela de los ‘derechos de incidencia colectiva’ dentro del nuevo texto constitucional”, trabajo de sumo interés publicado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1994, Nº 7, pág. 111, en especial Nº 7, págs. 133 y 134; MATILDE ZAVALA DE GONZALEZ, “El daño colectivo”, en *Derecho de daños. Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, La Rocca, 1999, pág. 439; ídem, “Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario”, J.A. 1997-III-; AUGUSTO M. MORELLO - R. STIGLITZ, *Daño moral colectivo*, L.L. 1984-C, 1198; ídem, *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, La Plata, Platense, 1986; MARÍA M. AGOGLIA - J.C. BORAGINA - JORGE MEZA, “La lesión a los intereses difusos. Categoría de daño jurídicamente protegible”, J.A. 1993-II-890; RICARDO L. LORENZETTI, “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, L.L. 1996-D, 1063; ídem, “Daño moral colectivo. Su reconocimiento jurisprudencial”, J.A. 1997-III-237; ídem, *La protección del ambiente*, L.L. 1997-E-1463; JORGE M. GALDÓS, “Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa”, *Revista de Derecho de Daños*, n. 6, pág. 1113; ídem, su voto en Cámara C. y C. de Azul, 22/10/96, E.D. 171-378; FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, “Un caso de daño moral colectivo”, E.D. 171-373; JORGE BUSTAMANTE ALSINA, “El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible”, L.L. 1998-A-1033; RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Daño moral*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2001.

<sup>4</sup> Bibliografía especial: MORELLO, “La valoración de la prueba y otras cuestiones de derecho procesal del ambiente”, J.A. 1993-III-390; FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, “La defensa del ambiente en la Provincia de Buenos Aires”, J.A. 1998-IV-1048.

<sup>5</sup> Bibliografía especial: AUGUSTO M. MORELLO - GABRIEL STIGLITZ, “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”, L.L. 1987-E, 364; GABRIEL STIGLITZ, “El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Homenaje a Atilio A. Alterini, Buenos

Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 320; Graciela N. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencia y prospectiva*, pág. 208; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Tutela inhibitoria contra daños”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N° 1, enero-febrero, 1999.

<sup>6</sup> Bibliografía especial: Isidoro GOLDENBERG - Néstor CAFFERATA, “El principio de precaución”, *J.A.* 2002, IV, fascículo 6; Claudia ORONÁ - Ernesto GIARDINA - María del P. CIMATO, “Viabilidad de la aplicación del principio de precaución en nuestra actividad jurisdiccional y como elemento integrante del proceso de toma de decisiones”, *L.L. Sup. de Derecho Ambiental*, FARN, 26/12/03, año X, N° 5, pág. 5.

<sup>7</sup> Bibliografía especial: Eduardo ZANNONI, “Cocausación de daños (Una visión panorámica)”, *Revista de Derecho de Daños*, 2003-2, pág. 18; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “La responsabilidad colectiva en el resarcimiento de daños”, *L.L.* 142-976; Roberto LÓPEZ CABANA - Néstor LLOVERAS, “La responsabilidad colectiva. Pautas para su aplicación en el derecho civil argentino”, *E.D.* 48-799; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “El daño colectivo”, en TRIGO REPRESAS - STIGLITZ (dir.), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, pág. 437.

**VI CONGRESO DE ACADEMIAS DE CIENCIAS  
JURIDICAS  
YSOCIALES DE IBEROAMERICA**

**Bogotá, Colombia  
14 al 17 de octubre de 2007**

# EL AGUA, PRINCIPAL ELEMENTO DEL MEDIO AMBIENTE \*

por ALDO GUARINO ARIAS \*\*

**SUMARIO:** I. Una polémica ley argentina. La ley 25.688 de gestión ambiental del agua y su posible incidencia sobre el acuerdo del Colorado y el COIRCO (Comité Interjurisdiccional del Río Colorado). II. Contenido de la ley 25.688. Primera crítica. Ausencia de presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas. Segunda crítica. Las cuencas hídricas. Los comités de cuencas. Qué son los comités de cuencas hídricas. a. No se expresa quién elige y a quién. b. ¿Cuál es la autoridad nacional de aplicación? c. La utilización de las aguas en la ley 25.688. Expresiones indefinidas que pueden producir equívoco. d. Delegación de facultades. e. La inconstitucionalidad de la ley 25.688. f. Breves antecedentes de la tesis federal y los fallos de la Corte Suprema de la Nación. g. La génesis de la ley.

## I. Una polémica ley argentina

La ley 25.688 de gestión ambiental del agua y su posible incidencia sobre el acuerdo del Colorado y el COIRCO (Comité Interjurisdiccional del Río Colorado)

## II. Contenido de la ley 25.688

Esta ley fue sancionada por el Congreso de la Nación, el 28 de noviembre de 2002, promulgada por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre del mismo año, y publicada en el Boletín Oficial el 3 de enero de 2003.

Es una ley muy breve, consta solamente de nueve (9) artículos de fondo, un título y un artículo de forma.

El título de la ley es “Régimen de gestión ambiental de aguas, presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, comités de cuencas hídricas, utilización de las aguas. Deberes de la autoridad nacional de aplicación”.

El art. 1º dice que esta ley establece los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y su uso racional.

### *Primera crítica*

#### *Ausencia de presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas*

Hemos visto que la ley pomposamente en su título y en el art. 1º enuncia el establecimiento de los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas.

Una simple lectura de la ley nos permite afirmar que ésta no contiene ni un solo presupuesto mínimo ambiental.

El art. 41 de la Constitución Nacional reformada en 1994 faculta a la Nación, en su apartado 3 para dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

En opinión de Pigretti, la Constitución autoriza al gobierno nacional, a dictar lo que él llama “leyes marco” que permiten la aplicación a nivel local de pautas ecológicas aptas a juicio general <sup>1</sup>.

Como bien lo ha señalado Mauricio Pinto -en un trabajo para La Ley Gran Cuyo- la ley 25.688 no es de presupuestos mínimos de protección ambiental y citando a María Valls, afirma que los presupuestos mínimos que debe dictar la Nación en materia ambiental no resultan de cualquier contenido o materia. De acuerdo al texto constitucional expreso, debe ser exclusivamente de protección <sup>2</sup>.

Cristina del Campo, con profunda agudeza se refiere a este tema con una pregunta, en un trabajo sobre “Jornada de Reflexión sobre Derecho Ambiental” organizada por el Instituto de Federalismo de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, precisamente al comentar la ley 25.688, ¿Los presupuestos mínimos dónde están? <sup>3</sup>.

Cristina del Campo agrega a sus reflexiones: Más allá de considerarse a esta ley como inconstitucional, pueden apuntarse una serie de incongruencias, irracionalidades y desatinos.

La ley 25.688 no es de presupuestos mínimos ambientales. Ni siquiera puede ser considerada de protección como se establece en la Constitución.

Eduardo Pigretti <sup>4</sup> en sus notas a la ley 25.688 publicadas en La Ley del 2003, comienza diciendo “*La ley 25.688 se denomina ‘Régimen de gestión ambiental de aguas’ y para ser sincero, de cuestiones ambientales no trata y sí en cambio se presenta como una ley de manejo político de las aguas*”.

Dice Pigretti que esta ley no debió llamarse de “gestión ambiental”, sino simplemente de cuencas hídricas y no duda en afirmar que la designación de la ley, tentará al Poder Ejecutivo a dictar reglamentaciones distorsivas.

La mayoría de los autores, como Rosa Cordobera y Lidia Garrido Cordobera <sup>5</sup>, cuando analizan la facultad de la Nación para dictar normas en materia ambiental, están de acuerdo en que esas facultades son concurrentes con las provincias y que a la Nación le corresponde establecer los presupuestos mínimos de protección, como una especie de ley marco que fue el despacho de la mayoría en la reforma de 1994.

En la misma línea, Miguel Prieto sostiene que el poder implementar una adecuada política ambiental nacional depende de la coordinación de las competencias concurrentes que tienen las provincias y la Nación <sup>6</sup>.

## ***Segunda crítica***

### *Las cuencas hídricas. Los comités de cuencas*

El art. 2º establece: “A los efectos de la presente ley se entenderá:

Por agua, aquella que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales o artificiales, superficiales y subterráneas, así como a las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas.

Por cuenca hídrica superficial, a la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas”.

A su vez, el art. 3º dice: “Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles”.

El art. 4º establece: “Créanse, para las cuencas interjurisdiccionales, los comités de cuencas hídricas con la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de las cuencas hídricas. La competencia

geográfica de cada comité de cuenca hídrica podrá emplear categorías menores o mayores de la cuenca, agrupando o subdividiendo las mismas en unidades ambientalmente coherentes a efectos de una mejor distribución geográfica de los organismos y de sus responsabilidades respectivas”.

El art. 6º dice: “Para utilizar las aguas objeto de esta ley, se deberá contar con el permiso de la autoridad competente. En el caso de las cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de Cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen”.

El art. 7º expresa: “La autoridad nacional de aplicación deberá:

a) Determinar los límites máximos de contaminación aceptables para las aguas de acuerdo a los distintos usos;

b) Definir las directrices para la recarga y protección de los acuíferos;

c) Fijar los parámetros y estándares ambientales de calidad de las aguas;

d) Elaborar y actualizar el Plan Nacional para la preservación, aprovechamiento y uso racional de las aguas, que deberá, como sus actualizaciones ser aprobado por ley del Congreso de la Nación. Dicho plan contendrá como mínimo las medidas necesarias para la coordinación de las acciones de las diferentes cuencas hídricas”.

Los arts. 8º y 9º dicen:

“La autoridad nacional podrá, a pedido de la autoridad jurisdiccional competente, declarar zona crítica de protección especial a determinadas cuencas, acuíferas, áreas o masas de agua por sus características naturales o de interés ambiental”.

“El Poder Ejecutivo reglamentará esta ley dentro de los 180 días de su publicación y dictará las resoluciones necesarias para su aplicación”.

Posiblemente sea en este aspecto donde más se nota la desprolijidad de la ley y, por supuesto, su inconstitucionalidad.

### *Qué son los comités de cuencas hídricas*

Si nos atenemos a lo que nos enseña el Diccionario de la Lengua Española, el comité es una junta o reunión de varias personas elegidas y delegadas por otras para entender en un asunto y resolver acerca de su ejecución <sup>7</sup>, y cuenca hídrica, según el mismo diccionario, es el “territorio cuyas aguas fluyen todas a un mismo río, lago o mar...”

Conforme a ello no habría ningún inconveniente en aceptar la definición que da la segunda parte del art. 2º al expresar qué se entiende por cuenca hídrica superficial, por tratarse de cuestiones técnicas.

Las críticas a mi modo de ver, de estos comités que crea la ley son las siguientes:

#### *a. No se expresa quién elige y a quién*

Es decir no se dice en lo más mínimo cómo estarán organizados estos comités, cómo se integrarán, etc., y lo más peligroso es justamente, el haber concedido al Poder Ejecutivo Nacional la facultad de dictar las resoluciones necesarias para su aplicación (art. 9º).

Dice Pigretti <sup>8</sup> que el sistema de la ley 25.688 trata de imitar la fórmula de los Estados Unidos

de Norteamérica a través del tiempo. En aquel país, estas instituciones se proponen organizar la planificación de las aguas bajo dos autoridades que son: el Ministerio del Interior y un cuerpo de ingenieros del ejército.

En la República Argentina, los comités de cuenca han pasado por diversas concepciones.

Los autores, como Rucanen y Pigretti <sup>9</sup>, citan como un primer antecedente <sup>10</sup> el COTIRC, entidad que nace en 1956 a instancias de un grupo de pampeanos, quienes con la anuencia del gobierno e instituciones convocó a una conferencia de autoridades de las provincias ribereñas del Río Colorado (La Pampa, Buenos Aires, Río Negro, Neuquén y Mendoza) la que se realizó en Santa Rosa, La Pampa.

Se destaca como importante que desde los mismos inicios de la conferencia al afirmarse: “Es la primera vez que varias provincias argentinas se reúnen en un alarde de auténtico federalismo, en forma espontánea a dilucidar un asunto de magnitud”.

Las conclusiones de esas conferencias culminaron exitosamente al declarar las provincias “que es su derecho exclusivo reglar el uso de las aguas del río Colorado, mediante pactos interprovinciales”.

El COTIRC, fue la base para el tratado del acuerdo del Colorado creándose el COIRCO (Comité Interjurisdiccional del Río Colorado).

Pigretti señala que es un buen ejemplo de participación provinciana en el aprovechamiento de un río.

Víctor Martínez señala también un valioso antecedente, que es el comité hídrico de la cuenca argentina del Plata, integrado por primera vez por representantes de la cuenca, entre ellos, los representantes de las provincias de Formosa, Jujuy y Salta reconociéndose la participación de las tres provincias implicadas en decisiones políticas concernientes al uso de las aguas del Pilcomayo y a las defensas contra las inundaciones.

El autor citado reclamaba urgentemente la definición de sus funciones y responsabilidades, la de su sede, la de su financiación al programa de trabajo y quienes lo ejecutarían para no quedar en simples expresiones declaratorias.

Si comparamos estas expresiones con la ley 25.688, o más bien las aplicamos a ellos veremos que estamos en presencia de la “creación de comités de cuencas” totalmente vacíos <sup>11</sup>.

El COIRCO es una sólida institución; está determinado por el tratado quiénes lo integran y cuáles son sus fines. El reglamento determina su funcionamiento. Por encima de la potestad de las provincias no tienen otra autoridad superior, salvo la intervención del Ministerio del Interior que actúa como árbitro en caso de desacuerdo entre las provincias.

La CIAI (Comité Interjurisdiccional del Atuel Inferior) en base a un tratado entre las provincias de La Pampa y Mendoza de 1983, es otro ejemplo de comité de cuenca hídrica bien estructurado, tiene un Consejo de Gobierno integrado por las máximas autoridades de cada provincia y nueve delegados titulares por cada una.

Este comité de cuenca nació como consecuencia de la exhortación por vía de condena que efectuó la Corte de la Nación en el conflicto que mantuvieron ambas provincias por las aguas del Atuel <sup>12</sup>.

Sin embargo, este comité hasta hoy no ha dado los frutos que se esperaban, y es que las reuniones, en lugar de realizarlas con los nueve miembros de cada provincia, más parecían actos proselitistas, ómnibus repletos de funcionarios y políticos que nada tenían que ver con el comité. Ambiente nada propicio para discutir temas tan trascendentes como es el agua.

Pigretti señala otros comités por convenios celebrados entre Tucumán y Salta, Tucumán y Catamarca, Salta y Jujuy, a fin de regular los usos de los ríos Tala, San Francisco, Las Piedras y Dulce <sup>13</sup>.

Han existido algunos proyectos para regular los comités hídricos: en 1971, mediante un trabajo de Guillermo Cano; en 1997, mediante un proyecto de los senadores Peña de López y Felipe Sapag

sobre “Gestión integral de aguas”. Ese mismo año, también en el Senado de la Nación había entrado otro proyecto de Alcides López <sup>14</sup>.

Lo cierto es que la realidad argentina en esta materia, demuestra que sólo han prosperado como instituciones orgánicas, los acuerdos de las provincias.

La ley que comentamos -25.688- dista mucho de ello pues no contiene ni una sola referencia de cómo se organizaron los comités de cuencas hídricas, quién elegirá a los integrantes y de qué autoridades dependerán.

Más allá de considerar que no es facultad del Congreso de la Nación, legislar sobre la creación de los comités de cuenca, la ley en examen contiene un vacío legislativo que la convierte en inexistente.

#### *b. ¿Cuál es la autoridad nacional de aplicación?*

La ley 25.688 contiene dos menciones a una “autoridad nacional de aplicación”. Una en el art. 7º que dice: “La autoridad nacional de aplicación deberá ...” y el art. 8º que dice: “La autoridad nacional podrá...”.

Frente al vacío legislativo, al desorden legislativo, a los desatinos de la ley, cabe que nos preguntemos: *¿Quién es la autoridad nacional de aplicación?*

La ley no lo dice -ni lo menciona- ni lo insinúa.

Lo grave es que al habersele concedido al Poder Ejecutivo Nacional la facultad de dictar las resoluciones necesarias para su aplicación, el apetito centralista nos depare más sorpresas que la misma ley.

#### *c. La utilización de las aguas en la ley 25.688. Expresiones indefinidas que pueden producir equívoco*

La ley 25.688, en 10 incs. del art. 5º, dice qué debe entenderse a los efectos legales, por utilización de las aguas. Tal el texto:

- a) La toma y desviación de aguas superficiales;
- b) El estancamiento, modificación en el flujo o la profundización de las aguas superficiales;
- c) La toma de sustancias sólidas o en disolución de aguas superficiales, siempre que tal acción afecte el estado o calidad de las aguas o su escurrimiento;
- d) La colocación, introducción o vertido de sustancias en aguas superficiales, siempre que tal acción afecte el estado o calidad de las aguas o su escurrimiento;
- e) La colocación e introducción de sustancias en aguas costeras, siempre que tales sustancias sean colocadas o introducidas desde tierra firme, o hayan sido transportadas a aguas costeras para ser depositadas en ellas, o instalaciones que en las aguas costeras hayan sido erigidas o amarradas en forma permanente;
- f) La colocación e introducción de sustancias en aguas subterráneas;
- g) La toma de aguas subterráneas, su elevación y conducción sobre tierra, así como su desviación;
- h) El estancamiento, la profundización y la desviación de aguas subterráneas, mediante instalaciones destinadas a tales acciones o que presten para ellas;

- i) Las acciones aptas para provocar permanentemente o en una medida significativa, alteraciones de las propiedades físicas, químicas o biológicas del agua;
- j) Modificar artificialmente la fase atmosférica del ciclo hidrológico”.

Basta un somero análisis para advertir que estamos en presencia de un rosario de expresiones relativas a las formas del uso de las aguas y no a los fines, convirtiendo a esas expresiones en indefinidas, imprecisas a los fines de los usos, lo que puede provocar graves equívocos.

Analizo un solo ejemplo: en el inc. a) se dice: “Se entiende por utilización de las aguas a los fines de esta ley: a la toma y desviación de aguas superficiales”, pero no nos dice con qué finalidad, si es para abastecer poblaciones, o para la irrigación, o para la generación de energía, o fines industriales o el trasvasamiento de un cauce a otro.

A los fines de establecer los principios mínimos ambientales, la ley debió decir, qué uso tiene prioridad respecto de otro, cuál está permitido, cuál está permitido en determinadas condiciones y cuáles están prohibidos.

Es un verdadero despropósito legislativo.

#### *d. Delegación de facultades*

Como hemos visto, el art. 9º determina que el Poder Ejecutivo debe reglamentar la ley dentro de los 180 días de su publicación y debe dictar las resoluciones necesarias para su aplicación.

Frente al vacío legislativo que venimos señalando, con seguridad será el Poder Ejecutivo Nacional, quien llene ese vacío, con lo cual hay una delegación de facultades del Congreso de la Nación que estaría rayando con la prohibición, contenida en el art. 29 de la Constitución Nacional del 94.

#### *e. La inconstitucionalidad de la ley 25.688*

Deseo hacer unas reflexiones acerca de la inconstitucionalidad de la ley 25.688.

Nuestro país tiene una profunda vocación federal, aun cuando no coincida con la realidad que periódicamente vivimos.

Posiblemente esa vocación sea el resultado de 43 años de luchas intestinas por la organización nacional.

Estamos seguros que por eso en la Constitución de 1853, su primer artículo declara que “*La Nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana, federal...*”.

No hay autor que no haya señalado que conforme a los antecedentes históricos, las provincias, son anteriores a la Nación.

También estamos seguros que por ello el art. 121 de la Constitución establece que “las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal...”. Por ello el art. 122, establece que las provincias “se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas”, sin intervención del gobierno federal. Es por ello también que el art. 5º, obliga al gobierno federal, garantizar a las provincias el goce y ejercicio de sus instituciones.

Es también por ello que en las reformas de 1994 se declaró enfáticamente en el art. 124 última parte que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, y es por eso que en el art. 41, apartado tercero se delegó a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, sin que se alteren las jurisdicciones locales.

La provincia de Mendoza tiene una institución centenaria, el Departamento General de Irrigación, de jerarquía constitucional, que ha manejado, a través de los distintos gobiernos, con equidad y racionalmente el recurso hídrico en su territorio.

Pues bien, las normas constitucionales citadas que le garantizan a Mendoza el uso y goce de su institución, han sido groseramente violadas por la ley 25.688. Por ello es una ley inconstitucional.

Así opinan Mauricio Pinto <sup>15</sup>, Cristina del Campo en su trabajo ya citado <sup>16</sup> o Eduardo Pigretti en su nota de la ley 25.688 <sup>17</sup>.

La ley 25.688 está en contra de la tesis federal que es la que ha prevalecido en el país, aun antes de las reformas de la Constitución Nacional de 1994.

Esta tesis puede enunciarse así. “Ni el Congreso de la Nación, ni el Poder Ejecutivo Nacional tienen potestad para regular los usos no navegables de los ríos interprovinciales. Sólo las provincias interesadas pueden hacerlo por medio de tratados o acuerdos, correspondiendo a la Corte Suprema de la Nación, la solución de sus conflictos”.

Dice Daniel Sabsay que el deslinde de competencias entre la Nación y las provincias surge de la Constitución Nacional independientemente de la materia de que se trate, y al analizar los arts. 41 inc. 3 en relación con el art. 121, afirma que las provincias tienen una competencia general y la Nación, posee una competencia de excepción, ya que ella debe resultar de una delegación expresa, hecha a su favor por parte de las provincias <sup>18</sup>.

#### *f. Breves antecedentes de la tesis federal y los fallos de la Corte Suprema de la Nación*

Dice Marienhoff que en los países de organización política como la nuestra, deben distinguirse los ríos provinciales de los interprovinciales, según que desde su nacimiento hasta su desembocadura, atraviesen una sola provincia o que en su curso atraviesen o limiten con dos o más provincias <sup>19</sup>.

Se ha señalado por Guillermo Allende, en su obra sobre *Derecho de aguas*, en opinión coincidente con Arturo M. Bas, que los ríos interprovinciales presentan un problema aún no resuelto, esto es, su régimen jurídico y aprovechamiento <sup>20</sup>. Por supuesto que esta opinión fue dada antes de las reformas de la Constitución de 1994. Allende escribía su obra en 1971.

Este último autor al hablar sobre el derecho federal argentino, dice: “Cuando se trata de ríos navegables, el dominio propiamente tal pertenece a las provincias que el río atraviesa, pero la jurisdicción en todo lo relativo a la navegación o comercio exterior o interprovincial, la ejerce la Nación” <sup>21</sup>. En lo que respecta a las corrientes de aguas no navegables, sea que ellas nazcan o mueran en una provincia, sea que atraviesen varias de las mismas, el dominio y la jurisdicción se confunden en absoluto, sin que en caso alguno pueda ejercitarse la jurisdicción nacional administrativa al respecto <sup>22</sup>.

Todos los autores que abordan el tema no pueden sustraerse a la cita de la discusión en el Senado de la Nación en 1869 entre Vélez Sársfield y Mitre.

En el año 1869, señala Spota <sup>23</sup> que con motivo del primer proyecto de construcción del puerto de la ciudad de Buenos Aires, siendo presidente de la Nación Sarmiento, y su ministro del Interior, el autor de nuestro Código Civil, propiciaba la sanción de una ley contrato en favor de Madero.

En el debate intervino como senador por el estado de Buenos Aires, el general Mitre, quien defendió la tesis de que las tierras cubiertas por el Río de la Plata y, en general, todas las aguas del dominio público pertenecen al estado por donde cruzan.

En cambio Vélez, sostenía la tesis contraria.

Pese a que Spota no comparte la opinión de Mitre, ha reconocido que en este debate está

centrada la doctrina constitucional.

Es indudable que los ríos interprovinciales han generado graves conflictos entre los estados argentinos. El problema central, es determinar quién tiene potestad para regular el uso de esos ríos.

Pedro Frías <sup>24</sup> en la misma línea de pensamiento ha sostenido que la regulación de los usos de los ríos interprovinciales, es de resorte exclusivo de las provincias interesadas, a través de convenios, o con otros nombres diversos, pero que en definitiva, los “Comités hídricos son una mesa de negociación”, sin dejar de reconocer el rol del Estado Nacional, en la institución de esos comités.

Joaquín López <sup>25</sup>, el gran jurista mendocino, que trascendió las fronteras de nuestro país, con la autoridad que lo caracterizaba, afirmó (también antes de 1994) que conforme a la doctrina mayoritaria, los ríos exclusivamente provinciales como los interprovinciales pertenecen al dominio público de las provincias.

Hay un antecedente jurisdiccional de mucho valor, por lo reciente y por lo meduloso de su estudio, que nos da la razón en lo que venimos diciendo. En 1987, concretamente a partir del 7 de diciembre, fecha en que la Corte dicta sentencia en la causa L. 195 suscitada entre las provincias de La Pampa y Mendoza por las aguas del río Atuel. Aquí la Corte rechaza la pretensión de La Pampa de que se regulen los usos compartidos y por vía de condena exhorta a ambas provincias a celebrar acuerdos tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de la sentencia.

A partir de esta etapa queda consagrada la tesis de que sólo las provincias interesadas, mediante acuerdos, pueden regular todo lo atinente a los usos de las aguas de los ríos interprovinciales.

Por ello coincido también con la firme postura del Departamento General de Irrigación que a través de su superintendente y sus asesores, con la especial participación del Dr. Mauricio Pinto, impulsó a través de la Fiscalía de Estado, el planteamiento de la inconstitucionalidad de la ley 25.688, cuya vigencia pone en peligro la vida misma de una institución provincial que ha sido modelo en la gestión del recurso hídrico <sup>26</sup>, hoy en trámite ante la Corte Suprema de la Nación.

### *g. La génesis de la ley*

La ley 25.688 se inicia en la Cámara de Diputados de la Nación, a instancias de la diputada Mabel Muller, y los diputados Diego Garvein y Hugo Toledo, representantes de Buenos Aires y Formosa.

Este episodio no es casual, pues como ya veremos oportunamente los nombrados legisladores pertenecen a lo que puede denominarse “aguas abajo” del curso del Colorado, y sabido es, como lo señala Guillermo Allende <sup>27</sup> los interesados aguas abajo de un curso de agua siempre se han inclinado por la concentración unitaria en el manejo de las aguas.

Lo anecdótico y lamentable es lo que se descubrió en la provincia de Mendoza en los días posteriores a la publicación de la ley.

Mendoza tiene 10 diputados en la Cámara de Diputados de la Nación. Según el diario de sesiones ordinarias N° 3499 del 27 de noviembre de 2001 de la Cámara de Diputados, donde se trató el proyecto en la sesión no había un solo representante mendocino.

Los diarios de esos días posteriores a enero de 2003 demuestran el tremendo descontento de la gente y el bochornoso papel de los legisladores mendocinos, salvo alguna justificada excepción.

No quiero terminar mi exposición sin hacer una observación muy personal: “voy a actuar como abogado del diablo”

Cada vez que leía la ley me preguntaba: ¿Cómo es posible que en un órgano tan importante

como es la Cámara de Diputados de la Nación se apruebe como ley un proyecto tan desordenado, que aparentemente, por el gran vacío legislativo, no causaría ningún daño?

Desde mi punto de vista, la ley encierra una trampa para Mendoza. Recordemos que por el art. 5° en su inc. a) la ley entiende por utilización de las aguas “la toma y desviación de aguas superficiales”.

Recordemos que por el art. 6°, se establece que para utilizar las aguas de esta ley se deberá contar con el permiso de la autoridad competente. Recordemos también que por el mismo artículo se establece que en el caso de las cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, *será vinculante* (léase obligatorio) la aprobación de dicha utilización por el comité de cuenca correspondiente.

Recordemos también las atinadas palabras de Cristina del Campo en su obra ya citada sobre el *Trasvase de cuencas*. Una cuestión ambiental... “*Los trasvases importan un impacto ambiental, tanto en la cuenca donante como en la cuenca receptora del agua.*”

... *El impacto aguas abajo de un trasvase equivale a una disminución de caudal, con una alteración del sistema al cual están adaptadas las comunidades biológicas*”<sup>28</sup>.

En tren de seguir recordando, decimos también que Mendoza tiene aprovechados al máximo sus cuatro ríos principales, y que el único y último recurso que le queda es el río Grande, que en el concepto de unidad de cuenca forma el Colorado.

Recordemos también lo que ya hemos dicho: La cuenca del Colorado, con su comité el COIRCO, interesa a 5 provincias: La Pampa, Buenos Aires, Neuquén, Río Negro y Mendoza.

Dice un viejo refrán popular: “Hecha la ley, hecha la trampa”.

¿Dónde está la trampa de la ley 25.688?

Cuando la dirigencia política de Mendoza decida hacer el trasvase del Grande al Atuel, proyecto que lleva más de 100 años de estudio, quisiera saber cuál será la respuesta del COIRCO y sobre todo quisiera saber, cuál será la reacción de La Pampa.

Si los políticos hubieran hecho caso de las sabias palabras del gran jurista mendocino Joaquín López, de que *¡ el agua en Mendoza es un instrumento de gobierno!* con seguridad que hubieran prestado más atención al tratamiento de esta ley.

## Notas

\* Exposición en el marco del VI Congreso de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica.

\*\* Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; secretario de la sede San Rafael del Instituto de la Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>1</sup> Eduardo PIGRETTI, “La protección legal del ambiente”, Revista de Derecho Ambiental, Buenos Aires, Depalma, pág. 421.

<sup>2</sup> Mauricio PINTO, “La supuesta ley de presupuestos mínimos en materia hídrica N° 25.688 especial para voces jurídicas”, L.L. Gran Cuyo, t. 2003, pág. 292.

<sup>3</sup> Cristina DEL CAMPO, *El trasvase de cuencas una cuestión ambiental y una ley de presupuestos mínimos*, Córdoba, Advocatus, 2004, pág. 23 y ss..

<sup>4</sup> Eduardo PIGRETTI, “Gestión ambiental de aguas”, L.L. Anales de Legislación Argentina, Buenos Aires, 2003, Sec. doctrina, pág. 1417.

<sup>5</sup> Rosa CORDOBERA y Lidia GARRIDO CORDOBERA, “Protección al medio ambiente y la calidad”, en Homenaje al sesquicentenario de la Constitución Nacional, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, t. II, pág. 407.

<sup>6</sup> Raúl Miguel PRIETO, “Hacia un federalismo ambiental concertado y solidario”, Cuaderno de Federalismo, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1995, pág. 117 y ss..

<sup>7</sup> *Diccionario de la Lengua Española, Enciclopedia Concisa Sopena*, Barcelona, Sopena, t. 2, págs. 558 y 668.

<sup>8</sup> Eduardo PIGRETTI, ob. cit., pág. 1417.

<sup>9</sup> Eduardo PIGRETTI, ob. cit., pág. 1417.

<sup>10</sup> Faustino RUCANEN, “La primera conferencia del Río Colorado”, Revista Rumbos, 17/9/06, pág. 34.

- <sup>11</sup> Víctor H. MARTÍNEZ, “Las inundaciones del río Pilcomayo”, Cuaderno de Federalismo 1988, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 169.
- <sup>12</sup> L. 195-XVIII, “La Pampa Pcia. de c/ Mendoza Pcia. de s/ Acción posesorias de aguas y regulación de usos”.
- <sup>13</sup> Eduardo PIGRETTI, ob. cit., pág. 1418.
- <sup>14</sup> Expedientes 583-S-97 y 199-S-97
- <sup>15</sup> Mauricio PINTO, trabajo citado.
- <sup>16</sup> Cristina DEL CAMPO, trabajo citado.
- <sup>17</sup> Eduardo PIGRETTI, obra citada.
- <sup>18</sup> Daniel A. SABSAY, *Humanismo ambiental*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Advocatus, 2001, pág. 63.
- <sup>19</sup> Miguel S. MARIENHOFF, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, Bs. As., Edit. Abeledo-Perrot, 1971, pág. 216.
- <sup>20</sup> Guillermo L. ALLENDE, *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Buenos Aires, Universitaria de Buenos Aires, 1971, pág. 249.
- <sup>21</sup> Arturo M. BAS, *El derecho federal argentino*, Buenos Aires, Abeledo, 1927, pág. 49 y ss.
- <sup>22</sup> Arturo M. BAS, ob. cit., pág. 49 y ss..
- <sup>23</sup> Alberto G. SPOTA, *Tratado de derecho de aguas*, Buenos Aires, Imprenta Luis Rubino, 1941, t. II, pág. 31 y ss..
- <sup>24</sup> Pedro J. FRIAS, Cuaderno de Federalismo 1988, “El proceso federal argentino”, pág. 11 y ss..
- <sup>25</sup> Joaquín LÓPEZ, “El derecho de aguas en la legislación federal argentina”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 1987, pág. 34.
- <sup>26</sup> C.S.J.N., M. 391, “Pcia. de Mendoza c/ Estado Nacional s/ Inconstitucionalidad”,
- <sup>27</sup> Guillermo I. ALLENDE, *Derecho de aguas*, Buenos Aires, Universitaria.
- <sup>28</sup> Cristina DEL CAMPO, trabajo citado, pág. 26.

# **EL ROL DEL JUEZ EN MATERIA AMBIENTAL**

por EDGARDO IGNACIO SAUX \* Y ENRIQUE CARLOS MÜLLER \*\*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El bien jurídico protegido. III. El desafío actual. IV. La necesidad de modificar el perfil del juez. V. Aspectos particulares del nuevo perfil del juez. V.1. Las iniciativas del juzgador. V.2. Medidas cautelares. V.3. Las legitimaciones ampliadas. V.4. La eficacia de la cosa juzgada. Bibliografía.

## **I. Introducción**

Es sabido que la ciencia jurídica -y, en particular, el derecho procesal- se encuentra en un proceso de discusión de los nuevos perfiles que ha adquirido y que debe adquirir la figura del juez <sup>1</sup>.

Es que la complejidad y los desafíos que presenta el siglo XXI son otros y por ello se hace necesaria la construcción de un nuevo modelo de juez, al punto tal que Norberto Bobbio habla de nuestro tiempo como la era de los jueces. En particular, como lo ha señalado Lorenzetti, se hace necesario un nuevo activismo en defensa de los derechos fundamentales cuyo “contenido mínimo” debe ser afianzado, reconociendo siempre que dicho activismo no implica de ningún modo establecer el “gobierno de los jueces”<sup>2</sup>.

En ese marco general de discusión, es de suma relevancia profundizar el análisis de las influencias que el derecho ambiental tiene en la reformulación del rol de la magistratura.

## **II. El bien jurídico protegido**

Liminarmente debe tenerse muy en claro que en materia ambiental nos encontramos frente a un “bien que pertenece a la esfera social y transindividual”<sup>3</sup>.

El bien jurídico protegido ha sido claramente señalado por nuestra Constitución Nacional y por la ley general del ambiente.

Así, la Constitución Nacional en su art. 41 establece que 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” agregando que también “tienen el deber de preservarlo”.

Asimismo dispone que 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”.

La ley 25.676 general del ambiente en su art. 1º establece los 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”.

## **III. El desafío actual**

El desafío actual es el de la correspondencia de lo instrumental, con destino a la eficacia realizativa de los derechos, en especial, los fundamentales.

Como lo ha señalado Néstor Cafferatta: *“el derecho ambiental padece de raquitismo de eficiencia”*<sup>4</sup>.

Y por ello *“es prioritario darle instrumentos legales a los operadores jurídicos para que a través de ellos, puedan vencer los obstáculos, óbices, vallas, inconveniencias que presenta el desarrollo y consolidación de la materia ambiental, en la búsqueda incesante de prevención del daño ambiental, evitación del proceso contaminador y cesación de las afectaciones y/o perjuicios ambientales de la actividad polucionante”*<sup>5</sup>.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci se ha preocupado por destacar la necesidad de que las decisiones judiciales sean eficaces y para ello ha propuesto que la sentencia contenga disposiciones claras sobre mecanismos específicos de seguimiento en la ejecución de la sentencia, a la vez que ha señalado que el tribunal debe ser muy prudente a la hora de fijar los apercibimientos frente al incumplimiento<sup>6</sup>.

#### **IV. La necesidad de modificar el perfil del juez**

El esquema clásico jurisdiccional concebía la figura del juez como un ser neutral, pasivo, quieto, que no constituía más que la “boca de la ley”, al decir de Montesquieu. Ahora bien, en nuestros días claramente se reclama la existencia de jueces comprometidos socialmente, jueces de acompañamiento y de protección.

En materia de derecho ambiental, la tarea del juez es más ardua, pues debe acudir a una estructura jurídica que *prima facie* se antepone a los sistemas tradicionales del derecho y al propio derecho positivo local. De ese modo, los jueces tienen ante sí un desafío inquietante. Es que la defensa del medio ambiente requiere de la participación activa de la judicatura.

El juez debe ejercer, en su plenitud, los poderes inherentes a la dirección material del proceso. Para la real vigencia de los derechos ambientales, los magistrados deben ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes les confieran, dejando de lado concepciones obsoletas, y buscando expandir el acceso a la justicia y los efectos de sus decisiones. Se trata del tiempo de las “cortes verdes” y, principalmente, de los “jueces verdes”<sup>7</sup>.

Así, el juez debe enfrentarse a la nueva realidad procesal descrita por Cafferatta, quien ha señalado que *“los nuevos derechos que están en juego, no pueden protegerse a través del sistema clásico -tradicional- del proceso de 2 partes, donde cada uno busca solucionar su problema particular: es necesario concebir tutelas adecuadas para que los titulares de tales intereses difusos -por ahora poco organizados- puedan estar en pie de igualdad con su contraparte, los centros de poder político-económico”*<sup>8</sup>.

Este conjunto de circunstancias y dificultades ha llevado a sostener la necesidad de crear juzgados ambientales. Pero, como lo han señalado Butti y Sidoli: *“más allá de las virtudes de la creación de un fuero específico, lo que debería debatirse antes que nada, es la actuación de los poderes judiciales, tanto locales como el federal, respecto a la problemática ambiental”* puesto que allí *“radica el nudo gordiano de la cuestión: ampliar los mecanismos probatorios, tornar verdaderamente ejecutables las sentencias, crear cuerpos periciales adecuados, capacitar al personal judicial en estos temas, etc.”*<sup>9</sup>.

#### **V. Aspectos particulares del nuevo perfil del juez**

### V.1. Las iniciativas del juzgador

La Corte Nacional en “Mendoza” ha destacado expresamente que los jueces deben actuar “con particular energía” para hacer efectivos los mandatos constitucionales relativos al ambiente.

En ese sentido, el art. 32 de la ley general del ambiente establece que “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”.

Así, Kemelmajer de Carlucci ha señalado que *“el juez es un verdadero director del proceso, con facultad para ordenar medidas de instrucción; solicitar aclaratorias y documentación; disponer investigaciones y periciales; visitar lugares, etc.”*<sup>10</sup>.

Como lo sostuvo Morello: *“se trata de un juez director inmediato, no distante, que maneja poderes-deberes de uso inaplazable, que busca la verdad jurídica, y que en temas de especial connotación social no sólo aguarda la puntual satisfacción de las cargas probatorias dinámicas y de colaboración real de los interesados sino que, además, llega a comportarse como cabal investigador, si bien lo que él obtenga a través de ese rol deberá ser puesto bilateralmente, a disposición, observación y control de las partes”*<sup>11</sup>.

No debemos olvidar que, por más que se imponga la necesidad de proteger los intereses de grupos, no por ello podrán violarse las reglas del debido proceso. La protección de los intereses comunitarios no puede hacerse a expensas de la frustración de derechos individuales de raigambre constitucional<sup>12</sup>.

Por ello, las importantes facultades que ostentan los jueces en materia ambiental no pueden llevar a eliminar el principio de congruencia. En este sentido, cabe recordar que el texto sancionado de la ley general del ambiente contenía una frase que finalmente fue vetada por el Poder Ejecutivo por facultar la incongruencia y afectar el derecho de defensa en juicio, que disponía que “en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes”.

### V.2. Medidas cautelares

Las medidas cautelares tal vez constituyen la herramienta procesal que más relevancia ha adquirido en virtud de la legislación ambiental y de los nuevos roles que presenta la figura del juez.

Su desarrollo se vincula con la necesidad de evitar el raquitismo de eficiencia, con la aparición de nuevos caracteres inquisitivos y con los principios de prevención y precautorio.

Claramente, Cafferatta ha dicho que *“muchas veces los fallos ambientales más relevantes son cautelares que conmueven las estructuras clásicas de las medidas preventivas judiciales, y que responden a la firme voluntad de la magistratura interviniente de lograr acceder a la verdad material de los hechos controvertidos, evitando situaciones de daño ambiental que se consideran irreversibles, o graves. Bastará con tomar lectura de las mismas para advertir el activismo judicial en los diversos casos, con que se adoptan medidas cautelares, provisorias, - o preventivas-, como por ejemplo, monitoreo continuo de emisiones gaseosas a la atmósfera, provenientes de un establecimiento industrial (lo que implica colocar sensores en chimenea); alquiler temporario de vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, para un grupo familiar de vecinos, a cargo de la empresa demandada, a ubicarse en zona alejada de la contigua a una planta industrial; mandatos preventores ordenados en el marco de un plan de ingeniería cautelar dispuesto en relación a una industria. Y por último, la irrupción de la multa civil o astreintes en el proceso colectivo ambiental”*<sup>13</sup>.

Como lo señala Morello *“el impacto del tiempo es feroz; nadie quiere aguardar el consumo*

*del que requiere la justicia; aun el razonable”*<sup>14</sup>, y por ello, al decir de Kemelmajer de Carlucci *“el derecho procesal moderno señala la necesidad de un procedimiento rápido, aunque provisorio y revisable y de allí la alta significación de las medidas urgentes”*<sup>15</sup>.

La tutela del ambiente justifica soluciones expeditas; interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia no debe entenderse como una indebida limitación de libertades individuales. pues no hay libertad para dañar el ambiente ajeno; la importancia de la defensa del medio ambiente justifica cierto grado de transgresión de normativas que no se han adaptado a la realidad<sup>16</sup>.

En determinadas ocasiones sólo otorgando anticipadamente lo que es la sustancia de la litis, se está haciendo rendir al servicio su máxima eficacia, mediante una decisión rápida y que evita perjuicios irreparables.

Basta la certeza y la actualidad de los riesgos, aunque no estén probadas lesiones actuales a la integridad psicofísica de los actores, para que la tutela del ambiente se haga efectiva: Así, el derecho resarcitorio de los perjuicios va cediendo espacios y fronteras al derecho preventor de daños, que encuentra ámbito procesal fértil en el llamado proceso anticipatorio.

El art. 32 de la ley general del ambiente hace referencia a las medidas de urgencia estableciendo que: *“En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”*.

Como señala Allende Rubino: *“este artículo establece un subsistema especial, con carácter de presupuesto mínimo de derecho procesal ambiental de fondo en cuanto a las medidas de urgencia. Las mismas se caracterizan por: a) Pueden solicitarse en cualquier estado del proceso; c) pueden revestir el carácter de medida cautelar; d) se dictan inaudita parte; e) requieren contracautela (salvo que sean dispuestas de oficio); f) pueden ser dispuestas de oficio”*<sup>17</sup>.

Ahora bien, es preciso dejar en claro que en la adopción de ese tipo de medidas, el juez siempre debe ser prudente, especialmente si a través de la cautelar se pretende que el tribunal anticipe la declaración de inconstitucionalidad de las leyes<sup>18</sup>.

Por último, en el análisis de las medidas cautelares no puede pasarse por alto la importancia de dos principios esenciales del derecho ambiental, claramente enunciados en el art. 4º de la ley general del ambiente: el principio de prevención y el precautorio.

El principio de prevención tiende a evitar los daños futuros pero ciertos y mensurables, mientras que el principio de precaución introduce una óptica distinta en tanto apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y, por lo tanto, imprevisibles, operando en el ámbito de la incertidumbre<sup>19</sup>.

### *V.3. Las legitimaciones ampliadas*

La legitimación es uno de los institutos más sensibles al fenómeno de la socialización del proceso<sup>20</sup>. Es el nudo gordiano o el verdadero talón de Aquiles de la tutela procesal más aún en temas tan complejos, como por ejemplo, los procesos colectivos y, en particular, en el derecho ambiental<sup>(21)</sup>. Ello por cuanto, como lo ha señalado el juez Douglas en su voto en la causa *“Warth c/ Seldin”*, *“la legitimación se ha tornado una barrera al acceso en los tribunales federales al igual que en las primeras épocas lo era la cuestión política”*<sup>22</sup>.

El art. 43 C.N. establece que el *“afectado”* está legitimado para deducir acción de amparo. Tal expresión ha dado origen, en la doctrina, a diversas interpretaciones.

Por un lado se ha desarrollado una *“corriente amplia”* con autores tales como Bidart Campos,

Morello, y Andorno, que sostiene que con la palabra “afectados” se cubre la legitimación para amparar “intereses difusos”.. Dentro de esta corriente se anotan quiénes entre otros sostienen que el término “afectado” es una palabra indulgente, que tanto comprende los derechos subjetivos, como los intereses legítimos y los intereses simples (Sagüés); que la afectación a que se refiere la Constitución Nacional, es indirecta o refleja, con relación al derecho o garantía a que se pretende proteger (Gozaíni).

Por otro, aparece una “corriente restringida” (Cassagne, Barra) que asimila “afectado” con el titular de un derecho subjetivo y que por lo tanto persigue la satisfacción de un interés legítimo. Así, en materia de legitimación, afectado es de acuerdo con esta corriente doctrinaria, el agraviado concreto en un derecho o interés propio.

Por su parte, la ley general del ambiente legitima para obrar activamente, en ejercicio de la acción de recomposición ambiental a cinco sujetos claramente diferenciados: 1) el afectado; 2) el Defensor del Pueblo; 3) las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, 4) persona directamente damnificada; 5) el Estado Nacional, provincial o municipal.

La Corte Suprema, si bien ha fijado posturas restrictivas en materia de legitimación para obrar<sup>23</sup>, en pronunciamientos recientes ha variado sustancialmente el criterio, registrando valiosos precedentes que consolidan una prudente apertura legitimatoria.

Así se decidió que entre los sujetos a los que el art. 43 C.N. otorga la legitimación activa se encuentran las asociaciones que propendan a proteger derechos de incidencia colectiva registradas conforme con la ley, habilitando la acción de inconstitucionalidad ejercida por una Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica contra la Provincia de Buenos Aires y el Ente Provincial Regulador Energético contra dos decretos leyes y un decreto de la Provincia de gravamen impositivo<sup>24</sup>.

Asimismo, en la causa “Asociación Benghalensis”<sup>25</sup>, varias asociaciones promovieron acción de amparo a fin de que se obligase al Estado Nacional a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos de Sida, a través del suministro de medicamentos, tal como lo establecía la ley 23.798. Adhiriendo al dictamen del procurador general, la Corte sostuvo que las asociaciones que habían interpuesto la acción de amparo estaban legitimadas para accionar frente a omisiones del Estado, toda vez que fundan su legitimación “no sólo en el interés difuso que se cumplan la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud... además del que les asiste para accionar para el cumplimiento de una finalidades de su creación que, en el caso, es la de lucha contra el Sida”.

La mayoría del tribunal expresó que si bien se había sostenido en anteriores pronunciamientos - con cita del caso “Consumidores Libres”- que la incorporación de intereses generales o difusos a la protección constitucional no desnaturalizaba la exigencia de exponer la lesión que éstos sufrían en virtud de un acto ilegítimo o la sería amenaza de que ello sucediera; en el caso se configuraba una causa o controversia en los términos del art. 116 C.N., y del art. 2º de la ley 27 que suscitaba el ejercicio de la jurisdicción porque existía “un perjuicio concreto por la falta de provisión de los reactivos o medicamentos, diferenciado de la situación en que se hallan las demás personas”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a afirmar lo que ya había dicho en los fallos anteriormente mencionados. En este marco y a la luz de lo decidido por esta Corte<sup>26</sup> corresponde concluir que la actora se encuentra legitimada a demandar como lo ha hecho pues, con palabras del último precedente, aquélla no ha ejercido sino el derecho que le “asiste para accionar para el cumplimiento de una de las finalidades de su creación”<sup>27</sup>.

#### *V.4. La eficacia de la cosa juzgada*

El art. 33 *in fine* dispone que: “La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a

excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”.

De manera tal que, a diferencia del proceso civil, en el procedimiento ambiental de incidencia colectiva, en el ejercicio de las acciones populares, el efecto de la sentencia que acoge la demanda, que hace lugar a la pretensión de incidencia colectiva, ha de ser *erga omnes* <sup>28</sup>.

Como señala Cafferatta: “*es obvio que la sentencia a dictarse frente a cualquiera de estas pretensiones y cualquiera fuera el número de sujetos que la promueven ha de tener efectos ‘erga omnes’ si no quiere erigirse en un supuesto de sentencia ‘inutiliter datur’ que llevaría a un desprestigio mayúsculo a la magistratura: el juez que ante la evidencia de un daño a la salubridad de la población o de un sector de ella, limite su pronunciamiento a la supuesta e indisoluble tutela de los intereses individuales que demandaran sin amparar el interés supraindividual de la comunidad que aquellos integran y sin lo cual aquellos intereses y el orden público quedarían lastimados*” <sup>29</sup>.

La ley excepciona del efecto de cosa juzgada *erga omnes* a la sentencia rechazada, por causas probatorias. Lo cual es lógico, porque ha de evitarse que la desidia, incompetencia, o negligencia en la probanza por parte del actor colectivo afecte el derecho no ejercido por los otros titulares. Se evita asimismo la posibilidad de fraudes procesales con juicios “creados” al efecto por el contaminante que quiere resguardarse hacia el futuro.

Como señala Kemelmajer de Carlucci: “*la cuestión de la cosa juzgada en los procesos colectivos ha dado lugar a una bibliografía inacabada*” <sup>30</sup>.

Finalmente, dentro del amplio espectro de cuestiones a analizar respecto de los efectos de las decisiones judiciales es importante destacar la perspectiva interpretativa que Lorenzetti ha denominado “paradigma consecuencialista” que tiene como principio estructural el análisis de las consecuencias públicas de las acciones privadas, incluyendo aspectos económicos y sociales, y que toma en cuenta la existencia de bienes colectivos que establecen un límite a los derechos individuales y que tienen una finalidad de cohesión de la sociedad sobre la base de un consenso mínimo, no discriminante y pluralista <sup>31</sup>.

## **Bibliografía**

ALLENDE RUBINO, Horacio L., “Presupuestos mínimos del derecho procesal ambiental”, L.L., Suplemento Ambiental, 23/9/05.

BERIZONCE, Roberto, *El juez y la magistratura*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.

BUTTI, María Alejandra y SIDOLI, Osvaldo Carlos, “La creación de tribunales ambientales”, Eldial.com. del 24/10/06.

- “El principio de precaución como pauta rectora del accionar estatal en material ambiental”, Eldial.com. del 11/9/07.

CAFFERATTA, Néstor A., “Ley 25.675 general del ambiente. Comentada, interpretada y concordada”, D.J. 2002-3-1133.

- “Daño ambiental. Jurisprudencia”, L.L. 2003-D-1339.

- “Legitimación para obrar del sindicato en causa ambiental”, L.L.B.A. 2003-287.

- “El principio precautorio en un fallo del Superior Tribunal de Córdoba”, L.L.C. 2003-1200.

- “Principio precautorio y derecho ambiental”, L.L. 2004-A-1202.

- “El tiempo de las cortes verdes”, L.L. del 21/3/07.

- “El tiempo y las cautelares en el derecho ambiental”, L.L. del 23/2/07.

CARNOTA, Walter, “Definiciones sobre el activismo de los jueces”, L.L. Supl. Act. del 16/8/07.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al

daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)”, Academia Nacional de Derecho, julio 2006.

JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, “La legitimación ciudadana en materia de daño ambiental colectivo”, L.L. 2004-A-1469.

LORENZETTI, Ricardo L., *La teoría de la decisión judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

MORELLO, Augusto M. - CAFFERATA, Néstor A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.

- “Las medidas cautelares hoy”, Rev. de Derecho Ambiental, 2004.

MORELLO, Augusto M., *Estudios de derecho procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*, La Plata, Platense, 1998

- “Legitimaciones plenas y semiplenas en el renovado derecho procesal civil. Su importancia”, en obra colectiva, *La legitimación*, en homenaje al profesor Lino Palacio, Abeledo-Perrot - Platense, 1998.

- *Estudios de derecho procesal*, La Plata, Platense, 1998.

- “Una justicia civil para el siglo XXI”, L.L. 2006-F-906.

MOYANO, Amílcar, “Acciones de prevención y preservación del ambiente”, Rev. de Derecho Ambiental, Lexis Nexis N° 2, abril-junio 2005.

PEYRANO, Jorge W., “El perfil deseable del juez civil en el siglo XXI”, J.A. 2001-IV-863.

RODRÍGUEZ, Carlos A., “El derecho procesal ambiental”, D.J. 2005-2-777.

- “El papel del juez ambiental en la protección del ambiente”, Rev. de Derecho Ambiental, Lexis Nexis N° 9, enero-marzo 2007.

SAGÜÉS, Néstor P., “El amparo ambiental (ley 25.675)”, L.L. 2004-D-1194.

VÁZQUEZ VILLAR, Aidée, “Medidas cautelares en procesos ambientales”, Rev. de Derecho Ambiental, Lexis Nexis N° 8, oct-dic 2006.

## Notas

\* Secretario de la Sede Santa Fe del Instituto de la Región Centro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

\*\* Miembro del Instituto de la Región Centro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>1</sup> Ver por ejemplo: Jorge W. PEYRANO, “El perfil deseable del juez civil en el siglo XXI”, J.A. 2001-IV-863; Augusto M. MORELLO, *Estudios de derecho procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*, La Plata, Platense, 1998; Roberto BERIZONCE, *El juez y la magistratura*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, entre muchísimos otros.

<sup>2</sup> Confr. Walter CARNOTA, “Definiciones sobre el activismo de los jueces”, L.L. Supl. Act. del 16/8/07; ver también: Augusto M. MORELLO, “Una justicia civil para el siglo XXI”, L.L. 2006-F-906.

<sup>3</sup> C.S.J.N., caso: “Mendoza”.

<sup>4</sup> Néstor A. CAFFERATA, “El tiempo y las cautelares en el derecho ambiental”, L.L. del 23/2/07.

<sup>5</sup> Néstor A. CAFFERATA, op. cit..

<sup>6</sup> Confr. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)”, Academia Nacional de Derecho, julio 2006.

<sup>7</sup> Confr. Néstor A. CAFFERATA, “El tiempo de las cortes verdes”, L.L. del 21/3/2007, pág. 8.

<sup>8</sup> Néstor A. CAFFERATA, op. cit..

<sup>9</sup> María Alejandra BUTTI y Osvaldo Carlos SIDOLI, “La creación de tribunales ambientales”, Eldial.com, 24/10/06.

<sup>10</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit.; ver también: Horacio L. ALLENDE RUBINO, “Presupuestos mínimos del derecho procesal ambiental”, L.L. Sup. Amb. del 23/9/05.

<sup>11</sup> Augusto M. MORELLO, *Estudios de derecho procesal*, La Plata, Platense, 1998, t. II, pág. 1068.

<sup>12</sup> Néstor A. CAFFERATA, “Daño ambiental. Jurisprudencia”, L.L. 2003-D-1339).

<sup>13</sup> Néstor A. CAFFERATA, “El tiempo y las cautelares en el...” cit..

<sup>14</sup> Augusto M. MORELLO y Néstor A. CAFFERATTA, “Las medidas cautelares hoy”, Rev. de Derecho Ambiental N° 0, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 169.

<sup>15</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit..

<sup>16</sup> Néstor A. CAFFERATTA, “Daño ambiental...” cit...

<sup>17</sup> Horacio L. ALLENDE RUBINO, op. cit..

<sup>18</sup> Confr. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit..

<sup>19</sup> Confr. Néstor A. CAFFERATTA, “Principio precautorio y derecho ambiental”, L.L. 2004-A-1202; ver también, del mismo autor: “Ley 25.675 general del ambiente. Comentada, interpretada y concordada”, D.J. 2002-3-1133 y sus importantes remisiones.

<sup>20</sup> Augusto M. MORELLO, “Legitimaciones plenas y semiplenas en el renovado derecho procesal civil. Su importancia”, pág. 67, en obra colectiva, *La legitimación*, en homenaje al profesor Lino Palacio, Abeledo-Perrot - Platense, 1998.

<sup>21</sup> Ver por todos, Augusto M. MORELLO, en su obra: *Estudios de derecho procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*, capítulo II: “Moderno derecho procesal”, La Plata, Platense.

<sup>22</sup> S.C. EE.UU. de América, voto del juez Douglas, en la causa “Warth c/ Seldin”, 422 U.S. 490 1975, citado por Néstor A. CAFFERATTA, “Legitimación para obrar del sindicato en causa ambiental”, LLBA 2003-287.

<sup>23</sup> Causas: “Rodríguez”, Fallos 320:2851; “Prodelco”, Fallos 321:1252, y “Consumidores Libres”, Fallos 321:1352.

<sup>24</sup> Causa: “Aguera c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 320:690.

<sup>25</sup> Fallos 323:1339.

<sup>26</sup> Fallos 320:690 y 323:1339.

<sup>27</sup> Votos de los Dres. Fayt y Petracchi, en la causa “Mignone”, Fallos 325:524.

<sup>28</sup> Confr. Horacio L. ALLENDE RUBINO, op. cit..

<sup>29</sup> Néstor A. CAFFERATTA, “Daño ambiental. Jurisprudencia”, L.L. 2003-D-1339.

<sup>30</sup> Ver Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., y sus remisiones a A. GARCÍA INDA, *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001; Antonio GIDI, *Class action in Brazil. A model for Civil Law Countries*, Ed. The American Journal of Comparative Law, 2001; del mismo autor, la versión en español, “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil”; un modelo para países del derecho civil, México, Porrúa, 2004; GIDI (coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, 2003; A. GIUSSANI, *Studi sulle “class actions”*, Padova, Cedam, 1996; G. MAURINO; E. NINO y M. SIGAL, *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005; J.L. MONTI, “Los intereses difusos y su protección jurisdiccional”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005; Augusto MORELLO, “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, La Plata, Platense, 1999; Patricia PETRELLI, *Interessi collettivi e responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2003.

<sup>31</sup> Ricardo L. LORENZETTI, *La teoría de la decisión judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 377 y ss..

# PRINCIPIO PRECAUTORIO Y PRINCIPIO PREVENTIVO EN EL DERECHO AMBIENTAL

por PAULINA MARTÍNEZ \*

**SUMARIO:** I. Introducción: los principios de prevención y precaución en el derecho ambiental. II. Recepción en la comunidad jurídica internacional. Perspectivas en el derecho internacional ambiental. III. Recepción en el derecho argentino: los principios preventivo y precautorio como verdaderos paradigmas del derecho ambiental argentino y garantes de la sustentabilidad. IV. Conclusión. Principio preventivo y precautorio como nuevos paradigmas del derecho ambiental y garantes de la sustentabilidad.

## I. Introducción: los principios de prevención y precaución en el derecho ambiental

Actualmente vivimos en un contexto caracterizado por un rápido desarrollo de investigaciones científicas y tecnológicas que ha traído consigo el denominado “progreso”, progreso que en la generalidad de los casos ha producido amplios beneficios (por ejemplo: hoy vemos que numerosos padecimientos de la existencia humana pertenecen a la historia).

Sin embargo, y como contrapartida de estos beneficios generados por la ciencia y la tecnología, han aparecido *riesgos* -que caracterizan a la era actual como la “*sociedad del riesgo*” (Ulrich Beck) o mejor dicho “*sociedad del riesgo global*” (Kemelmajer de Carlucci <sup>1</sup>). Estos riesgos, en la mayoría de los casos son imprevisibles, inciertos e incuantificables (tales como los derivados de radiaciones ionizantes y no ionizantes, cambio climático, organismos genéticamente modificados), y constituyen serias amenazas para la salud y el ambiente que nos rodea como condición de nuestra existencia <sup>2</sup>.

Como expresa Andorno: “*el portentoso desarrollo de estas últimas décadas, especialmente en los ámbitos de la energía, de la producción de alimentos y la genética, está dotado de una enorme ambivalencia. Por un lado, suscita enormes expectativas de mejoramiento de la calidad de vida de las personas, pero al mismo tiempo genera situaciones de riesgo inéditas, que tienen en algunos casos una dimensión global en cuanto son susceptibles de afectar al medio ambiente planetario o masas enteras de población*” <sup>3</sup>.

Sin embargo, a estos riesgos propios de la era actual, se agrega el peligro de efectos ambientales adversos, y daños ambientales ya consumados: (efecto invernadero, deforestación, lluvias ácidas, agujero de ozono, contaminación de las aguas -ejemplo: Riachuelo, Reconquista-, del aire, del suelo, desertificación, extinción de especies, entre otros) producto de hábitos de conductas y actividades humanas continuados en el tiempo; de prácticas empresarias que en búsqueda de una máxima rentabilidad no toman en cuenta la variable ambiental en un régimen de responsabilidad social empresaria, y de controles laxos derivados del ejercicio deficiente del poder de policía ambiental.

Este contexto nos permite caracterizar al siglo XXI como la centuria de la inteligencia, de la información, de los riesgos, de la proliferación del daño ambiental, de la polución, de la contaminación, del deterioro del suelo, del agua, del aire, y de la pérdida de la calidad de vida.

Frente a esta situación, el derecho ambiental no permanece ajeno y se inserta -dando respuesta a los tiempos que corren- en el marco del desarrollo sustentable <sup>4</sup>, con una estructura que presenta las siguientes dimensiones:

1) Previo al acaecimiento del daño ambiental (fase del predaño): a) **precautorio**; b) **preventivo**.

2) Acaecido el daño ambiental (fase del posdaño), el derecho ambiental asume la siguiente

estructura: 3º) *reparatorio* y *cesatorio* del daño; 4º) *resarcitorio* en el supuesto de un daño irreparable.

Analizar los principios preventivo y precautorio, que tipifican la estructura del derecho ambiental previo al acaecimiento del daño ambiental, será objeto de esta monografía. Así expondré la noción de cada uno de estos principios, sus diferencias, la recepción en la comunidad jurídica internacional y en el ordenamiento jurídico ambiental nacional como garantes de la sustentabilidad; las consecuencias que produce la incorporación de tales principios en el derecho sustancial y procesal tradicional; su aplicabilidad tanto en los ámbitos administrativo como judicial para concluir en la necesidad de una efectiva aplicación en orden a la gobernabilidad para la sustentabilidad.

### *Noción de prevención y precaución*

Hoy el énfasis preventivo (Ramón Martín Mateo) y precautorio constituyen uno de los elementos básicos y definitorios de la estructura del derecho ambiental, particularmente, el fundamento de la sustentabilidad y responsabilidad ambiental.

Con respecto a la prevención, el derecho ambiental por esencia es un derecho esencialmente preventor. En ese sentido, se ha dicho que “*la regla de oro del derecho ambiental es prevenir*” (Alexander Kiss) <sup>5</sup>, anticiparse, habida cuenta que el ambiente es un bien no monetizable (no traducible en indemnizaciones) y de difícil o imposible recomposición ulterior.

La “prevención” es el eje central de la protección al medio ambiente. No se trata sólo de reparar cuando el daño se haya producido sino, principalmente, de anticiparse a su producción de una manera eficaz y concreta” <sup>6</sup>. Con acierto se ha dicho que “*No hay mejor reparación de un perjuicio que su propia evitación*” <sup>7</sup>.

*El principio de prevención se puede definir como “el deber de anticiparse al daño ambiental, adoptando todas las medidas que sean necesarias para evitar que éste se produzca”* <sup>8</sup>.

También se ha dicho que por prevención (del latín *praeventio*) se alude a la acción y efecto de prevenir; a aquellas preparaciones y disposiciones que se hacen anticipadamente para evitar un riesgo. La prevención pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Es que generalmente, los problemas actuales suelen ser tan graves que existe la tentación de dedicarse exclusivamente a ellos; los problemas inminentes, sin embargo, pueden ser aun peores, a no ser que se intervenga oportunamente para prevenirlos <sup>9</sup>.

El jurista brasileño Sebastio Valdir Gomes expresa que el principio de prevención es uno de los principios fundamentales que orientan la llamada tutela del medio ambiente, conforme al cual se procura evitar la producción de daños ambientales actuando como estimulante negativo de todo aquello que potencialmente pueda causarlo.

Sin embargo, podemos afirmar que la tutela conferida por el derecho ambiental no se limita a la mera prevención. El derecho ambiental ha incorporado, reforzando el principio de prevención, al principio de precaución, precautorio o de cautela.

A este último vulgarmente se lo conoce como *in dubio pro ambiente*. Este principio rector tan importante tanto en su contenido moral como jurídico, ya que no sólo es en sí mismo un principio que determina la abstención de la acción ante el riesgo sino que connota una valoración por parte de la humanidad, imponiendo a los actores del mundo de hoy que ante la duda rige el principio *in dubio pro ambiente* <sup>10</sup>.

Ellen Hey en el *Georgetown International Environmental Law Review*, en el artículo que se

titula: “El principio precautorio dentro de la ley y política ambiental: institucionalización”, analizando el concepto de éste, dice que se requieren acciones preventivas antes de las pruebas científicas, pues una vez que se hacen las pruebas pertinentes, el daño ya puede estar cometido. De este modo se estaría actuando tardíamente, y no tendría pleno sentido de él, que es evitarlo. Pues las pruebas científicas que se pueden hacer para evaluar el daño ambiental han llegado generalmente tarde, cuando el grave daño ya ha ocurrido.

Néstor Cafferatta expresa que *“en nuestro prisma, la precaución es el motor del cambio radical que el tratamiento de actividades potencialmente degradadoras viene sufriendo en los últimos años”*<sup>11</sup>.

El principio precautorio ha sido definido en un reciente documento de la UNESCO<sup>12</sup>, introduciendo una noción moral, de la siguiente forma: *“Cuando la actividad humana pueda conducir a un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, diversas medidas pueden ser tomadas para evitar o disminuir la posibilidad de ese daño”*.

Como bien afirma Mirra<sup>13</sup>, es importante comprender que la adopción del principio precautorio significa una consagración definitiva de un nuevo enfoque en la creación, en la interpretación y en la aplicación del derecho ambiental, que es un enfoque de **prudencia**, de **vigilancia** en el tratamiento de las actividades degradadoras del medio ambiente en detrimento del enfoque de **tolerancia** de esas actividades.

El principio precautorio instaura una nueva forma de gestión del riesgo, acentuando la noción de prudencia y diligencia, frente a supuestos de incertidumbre científica:

a) *Con respecto a la noción de prudencia* (según Aristóteles, sabiduría práctica (*phronesis*): El principio de precaución, en realidad, no es otra cosa que una aplicación específica del principio general del derecho referente a los administradores o albaceas de bienes que no les pertenecen o que en el futuro esperan otros propietarios. Cuando nuestro Código Civil llama a observar el comportamiento de un padre de familia no hace otra cosa que exigir prudencia o precaución que también es exigible a quienes podemos afectar la biosfera, que en mayor o menor medida lo somos todos.

b) *Con respecto a la incertidumbre científica*: Hoy vivimos en tiempos de incerteza. Como dicen Edgar Morin y Anne Bridget Kern: *“El progreso no está automáticamente asegurado por ninguna ley de la historia. El vivir no es necesariamente desarrollo. El futuro llama a una devorante incertidumbre”*<sup>14</sup>.

Según un informe del Banco Mundial de 1992<sup>15</sup> *“la incertidumbre es inherente a los problemas ambientales”*.

Con el mismo criterio, en varias oportunidades, la jurisprudencia de los EE.UU. ha opinado argumentando *“que las cuestiones que envuelven al ambiente están particularmente inclinadas por su natural tendencia a la incertidumbre. El hombre de la era tecnológica ha alterado su mundo en direcciones nunca antes experimentadas o anticipadas. Los efectos en la salud de tales alteraciones son generalmente desconocidos y algunas veces imposibles de conocer”*<sup>16</sup>.

Por ello se ha dicho que el principio precautorio es el ejercicio activo de la duda<sup>17</sup>. O como dice Helena Highton *“... no hay cálculos científicos que demuestren que la exposición a una sustancia contaminante en una concentración determinada es segura”*; o Demetrio Loperena Rota: *“en materia ambiental existen riesgos ciertos e **incertidumbre científica** sobre el alcance de algunos daños que se están produciendo. El principio de precaución exige que cuando una duda razonable surja en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, se evite la misma, o se tomen las medidas para que ese eventual daño -científicamente no comprobado todavía- no llegue a producirse”*<sup>18</sup>, o bien Amadeo Postiglione: *“los efectos dañosos no están suficientemente conocidos ni desde la óptica cuantitativa ni en lo que hace a su distribución geográfica y ni siquiera, y sobremanera a sus precisas incidencias en orden a sus*

*cualidades o al tiempo de aparición de efectos”.*

En función de lo expuesto, **el principio de precaución, involucra la noción de prudencia e incertidumbre científica (o ausencia de certeza científica concluyente) como nuevos paradigmas en la gestión del riesgo, que se traducirán en la adopción de medidas positivas (acción, obligaciones de hacer) o negativas (abstención, obligaciones de no hacer) en protección de la salud y el ambiente.**

Lo expuesto, podemos ilustrarlo recurriendo a las siguientes citas: “*si existen sospechas fundadas de que tal riesgo es real y dada la importancia de los bienes en juego, como son la vida y la salud de la población, deben adoptarse de inmediato las medidas correspondientes para evitar que el daño se produzca*”<sup>19</sup>, o bien como dice Antonio Benjamín: “*La duda científica es uno de los aspectos más inquietantes del derecho ambiental: la sustancia X ¿es segura?, la especie A ¿desaparecerá o no?, la ciencia no responde a todas las preguntas que nos interesan desde el punto de vista del medio ambiente. Si no sabemos, mejor no asumir el riesgo, pues los perjuicios tienden, frecuentemente a ser irreversibles*”<sup>20</sup>.

En conclusión, los principios preventivo y precautorio colocan al derecho ambiental a la **vanguardia** del resto de las disciplinas jurídicas en razón de que operan, en ámbitos de riesgos, siempre sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales. Y de modo totalizador, holístico o integral<sup>21</sup>.

#### *Diferencia entre prevención y precaución*<sup>22</sup>

Mientras que el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución<sup>23</sup> introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y, por lo tanto, imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre<sup>24</sup>. La prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia. La precaución por el contrario, enfrenta a otra naturaleza de la incertidumbre: la de los saberes científicos en sí mismos<sup>25</sup>.

*“La distinción de peligro potencial (hipotético o incierto) y riesgo confirmado (conocido, cierto y probado) funda la distinción entre precaución y prevención”*<sup>26</sup>.

Kemelmajer de Carlucci, para distinguir prevención de precaución, nos habla de grados de incertidumbre. Ante situaciones de incertidumbre el derecho de daños juegan los principios de prevención y precaución, “*que presentan las siguientes diferencias de presupuestos: atento al riesgo verificado, peligrosidad conocida -prevención-. En cambio, frente al riesgo potencial, incertidumbre sobre la propia peligrosidad por insuficiencia de conocimientos -precaución-*”<sup>27</sup>.

Una de las formas de diferenciar la precaución de la prevención en la doctrina brasileña es la propuesta por Leite e Ayala. Para tales autores, el principio de prevención se relaciona con un *peligro concreto* en tanto que la precaución es una prevención dirigida a un *peligro abstracto*. El objetivo fundamental perseguido en la aplicación del principio de prevención es, fundamentalmente, la prohibición de actividades que se saben peligrosas. No es el caso de la precaución, que efectivamente es un estado de peligro potencial. Existen evidencias verosímiles que llevan a considerar que determinada actividad sea peligrosa<sup>28</sup>.

En el derecho europeo, Kramer sostiene que a diferencia del principio de prevención, el de precaución, afecta a toda la política ambiental, mientras que aquel sería aplicable a cada medida singular<sup>29</sup>. En tanto, que para Demetrio Loperena Rota, la aplicación del principio de precaución puede evaluarse en cada norma concreta, como se puede hacer un juicio sobre la prudencia de cada decisión en la administración de los bienes por un albacea<sup>30</sup>.

## **II. Recepción en la comunidad jurídica internacional. Perspectivas en el derecho internacional ambiental**

Tanto el principio de prevención como precautorio han nacido en la comunidad internacional, trasladándose luego a los ordenamientos jurídicos nacionales. El principio de prevención ha sido incluido en diversos instrumentos internacionales, que serán conforme al art. 75 inc 22 primer párrafo, fuente de derecho, entre los que cabe citar: Convención de Rotterdam <sup>31</sup>, Convención sobre la Conservación de las especies migratorias de animales silvestres <sup>32</sup>; Convenio de Basilea, sobre control de movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación <sup>33</sup>, Convención conjunta sobre seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre seguridad en la gestión de desechos radiactivos <sup>34</sup>; Convenio internacional para prevenir la contaminación por buques (MARPOL) <sup>35</sup>; Convenio Internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos <sup>36</sup>; Convención CITES <sup>37</sup>; Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres <sup>38 39</sup>. Respecto del principio precautorio, su primera expresión surgió en Alemania, en los años '70 con el *Vorsorgeprinzip*, en el campo del derecho alemán del medio ambiente. Posteriormente se extendió al derecho internacional a través de los siguientes instrumentos: la Conferencia de Estocolmo de Medio Ambiente de 1972; la Convención sobre el Derecho del Mar (1982); II Conferencia Internacional relativa al Mar del Norte (1987), Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, reunida en Río de Janeiro del 3 al 14/6/92 de la cual formó parte nuestro país y que lo contiene como principio 15: *“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”*; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático <sup>40</sup>; Convenio sobre la Diversidad Biológica <sup>41</sup>; Protocolo sobre Bioseguridad de Cartagena. En el derecho comparado, el principio precautorio es receptado en la ley 99 de Colombia; en la ley 81 del Medio Ambiente de Cuba; en la Ley de Biodiversidad de Costa Rica, en la Ley de Diversidad Biológica de Venezuela, en la ley 17.283 de Uruguay, en la ley 64-00 sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales de República Dominicana; ley 217 de Nicaragua; Ley de Medio Ambiente de El Salvador; ley 28.611 General del Ambiente de Perú; y es hoy norma constitucional del derecho francés, toda vez que la Carta del Ambiente, sancionada el 28/2/05, integra la Constitución de Francia (*“Charte de l’Environment”*) <sup>42</sup>.

Finalmente, no debemos olvidar que en el ámbito de la Unión Europea, el Tratado de la Unión Europea fundamenta en cuatro principios la acción de la comunidad: la acción preventiva; la corrección como prioritaria ante las degradaciones o daños; el principio contaminador -pagador- y el principio de precaución. El art. 174 del Tratado de la Unión Europea en su apartado 2 reza: *“La política de la comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la comunidad. Se basará en los principios de precaución y de acción preventiva; en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga”*.

## **III. Recepción en el derecho argentino: los principios preventivo y precautorio como verdaderos paradigmas del derecho ambiental argentino y garantes de la sustentabilidad**

La reforma constitucional de 1994 incorporó la cuestión ambiental en nuestro país. Así, en el art. 41 primer párrafo incorporó el derecho fundamental subjetivo y colectivo 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 <sup>43</sup>, dando comienzo a un nuevo ciclo en el tratamiento de la cuestión ambiental con el objetivo de conseguir para nuestro país la sustentabilidad como modelo de desarrollo <sup>44</sup>.

A la par estableció en el tercer párrafo -en un esquema que se ha denominado federalismo de concertación o compartido o de complementariedad maximizante- que “*corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales*”.

En virtud de este mandato, el Congreso sancionó la ley general del ambiente 25.675 de presupuestos mínimos de protección ambiental, sancionada el 6/11/02, promulgada parcialmente por el decr. 2413, el 27/11/02. Esta norma, con el fin de alcanzar una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable, en su art. 4º incorporó -provenientes del derecho internacional ambiental- una serie de principios de política ambiental nacional para la aplicación e interpretación de la dicha ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, entre los que recoge al **principio de prevención**: *las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el mismo se puedan producir* y, el **principio precautorio**: *cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente*.

A partir de la consagración de los principios de prevención y precaución, no pueden haber dudas que el derecho ambiental argentino es un derecho de prudencia, un derecho de vigilancia en oposición a un derecho de tolerancia de las conductas o actividades lesivas al medio ambiente, un derecho preventivo y precautorio. Ese es el enfoque que ha dado nuestro legislador y el que debe prevalecer en toda actividad de aplicación de ese derecho <sup>45</sup>.

#### *a. Consecuencias de la recepción de los principios preventivo y precautorio en nuestro ordenamiento jurídico ambiental*

La recepción de tales principios provoca verdaderas transformaciones, cambios, y revisiones de todos los institutos clásicos del derecho sustancial y procesal.

##### *a.1. En el derecho sustancial*

*Los principios preventivo y precautorio son nuevos paradigmas de la responsabilidad*: En el campo del derecho sustancial, si bien el derecho ambiental ha puesto en crisis, en general, a todos los institutos clásicos tradicionales, en particular, la mayor modificación se refleja en el ámbito de la responsabilidad civil (derecho civil).

Los principios de prevención y precaución hoy son los nuevos paradigmas de la responsabilidad civil.

Los principios preventivo y precautorio hoy constituyen los nuevos fundamentos de la responsabilidad civil a fin de neutralizar amenazantes riesgos de daños.

Los principios de prevención y precaución hoy instauran una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil a fin de evitar consecuencias dañosas al ambiente previsibles o no.

Con acierto, Néstor Cafferatta expresa: “*que hace tiempo que nuestra doctrina civilista, ha*

descubierto la función preventiva del derecho de daños. Dichas ideas son congruentes con una noción amplia del daño, comprendiendo entre los resultados lesivos que generan responsabilidad no sólo el daño causado sino también la amenaza de un daño injusto. Esta concepción tiene sustento normativo en el artículo 1067 del Código Civil, en virtud del cual surge responsabilidad por los actos exteriores que puedan causar un daño, y se explica porque en el caso de peligro antijurídico contra un interés, la disponibilidad del bien ha sido alterada. Un hecho que pone en peligro el goce de un bien constituye sin duda una perturbación, que en rigor significa, por sí misma, un empeoramiento del interés"... "Recordemos que la ley 25.675, instituye los principios de prevención y precaución. En doctrina se ha dicho que este último principio, se trata de un nuevo fundamento de la responsabilidad civil sustentado en la función preventiva a fin de neutralizar amenazantes riesgos de daños"<sup>46</sup>.

Salvador Bergel sostiene que "En materia de responsabilidad en general, se ha operado una profunda evolución relacionada con los cambios en los riesgos. En el siglo XIX se la vincula al concepto de falta de previsión; en la primera mitad del siglo XX, lo que prevalece es la previsión de tipo universal, vinculándose los riesgos con estadísticas y probabilidades; es a partir de la segunda mitad de dicho siglo XX, con la aparición de los 'megapeligros tecnológicos' y el denominado 'riesgo global', derivados, por ejemplo, de la energía atómica y más recientemente de la ingeniería genética, que la prevención ya no es suficiente, ya que nos encontramos frente a una incertidumbre, dudas fundadas sobre el daño que se puede provocar".

En similar sentido, el jurista Néstor Cafferatta<sup>47</sup>, en su ponencia en las Jornadas sobre Medio Ambiente (II Nacionales y I Latinoamericanas), Salta, 2004, sostuvo: "el régimen de la responsabilidad civil ha dejado de ser resarcitorio para pasar a ser preventivo o mejor dicho precautorio". El campo del derecho ambiental es un campo propicio para las soluciones *ex ante* y nunca *ex post*. En el siglo XIX, el factor de atribución predominante fue la culpa; en el siglo XX segunda mitad, la prevención y el siglo XXI es el siglo del principio precautorio. El principio precautorio es hoy el nuevo factor de atribución en el régimen de responsabilidad<sup>48</sup>.

*Los principios de prevención y precaución son los principios que permiten distinguir al derecho ambiental del resto de las disciplinas clásicas, tal como referimos y constituyen hoy el nuevo paradigma de la responsabilidad.*

Y así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en los autos "Mendoza" el 20 de junio de 2006: "Que en virtud de lo expresado, la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que -según se alega- en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratara del resarcimiento. La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y trasindividual".

*En conclusión, hoy el régimen de responsabilidad en materia ambiental atiende primero a la precaución, segundo a la prevención, tercero a la recomposición y cese del daño, y como ultima ratio, el resarcimiento o indemnización sustitutiva que determine la justicia interviniente de conformidad con el art. 28 LGA.*

## *a.2. En el derecho procesal*

“Hay que dar prioridad a respuestas vivas a los problemas de hoy.

*Ello provoca una suerte de insurrección contra el proceso civil clásico (Antonio Benjamín) en el sentido que le demanda una inteligente adecuación a esas nuevas realidades”*<sup>49</sup>.

Ya en las jornadas llevadas a cabo en Salta 2004, el jurista Néstor Cafferatta advertía en su exposición, que *“frente a esta nueva disciplina que es el derecho ambiental, y la emersión de los intereses difusos rebautizados por la reforma constitucional como derechos de incidencia colectiva, familia dentro de la cual se inscribe con ropaje privilegiado el derecho ambiental, operan cambios que se advierten en la relación de derecho procesal. Es que las escalas de los problemas son diferentes; son escalas de problemas masificados, nos encontramos frente a un proceso colectivo que compromete, que interesa e incide en grandes grupos, sectores comunitarios, intereses generales según la denominación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de manera que dentro de las nuevas manifestaciones del accionar jurisdiccional es necesario introducir modificaciones en su aplicación. El procedimiento civil, construido sobre bases individualistas, no da cuenta de los intereses colectivos o difusos. Los nuevos derechos que están en juego no pueden protegerse a través del sistema clásico tradicional del proceso de dos partes -el proceso de Cayo contra Ticio- donde cada uno busca solucionar su problemática particular. Es necesario concebir formas adecuadas de tutela”*.

Es que *“la explosión producida por la expansión de las sociedades industriales modernas a hecho aparecer en forma vertiginosa -un derecho nuevo- que ha debido salir al cruce a novedosas situaciones que la ‘era tecnológica’ ha puesto en primera plana, obligando a ‘repensar’ varias instituciones y principios que parecían definitivamente desarrollados a la luz de la concepción individualista del siglo pasado.*

*Esta problemática ha implicado un cambio epistemológico, copernicano, ya que los nuevos derechos que están en juego no pueden protegerse a través del sistema clásico tradicional”*<sup>50</sup>.

De lo expuesto, podemos inferir la siguiente premisa: ***“frente al derecho ambiental, el derecho procesal experimenta cambios, adecuaciones, transformaciones, que lo convierten en un derecho procesal diferente”***. Y tal es así que nos permitimos afirmar, que así como hay un derecho procesal civil, un derecho procesal penal, un derecho procesal laboral, hoy existe un verdadero derecho procesal ambiental, en el marco del cual se desenvuelve el proceso ambiental con connotaciones propias que implican una revisión de los institutos del proceso clásico tradicional<sup>51</sup>

<sup>52</sup>.

Y en esta revisión -que tipifica a un nuevo derecho procesal y, por ende, un nuevo proceso (el proceso ambiental)- tienen una responsabilidad preponderante, los principios preventivo y precautorio: el proceso ambiental (tanto en sus “micro” como “macro” decisiones) debe asentarse y dirigirse a la precaución y prevención del daño ambiental por sobre el logro de una certeza final y absoluta que jamás existirá por completo, de lo contrario y tal como sostiene Aníbal Falbo, sólo se lograría transformar al remedio jurisdiccional en una instancia inocua o lo que es lo mismo interminable.

De allí que el abordaje epistemológico de los diversos institutos del proceso ambiental deba ser revisado y reordenado dentro de esta nueva visión que plantean los principios de prevención y precaución y que a continuación serán analizados, algunos de ellos sucintamente:

*El rol del juez:*

***Estamos ante otro juez***<sup>53</sup>: El juez asume un nuevo rol en el proceso ambiental, es un juez acompañante y protector de los derechos, intereses y garantías en juego.

En Argentina, incluso antes de la reforma constitucional de 1994, el notable fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, en el caso “Copetro”, mediante el voto del Dr. Hitters, anticipaba este nuevo rol del juez artífice de la prevención y precaución: *“para que tengan vigencia estos postulados... deben concederse a los jueces -y éstos deben ejercerlos- mayores poderes*

*deberes... ello implica que los magistrados deben ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes le confieren. El derecho ambiental requiere justamente de una participación activa de la iudicatura, la que si bien de alguna manera puede afectar el principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo, acorde con la naturaleza de los derechos afectados”*

54.

La reforma de la Constitución Nacional trajo importantes modificaciones en lo que hace a las facultades de los jueces, otorgándole en el caso del amparo la posibilidad de declarar, aun sin petición de parte, la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto lesivo <sup>55</sup>, pero fue la ley 25.675 (LGA) la que consagró innovaciones inéditas en materia de potestades judiciales especialmente ordenatorias e instructorias, otorgando al enjuiciador un rol completamente activo e inquisidor para dar efectiva vigencia a los postulados preventivo y precautorio en aquellos procesos que buscan preservar el equilibrio natural. Así, el art. 32 LGA confiere a las autoridades judiciales amplias facultades en materia de medidas cautelares y dirección del proceso: pueden disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos y de oficio adoptar todas las medidas de urgencia indispensables para la preservación del ambiente <sup>56</sup>.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico ha conferido amplias potestades <sup>57</sup> a los jueces para hacer efectivos -en el marco del proceso ambiental- los principios de prevención y precaución. Pero, a su vez, es necesario el compromiso real de los jueces para que mediante tales herramientas procesales, necesarias e idóneas, den operatividad a los principios mencionados, a fin de que no se conviertan en meros postulados inútiles o “letra muerta”. La puesta en actuación de los principios de prevención - precaución exige una tarea concreta del juez de grado, sin duda, macroscópica, donde el espíritu de los principios aparezca representado en cada paso del iter judicial; si ello falla, la justicia es simbólica y el proceso judicial termina siendo un mecanismo proempresa contaminante y el derecho al ambiente una declamación <sup>58</sup>.

En el Simposio Mundial de Jueces de 2002, se sostuvo: *“El frágil estado del medio ambiente mundial requiere que el Poder Judicial en calidad de custodio del imperio de la ley, aplique con decisión y sin temor las normas internacionales y locales pertinentes que contribuyan en la esfera del medio ambiente y el desarrollo sostenible, a la mitigación de la pobreza y al sostenimiento de una civilización duradera, asegurando a la generación presente una buena calidad de vida, no comprometiendo los derechos de las generaciones futuras”*.

Afortunadamente, la labor judicial ha tenido diversas expresiones en este sentido en las últimas décadas. A título de ejemplo, podemos mencionar; a) la causa “Assupa”, (C.S.J.N.) en la que la minoría integrada por los ministros Vázquez, Maqueda y Zaffaroni, trajo a colación el tema de las facultades ordenatorias de los jueces en los procesos ambientales para alcanzar la efectiva protección del interés general. Más precisamente, los poderes de dirección del proceso para ordenar, conducir y probar los hechos dañosos y adoptar, aun de oficio, las medidas precautorias de urgencia en procura del medio ambiente, b) el fallo “Copetro” de la Corte Bonaerense ya citado; c) la Cámara Federal de La Plata: *“la tutela del ambiente justifica soluciones expeditas; interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia no debe entenderse como una indebida limitación de libertades individuales, pues no hay libertad para dañar el ambiente ajeno; la importancia de la defensa del medio ambiente justifica cierto grado de trasgresión de normativas que no se han adaptado a la realidad. El derecho ambiental requiere de la participación activa de la iudicatura, lo que en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos”* <sup>59</sup>, y c) más recientemente: “Gómez Carmona Beatriz Lucrecia I/ Acción de amparo c/ Estado Federal CNEA”, el juez federal de primera instancia, haciendo uso de las facultades ordenatorias e instructorias que confiere la ley 25675, fundó el despacho de una medida cautelar de no innovar en los principios de prevención y precaución, haciendo hincapié en la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos los mandatos constitucionales <sup>60</sup>.

*Prueba:*

- *Carga de la prueba: inversión de la carga de la prueba (Teoría de las cargas dinámicas):*

En el proceso ambiental, a partir de la emersión de los principios preventivo y precautorio, sobre todo, especialmente, en virtud de este último, se produce una modificación en la carga de la prueba de encuadre clásico según la cual es principio que todo aquel que alega un hecho debe probarlo.

Frente a ello, en esta materia cobra especial valor, y de la mano especialmente del principio de precaución, la doctrina de las cargas dinámicas probatorias como paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacía recaer sin miramientos, sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado) por malentender las sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba <sup>61</sup>.

La solidaridad social impone que el que se beneficia de los adelantos tecnológicos sea quien enfrente la carga de probar la inocuidad de su emprendimiento.

Aquí, especialmente el principio de precaución solventa esta postura, pues regla que ante la falta de probanzas sobre la inocuidad de una actividad o producto se permite adoptar medidas protectoras del entorno limitando el derecho de quien no despejó la incertidumbre sobre su inocuidad. En este sentido, siempre el rol de probar caerá sobre el poluyente y no sobre el afectado. Esto se justifica por lo dificultoso que resultará -para quien no es el titular de la actividad- la prueba de la contaminación ya que en el proceso ambiental nos encontramos con modernos David y Goliat, partes que generalmente se hallan en una completa disparidad de fuerzas, lo que adquiere notoriedad al momento de la prueba, que es una prueba sumamente compleja y costosa. Con igual criterio, Antonio Benjamín ha dicho que con el principio precautorio: *“se inaugura una nueva fase para el propio derecho ambiental. Así ya no cabe a los titulares de derechos ambientales probar los efectos negativos (ofensividad) de emprendimientos llevados a la apreciación del bien público, como es el caso de instrumentos afiliados al régimen de simple prevención, por ejemplo, el estudio de impacto ambiental, se impone a los degradadores potenciales la carga de probar la inofensividad de la actividad propuesta”* <sup>62</sup>.

*Medidas cautelares o tutela inhibitoria cautelar* <sup>63</sup>:

*“Muchas veces, los fallos ambientales más relevantes, son cautelares que conmueven las estructuras clásicas de las medidas preventivas y que responden a la firme voluntad de la magistratura interviniente de lograr acceder a la verdad material de los hechos controvertidos, evitando situaciones de daño ambiental que se consideran irreversibles o graves”* (Néstor Cafferatta) <sup>64</sup>.

Las medidas cautelares en los procesos ambientales, al igual que en los restantes procesos, tienen un rol accesorio, lo que implica que no son un fin en sí mismas, sino un medio de asegurar un resultado en el proceso. Se trata de medios y no de fines <sup>65</sup>.

Las medidas cautelares son los instrumentos procesales con mayor idoneidad para proveer a una tutela anticipatoria del medio ambiente <sup>66</sup>, ya que va de suyo que el medio ambiente necesita de una efectiva y rápida protección en función de la precaución y prevención del daño ambiental, a fin de que no se torne ilusorio el derecho que se ejerce mediante la acción instaurada.

En el marco del proceso ambiental, en virtud del principio de especialidad procesal, las medidas cautelares se rigen por lo establecido en el art. 32 *in fine* de la ley 25.675. Por ende, y máxime en aquellos procesos en los que están en juego los principios de prevención y/o precaución, los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, adquieren una enorme flexibilidad procesal que no puede estar atada a ninguna clase de formalismos obstruccionistas, en virtud de estar en juego la plena eficacia de una obligación constitucional. Prueba de ello, es que el juez puede disponer de oficio cualquier clase de medida precautoria de urgencia conforme lo establece el art. 32 ya citado <sup>67</sup>.

Brevemente analizaremos los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en función del art. 32 LGA y de los principios preventivo y precautorio <sup>68</sup>:

1) Verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*): basta con que la situación invocada aparezca como razonable para llevar al órgano jurisdiccional a la convicción sobre la veracidad de las invocaciones, no siendo necesario probar su certeza. En ese sentido, nos huelga recordar que la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal ha sentado una importante pauta interpretativa para el análisis de este requisito al señalar que “... *las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo el de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad de la medida cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad*” <sup>69</sup>

Guillermo Peyrano ha dicho que la verosimilitud del derecho deberá ser analizada bajo un prisma no tan riguroso, debiendo admitirse el despacho de medidas precautorias en materia ambiental, aun cuando no exista certeza científica sobre los efectos perjudiciales cuya producción quiera prevenirse en esta materia <sup>70</sup>.

Así y fundándose en los principios preventivo y precautorio a la hora de justificar la verosimilitud del derecho a los efectos del despacho de una medida cautelar la justicia ha dicho que, “teniendo en cuenta el alcance de bien común que pretende protegerse y el compromiso ambiental, debe analizarse desde una perspectiva distinta a la que corresponde para el dictado de medidas cautelares que tiendan a otros objetivos. El rigor con que han de observarse los pedimentos cautelares debe morigerarse, armonizando con los principios rectores, (prevención / precaución) cuyo análisis es obligatorio para los jueces, con las nuevas pautas en la materia ambiental, que desde la óptica del derecho viene desarrollándose” <sup>71</sup>.

2) Peligro en la demora (*periculum in mora*): deberán demostrarse al juez el peligro de daño cierto o los riesgos de un perjuicio grave e irreversible que se ocasionarían por la falta de dictado de una medida.

En el caso de medidas tomadas sobre la base del principio precautorio en el proceso ambiental, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora son reemplazados por la existencia de riesgo de daño grave e irreversible, sin necesidad de certeza científica. Es decir que por la creación de un riesgo con efectos aun desconocidos -que actúa en el área de la incertidumbre científica -y que se ve compensado por la magnitud y gravedad del daño que eventualmente sufriría un bien esencial para la vida como es el medio ambiente <sup>72</sup>.

3) Contracautela: El constitucionalista Andrés Gil Domínguez, reconoce que en los procesos colectivos, la regla debe ser la caución juratoria y la excepción con sumo carácter restrictivo, la contracautela pecuniaria <sup>73</sup>.

Concluimos afirmando que de la mano de los remedios cautelares se logra la efectiva prevención y precaución del daño ambiental. Así, nuestro más alto tribunal recientemente en “Mendoza, Beatriz Silvia y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, como ya expresáramos, sentó que tiene una prioridad absoluta la **prevención** del daño futuro, ya que -según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación...” (20/6/06) <sup>74</sup>. En el caso, el tribunal hizo uso de las facultades ordenatorias e instructorias que le confiere el art. 32 de la ley 25.675, a fin de proteger efectivamente el interés general. Dispuso acertadamente diversas medidas como un estudio de impacto ambiental, el control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, un ordenamiento ambiental del territorio, la presentación de un plan integrado y un programa de educación ambiental, entre otras.

Otros medios procesales como instrumentos idóneos de aplicación de los principios preventivo y precautorio en pos de la tutela ambiental:

La doctrina distingue en materia procesal ambiental instrumentos preventivos y reparadores. Dentro de los primeros, los principios preventivo y precautorio han sido aplicados a través de

diferentes vías procesales, a saber:

1) Amparo ambiental (art. 43 C.N.): medio de tutela ambiental por excelencia, a través del cual se han ello valer los mandatos preventivo y precautorio.

2) Medidas autosatisfactivas: concebidas como tutelas jurisdiccionales urgentes, que encuentran su justificación en sí mismas y no son servidoras, ni acceden a las resultas de ninguna pretensión principal, se despachan *inaudita parte* y siempre y cuando se advierta *a priori* una fuerte probabilidad de que los planteos formulados al requerirlas resulten atendible.

*“La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano jurisdiccional”*<sup>75</sup>.

3) Acciones del Código Civil: la denuncia por daño temido contemplada (arts. 2499 C.C. y 219 bis C.P.C.C. de Mendoza) y la acción negatoria (art. 2801 y ss.) son indicadas por los autores como vías preventivas del daño ambiental, luego según lo expuesto en cuanto al principio precautorio, éste puede encontrar en ellas su aplicación cuando se reúna la condición de incertidumbre del daño. Sin embargo, a tenor del daño que se trata de evitar, su aptitud debe evaluarse en tanto no resulta necesario forzar estos instrumentos habiendo otros más especializados. Quizás desde esta perspectiva, resulta más adecuada la acción por molestias intolerables (art. 2618 C.C.), que específicamente aborda la problemática de la contaminación<sup>76</sup>.

4) La acción de daño ambiental colectiva introducida en la ley 25.675.

De ésta constituye un claro ejemplo la causa “Mendoza” ya mencionada.

*Amicus curiae (amigo de la curia o amigo del tribunal):*

Es una herramienta clave a la hora de hacer efectivos los criterios de prevención y precaución en el marco de un proceso ambiental. Es un instituto del derecho procesal que permite la intervención de terceros ajenos a una disputa judicial, que cuenten con un interés justificado en la resolución del litigio ambiental en el que se discute asuntos de interés público al estar vinculados derechos de incidencia colectiva, a fin de proporcionar al magistrado actuante su opinión especializada sobre el *thema decidendum*, en función de que el conflicto ambiental requiere ser abordado de manera interdisciplinaria y multidisciplinaria.

Finalmente, las modificaciones señaladas en el ámbito del proceso ambiental que nos llevan a hablar de un verdadero derecho procesal ambiental y la complejidad científico técnica de los casos ambientales, que demandan soluciones inéditas a problemas inéditos, imponen como mecanismo superador de las estructuras tradicionales del derecho, la conveniencia de contar con *fueros especializados* en la materia ambiental como garantes de la aplicación efectiva de los principios de prevención y precaución.

*a.3. Efectividad de los principios de prevención y precaución: Aplicación en sede judicial y en sede administrativa*

La C.S.J.N. ha dicho recientemente en autos “Mendoza” que “*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*”<sup>77</sup>.

*“La efectividad del derecho ambiental pasa por la aplicación real y eficaz a toda actividad que incida de manera significativa sobre el medio ambiente, de los principios y de las normas de derecho ambiental”*<sup>78</sup>.

*En sede administrativa:*

El desafío del siglo XXI según Antonio H Benjamín es la implementación del derecho ambiental. Sin embargo, el derecho ambiental, sobre todo, en los países no desarrollados padece de raquitismo de eficiencia (Ramón Ojeda Mestre). Con criterio similar, María Eugenia Di Paola, ha expresado que “*nuestra realidad latinoamericana ofrece claras falencias en materia de aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental*”.

Zeballos de Sisto nos dice que para el común de la gente pareciera que las normas ambientales no han llegado a la Argentina, cuando en realidad estas leyes hace mucho tiempo que integran el esquema jurídico argentino; lo que ocurre es que no se las cumple, las autoridades no las aplican y los encargados de administrar los recursos naturales, muchas veces, las ignoran <sup>79</sup>.

He decidido mencionar estas deficiencias en la efectividad del derecho ambiental y, por ende, de los principios objeto de nuestro estudio, que los hacen acreedores en muchos casos de una mera vigencia formal, mas no real, al analizar su aplicabilidad por los poderes públicos administrativos provinciales, especialmente haciendo referencia a la provincia de Mendoza, porque son los que revelan mayores deficiencias a la hora de su efectiva aplicación, como *condictio sine qua non* de la sustentabilidad y gobernabilidad ambiental.

Tal como señala Héctor Bibiloni <sup>80</sup>, los conflictos por la preservación de los valores ambientales dejan al descubierto las gravísimas fallas que muestra el funcionamiento de los mecanismos de gobierno con que se administran los recursos naturales en las provincias, y terminan siendo los pronunciamientos de la judicatura, cada vez más frecuentes y concordantes, demostrando que con una gran sensibilidad, el Poder Judicial es el que demuestra el mayor apego a las garantías constitucionales y un saludable respeto por la ley.

Para ilustrar lo expuesto, he escogido un caso paradigmático: la *mina de uranio de Sierra Pintada (San Rafael -Mendoza)*.

Sierra Pintada es una mina de explotación, extracción y concentración de uranio y que se encuentra ubicada en el departamento de San Rafael, provincia de Mendoza, en la cuenca del río Diamante. Esta mina operó por la Comisión Nacional de Energía Atómica (en adelante, CNEA) hasta 1995. Hoy se pretende su reapertura. Sin embargo, uno de los problemas principales es que durante el tiempo que estuvo en explotación generó pasivos ambientales de gran magnitud: aguas de cantera, residuos sólidos, colas de tratamiento, minerales marginales, precipitados sólidos, escombreras areniscas, escombreras toba, canteras Tigre III y Gaucho I y II <sup>81</sup>.

Este pasivo afecta de manera perceptible y cuantificable elementos ambientales naturales (físicos y bióticos) y humanos, es decir: la salud, la calidad de vida, e incluso, bienes públicos (infraestructura) como paisajes y sitios arqueológicos <sup>82</sup>. Estos pasivos ambientales constituyen un riesgo cierto o al menos potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad <sup>83</sup>.

Los principios preventivo, precautorio y de responsabilidad, así como la internalización del costo ambiental -principio contaminador pagador- imponen a quien explotó dicho yacimiento (CNEA) la inmediata remediación / saneamiento o recomposición ambiental en los términos de la LGA <sup>84</sup> de los pasivos ambientales existentes en el predio, en base -tal como sostiene Mauricio Libster <sup>85</sup>- a un exhaustivo estudio de impacto ambiental a cargo de un organismo independiente de CNEA que contemple el real daño producido, en el marco de un procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (eia), procedimiento preventivo ambiental por excelencia.

Ello en función, de que tal como sostiene Aníbal Falbo <sup>86</sup> tanto el principio preventivo como el precautorio persiguen evitar o hacer cesar el daño ambiental. Si bien la prevención -en su vertiente tanto preventiva como precautoria -ha de aplicarse a supuestos en los que todavía el daño no ha comenzado, la procedencia del remedio preventivo deviene incuestionable, aun cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos que ya ha comenzado a originar una actividad, con el fin de

paralizar el daño, deteniendo su desarrollo. En otras palabras, tiene por objeto el daño todavía no provocado, pero que podría posteriormente ser causado si la actividad siguiera, actuando entonces después de que el daño ha empezado a ocasionarse para combatirlo, obstaculizando su producción, atacándolo en su raíz <sup>87</sup>.

Frente a esta grave situación descrita y la preocupación social, las autoridades administrativas de la provincia de Mendoza (Ministerio de Ambiente y Obras Públicas) en ejercicio de la potestad de policía ambiental que les es inherente, dieron inicio a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental para la remediación de tan sólo dos tipos de residuos: las aguas de cantera y los tambores con residuos sólidos.

Hay que dejar en claro:

a) que en supuestos como el analizado, donde es necesaria la acción y no la abstención, las medidas preventivas y precautorias imponen la realización de estudios de impacto ambiental profundos para tener una idea acabada del riesgo, y determinar alternativas viables para la solución, con adecuada información y participación pública ambiental;

b) que los principios preventivo y precautorio, son los nuevos elementos para analizar la razonabilidad de los actos administrativos, y la legalidad del proyecto sometido a evaluación de impacto ambiental. Hoy para que el acto administrativo con incidencia en el ambiente, sea razonable debe pasar por un doble tamiz: la pauta de razonabilidad del art. 28 C.N., y los principios preventivo y precautorio, condición que no se reúne en el caso examinado. En efecto: 1) se trata de un proyecto de remediación inicial, en contra de la normativa ambiental vigente que establece la obligación de recomponer *in totum*; 2) dicho proyecto se fundamenta en el parámetro de nivel guía o estándar para vuelco de uranio en cursos de agua más permisivo, en contradicción del principio de **optimización de protección** <sup>88</sup>; 3) no se exigió la contratación de un seguro ambiental en los términos del art. 22 LGA; 4) no se garantizó un dictamen técnico independiente y cuya conclusión fuera consecuencia de una reflexión interdisciplinaria tal como exige la normativa provincial <sup>89</sup>; 5) no existió transparencia en dicho procedimiento de evaluación de impacto ambiental: se convocó a una primera audiencia pública a los fines de considerar el proyecto en flagrante violación de los derechos de información, acceso a la información como condición de participación pública ambiental, razón por la cual fue suspendida por la justicia provincial <sup>90</sup> con fundamento en los principios preventivo y precautorio, y 6) Finalmente se convocó a una nueva audiencia pública, que fue celebrada en rebeldía del proponente del proyecto <sup>91</sup> lo que ameritaba la emisión de una declaración de impacto ambiental rechazando el proyecto sometido a evaluación de impacto ambiental, sin perjuicio de las demás sanciones administrativas que pudieran corresponder al proponente del proyecto rebelde.

Estos incumplimientos que se traducen en claras omisiones de los mandatos preventivo y precautorio calificativos de la razonabilidad del acto administrativo ambiental y de la legalidad del proyecto sometido a evaluación de impacto ambiental, entre otros, obligaron a que la justicia -en el marco de una acción de amparo que persigue como pretensión principal que dentro del espectro tuitivo del art. 30 de la LGA, se ordene a la CNEA, la inmediata cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo que se producen ante la omisión de remediar los pasivos ambientales en el Complejo de Sierra Pintada y como pretensión subsidiaria, en caso de surgir de la plataforma fáctica y de las constancias probatorias, la existencia concreta de un daño ambiental colectivo, dentro del radio tutelar establecido por el art. 43 C.N., se ordene a la CNEA la inmediata recomposición del ambiente dañado en su totalidad- dictara con fundamento en los principios preventivo y precautorio y las facultades ordenatorias e instructorias que la LGA confiere, una medida cautelar de no innovar ordenando a la CNEA se abstenga de realizar cualquier tipo de tareas que importen proceso de explotación productiva en el yacimiento hasta tanto se resuelva la pretensión principal.

*En sede judicial:*

No obstante no contar aun con fueros especializados, los tribunales con un esfuerzo homérico, tanto en el ámbito de la tutela inhibitoria cautelar como definitiva, se han convertido en verdaderos motores de la prevención y precaución ambiental y garantes de la efectiva aplicación de estos principios en el sendero de la sustentabilidad <sup>92</sup>.

#### **IV. Conclusión. Principio preventivo y precautorio como nuevos paradigmas del derecho ambiental y garantes de la sustentabilidad**

Asistimos a la era del “riesgo global”; somos testigos de riesgos aún desconocidos, de peligros de efectos ambientales adversos y de daños ambientales. Como dijimos, ésta es la centuria de la inteligencia, de la información, de los riesgos, de la proliferación del daño ambiental, del deterioro del suelo, del agua, el aire y la pérdida de la calidad de vida.

Nos queda una esperanza; los principios preventivo y precautorio a fin de evitar daños ciertos y mensurables o inciertos, a fin de evitar peligros y riesgos, han ingresado de lleno a nuestro ordenamiento jurídico como verdaderos principios de derecho, como principios de política ambiental, revolucionando todos los institutos clásicos del derecho sustancial y procesal. De ahí, la necesidad de que los operadores de estos principios, asuman el compromiso de dotarlos de vigencia real. Afortunadamente, y pese a no contar aun con fueros especializados en la materia ambiental, la justicia viene dando serias muestras de ello, colocando a nuestro país en la vanguardia de la tutela ambiental. Queda el desafío de los operadores políticos -particularmente aquellos encargados de administrar los recursos naturales de hacerlos efectivos en sus decisiones- en el sendero de la gobernabilidad para el desarrollo sustentable. Pues como bien afirma Hans Jonas, si antes éramos responsables respecto de las personas que nos rodeaban, ahora tenemos una nueva responsabilidad que tiene por objeto no sólo a los individuos actualmente existentes, sino también a las generaciones futuras y a la humanidad en su conjunto <sup>93</sup>.

#### Notas

\* Miembro del Instituto de la Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>1</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El principio de precaución en un documento de la UNESCO”, ponencia en I Programa de Capacitación Jurídica Ambiental para Jueces de Cortes Supremas y demás Tribunales de Justicia Argentina, realizado en el Claridge Hotel de Capital Federal el 30/6/05, organizado por el Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación a través de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación a través de la Secretaría de Justicia.

<sup>2</sup> A diferencia de la sociedad posindustrial en que los riesgos eran previsibles y pasibles de control.

<sup>3</sup> Roberto ANDORNO, “El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica”, L.L. 2002-D-1326.

<sup>4</sup> Se trata de una concepción que vincule crecimiento económico con cuidado del ambiente.

<sup>5</sup> Ver también: Aurora BESALÚ PARKINSON, “Daño ambiental: aspectos relevantes de la responsabilidad” en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Revista de Derecho Ambiental, Arazandi, N° I, 2002, págs. 95/113; Alexandre KISS - Dinah SHELTON, “International Environmental Law”, 1991, pág. 6; J. SCHNEIDER, “World public order of the environment”, 1979, págs. 144/150 en “El principio de prevención en el derecho ambiental”, por Néstor A. CAFFERATTA, en Revista de Derecho Ambiental Lexis Nexis N° 0, nov. de 2004, págs. 9-59.

<sup>6</sup> Emilio S. FAGGI, “El medio ambiente en la justicia”, SJA 30/11/05, J.A. 2005-IV-311.

<sup>7</sup> Roberto A. VÁZQUEZ FERREIRA, *Responsabilidad por daños (elementos)*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 235, quien a su vez cita a Ernesto CABALLERO, “Prevención y seguros” (ponencia general internacional), V Congreso Mundial de Derecho de Seguros, define a la prevención como el conjunto de actividades, instrumentos y métodos de actuación, tendientes a evitar o disminuir los daños, que por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas o los bienes.

<sup>8</sup> Vladimir RIESCO, “Presencia y eficacia de los principios preventivo y precautorio en el SEIA chileno”, Terceras

Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, 25 y 26 de octubre de 2006.

<sup>9</sup> Jorge A FRANZA, *Tratado de derecho ambiental*, Buenos Aires, Edit. Jurídicas, 2005, pág. 337.

<sup>10</sup> FRANZA, *idem*.

<sup>11</sup> Néstor A. CAFFERATTA, “El principio de prevención...”, *ob. cit.* n. 5.

<sup>12</sup> UNESCO, “Report of the Expert Group on the Precautionary Principle of The World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (Comest), París, february 2005.

<sup>13</sup> Alvaro Luiz Valery MIRRA, “Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial”, *Revista de Direito Ambiental*, Nº 21, janeiro-março, São Paulo: RT, 2001.

<sup>14</sup> Edgard MORIN y Anne Bridget KERN, *Terra Ptaria*, Porto Alegre-Sulina, 1995, pág. 82.

<sup>15</sup> Informe Desarrollo y Medio Ambiente, p- 40.

<sup>16</sup> Causa: “Ethyl Corp. v. Epa”.

<sup>17</sup> Conf. Néstor CAFFERATTA, “Breves reflexiones sobre la convergencia de la bioética y el derecho ambiental a la luz del principio precautorio”, *SJA* 8/11/06; *J.A.* 2006-IV-1253.

<sup>18</sup> Demetrio LOPERENA ROTA, *Lecciones*, Master Universidad del País Vasco, España, Ed. 2006-2 1998.

<sup>19</sup> Roberto ANDORNO, “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, *J.A.* 2003-III-962.

<sup>20</sup> Citado en autos: “Asoc. Mult. del Sur c/ Gob. de Mendoza p/ Amparo”, Segunda Circunscripción Judicial.

<sup>21</sup> Conf. Néstor CAFFERATTA, “Breves reflexiones sobre...”, *cit.*

<sup>22</sup> Algunos autores insisten en igualar al principio de prevención y al de precaución (ignorando una distinción ya consolidada en el derecho internacional del medio ambiente y en el derecho ambiental comparado). El principio precautorio tal como fue consagrado en el Principio 15 de la Declaración de Río debe ser reconocido en forma autónoma como uno de los principios generales del derecho ambiental (ver Solange Teles DA SILVA, “Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas”, in: Marcelo Dias VARELLA e Ana Flávia BARROS PLATIAU (organizadores), *Princípio da precaução*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

<sup>23</sup> Aníbal FALBO, “El principio precautorio en el derecho ambiental y sus funciones cautelares y de interpretación”, *LNBA* 2005-4-506.

<sup>24</sup> Aníbal FALBO, “El principio precautorio...”, *cit.*

<sup>25</sup> Aníbal FALBO, “El principio precautorio...”, *cit.*

<sup>26</sup> Néstor CAFFERATTA, ponencia presentada en las Terceras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental sobre “Institucionalidad e instrumento de gestión ambiental: propuestas para Chile del Bicentenario”, 25 y 26 de octubre de 2006, Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>27</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El principio de precaución en un documento de la UNESCO”, ponencia en I Programa de Capacitación Jurídica Ambiental... *cit. supra* en nota 1.

<sup>28</sup> José Rubens Morato LEITE - Patryck DE ARAÚJO AYALA, “A transdisciplinaridade do direito ambiental e a sua equidade internacional”, *Revista de Direito Ambiental*, Nº 22, abril-junho, São Paulo, RT, 2001.

<sup>29</sup> Véase L. KRAMER, *European Community Treaty and Environmental Law*, 2ª ed. Londres, Sweet & Maxwell, 1995, pág. 54.

<sup>30</sup> Demetrio LOPERENA ROTA, en “La organización administrativa”, Master en Derecho Ambiental, Universidad del País Vasco, Lección 2.

<sup>31</sup> Ley 25.278, B.O., 3/8/00.

<sup>32</sup> Ley 23.918, B.O., 24/4/91.

<sup>33</sup> Ley 23.922, B.O., 24/4/91.

<sup>34</sup> Ley 25.279, B.O., 4/8/00.

<sup>35</sup> Ley 24.089, B.O., 1/7/92.

<sup>36</sup> Ley 24.292, B.O., 18/1/94.

<sup>37</sup> Ley 22.344.

<sup>38</sup> Ley 23.918, B.O., 24/4/91. Ver Ariel PÉREZ CASTELLÓN, “Identificación de algunos principios de derecho ambiental en instrumentos internacionales adoptados por Argentina”, documento interno de trabajo, FARN, noviembre 2002.

<sup>39</sup> Asimismo, en el marco del Mercosur se está negociando a fin de reforzar una estrategia global previendo la armonización legislativa de los Estados Parte y la creación de instituciones comunitarias necesarias para implementar la política ambiental y los marcos regulatorios supranacionales. Desde este punto de vista vale la pena recordar que la formulación y ejecución de la política ambiental comunitaria no se reflejan en ninguno de los instrumentos jurídicos del Mercosur, sino que ella se encuentra realizada a través del Subgrupo de Trabajo Nº 6 (SGT Nº 6): Medio Ambiente que se formó como resultado de la reunión de Ministros de Medio Ambiente de los Países Miembros, celebrada en junio de 1995 en Montevideo, que dio lugar a la Declaración de Taranco, donde se coincidió en la conveniencia de transformar la REMA -Reunión Especializada de Medio Ambiente- en el SGT Nº 6) y cuya constitución muestra la voluntad de los

países de incorporar la temática ambiental al proceso de integración (Erica GAUDINO, “La variable ambiental en el proceso de integración del Mercosur” en *Integración, desarrollo sustentable y medio ambiente*, Cuadernos de Integración, texto colectivo junto a Silvia CORIA y Leila DEVIA, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, pág. 74). En la tercera reunión de la REMA, se discutió y aprobó un documento titulado: “Directrices básicas en materia de política ambiental”. Este documento fue aprobado por el Grupo de Mercado Común mediante Res. 10/94 y consta de 11 directrices, entre ellas, la quinta dispone: “Utilización de instrumentos de regulación de actividades potencialmente degradantes como las evaluaciones de impacto ambiental, licencias, etc.”.

<sup>40</sup> Ley 24.295, B.O., 11/1/94.

<sup>41</sup> Ley 24.375, B.O., 6/1/94.

<sup>42</sup> Conf. Exposición Néstor A. CAFFERATTA, Jornadas Internacionales de Derecho Ambiental, Villa La Angostura, marzo 2007.

<sup>43</sup> Conf. arts. 41 y 43 C.N.. Respecto del primer párrafo del art. 41, Daniel Sabsay, sostiene que dicha disposición califica al medio ambiente como “sano, equilibrado” y se debe entonces recalcar que sólo se podía lograr que el sistema poseyera estas cualidades cuando las actividades a llevarse a cabo permitan que se pueda cumplir con el objetivo en el tiempo de la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes sin privar de ellas a las generaciones futuras. De esta manera queda incorporado en nuestro texto constitucional la noción de *desarrollo sustentable o sostenible* que hoy en día ubica a la variable ambiental como necesaria en la toma de toda decisión que haga al desenvolvimiento de una comunidad organizada (Daniel Alberto SABSAY, “El desarrollo sustentable en un fallo de la justicia federal”, en *El Derecho*, diario de Jurisprudencia y Doctrina, año XXXV, N° 9355 (10/10/97), Buenos Aires, pág. 1).

<sup>44</sup> Daniel A. SABSAY y María E. DI PAOLA, “El federalismo y la nueva ley general del ambiente”, *Anales de Legislación Argentina*, Boletín Informativo, 2002, La Ley, Secc. Doctrina 32, págs. 47 y 54.

<sup>45</sup> En el ámbito del derecho ambiental mendocino, sin perjuicio de que este principio subyace como sustento de la política ambiental mendocina (art. 5° inc. c ley 5961), esta última (ley 5961) preexistente a la reforma constitucional y a la ley 25.675, requiere una nueva interpretación a la luz de los principios de prevención y precaución consagrados por esta última y así lo ha dicho la Jurisprudencia local en los autos N° 80.866 caratulados “Asociación Oikos Red Ambiental c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ acción de amparo” (originarios del 15 Juzgado Civil, Comercial y Minas de Mendoza): “*la materia ambiental debe regirse, en principio, por la ley N° 25.675 en virtud de la cual ‘la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga’ y por el marco normativo provincial que se compone con la Ley General del Ambiente N° 5.961 y las normas de contenido particular para situaciones especiales*”.

<sup>46</sup> Néstor CAFFERATTA, *Introducción al derecho ambiental*, capítulo 6: “El principio precautorio”, pág. 161, publicado en 2004 por el Instituto Nacional de Ecología.

<sup>47</sup> Conf. Néstor CAFFERATTA, ponencia presentada en las Jornadas sobre Medio Ambiente II Nacionales y I Latinoamericanas, 13, 14 y 15 de mayo, Salta, Argentina.

<sup>48</sup> Felipe GONZÁLEZ ARZAC, citado por Néstor CAFFERATTA, en ob. cit. enseña que un importante trabajo de François Ost ha descrito al derecho ambiental como un laberinto, en donde la falta de efectividad es el Minotauro (monstruo devorador) y el hilo de Ariadna (arma con que Teseo derrotó a aquél) es la responsabilidad. En este mismo trabajo, el profesor Ost distingue: a) la responsabilidad, sanción de falta, civil o penal que satisface una exigencia ética; b) la responsabilidad como cobertura del riesgo, que con independencia de la falta y de la culpa mira hacia la reparación de la víctima; c) la responsabilidad como prevención que es el fundamento de la precaución; d) la responsabilidad, participación, que conduce a asegurar el reconocimiento de los derechos de información, concertación y defensa de los derechos de incidencia colectiva.

Asimismo, se ha dicho (ver CAFFERATTA, ob. cit.) que la precaución distingue el derecho ambiental de otras disciplinas tradicionales que en el pasado sirvieron para lidiar con la degradación del medio ambiente, especialmente (responsabilidad penal) y el derecho civil (responsabilidad civil) porque éstas tienen como prerequisites fundamentales certeza y previsibilidad, exactamente, dos de los obstáculos de la norma ambiental, como la precaución procura apartar.

<sup>49</sup> Augusto M. MORELLO, “La tutela de los intereses difusos en la Cámara Federal de Bahía Blanca: 1ª parte: los procesos acumulados en el ámbito de las acciones de clase. 2ª parte: Acertadas decisiones de la Cámara Federal de Bahía Blanca”, J.A., 1999-III-249.

<sup>50</sup> Augusto M. MORELLO, “El derecho procesal civil en los umbrales de un nuevo milenio”, J.A. 1992-II-854.

<sup>51</sup> Sin embargo, Augusto Morello, sostiene que “*el derecho procesal debe por ende transfigurarse, servir de otro modo, transmutarse en el sentido de no olvidar ni cancelar sus propias e históricas aplicaciones, pero asumiendo las de recambio y adaptación, de acuerdo con la nueva complejidad, dimensión y trascendencia social que afloran estas nuevas realidades*” (Augusto M. MORELLO, “El derecho procesal civil en los umbrales...” cit., véase Cap. I: “Los grandes temas y sus adaptaciones a la hora actual” y cap. IV: “Derribar los obstáculos que impiden el proceso justo constitucional es el reto de la década”, ap. h).

<sup>52</sup> En otras palabras, el planteamiento, dirección y decisión habrá de encauzarse dentro de una lógica jurídica, desde una posición de pensamiento y una resultante de actitudes que poco habrá de tener en común con los casos no ambientales en la medida que “*los problemas que se plantean como consecuencia de los graves daños que produce a la*

naturaleza la desordenada actividad humana en el planeta, imponen a la ciencia jurídica la necesidad de revisar algunas instituciones fundamentales, que han sido consideradas, aun en el presente, principios jurídicos convenientes” (Anibal FALBO, ob. cit.).

<sup>53</sup> Augusto M. MORELLO, “La justicia tiene hoy otros compromisos”, en La Nación del 17/5/04, pág. 15. Para ampliar véase: “Lo que los jueces no deben hacer”, J.A. 2003 IV, fascículo N° 14, pág. 3. En el derecho comparado, de la doctrina autoral, véase el trabajo de FURLAN FREIRE DA SILVA, “Activismo judicial en materia ambiental”, pág. 53 y ss. y PASSOS DE FREITAS, *Direito ambiental en evolucao*, vol. 3, citado por Augusto M. MORELLO y Néstor CAFFERATTA, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 204.

<sup>54</sup> También se sostuvo en dicho fallo: “Frente a las modernas tendencias a nivel internacional a favor de los derechos fundamentales del hombre, como son el derecho a la salud y a un ambiente sano, que han superado notoriamente los agotados principios del derecho decimonónico e iusprivatista del siglo pasado, es imperativo transformar las concepciones judiciales para brindar tutela a los fenómenos reales de la vida colectiva, típicos de la sociedad moderna, que ponen en escena intereses impersonales y difusos, incuestionablemente dignos de la más enérgica y anticipada protección”.

<sup>55</sup> Ver Héctor J. BIBILONI, *El proceso ambiental*, Lexis Nexis, pág. 391. Peyrano sostiene que “la misión de prevenir el acaecimiento o la repetición de daños probables se cuenta entre las atribuciones implícitas que debe ejercitar el juez con responsabilidad de hogaño” (J. PEYRANO, “El mandato preventivo”, L.L. 1991-III-380).

<sup>56</sup> En similar sentido, el Código de Minería asigna un rol preventivo al juez, a quien lo faculta “en caso de sobrevenir algún accidente que ocasione muertes, heridas o lesiones, y otros daños a adoptar las medidas necesarias para hacer desaparecer el peligro”. Asimismo, el art. 204 C.P.C.C.N. dispone que “el juez para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes podrá disponer una medida precautoria distinta a la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intenta proteger”.

<sup>57</sup> Con tales facultades y en función del mandato preventor-precautorio, los jueces pueden y deben adecuar las demandas al tipo de proceso más idóneo, útil y eficaz para arribar a una solución justa, concreta y efectiva

<sup>58</sup> FALBO, ob. cit.. Asimismo, Raúl BRAÑES sostiene que “Esto, que parece fácil, es algo sumamente complicado cuando se trata de casos ambientales, que por lo general plantean situaciones inéditas que requieren de complejas situaciones también inéditas y que, por lo mismo, exigen de parte del juez no sólo una enorme capacidad de estudio, sino también un compromiso eminentemente creativo con el caso que tiene en sus manos. Este espíritu creativo de los jueces ya ha tenido diversas expresiones en estas últimas décadas” (“El acceso a la justicia ambiental en América Latina: derecho ambiental y desarrollo sostenible”, en *Memorias del Simposio Judicial*, realizado en la ciudad de México del 26 al 28/1/00, serie Documentos sobre Derecho ambiental, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México, 2000).

<sup>59</sup> CFed. La Plata, Sala II, 7/7/03, “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE-EDESUR s/ Cese de cableados y traslado de subestación transformadora”, E.D., Serie especial, Derecho ambiental, 22/4/04, bajo anotación de Nelson G. COSSARI, “Electropolución y daño ambiental”.

<sup>60</sup> Originarios del Juzgado Federal de Primera Instancia con asiento en la ciudad de San Rafael; Mendoza.

<sup>61</sup> Ver Jorge W. PEYRANO, Julio Chiappinai. Lineamientos de las cargas probatorias. ED 107-1005, 1999, Jorge Peyrano, Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, LL/996-13-1027.

<sup>62</sup> Antonio E. BENJAMÍN, “Derechos de la naturaleza” en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pág. 32.

<sup>63</sup> Aurora BESALÚ PARKINSON, en “Prevención del daño ambiental”, J.A. 1997-I-781, expresa que la doctrina nacional ha comenzado a distinguir dos vías diferente de tutela preventiva de contenido inhibitorio: la provisoria o cautelar por un lado, y la definitiva o principal por el otro; LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria”, L.L. 1995-C-1219, pág. 1223, las diferencia por su procedimiento y por sus requisitos de procedencia.

<sup>64</sup> Néstor A. CAFFERATTA, “El tiempo y las cautelares en el derecho ambiental”, L.L. 21/2/07.

<sup>65</sup> Lino E. PALACIO, “La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual. Comentario de Juan Carlos Quiroz”, L.L. 1998-F 1293.

<sup>66</sup> Ver Mariana GARCÍA TORRES, “La cautelar ambiental”, J.A. 2005-IV-14, pág. 10 y ss.

<sup>67</sup> Como expresáramos, la ley 25.675 (LGA) ha traído innovaciones a través de las medidas instructorias y ordenatorias que confieren a los magistrados en el art. 32. Esta norma faculta expresamente al juez interviniente a “disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá asimismo, disponerlas, sin petición de parte”. Aideé VÁZQUEZ VILLAR, en su trabajo “Medidas cautelares en procesos ambientales”, expuesto en el marco del Tercer Programa Regional Latinoamericano de Capacitación en Derecho y Política Ambientales, realizado en la ciudad de Buenos Aires, entre el 20 y el 30 de junio de 2006, publicado en Revista de Derecho Ambiental Lexis Nexis, N° 8, octubre/diciembre de 2006, sostuvo que del art. 32 de la norma en análisis surgen tres elementos que caracterizan al principio precautorio: a) la incertidumbre científica acerca del riesgo -que lo diferencia del principio de prevención-; b) evolución del riesgo de producción de un daño-

evaluación de producción de efectos nocivos tal vez desconocidos, y c) gravedad e irreversibilidad del posible daño.

<sup>68</sup> Guillermo PEYRANO, “Medios procesales para la tutela ambiental”, J.A. 2001-I-1173, sostiene que “*las medidas cautelares para su despacho favorable, deberán cumplir con los recaudos legales generalmente exigidos para su despacho, no obstante ello, la particularidad de estas cuestiones, el carácter de los bienes tutelados y la incidencia muchas veces general e indiferenciada de las afectaciones ambientales, operarán para acotar e incluso disculpar la exigibilidad de tales recaudos*”.

<sup>69</sup> C.S.J.N., Fallos 306:2060.

<sup>70</sup> Guillermo PEYRANO, “Medios procesales...”, cit.

<sup>71</sup> Autos Nº 82666, “Gómez Carmona, Beatriz Lucrecia c/ Estado Federal - CNEA”, originarios del Primer Juzgado Federal de Primera Instancia con asiento en la ciudad de San Rafael.

<sup>72</sup> Aideé VAZQUEZ VILLAR, “Medidas cautelares en procesos ambientales”, trabajo citado. Ver también Roland ARAZI, *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Astrea, pág. 7.

<sup>73</sup> Andrés GIL DOMÍNGUEZ, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pág. 225.

<sup>74</sup> Aideé VÁZQUEZ VILLAR, en trab. cit., sostiene que en dicha causa nuestro máximo tribunal recibió el principio precautorio como fundamento del decisorio de fecha 20/6/06, ver pág. 18.

<sup>75</sup> Osvaldo C. SIDOLI, “Un instrumento procesal útil para el derecho ambiental: la medida autosatisfactiva www.eldial.com citado por Aldo RODRÍGUEZ, “Principio precautorio: aplicación jurisprudencial”, Revista de Derecho Ambiental, Lexis Nexis Nº 6. La C.S.J.N., en la causa: “Camacho Acosta” del 7/8/97, ha sostenido que “con base rectora en la existencia de un proceso justo y equitativo, se dibuja como una de las notas definitorias el giro del procedimiento hacia el tipo preventivo, la tutela autosatisfactiva y las manifestaciones de la templanidad, caracterizantes del proceso urgente”.

<sup>76</sup> Aldo RODRÍGUEZ, ob. cit.

<sup>77</sup> C.S.J.N., *in re* “Mendoza v. Estado Nacional”, 20/6/06.

<sup>78</sup> Néstor CAFFERATTA, ponencia presentada en las Terceras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental sobre “Institucionalidad e instrumento de gestión ambiental: propuestas...” cit...

<sup>79</sup> María Cristina ZEBALLOS DE SISTO, *Dos décadas de legislación ambiental en la Argentina*, Buenos Aires, AZ Editora, 1994, pág. XI.

<sup>80</sup> Héctor BIBILONI, “Las dificultades que revelan los poderes públicos a la hora de obedecer las leyes ambientales”, Newsletter, Revista de Derecho Ambiental, Lexis Nexis, mayo de 2006.

<sup>81</sup> En un plano teórico, un pasivo ambiental es una obligación, una deuda derivada de la restauración, mitigación o compensación por un daño ambiental no mitigado o reparado que responde a un legado de contaminación histórica, asociado a obligaciones exigibles, si sus efectos resultan continuados en el tiempo. Su configuración exige siempre como obligación ambiental y social su saneamiento y remediación de conformidad con el principio quien contamina paga.

<sup>82</sup> Alicia MORALES LAMBERTI, “Minería de uranio, pasivos ambientales y conflictividad social”, Revista de Derecho Ambiental, Lexis Nexis Nº 10, abril-junio, 2007, pág. 236 y 55.

Como también la economía local, en gran parte dependiente de la exportación de productos agrícolas y vitivinícolas a mercados europeos donde modernamente se ha instalado el tema de la trazabilidad.

<sup>83</sup> Alicia MORALES LAMBERTI, ob. cit.

<sup>84</sup> Se trata de dos conceptos diferentes: remediación / saneamiento es volver al sitio al estado en que estaba antes del daño y recomposición ambiental es la reparación integral del daño ambiental que pudo haberse producido.

<sup>85</sup> Mauricio LIBSTER, *Delitos ecológicos*, Buenos Aires, Depalma, 1993, págs. 70-73.

<sup>86</sup> A. FALBO, ob. cit.

<sup>87</sup> En el mismo sentido, véase Aurora BESALÚ PARKINSON, *Responsabilidad por daño ambiental*, Buenos Aires, Hammurabi, pág. 69.

<sup>88</sup> Este principio es específico del derecho ambiental y la doctrina alemana lo aplica respecto de la política comunitaria (L. KRAMER, *European Community Treaty and Environmental Law*, 2ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, pág. 65 citado por Demetrio LOPERENA ROTA, *Los principios de derecho ambiental*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 104), en España la doctrina lo desprende del art. 149.1.23 de la Constitución española cuando autoriza a las comunidades autónomas a establecer normas de protección más rigurosas que las establecidas como básicas para el Estado y surge también del Tratado de la Comunidad Europea, versión Maastricht, se recoge en el art 176.

<sup>89</sup> Ver ley 5961 y decr. reg. 21/9/94 de Mendoza.

<sup>90</sup> Autos 115712, “Asoc. Mult. del Sur c/ Gob de Mendoza p/ Amparo”, Cuarto Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas, Segunda Circunscripción Judicial Mendoza.

<sup>91</sup> Andrés GIL DOMÍNGUEZ, “Ambiente, audiencia pública y rebeldía estatal”, L.L., ha dicho que “*las audiencias públicas en donde se debate la factibilidad de la preservación del ambiente o bien el cese o recomposición del daño ambiental, implican un claro ejemplo del discurso moral como sucedáneo de la democracia deliberativa y participativa, en donde no sólo se discute el presente, sino también se intenta garantizar el futuro*”.

<sup>92</sup> Ver apéndice de fallos.

<sup>93</sup> Hans JONAS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995.

*Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181  
en el mes de julio de 2008*