

LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LA PRETENSIÓN DE REPARACIÓN DE DAÑOS. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES

POR JOSÉ RAÚL HEREDIA¹

I. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE VINCULANTE

1. El tema que abordamos para sumar nuestra limitada palabra a este Libro en Homenaje al Profesor, Dr. François Chabas, puede ser inscripto sin dificultad en el más vasto de las relaciones entre el derecho constitucional, o, mejor, la Constitución, el derecho civil y otras disciplinas jurídicas.

Hemos venido subrayando la potencialidad que ha adquirido la Constitución en nuestra época, fenómeno que es dable observar tanto en Europa como en América.² En el derecho comparado, autores han hablado de un *Derecho Civil Constitucional* o *Derecho Constitucional Civil* partiendo de la idea de la incidencia de la Constitución en el Derecho Civil.

Dos décadas atrás aparecía la primera edición del libro de Joaquín Arce y Flórez-Valdés, Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Oviedo³, en el que daba cuenta de la antigua preocupación en la doctrina de ese país por examinar el

¹ Académico Correspondiente en Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, Argentina, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

² Especialmente, remitimos a “REFLEXIONES EN TORNO A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO CIVIL CON ESPECIAL REFERENCIA A ALGUNOS SUPUESTOS EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS”, conferencia pronunciada en ocasión del Congreso celebrado en Córdoba en Homenaje a los Profesores Dr. Luis Moisset de Espanés y Dr. Félix A. Trigo Represas, y a la memoria del Prof. Dr. Fernando López de Zavalia.

³ *El Derecho Civil Constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 1986.

influjo de la Constitución –la de 1931- sobre las relaciones jurídicas civiles.

Algún otro autor⁴ se ha referido a la *civilización del derecho constitucional* que el citado Arce y Flórez-Valdéz posterga, prefiriendo la formulación *constitucionalización del Derecho Civil*.

Y, para el derecho italiano y otros ordenamientos europeos, se ha señalado:⁵

“En el ordenamiento italiano, y en los ordenamientos de los principales países de la Europa continental (Francia, Alemania, España), también y sobre todo a partir de las deliberaciones de los respectivos Tribunales Constitucionales, se ha producido, desde la segunda mitad del siglo XX, una progresiva ‘constitucionalización’ del derecho. Se trata de un proceso al término del cual el derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”.

Podríamos comenzar enfatizando que no hay disciplina jurídica que pueda estudiarse y aplicarse despojada de su relación con la Constitución. El Derecho penal empieza por ser *Derecho Penal Constitucional*, porque no se concibe el ejercicio del *ius puniendi* del Estado sin los límites que consagra la Constitución –las garantías constitucionales penales, entre nosotros históricamente recibidas de modo expreso en los artículos 18 y 19, C.N., hoy subrayadas por la incorporación al derecho interno del derecho internacional o transnacional de los Derechos Humanos, y aun su “constitucionalización” [artículo

⁴ Perlingieri, P., en *Por un Derecho civil constitucional español*, en ADC, 1983, op. cit. por Arce y Flórez-Valdéz, ob. cit.

⁵ “*Constitucionalización y teoría del derecho*”, por Paolo Comanducci, Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en 23 de Agosto 2005.

75 (22), C.N.]. Lo mismo ha de decirse del Derecho Tributario⁶ o del Derecho procesal penal, porque provienen de la Constitución las reglas esenciales del debido proceso adjetivo. Y, en una meditación acerca de los bienes jurídicos en el derecho penal, se ha propugnado:

“Dado que sólo marginalmente podría aportar algo nuevo a la discusión acerca del bien jurídico, quisiera dejarla aquí de lado, y considerar al bien jurídico desde una nueva perspectiva, al menos para la mayoría de nosotros, los juristas penales. Es la perspectiva de la Constitución (...) una vinculación que, en realidad, se ha elaborado tarde... Desde mi punto de vista, la relación entre la ciencia del derecho penal y la Constitución no solo resulta plausible, sino evidente y adecuada a los tiempos”.⁷

Y, ya se comprende, podríamos continuar.

Arce y Flórez-Valdés propone rediscutir la nítida distinción entre el *derecho público* y el *derecho privado* a partir de valorar, entre otras muchas consideraciones, la *interacción Estado-Sociedad*, la *relevancia pública* de los intereses privados y la atribución de *finés de interés general a entes privados*.

⁶ Dino Jarach se refería al Derecho Tributario Constitucional: “...en la concepción que sostengo, el Derecho Tributario Constitucional es Derecho Constitucional, o sea, que propiamente no es Derecho Tributario. Sin embargo, no se me ocurriría –ni a nadie puede ocurrírsele– profundizar el Derecho Tributario sin el previo estudio de esta parte que constituye el conjunto de las normas institucionales básicas, sin las cuales carecerían de fundamento legal todas las del Derecho Tributario” “Cabe también señalar que, desde el punto de vista práctico, no es posible una aplicación correcta del Derecho Tributario sustantivo, ni del Derecho Tributario formal o procesal, sin un conocimiento cabal de los principios constitucionales en que se funda el ejercicio del poder fiscal por parte del Estado” [Jarach, Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, Tomo I, pp. 41-42].

⁷ “*Bienes Jurídicos en el derecho penal*”, por Winfried Hassemer [trad. de Patricia S. Ziffer], en *Estudios sobre Justicia Penal*, Libro Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, ed. del Puerto, Bs. As., 2005, pp. 63-74.

2. La importancia que reviste el tema hoy deviene del indudable impacto que la reforma constitucional de 1994 ha provocado en nuestro orden jurídico. Nos referimos a Argentina, pero es dable proyectar el aserto a otros países. Se ha dicho para España que la Constitución de 1978 ha proyectado sobre el Derecho civil tres efectos principales o de principio: *primero*, una parcial inhibición del Derecho civil frente al Constitucional, en cuanto ya no cabe encontrar en aquél los criterios básicos de ordenación de la convivencia y las categorías fundamentales del sistema, que han pasado al segundo. *Segundo*, una necesaria modificación legislativa, en cuanto las normas constitucionales han obligado a adaptar la regulación de muchos preceptos civiles. *Tercero*, el Derecho civil ha debido asumir la incidencia directa que, como norma jurídica, la Constitución proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, lo cual ha conllevado importantes cambios de rumbo en la jurisprudencia civil para adaptar la interpretación de sus instituciones a los postulados constitucionales.⁸

Decimos, pues, de un lado, que media una necesidad de reexaminar las instituciones jurídicas en presencia de nuevas disposiciones constitucionales. Y, de otra parte, que es posible advertir una renovada influencia de la Constitución: llamamos nosotros a este fenómeno presente *relectura de la Constitución*. Y hablamos de la *relectura democrática de la Constitución* en su dimensión *política*, porque ella no solo se declara ley suprema [artículo 31, C.N.] sino que, como emanación de la soberanía del pueblo [artículo 37, C.N.], se autoproclama inviolable por actos

⁸ Roncesvalles Barber Cárcamo, en un trabajo titulado “*La Constitución y el Derecho civil*” [sitio Noticias Jurídicas, ed. BOSCH].

de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, a los que declara insanablemente nulos, y consagra el derecho de resistencia contra los usurpadores del poder [artículo 36, C.N.]. Además, porque las relaciones de poder que ella regula –el derecho al poder, el derecho del poder, el derecho frente al poder y el control del poder, en la inmejorable síntesis de Diego Valadés⁹- deben examinarse integradas, y así aplicarse, a la dimensión social del Estado de Derecho¹⁰. El Estado Social¹¹ y Democrático de Derecho queda definido en la ideología de la reforma constitucional, que, sin traicionar el ideario fundacional, que es el límite al poder y la consagración de las garantías frente al poder, ha recibido los llamados derechos de segunda y tercera generación [artículos 37, 39, 40, 41, 42, 43, 75 (22) y (23), C.N.] y ha postulado un *programa* cuyo contenido es el desarrollo humano, el progreso económico con justicia social [artículos 41, 75 (18) y (19), C.N.].

A su vez, empleamos la expresión *relectura jurídica de la Constitución* para hacer notar su carácter de *norma jurídica vinculante*. Acaso sea este aspecto el que más relevancia tenga en ese *redescubrimiento* de la Constitución. En gran parte, la abundante y prestigiosa obra doctrinaria sobrevenida en España

⁹ *Constitución y democracia*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

¹⁰ “La cláusula del Estado social (art. 1.1) y el mandato genérico contenido en el art. 9.2 imponen sin duda actuaciones positivas de este género, medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudiera oponerle” [S. n° 6/81, de 16-3, del Tribunal Constitucional español, citada en *Constitución Española*, edición preparada por Juan José González Rivas y otros, COLEX, Madrid, 1988].

¹¹ Sánchez Agesta informa, al examinar el artículo 1° de la Constitución española de 1978, que el “verdadero precedente de esta expresión es el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn” y destaca que la doctrina alemana atribuye a H. Heller la originalidad de esa expresión [V. *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, p. 99, nro. 3 y nota 10].

después, y a propósito, de la sanción de la Constitución de 1978 -al punto que García de Enterría destacó que los estudios sobre ella superaban, a los seis años de su vigencia, los que se desarrollaron en relación a todas las precedentes- y el propio texto de esa Constitución, han influido de manera inequívoca entre nosotros, a nivel autoral pero también en los textos constitucionales en el orden federal y en el derecho constitucional provincial. Cabe destacar, así, la idea de *la Constitución como norma jurídica vinculante* trabajada en España por autores como García de Enterría y Fernández Segado¹², por citar a dos prestigiosos publicistas, y, entre nosotros, como Germán Bidart Campos. Y el Tribunal Constitucional español lo dejó asimismo señalado.¹³

Entre otros autores que lo han destacado también, es posible citar a Favoreu cuando señaló que durante mucho tiempo el derecho constitucional era un catálogo de recetas políticas con carácter vagamente obligatorio en el cual la ciencia

¹² 'En definitiva, el carácter normativo de la Constitución, unánimemente aceptado hoy en día, quiere significar que no estamos en presencia de un mero catálogo de principios, sino de una norma cuyo contenido material a todos (ciudadanos y poderes públicos) vincula de modo inmediato, siendo por lo demás sus preceptos, como regla general, alegables ante los tribunales y debiendo considerarse su infracción antijurídica' [Francisco Fernández Segado, 'El Sistema Constitucional Español', ed. DYKINSON, Madrid 1992, pág. 69].

¹³ Francisco Fernández Segado ha destacado la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto éste, de un modo esencial, ha asumido el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución y ha manifestado que conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos y, por consiguiente, también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella. Por ello mismo, es indudable que sus preceptos son alegables ante los tribunales. También, que la Constitución es una norma de ejecución y efectos inmediatos [ob. cit., p. 74 d/].

política tenía más importancia que el derecho, constatándose, especialmente desde los años ochenta del anterior siglo en países como Francia y observable en el derecho comparado, una *constitucionalización* del derecho.¹⁴

Ha dicho el citado autor:

“El tema y la problemática de la constitucionalización del derecho, que no tienen más que una quincena de años, no habrían podido desarrollarse sin la ayuda del derecho comparado. Además, esta problemática dejó completamente en claro que la constitucionalización del derecho lleva a la unificación del derecho”.¹⁵

3. Nos interesa especialmente para Argentina reflejar un fenómeno que se ha evidenciado desde la recepción en el derecho interno del derecho internacional de los derechos humanos, principalmente a partir del cambio en la doctrina de la Corte Suprema respecto al modo en que operan los tratados y a su carácter vinculante para los poderes públicos. Y que se ha potenciado después de la reforma constitucional acaecida en 1994.

Esta *relectura de la Constitución* que hemos enfatizado, ha arribado en el marco del Estado constitucional – llamaremos así a la etapa iniciada en 1983 y a su desarrollo hasta el presente-. En ese marco, es que cabe realzar estos dos hechos de notoria trascendencia para el derecho interno, que ha venido, de esa suerte, a ser conmovido sin excepciones en las diversas

¹⁴ FAVOREU, Louis Joseph. “*La Constitucionalización del Derecho*”, en Rev. derecho (Valdivia). [online]. ago. 2001, Vol. 12, No. 1 [citado 03 Noviembre 2005], pp. 31-43. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

¹⁵ Op. cit.

disciplinas jurídicas: de un lado, la recepción de los tratados y convenciones sobre derechos humanos. Asumimos, con Germán Bidart Campos, que es la etapa de la *internacionalización* de los derechos humanos,¹⁶ que supone la dimensión de la persona humana como sujeto del derecho internacional público. Las consecuencias de esa recepción han sido puntualizadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos pronunciamientos recaídos en las décadas del ochenta y del noventa del anterior siglo, y subrayadas especialmente luego de la reforma constitucional de 1994 hasta nuestros días.¹⁷

Este enfoque trasciende una disciplina jurídica determinada porque todo el ordenamiento jurídico argentino fue esencialmente conmovido por los dos hechos que hemos anotado nosotros: la aprobación y ratificación de tratados y convenciones de derechos humanos en los años ochenta del anterior siglo, y la reforma Constitucional de 1994 que implicó la incorporación al texto de la Constitución de normas del Derecho internacional.¹⁸

¹⁶ Germán Bidart Campos ha destacado dos momentos en el ámbito de los derechos humanos: el primero, corresponde a la etapa de universalización propia del fenómeno de repetición en las diversas constituciones estatales de los principios sustentados y proyectados por la Revolución Francesa. El segundo es el de internacionalización que supone la asunción de la persona humana como sujeto del derecho internacional público.

¹⁷ A esos efectos ya se había referido la Corte antes de la reforma constitucional de 1994: ver "Ekmekdján" (Fallos: 315:1492), resuelto el 7 de julio de 1992, en que modificó el criterio que había mantenido invariable desde el precedente "Martin" (Fallos: 257:99). Véase el dictamen del Procurador General de la Nación emitido en "Simón" en 5 de mayo de 2005, en que puede apreciarse una evolución en el pensamiento de la Corte. V. Heredia, José Raúl "La Jerarquía Normativa de los Tratados", Rev. del Centro de Estudio e Investigaciones Patagónico, c.e.i.pa, Ediciones El Copista, set. 1995, pp. 235 y sigs.; también, Heredia..., "REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHUBUT [LEY 5478]", v. elDial. 6 de julio de 2006.

¹⁸ "La reforma constitucional argentina operó, por sí misma, formalmente, aquello que en los hechos venía sucediendo en los Estados occidentales desde la segunda posguerra: la internacionalización de su ordenamiento jurídico"

4. Según lo habíamos subrayado,¹⁹ la reforma constitucional de 1994 introdujo los llamados “*Nuevos derechos y garantías*”, disciplinando un segundo Capítulo en la Primera Parte o parte dogmática integrado por los artículos 36 a 43. Asimismo, en el artículo 75 la Convención Constituyente de Santa Fe-Paraná elevó a jerarquía constitucional Declaraciones y Pactos internacionales mediante la técnica de su enumeración expresa, en el inciso 22, y estatuyó que los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, una vez aprobados por el Congreso, requieren el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional [75 (22), III párrafo] y estableció, igualmente, que los tratados con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede tienen jerarquía superior a las leyes [75 (22), I párrafo, segunda disposición], al igual que los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, que respeten el orden democrático y los derechos humanos [75 (24), I párrafo].

Ahora podemos concluir nosotros en que se ha colocado a la Constitución en un plano de superioridad efectiva, a lo menos en algunos aspectos, especialmente, los que la Corte Suprema ha decidido proteger de modo manifiesto.²⁰ Es un fenómeno para

[GONZÁLEZ MORA, Juan M., “La internacionalización del Derecho administrativo argentino. Su recepción por los tribunales nacionales” [elDial, Año IX - N° 2020 Lunes, 24 de Abril de 2006].

¹⁹ En la intervención citada en nota 2.

²⁰ Es que, simultáneamente con ese reverdecir de la Constitución, no puede obviarse que el imperio de ella se ha visto gravemente afectado en la etapa democrática iniciada en el señalado año de 1983, fundamentalmente por el llamado derecho de la emergencia que ha importado un desarrollo de los

resaltar porque la Constitución ha estado siempre lejos de la aplicación cotidiana del derecho. Señalamos tres causas:²¹ primero, ello ha tenido que ver con la pertenencia, de aquélla y del derecho positivo, a dos culturas jurídicas diferentes. Segundo, es cierto que los códigos de fondo –también los procesales–, especialmente el Código Civil, han tenido más estabilidad que la misma Ley Fundamental del país: ellos rigieron siempre, aunque la Constitución estuviera suspendida o abrogada en su vigencia real en los largos períodos de facto. Tercero, la Constitución ha podido entenderse también aquí más como un instrumento político que como norma jurídica vinculante.

Esta “constitucionalización” del derecho reconoce como condiciones, según lo ha señalado Paolo Comanducci:²² 1) la existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales. 2) La garantía jurisdiccional de la Constitución. 3) La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas ‘programáticas’ sino ‘preceptivas’). 4) La ‘sobreinterpretación’ de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos). 5) La

poderes llamados emergenciales por parte del Poder Ejecutivo en desmedro de los otros dos poderes y del equilibrio entre éstos. Sobrevino así un derecho de la crisis que puso en crisis al Derecho. O, como se ha dicho para reflejar un semejante fenómeno en los países de Europa, aun salvando las distancias, especialmente vinculado a la época de guerra o mejor de entreguerras, el derecho de emergencia puso de manifiesto la emergencia del Derecho [Werner Kāgi]. Esa decadencia del Estado Constitucional ha sido notablemente caracterizada en su evolución como el desmontaje de la Constitución [KĀGI, Werner, *La Constitución como Ordenamiento Jurídico Fundamental del Estado-Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, ed. DYKYSON, reimpresión [1945], Estudio preliminar de Francisco FERNÁNDEZ SEGADO y traducción de Sergio DÍAZ RICCI y Juan José REYVEN, Madrid, 2005].

²¹ Ibidem.

²² Op. cit.

aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares. 6) La interpretación adecuada de las leyes. 7) La influencia de la Constitución sobre el debate político.

5. Esa dimensión adquirida o sobrevenida en el orden normativo se ve reflejada y subrayada en los diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que hemos mentado ya.

Todavía nos interesa apuntar que el artículo 2 de la ley 23.054, que aprobó en Argentina la Convención Americana de Derechos Humanos [CADH], reconoció la competencia internacional y el artículo 2 de la ley 23.313, que aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP], hizo lo propio.

II. PREOCUPACIONES DEL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL O DERECHO DE DAÑOS

1. La conmoción en el derecho interno que se ha destacado se proyecta, desde luego, también en el ámbito de la responsabilidad civil o derecho de daños.

En la década del '80 del anterior siglo, podían los juristas avocarse al examen de una temática entonces vigente en la preocupación científica y jurisprudencial en materia de la responsabilidad civil. Justamente, en octubre de 1980 se celebraron las *Primeras Jornadas Australes de Derecho* en la

ciudad de Comodoro Rivadavia²³, que fue un verdadero Congreso al que asistieron tres generaciones de los más destacados privatistas argentinos.²⁴ Los temas de aquel memorable encuentro denotan las preocupaciones de entonces: *la extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva, la responsabilidad del dueño o guardián en los accidentes de automotores, la responsabilidad civil en el derecho de familia, la responsabilidad del Estado por errores registrales, la influencia del proceso penal sobre la acción de responsabilidad civil, la responsabilidad de los socios y directores de las sociedades no inscriptas y la responsabilidad por accidentes de trabajo y la posibilidad de aplicación del artículo 1113, C.C.* Temas que podían prolongar los estudios y meditaciones dos década más tarde aun, cuando recordábamos aquellas Jornadas Australes, también en Comodoro Rivadavia y esta vez con la peraltada y cálida presencia del Profesor François Chabas.²⁵

Unos años antes, Jaime Santos Briz podía señalar²⁶ que las normas reguladores de la responsabilidad civil, en sus distintos aspectos, se encontraban en muchas legislaciones en trance de reforma y reconocía una tendencia unánime que precisaba la necesidad de una modificación más o menos amplia del Derecho clásico, generalmente de ascendencia romana, e

²³ Provincia del Chubut, Argentina. Fueron coordinadas por el Doctor Luis Moisset de Espanés y las dejamos inauguradas en representación del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de Comodoro Rivadavia, que dirigíamos por entonces.

²⁴ Véase el Libro de las JAD, *Responsabilidad Civil*, editado por las Universidades Nacionales de Córdoba y de la Patagonia “San Juan Bosco” y distribuido por la editorial Zavalía, impreso en Córdoba en setiembre de 1984. [V. nota 2 de la presente].

²⁵ Estuvieron presentes también los doctores Luis Moisset de Espanés, Atilio Anibal Alterini, Luis Andorno y Eduardo Zannoni.

²⁶ *La Responsabilidad Civil* [1977].

indicó la evolución del principio de la responsabilidad individual a la *socialización de la responsabilidad*.

2. De la nutrida temática que preocupa hoy al derecho de daños, solo nos detendremos aquí brevemente en algunos aspectos de un “nuevo derecho” –el derecho a un ambiente sano– que sobresalen por su vinculación directa con las normas operativas de la Constitución y que se erigen en una suerte de agenda actual en la materia con proyección a futuro.

Nos interesó enmarcar el tema enfatizando el rescate de la Constitución como norma jurídica vinculante, desde que ella contiene diversas disposiciones que resultan de aplicación operativa. Así, las previsiones referentes a los llamados “derechos de tercera generación” denominación que no todos comparten pero que empleamos para distinguirlos de los propósitos bautismales del primer constitucionalismo²⁷ – diríamos, sintéticamente, la libertad como principio y el control del poder político– y de los de su sucedáneo, el constitucionalismo social.

La Constitución de Argentina los ha recibido de modo expreso en el Capítulo nuevo, introducido por la reforma de 1994 según lo hemos dicho ya.

²⁷ Nos referimos de este modo al llamado constitucionalismo liberal o clásico, propiamente *constitucionalismo*, por el rescate de los límites y de las garantías, sin negar la existencia de doctrinas constitucionales en la antigüedad y en la Edad Media, y sus aportes. Véase al respecto, especialmente, *CONSTITUCIÓN, De la Antigüedad a nuestros días* [*CONSTITUZIONE* (Bologna, 1999)] de Mauricio Fioravanti, ed Trotta, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, 2001.

2.1. Entre ellos, luce el derecho que se consagra a favor de *todos los habitantes a gozar de 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* [artículo 41, C.N.].

La preocupación por una exhaustiva enumeración de los derechos va pareja con el esfuerzo por garantizarlos. Así, como lo habíamos señalado siguiendo a Pierre Bon,²⁸ toda constitución democrática debe, en materia de protección de los derechos fundamentales, cumplir una doble función. La primera, es la proclamación de los derechos del hombre y del ciudadano a los que concede un valor superior o supremo [los *constitucionaliza*]. La segunda es garantizar los derechos proclamados.

La Constitución argentina otorga un instrumento eficaz para la protección del medio ambiente en el artículo 43 [párrafo segundo], que es reconocido como *amparo ambiental* que impera desde la misma Ley Fundamental. Y, de esa suerte, cumple con lo que expresa Bon, porque el sistema de protección viene a completarse con las garantías que él llama *garantías jurisdiccionales*, que entiende como duplicación de las *garantías jurídicas*.

Un autor contemporáneo ha caracterizado así el daño ambiental: a) se trata de un daño a la colectividad o social, con repercusiones privatistas; b) se protegen los intereses difusos de la población o colectividad afectada, sin embargo, es el Estado quien los representa; c) la protección corresponde no solo al

²⁸ V. Heredia, José Raúl, *EL SISTEMA DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION DE CHUBUT*, en *Defensa de la Constitución - Garantismo y Controles*, Libro de autores varios en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos, Coordinador Víctor Bazán, ediar-unam, Bs. As., 2003, pp. 407-417.

derecho a la salud entendido como un derecho a la vida y a la integridad física, sino especialmente como protección al derecho al ambiente salubre; d) con las normas especiales de defensa del ambiente, la protección de la regla general de indemnizar por el daño causado es subsidiaria.²⁹

2.2. Jorge Mosset Iturraspe, en la línea que destacamos nosotros, señala que la protección o tutela del medio ambiente tiene, a partir de la reforma de 1994 a la Constitución Nacional, artículo 41, el carácter de derecho fundamental. De ahí que el acento está puesto en la protección, en la preservación, en la recomposición, en la reparación específica, cuando ella sea posible, y, sólo en última instancia, en la reparación dineraria.

Agrega:

“...ello no significa que las cuestiones relativas a la indemnización dineraria sean temas menores o bien que esa indemnización sólo juegue en circunstancias excepcionales; ni, menos aún, que su recepción, la del dinero como medio reparatorio, importe el acogimiento del principio -afortunadamente superado- del contaminador-pagador, otorgando una especie de derecho de poluir”.³⁰

Añade que, del hecho de ser la reparación del ambiente una misión imposible, por las dificultades que existen en superar los perjuicios, recomponerlo o volver las cosas al estado anterior, y, más aún, en medir en dinero los daños sufridos, no

²⁹ “Hacia un sistema peruano de responsabilidad civil extracontractual frente al daño ambiental”, por JESUS RAFAEL VALLENAS GAONA, quien cita a Guido Alpa.

³⁰ “El daño ambiental, su reparación o indemnización. (Frente al límite cuantitativo del art. 1634 del Proyecto de Reforma al Código Civil). ¿Tutela eficiente o permiso para contaminar?” [MJD1267 (ED, 186-1359)].

puede ni debe seguirse una especie de abandono, por el Derecho, de las vías o caminos para la prevención del daño.

Interesa, en vinculación con la responsabilidad derivada de la afectación del medio ambiente en los términos del citado artículo 41, C.N. –que dice en la cláusula final de su párrafo primero: *“El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”*–, puntualizar, solamente esto aquí, que el llamado “Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio”, de 1998,³¹ adoptó el criterio de unificación de las áreas contractual y extracontractual de responsabilidad civil, claramente diferenciadas en el Código Civil vigente. Su artículo 1581 prevé que las normas atinentes a la responsabilidad civil *“son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño”*.

Se ha destacado que uno de los ejes del citado Proyecto³² es la prevención del daño, a la que se tiende mediante tres mecanismos: la consagración del deber de evitar el daño, la asignación de virtualidades a las medidas técnicas tendientes a evitarlo, y la tutela inhibitoria.

“En los Fundamentos del Proyecto se recuerda que el Código Civil no aceptó la *cautio damni infecti* (artículo 1132), no obstante lo cual la ley de reformas 17.711 del año 1968 dio lugar a la denuncia de daño temido, autorizando la traba de medidas cautelares en la eventualidad de que de una cosa

³¹ Fue presentado en 18 de diciembre de 1998 al Ministerio de Justicia por la Comisión Honoraria que integraron los profesores doctores Héctor Alegría, Atilio Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman [V. Alterini, Atilio Aníbal, *“INFORME SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROYECTO ARGENTINO DE CODIGO CIVIL DE 1998”*].

³² Ibidem.

deriven daños (agregado al artículo 2499) o molestias (nuevo artículo 2618), las cuales son aplicaciones de la teoría de la prevención del daño. Esta es protagonista principal del pensamiento moderno, que procura una solución *ex ante* en vez de una respuesta *ex post* como la que tradicionalmente se daba mediante la indemnización de un perjuicio ya producido; de no ser así, 'ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar' (Aguiar)".³³

Con respecto al deber de evitar el daño, principio cardinal en el derecho ambiental, el artículo 1585 del Proyecto, precedido del *nomen iuris* "Prevención del daño", establece:

"Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) De evitar causar un daño no justificado. b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño, del cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. c) De no agravar el daño, si ya se ha producido".

Por su parte, el artículo 1587, bajo el nomen "Multa civil", dispone:

"El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada".

Informa Atilio Alterini:

"En Europa se ha desarrollado la idea de pena privada, que Hugueney desarrolló tempranamente en Francia (L'idée de

³³ Ibidem.

peine privée en Droit contemporain', Dijon, 1904), y que en la actualidad está firmemente establecida (por todos, Viney, G., 'Les obligations. La responsabilité: effets', Paris, 1988, N° 4, pág. 5). La regulación propuesta por el Proyecto de 1998 está emparentada con dicha idea de pena privada y, en particular, con la de daños punitivos -o, mejor dicho, condenaciones punitivas-, de los que trata el § 908, ap. 1, del Restatement of Torts 2nd., según el cual sirven para 'penar a una persona por su conducta ofensiva, y para disuadir a ella, y a otros como ella, de obrar una conducta similar en el futuro', por lo que cumplen funciones de prevención especial y de prevención general. El apartado 2 del mismo § 908 del Restatement especifica que los 'daños punitivos' pueden ser aplicados 'por una conducta ofensiva, en razón de los motivos perversos del demandado, o de su indiferencia respecto de los derechos ajenos', tomando en consideración 'el carácter del acto del demandado, la naturaleza y la extensión del perjuicio que el actor causó o intentó causar, y la fortuna del demandado'. En Inglaterra -no obstante que los punitive damages fueron restringidos en 1964 por la sentencia de la Cámara de los Lores en la causa 'Rookes v. Barnard' [A.C. 1129]- son otorgados si el condenado obtuvo beneficios superiores al monto de la indemnización. En Francia, la sentencia del 13 de febrero de 1991 dictada en la causa 'Belmondo' -según el criterio del primer Abogado General Lindon- incriminó a quienes 'se especializan en la revelación de secretos de alcoba [pues] saben antes de publicar una indiscreción o una fotografía que les valdrá un proceso y una condena, consultan con su abogado sobre el monto probable de esta condena, y, después de haber comparado esta evaluación con la cifra de sus negocios, toman alegremente la responsabilidad de exponerse a los rayos por demás mojados de la Justicia' (J.C.P., 71, II, 16774)".

Finalmente, la norma del artículo 1587 ["Atribuciones del tribunal"] introduce la facultad de los tribunales para adoptar medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro.

Ahora bien, en crítica al citado Proyecto Mosset Iturraspe afirma:

"...El daño ambiental debió merecer una referencia específica en el Proyecto de Reforma al Código Civil, por su jerarquía y trascendencia. No nos parece suficiente aludir a él con la denominación de daño a intereses de incidencia colectiva[4],

puesto que el causado al medio no es el único que compromete tales intereses y, además, el ataque al ambiente puede perjudicar a intereses particulares, a personas que lo padecen con menoscabo de su derecho a un ambiente sano[5], o sufriendo daños personales o patrimoniales”.³⁴

Dice también que el Proyecto pudo establecer que el daño al ambiente compromete una responsabilidad objetiva fuera a partir del riesgo creado por las cosas o bien de las actividades peligrosas. Es que, abunda, el avance sobre el medio, la intromisión en el ambiente origina un impacto ambiental del cual, cuando se concreta en consecuencias perjudiciales, se debe responder al margen de toda culpabilidad, intención de dañar, negligencia, imprudencia o impericia. “Esa es la tendencia mayoritaria en el Derecho Comparado a la cual debemos adherir”.

Aunque elogia la norma del art. 1665, que alude y define la actividad especialmente peligrosa, y la del art. 1666 que sólo admite la liberación del sindicado como responsable, por tales actividades, cuando se demuestra que la causa del daño es la culpa del damnificado.

No comparte las limitaciones cuantitativas de la reparación, con fundamento en la Constitución desde que la víctima inocente de un daño injusto tiene un derecho, consagrado en ella, a una reparación que, para ser verdaderamente tal, debe ser plena e integral. Una indemnización a medias repara a medias y de ahí que no sea satisfactoria, concluye.

Conviene relacionar a esta altura, en tanto normativa positiva, el denominado principio precautorio previsto en la ley

³⁴ Op. cit.

25.675 de Política Ambiental Nacional, artículo 4, que dice: "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". Que se aúna al principio de prevención, en la misma norma, conforme al cual 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.

2.3. Un fugaz repaso de fallos judiciales muestra la aplicación preferente por los jueces de la Constitución, integrada con los pactos y convenciones de derechos humanos, como norma jurídica vinculante, y la concepción que campea acerca del alcance –naturaleza- de la responsabilidad derivada de daños al ambiente.

2.3.1. En orden a lo primero, se ha resaltado que el daño ambiental se produce y debe ser resarcido aunque se manifieste actuando sobre personas sensibilizadas por alguna enfermedad que posean desde antes, o si se trata de organismos débiles o debilitados como es el caso de los niños o ancianos. En todos los casos existe, se ha afirmado, *un derecho primordial a la vida y a la salud que debe ampararse y cuya violación abre el derecho*

resarcitorio citándose los artículos 1.1; 3; 4; 5. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁵

En cuanto a lo segundo, véase el encuadramiento jurídico:

“Debe aplicarse al caso el principio de responsabilidad contenido en el art. 1113 del Cód. Civil en cuanto a que la actividad de la demandada en el procesamiento de calcinamiento de coque, -guarda del mismo en silos y posterior embarque-, reviste la calidad de actividad riesgosa para la salud comunitaria. / Desde esa perspectiva, la responsabilidad objetiva que conforme la doctrina del riesgo creado se atribuye ‘ministerio legis’, lleva a la demandada a afrontar la carga de desvirtuarla, lo que inicialmente asume sin el debido éxito, pues no ha logrado arrimar al proceso elementos de prueba que lleven a la íntima convicción acerca de la actividad de la víctima de terceros respecto de los cuales no tenga obligación de responder, los que han incidido en el resultado dañoso”.

Es decir, responsabilidad objetiva por el riesgo creado y la acción será la civil por responsabilidad extracontractual si nos atenemos a la distinción vigente, de la que se aparta el Proyecto de Código Unificado al que nos hemos referido. De donde, media inversión de la carga probatoria [artículo 1113, párrafo segundo, cláusula segunda].

Importa destacar que la legitimación para accionar en materia de amparo ambiental deriva también del texto constitucional, artículo 43, C.N., entendiéndose que la Convención Constituyente del año 1994, mediante las citadas normas, consagró expresamente: por un lado, el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto; y por otro, estableció una protección procesal especial para ese nuevo derecho aunque “no una acción popular”. De modo que un vecino “con respecto a la

³⁵ In re “Pinini de Pérez, María del Carmen c/ Copetro S.A., Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata Sala: II, de 27/4/1993 [MJJ5667].

zona que dice contaminada, tiene derecho para demandar individualmente o conjuntamente con otros vecinos, cotitulares del interés difuso o colectivo, la preservación de un medio ambiente sano, equilibrado y apto. Porque la tutela de ese derecho, tiene base en la porción que le toca de aquél interés supraindividual agredido, o en riesgo de serlo (art. 43 de la Constitución Nacional). En cuanto es titular de tal interés de raigambre constitucional, sólo o en conjunto; porque esa legitimación no se reconoce a cualquiera, sino a quien participa de ese derecho de incidencia colectiva y difuso, ya que esa norma constitucional no ha establecido una acción popular.³⁶

2.3.2. La Corte Suprema de Argentina, haciendo suyo un dictamen del Procurador General, ha establecido el alcance de la legitimación puntualizando que el artículo 43, C.N., reconoce expresamente, como legitimados para interponer la acción expedita y rápida de amparo, a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa -entre los que se encuentran las asociaciones- por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, entre otros, los de incidencia colectiva. Así, en un dictamen anterior, el Procurador había sostenido que la reforma constitucional de 1994 amplió el

³⁶ Expte. n° 22.501 - "Spagnolo, César A. c/Municipalidad de Mercedes" - CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MERCEDES - SALA II - 06/04/2004, elDial, martes 3 de octubre de 2006. Aunque este fallo citado en el texto adopta la clásica postura que considera al amparo "supletorio, *vasallo de otras acciones*, como dice críticamente Augusto Mario Morello sin atender a la jerarquía que ha adquirido de modo expreso como garantía y no solo como un remedio procesal.

espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitaba a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual.³⁷

2.3.3. En un fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro recaído en el ámbito de un amparo colectivo,³⁸ se incardinan por lo menos dos aspectos directamente regulados en la Constitución de la Nación, cuales son el derecho a un ambiente sano y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas argentinos [artículo 75 (17), C.N.].

Entendió ese tribunal que resultaba evidente que en el caso estaban comprometidos derechos y garantías de las comunidades originarias (inc. 17 del art. 75 de la C.N., art. 42 de la C.P.) y de los recursos humanos, el medio ambiente y el “habitat” de aquéllas (art. 41 de la C.N., arts. 70 y ss.; 84 y ss., y cc. de la C.P.), más los Tratados y Convenciones que le dan fundamento y las leyes que los reglamentan. Se dijo allí que “La identidad étnica, las formas de organización, el patrimonio cultural y social, el ‘habitat’ de las Comunidades Indígenas del lugar deben ser contemplados al evaluar el impacto ambiental con criterios de pluralidad y biodiversidad, correspondiendo

³⁷ Conf. dictamen del 29 de agosto de 1996, in re A.95 L.XXX. "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c/ Buenos Aires, Pcia. de y otro s/ acción declarativa", y sentencia del 22 de abril de 1997 (Fallos: 320:690). V. M. 970. XXXIX - "Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de lucro -filial Córdoba- c/ E.N. -P.E.N.- M° de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo" - CSJN - 31/10/2006. V. también los autos: "Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo", de 9 de abril de 2002.

³⁸ Expte. 19439/04 - "CO.DE.C.I. de la Provincia de Río Negro s/acción de amparo" - STJ DE RIO NEGRO - 16/08/2005 [puede verse publicado en elDial].

efectuar la consulta y darles participación (...) con suficiente y completa información, de conformidad a la legislación provincial y nacional, las Constituciones federal y local y los Tratados Internacionales, entre ellos”.

Reseña el fallo conceptos vertidos por los actores para quienes la “cuestión indígena” exige una interpretación diferente del derecho por un lado y la aplicación de normas jurídicas específicas, por otro. Sostuvieron que se había violado por la Provincia, la Municipalidad y los particulares el derecho de posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, “... nuestra Lof-che (Comunidad de gente)...”. Y añadieron que el reconocimiento a la *preexistencia* de pueblos indígenas a partir de 1994 implica reconocer que no sólo existe en la praxis la propiedad entendida en los términos del Código de Vélez Sársfield, sino la propiedad comunitaria con sus caracteres particulares, modificando los principios consagrados para la propiedad privada y estableciendo una nueva concepción jurídica que tiende a favorecer el resguardo de la tierra como factor aglutinante de las Comunidades del Pueblo originario, con remisión al artículo 21 de la Convención Americana de los Derechos Humanos que también reconoce las formas peculiares de la propiedad y los recursos de los pueblos indígenas conforme a su propia naturaleza jurídica de derecho consuetudinario y prácticas tradicionales.

Se remitieron a la Corte Interamericana en cuanto ella ha señalado que ese derecho y esas prácticas consagran el derecho sobre sus territorios tradicionales independientemente de que cuenten o no con título formal de propiedad, con cita del fallo del 31-8-2001 en “La Comunidad Myagna Awas Tingni vs. Estado de

Nicaragua”, concepción que es violada, según su inteligencia, con la entrega de títulos individuales a integrantes de comunidades indígenas.

Merece destacarse que los jueces rescataron aquí el denominado “principio precautorio”, que se traduce, afirmaron, como la obligación de suspender o cancelar actividades que amenacen el medio ambiente pese a que no existan pruebas científicas suficientes que vinculen tales actividades con el deterioro de aquél. Y recordaron que el principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, convoca a los Estados, con el fin de proteger el medio ambiente, a aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. “Cuando haya peligro de daño grave o 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...”.

Adunaron señalando que dicho principio se encuentra enunciado en el inciso 3 del artículo 3 del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y fue incorporado en el artículo 130 R-2 en el Tratado de Maastricht de la Unión Europea. Dijeron, asimismo, que jurisprudencia internacional cuenta con ejemplos sobre la aplicación de este principio a cuestiones ambientales, pudiendo nombrarse, señalaron, dos resoluciones del Consejo de Estado Francés dictadas en los casos: “Greenpeace et autres” y “Société Pro-Nat, del 11-12-98 y del 2-4-99, respectivamente, referentes a maíces transgénicos y a la prohibición de comercializar carne vacuna por riesgo de transmisión de la enfermedad EEB (más conocida como “mal de la vaca loca”).

Adujeron que el principio de precaución se inserta en el amplio espectro de protección del ambiente, teniendo asimismo en mira los intereses de las generaciones futuras (art. 41, C.N.), en función de prevenir daños al ecosistema, esencial para la subsistencia de los seres humanos. Dicho principio, en tanto incrementa fuertemente el deber de diligencia, instaura una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil: el aseguramiento de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos. Así como el principio de previsión tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución 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.

Todavía dijeron que se ha distinguido entre la acción preventiva y el principio de precaución, sosteniéndose que la prevención es el fundamento del principio de precaución; así, se define a la prevención como la implementación de lo conducente para evitar daños. Por lo que se concluye que "las técnicas de prevención se inscriben dentro de la etapa del pre-daño". En cambio, el principio de precaución reclama medidas de inmediato, de urgencia, aun cuando hubiera ausencia o insuficiencia de pruebas o elementos científicos referidos al comportamiento de la naturaleza. Cualquier demora puede resultar a la larga más perjudicial que la acción temprana intempestiva.

2.3.4. En otro pronunciamiento judicial³⁹ se señaló que la protección del ambiente ya se hallaba reconocida por el derecho internacional y convencional y, en lo que a nosotros atañe, por la declaración de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente auspiciada por nuestro país (Estocolmo, 1972), por la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ratificado por ley 23.054 y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por ley 23.313, los que a partir del año 1994 poseen rango constitucional de conformidad con lo dispuesto por el inciso 22, del artículo 75 de la C.N. Y muy especialmente lo destacamos, se añadió que, por ello, su operatividad es innegable aunque no existiera ley reguladora de la materia, lo mismo que la del artículo 41 de la Constitución Nacional, norma ésta suprema a la que deben ajustarse las reglamentarias así como las sentencias si no existieren estas últimas.

En este fallo, se entendió que, tratándose de determinar si la contaminación [por hidrocarburos en el caso] había ocasionado algún daño resarcible, debía partirse de la consideración de que en la materia es de aplicación el artículo 1113, segunda parte, del Código Civil, en virtud de la actividad riesgosa ejercida por la emplazada, así como también por las cosas de las que se vale. Y se remitió, además, al artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires [aplicable por el ámbito territorial en que ocurrieron los hechos de la litis], la doctrina de los artículos 2618 y 1071 del Código Civil y, particularmente, la ley nacional de residuos peligrosos número

³⁹ "Icardi, Lisandro Martín y otros c/Nalco Argentina SA s/daños y perjuicios"; "Icardi, Reynaldo Eulogio y otro c/Nalco Argentina SA s/daños y perjuicios (acumulados)" - CNCIV - 14/03/2005.

24.051, artículos 2, 14, 24, 33, 45 y siguientes, y Anexo I, concretamente el apartado Y9 de éste, su decreto reglamentario número 831/93, la ley de la Provincia de Buenos Aires número 11.720, específicamente destinada a los residuos especiales, su decreto reglamentario número 806/97, su Anexo I, y la ley de la misma provincia número 11.723.⁴⁰

Se precisó que en la especie, más que de una hipótesis de daño ambiental colectivo, se trataba de la investigación de hallarse o no configurado el daño individual derivado de una agresión ambiental que movía al reclamo de los actores.

2.3.5. En el caso de los daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- Riachuelo, la Corte Suprema, en reciente fallo,⁴¹ tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de una concreta petición de los actores, habitantes del lugar, quienes le atribuyeron al daño ambiental denunciado particularidades especiales y, en su mérito, requirieron que se flexibilizaran las disposiciones procesales, sin perjuicio de la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso; pidieron que el Tribunal tuviera participación activa, para evitar la generación de un expediente de largo trámite que, dijeron, no sirve a la víctima, a la comunidad, ni a los que habrían

⁴⁰ Se remitió a Falbo, "Los residuos especiales en la ley 11.720 de residuos especiales de la Provincia de Buenos Aires y su decreto reglamentario", en "Derecho ambiental" [primera parte], J.A. número especial del 16/12/98, pág. 46: en sentido concordante, Trigo Represas, "Responsabilidad Civil por daño ambiental", en "Daño ambiental" [segunda parte], J.A. número especial del 29/12/99, N° VI en pág. 36).

⁴¹ M. 1569. XL - 'Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)' - CSJN - 20/06/2006.

ocasionado el daño, solicitando diversas medidas de naturaleza cautelar.

La Corte comenzó por distinguir dos pretensiones: “La primera reclamación se refiere al resarcimiento de la lesión de bienes individuales (...) que reclaman (los actores) por el resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente...”. “La segunda pretensión tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente (...). En este supuesto los actores reclaman como legitimados extraordinarios (Constitución Nacional, arts. 41, 43, y 30 de la ley 25.675) para la tutela de un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento (art. 28, ley citada)” señaló la Corte.

Luego de señalar que no todas las pretensiones acumuladas correspondían a la competencia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, precisó 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, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía

establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el art. 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna”.

Señaló, así, que, en las condiciones expresadas, “el carácter federal de la materia y la necesidad de conciliar el privilegio al fuero federal que corresponde al Estado Nacional, con la condición de aforada a esta jurisdicción originaria de parte del Estado provincial, la única solución que satisface esas prerrogativas jurisdiccionales es declarar la competencia originaria del Tribunal que prevé el art. 117 de la Constitución Nacional con respecto a las pretensiones contenidas en demanda...”, remitiéndose específicamente a la que tenía por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente.

Desechó, en cambio, la competencia originaria en cuanto a la pretensión que tenía por objeto la indemnización de los daños individuales que los demandantes invocaron sufrir en sus derechos patrimoniales y extramatrimoniales. Para abonar la incompetencia en el caso, sumó conceptos la Corte señalando, con particular referencia a los daños causados por el incumplimiento de parte de un Estado provincial de las atribuciones provenientes del ejercicio del poder de policía que le corresponde sobre bienes públicos y en materia de seguridad pública, con cita de un precedente suyo, que la pretensión procesal subsume el caso en un supuesto de responsabilidad

extracontractual del Estado local por las consecuencias de su comportamiento omisivo.

Agregó que resultaba indiferente que el deber de responder se califique en la presunta ‘falta de servicio’ en que habría incurrido un órgano de la provincia demandada por el cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias con fundamento en el artículo 1112 y concordantes del Código Civil (citó doctrina del voto concurrente en Fallos: 314:661); o en su carácter de titular de dominio de un bien público del Estado provincial destinado al uso y goce de los particulares, con fundamento en los artículos. 2340, inciso 7, y 1113 del Código Civil (Fallos: 292:597; 315:2834; 317:144; 327:2764, considerando 4°; o en todo caso, que se sustente en la omisión o deficiente ejercicio del poder de policía de seguridad (Fallos: 312:2138 y su cita; 313:1636; 323:305, considerando 3°; 323:318; 326:750, dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante; 327:2764; entre otros).

Dijo además que, “cualquiera fuese el fundamento de la responsabilidad estatal que se invoque”, se trataba “de un daño que se atribuye a la inactividad u omisión del Estado provincial cuando pesa sobre éste la obligación de actuar en ejercicio imperativo del poder de policía entendido -en el contexto que aquí está en estudio- como una ‘potestad pública’ propia del estado de derecho tendiente a la protección de la vida e integridad física y patrimonial de los particulares”.

Luego, se avocó el cimero Tribunal a la segunda pretensión, esto es, “la tutela del bien colectivo”. “En tal sentido, añadió enseguida, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro”, puesto que se estaba en presencia de actos

continuados que seguirían produciendo contaminación. En segundo lugar, recalcó, “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 tratará del resarcimiento”.

Aduciendo limitaciones de información de la misma demanda, la Corte apeló a las “facultades ordenatorias e instructorias que la ley confiere al Tribunal (art. 32, ley 25.675), a fin de proteger efectivamente el interés general”. Y resolvió, entre otros aspectos, requerir a las empresas demandadas información sobre los siguientes puntos: 1. Líquidos que arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción. 2. Si existen sistemas de tratamiento de los residuos. 3. Si tienen seguros contratados en los términos del art. 22 de la ley 25.675.⁴²

Asimismo, requirió al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al Cofema para que en el plazo de treinta días y en los términos de la ley 25.675 presentaran un plan integrado, citando de modo expreso disposiciones de la ley referida. También convocó la Corte a una audiencia pública, en la cual las partes deberían informar en

⁴² (art. 22: 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". Acaba de dictarse la Resolución 177/2007, Nacional de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, de 13 de marzo, que, en desarrollo del artículo 22 de la ley 25.675, aprueba normas operativas para la contratación de seguros de cobertura por actividades riesgosas para el medio ambiente. Entre los fundamentos, se lee: “Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido requiriendo la efectiva constitución de seguros ambientales a través de sus más recientes pronunciamientos, Fallo CSJN M1596 XL, punto IV 3 del 20.6.2003 y Fallo CSJN 1274 XXXIX del 13.7.2004”.

forma oral al Tribunal sobre el contenido de lo solicitado, emplazó a la actora para que aportara la información a ella requerida y difirió el tratamiento y decisión de las medidas cautelares requeridas.

III. COLOFÓN

Podríamos extender, semejantemente, el examen a otros “nuevos derechos y garantías” consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho interno, pero ello rebasa ya los límites de la presente nota.⁴³ Nos ha parecido de utilidad subrayar, a modo de aproximación, que la Constitución reformada y “recobrada” ha provocado y está provocando en el derecho interno una profunda conmoción cuyos alcances todavía no están precisados. Diríamos con los clásicos, es un proceso, está *in fieri*, haciéndose.

Pero la tendencia universal del contemporáneo derecho de daños es compatible con este fenómeno. Es del todo claro que la víctima adquiere una centralidad que no tuvo en los conceptos jurídicos iusprivatistas y publicistas tradicionales, preocupados más por la sanción y asumiendo al Estado como la víctima en el ámbito del derecho de la punición. De un modo más genérico, podríamos rescatar nosotros a la persona como el centro de las preocupaciones del derecho, sea ésta en calidad de habitante, de vecino, de víctima de daños, como usuario o consumidor, como cliente bancario, como portadora de dignidad, de intimidad, de honor, de propia imagen. Y todos estos valores impregnan el

⁴³ Nos habíamos referido a ellos en nuestra intervención citada en la nota 2 de la presente.

derecho constitucional y éste los difunde necesariamente –como postulados de inexcusable observancia, especialmente para los jueces- en el orden jurídico todo.

Se ha dicho que estos valores –“nuevos derechos”, en verdad, “recreados”- integran un conjunto complejo de causas que han generado la crisis del sistema de responsabilidad civil. En todo caso, si se asume la real existencia de esa crisis, ella deviene de una renovada concepción que pone al hombre en el centro de la preocupación del derecho. Es retomar la concepción del “hombre situado” [Burdeau], el de las calles, el de todos los días.

Y vendrá bien tener presente, como ha destacado acertadamente Luigi Ferrajoli, que debe ampliarse el concepto de control del poder, porque hoy son poderosos los poderes privados y a menudo poco sabemos de los mecanismos para ponerlos bajo el imperio del derecho.

Nos contentaríamos por ahora con reconocer a la Constitución como una fuente del renovado derecho de daños, con saludar las cada vez más habituales citas directas de ella, como norma operativa, para fundar las sentencias de los jueces, y, finalmente, observar con la moderna doctrina que en el contenido de tal derecho pueden convivir las funciones de reparación, prevención y punición.

Como hemos dicho antes de ahora,⁴⁴ si el derecho civil pudo asumir ha tiempo una suerte de publicización y una dimensión social de los derechos, aun antes de la reforma constitucional, no es dudoso que esas dimensiones se han repotenciado hoy por la estructuración, como cúspide, de un

⁴⁴ Op. cit. en nota 2.

bloque supremo, al que debe atenerse todo el ordenamiento jurídico.