

Cuestiones que plantea la responsabilidad por riesgo Ambiental: Desafíos de la postmodernidad

Prof Lidia M R Garrido Cordobera (UBA)

1.Introducción

Abordar hoy la temática ambiental es una situación común y cotidiana, considerada además políticamente correcta, muy alejados estamos de cuando en las discusiones de los claustros y Congresos de Civilistas se discutía la incumbencia que el derecho civil tiene en el tema¹.

La relación del derecho Civil y el Derecho Ambiental es profunda y perenne como puede apreciarse también con el derecho Constitucional y el administrativo y unas de sus manifestaciones mas trascendentes se evidencia en el tema de los daños que se producen por alteraciones del ambiente, dando tanto como resultados de tal situación daños colectivos como también daños individuales².

Las organizaciones internacionales cuentan con recomendaciones, declaraciones políticas, acuerdos y comités dedicados exclusivamente al tema del medio ambiente; lo mismo ocurre en los poderes legislativos de ciertos países, pero debemos continuar alertando sobre los serios inconvenientes en materia de política ambiental y en la legislación, sobre la necesidad de tener metas claras y una instrumentación adecuada, la no proliferación de organismos y reglamentaciones que se superpongan y que a la vez, dejen áreas expuestas; por ello puede decirse que los males que nos aquejan en el Derecho serían la insuficiencia, la sobreabundancia y la ineficacia normativa.

El ambientalismo no es una involución sino que tiene metas definidas, y es falsa la aparente pugna con el desarrollo, pues se sustenta hoy el derecho al desarrollo sostenible en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado³ como un derecho humano.

Un eje trascendente en toda esta temática de carácter esencial es sin duda alguna la capacidad para percibir el problema en análisis, pues muchos no denotan una percepción ambiental positiva; he aquí la importancia de las campañas ambientales para evitar el acaecimiento de desgraciados eventos desastrosos o

¹ Garrido Cordobera, Lidia M R, *Ponencia a las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Mar del Plata 1983

Garrido Cordobera, Lidia M R, *Los daños colectivos y su reparación*, Ed Universidad 1992

Garrido Cordobera, Lidia M R el daño ambiental, daño colectivo e individual LL 5 y 6 de Enero de 2007

Pereiro de Grigaravicius, Maria D, *Daño ambiental en el Medio Ambiente Urbano*, Ed La Ley 2001

Cafferatta, Néstor A, *Teoría General de la responsabilidad ambiental*, en *Derecho Ambiental y Daño*, Ed La Ley 2009

² Garrido Cordobera, Lidia M R, *Los daños colectivos – prospectiva General*, Ed Javeriana, Bogota 2009

Ruda González, Albert, *El daño Ecológico puro*, Ed Thomson –Aranzadi , Navarra 2008.

Jordano Fraga, Jesús *La reparación de los daños catastróficos*, Ed Marcial Pons, Barcelona 2000

³ También se utiliza el termino “desarrollo sustentable” como un nuevo paradigma.

Walsh, Juan Rodrigo, *Ambiente, derecho y sustentabilidad*, Ed La Ley 2000

calamitosos que enfrentan al hombre con "su realidad"⁴. El problema actual es que parte de la población no han sido educadas debidamente, pues no perciben el problema y mucho menos han efectuado su evaluación, ya que tienen una deficiente información y formación y esto se traslada a los funcionarios y empresarios⁵.

Un desastre natural o un accidente —como en su momento el de Chernobyl o el derrame en el Golfo de Mexico— provocan que un problema que parecería lejano se convierta en algo que puede pasarle a cualquiera; es lamentable, pero los eventos dramáticos generan preocupación y la preocupación genera concientización y acción.

Justamente, en el intento de lograr un desarrollo que no origine grandes problemas ambientales se logra la concientización a nivel internacional de que la prevención de la contaminación es mejor que la eliminación de las consecuencias, lo que evidencia la aplicación de la faz preventiva, en esta línea se inscribe el Protocolo de Kyoto⁶.

La actitud del hombre moderno respecto del universo material fue y continua siendo de conquista y expansión; el hombre occidental tiene una relación de dominio con respecto al medio en que se desenvuelve, creyendo en el principio de la expansión sin límites y de que si surge algun tipo de restricción, la misma sólo será temporaria, pues mediante su inteligencia aplicada a la ciencia y a las técnicas la superará

Tal conducta, junto con la de presumir un ilimitada capacidad ambiental para la absorción de residuos y desperdicios y la creencia de que nos hallamos en un ecosistema abierto, ha llevado a lo que algunos denominamos ya hace veinte años "el inicio de la crisis ambiental o la tragedia de los comunes"⁷.

En nuestra opinión el bien jurídico protegido es la calidad de vida aunque algunos autores hablan del entorno o la naturaleza. Es un derecho humano de "tercera generación" o de "cuarta generación", a un medio ambiente sano y equilibrado, y al patrimonio común de la humanidad, que se funda, según Gross Espill, en la idea de la solidaridad entre los hombres⁸.

En la relación entre la naturaleza, entorno y la humanidad al Derecho le corresponde considerar las siguientes cuestiones: 1) qué o quién actúa sobre el

⁴ Kunz, Ana, *Percepción del cambio ambiental y su relación con el concepto de daño en el ámbito jurídico (el caso de las inundaciones en la provincia de Buenos Aires)*. En Cuestiones Ambientales, Garrido – Kunz, Ed La Ley 2009

⁵ Pigretti, Eduardo A, *Derecho Ambiental Profundizado*, Ed La Ley 2004

Pigretti, Eduardo A, *Ambiente y Sociedad*, Ed Lajouane 2007

Lorenzetti, Ricardo L, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*. Ed Rubinzal- Culzoni 2006

Tibone María Angélica: *Necesidad prioritaria de una psicología social ambiental*, ps 46 y ss., " Rev. Ambiente y Recursos Naturales", vol. II, n° 3, Ed. La Ley, Bs. As., 1985.

⁶ Bellorio Clabot, Dino, *Derecho del Cambio Climático*, Ed AD-HOC 2007

⁷ Garrido Cordobera, Lidia M R, *Los daños colectivos y su reparación*, Ed Universidad 1992

⁸ Garrido Cordobera, Lidia M R *La preservación al medio ambiente en la Constitución Nacional: la protección y el daño ambiental* en Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994, Ed Depalma 1995

Garrido Cordobera, Lidia M R y Cordobera de Garrido Rosa *Protección al medio ambiente y calidad de vida*, en Homenaje a los 150 años de la Constitución Nacional, Academia Nacional de Cordoba, 2003

Gross Espiel, Hector, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Ed Juridica Venezolana, 1985

ambiente; 2) el porqué de determinadas acciones, y 3) quién sufre o se beneficia con el cambio de las condiciones ecológicas.

Charles Chaumont, recuerda acertadamente que "El jurista no sólo ha de comprobar y exponer el Derecho establecido; en los períodos en que se forma, es indispensable que plantee los problemas correctamente para contribuir a que los resuelvan correctamente, y que se dé cuenta de las consecuencias jurídicas de las situaciones ya creadas, cuyo alcance se debe medir"⁹

2.El derecho ambiental y sus principios.

Como solemos señalar y es sabido, en el tema ambiental se entrecruzan múltiples ramas de las ciencias, y el Derecho no es ajeno a este fenómeno, a punto que confluyen normas del Derecho Administrativo, Constitucional, Internacional Público y Privado, Civil, Minero, etc., y justamente por eso se erige, o intenta hacerlo, una nueva rama del Derecho.

Es necesario para poder hablar de la existencia de un Derecho Ambiental, saber si existen y cuáles son los principios probados y aceptados por la conciencia jurídica mundial con caracteres de validez y eficacia, pasaremos revista a algunos autores, pese a que en la actualidad se sostiene la denominación de Derecho sustentable como una instancia superadora¹⁰.

El Maestro Pigretti, ha visto siempre en el derecho ambiental un verdadero desafío que replantea la relación del hombre con la naturaleza, como asimismo la relación del hombre con el grupo social, reclamaba por ello "nuevos métodos, nuevas formas, nuevos criterios de justicia, nuevas leyes", que debían estructurarse para resolver la problemática que afrontamos; estos criterios surgen de la interdisciplina científica que permite definir, desde el punto de vista de las ciencias exactas y naturales los fenómenos, para que el jurista pueda resolver "lo justo de cada uno"¹¹.

Sostiene Cano que el Derecho ambiental ha nacido en el momento en que se comprendió que "el entorno" constituye un conjunto, un todo, cuyos diversos elementos interaccionan entre sí, y además que su comprensión originó la elaboración de principios científicos técnicos para el manejo integrado de los diversos elementos que el ambiente humano como conjunto o universalidad¹².

El citado autor señala además que la aplicación de tales principios al orden físico y social origina la necesidad de trasladarnos al campo jurídico, y la de adoptar o reformular normas legales y nuevas estructuras administrativas para posibilitar su implementación.

El Derecho ambiental según Valls tiene por objeto condicionar la conducta humana respecto al disfrute, preservación y mejoramiento del ambiente, su contenido es difuso, contiene normas de derecho privado y de derecho publico, se caracteriza por ser a) una especialización a la que hay que aplicar conjuntamente

⁹ Chaumont, Charles: *Le droit de l'Espace*, ps. 8 y 9, PUF, Paris, 1960

¹⁰ Walsh, Juan Rodrigo, *Derecho sustentable, una instancia superadora del derecho ambiental*, en Ambiente, Derecho y sustentabilidad, Ed La Ley 2000

¹¹ Pigretti, Eduardo, *Derecho Ambiental*, Ed Depalma, 1993

¹² Cano, Guillermo: *Administración ambiental*, ps 5 y ss., "Rev. Ambiente y Recursos Naturales", vol. I, n° 2, Ed. La Ley, Bs. As., 1984.

los principios de derecho común, b) un correctivo de los errores y deficiencias de todo el sistema jurídico, c) íntimamente relacionado a las otras ramas del derecho, d) es evolutivo y dialéctico, e) conciliador y transaccional entre los intereses de las partes y f) es un instrumento de la política ambiental¹³

Lorenzetti, afirma que los problemas relativos al medio ambiente inciden en la fase de las hipótesis, del planteo de los problemas jurídicos, ocasionando un cambio profundo que avanza sobre el sistema del Código¹⁴.

Jorge Bustamante Alsina, señala como caracteres de este derecho ambiental que nos ocupa a) Carácter interdisciplinario; b) Carácter sistemático; c) Carácter supranacional (destacan la importancia de la cooperación internacional); d) Espacialidad singular; e) Especificidad finalista; f) Énfasis preventivo; g) Rigurosa regulación técnica; h) Vocación redistributiva; i) Primacía de los intereses colectivos¹⁵.

Lo propio hace Jorge Mosset Iturraspe, que señala entre sus principios rectores los siguientes : 1) de realidad; 2) de solidaridad; 3) de regulación jurídica integral; 4) de responsabilidad compartida; 5) de conjunción de aspectos colectivos e individuales; 6) de introducción de la variante ambiental; 7) de nivel de acción más adecuado al espacio a proteger; 8) de tratamiento de causas productoras y de síntoma con puntualidad o premura; 9) de unidad de gestión; 10) de transpersonalización de las normas jurídicas¹⁶.

A nuestro criterio y de manera ejemplificativa - ya que no son *numerus clausus*-, podemos decir que los principios rectores del derecho ambiental son: a) eticismo y solidaridad humana, b) enfoque sistémico, c) participación pública, d) interdisciplina, e) principio contaminador- pagador, f) protección, mejora, defensa y restauración de la biosfera, g) uso racional del medio, h) coordinación de actuación, i) ordenamiento ambiental, j) calidad de vida, k) cooperación internacional

El "enfoque sistémico" permite de una manera sencilla diseñar nuevas instituciones y fijar límites ciertos y científicos del control ambiental, habilitado también al principio de la "participación pública"; esto lleva a la intervención en los mecanismos de planeamientos, relación gobernante- gobernado, la información pública (ley brasileña y argentina), las audiencias públicas y al estudio de Impacto Ambiental (ley argentina).

Aceptando el presupuesto de que el ambiente es un conjunto de variables interrelacionadas que interactúa, es menester recurrir a técnicas y postulados de diversas disciplinas.

Señala Pigretti que en el campo específico del Derecho todos los sectores de la dogmática jurídica deberían estar presentes, "ya que el mundo de la realidad

¹³ Valls, Mario, *Derecho Ambiental*, 3ra ed, Distribuidor Abeledo Perrot 1994

¹⁴ Lorenzetti, Ricardo L., *Las normas fundamentales de derecho privado*, p. 483, Rubinzal-Culzoni, 1995

"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"

¹⁵ Bustamante Alsina, Jorge, *Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa*, p. 48, Abeledo Perrot, 1995

¹⁶ Mosset Iturraspe Jorge, *El daño ambiental en el derecho privado*, en "Daño ambiental", Tomo N° 1, , Rubinzal-Culzoni, 1999

señala a veces más distancia entre dos profesionales del Derecho que la que puede, en oportunidades, señalarse entre un técnico legal y el experto de otra disciplina”¹⁷.

El desarrollo del postulado “contaminador- pagador” será objeto de un análisis ulterior, cuando abordemos el tema de la responsabilidad; pero aclaremos ya que implica que todo productor de contaminación debe, en principio, ser responsable de pagar por las consecuencias dañosas de su acción; en tal sentido fue reconocido por la Comunidad Europea y muchas legislaciones, no es entendido como un permiso para contaminar pagando tasas a tal efecto.

El fin de “protección, mejora, defensa y restauración de la biosfera” es punto de partida de numerosas instituciones que persiguen el control, reducción y eventual eliminación de las actividades que ocasionan perjuicios a la salud y la vida del hombre y de su ambiente.

El principio de “gestión racional del medio” nace debido a la realidad del abuso en la utilización, y pretende abarcar temas tales como actividad productiva, el consumo, las condiciones generales de “confort”, el proceso habitacional, etc.

La denominada “coordinación de actuaciones” implica que cualquier actividad dentro de la organización social respete el conjunto de prescripciones que la ciencia ha señalado como de necesario cumplimiento para la defensa de las especies y de forma de vida.

Es así que el “ordenamiento ambiental” señala cuáles son las zonas críticas de contaminación y las áreas que deben respetarse para parques y monumentos naturales y culturales, y da origen a la técnicas del urbanismo y del Impacto Ambiental.

El aludir a “la calidad de vida” implica dar cabida a una serie de cuestionamientos que ensanchan aún más la cuestión, tales como los derechos del consumidor en general, del deporte, de la cultura, por citar algunos.

Finalmente arribamos a la “cooperación internacional”, que tiene al reconocimiento de un conjunto normativo supranacional mediante el cual se intenta lograr la protección de los recursos no sujetos a jurisdicciones particulares ¹⁸.

Bibiloni, señala que del Tratado de la Comunidad Europea de 1997 se infiere la vigencia de los siguientes principios: a) de cautela; b) de acción preventiva; c) de corrección de los atentados al Medio Ambiente especialmente en la fuente; d) de quien contamina paga; e) de conservación y protección del Medio Ambiente; f) de cooperación internacional para la protección del Medio Ambiente; g) de prevención del daño ambiental transfronterizo; h) de responsabilidad y reparación de daños ambientales; i) de evaluación del impacto ambiental; j) de participación ciudadana; k) de internalización de las acciones ambientales y enuncia los siguientes principios: a) Pensar global, actuar local; b) Solidaridad; c) Integración de las políticas sectoriales; d) Protección elevada; e) Precaución; f) Prevención; g)

¹⁷ Pigretti, Eduardo, *La responsabilidad por el daño ambiental*, ps. 29 y ss Ed Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales , 1986

¹⁸ Ejemplo de esto son las convenciones internacionales sobre Contaminación de Mares, protección de la capa de Ozono, de los recursos vivos en Alta Mar, Prohibición de explosiones nucleares en la atmósfera, la protección de humedales, la biodiversidad.

Conservación; h) Corrección de las fuentes; i) Restauración efectiva; j) Corresponsabilidad y responsabilidad diferenciada; k) subsidiariedad; l) Optimización de la protección ambiental; ll) Diversidad estratégica normativa; m) Exigencia de la mejor tecnología disponible; n) Participación pública; ñ) Primacía de la persuasión sobre la coacción; o) Realidad; p) Vecindad; q) Igualdad; r) Colectivo Público Universal; s) Subsunción de lo público y lo privado; t) Transpersonalización de las normas¹⁹.

En el Derecho iberoamericano se han receptado una serie de instituciones que plasman estos principios que hemos reseñado y Pigretti lo esquematiza del siguiente modo²⁰.

1. Evaluación de la razonabilidad del uso y consecuente grado de contaminación tolerable en la utilización de los recursos naturales.

2. La regulación, uso y preservación del patrimonio cultural (histórico-artístico).

3. Regímenes de reserva de recursos naturales.

4. Áreas críticas de contaminación.

5. Zonificación: normas de utilización del suelo (ordenamiento ambiental y territorial).

6. Regímenes de licencias, autorizaciones o permisos en el uso del ambiente.

7. Procedimiento de análisis del impacto ambiental, en sus distintas variables: a saber, obras públicas, localizaciones industriales, (parques industriales u otras áreas o proyectos fabriles individuales) y además asentamientos.

8. Regímenes relativos al Poder de Policía:

1) Policía del Ambiente industrial:

a) prevención de efectos contaminantes industriales;

b) seguridad de las instalaciones.

2) Policía del ambiente urbano:

Este Poder de Policía se manifiesta en general a través del ejercicio del llamado Derecho Municipal y comprende muy diversas formas generales, que en lo ambiental podrían reseñarse así:

a) prevención y represión de contaminación desde vehículos u otras fuentes móviles o fijas;

b) control de la contaminación sónica y demás efectos negativos de origen químico o físico, con base en procesos o elaboraciones;

c) políticas funerarias y de eliminación de restos;

d) sanidad y seguridad;

e) regulación de eliminación de los residuos y eliminación o utilización posterior;

f) regulación real del uso del suelo;

3) Policía del Ambiente rural:

a) unidad económica agraria. Consideración de la unidad ecológica;

¹⁹ Bibiloni, Homero M., *Los principios ambientales y la interpretación. Su aplicación política y jurídica*, Número especial Derecho Ambiental, primera parte, p. 17, JA, marzo 7 de 2001, N° 6236.

²⁰ Pigretti, Eduardo, *La responsabilidad por el daño ambiental*, ps36 y ss Ed Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales ,

- b) conservación del suelo. Lucha contra la desertización y erosión;
 - c) controlar de la producción agraria: sanidad animal y vegetal;
 - d) regímenes forestales y de parques nacionales.
 - e) protección de las especies vivas: aves migratorias, caza y pesca.
- 4) Policía del Ambiente marítimo, fluvial y lacustre:
- a) contaminación;
 - b) limitaciones al uso de los recursos hídricos en razón de su preservación.
9. Regímenes de promoción y estímulo a la lucha contra la contaminación.
10. Responsabilidad ecológica:
- a) penal: el delito ecológico, posibilidades de nuevas formas sancionatorias;
 - b) civil: responsabilidad objetiva, restricciones a los derechos;
 - c) administrativo: control sobre actividades, procedimientos y régimen punitivo.
11. La participación popular.
12. Evolución probable hacia el desarrollo del concepto de la vida (biosfera) a través de instituciones existentes o de nuevo diseño:
- a) protección de la integridad física y moral del individuo y de la sociedad;
 - b) derechos sobre la salud: trasplantes de órganos, regímenes medicinales, protección del enfermo, control de las especies medicinales;
 - c) alimentación: calidad, cantidad y estado sanitario;
 - d) régimen jurídico de la vivienda social;
 - e) derecho a la recreación: régimen de descanso y ocio, derecho del turismo;
 - f) derecho a la creación intelectual;
 - g) derechos culturales: al arte, a la tecnología, a la ciencia;
 - h) derecho a la información: regímenes de prensa, cine, radio y televisión.

En nuestro país, la Constitución Argentina desde 1994 y varias Constituciones provinciales como las de Córdoba, San Juan, Jujuy, La Rioja, Salta, San Luis, Río Negro, Buenos Aires, Ciudad Autónoma y Corrientes consagran disposiciones expresas referidas al medio ambiente²¹ y lo mismo ocurre con la legislación brasileña .

La Ley General del Ambiente que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión adecuada y sustentable del ambiente establece que la política ambiental debe cumplir los siguientes objetivos (art. 2 de la Ley 25675): asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de los recursos ambientales tanto naturales como culturales, promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras en forma prioritaria,

²¹ Rodríguez, Carlos A *Introducción al Derecho Ambiental* Ed Mave 2010

fomentar la participación social en la toma de decisión, promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales, mantener el equilibrio y la dinámica de los sistemas ecológicos, asegurar la conservación de la diversidad biológica, prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo, promover cambios en los valores y conductas sociales, organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso a la misma, establecer un sistema de coordinación interjurisdiccional, procedimientos y mecanismos para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición.

Es importante señalar que también consagra los principios que rigen la interpretación y aplicación de toda norma a través de la cual se ejecute la política ambiental: el de congruencia, prevención, precautorio, equidad intergeneracional, progresividad, responsabilidad, subsidiariedad, sustentabilidad, solidaridad y de cooperación, definiéndolos (art 4).

Principio de congruencia: la legislación provincial, 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, ésta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

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 ambiente se puedan producir.

Principio precautorio: la ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública.

Principio de equidad intergeneracional: los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.

Principio de progresividad: 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.

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.

Principio de subsidiariedad: El Estado Nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.

Principio de sustentabilidad: el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la preservación del patrimonio natural y cultural son condicionantes necesarios del desarrollo económico y social. La gestión sustentable del ambiente deberá garantizar la utilización de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras

Principio de solidaridad: la Nación y los Estados Provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

Principio de cooperación: los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrolladas en forma conjunta.

Estableciéndose también en el artículo siguiente que los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley.

Cabe señalar, a esta altura del desarrollo del tema, que el Derecho Ambiental nos presenta diferentes facetas:

1) La que se refiere a la protección del ambiente humano, reconociendo que las actividades de la sociedad actual originan daños riesgos que afectan a las personas mediante nuevos tipos de violaciones en sus derechos, tanto patrimoniales como de la personalidad ²².

La solución es estos problemas suele ser hacer extensivas las reglas de Código Civil o del Derecho Penal para la protección de este nuevo bien jurídico, o bien realizar reformas de los ordenamientos legales para receptor estas nuevas situaciones.

2) La que mira directamente al mundo de la naturaleza lo hace una manera total y omnicomprensiva; su mira se centra en los daños que las acciones humanas originan en ella ²³.

La naturaleza sería digna de protección, independientemente de todo interés personal, pues interesa su conservación no sólo a los actuales pobladores de la Tierra sino a las generaciones futuras.

En tal sentido, la Carta de la naturaleza aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas establece que debe ser respetada y sus procesos esenciales no deben ser seriamente perturbados, ya que no se debe poner en peligro la existencia continua de toda forma viviente.

Desde hace tiempo el Derecho Ambiental presenta áreas de problemas conflictivos debido a la contaminación del ambiente, la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el cambio climático²⁴.

²² Lambert-Faivre, Ivonne: *L'évolution de la responsabilité civile d'un credit de responsabilité á une créance d'indemnisation*, "Revue Trimestrielle de Droit Civile", Paris 1987.

Garrido Cordobera, Lidia M.R., Investigación Instituto A. L.. Gioja: *Daños con motivo de la contaminación ambiental*, Bs. As., 1987.

Garrido Cordobera, Lidia M.R., *El derecho de daños frente a la cuestión ambiental*, RGLJ 2006, 587-616

Lorenzetti, Ricardo I, (Dtor) *Derecho Ambiental y Daño*, Ed La Ley 2009

Pereiro de Grigaravicius, Ma Delia, *Daño Ambiental en el Medio Ambiente Urbano*, Ed La Ley 2001

²³ Pigretti, Eduardo, *Sujetos de Derecho: el ambiente y sociedad* JA 2006-II-333

Lorenzetti, Ricardo, *L Teoría de la decisión judicial*, pag 426 y ss, Ed Rubinzal- Culzoni 2006

Morello, Augusto M- Cafferatta, Nestor, *La sociedad y naturaleza como sujetos de derecho*, ED, 212-899.

Ruda Gonzalez, Albert, *El daño ecologico puro*, Ed Thomson 2008

Entre los problemas de contaminación del medio ambiente se señala el aumento de dióxido de carbono, que puede producir un calentamiento general y gradual de la superficie de la Tierra y originar modificaciones térmicas y pluviales; otra cuestión señalada es el empobrecimiento de la capa de ozono, que implica un aumento de los rayos ultravioletas; otro gran problema es el originado por las precipitaciones ácidas provocadas por emanaciones de óxidos de azufre y nitrógeno que originan la muerte de algunas especies y aumentan la corrosión.

Otras cuestiones urticantes son las eliminaciones de residuos peligrosos y la reducción de riesgos en la fabricación de productos químicos.

En cuanto al tema de los recursos naturales, los pilares serían la conservación de diversidad biológica, ya que su alteración pondría en peligro la seguridad alimentaria y la elaboración de medicamentos, y el no agotamiento de los recursos, evitar la degradación de los suelos y la conservación de las reservas de agua potable²⁵

Conviene que tengamos presente que los juristas argentinos han propugnado la creación de este Derecho Ambiental, aun antes de la reunión de Estocolmo.

Luego de 1972 se han venido realizando diversas jornadas y encuentros, que han ido en aumento el correr de los años, pero debemos reconocer, que aun falta mucho por hacer y que muy pocas ramas del Derecho y sus especialistas le han dado al tema la importancia que tiene y que plantea la protección ambiental y los daños como un nuevo desafío para la judicatura.

Volvemos a decir que al derecho ambiental lo integran normas de base interdisciplinaria, de derecho privado y de derecho público exhibe una interrelación estrecha entre la normativa pública —constitucional, penal, administrativa— y privada —civil, comercial, derecho del consumidor—, con primacía de los intereses colectivos, inscribiéndose en la órbita de los asuntos sensibles al interés social²⁶.

Cafferatta recordando a Morello señala claramente los grandes desafíos que plantea la compleja, angustiante y vital problemática ambiental: en cuanto atañe a la plenitud de la vida, la lucha frontal contra el riesgo o peligro de la incolumidad ambiental; el encontrar un nuevo punto de equilibrio que recomponga la unidad sustancial-procesal, todo ello bajo la letra y el espíritu de la Constitución Nacional, que a partir de la reforma, consagra con privilegiado ropaje tuitivo, estos derechos de tercera y cuarta generación. Puntualizando que ello requiere de una nueva cultura jurídica priorizando “respuestas vivas a los problemas de hoy”²⁷.

Nosotros aceptando la interpretación amplia del contenido del Derecho Ambiental que surge de la Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre

²⁴ Pigretti, Eduardo, *Ambiente y Sociedad*, Ed Lajoune 2007

Herrera, Amancay (Coordinadora) *Ambiente sustentable*, Ed Grafica, 2010

Cárdenas, Emilio, J: *La protección al medio ambiente: su dimensión internacional*, ps. 30 y ss. “Rev. Ambiente y Recursos Naturales”, vol. II n° 1 Ed, La Ley, Bs. As., 1985.

²⁵ Garrido Cordobera, Lidia M R, *El agua un bien colectivo*, en *Ambiente*, Ed Grafica, 2009

²⁶ Lorenzetti, Ricardo L., *La protección jurídica del ambiente*, La Ley, 1997-E-1463

²⁷ Cafferatta, Nestor, *Responsabilidad Civil por Daño Ambiental*, Cap 12, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Trigo Represas- López Mesa, 1ra ed Ed La Ley 2004

Morello, Augusto M., *El desafío en nuestros tiempos desde la perspectiva de la protección del medio ambiente*, en *Revista Jurisprudencia Provincial*, Rubinzal-Culzoni, 1995

el medio ambiente humano, incluimos en estas cuestiones todos los aspectos sociológicos y las implicancias referidas a los recursos naturales²⁸

Cafferatta señala con respecto a la función que cumplen los principios, que la misma sería: a) función informadora; b) función de interpretación; c) los principios como filtros; d) los principios como diques; e) los principios como cuña; f) los principios como despertar de la imaginación creadora; g) los principios como recreadores de normas obsoletas; h) capacidad organizativa/compaginadora de los principios; i) los principios como integradores²⁹.

Sosteniendo que la consecuencia práctica es o debe ser que el principio se erige en criterio preferente para la interpretación de las normas singulares del grupo o institución, por cuanto se supone que dota de sentido unitario y coherente al conjunto normativo, sosteniendo que el derecho ambiental debe tener preeminencia sobre los derechos de propiedad o de industria³⁰.

Solemos decir que los principios orientan al legislador para que las leyes que se dicten se ajusten a ellos, presentan además una función esencial en la interpretación, como criterio orientador del juez o del intérprete y constituyen el fundamento o razón del sistema.

Dworkin sostiene que cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que se quiere decir, el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta si viene al caso como criterio que lo determine a inclinarse en uno u otro sentido³¹.

Los principios generales sirven de filtro cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que quieran aplicarse, se habla de ellos como diques de contención, ante el avance disfuncional de disposiciones legales y también pueden actuar como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento, consolidación, y ensanchamiento de las fronteras de la especialidad.

Sostenemos la obligatoriedad en la observación de los principios los operadores del derecho (jueces, legisladores, abogados), recurren constantemente a ellos por su capacidad para guiar racionalmente su actividad³², creemos que no atacan sino fortalecen la seguridad jurídica de todo el ordenamiento, ya que su explicitación en los fundamentos de la sentencia sirve de constatación de las razones que han tenido los jueces para resolver un caso en un determinado sentido, nada mas lejos que la pura discrecionalidad y arbitrariedad.

3.Cuestiones que plantea el desarrollo

²⁸ Garrido Cordobera, Lidia M R – Kunz, Ana (Dtoras) *Cuestiones ambientales*, Ed La Ley 2009

²⁹ Cafferatta, Nestor, *Responsabilidad Civil por Daño Ambiental*, Cap 12 en Tratado de Responsabilidad Civil, Trigo Represas- López Mesa, 1ra ed. Ed La Ley 2004

Citando a Prado, Juan J- García Martínez, Roberto *Instituciones de Derecho Privado*, Ed Eudeba 1985

³⁰ idem citando a López Ramos Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica, del "Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental", Buenos Aires, 23 y 24 de septiembre 2003.

³¹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed Ariel Derecho 1984

³² Rabbi Baldi-Cabanillas, Renato, *El Derecho como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica*, en Las razones del derecho natural, Ed. Ábaco 2000.

La sociedad del siglo XXI se nos presenta compleja en cuanto a la articulación de la conservación de la calidad ambiental de las comunidades y del planeta y la necesidad de desarrollo tecnológico, urbano y de esparcimiento de la población, veremos que la tensión se agudiza en ciertos temas como el de la emisión del carbono, en la actividad industrial o en mantenimiento de los recursos naturales.

Los sistemas ecológicos son demasiados complejos como para analizarlos mediante simples series causales, pues se trata de sistemas cibernéticos formados por un complejo enredamiento de leyes elementales, ya que estas reglas y leyes funcionan basadas en acciones recíprocas que condicionan la amortiguación del sistema³³-

Los ecólogos suelen decir que la manipulación que origina el hombre provoca efectos imprevistos, y de allí su "alta peligrosidad", son trágicos ejemplos la eutropización del lago Constanza debido al aumento de fosfatos producidos por detergentes y los abonos minerales y las contaminaciones del lago Mjosa y del lago Nakuru.

Si bien el tema ambiental se presenta en la actualidad como uno de los más citados en el mundo y con mayor prensa, es el menos conocido en esencia, y sus consejos escasamente respetados por ello hay que tener en cuenta ciertas generales sobre el tema por que inciden en el encuadre jurídico, y es allí donde suele verse la mayor falencia.

Es bueno recordar que hace 3000 años los romanos contaban con importantes normas ecológicas, algunas de las cuales se hallaban plasmadas en el Digesto, como, por ejemplo, la que consagra la necesidad de explotar las canteras con la prudencia de un buen padre de familia, de renovar los semilleros luego de la extracción de frutos, la prohibición de cortar árboles robustos, del uso del suelo como buen varón³⁴ y con Andrea Di Porto también la existencia de instrumentos procesales en el derecho romano para el régimen de las "res publicae" como de las "res populi".

A la "ecología" se la suele conceptuar como "la disciplina que trata de las interacciones de los seres vivos entre sí y con su ambiente". La unidad de estudio es denominada "sistema ecológico o ecosistema", que puede ser definido como un conjunto de seres vivos interactuantes e independientes, que no tiene una dimensión única, ya que puede abarcar una caja de Petri con cultivos microbianos o una región. Esta definición que asentamos de ecología, en sí no soluciona el problema, y el contenido ha ido evolucionando hasta abarcar al ser humano y su complejo sistema de vida.

En una primera etapa se estudiaba especie por especie con su ambiente (autoecología); en una segunda fase se lo hace con el conjunto de especies que habitan e interactúan en un área dada (sinecología), y finalmente, con la percepción de los problemas planetarios (contaminación, modificaciones climáticas,

³³ Charles François : *Perspectiva sistémica de los modelos globales, ecológicos y ambientales*, en Seminario Ambiente, Sistemas y Derecho, 12 al 14 de septiembre de 1983, organizado por G.E.S.I. de la Sociedad Científica Argentina

³⁴ Rocca, Ival, y Crivelari, Carlos: *Responsabilidad civil por la contaminación ambiental*, nota 70, p. 60, Ed. Bías, 1983.

traslado a distancia de los impactos, etc.) el énfasis se dirigió a los problemas de la biosfera.

El reconocimiento del hombre como objeto de estudio no fue fácil ya que implica enfrentar los problemas sociales y económicos e incluir al "ser" y no a su proyección mecánica y biológica, al hombre mismo y no a su sombra.

Hemos estado refiriéndonos reiteradamente a la contaminación pero no precisamos el contenido que asignamos a este término, que, lejos de ser una cuestión semántica, es una esencial y como bien señala Magariños para definir el término con propiedad hay que comenzar por señalar los parámetros con que se rige el ecosistema terrestre³⁵.

En éste ecosistema se halla presente la interacción de los elementos sometidos a un proceso constante de análisis síntesis, en el curso del cual las combinaciones asumen a veces esa forma que llamamos "vida"; así, todo es "medio ambiente", pues los elementos que componen la biosfera constituyen una masa única de la que participan los tres reinos de la naturaleza.

En esta ley o principio cada elemento juega un papel definido, tiene determinada energía, y cada uno tiende a expandirse y a crear hasta que aparece otro que lo imita y constriñe, el comportamiento no es caprichoso o complementario aleatorio; si quisiéramos hallar la ley que lo rige diríamos que está sometido a la ley fundamental del equilibrio dinámico.

Las conclusiones a la que arriban los científicos son que "el equilibrio dinámico natural" se produce por combinación, compensación, complementación, integración y organización y de que toda vida produce elementos contrarios a su propia existencia al seleccionar elementos favorables para su subsistencia y rechazar los desfavorables segregándolos; lo que significa también que un "individuo" librado a sí mismo, al cabo de un tiempo, al agotar los elementos nutritivos de su entorno, se autoeliminaría; es aquí donde interviene el equilibrio compensatorio de las especies y la importancia de la biodiversidad o la no incorporación de especies exóticas al medio.

No todo puede ser denominado "contaminación", ya que forman parte del proceso vital, y en una primera aproximación, podríamos decir que contaminación sería toda introducción en el medio de elementos físicos o factores de cualquier clase que disminuyan o anulen la función biótica del mismo.

Se puede definirla como el acto o resultado de la interrupción, vertimiento o introducción artificial en un medio dado de cualquier elemento o factor que altere negativamente las propiedades bióticas del mismo, superando provisoriamente o definitivamente, total o parcialmente, la capacidad defensiva y generativa del sistema para dirigir y reciclar elementos extraños por no estar neutralizado por mecanismos compensatorios naturales.

Debemos considerar ahora el concepto de "desarrollo" desde el punto de vista ambiental o ecológico; este nuevo sentido se acuña, según recuerda Lynton

³⁵ Magariños de Melo, Mateo: *Conceptos y definición jurídicos de contaminación*, ps. 36 y ss., Rev. Ambiente y Recursos Naturales, vol. I n° 2, Ed. La Ley, Bs. As., 1984.

Cadwel, profesor de Indiana, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano, señalando acertadamente que la complejidad de un programa de desarrollo crece geométricamente a medida que se combinan los valores económicos y ecológicos, a la vez que se suman otros factores tales como los legales, religiosos, sociales, demográficos, etc³⁶.

Es por esto que se sostiene que el ecólogo debe ser conciente de la relevancia social que encierra su especialidad, participar como experto en los procesos de las decisiones políticas y tener una participación mas directa a través de dictámenes y asesoramientos públicos que conlleven la adopción de las medidas más adecuadas en cuanto al planteamiento de la prevención y al saneamiento de los daños ambientales

El "ecodesarrollo", término utilizado por algunos autores argentinos, es, pues, de fácil exposición, pero de difícil ejecución, actualmente se habla de desarrollo sustentable, sostenible o sustentabilidad³⁷.

Seguimos sosteniendo que el ambientalismo no es una involución sino que tiene metas definidas, y es falsa la aparente pugna "desarrollo *versus* ambientalismo", sobre todo pues se sustenta hoy el derecho al desarrollo sostenible en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado³⁸.

Cadwell afirma que la humanidad se enfrenta en el futuro con tres opciones: 1) la del continuado progreso tecnológico y fracaso en el logro del control proporcional del mismo; 2) la de la regresión tecnológica, al punto de que sus capacidades de control puedan manejar la capacidad tecnológica; 3) la del descubrimiento de formas de superar las barreras actuales hacia una toma de decisión racional y comportamiento controlado.

Actividades de desarrollo latinoamericanas que fracasaron en el cumplimiento de sus objetivos, o lo hicieron luego de correcciones o de irreparables pérdidas, son el lago de Valencia, en Venezuela (se produjo su achicamiento, salinización y alto nivel de contaminación); el valle Cañete en Perú (el uso de plaguicidas para controlar los insectos produjo la muerte de los parásitos naturales y rompió la cadena ecológica); y regiones de Brasil sometidas a deforestación (lo que transformó el suelo en una superficie dura y semidesértica) son tristes ejemplos de lo antedicho.

La Revolución Industrial operó un cambio vertiginoso, y el aumento desmesurado de la población y el desarrollo indiscriminado de las sociedades industrializadas han demostrado la incidencia desfavorable sobre el ambiente³⁹.

Al establecer los lazos que unen medio ambiente y desarrollo, señalaba ya Laquis que es necesaria "la búsqueda de un nuevo modo de desarrollo que se basa

³⁶ Cadwell, Lynton: *Integración de la política ambiental y el desarrollo económico*, ps. 23 y ss., Rev. Ambiente y Recursos Naturales vol. I, n° 3, Ed. La Ley, Bs. As., 1984

³⁷ Abatti, Enrique L., Dibar, Alberto, y Rocca (h), Ival: *Ecoderecho básico*, L.L. 1984-B-767s
Walsh Juan R, *Ambiente derecho y sustentabilidad*, Ed La Ley 2000

³⁸ Pero es imposible pretender que pueda el hombre desarrollarse plenamente si el ambiente se vuelve desfavorable a punto tal de comprometer la salud o supervivencia de la especie

³⁹ Prieur, Michel, *Droit de l'environnement*, Ed Dalloz 1996

en una sana utilización de los recursos desde el punto de vista medioambiental, para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la humanidad”⁴⁰.

Se habla de los derechos de la humanidad, y en tal sentido se plasmaron las XII Tablas de los Derechos de la Humanidad en la Declaración de Buenos Aires del 11 de noviembre de 1989, asimismo, las Declaraciones sobre Ambiente Humano (Estocolmo 1972, y Nairobi, 1981), la Carta Mundial de la Naturaleza o la Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados sientan en el ámbito internacional las bases de un derecho a un desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado, cuyo beneficiario es la humanidad⁴¹.

Nuestra querida colega, la Prof Gutiérrez Posse considera que este derecho a un desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado configura uno de los principios en cuanto intenta conciliar tanto la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales como el derecho de los hombres a un medio ambiente sano.

En este sentido es un derecho transfronterizo, transgeneracional, y se vincula necesariamente con las medidas de planificación de desarrollo de cada país y de su comunidad, pero también a nivel global como se manifiesta en las acciones conjuntas de los Estado y de las ONGs.

Acertadamente hace décadas se habla de cambio global, pues los problemas ambientales no conocen fronteras, y estamos en lo que en Ottawa se denominaba “un mundo interdependiente”, pues se requiere de la cooperación internacional, ya que es imposible prohibir que un Estado en vías de desarrollo explote sus riquezas.

Recordemos las ajustadas palabras de Laquis, de esta interdependencia y sus implicancias “puede conducir a la esperanza o a la desesperanza, según el punto de vista de cada uno, sobre la capacidad y voluntad de los gobiernos para llevar a cabo los ajustes necesarios en el seno de sus países y entre todos ellos”⁴².

Como un instrumento idóneo para lograr el desarrollo sustentable y para la toma de decisiones en materia de política ambiental preventiva, encontramos en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento luego de la sanción de la Ley General de Ambiente, los Estudios o Evaluación de los Impactos Ambientales.

Los E.I.A.—siglas por la que se conoce mundialmente— son estudios que tratan de evaluar las consecuencias o efectos ambientales de determinadas acciones, planes, programas o proyectos, y ven qué provocan ellas en la salud del hombre y en su entorno; se trata de observar generalmente *a priori* qué ocurriría “con o sin” esa acción⁴³.

⁴⁰ Laquis, Manuel A: *El desarrollo, la industrialización y el impuesto en la ecología. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Rev. Jurídica de Buenos Aires, 1988-II-III, ps. 9 y ss., Ed. Abeledo- Perrot

⁴¹ Gutiérrez Posse, Hortensia: *Los principios generales del derecho Internacional y el derecho al desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado*, ps. 83 y ss., Rev. Jurídica de Buenos Aires 1989-II-III, Ed. Abeledo Perrot

⁴² Laquis, Manuel A., *El desarrollo, la industrialización y el impuesto en la ecología. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Rev. Jurídica de Buenos Aires, 1988-II-III, ps. 9 y ss., Ed. Abeledo- Perrot

⁴³ Su fundamento jurídico en el derecho Argentino puede encontrarse en las leyes que establecen su obligatoriedad, como la 23.879 de 1990, en La Ley General del Ambiente 25675 arts 11 a 13, o bien, en normas constitucionales como las del art 41 de la Constitución Nacional o de una manera implícita dentro de las atribuciones del Poder Legislativo para promover el Bienestar General

Los E.I.A. se aplican en algunos países a todo proyecto y acompañan a las solicitudes de autorización referentes a todo establecimiento industrial generador de ruidos, vibraciones, etc⁴⁴.

Pese a lo dicho, el alcance de los E.I.A no suele tener la entidad suficiente como para imponer la decisión a tomar, sino, simplemente, tiene un fin de instruir a quien toma la decisión y hacerlo responsable de la consecuencia de su elección.

Las fases que reconocen los E.I.A. son: 1) identificación de causa-efecto; 2) cálculo de los efectos y magnitud de los impactos; 3) interpretación de dichas consecuencias, y 4) prevención de los efectos ambientales.

Cabe recalcar que actualmente se tienen en cuenta en estos estudios los factores socioeconómicos y culturales y no solamente los naturales, conforme al criterio amplio sentado en Estocolmo.

Conforme a la doctrina predominante, los gastos de este estudio deben ser absorbidos por el promotor del proyecto, y descontados a los efectos impositivos. Aunque se realizara tal tipo de estudio, es igualmente posible —aunque menos probable— que pueda ocasionarse un daño; en este supuesto queda expedita la vía judicial.

En la Argentina, temas como la construcción de autopistas, traslado de grupos habitantes, permisos de edificación, de instalación de industrias o los cánones basados en el principio contaminador– pagador como cuota de resarcimiento por contaminación, etc., siempre fueron decisiones del poder.

Es menester permitir la obtención de información para entrar en una libre discusión y contar con un sistema de gestión. Es cierto que la participación pública no asegura por sí misma un comportamiento ambiental responsable, pero sí creemos que se logra un sentido de la responsabilidad⁴⁵.

Debemos tener presente que en el tema del desarrollo sustentable el Estado, en sus tres niveles —Nacional, Provincial y Municipal—, ve comprometida muchas veces su gestión en virtud del poder de policía tal como lo veremos oportunamente.

4.La problemática de los riesgos

Suele conceptualizarse al Riesgo (Risk) como la Probabilidad de que ocurra un fenómeno natural o humano que afecte directa o indirectamente al Medio Ambiente, pero también se alude a el como a un factor objetivo de atribución que ha acompañado al desarrollo tecnológico, reconociendo varias doctrinas o teorías para sustentarlo, el riesgo provecho, el riesgo crado y el riesgo de empresa⁴⁶

Se alude con los riesgos ambientales tanto a las consecuencias de hechos de la naturaleza (terremotos, inundaciones, sequias) (RAN) como a las consecuencias del avance tecnológico, (productos, lluvia ácida, ozono, contaminación hídrica, ruidos, cambios climáticos, nanotecnología, OGM, etc.) (RAT)

⁴⁴ El Art 11 de la ley General del Ambiente establece que toda obra o actividad que en el territorio de la Nación sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes o afectar la calidad de vida de la población en forma definitiva, estará sujeta a un procedimiento de evaluación impacto ambiental previo a su ejecución.

⁴⁵ Conforme al art 16 de la LG del A

⁴⁶ Garrido Cordobera , L M R *Implicacncias de la responsabilidad por riesgo*, Academia Nacional de Derecho de Córdoba 2009

La Agencia Americana de Protección Ambiental alude al Riesgo Ambiental como la posibilidad de efectos dañosos a la salud humana o a los ecosistemas resultante de un estresor ambiental, vemos que son sus elementos la posibilidad de ocurrencia y la incertidumbre sobre la ocurrencia, ocasión y magnitud⁴⁷

Hay que tener en claro también la utilización de ciertas palabras y que el "riesgo" se expresa en términos cuantitativos de probabilidad, mientras que el "Peligro ambiental" alude a la capacidad potencial de una sustancia o de un sistema de ocasionar daños, mientras que la "Amenaza ambiental" lo hace respecto a un evento potencialmente desastroso que ocurre durante cierto periodo en un determinado sitio (Ej sismos, inundaciones)

Para comprender mejor los alcances de este peligro ambiental debe tenerse presente que la exposición a el, puede ser voluntaria o involuntaria, y que los efectos negativos del RAT (riesgo ambiental tecnologico) dependerá de la toxicidad, dosis, tiempo, frecuencia de exposición.

La resiliencia es la capacidad del sistema de adaptarse utilizando las variables de la anticipación, la capacidad de respuesta ante el problema y la recuperación, sin embargo hay que tener presente también el terminio de vulnerabilidad que alude a las situaciones en las que se encuentran los sujetos o el ecosistema en situación de peligro de daño.

Si bien es aceptada la imposibilidad de llegar al riesgo "0" también lo es que no podemos pagar cualquier costo ambiental por un aparente progreso y que deben cumplirse los principios ambientales.

La doctrina del riesgo surgió en el derecho francés en la última década del SXIX, inspirada en las ideas de Salieles y Josserand

Los esfuerzos por brindar una visión unitaria de la misma han fracasado, existen distintas variantes en su formulación no cristalizadas de modo absoluto⁴⁸.

a)- Riesgo creado tuvo su origen en un intento pragmático de dar solución al problema de los daños producidos por los accidentes de trabajo particularmente en el ámbito industrial, pasando luego al Derecho Civil, fue un intento de lograr una solución justa, segura y equitativa Fue esbozada por Sallielles y defendida por Josserand.

Señala Viney que buscaban provocar transformaciones constatando los inconvenientes y la inadaptación de la doctrina consagrada en la ley para la nueva realidad económica y social.

Se pone especial atención en quien crea un riesgo, lo domina o lo potencia de modo que quien es el dueño o guardián de cosas riesgosas o realiza actividades que por su naturaleza o sus circunstancias generan riesgos a terceros, debe como contrapartida responder por los daños que ellas originan.

⁴⁷ ISO 31000/09: combinación probabilidad de un suceso y de su consecuencia
OHSAS 18001 combinación de la probabilidad de ocurrencia o exposición peligrosa y la severidad de las lesiones o daños
IRAM 3800 combinación entre probabilidad de ocurrencia de un determinado evento peligroso y la magnitud de las consecuencias

⁴⁸ Pizarro ob cit t 1, pag 60

El juicio de imputación se formula con total abstracción de la idea de la culpabilidad

Se trata de actividades lícitas y en la mayoría de los casos socialmente valiosas pero que por distintos factores pueden convertirse en fuente generadora de daños, crean un riesgo potencial, comprobable con un juicio de previsibilidad objetiva⁴⁹

Ella escandalizó a los juristas clásicos que combatieron estas ideas desde los planos jurídicos, filosóficos y económicos, es interesante en la Argentina el debate del IV Congreso de Derecho Civil⁵⁰.

b) Riesgo beneficio

Una 1ra vertiente limita la responsabilidad objetiva por riesgo uniéndola a la noción de beneficio, propone buscar otros parámetros que permitan calificar al riesgo, ponderando por un lado los riesgos directos de los indirectos, su frecuencia estadística, que permita ubicarlo sobre estándares medios y sobre todo la obtención de beneficios. Es la responsabilidad como contrapartida del provecho.

Alvino Lima recuerda que todo aquel que aprovecha los beneficios que sus actividades le proporcionan debe inversamente soportar los males originados por las mismas.

La noción de provecho fue extendiéndose de manera gradual, hasta comprender cualquier tipo de utilidad o ventaja⁵¹.

En su 2da vertiente el beneficio es asimilable a la noción de riesgo de empresa, que importa racionalizar la producción.

Diez Picazo dice que este tipo de responsabilidad desarrolla una función económica que lo justifica frente a un sistema de prevención de social que garantice el aseguramiento de los daños.

Aparece circunscripta al ámbito empresarial con dos fundamentos que no siempre armonizan, las razones de equidad y la insistencia en diluir esos costos empresariales a través de indemnizaciones tarifadas o limitadas que permitan una nacionalización de recursos.

Asistimos al paso de de una concepción genérica a otra más estrecha, que determina en determinados medios del derecho, como en EEUU que se debe responder quien este en condiciones de asegurarse.

Pizarro señala que va unida de dos ideas base descartar de plano la incorporación de normas generales de responsabilidad objetiva por riesgo creado y emplazar la misma en un plano subsidiario y excepcional y creación de microsistemas de responsabilidad por riesgo.

Puede devenir en regresiva sobre todo cuando se limita el acceso a la justicia y a la reparación integral.

⁴⁹ Lorenzetti sostiene que esta es la nueva concepción normativa del riesgo, v *Derecho de Daños*, 2da p, 351

⁵⁰ Garrido Cordobera, L M R *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil*, Córdoba 2009

⁵¹ Pizarro va asemejándose a la Teoría amplia pero con insuficiencia en la fundamentación y con una evidente claudicación ideológica.

c) - Acto anormal.

Sostenida y luego abandonada por Ripert su fundamento resultaría puramente sociológico, y el arbitrio del juez fijaría en cada caso los límites de la anormalidad. No existen fórmulas preestablecidas sino principios generales de los cuales deducir la normalidad o anormalidad del acto en un momento dado.

Pizarro recuerda las críticas de que averiguar la normalidad o no es preguntarse si ha producido o no una imprudencia y tornar a la responsabilidad por riesgo en algo excepcional, apuntando además que justamente es normal que las cosas riesgosas causen daños.

d)- Riesgo de empresa como situación calificada de riesgo

Nada impide la existencia de norma o cláusula abierta que establezca la responsabilidad de modo amplio y genérico en determinados sectores del Derecho y al mismo tiempo consagrar microsistemas de responsabilidad objetiva en normas especiales de carácter agravado con sustento muchas veces en el riesgo de empresa⁵².

El riesgo de Empresa actúa como factor de atribución objetivo cualificado estableciendo por ej. eximente más limitados o un esquema de causalidad que no sea el de causalidad adecuada, reparar solo algún tipo de daño, ej. daños colectivos o ambientales puros como en la CE

Es un complemento de los esquemas ordinarios de responsabilidad objetiva en áreas específicas.

No podemos dejar de señalar también que la teoría del riesgo y la escuela del análisis económico del derecho pues se conecta con la distribución de costes y beneficios, la opción de que y como producir se realiza en base de criterios económicos

5. Los bienes e intereses jurídicos protegidos

Pese a la importancia del tema y de su trascendencia a nivel internacional, muy poca gente es capaz de percibir que un daño causado a esta clase de bienes es un daño a sus derechos e intereses, y que el problema ambiental es una cuestión global que no tienen fronteras.

Suele decirse que los bienes comunes, como el aire o el agua, son necesarios para la supervivencia de toda la humanidad, pero no son propiedad definida o exclusiva de nadie, a menos que se acepte que conforman el patrimonio común de la humanidad, y que sus titulares son las generaciones actuales y futuras.

Si bien se reconoce que estos bienes comunes son necesarios para la vida, una consecuencia de su aparente o limitada disponibilidad era la de su escasa regulación de protección y hecho de no asignarle un valor económico.

El ataque a la naturaleza se traduce en aire enrarecido, mares y cursos de agua contaminados, eliminación de luz solar, alteraciones climáticas, etc., de manera tal que las "cosas comunes" están sufriendo un proceso de agotamiento que necesariamente repercute en el hombre como se ve cotidianamente reflejado en los informes científicos y en las noticias.

⁵² Pizarro, Ob. Cit. t1, pag 69

Tal es el grado de importancia de la cuestión que los genetistas vienen investigando los procesos de mutación en los cromosomas y el aumento de las enfermedades y su gravedad desde hace décadas⁵³.

Recordemos una vez mas que existen ciertas cuestiones que están íntimamente ligadas para que un orden jurídico reconozca la existencia y el valor de los bienes colectivos o comunes: a) se debe aceptar la existencia de la tutela de los intereses difusos o colectivos; b) se debe reconocer un derecho a la salud, a la calidad de vida, garantizado constitucionalmente, y c) se debe admitir un derecho al ambiente.

En Argentina desde la modificación Constitucional de 1994 y la sanción posterior de la Ley general del Ambiente no puede haber duda alguna aun para los escépticos de la tutela jurídica de los bienes colectivos⁵⁴.

En Italia, Alpa manifiesta que la Corte distingue, los bienes denominados de disfrute colectivo de los de disfrute individual, correspondiendo los primeros a los llamados intereses colectivos, aunque aclara que pueden contener elementos de individualidad y no excluyen la existencias de intereses legítimos, pues la lesión del ambiente puede dañar también el patrimonio de la persona lesionando el derecho de propiedad⁵⁵.

El proceso de sobreuso, agotamiento y depredación a que está sometida la Tierra ha merecido por parte de Garret Hardin la denominación poética de "tragedia de los comunes", y al abordar el tema manifiesta que en Economía negar valores a los bienes comunes es una falacia.

Antoni Casahuga al analizar el tema de los "bienes colectivos", hace lo propio con los "males colectivos", y da el ejemplo de la contaminación⁵⁶.

Un caso típico de este mal es la lluvia ácida, producto de la contaminación de la atmósfera a través de la liberación de fluidos gaseosos por procesos energéticos industriales (predominantemente, compuestos de sulfuro y nitrógeno); esta precipitación ácida afecta las aguas y produce un proceso de desertización de los bosques.

Conviene que tengamos presente el término "externalidad", que sería el coste que no es tomado en cuenta por el sujeto que efectúa decisiones económicas desde que él no se hace cargo de ellos, puesto que lo transfiere a otras personas o la sociedad como un todo; este coste puede afectar bienes comunes o bienes privados.

⁵³ Sachsse, Hans: *Herencia y medio ambiente a la luz de la investigación actual*, Universitas, "Rev. Alemana de Letras, Ciencias y Arte", ed. Trimestral en lengua española, n°1, 1978

⁵⁴ Garrido Cordobera, Lidia MR *la inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad*, Universitas 118, 2009

Garrido Cordobera, Lidia MR *De la utopía de la inclusión de los elementos colectivos a las nuevas realidades en el derecho de daños*, Academia de Derecho de Córdoba, 2010

Ver para una visión anterior nuestra tesis, *Los daños colectivos y la reparación* Ed Universidad 1992

⁵⁵ Alpa, Guido: *compendio del nuovo diritto privato*, ps. 30 y ss., Ed. Utet, 1985

⁵⁶ Casahuga, Antoni: *Fundamentos normativos de la Acción y organización social*, Ed. Ariel – Economía, 1985
Sanz Rubiales, Inigo, (Dtor) *El Mercado de Derechos a Contaminar*, Ed Lex Nova 2007

La transferencia de costes al medio ambiente y a la sociedad presenta para el que lo hace un ahorro de gastos y para la colectividad un daño que tendrá las características de ser un daño jurídico.

Desde el punto de vista jurídico, la actitud del contaminador es un indebido aprovechamiento de las calidades esenciales de un bien colectivo⁵⁷.

Es por esto, como veremos a *posteriori*, que el Estado, como expresión jurídica de la comunidad organizada, debe regular las actividades de sus miembros para prevenir y paliar los daños ambientales, siendo una herramienta legal muy útil el adecuado ejercicio de poder de policía

Hemos dicho y sostenido reiteradamente que el derecho a la vida implica resguardar al o los sujetos de una serie de vicisitudes y garantizarles al o a los sujetos de una serie de vicisitudes y garantizarles el derecho a la paz, al desarrollo y al medio ambiente sano, y el respeto al patrimonio común de la sociedad⁵⁸.

En tal sentido, se considera al derecho de los individuos a un medio ambiente sano y equilibrado como un derecho humano fundamental, presupuesto y sostén de los otros derechos⁵⁹.

Pese a que han pasado ya varias décadas desde nuestra tesis, lamentablemente debemos todavía decir que hoy la comunidad enfrenta la pugna del reconocimiento efectivo, no el virtual del derecho de defensa de los intereses colectivos, como el aire y el agua sanos, la calidad de vida adecuada, de todos los que conformamos el anónimo y desposeído ser de la masa social, que tenemos derechos a la protección de nuestros intereses y a ser oídos en justicia.

Se ha sostenido que la defensa del medio ambiente es el típico ejemplo de interés difuso o colectivo, pues se caracteriza por pertenecer a una pluralidad de individuos de una manera "desparramada", lo que no implica, como dijimos, que no puedan coexistir con interés individual.

Estos intereses de conjunto son denominados indistintamente como "difusos", "supraindividuales" o "colectivos", y también se alude a ellos como "derechos públicos subjetivos" y se los llamaba "derechos debilitados"; son, éstos, términos que están en constante evolución y diferenciación, pero que suelen usarse comúnmente de una manera indistinta.

Lo cierto es que tanto el Derecho Público como el Derecho Privado se ocupan del tema, captando que por encima del individuo existen los grupos y la comunidad, cuyos intereses también son dignos de protección⁶⁰.

⁵⁷ Garrido Cordobera, Lidia M R *La preservación al medio ambiente en la Constitución*

⁵⁸ Garrido Cordobera, Lidia M R *La preservación al medio ambiente en la Constitución Nacional: la protección y el daño ambiental* en Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994, Ed Depalma 1995

Garrido Cordobera, Lidia M R y Cordobera de Garrido Rosa *Protección al medio ambiente y calidad de vida*, en Homenaje a los 150 años de la Constitución Nacional, Academia Nacional de Córdoba, 2003

⁵⁹ Garrido Cordobera, Lidia M R y Cordobera de Garrido Rosa *Protección al medio ambiente y calidad de vida*, en Homenaje a los 150 años de la Constitución Nacional, Academia Nacional de Córdoba, 2003

Lorenzetti, Ricardo L., *Las normas fundamentales de derecho privado*, p. 483, Rubinzal-Culzoni, 1995

Esta pugna de los derechos sociales de todos aquellos que conformamos el anónimo y desposeído ser de la masa social se corona al reconocerles la posibilidad de acceso a la justicia, pero para ello han recorrido una larga e histórica lucha⁶¹.

Esto implicó una transformación en las estructuras de los sistemas jurídicos, el arribo de la dimensión social del Derecho y, por consiguiente, la reestructuración del Derecho de Daños, irrumpe una nueva categoría de daños y de damnificados.

El equilibrio dinámico exige dar respuesta a los planteos de la sociedad, activar o movilizar el bienestar general y los postulados genéticos de la Constitución Nacional; esa libertad de los individuos y de la sociedad se contrapone con el poder otorgado a los órganos del Estado y plantea el arduo tema de la discrecionalidad administrativa.

Se tiende a valorar las necesidades de lo colectivo, es darle a lo "público" el carácter de práctico que no siempre se le ha reconocido, y es así que vamos a encontrar "los derechos de la tercera generación" que comprenden el derecho al desarrollo, a la paz, a un medio ambiente sano y equilibrado, en síntesis, a la calidad de vida dentro de los derechos humanos, esto cuenta hoy con gran predicamento doctrinario nacional e internacional⁶².

Este tema presenta diferentes cuestiones, desde las conceptuales o terminológicas, de contenidos, hasta la instrumental o procesal.

Hoy estos intereses colectivos o supraindividuales han sido finalmente receptados en las legislaciones y se cuenta con leyes que permiten la procedencia de acciones basadas en la protección de los intereses difusos, además de establecerlo en sus Constituciones.

La Constitución Nacional Argentina reformada establece su tutela mediante los artículos 41 referido a la cuestión ambiental, el art 42 referido a los

⁶⁰ Quiroga Lavié Humberto: *Los derechos publico subjetivos y la participación social*, Ed Depalma 1985

Cassagne, Juan: *Derecho Administrativo*, t. 2, p. 133, y en *Cuestiones de derecho administrativo*, p. 257, Depalma, 1987

Laquis, Manuel: *El desarrollo, la industrialización y su impacto en la ecología. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Rev. Jurídica de Buenos Aires, t. II-III, 1986

Morello: *La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal*, J.A,1978-III; 321

Marienhoff, Miguel: *Delfines o toninas o acción popular*, "E.D.", t. 105. 244;

Grecco, Carlos M., *Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos y su protección judicial*, L.L. 1984 B, 868;

Morello y Stiglitz; *Tutela procesal en los derechos personalísimos e intereses colectivos*, cap. XI, Ed. Platense, 1986;
Cano Guillermo: *Derecho, política y administración ambientales*, ps. 102 y ss., Ed. Depalma, 1978,

⁶¹ Quiroga Lavié: *Los derechos publico subjetivos y la participación social*, Ed Depalma 1985

ps. 2 y ss. Reseña la evolución desde el Derecho Romano, las ideas de Ihering, haciendo hincapié en las escuelas alemana, francesa, italiana y española, sintetizando las opiniones de autores como Jellinek, Hauriou, Zanobini, García de Entrerría, entre otros.

⁶² La inserción dentro de los derechos humanos cuenta hoy con gran prédica a nivel internacional y se los ha denominado de tercera generación o hasta de cuarta generación y se fundan en la solidaridad, mientras que los de primera y segunda generación lo hacen en las ideas de atributo y facultad de exigir.

consumidores y el 43 hace lo propio estableciendo el amparo para la protección de los derechos de incidencia colectiva⁶³.

Esto se debe en gran medida a “las fuerzas impulsoras”, en la terminología de Curt Lewin, ya que en la sociedad se reconoce la existencia de fuerzas organizacionales que tienden a provocar cambios en el sistema y en tal sentido los intereses difusos surgen como consecuencia de profundos cambios de índole social que parecen rebasar las estructuras tradicionales del derecho individualista clásico.

En cuanto a la cuestión terminológica, es necesario una vez más aludir a las nociones de interés, interés legítimo, intereses de hecho y finalmente a los supraindividuales o derechos públicos subjetivos, pese a que nuestro objeto no es más que un planteamiento de las cuestiones para configurar los contornos actuales de la responsabilidad por daño ambiental.

El interés se nos presenta como una facultad de actuación en la esfera propia de la persona, para la satisfacción o goce de sus necesidades, tendiendo a la consecución de bienes jurídicos, pero no todos los intereses particulares están protegidos por los ordenamientos jurídicos. Estaremos ante un interés legítimo cuando la ley confiere a su titular la posibilidad de actuar para exigir su

⁶³ Art 41 CN “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 radioactivos. “

Art 42 “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención u solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios de las provincias interesadas en los organismos de control”.

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

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

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer información y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas hábeas podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera a su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

satisfacción, y ante un derecho subjetivo cuando el interés aparece otorgado por ley en beneficio directo y exclusivo de su titular.

Fuera de estas categorías, la doctrina siempre ha reconocido la existencia de otros intereses a veces privados de protección porque el Derecho no asume una posición tuitiva respecto de ellos; son los intereses de hecho, pero no todos son extraños al ordenamiento jurídico ya que éste los protege en forma global y aquéllos configurarían los intereses simples.

Los intereses difusos o colectivos serían entonces los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos en cuanto integrantes de grupos, comunidades ligadas en virtud de goce por parte de cada una de ellas de una misma prerrogativa, de forma tal que la satisfacción de la porción de intereses se extiende a todos, del mismo modo que la lesión afecta simultáneamente y globalmente a la comunidad.

Preferimos hablar de interés colectivo o de incidencia colectiva ya que el derecho afectado es social, y aunque existan intereses individuales también comprometidos, esto no hace variar la naturaleza de la lesión.

En la Argentina, la temática de estos derechos ha sido abordada indistintamente desde la óptica del Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal y Derecho Civil existiendo intento de acciones de conjunto puesto que la tendencia a proteger a los intereses difusos o colectivos no admite diferencia entre el Derecho Público y el Privado, ya que el derecho al aire y al agua puros, por ejemplo, desafía toda clasificación⁶⁴.

Al Derecho de Daños le corresponderá la reparación o resarcimiento, pero también la tutela preventiva, como veremos; en este sentido se han manifestado varios encuentros jurídicos.

Estos derechos colectivos, como derechos de la sociedad en nuestro sistema, encuentran apoyo en el Preámbulo (“...promover el bienestar general...”), en el art. 33, en cuya fundamentación, Mitre, en la Convención Constituyente de 1860, manifiesta que el Derecho moderno no sólo legisla para el individuo, sino para el pueblo como entidad colectiva, y tiende al cumplimiento del desarrollo del proyecto social consagrado en las leyes para lograr esa dignidad de la calidad de vida y en las normas incorporadas por la Reforma Constitucional.

Es por todo esto que hemos sostenido siempre la existencia de estos derechos como estables y ciertos, y les reconocemos la necesidad de ser amparados efectivamente por los mecanismos judiciales.

⁶⁴ El Proyecto Morello-Stiglitz sobre intereses difusos, que preveía una extensión de los efectos del amparo al conjunto de los miembros de las agrupaciones legitimadas para obrar, guiados por un criterio pragmático, estableciéndose la acción de protección y también un tipo abierto de manifestaciones dañosas, su reparación y un fondo de garantía. El proyecto establecía la protección de los intereses difusos a fin de salvaguardar la calidad de vida social, por hechos u omisiones, que los lesionen, priven, perturben o amenacen; abarca la acción de protección para la prevención y la reparación; son sujetos pasivos las personas privadas, el Estado y demás personas jurídicas públicas; la creación de la procuraduría de los intereses colectivos; la creación de un Fondo de Garantía, la publicidad de la demanda, cosa juzgada respecto a todos los miembros del grupo, facultad del juez de establecer la reserva de revisión de la condena indemnizatoria por un lapso de 2 años en determinadas circunstancias y la posibilidad de establecer sanciones.

La tutela jurisdiccional de los derechos que nos ocupan ha experimentado en el Derecho Comparado diversos sistemas, entre los que podemos mencionar: el Ombudsman, la actuación del Ministerio Público, las acciones populares (Estados Unidos, Canadá, Australia), las acciones de clase, las acciones grupales derivadas, las acciones públicas delegadas.

Desde 1983 en Argentina se contó con un *leading-case*, que por vía interpretativa sentó la aplicación jurídica de la defensa de los intereses colectivos y reconoció la posibilidad de un particular de accionar invocando los derechos de la comunidad⁶⁵.

En el respectivo comentario de Cano al fallo se apunta que en ambas decisiones se asentaron los siguientes extremos jurídicos:

- a) Todo habitante de la Nación tiene derecho para accionar en justicia impetrando medidas del tipo de las instauradas.
- b) El otorgamiento de un permiso de captura de peces, cuyo número se desconoce, requiere como condición de validez un previo estudio e impacto ambiental del resultado que originaría en el ecosistema marítimo argentino.
- c) La carga de que no producirá perjuicio ambiental corresponde al autorizante.
- d) El juez, en virtud del principio *iura curia novit*, puede declarar la nulidad de un acto administrativo aunque no haya sido solicitada⁶⁶.

Recordemos que éste mismo fallo recibió la dura crítica de Marienhoff, por admitir, a su criterio, una acción popular no creada por la ley si no en virtud de interpretación, careciendo los jueces de la facultad de legislar⁶⁷.

Nunca compartimos esta posición crítica, y siempre, nos permitimos seguir los pasos trazados por Ihering en *La Lucha por el Derecho* y decir con el juez que "si de las legislaciones modernas, por seguir una corriente axiomática, se desprende que los Estados modernos han abandonado la lucha por el Derecho, corresponde que a hora ante su presente y futuro amenazado, el hombre modifique una vez más las reglas de juego y se asegure el porvenir, su supervivencia"⁶⁸ y sostuvimos que quizás, de este modo se cumpla con la armonización de los intereses, tan deseada por Roscoe Pound, y ordenemos mejor la vida en comunidad adaptando el Derecho a una realidad que día tras día lo acorrala e intenta superarlo.

⁶⁵ Kattan c/Gob. Nac. s/amparo", "L.L", 1983-D-567

Con posterioridad podemos citar como *leading case* el fallo de CS Mendoza

Gil Domínguez, Andrés, *El caso Mendoza: hacia la construcción de una teoría de los derechos de incidencia colectiva*, LL 2006-E-40

⁶⁶ Cano, Guillermo. *Un hito en la historia del Derecho ambiental argentino, nota a fallo*, L.L., 1983-D-567.

Mairal, Héctor: *Sobre legitimación y ecología*, L.L 1984-B-779

⁶⁷ Marienhoff, Miguel: *Delfines o toninas y acción popular*, E.D., del 23 de agosto 1983.

⁶⁸ Kattan c/Gob. Nac. s/amparo", L.L, 1983-D-567. (considerando VIII

La reforma de la Constitución Nacional además de incorporar la tutela ambiental en el artículo 41, regulo en art 43 en su segunda parte la posibilidad de interponer el amparo en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente o derechos de incidencia colectiva, estableciendo como sujetos legitimados el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que persigan tal fin registradas conforme a la ley⁶⁹.

Por su parte el art 30 de La Ley General del Ambiente otorga la legitimación por daño ambiental colectivo al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental y al Estado Nacional, Provincial o Municipal.

Pese a lo dicho hoy, la comunidad enfrenta la pugna del efectivo reconocimiento del derecho de defensa de los intereses colectivos, como la conservación del agua dulce, el uso racional de los recursos, la no contaminación de los mares o el aire; mantener la biodiversidad o sea el defender la calidad de vida adecuada, de todos los que conformamos y conformaremos el anónimo ser de la masa social.

6. La gobernanza de los bienes colectivos y el Estado como su custodio (el rol del Estado)

El termino gobernanza ha sido difundido en los últimos años aplicándose a los recursos naturales y especialmente al agua para hacer referencia al ejercicio de la autoridad económica, política y administrativa incluyéndose los mecanismos, procesos e instituciones mediante los cuales los ciudadanos expresan sus intereses, ejercen sus derechos, satisfacen sus obligaciones y se resuelven las diferencias⁷⁰

Con dicha palabra se alude al medio a través de la cual la sociedad define sus metas y prioridades y avanza en la cooperación local, regional, nacional o global, aludiendo necesariamente a los instrumentos jurídicos y al derecho como también a la existencia de marcos políticos en los que se desarrollan las estrategias y los planes de acción

Es sumamente importante que reiteremos que al Estado le compete la función de garantizar a sus habitantes la conservación, el saneamiento y el mejoramiento de las cualidades ambientales, y que a nivel internacional se sostiene la obligación de los Estados de no perjudicar el medio y de controlar las actividades que se desarrollan en su jurisdicción⁷¹.

En el Derecho Argentino los principales fundamentos normativos, con respecto a la relación Estado y protección ambiental, los encontramos en el

⁶⁹ Lorenzetti, Ricardo L, *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, LL 1996-D-1058
Lorenzetti, Ricardo L *La protección Jurídica del ambiente*, 1997-E-1463

⁷⁰ Iza, Alejandro O, *El contexto global*, en *Gobernanza en América del Sur*. pag 1, UICN Serie de Política y Derecho Ambiental, n 53 , 2006

⁷¹ Debemos tener presente una vez más que la declaración de Estocolmo de 1972 sobre Ambiente Humano dispone que los Estados tienen la responsabilidad de asegurar que las actividades que se realicen dentro de su jurisdicción o control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o a territorios fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

Preámbulo de la Constitución Argentina en su parte pertinente, cuando menciona “promover el bienestar general”, en el 41, y en las atribuciones otorgadas al Congreso Nacional y las normas constitucionales provinciales. Recuerdese que el sistema Argentino es un sistema Federal⁷².

Debe ejercerse un manejo racional del tema, que exige de los organismos gubernamentales responsables de la reglamentación y del control que cuiden que el desarrollo se ajuste a la política adoptada y tal política no lesione el entorno, los recursos naturales y calidad de vida de la comunidad.

El poder de la policía conlleva un poder de reglamentación de los derechos individuales fundamentando en el carácter relativo de las prerrogativas individuales, y que nuestro sistema jurídico se enrola en un criterio amplio que abarca la defensa y la promoción de los intereses económicos y de la colectividad en general.

El “poder de policía” se ejerce por el Estado cuando lo estima conveniente, en opinión de Reiriz, para satisfacer exigencias del bien público o en interés general⁷³.

La Nación ha conservado la facultad del dictado de Leyes de contenidos o presupuestos mínimos en materia ambiental y lo ha hecho en cuanto a Ley General del Ambiente, Gestión integral de Residuos industriales, PCBs, Preservación de las Aguas, Información Pública Ambiental, Residuos domiciliarios, Protección de Glaciares.

Como leyes nacionales podemos citar la ley 24294 que aprueba la Convención de Naciones Unidas sobre Cambio climático, la ley 24.375 que hace lo propio con la Convención de Naciones Unidas sobre la diversidad biológica (Rio 1992) además de las anteriores referidas a la protección de la fauna, flora y parques nacionales.

Con todo este desarrollo de la temática Estado-Poder de Policía-Ambiente, se habla en la Argentina, aunque de una manera incipiente, de la existencia de una rama denominada Administración ambiental.

Al respecto, dice Cano que Peter Sand ha agrupado las actividades de la administración en tres grandes categorías: a) la de estrategias, b) la de

⁷² En nuestro Derecho los principales fundamentos normativos, con respecto a la relación Estado y protección ambiental, los encontramos antes de la reforma de 1994 en el Preámbulo de la Constitución Argentina en su parte pertinente, cuando menciona “promover el bienestar general”, en los art. 33 y 67, donde se le atribuye al Congreso Nacional la facultad e proveer lo conducente para la prosperidad del país —tal como sostuvimos en 1983 en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata—, y explícitamente en las Constituciones provinciales reformadas antes de la reforma de la constitución Nacional .Posteriormente el art 41, 43 y el art 75 en sus incisos 12, 13 y 18 brindan el marco normativo a la tutela del ambiente y al rol que debe desempeñar el Estado.

La Constitución de Río Negro alude en el Preámbulo a la preservación de los recursos naturales y del medio ambiente, establece la Sección Séptima de Política Ecológica que consagra expresamente el derecho de los habitantes a un medio ambiente sano, su obligación de preservarlo, las obligaciones del Estado y la creación de un organismo con poder de policía dependiente del Poder Ejecutivo , y además se reconoce el derecho de cualquier ciudadano de invocar los intereses ecológicos . Pero es importante tener presentes los poderes concurrentes de las provincias y las facultades de los municipios para instrumentar políticas de protección ambiental, que también persiguen el mismo interés general que defiende la Nación

⁷³ Reiriz, M. Graciela: *Responsabilidad del Estado por las cuestiones urbanísticas*, p. 28, en *Poder de la Policía y Policía Municipal*, Ed. Centro de Documentación Municipal, 1980

inteligencia, c) la de operaciones, y a las que él agrega la jurisdicción, asignándoles a cada una un contenido muy interesante y esclarecedor⁷⁴.

Pero debemos recalcar que todas estas actividades comprometidas deben plasmarse en hechos para hacer realidad el fin que se persigue: la protección ambiental.

Es real que se plantean ciertos problemas en cuanto a la escasez de personal técnico, ya que se carece de especialistas en algunos sectores y son pocos los que tienen un mantenimiento interdisciplinario; además debe incentivarse el tema de las investigaciones pues presenta un rango de prioridad el saber cómo y cuándo puede manejarse un elemento sin consecuencias irreparables.

Justamente en esta área es donde cobra plena vigencia todo lo que hemos sostenido con respecto a los sistemas E.I.A pues al establecerse su obligatoriedad mediante una ley de Congreso es una herramienta de control estatal en materia ambiental.

En la reforma de la Constitución de la Nación Argentina se estableció la figura del Defensor del Pueblo (art 86 CN) como órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación que debe actuar con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad dura en su cargo 5 años (pudiendo ser designado nuevamente por una sola vez), su misión es la defensa y protección de los derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes frente a actos u omisiones de la Administración y en tal sentido el art 43 lo faculta a interponer el amparo colectivo en defensa del ambiente.

Avanzando en la problemática, en razón de que hemos aceptado que el Estado le compete y corresponde la tutela del ambiente, hay que resolver si también el Estado es responsable por un daño ambiental que se produzca y si la existencia de una autorización administrativa que permita esa actividad contaminante implica alguna diferencia⁷⁵.

El encuadre genérico de la responsabilidad del Estado ha ido sufriendo una evolución, como ya lo hemos puntualizado en varios trabajos⁷⁶, pero podríamos recordar una vez más para tener en claro lo que dice Cavalcanti cuando nos habla de un poder superior destinado a regir los intereses comunes, y que conlleva la obligación de guardar y hacer guardar a los miembros de la comunidad ciertos principios. El Estado debe sacrificar intereses individuales cuando el bien general así lo exige; el bien colectivo es el bien de los individuos que componen la comunidad.

Aplicando los criterios en torno a la función y al poder de policía, podemos decir que quien contrae la obligación de prestar el servicio, en este supuesto, el control del ambiente, lo debe cumplir en forma adecuada para la

⁷⁴ Cano, Guillermo, *Derecho, Política y Administración ambientales*, Ed Depalma 1978

⁷⁵ Hutchinson, Tomas, *Responsabilidad Publica Ambiental*, en Daño Ambiental Mosset Iturraspe- Hutchinson-Donna, Ed Rubinzal Culzoni, 1999

⁷⁶ Garrido Cordobera, Lidia MR *El rol del Estado en el derecho de daños*, Rev Jurídica de UCES 2005

Garrido Cordobera, Lidia MR *El Estado y sus funciones en el derecho de daños*, en Liber Amicorium, T II, pag 115 y ss Ed Advocatus, 2010

concreción de esos fines. En tal sentido se establecen las normas que habilitan la potestad de restringir la libertad de los individuos con el fin de conservar la armonía del todo, tendiendo a proteger la vida y la salud de la población actual y de las generaciones futuras y al ambiente y los recursos naturales.

En tal función se dictan las normas⁷⁷ que establecen los requisitos para la instalación de industrias, de comercialización de productos, de construcción, de efluentes cloacales, etcétera⁷⁸.

Cada Estado tiene entonces el deber de controlar razonablemente las actividades que se desarrollan en su territorio; esto genera responsabilidad y la obligación de indemnizar todos los daños. Casos típicos de tal responsabilidad del Estado son el "Trail Smelter", en el que residuos tóxicos cruzaban la frontera de la Columbia Británica y causaban daños en el Estado de Washington; "el canal de Corfú", que involucró a Albania y a Gran Bretaña por la falta de advertencia de la presencia de minas en el canal, y el problema entre México y EE.UU. por la elevada salinidad de las aguas del río Colorado, entre otros.

La aplicación de la responsabilidad de los Estados a nivel internacional por protección al ambiente es objetiva, y tal situación no produce reacciones en contra, pero no ocurre de igual manera con los derechos nacionales en la relación Estado-comunidad o Estado-individuo⁷⁹.

Existen legislaciones que establecen la obligatoriedad del Estado de reparar los daños que se ocasionen a la comunidad, pero si bien en la Argentina carecemos de una norma genérica expresa en tal sentido y sostenemos que debe inferirse del art 41 CN y del 1112 del Código Civil.

Es conveniente recordar que siempre hemos sostenido que el factor de atribución de responsabilidad del Estado es de carácter objetivo, fundamentándola en la garantía, la mal denominada "falta de servicio" o el riesgo. Lo cual no impide de modo alguno la concurrencia de una "falta personal del agente"⁸⁰.

Habrán situaciones en las que tendremos una actividad no permitida por el Estado y encontraremos el o los agentes dañosos perfectamente identificados, configurando la responsabilidad individual o colectiva⁸¹, lo que, sin duda, da por

⁷⁷ Scotti, Edgardo, *Planteamiento y regulación de la ocupación del territorio y del uso del suelo*, en Ambiente sustentable II, Amancay Herrera, Ed Orientación 2010
Reca, Ricardo P, *Derecho Urbanístico – El ordenamiento territorial*, vol II, Ed La Ley 2002

⁷⁸ Pereiro de Grigaravicius, Ma Delia, *Restricciones y límites al dominio en función del medio ambiente urbano y rural*, en Ambiente sustentable II, Amancay Herrera, Ed Orientación 2010

⁷⁹ Garrido Cordobera, Lidia M R *Los daños colectivos-prospectiva general*, Ed Javeriana 2009.

Di Paola Ma Eugenia- Walsh, Juan R, *El daño ambiental y la sustentabilidad*, en Ambiente, Derecho y sustentabilidad, Ed La Ley 2000.

Hutchinson, Tomas, *Responsabilidad Pública Ambiental*, en Daño Ambiental Mosset Iturraspe- Hutchinson-Donna Ed Rubinzal Culzoni, 1999

⁸⁰ Garrido Cordobera, Lidia MR *El Estado y sus funciones en el derecho de daños*, en Liber Amicorum, T II, pag 115 y ss Ed Advocatus, 2010

El fundamento de la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares nace en la garantía de inviolabilidad de los derechos y se fundamenta en el "estado de derecho".

⁸¹ Garrido Cordobera, Lidia MR *Responsabilidad de los grupos riesgosos*, en Creación de riesgos II, Ed Rubinzal Culzoni 2007 pág. 137 a 165

resultado la obligación de reparar el daño, pese a lo cual continúa la posibilidad de la responsabilidad del Estado en virtud del defectuoso cumplimiento de su Poder de Policía⁸².

En otros supuestos mediará una autorización administrativa, pero esto no eximirá al agente dañoso de su obligación de responder, recordemos lo dispuesto por la nota del art 2619 del CC y subsistirá la obligación estatal por una autorización mal otorgada que daña al ambiente.

Tendremos casos como, por ejemplo, autor anónimo del hecho contaminante y en los que hay que dar una solución, ante los que se pueden tomar dos posturas: la total exoneración o el atribuir la responsabilidad a algún sujeto vinculado al hecho dañoso, lo que implica no permitir la fuga ante las responsabilidades. Creemos que en tal supuesto subsistirá la responsabilidad del Estado⁸³.

En cuanto al sistema colectivo de reparación, siempre sostuvimos que debería implantarse un Fondo, manejado por el Estado, para indemnizar o emprender las obras de saneamiento⁸⁴.

La existencia de un Fondo no implica desconocer los lineamientos en cuanto a la responsabilidad, sino que coadyuva al mismo fin y permite que el daño ambiental pueda ser saneado con recursos provenientes de los daños colectivos y redundan en beneficio de la comunidad⁸⁵.

⁸² Garrido Cordobera, Lidia MR *Cuestiones que plantea la omisión del Estado dentro del Derecho de Daños*, en Responsabilidad, Ed Rubinzal Culzoni 2010.

Posada, Adolfo: *Tratado de Derecho Político*, t. 1, ps. 302 y ss., Ed. Góngora, Madrid, 1955.

Este autor manifiesta: “El problema del fin en los Estados contemporáneos, es, en esencia, un complejo problema de derecho... ¿Puede el Estado abstenerse ante el espectáculo de necesidades esenciales no satisfechas, en el supuesto que se da cuenta de la situación que revela la no satisfacción de esas necesidades?”

Hutchinson, Tomas, *Responsabilidad Publica Ambiental*, en Daño Ambiental Mosset Iturraspe- Hutchinson-Donna Ed Rubinzal Culzoni, 1999

⁸³ Garrido Cordobera, Lidia MR *Problemática ambiental*, en Cuestiones ambientales, Garrido Cordobera-Kunz Ed La Ley 2010

⁸⁴ Sosteníamos que el Fondo sería cerrado, manejado por un administrador y con obligación de invertir los recursos en saneamiento que se formaría por las multas o indemnizaciones a cargo de los contaminantes o funcionarios que hayan incurrido en una falta personal, parte de las primas de los seguros, una porción de rentas generales, una tasa a las posibles actividades contaminantes, entre otras posibilidades y que podría establecerse una ley destinada a la prevención y reparación de los daños colectivos provenientes del ataque al ambiente. Hoy vemos que muchas de nuestras propuestas se plasmaron en la Ley General del Ambiente.

⁸⁵ El establecer al Fondo como beneficiario de las indemnizaciones de daños colectivos garantiza por un extremo las indemnizaciones a particulares que tengan un daño de autor anónimo o insolvente, y por otro, que indemnizaciones a los daños colectivos sirvan para sanear dichos daños beneficiando a la comunidad.

La Ley General del Ambiente en su art 34 crea el Fondo de Compensación Ambiental administrado por la autoridad competente en cada jurisdicción, destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos y peligrosos sobre el ambiente, la atención de las emergencias ambientales y la protección, preservación conservación y compensación de los sistemas ecológicos y del ambiente, lamentablemente como en muchos otros ambitos es solo letra muerta.

Por su parte art 28 referido a las consecuencias de un daño ambiental colectivo establece que frente a la imposibilidad técnica del restablecimiento al estado anterior la suma que se establezca como indemnización deberá depositarse en el Fondo de Compensación

Los institutos del seguro ambiental obligatorio⁸⁶ y la posibilidad de crear un Fondo de restauración son herramientas idóneas

Sostenemos firmemente que en el tema del daño ambiental, el rubro de la indemnización o reparación tiene un rango subsidiario, ya que lo primordial es la prevención y la evitación de mayores perjuicios, y es allí donde indudablemente el Estado aparece como el sujeto que mejor dominio de la cuestión puede tener.

Se intenta que los procesos de control se eviten los daños al detectar las situaciones de peligro, se contrarresten los efectos lesivos antes de que se consoliden, o bien, cuando éstos comienzan a originarse, obstaculizar su producción atacando la causa desde su raíz⁸⁷.

Es quizá una de las cuestiones más trascendentes, pues sitúa al Estado en una actividad primordial para la organización de la vida en comunidad, ya que el individuo actual, al no aceptar el daño como un designio divino, exige que se tomen las acciones preventivas para evitarlo, y si esto falla, que sea resarcido⁸⁸.

7. La faz preventiva en materia ambiental. Aplicación de los principios de Prevención y precaución

Creemos que el evitar la consolidación de los daños debe ser la guía en el actual Derecho de daños en el que creemos se inserta el tema ambiental⁸⁹, y ello no debe ser meramente una declaración de principios vacía de contenidos u operatividad, a tal fin, consideramos muchas veces que el Juez por ejemplo debe cumplir no solamente con la dilucidación y resolución del conflicto planteado sino que además puede ordenar medidas a fin de evitar la prosecución de nuevos daños, sin que ello implique menoscabar el debido proceso⁹⁰.

En materia de Derecho Civil Argentino el agregado al art 2499⁹¹ de la ley 17711 del año 1968 nos permite plantear la prevención de los daños⁹² mediante lo que se conoce como acción de daño temido o como algunos autores prefieren denominarlo tutela inhibitoria⁹³, dicha acción es ejercida por quien teme de que de una causa derive un daño (la letra de la norma utiliza el termino "cosa").

Nosotros somos partidarios de una lectura amplia del citado artículo del código a fin de lograr la protección efectiva del derecho a no ser dañado ni en la persona ni en los bienes⁹⁴.

⁸⁶ Paz, Augusto (dtor), *El Seguro Ambiental*, Ed Lexis Nexis- CARI, 2006

⁸⁷ Stiglitz, Gabriel: *La responsabilidad civil*, ps. 94 y ss., Ed. La Ley, 1984

⁸⁸ Existen áreas donde, innegablemente, el Estado actúa cumpliendo o intentando cumplir este rol, tales como el control de medicamentos, alimentos o contaminación, pero, desgraciadamente, son más los supuestos en los que esa tutela no existe o se realiza deficientemente

⁸⁹ Para algunos autores no es una función propia de la responsabilidad civil pero si del derecho de daños

⁹⁰ Podemos citar en esta línea Aguiar, Enoch, *Hechos y Actos jurídicos*, T IV, Ed Tea, pag 172 yss

⁹¹ Para Mosset Iturraspe implica la derogación del art 1132 mientras que para otros autores solo de su 2da parte

⁹² Garrido, Roque F y Andorno Luis O, *Reformas al Código Civil*, Ed Zavalía

⁹³ Lorenzetti, Ricardo Luis, *La tutela civil inhibitoria*, LL 1995-1218.

Llamas Pombo, Eugenio, *La tutela inhibitoria del daño*, (la otra manifestación del derecho de daños) en RCyS 2002

⁹⁴ Garrido, Roque F – Andorno, Luis *Reformas al Código Civil*, 2da ed, Ed Zavalía, 1971

Morello señalaba con agudeza que el enlace interdisciplinario de lo social y lo económico con lo jurídico, necesariamente debe ensamblarse en una técnica preventiva del daño⁹⁵. Sostiene entre otras ideas que hay que de prevenir, impedir o hacer cesar la existencia o el acrecentamiento de perjuicios, buscando preservar siempre al dañado en su persona o sus bienes, agregamos sean estos individuales o colectivos.

El Proyecto de reformas de 1998 establecía en su artículo 1585 que toda persona tiene el deber de evitar causar un daño, de adoptar de buena fe, conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, y de no agravar el daño si ya se ha producido y el artículo siguiente considera que el Tribunal tiene atribuciones para disponer las medidas tendientes a evitar la producción del daño futuro.

Hoy la tutela preventiva tiene base constitucional explícita en el art 43 de la C.N. que habilita a interponer el Amparo Colectivo contra los actos de particulares o autoridades que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidos en la Constitución.

De Cupis ya señalaba que entre los fenómenos jurídicos que se unen al daño podíamos encontrar a la prevención⁹⁶ pero podemos decir que en los últimos tiempos se le ha reconocido su real importancia en el Derecho de daños como derivación del principio "alterum non laedere".

Este autor destaca que desde el punto de vista de la víctima no puede negarse que la prevención del daño sea preferible a su represión, ya que a través del resarcimiento el daño no se elimina del mundo de los hechos sino que se busca solo restaurar el equilibrio de intereses comprometidos.

Recordemos también lo dicho respecto al efecto disuasivo que tiene la sanción de conductas socialmente reprochables⁹⁶ y no podemos omitir el mencionar también la aplicación de los "punitivos" como disuador de conductas antisociales⁹⁷, como ya lo hicieramos en varios trabajos desde 1989, con respecto a este instituto⁹⁸ el proyecto de 1998 lo preveía expresamente bajo el nombre de multa civil en su art 1587⁹⁹ y actualmente la ley 26361 que reformo la Ley de protección al Consumidor Argentina en su art 52 bis lo establece¹⁰⁰.

⁹⁵ Morello Augusto M, *El Derecho de daños en la actual dimensión social*, en Derecho de Daños T1, Ed la Rocca, pag 218

⁹⁶ De Cupis, Adriano, *El Daño*, pag 572 y ss Ed Bosch

⁹⁶ Tengamos presentes las opiniones de Andre Tunc y Genevive Viney

⁹⁷ Pizarro, Ramón Daniel, *Los Daños punitivos*, en Derecho de daños T 2 Ed La Rocca

Garrido Cordobera Lidia M R, *Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos, la salud y el derecho de daños* en, Salud, Derecho y Equidad, homenaje a Gladys Mackinson, obra colectiva, Ed. AH- HOC

Garrido Cordobera Lidia M R *La actividad industrial y riesgo de actividad*, en Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales págs. 105y ss

⁹⁸ Trigo Represas coincide con Pizarro en que no existe obstáculo en que una ley pueda autorizar punitivos pecuniarios en caso de graves inconductas

⁹⁹ Multa civil: 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 aquel obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.

Teniendo en cuenta la gravedad de los daños tecnológicos que pueden muchas veces no solo afectar la salud de las generaciones presentes sino también comprometer a las generaciones futuras, ya desde los años 70 en Alemania y a fines del 80 en el ámbito internacional se comienza a invocar el principio de precaución, que opera ante la sospecha fundada de que determinados daños puedan ocurrir como consecuencia por ejemplo de la ingesta o el uso de un producto, o ante ciertos sistemas de producción o explotación, este principio persigue una mayor seguridad ante los riesgos potenciales de ciertas actividades¹⁰¹.

Dice Nicolás De Sdeller que pese a la actualidad, éxito y a la moda de este principio, sus contornos no son de fácil comprensión debido a la diversidad de definiciones que se han sostenido y a las aplicaciones que ha recibido en la jurisprudencia¹⁰².

Recuerda que las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea han revestido en este tema una importancia doble, por un lado el principio esta directamente invocado por las jurisdicciones para justificar medidas que sitúan en una posición difícil el principio de libre circulación de mercaderías en el interior de la Comunidad o el de libertad de comercio e industria; y además no se limita solo a la política del medio ambiente pues permite validez medidas de protección a la salud¹⁰³.

Kemelmajer considera que el principio de precaución se aplica en todo aquello que suponga resguardar derechos humanos y lleva a privilegiar la hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible aunque sea a largo plazo¹⁰⁴.

El principio de precaución es un término bastante difícil de definir, sin embargo se lo puede conceptuar como "la actitud que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar que implicará un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras o para el medio ambiente". (Kourilsky, Viney)¹⁰⁴.

No compartimos la limitación y además al no establecer claramente cuales son los criterios de aplicación motiva críticas y dudas.

¹⁰⁰ López Herrera, Edgardo. *Los daños punitivos*, Ed Abeledo Perrot 2010

¹⁰¹ Jiménez de Parga y Maseda, *El principio de Prevención en el Derecho internacional del Medio Ambiente*, Ed La Ley-Ecoiuris, 2001

Esteve Pardo, Jose *El derecho del medio ambiente como derecho de regulación y gestión de riesgos*, en Estudios de Derecho Ambiental Europeo, Ed Lete, 2006

¹⁰² De Sdeleer, Nicolás, *Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución* en Estudios de Derecho Ambiental Europeo, pa 270 y ss Ed Lete, 2006

¹⁰³ De Sdeleer, Nicolas, *Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución* en Estudios de Derecho Ambiental Europeo, pa 291 y ss Ed Lete, 2006

¹⁰⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aida, Determinación de la filiación del clonado, JA 2001-IV, fas 12

¹⁰⁴ Garrido Cordobera, Lidia M R- Busto Lago, *Los riesgos del desarrollo. Una visión comparada* Argentina y española, Ed Reus 2010

Viney Genevive *Le principe de precaution Le point de vue d un juriste* Les petit affiches 2000

Kourilsky, Philippe, Viney Genevive, *Le principe de precaution*, La Documentation Francaise 2000

Roberto Andorno, destaca que la aplicación lisa y llana del principio de precaución al derecho civil francés de la responsabilidad parece por ahora excesiva a menos que se repensara totalmente el sistema de reparación de daños, y recuerda los dichos de Viney con referencia a que la teoría del riesgo creado ya aportaría por el momento la protección necesaria, aclarando que esto no obsta a que en un futuro pueda acentuarse la necesidad de brindar una protección aun mayor a la comunidad cubriendo los riesgos potenciales¹⁰⁵.

El principio de Precaución no entra necesariamente en conflicto con la teoría del riesgo, ambos persiguen el mismo objetivo el de mejorar la protección de las personas frente a los riesgos.

Podemos decir que lo que sostiene al principio de precaución es la idea fuerza o base de la seguridad ante los daños, y la diferencia con la prevención radica en que funciona aun cuando la relación causal entre el daño y una tecnología no ha sido aun científicamente comprobado de modo indubitable, es un riesgo potencial; mientras que en la segunda esta situación ya es conocida y solo cabe la duda de la producción en cada caso concreto, se esta aquí frente a un riesgo actual¹⁰⁶.

Una de las cuestiones más discutidas entre los autores es la de determinar el sujeto destinado a observarlo, si es aplicable directamente sólo al Estado e indirectamente a los particulares mediante las reglamentaciones que éste dicta o también de modo directo debe ser observado por los particulares, por ejemplo los fabricantes de productos medicinales.

Recordemos que son condiciones de su aplicación: la situación de incertidumbre con respecto del riesgo (riesgo potencial) la evaluación científica (esto impide actitudes irracionales ante lo innovador, debo tener informes científicos o técnicos muchas veces contradictorios) y la posibilidad de consolidar un daño grave e irreversible (protección de la salud y la vida, el medio ambiente)¹⁰⁷.

Se trata de evaluar la magnitud de los riesgos posibles y en función de ellos adoptar las medidas tendientes a eliminar o a reducir los daños, esto necesariamente lleva al tema del deber de información que debe ser brindado al consumidor para que pueda decidir libremente y de esto ultimo una manifestación la encontramos en el etiquetado de los productos transgénicos o genéticamente modificados¹⁰⁸.

Benjamin se expresa diciendo que una tutela de anticipación se impone frente a la amenaza de que acaezcan daños graves e irreversibles cuyas secuelas pueden propagarse en el espacio y a través del tiempo¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Andorno, Roberto, El principio de precaucion, un nuevo standart juridico para la era tecnologica, LL 2002-D-1328

¹⁰⁶ Garrido Cordobera, Lidia M R- Busto Lago, *Los riesgos del desarrollo. Una visión comparada Argentina y española*, Ed Reus 2010

Goldenberg, Isidoro- Cafferattta, Nestor, El proincipio de precaucion, JA 2002_IV, fas 6

¹⁰⁷ Garrido Cordobera, Lidia M R- Busto Lago, *Los riesgos del desarrollo. Una visión comparada Argentina y española*, Ed Reus 2010

¹⁰⁸ Bello Janeiro, Domingo, *Tratamiento de los transgenicos en Europa*, RCYS, enero 2008

¹⁰⁹ Benjamin Antonio, *Derechos de la Naturaleza*, en *Obligaciones y contratos en los Albores del SXXI*, Ed Abeledo Perrot, 2001

Ante la instalación de una industria que elimine desechos o efluentes que puedan ser contaminantes al ambiente, sostiene Seguí que la defensa ambiental podría hacerse efectiva como pretensión inhibitoria a través de mandatos de no innovar o de innovar, como pretensión cautelar dentro de otro proceso principal o por vía de amparo¹¹⁰.

Señalaba ya De Cupis palabras que son hoy aplicables tanto a la prevención como a la precaución, de que su ejercicio requiere una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés de a quien puede imputarse el peligro, pues una aplicación demasiado estricta implica el riesgo de oprimir las libertades¹¹¹, creemos que estas deben ser respetadas siempre, pero también acarreado la consiguiente responsabilidad del sujeto frente a los daños que pudieren ocasionarse en el futuro por tal actividad y siempre en cuando el interés en peligro lo permita.

8. Las inmisiones

Es también evidente que las transformaciones sociales (formación de centros urbanos, tipo de edificación, etc.), y económicas han debido influir en el tema, como así también, el avance de la ciencia y de las técnicas en cuanto a la morigeración de las molestias que nos ocupan.

No es lo mismo una aldea rural a los comienzos del SXIX que un cordón industrial entrado ya el SXXI, ni es igual un país con tecnología de punta que uno en vías de desarrollo. Hoy se plantean nuevos problemas en los country o urbanizaciones satélites en las que los habitantes buscan encontrar un remanso al ajetreo diario de las grandes urbes¹¹².

Como bien avizoraba Ihering las soluciones que se den a los temas de las relaciones de vecindad constituyen una de las cuestiones más difíciles de resolver en la práctica y con una gran trascendencia en la legislación, pues hace a temas del bienestar humano y a la calidad de vida, este problema está presente desde que vivimos en comunidad y constituye una de las tantas manifestaciones de la alteridad del derecho, pero su dimensión lo trasciende y hace a la vida social cotidiana en comunidad.

A manera de acercamiento a la cuestión, podemos decir que las inmisiones constituyen actos de intromisión desde un fundo a otro vecino. Esta situación se ha presentado a lo largo de la historia¹¹³ y los romanos ya se habían ocupado del tema (suele recordarse los dichos de que Roma era una ciudad en la que era imposible vivir y el caso de la fábrica de quesos (D, 8,5,8,5)) aunque la teoría de la *inmissio* propiamente dicha, con las características modernas fuese elaborada con posterioridad.

¹¹⁰ Seguí Adela, *La prevención de los daños y la tutela inhibitoria en materia ambiental*, en *Derecho Ambiental y Daño*, pag 11 y ss La Ley 2009

¹¹¹ De Cupis, Adriano: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, ps. 575 y ss., Ed. Bosch, Barcelona, 1975.

¹¹² Garrido Cordobera, Lidia *El derecho de daños frente a una nueva realidad*, Suplemento Especial Emprendimientos Inmobiliarios Dtor Gregorini Clusellas, Ed La Ley julio 2006.

¹¹³ Macías Castillo, Agustín *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, Ed La Ley 2004

Podríamos conceptualizarlo a la inmisión como toda injerencia, invasión o interferencia en la esfera jurídica ajena, por medio de la realización de actividades molestas, insalubres y nocivas o a través de propagación de actos perturbadores de cualquier género, que repercuten negativamente en el conjunto de derechos de los particulares afectados por esos actos o actividades, con una cierta reiteración por encima del nivel de tolerancia generalmente aceptado en termino de lo que viene a ser una relación normal de vecindad¹¹⁴.

Según la doctrina argentina el tema no solo involucraría a los daños producidos a las personas o cosas en su dimensión de vecinos sino también a los daños al medio ambiente¹¹⁵.

Necesariamente nos enfrentaremos a ciertas cuestiones como saber cuando se debe responder por una inmisión, si aceptamos que existe una responsabilidad, saber en que se origina (en un acto lícito¹¹⁶ o ilícito¹¹⁷, un acto abusivo¹¹⁸, o un acto excesivo), dilucidar el tipo de acción que podemos utilizar: una acción personal o una real y también enfrentaremos la cuestión de la discusión de que plazo de prescripción corresponde aplicar.

En el derecho español se discute además si el factor de atribución de responsabilidad es subjetivo (art 1902 CCE) o objetivado (art 1908 CCE) y Macias Castillo en su tesis la fundamenta en la vecindad como criterio autónomo¹¹⁹.

En el derecho argentino al contarse con una norma expresa el art 2618, la doctrina a interpretado que es un criterio autónomo de responsabilidad de tipo objetivo¹²⁰.

a) Los Derechos Involucrados

El conflicto conmueve las bases mismas de los ordenamientos jurídicos pues se hallan en pugna derechos generalmente consagrados y protegidos por las Constituciones de los distintos países, como ser el derecho usar y gozar

¹¹⁴ Cossari, Nelson *Daños por molestias intolerables entre vecinos*, Ed Hammurabi, 2006

¹¹⁵ Jornadas Nacionales de Derecho Civil Mar del Plata 1983.

Revista de Derecho de Daños 2005-2, *Relaciones de vecindad* Directores Mosset Iturraspe Jorge - Lorenzetti, Ricardo, Ed Rubinzal Culzoni, Rosario 2005.

Garrido Cordobera, Lidia *Los daños colectivos y la reparación*, Ed. Universidad. 1992.

Garrido Cordobera, Lidia *Los daños colectivos – perspectiva general-* Ed Javeriana, Bogota 2009

En España ver Macias Castillo, Agustín, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones* pags 162 a 232

¹¹⁶ Andorno Luis O., *Las relaciones de vecindad* en Rev de Derecho de Daños pag 12 y ss

¹¹⁷ Bueres Alberto J y Mayo Jorge A, *Los actos de emulación, el abuso de derecho y el exceso a la normal tolerancia entre vecinos*, en Rev de Derecho de Daños pag 99 y ss

¹¹⁸ Mosset Iturraspe, Jorge, *El abuso de derecho en las relaciones de vecindad . Los limites en el ejercicio. Los excesos . Las normas administrativas*, en Rev de Derecho de Daños pag 39 y ss

¹¹⁹ Macias Castillo, Agustín, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones* pags 345 y ss

Luego de un análisis de las resoluciones judiciales (v. Pag 351 y ss) concluye el punto señalando que “estas conductas son en su mayoría notoriamente culposas.....El agente conocia y asumio los eventuales efectos dañosos de una actividad en fundo propio con repercusión e influencia en fundo ajeno (pag 355)

¹²⁰ Bustamante Alsina, Jorge *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Ed Abeledo Perrot 1984 pg 473 y 474

plenamente de los derechos de propiedad o el de ejercer industria lícita y del otro lado el derecho al descanso, al ocio, a la salud psicofísica del peticionario y a veces también su derecho de propiedad e intimidad.

Además es indudable que el conflicto se plantea a nivel de Derechos humanos y en tal sentido recordemos por ejemplo López Ostra¹²¹ que muestra la evolución en el tratamiento del tema por la Corte Europea de Derechos Humanos.

Encontramos sistemas jurídicos que consagran los derechos al medio ambiente sano y a un desarrollo sustentable, con normas que son producto de la Declaración de Estocolmo del 72 y de Río del 92, que se han ido introduciendo en una serie de instrumentos internacionales que luego son volcados a los derechos nacionales.

En materia constitucional argentino encontraremos involucrados el art 14 de ejercer industria lícita, el art 19 de la libertad, el art 17 del derecho de propiedad inviolable y también el art 41 de la CN Reformada con la cláusula del desarrollo sustentable en lo atinente a la garantía a la calidad de vida y a que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer a las generaciones futuras.

Los daños que pueden generarse pueden ser individuales o colectivos, patrimoniales o morales. Es importante que se tenga en cuenta que en nuestro marco normativo, dentro de la categoría de derechos de la personalidad que gozan de una fuerte protección en materia civil y con base constitucional reconocemos los derechos al ocio, al descanso, a la intimidad, a la salud y al desarrollo equilibrado.

b) El auxilio del análisis económico

Nadie duda que las dos disciplinas (Derecho y economía) están íntimamente ligadas en la evaluación que uno haga de institutos jurídicos, y se nota evidentemente en el ejemplo del hombre que —no vive aislado—necesita satisfacer sus necesidades y se establece el intercambio de bienes, pero en nuestra concepción también debemos advertir que el contenido de los institutos jurídicos no se agota allí

El análisis económico del Derecho juega un rol importante en el área de prevención de daños en la responsabilidad civil o como preferimos llamarlo en el derecho de daños, sobre todo donde se entrecruza con el área legislativa ya que es allí justamente, cuando ha de notarse si se utilizará el criterio de la eficacia al dictar determinada regulación o no y se ponderarán otros criterios para lograr un efecto determinado en la sociedad sin abandonar el pilar fundamental de nuestra disciplina que es la búsqueda de la justicia y también la del bien común.

La escuela del nuevo derecho económico sostiene que no es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente jurídicos sino que es necesario contar con el contenido económico, pero también con los elementos sociales ya que es imprescindible no tener en cuenta los efectos que tales instituciones tendrán sobre la sociedad y sobre los individuos a partir del criterio

¹²¹ Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Las inmisiones en la corte Europea de Derechos Humanos*, en Rev de Derecho de Daños, pag 59 y ss

que se centra en el hombre pero que a la vez preserva y valora su rol social y no solamente su faz individual.

El enfoque positivo nos lleva a la descripción del mundo económico tal y cómo es y explicar cómo determinadas medidas o variables pueden modificarlo. Justamente para estos supuestos se han elaborado modelos que ayudan a evaluar los efectos; en materia de responsabilidad civil es común que nos refiramos a los costes o beneficios que derivan de la adopción de sistemas de responsabilidad por accidentes o, por ejemplo, leyes que tutelen la defensa del consumidor, la tutela y el control efectivo del medio ambiente, los seguros obligatorios y una serie de temas importantes en la vida de los individuos y de toda la sociedad

Pero debemos recordar que el derecho económico y el Análisis Económico del Derecho no son lo mismo, esta compleja cuestión teórica posee raíces ideológicas, filosóficas, políticas y, por supuesto económicas que se conectan con el Derecho y aspiran a constituirse en fundamentos institucionales¹²².

Justamente entre otros conceptos se alude al criterio de eficacia como aquel que nos permite con un criterio filosófico utilitarista que se mueve también dentro de la concepción del mercado, la mejor asignación de la sociedad de producir más a un menor costo.

El Derecho en sí tiene la tarea de corregir las divergencias entre costes y beneficios, externalidades y perjuicios, cuando el equilibrio no ha surgido naturalmente o se ha roto. Nosotros siempre hemos sido partidarios de las interrelaciones y los enfoques abarcativos pero, también siempre hemos defendido el rol primordial del hombre, de su dignidad como ser y no como mero sujeto a ser tenido en cuenta como variable más.

Han acuñado para éstas correcciones el concepto de los *property rights* pero con un sentido económico más amplio y diverso que el de nuestros derechos reales, cuyo análisis con detenimiento escapa este trabajo.

Se diría que la eficacia sirve para determinar la estructura "correcta", la conducta "adecuada" y el carácter "apropiado" de la vida económica que en definitiva, tiñe al Derecho a través de las instituciones políticas y jurídicas o sea que tiñe a la sociedad y al hombre.

¹²² El llamado derecho económico o de la economía tiene raíz europea-continental y nace según los autores en la Alemania de la post-guerra, en la Primera Guerra Mundial. Es Justus Hedemann; quien le imprime su sello particular, en su evolución y desarrollo que marca la ordenación de la economía asignando recursos productivos desde la óptica del denominado Estado de bienestar que tiene la característica de ser reglamentador, limitando la acción individual en aras de la solidaridad social y el bien común. Tiene como meta la justicia distributiva y desde el punto de vista técnico-jurídico es una categoría abierta, se caracteriza por abarcar e interpretar conexiones entre factores sociológicos, económicos, y jurídicos controvirtiendo los clásicos criterios cerrados del Derecho.

Posteriormente se abre paso un pensamiento imbuido de la filosofía neoliberal con el paradigma del libre juego de la competencia, la subsidiariedad y las nociones de empresa, mercado y capital, inundando la década del sesenta y proyectándose hasta nuestros días.

Mientras el análisis económico del Derecho es una corriente más reciente según ya hemos expuesto y se desarrollan en escuelas de derecho americanas como la de *Yale Chicago* a través de Guido Calabresi y Richard Posner. Mantiene puntos en contacto pero su diferencia básica esencial radica en tomar como eje la metodología respecto de la solución de conflictos de intereses, sobre la base de criterios económicos como los de valor, rentabilidad, satisfacción de necesidades, etcétera y la influencia que éstos presentan en las soluciones de interpretación jurídica.

Nos permitirá establecer a quien es mas eficiente atribuir el *property right* (el derecho de actuación) si al emitente o al emitido¹²³. En el caso de una fabrica que genera conflictos con sus vecinos por el humo podría hacérselo responsable, hacerle internalizar los costos, excluir las fabrica de ciertas zonas, cobrarle un impuesto, eximisiones impositivas a los vecinos, etc¹²⁴.

c) Clases de inmisiones

Las inmisiones admiten en doctrina ciertas clasificaciones que suelen darse en virtud de la afectación que se realiza.

Las Inmisiones inmediatas son aquellas cuyos efectos comienzan sobre la esfera de la propiedad del vecino, como seria arrojar agua directamente, mientras que las Inmisiones mediatas son aquellas que empezando en el propio fundo se extienden al otro.

Messineo conceptualiza a las inmisiones directas o materiales como la ocupación o penetración estable en el fundo ajeno (andamios, ramas o raíces de árboles o arbustos, construcciones, muros, voladizos, etc)¹²⁵ y a las indirectas o inmateriales¹²⁶ como aquellas que se originan en el fundo propio y se propagan al ajeno (humo, calor, olores, vibraciones, polvillo en suspensión, ruidos, luz excesiva, etc)

Suele también aludirse a las inmisiones ideales¹²⁷ como aquellas que lesionan la psiquis y el pudor de las personas, mientras que se las distingue de las injerencias negativas, que se da cuando alguien utiliza su propiedad de modo que priva a otra de ciertas ventajas que tenia, existe aquí un perjuicio efectivo como se ve en el oscurecimiento por una construcción de un edificio y están previstas en el art 2620 del CC¹²⁸.

Podremos enunciar como caracteres de las inmisiones indirectas o inmateriales que ellas provienen de hechos del hombre, están constituidas por agentes inasibles, pero son medibles o cuantificables, constituyen una invasión en el fundo ajeno (donde hay una esfera de exclusión), se da una mediatividad, hay una permanencia o reiteración de la misma, no se trata de un acto aislado si no de uno permanente, pudiendo ser constante y continua o repetirse a intervalos.

Para Cossari por ejemplo no serian caracteres propios de las inmisiones la relación con el disfrute del fundo, ya que considera siguiendo a Díaz de Brito

¹²³ Highton, Elena, *Accidentes entre vecinos o daños en las relaciones de vecindad : panorama desde una visión económica del derecho* en Rev de Derecho Privado y Comunitario n° 15

¹²⁴ Para mayor comprensión del análisis economico en materia de accidentes v. Calabresi, Guido, *El coste de los accidentes*, Ed Ariel Derecho 1985

¹²⁵ En el derecho Argentino tienen una regulación pormenorizada

¹²⁶ Se aplica el art 2618 CC

¹²⁷ La doctrina suele decir que consisten en la exposición a la vista de cosas terroríficas , actividades repugnantes u otras que resulten insoportablemente desagradables o situaciones escandalosas que perturban a los habitantes de fundos vecinos. Se dice que lesiona los sentimientos de pudor o anímico del vecino

¹²⁸ Art 2620: Los trabajos y las obras que sin causar a los vecinos un perjuicio positivo, o un ataque a su derecho de propiedad, tuviesen simplemente por resultado privarles de ventajas que gozaban hasta entonces , no les dan derecho para una indemnización de daños y perjuicios.

Hay que tener presente la aplicación de los art 2514 y 1071 del CC
V. Sarti c Ravagnan (cancha de padle que se manda destruir). JA 1986-IV-139

inoficioso estar distinguiendo que tareas guardan relación con el fundo y cuales no, tampoco la necesidad de daño.

d) Los Agentes inmisivos

Recordemos que Wolf los clasificaba según que la inmisión provenga de la energía (calor, ruido, sacudidas, luminosidad, corriente eléctrica), sean gaseiformes mezclados con aire y cuerpos sólidos ínfimos (hollín, polvo, ceniza, chispas)¹²⁹.

La mayoría de las legislaciones realiza una enumeración enunciativa. El art 2618 del CCA actual trata como inmisiones al humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones y se extendería a otras propagaciones similares como el vapor, los gases, el hollín, las humedades y los campos electromagnéticos.

Se ha dicho que lo importante no es tanto el agente de la inmisión sino la perturbación en la esfera del otro, y se entiende que es aquella que resulta inoportuna, fastidiosa, molesta, insoportable.

e) Tratamiento legislativo

Muchos códigos tratan el tema de las inmisiones dentro de las servidumbres otros como restricciones al dominio y otros en el tema de las inmisiones indirectas guardan silencio, recordemos que han sido varias las teorías que han sustentado estas restricciones en el ámbito de las relaciones de vecindad, por mencionar algunas el Cuasicontrato (Pothier), el uso normal (Ihering) el conflicto de derechos (Musto), la armónica convivencia social (Wolf).

La cuestión de las inmisiones en el derecho Argentino es regulada dentro de los límites al dominio y específicamente dentro de las relaciones de vecindad, del art.2611 en adelante¹³⁰.

En nuestro derecho se reconoce que los límites son fronteras normales que delimitan el derecho de propiedad, son inherentes al dominio y están definiendo la esfera de libertad del individuo frente a las exigencias de la sociedad y constituyen la más antigua manifestación del carácter limitado de la propiedad¹³¹.

Para Puig Brutau las regulaciones sobre las inmisiones indirectas son limitaciones que la ley impone a las facultades de los propietarios de manera recíproca y permanente en atención a su situación.

f) Los Criterios para dirimir el conflicto

Se han desarrollado con el correr de los años distintas teorías a fin de fundamentar la solución que se da al tema de las inmisiones indirectas en las relaciones de vecindad

A) La absoluta y exclusividad¹³² versus los límites al deber de soportar¹³³, Wolf expresa que el núcleo positivo de la propiedad privada importa que el

¹²⁹ Ennecerus- Kipp- Wolf, *Tratado de derecho civil, Derecho de las cosas* TIII, vol 1, pag. 350

¹³⁰ Roque F Garrido y Luis O Andorno, *Derechos Reales*, Ed Zavalia, 1975

¹³¹ La servidumbre es una limitación excepcional

¹³² Ennecerus- Kipp- Wolf, *Tratado de derecho civil, Derecho de las cosas* TIII, vol 1,

¹³³ Quien usa la finca quiere obtener todo el provecho posible de ella y no desea verse limitado en lo que puede hacer en ella y por el otro quien sufre las consecuencias también quiere disfrutar en forma plena del inmueble pudiendo además invocar el derecho de exclusión

propietario pueda actuar sobre la cosa como le plazca mientras que su núcleo negativo le posibilita excluir a los otros de toda intromisión en la cosa. La vida en común impone el deber de soportar pero existen límites pues si no la propia convivencia queda comprometida. (los arts 2513 y 2514 de Velez Sarsfield contra los arts 2616 y 2617 del CCA)¹³⁴.

B) Inmiso, Bonfante la conceptualiza a partir de los textos romanos como toda invasión de la esfera interna ajena por elementos u operaciones que hechas en terreno propio que pueden dar motivo al ejercicio de la acción negatoria de vecindad¹³⁵ Según Ihering esta tesis peca por exceso y por defecto siendo insuficiente en todos sus aspectos.

C) Actos emulativos, reconoce su origen en la baja edad media y comprende aquellos actos en ejercicio de la propiedad ejecutados con la intención de dañar al otro. Para Bianca deben darse 4 elementos constitutivos: un acto en ejercicio del derecho de propiedad, un fin perjudicial (animus nocendi) como intención dolosa de producir daño o molestia, la inutilidad del acto, entendido como falta de un interés o ventaja y causar una molestia o daño¹³⁶.

D) Normal tolerancia (Ihering) se sostiene que deben permitirse aquellos influjos que comienzan en el fondo del que los realiza y prosiguen en el del vecino siempre que no sean nocivos para las personas o cosas de manera que sobrepasen el límite usual de lo tolerable¹³⁷. Debe tenerse en cuenta para la apreciación la receptividad ordinaria.

El código argentino ya en su origen adhiere a este criterio y con la reforma en el año 1968 se recepta expresamente la denominación¹³⁸.

E) Uso normal, se sostiene que debe permitirse el ejercicio del derecho de propiedad sobre fondo propio aunque indirectamente produzca alguna intromisión o repercusión en el fondo vecino, siempre que el ejercicio se mantenga dentro de lo que es normal en la vida de relación teniendo en cuenta las circunstancias de cada finca¹³⁹.

Siguiendo a Messineo, se señala que con el criterio de la normal tolerancia se juzga la incidencia de la inmisión sobre el fondo vecino en el criterio del uso normal se parte de la consideración de la medida del uso del propio derecho por parte del propietario independientemente de la incidencia de ese uso en el fondo vecino.

¹³⁴ Cossari citando a Domenico Barbero expresa que el problema central estriba en definir cual es el justo límite en que encuentren composición los intereses en contraste (v pag 114)

¹³⁵ Bonfante, P, *Las relaciones de vecindad*, Ed Reus, 1932, pg 52 y ss
La teoría de la *inmisio* no sobrevive a la crítica a la que la somete Ihering

¹³⁶ El CCI la regula expresamente en el art.833.

¹³⁷ Díez Picazo, Luis y Gullom A, *Sistema del Derecho Civil vol III*, Ed Tecnos, 1997

¹³⁸ Como legislaciones que la receptan Cossari señala el CC Italiano (art 844), CC de Suiza (art 684), CC de Paraguay (art 2000), CC de Québec (art 976), CC de Perú (art 961), CC de Brasil (art 1277), CC de Bolivia (art 117) CC de Macao (art 1266)

¹³⁹ Cossari, Nelson, expresa que Ihering era restrictivo acerca de lo que se considera uso normal, una situación es el humo moderado de la calefacción de una casa y que los vecinos soportan recíprocamente y otra muy distinta el excesivo provocado por una industria donde el vecino no tendrá reciprocidad. V. *ob. cit*, pag 123

g) El régimen del derecho argentino

Podemos encontrar ya en el sistema de Vélez Sarsfield o sistema originario del código ya las pautas orientadoras para la situación actual en la Argentina, en la que contamos con múltiples aplicaciones de la figura.

En el panorama actual del derecho argentino tendremos un sistema que se conforma con normas civiles que quedaron vigentes luego de la reforma de 1968 como el art 2625 ya mencionado, normas incorporadas o reformadas por ella como los arts. 2513 del derecho de propiedad (conforme al ejercicio regular), 2618, 2499 (acción preventiva de daño temido); leyes especiales como la de Propiedad Horizontal (Art 6 inc b) L de PH), las leyes ambientales y el art 41 de la CN.

El art 2618 reformado establece *"Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquellas*

Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias.

En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad, asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso.

El juicio tramitara sumariamente "

Como se ve de cotejar el texto anterior y el texto reformado del art 2618, la reforma ha ampliado considerablemente el ámbito de aplicación, conforme a la doctrina y la jurisprudencia que la habían aplicado a diversas situaciones mas allá de la letra estricta de la ley.

Vemos que no será de aplicación solo a la actividad industrial, sino las de cualquier tipo realizadas en inmuebles vecinos, capaces de producir molestias, ahora bien con respecto a dichas molestias, existe un mínimo de incomodidades y molestias que debe ser soportado como consecuencias y desventajas de vivir en sociedad.

Creemos que la responsabilidad que se establece lo es en nuestro derecho con base en las obligaciones ordinarias de vecindad y siguiendo la tesis de Jossierand, se aduce que un propietario no tiene derecho a imponer impunemente a sus vecinos una molestia o incomodidades que excedan de la medida común y las obligaciones ordinarias de vecindad.

Para Jossierand su fundamento esta en el riesgo y es un principio de Justicia distributiva; al crear un estado de cosas que constituye para terceros una causa excepcional, anormal, de peligros o molestias, se asume eventualmente la reparación de daños causados¹⁴⁰.

En nuestra doctrina se ha sostenido que se trata de un factor objetivo de responsabilidad específico denominado exceso a la normal tolerancia (Bustamante

¹⁴⁰ Garrido, Roque F y Andorno Luis O, Derechos Reales, Ed Zavalia, pag.308

Alsina) sin embargo también puede decirse que en última instancia se trata de una garantía basada en el riesgo de causar daños¹⁴¹.

Para Cossari se excede el deber de paciencia y no siempre hay daños, puede haber solo incomodidades una perturbación con entidad suficiente para afectar la pacífica convivencia jurídica. Pero si se genera un daño procede la indemnización mediante los daños y perjuicios.

La calificación de "tolerancia normal" será realizada en sede Judicial, siendo discrecional, singular y objetiva, lo que significa que el Juez tiene parámetros amplios para apreciar las circunstancias del caso, justamente esas circunstancias son relevantes y no se extrapolan sino que se aprecian en cada caso singular y además debe juzgarse de acuerdo al criterio medio de tolerancia, no solo ateniendo a las cualidades personales del peticionante.

Habrá que dilucidar si existió un uso regular o un uso excesivo de la propiedad, y si está comprometido un interés productivo son criterios a tener en cuenta: las exigencias de la producción, la prioridad en el uso, la autorización administrativa (en los alcances del anterior art. 2619 y su nota), las condiciones del lugar y las circunstancias del caso.

La Legitimación activa corresponde según la doctrina mayoritaria tanto al propietario, poseedor, tenedor como al acreedor anticresista, todos los vinculados con la cosa por una relación y la legitimación pasiva recae sobre el emisor de la molestia y si está comprometida una cuestión ambiental también el Estado por la falta de servicio.

La discusión aquí radica en la acción que se plantea, si ella será la nugatoria o la confesoria (art.2795), la acción posesoria (art.2487), o hasta siguiendo a Visentini una acción personal. Nos encontramos en todos los casos con una situación de disfrute de la cosa que se ve alterada.

Podemos decir que el ámbito de aplicación de la norma del art 2618, excede al puro de colindantes, el término vecinos es entendido con mayor amplitud, además las perturbaciones pueden surgir de las adyacencias del fundo y no del fundo mismo como ocurre en el caso de los boliches bailables que concentran grandes aglomeraciones de jóvenes tumultuosos, proviniendo el ruido más de la calle que de la música del interior.

Tener en cuenta las condiciones del lugar como indica la norma constituye un criterio elástico que se adapta a las condiciones de cada lugar, se juzga de distinta manera un barrio industrial que uno residencial, es importante examinar los códigos de planeamiento o edificación.

Recordemos una vez más que pese a contar con habilitación municipal o en una actividad particular no sobrepasar los niveles de ruido fijados por normas de carácter público, el juez juzga en cada caso si se ha lesionado el reposo o la tranquilidad del afectado, protegiendo su esfera de intimidad y disfrute.

El criterio de la prioridad en el uso significa siguiendo las ideas de Messineo el respeto a la situación consolidada, si se ha consolidado un determinado uso, el emitido no puede luego pedir que se modifique, en nuestro derecho se lo une con el parámetro de la Buena fe y no es tenido en cuenta si hay posibilidad de adecuar

¹⁴¹ López Herrera, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Ed Lexis Nexis 2006., pag 406

las instalaciones sin costos excesivos, se encuentra comprometida la salud de los afectados, hay nuevos daños generados por la actividad, se producen daños al ambiente excediendo el mero interés particular.

Ihering sostenía que la receptividad personal no puede ser la pauta para juzgar la tolerancia, la que debe ser medida con un criterio abstracto y objetivo, siendo seguido por nuestra doctrina¹⁴² y jurisprudencia, sin embargo no se ha de ser absolutamente indiferente a las particularidades del perjudicado, siendo su actividad por ejemplo relevante, recordemos a los Mazeaud y su ejemplo del blanqueador de telas y la fabrica.

La sentencia que hace lugar a una situación de inmisiones puede ordenar varias soluciones a saber: el cese de la actividad o/y ordenar la indemnización de daños; la jurisprudencia a oscilado con respecto a si procede conjuntamente, creemos que se puede ordenar el cese a futuro e indemnizar el daño sufrido hasta el momento si este se ha acreditado, puede también ordenar la adecuación de la actividad para no producir mas molestias o morigerarlas a limites mas tolerables, o disponer obras para aminorar los daños y ha sostenido calificada doctrina que también puede establecer astreintes para que se cumpla la orden de cese o adecuación (art 666 bis CCA), o la ejecución por otro a cargo del deudor de las obras necesarias (art. 505 inc 2 CCA).

En cuanto a la indemnización de daños el art 2618 otorga al juez la posibilidad de indemnizar los perjuicios y se ha sostenido que los rubros indemnizatorios no derivan de este artículo mencionado sino de los principios de responsabilidad extracontractual.

En materia de daños materiales sufridos por la propiedad se reconocen como rubros indemnizatorios, los daños materiales sufridos y se utilizan como pautas para calcularlo la perdida del Valor Venal del bien y del Valor locativo.

También se ha reconocido, aunque no pacíficamente (en contra Laquis), que son indemnizables los daños morales, que creemos son muchas veces en realidad los mas importantes; su cuantía no depende de los daños materiales acreditados y no debe consistir jamás en una suma simbólica. Ghersi habla de otros daños que actualmente integran clases no autarquicas que afectan a la persona en su existencia y en sus derechos de paz y tranquilidad¹⁴³, es lo que generalmente denominamos calidad de vida.

El tema de la cuantificación de daños de por sí es un tema problemático ya que involucra cuestiones que hacen a la justicia practica de todos los días pero también revelan la presencia de criterios ocultos en la toma de decisiones y de cuestiones que manifiestan una ideología en temas filosóficos¹⁴⁴.

¹⁴² Andorno, Roberto, *La normal tolerancia en las relaciones de vecindad, su carácter objetivo*, LL 1990-D-145

¹⁴³ Ghersi, Carlos A, *El derecho constitucional a la tranquilidad y calidad de vida y la sistemática de la reparación de daños*, LL 1994-D415

¹⁴⁴ Nos moveremos con ciertos términos que conviene aclarar: Cuantificar es traducir a una suma de dinero el menoscabo que una persona ha sufrido a consecuencia de un hecho (se busca el resarcimiento del perjuicio a través de una suma compensatoria considerada equivalente), Indemnizar: es compensar o pagar en dinero el daño ocasionado y reparar in natura :es volver las

Por eso hay que señalar que la responsabilidad civil no es solo un asunto de a dos dañador y dañado¹⁴⁵, la responsabilidad civil en palabras de Ricardo de Ángel Yagues se contempla como un fenómeno global donde hay que ponderar las consecuencias que tiene en el conjunto de la sociedad y también señalar como hace Rivera que esta en juego la seguridad jurídica ya que al cotejar sumas otorgadas por las sentencias de distintos tribunales¹⁴⁸ se observa que difieren muchas veces enormemente o consagran rubros indemnizatorios con nombres diferentes¹⁴⁹.

La fundamentación de la sentencia no puede consistir en expresiones meramente declamatorias o discursivas sino que debe indicar concretamente *por que* a esa victima concreta se la indemniza y *el por que* del alcance indemnizatorio. Entra a jugar aquí o a ponderarse los hechos que se consideran por el juzgador como relevantes para el caso y su concreta magnitud o alcance para justificar así o fundar la decisión adoptada en cuanto a la reparación.

Es oportuno que recordemos que nuestro Art. 1083 establece que “el resarcimiento de daños consistirá en la recomposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible en cuyo caso la indemnización se fijara en dinero”, estableciendo la posibilidad de optar a favor de la victima pero justamente los problemas surgen cuando estamos en el segundo extremo descrito por la norma y además como explican desde el análisis económico del derecho cuando nos encontramos con bienes que no tienen un equivalente exacto en dinero.

cosas al su estado anterior. Como se observa todas parten del presupuesto de la existencia de un daño que debe ser resarcido pero cuyos alcances según que estemos en uno u otro varían.

Garrido Cordobera, Lidia M R, *La cuantificación del daño*, Revista de Legislación y Jurisprudencia Ed Reus España N4, 2007

¹⁴⁵ López Mesa-Trigo Represas Tratado de Responsabilidad Civil t 5 *Cuantificación del daño* Ed La Ley Pág. 3

¹⁴⁸ Rivera, Julio *Cuantificación legal y judicial* en Rev de Derecho de Daños 2001 Vol. 1 Ed Rubinzal Culzoni Pág. 15 y SS

¹⁴⁹ Las cuestiones involucradas necesariamente en la cuantificación de los daños y que deben ser asumidas previamente son las siguientes

1 – El daño es un *concepto jurídico* cuyo contenido debe determinar el juez

2 – Estamos frente un problema que involucra *intereses diversos*

3 – Estos intereses deben ser armonizados

4 – Tener presente que *daños similares pueden llevar a indemnizaciones distintas* teniendo en cuenta las *cualidades de la victima*

5 – Que es altamente dificultoso saber a priori que considerara el juez como impacto dañoso

6 – Que si el supuesto dañoso es *mensurable por su equivalencia* es relativamente fácil la cuantificación

7 – Si estamos frente a un daño extrapatrimonial, este no es fácilmente traducible en dinero

8 – Que en la situación actual no existe posibilidad de anticipar montos o rubros de daños.

9 – Por ello se alega comúnmente que la no previsibilidad complica el funcionamiento de los seguros.

Garrido Cordobera, Lidia M R, *Cuantificación de daños. Un debate inconcluso* Revista de Legislación y Jurisprudencia Ed Reus N4, 2007

Ante la pluralidad de emisores podría ser de aplicación la responsabilidad colectiva, existencia de un grupo emisor y un autor indeterminado o la bien teoría de la participación en el mercado (Markert Share)¹⁵⁰.

Existiendo también desde hace años la aplicación de la prevención de daño contemplada en el art 2499 CCA y conocida como acción de daño temido o tutela inhibitoria.

Creemos que el evitar la consolidación de los daños debe ser la guía en el actual Derecho de daños, y ello no debe ser meramente una declaración de principios vacía de contenidos u operatividad, a tal fin, consideramos muchas veces que el Juez por ejemplo debe cumplir no solamente con la dilucidación de resolver el conflicto planteado sino que además puede ordenar medidas a fin de evitar la prosecución de nuevos daños sin que ello implique menoscabar el debido proceso¹⁵¹.

De Cupis ya señalaba que entre los fenómenos jurídicos que se unen al daño podíamos encontrar a la prevención pero podemos decir que en los últimos tiempos se le ha reconocido su real importancia en el Derecho de daños como derivación del principio "alterum non laedere".

Este autor destaca que desde el punto de vista de la victima no puede negarse que la prevención del daño sea preferible a su represión, ya que a través del resarcimiento el daño no se elimina del mundo de los hechos sino que se busca solo restaurar el equilibrio de intereses comprometidos.

En este terreno de la prevención de los daños es sumamente importante el rol que debe cumplir el Estado en virtud del poder de policía conforme lo hemos venido sosteniendo, sobre todo en una sociedad como la actual.

Nosotros somos partidarios de una lectura amplia a fin de lograr la protección efectiva del derecho a no ser dañado ni en la persona ni en los bienes colectivos.

Morello señalaba con agudeza que el enlace interdisciplinario de lo social y lo económico con lo jurídico, necesariamente debe ensamblarse en una técnica preventiva del daño¹⁵². Sostiene entre otras ideas que hay que de prevenir, impedir o hacer cesar la existencia o el acrecentamiento de perjuicios, buscando preservar siempre al dañado en su persona o sus bienes, agregamos también los bienes colectivos.

El proyecto de reformas de 1998 establecía en su artículo 1585 que toda persona tiene el deber de evitar causar un daño, de adoptar de buena fe, conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, y de no agravar el daño si ya se ha producido y el artículo siguiente considera que el Tribunal tiene atribuciones para disponer las medidas tendientes a evitar la producción del daño futuro.

¹⁵⁰ Garrido Cordobera Lidia y Cordobera de Garrido Rosa *La responsabilidad por participación en el Mercado*, en libro Hom a Isidoro Goldenberg *La Responsabilidad* Ed Abeledo Perrot pág. 359 y ss

¹⁵¹ Podemos citar en esta línea Aguiar, Enoch, *Hechos y Actos jurídicos*, T IV, Ed Tea, pag 172 yss

¹⁵² Morello Augusto M, *El Derecho de daños en la actual dimensión social*, en *Derecho de Daños T1*, Ed la Rocca, pag 218

Desde 1983 los civilistas han acudido al art 2618 para algunos supuestos de cuestiones ambientales que hoy son abordadas además por la ley General del Ambiente.

Las normas referidas a las inmisiones, normas que presentan un tinte netamente civilista, sirven para la protección de dichos intereses mediante una interpretación dinámica y realista, circunstanciada a un problema y comunidad determinada, permitiéndonos encauzar el conflicto y dirimirlo.

Se evidencia la necesidad de coordinar los derechos en pugna y armonizar los intereses individuales y también los intereses colectivos en juego a fin de lograr la armónica convivencia social.

9.El daño ambiental

Como venimos diciendo, la Revolución Industrial operó un cambio vertiginoso, lo que sumado al aumento desmesurado de la población y el desarrollo indiscriminado de las sociedades industrializadas ha demostrado la incidencia desfavorable sobre el ambiente.

Es sabido que nuestro mundo contemporáneo es una sociedad masificada, donde se presentan nuevas formas peligrosas que conllevan expresiones dañosas, por lo cual tendremos muchas de las llamadas "violaciones en masa" en las que se busca amparo en el anonimato, apareciendo muchas veces el problema de la fuga de las responsabilidades pero además hemos presenciado el nacimiento de una nueva víctima de tipo plural, que se ha desarrollado paralelamente a la clásica víctima individual.

Recordemos que al analizar el tema de los daños colectivos desde hace años nos expedimos oportunamente diciendo que el daño ambiental pertenece a esta categoría, pues afecta a la comunidad toda por encima de los individuos considerados aisladamente, aunque éstos también puedan sufrir un daño particular¹⁵³.

Recordemos que los "daños colectivos" inciden sobre la colectividad propiamente dicha, y los sujetos que resultan dañados lo son por constituir parte integrante de la comunidad; este daño colectivo no surge de la simple suma de los daños individuales, sino que presenta una dimensión propia y una autonomía que lo caracterizan, conforme lo hemos sostenido, afectando simultánea y coincidentemente a la sociedad, adhieren a este concepto en una obra reciente autores como Cafferatta, Sagarna, Galdos, Saux¹⁵⁴.

No hay sin embargo que perder de vista la independencia de los daños colectivos, que pueden existir sin concurrencia de daños particulares *stricto sensu*, al afectar el entorno o equilibrio ecológico sin dañar a un sujeto en su salud o patrimonio¹⁵⁵.

¹⁵³ Tesis Doctoral *Los Daños colectivos y la reparación* 1992, con anterioridad las investigaciones en el Instituto de investigaciones de la UBA, Gioja 1987, Ponencia a las Jornadas Nacionales de Derecho Civil 1983 etc

¹⁵⁴ Lorenzetti, Ricardo, *Derecho Ambiental y Daño*, Ed La Ley 2009

¹⁵⁵ Es el supuesto que se plantea en el interés de la protección de las especies o condiciones generales de la calidad de vida sin que coexista con un derecho subjetivo particular

Ante la posibilidad de aplicar normas del Código civil en esta materia surgen dos posiciones definidas y diametralmente opuestas: una, restrictiva, y otra, amplia e integradora.

Es cierto que frente al problema ambiental las reglas clásicas y estrictas de la responsabilidad civil tradicional no brindan suficiente protección para las víctimas de los daños ambientales, y es por eso que hemos opinado siempre que el Derecho de Daños, con su dimensión más amplia y la confluencia de disposiciones del Derecho Público y del Privado, nos da la solución.

a) Regulación legal del código civil Argentino

En el denominado sistema civilista existieron, desde la sanción del Código Argentino, ciertas normas que podían aplicarse a la cuestión ambiental, al igual que en la reforma de la ley 17.711 incorporada en 1968.

Para corroborar nuestros dichos, vemos que en el sistema de Vélez Sarsfield podemos mencionar el art. 1133, inc. 4, con su referencia a las exhalaciones de cloacas o depósitos infestantes; el inc. 7, con respecto a las obras nuevas de cualquier especie, aunque estas fueran en lugar público y con licencia, estableciéndose una responsabilidad del "dueño" ligada a las cosas; los art. 2618 y 2619, referidos a ruidos que excedan la normal tolerancia incomodando al vecindario, previéndose la obligación de indemnizar aunque mediara autorización administrativa; además en la nota respectiva se amplía el espectro al aludir genéricamente a manufacturas, máquinas, empresa "insalubre".

También se establecieron los arts. 2625 sobre exhalaciones infestantes, gases fétidos, infiltraciones nocivas, y 2653 y concordantes referidos a las aguas y al agravamiento del fundo inferior.

La ley 17.711 de 1968 introdujo ciertas normas fundamentales que han sido objetos de serias consideraciones en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil: los arts. 1071, 1113, 2499 y 2618.

El art. 2618 establece un factor objetivo que la doctrina ha denominado "exceso a la normal tolerancia": en él se faculta al juez a ordenar el cese de la actividad o fijar un monto indemnizatorio, contemporizando los intereses de la sociedad con los de la actividad que se desarrolla; es una norma amplia que permite un adecuación a los diferentes supuestos de contaminación.

Si bien sólo pareciera ser aplicable a las relaciones de vecindad, una interpretación finalista y analógica permite dar un sostén a la responsabilidad ambiental.

Tal tipo de interpretación es la que propusimos con respecto a los art. 1113, segunda parte, en lo que respecta al riesgo ambiental¹⁵⁶, y 1071, pues la degradación ambiental configura un abuso en el uso de las cosas comunes.

En cuando al art. 2499, entendimos siempre que puede convertirse en una de las opciones fundamentales pues permite la acción de daño temido, de modo tal

Ver el Daño ecológico Puro de la directiva 20004/35/CE y la Ley 27 del 2007 de España

¹⁵⁶ Pizarro, Ramon D, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de Empresa*, t 3, Ed La Ley, 2006

Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N, *La responsabilidad en la era tecnologica*, Ed Abeledo Perrot 1989.

que sería una suerte de acción popular en pro del ambiente para obtener medidas cautelares y así evitar un daño, hoy luego de la reforma de la Constitución Nacional y con la sanción de la Ley General del ambiente, creemos continúa siéndolo.

Dicho artículo juega armónicamente con los art. 16, 1071, 1113, segunda parte, y 2618 del mismo cuerpo legal, y con las normas de la Constitución Nacional ya citadas; así, si se constata que la actividad desarrollada por cualquier particular o industria pone en peligro la preservación del equilibrio ambiental, debe cesar ésta e indemnizarse los daños ocasionados.

En éstas líneas de pensamiento, también debemos tener en cuenta que producida la degradación del ambiente por factores extraños a la evolución natural, habrá que analizar si es posible determinar el autor o los autores sobre quienes recaerá entonces la obligación de indemnizar los daños ocasionados (colectivos o individuales); esta responsabilidad es extracontractual por el uso o incorporación de cosas o actividades riesgosas.

Es cierto que a responsabilidad podría, en algún supuesto, ser por dolo o culpa del agente, pero opinamos que la regla es atribuirle al riesgo (art. 1113, segunda parte, del C.C.).

Recordemos que la práctica exige, según Saleilles, que quien obtiene provecho de la iniciativa sobrelleve sus cargas; esta iniciativa constituye un hecho que en sí y de por sí encierra peligros potenciales ante los cuales los terceros no disponen de defensa.

Ya hemos dicho también que puede existir una autorización administrativa para la realización de una actividad, pero ella no cubriría la responsabilidad por el daño ocasionado.

En este supuesto se suma, la posibilidad de tener como sujeto "responsable" al Estado, responsabilidad patrimonial que sería de tipo indistinto o *in solidum*, por generarse en causas diversas: respecto al particular en virtud de la incorporación al medio de las cosas dañosas y respecto del Estado por no cumplir el deber de garantía de intangibilidad del ambiente (art. 1112 y normas de Constitución Nacional).

Asimismo, debemos puntualizar que existirían supuestos en los que aplicaremos el art. 1119 del C.C., de la forma analógica que hemos sostenido en reiterados trabajos, con el fundamento que radica en el riesgo, ensanchándose el círculo de responsables a los integrantes del grupo determinado como contaminante¹⁵⁷.

En 1983 se llevaron a cabo las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cuyo Tema 2 abordó por primera vez la problemática ambiental con la denominación de "Derecho a la preservación del Medio Ambiente, responsabilidad por daños ecológicos", estableciéndose un profundo despacho, tanto la minoría como de

¹⁵⁷ Garrido Cordobera, Lidia M R *Responsabilidad de los grupos riesgosos*, en Creación de riesgos II Ed Rubinzal Culzoni 2007

mayoría, cuyos conceptos son interesantes pese al paso del tiempo y demuestran el compromiso que se ha tenido con este lema mas alla de las modas pasajeras¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Boffi Boggero, Luis M: *Tratado de las Obligaciones*, t. 6, ps. 448 y ss., Ed. Astrea, 1985

A) Despacho de mayoría:

1- El derecho a la preservación del medio ambiente corresponda a cada uno de los miembros de la comunidad.

2 - El límite de la “normal tolerancia” no es aplicable en los casos de la degradación del medio ambiente que sean susceptibles de afectar a la salud. Con relación a los demás bienes jurídicamente protegidos será de aplicación tal límite.

3 – a) La legitimación par hacer efectiva la garantía constitucional de la preservación del medio ambiente corresponde a cada uno de los miembros de la comunidad;

b) la reparación de los daños y perjuicios por la degradación del medio ambiente se rige por los principios generales de la responsabilidad civil.

4 - La acción puede dirigirse: a) contra los sujetos que degraden el medio ambiente; b) contra el Estado cuando hubiese autorizado o consentido la actividad degradante.

5 - Según el caso podrá solicitarse la prevención de daño, su cesación o su reparación.

Agregado: En los supuestos de degradación del medio ambiente, aún sin repercusión en un sujeto de derecho, cualquier integrante puede pedir, además del cese de la acción degradante, la vuelta de las cosas al estado anterior (recomposición de hábitat).

(Azpeitía, Bueres, Banchio, B. De Banchio, Casiello, Garrido Cordobera, Ghersi, Gianfelice, Larrain, Mayo Moscariello y Stiglitz).

Para la prevención y cesación del daño el fundamento normativo de la pretensión, amén de los principios vigentes de la Constitución Nacional, encuentra justificativo específico y concreto en los art. 911 y 2499, 2º parte, del C. C.)

Agregado: Acorde con lo expuesto precedentemente cabe distinguir los siguientes supuestos:

a) si media un vínculo negocial entre el dañador y el dañado, existe un responsabilidad contractual. En efecto, al margen de la obligación principal, hay una obligación accesorias tácita de seguridad-resultado, consistente en cumplir una prestación inocua. Ello sin defecto de la opción aquiliana que autoriza el art. 1107 del C.C.;

b) si la contaminación es provocada por el hombre con su propio cuerpo, el supuesto encuadra en los art. 1109, 1072 y 1074 del C.C.;

c) la polución efectuada mediante la intervención de las cosas —fuera del marco contractual— se rige por el art. 1113,párrg 2 (primero y segundo supuestos);

d) también podrán jugar las previsiones de los arts. 907 y 1071 del C.C.;

e)cuando no pueda individualizarse al autor del daño dentro de un grupo, existirá responsabilidad colectiva.

(Andorno, Azpeitía, Bueres, Banchio, B. De Banchio, Casiello, Garrido Cordobera, Ghersi, Gianfelice, Mayo, Moscariello y Pardo).

De lege Ferenda:

1- Recordar que en una eventual reforma constitucional se garantice expresamente el derecho a la preservación del medio ambiente.

2- Recomendar que se dicte un régimen específico en materia de preservación del medio ambiente que establezca la tutela ecológica preventiva, un sistema de responsabilidad objetiva por el denominado daño ambiental y severas sanciones al incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos encargados de la fiscalización (abstención del Dr. Gianfelice).

3- Corresponde también reconocer legitimación activa para la defensa de los intereses vinculados al medio ambiente pero a un órgano público de alta especialización (similar al *ombudsman* sueco o defensor del pueblo español), sin perjuicio de reconocer dicho derecho a asociaciones representativos de dichos intereses.

(Andorno, Azpeitía, Banchio, B. De Banchio, Carranza, Garrido Cordobera, Gianfelice, González, Larrain, Moisset de Espanés y De Souza).

Diferencias parciales: a) deberán atribuirse al ministerio público las facultades para proteger al medio ambiente.

(Bueres, Ghersi, Greco, Guarnieri, K. De Carlucci, Mayo, Moscariello y Parellada y Trigo Represas).

b) Es recomendable que se dicte la ley orgánica del ministerio público, que le atribuya facultades para ejercer la protección al medio ambiente.

(Monti).

4- La vital importancia de los intereses colectivos comprometidos en la defensa ecológica hace también recomendable la instrumentación de tratados internacionales que concurren a la salvaguarda del entorno humano.

(Andorno, Azpeitía, Banchio, B. De Banchio, Carranza, Casiello, Garrido Cordobera, Gianfelice, González, Larrain, Moisset de Espanés, Moscariello, Stiglitz y De Souza).

Debe implementarse la cobertura asegurativa obligatoria de responsabilidad civil por la contaminación ambiental, debiéndose también prever la creación de un fondo de garantía y el reconocimiento a la víctima de un derecho propio a la indemnización.

Bueres, Banchio, B. De Banchio, Carranza, Gianfelice, Lezana, Mayo, Stiglitz, De Souza).

B) Despacho de minoría:

En contra de la aplicación de normas de la legislación común se expide una fuerte corriente sustentada por civilistas clásicos y por la Escuela de Derecho Ambiental liderada por Pigretti, quien sin embargo como los grandes Maestros, se ha caracterizado siempre por brindar a sus alumnos ambos argumentos y abrir las aulas a quienes opinamos distinto.

Señala el autor precitado que, en un criterio, los sistemas legales vigentes han tratado de regular la relación hombre-hombre de acuerdo con la tradición romanista y que la responsabilidad civil comparte esto, teniendo por lo tanto contenido patrimonial; por tal razón es difícil concebir la existencia de intereses difusos, acciones de clase o acciones ecológicas, ya que éstas presuponen una interrelación del hombre con el grupo social. Además manifiesta que los principios civiles no sirven para la naturaleza y que sus moldes no alcanzan para dar una adecuada solución.

Sostiene Pigretti, como corolario de su pensamiento, que nuevos métodos, formas, criterios de justicia o leyes deberán estructurarse para poder resolver las cuestiones que enfrentamos, y se pregunta si no estaremos en presencia de un territorio mayor que el de la responsabilidad y sino será necesario observar otros parámetros para resolver estos problemas.

Cafferatta se inclina por considerar al daño ambiental dentro de la temática del Derecho de Daños aunque constituya una especialidad dentro del mismo, señala que las singulares características de la prevención de los daños y de la sanción reparadora son el resultado de la intersección del Derecho de Daños y el Derecho Ambiental¹⁵⁹.

Hemos sostenido desde hace años la incumbencia del Derecho de Daños en la temática ambiental, como una herramienta superadora y abarcativa de las transformaciones sociales y de los intereses colectivos¹⁶⁰.

Tuvimos que ver como se *"aggiornan"* los requisitos de la responsabilidad civil para adaptarse a nuevos sujetos protegidos, una nueva categoría de daños (comunes o transpersonales), una relación de causalidad distinta, el acento en la evitación de la consolidación de los daños mas que en la reparación, un rol del Estado como garante y la aplicación de la responsabilidad objetiva.

Dice Pizarro que el Daño ambiental genera problemas impensados años atrás¹⁶¹ y enarbola como postulados básicos los siguientes:

1- La preservación del medio ambiente como supuesto de una subsistencia vital digna, constituye una de las garantías constitucionales implícitas mencionadas por el art. 33 de la C. N.

2 – La preservación del medio ambiente es un tema ajeno a la órbita específica del Derecho Civil, encontrándose comprendido en las normas del Derecho publicístico (art. 2611 del C.C. y su nota). Sin embargo se ha reservado al C.C. el tratamiento de las restricciones y límites al dominio en miras al interés particular denominado genéricamente relaciones de vecindad (arts. 2615-2618 del C.C)

¹⁵⁹ Cafferatta, Nestor, *Teoría General de la responsabilidad civil ambiental*, en Derecho Ambiental y Daño, pag 12 y ss, Ed La Ley 2009

¹⁶⁰ Garrido Cordobera, Lidia M R *Los daños colectivos y la reparación*, Ed Universidad, 1993

¹⁶¹ Pizarro Ramón D, *Responsabilidad Civil por riesgo creado y de Empresa*, t 3 pag 530 y ss Ed La Ley, 2006.

1) la contaminación representa una categoría de daño intolerable, lo que conduce a negar que exista un derecho a degradar o a anteponer una pretendida razón de crecimiento económico a la calidad de vida de las personas.

2) La importancia de la educación como medio de alcanzar una solución seria y duradera.

3) Su inserción en la temática de los derechos humanos

4) La contaminación es el precio del atraso, de la crisis de valores y de la pobreza

5) Es un fenómeno evitable y debemos exigir que los gobernantes cumplan con su responsabilidad en defensa de nuestra salud y vida.

6) Es menester superar viejos esquemas jurídicos y edificar otros mas idóneos y entre otros tópicos se manifiesta por implementar técnicas adecuadas para dismantelar los efectos de los ilícitos ambientales que actúen como instrumentos eficaces de prevención, neutralización y punición del daño ambiental.

Coincidimos plenamente con los que menciona como rasgos salientes del daño ambiental: 1) el paso de un daño causado individualmente a uno de autoría colectiva o difusa; 2) el paso de un daño sufrido individualmente, singularmente a otro que afecta a una multiplicidad de personas, en diferentes lugares y aun en diferentes tiempos; 3) la definitiva consolidación de los factores objetivos de atribución con toda abstracción de la idea de la culpabilidad, admitiéndose unas eximentes limitadas; 4) la prevención de daños como un ítem relevante; 5) la adopción de nuevas técnicas de neutralización y reparación de daño que pone énfasis en la precomposición del ambiente y la reparación en especie cuando ella es posible y útil; 6) la irrupción de indemnizaciones punitivas orientadas a dismantelar los efectos de los ilícitos ambientales lucrativos y sancionar eficazmente conductas que muestran grave menosprecio por los derechos de incidencia colectiva.

Hemos defendido la aplicación de los Daños punitivos a la materia ambiental, sobre todo al denominado daño ambiental puro, de incidencia colectiva, que afecta los intereses de la comunidad actual y futura, y consideramos que el mismo debe regularse en la Ley General del Ambiente, sin tope a favor del Fondo; Prieto Molinero discrepa en cuanto considera que los montos deben ser tasados¹⁶².

Bibiloni señala como caracteres del daño ambiental el ser veloz, expansivo, enorme, relativo, atemporal, extraterritorial, solidario, irreversible, insidioso, bifronte, biológico, inmensurable, incompensable, personalísimo e intolerable¹⁶³.

Cafferattha además resalta que el daño ambiental aloja dos tipos de daños: 1) el daño ambiental colectivo y 2) el daño ambiental individual, señalando que esa doble cara o realidad dual, "anfibiologica o doble naturaleza" de la que participa

¹⁶² Prieto Molinero, Ramiro, *Los llamados daños punitivos y el daño ambiental*, en Cuestiones Ambientales, Garrido Cordobera-Kunz, pag 150 y ss, Ed La Ley 2010

¹⁶³ Bibiloni, Hector, *El proceso ambiental*, pag 85 y ss Ed Lexis Nexis, 2005

toda la legislación ambiental crea no pocos problemas o intrigas a la hora de resolver las cuestiones ambientales¹⁶⁴.

No podemos, ni debemos, dejar de mencionar el denominado daño moral colectivo que en materia ambiental hace ya mas de una década se instalo con el fallo de la Cámara de Tandil conocido como el "caso de Las Nereidas" con el señero voto preopinante de Jorge Galdos¹⁶⁵ y que hace poco fue aplicado en el "caso Milan" en la ciudad de Buenos Aires¹⁶⁶.

Galdos nos dice que el daño moral colectivo o grupal conforma una especie del daño moral y del daño colectivo, en una primera aproximación es el que se produce al menoscabar intereses extrapatrimoniales lícitos y dignos de tutela de una clase, estamento o categoría de sujetos o de una pluralidad determinada o determinable de personas físicas y cuyas consecuencias disvaliosas se producen en esa esfera no patrimonial.

El daño moral colectivo no tenia un expreso reconocimiento normativo como si lo tenia el daño moral singular hasta la sanción de la reforma constitucional y de ciertas leyes como la Ley 25197 de Protección del Patrimonio Cultural y la Ley General del Ambiente.

Los bienes culturales son "todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá el patrimonio de los argentinos"

Son "bienes culturales-artísticos todas las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irremplazable, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor universal o nacional excepcional desde el punto de vista histórico, etnológico o antropológico, así como las obras arquitectónicas, de la escultura o de pintura y las de carácter arqueológico".

Sostiene Lorenzetti que el art 27 de la LGA al definir al daño ambiental de incidencia colectiva menciona expresamente los bienes o valores colectivos¹⁶⁷.

Galdos recuerda en sentido similar a Kemelmajer de Carlucci quien señala que la concepción legal del daño ambiental colectivo incluye al daño moral colectivo que es el derivado de la afectación de los valores culturales¹⁶⁸.

Recuerda Cafferatta al abordar el tema de la relación de causalidad que el carácter difuso del daño ambiental plantea un marco de complejidad respecto de la identificación del agente productor del daño, como decía Morello se trata de pruebas difíciles de mucha complejidad y enorme científicidad¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Cafferatta, Nestor, *Teoría General de la responsabilidad civil ambiental*, en Derecho Ambiental y Daño, pag 40 y ss, Ed La Ley 2009

¹⁶⁵ CNCyC Azul, Sala A 22/10/96 "Municipalidad de Tandil c TA La Estrella", LL Actualidad 25/2/97.

¹⁶⁶ Cam de Apel contencioso Administrativo Tributario, Sala II, 14/8/20008 Defensoria del Pueblo c/ GCBA s/ Amparo

¹⁶⁷ Lorenzetti; Ricardo I, *La nueva ley ambiental argentina*, LL 2003:C-1329

¹⁶⁸ Galdos, Jorge Mario *El daño moral colectivo su problemática actual*, en Derecho Ambiental y Daño, pag 278 y ss Ed La Ley 2009

¹⁶⁹ Morello Augusto, *La valoración de la prueba y otras cuestiones de derecho procesal del ambiente*, JA 1993-III-390

Coincidimos en sostener que el juez debe en su labor de apreciación crítica, instructiva, investigativa o de recreación del hecho no atomizar, fragmentar o fracturar la prueba, para trabajarla acumulativamente, en forma totalizadora e integral.

Suele sintetizarse el tema diciendo que "si el examen de la relación de causalidad constituye uno de los temas mas conflictivos en el área de la juridicidad a punto de ser considerada inasequible desde una óptica epistemológica, en el caso particular del daño ambiental los problemas cognitivos se acentúan notablemente"¹⁷⁰.

En el iter causal se impone en primer lugar precisar la fuente del daño, la identificación de los agentes productores y la aportación de cada uno de ellos en el desmedro resultante; "se trata de relaciones de causalidad difusa, reacias a ser atrapadas por el derecho, en virtud de la falta de certidumbre del saber científico en caso de concurrencia plural de los componentes degradantes", que pueden actuar de forma acumulativa, coadyuvante o disyunta.

Luis Andorno señalaba con acierto, que la prueba de la relación de causalidad en la contaminación es muy técnica, complicada y costosa, principalmente por la falta de inmediación espacial y temporal entre la fuente del perjuicio y quien lo sufre, la difusión de fuentes emisoras y el distinto efecto de la emisión dañosa¹⁷¹. Recordemos lo que dijimos al hablar de la ley del equilibrio dinámico para entender la denominada causalidad circular por oposición a la lineal que es propia de las cuestiones ambientales, como así también lo que sostuvimos en materia de la aplicación del Market- share.

El tema de la cuantificación de daños de por sí es un tema problemático, mucho mas en materia ambiental, se dice que el proceso involucra cuestiones que hacen a la justicia practica de todos los días pero que a la vez revela la presencia de criterios ocultos en la toma de decisiones y de cuestiones que manifiestan una ideología en temas filosóficos y de paradigmas¹⁷².

Un tema de ardua discusión es de fijar el "*quantum* indemnizatorio"; muchos autores sostienen seriamente la idea de una tarifación, otros, en cambio, preferimos que la reparación sea integral. Esta discusión está íntimamente ligada con la existencia de los sistemas de las garantías colectivas, cuya operatividad plena en este tipo de daños hemos sostenido, lo que no implica una fuga de responsabilidades sino la posibilidad de reparar de la mejor manera ciertos daños.

¹⁷⁰ Cafferatta, Nestor, *Teoría General de la responsabilidad civil ambiental*, en Derecho Ambiental y Daño, pag 58 y ss, Ed La Ley 2009

¹⁷¹ Andorno, Luis O, La responsabilidad por daño al medio ambiente, JA 1996_IV-877

¹⁷² Garrido Cordobera, Lidia M R , *La cuantificación de daños un debate inconcluso*, Rev Jurídica La Ley del 6 de agosto de 2007.

Nos moveremos con ciertos términos que conviene aclarar antes de avanzar: podríamos decir que Cuantificar es traducir a una suma de dinero el menoscabo que una persona ha sufrido a consecuencia de un hecho (se busca el resarcimiento del perjuicio a través de una suma compensatoria considerada equivalente), Indemnizar: es compensar o pagar en dinero el daño ocasionado y reparar in natura :es volver las cosas al su estado anterior . Como se observa todas parten del presupuesto de la existencia de un daño que debe ser resarcido pero cuyos alcances según que estemos en uno u otro varían

Con respecto a la temática ambiental, la Cámara Civil, Comercial y de Minería de General Roca en re "Sánchez Carrillo c. YPF SA", estableció que se configura impacto ambiental susceptible de generar responsabilidad para las empresas petroleras por el derramamiento de petróleo y residuos de procesamiento en un curso de agua siendo de aplicación para establecer la responsabilidad el factor objetivo consagrado en el Art. 1113 2da p del C.C. y en la actualidad se encuentra en Corte Suprema los problemas de la Cuenca Neuquina y de la cuenca del Riachuelo Matanza donde expresamente se dijo que "el reconocimiento constitucional del derecho al goce de un ambiente sano como 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 por venir, 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".

En materia de fallos podemos también citar como antecedentes interesantes Dante Duarte con Opalinas Hurlimghan, Maceroni c Fabricaciones Militares, Almada y otros c Copetro, Municipalidad de Magdalena c Shell, Subterráneo de Buenos Aires c Propietario de estación de Servicio Shell, Sagarduy y otros c. Copetro SA, Yalonzky c. ETAPSA Línea 24, Vinci c Schuawrtz y otro, Estancia Violeta SRL c Techint SA, Icardi c Nalco Argentina SA.

b) Regulación ambiental

Cabe señalar pues es muy importante como punto de partida al abordar el tema dos ítems o pilares básicos: 1) que con la Reforma a la Constitución en el año 1994 y especialmente con la incorporación del art 41, se ha establecido, que el daño ambiental generara prioritariamente la obligación de recomponer, 2) que con las distintas leyes ambientales de Presupuestos Mínimos dictadas a partir del año 2002 no cabe discutirse la aplicación del factor objetivo a la responsabilidad civil, pues ellas contienen expresas normas de responsabilidad en tal sentido.

La Ley General del Ambiente además de abordar una serie de cuestiones a las que hemos aludido como por ejemplo los principios ambientales expresados en el art 4, dispone de un capítulo expreso referido al Daño ambiental de incidencia colectiva, definiéndolo como toda alteración que modifique negativamente el ambiente sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos, siendo de aplicación a hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos, que por acción u omisión causen daño ambiental de incidencia colectiva (art 27).

Estableciendo en el art 28 que el que cause un daño ambiental será objetivamente responsable del restablecimiento al estado anterior y que en el caso de no ser técnicamente posible en cuyo caso procederá la indemnización sustitutiva que se deposita en el Fondo de Compensación Ambiental creado por la misma ley.

La exención de responsabilidad solo se producirá si los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por el que no se deba responder (art 29). Se aclara que no debe mediar culpa concurrente del responsable y Pizarro señala con acierto que si bien la Ley no menciona expresamente al Caso fortuito no

cabe duda de su virtualidad eximitoria siempre que sea externo a la actividad despegada²⁰⁶.

Su lectura interpretativa de la aparente contradicción en la norma es la de considerar que la ley no dice que el sindicato como responsable se libera acreditando que pese a haber adoptado todas las medidas para evitar el daño, no pudo hacerlo; el sentido es el que no puede invocarse como eximente la culpa de la víctima o de un tercero extraño cuando dicha conducta es imputable al sindicato como responsable, "en suma no hay contradicción alguna en la ley: la responsabilidad es objetiva y las eximentes que se admiten son propias de tal sistema"¹⁷³.

Si en la comisión del daño ambiental colectivo hubieren participado dos o mas personas o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada uno, todos serán solidariamente responsables frente a la sociedad sin perjuicio del derecho de repetición entre ellos (art 31)¹⁷⁴.

Un dato importante es que esta ley establezca que la responsabilidad se extiende a las autoridades y profesionales cuando nos encontramos frente a la responsabilidad de una persona Jurídica, pese a que plantea perplejidad en algunos autores pues una aplicación muy laxa podría conducir a resultados absurdos, creemos que se refiere a los que tienen un nivel de intervención y de decisión relevante¹⁷⁵.

El art 30 deslinda ambos tipos de daños ambientales, el colectivo facultando para accionar al damnificado, al Defensor del Pueblo, ONG ambientales, conforme al art 43 CN y al Estado Nacional, Provincial o Municipal y frente al daño individual faculta a la persona directamente damnificada¹⁷⁶.

Por su parte no hay que olvidar que art 28 referido a las consecuencias de un daño ambiental colectivo establece que frente a la imposibilidad técnica del restablecimiento al estado anterior la suma que se establezca como indemnización deberá depositarse en el Fondo de Compensación

Los efectos de la sentencia son *erga omnes* a menos que la acción sea rechazada, aun parcialmente por cuestiones probatorias y el Juez conforme lo faculta el art 32 tiene un rol muy activo, pudiendo disponer las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso a fin de proteger el interés general.

Recordemos que la Ley General del Ambiente en su art 34 crea el Fondo de Compensación Ambiental administrado por la autoridad competente en cada jurisdicción, destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos y peligrosos sobre el ambiente, la atención de las emergencias ambientales y la protección, preservación conservación y compensación de los

²⁰⁶ Pizarro, Ramón D, *Responsabilidad Civil por riesgo creado y de Empresa*, t 3 pag 538 y ss, Ed La Ley 2006

¹⁷³ Pizarro, Ramón D, *Responsabilidad Civil por riesgo creado y de Empresa*, t 3 pag 539, Ed La Ley 2006

¹⁷⁴ Garrido Cordobera, Lidia M R *Responsabilidad de los grupos riesgosos*, en Creación de riesgos II Ed Rubinzal Culzoni 2007

¹⁷⁵ Pizarro, Ramón D, *Responsabilidad Civil por riesgo creado y de Empresa*, t 3 pag 539, nota 65, Ed La Ley 2006

¹⁷⁶ CSJN "Mendoza c Estado Nac y otros" LL 14 de septiembre 2006

sistemas ecológicos y del ambiente, decimos una vez mas que lamentablemente es solo letra muerta.

Menciona también la citada ley los institutos del seguro ambiental obligatorio y la posibilidad de crear un Fondo de restauración (art 22 de la Ley 25.675).

Pese a todo esto sostenemos firmemente que en el tema del daño ambiental, el rubro de la indemnización o reparación tiene un rango subsidiario, ya que lo primordial es la prevención y la evitación de mayores perjuicios, y es allí donde indudablemente el Estado aparece como el sujeto que mejor dominio de la cuestión puede tener.

Dijimos que ha de intentarse que con los procesos de control se eviten los daños al detectar las situaciones de peligro, se contrarresten los efectos lesivos antes de que se consoliden, o bien, cuando éstos comienzan a originarse, obstaculizar su producción atacando la causa desde su raíz.

La Ley Gestión Integral de Residuos Industriales y de actividades de servicio (Ley 25612) dispone en su art 40 que se presume salvo prueba en contrario que todo residuo definido según los alcances del art 2 de esa ley¹⁷⁷, es cosa riesgosa en los términos del 2do párrafo del art 1113 del CC, estableciéndose un régimen de responsabilidad muy estricto que surge de los arts 41, 42 y 43¹⁷⁸.

En ellos se establece que no es oponible a terceros la transmisión del dominio o abandono voluntario de los residuos industriales o actividades de servicio, que la responsabilidad no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de estos, salvo cuando el residuo sea utilizado como insumo de otro proceso productivo o los daños causados por el mayor riesgo como consecuencia de un manejo o tratamiento inadecuado o defectuoso.

El art 42 establece que no operara la eximición por culpa de un tercero por quien no se deba responder cuya acción podría haber sido evitada con empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso.

La ley 25670 de Gestión y eliminación de PCBs establece en su art 19 también que se presume salvo prueba en contrario que el PCBs, PCBs usado y todo aparato que contenga PCBs es cosa riesgosa en los términos del 2do párrafo del art.1113 del CC y que se presume salvo prueba en contrario que todo daño causado es equivalente al daño causado por un residuo peligroso.

Como vemos en estas leyes de Presupuestos Mínimos ambientales se ha establecido una expresa responsabilidad objetiva acorde al sistema imperante en el Derecho Internacional.

10.Conclusión

¹⁷⁷ Ley 25612, Art. 2 Se entiende por residuo industrial a 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 productor o generador no pueda utilizarlo, se desprenda o tenga la obligación legal de hacerlo

¹⁷⁸ Pereiro de Grigaravicius, Ma Delia, *La responsabilidad civil frente a la nueva ley de residuos industriales y la regulación anterior sobre residuos peligrosos y patológicos* LL2004-C-1311
La ley anterior cuya vigencia parcial se discute es la Ley 24051

Vivimos en un mundo tecnificado y globalizado en el que las circunstancias que rodean la vida del hombre son cada vez más complejas, se habla un mundo de riesgos de continuos peligros¹⁷⁹. todos soportamos ciertos riesgos latentes y nos beneficiamos en mayor o menor medida del avance de la ciencia y de las técnicas

En sus reflexiones Ciuro Caldani dice que el hombre es un ser especialmente abierto a los riesgos, el ser humano asume la inseguridad pero busca la seguridad y entre los caminos para lograrla está la responsabilidad¹⁸⁰

Sin embargo debemos tener presente que la protección de las víctimas tiene carta de ciudadanía desde hace décadas en el derecho de daños. lo mismo que el derecho a la reparación

Si queremos un régimen humanista debemos respetar todos los aspectos de la complejidad del sistema para devolverle al hombre y a la naturaleza la dignidad de ser el núcleo y no una variable económica

Se habla del principio *Pro homine* como plataforma de acción de estos derechos fundamentales que tienen protección en el principio protectorio, que incluye los principios de prevención y precaución, y la tutela de los sujetos considerados vulnerables y Lorenzetti hace lo propio al analizar los derechos Fundamentales pero sobre todo debe hacerse carne el *principio de no regresión* en materia ambiental.

Creemos que el Derecho es evolución y que el arte de impartir justicia es brindar a los particulares o a la comunidad en el caso concreto, a veces mediante normas que no son una panacea pero que con una adecuada interpretación pueden darnos una solución a los conflictos planteados, y por ello consideramos aplicables los principios del Derecho de Daños con su visión amplia a la cuestión ambiental.

¹⁷⁹ Zavala de Gonzáles, Responsabilidad por riesgos, pag 23 yss

¹⁸⁰ Ciuro Caldani, Reflexiones sobre el riesgo, la responsabilidad y el Seg, RCyS marzo 2011.