



Introducción al derecho ambiental

Néstor A. Cafferatta

Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales
Instituto Nacional de Ecología
Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

© Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

PRÓLOGO

Isidoro H. Goldenberg

El derecho ambiental se encuentra en una etapa de plena formación. Su creciente importancia va ligada a la trascendencia de los bienes en juego, en defensa del medio ambiente, a saber: la calidad de vida, el desarrollo sustentable, la salud pública, la inocuidad, la dignidad de la vida y el resguardo del futuro de la especie humana.

Esta obra es una magnífica introducción a las cuestiones más novedosas del derecho ambiental. Combina el análisis jurídico de los institutos de derecho, sustantivo y procesal, que mayores mudanzas registran, a partir de la emisión de los denominados intereses difusos, y derechos de tercera y cuarta generación, en cuanto atiende a las necesidades de un nuevo sujeto plural de derecho: las generaciones futuras; circunstancia que el intérprete debe tener muy en cuenta.

En Argentina, el dictado de una serie de leyes de presupuesto mínimo de protección ambiental, ha generado un extraordinario interés por el estudio, y la profundización de las reglas singulares que las caracterizan, fruto además, de la rica labor pretoriana sobre la materia.

Se trata de un trabajo que constituye una lúcida investigación, y un meritorio esfuerzo de sistematización, transmisión de conocimientos, experiencias y doctrina, que fortalece la cultura jurídica ambiental, y que se ofrece como material de imprescindible lectura para los operadores del derecho.

Septiembre de 2003
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE BUENOS AIRES

PRESENTACIÓN

*Aquilino Vázquez García
y Rossana Silva Reppetto*

Independientemente de la discusión acerca de su autonomía, la cual adquiere una fuerza cada vez mayor, el derecho ambiental es una disciplina ampliamente recurrida por académicos y juristas, quienes estudian y aplican los principios rectores de esta materia, con la finalidad de sustentarlos como elementos metodológicos indispensables en la resolución de las problemáticas jurídicas derivadas de la sobreexplotación de un factor antiguamente considerado como "externo" a la dimensión humana: el ambiente.

De esta forma, el uso ilimitado que ha realizado el hombre de los bienes y servicios ambientales ha dado lugar a profundas modificaciones dentro de su entorno, las cuales repercuten en forma última, sobre su calidad de vida. El reconocimiento de estas modificaciones dio pie a la creación de medidas jurídicas encaminadas a la protección y uso racional del ambiente. Las primeras legislaciones modernas que pudiesen ser definidas como ambientales, surgen del reconocimiento de la contaminación ambiental como un problema de salud pública, razón por la que fueron denominadas como sanitarias, además de que se encontraban incluidas en códigos y reglamentos de este tipo.

La explicación de esta tendencia es en realidad bastante lógica si analizamos la visión que en ese momento se tenía de la problemática ambiental y para ello, basta recordar *The Silent Spring* de la escritora y activista norteamericana Rachel Carson. En dicho libro la autora relata como en un día de primavera al ir paseando por el bosque, se percató de que algo raro estaba sucediendo: a pesar de que todo parecía normal, había algo raro en el ambiente que nunca había notado y eso era que no se oía el canto de los pájaros ni se veían

peces en los ríos y la pregunta era ¿dónde están? La respuesta no fue inmediata; sin embargo, tras un tiempo de investigaciones la verdad salió a flote, revelando que todo ello se debía a la inclusión al ambiente de una sustancia considerada hasta ese momento inocua, el DDT, utilizada en los campos de cultivo para combatir las plagas y poder de esta forma obtener mejores rendimientos agrícolas.

Una vez que esta sustancia ingresa en los ecosistemas puede provocar daños irreversibles sobre los elementos de las cadenas tróficas, en este caso específico, el DDT tras ser aplicado, se puede movilizar hacia los cuerpos de agua envenenando a los peces, los cuales al ser ingeridos por las aves transmiten el veneno, provocando daños o la muerte de estos organismos. Todo ello, en su última instancia, conlleva la producción de afectaciones directas o indirectas sobre la salud de los humanos. Es por ello que cabe preguntarse ¿en que momento fenómenos como la contaminación o la pérdida de cubierta vegetal dejan de ser problemas ambientales para convertirse en problemas de salud pública? Ésta es, sin duda, una pregunta más fácil de plantear que de responder, ya que dada la estrecha vinculación e interdependencia existente entre estas dos materias, se necesita realizar un abordaje del tema en el entendido de que el Derecho Ambiental es una ciencia de síntesis, la cual, a través de sus planteamientos, intenta dar cauce jurídico a toda una serie de situaciones que, dada su complejidad y la gran cantidad de actores que intervienen en ellas, debe atender situaciones poco comunes y difíciles de solucionar desde una perspectiva jurídica ortodoxa.

Hasta el momento hemos dado por sentado que el daño ambiental constituye el cuerpo del ilícito ambiental y lo identificamos en una primera instancia como toda aquella actividad humana o natural que produzca alguna alteración que repercute en cierta forma sobre la salud o nivel de vida de la gente y la estructura de los ecosistemas. Sin embargo, ante esta perspectiva, Néstor Caffarena se pregunta si en realidad cualquier alteración a la naturaleza puede considerarse como un daño y su respuesta es no. Siendo así, entonces ¿cuáles actividades deben ser consideradas como dañinas para el ambiente? Y dichas actividades ¿qué tipos específicos de daño ejercen sobre éste?

Dado que existen diversas formas en las cuales el ambiente puede ser alterado, también pueden ser muchos los individuos afectados por dicho daño, ya que éste actúa tanto dentro del ámbito de los derechos de los particulares

o del interés jurídico, como en el ámbito de los llamados derechos colectivos o difusos. Es por ello que muchas cartas magnas, incluyendo la mexicana, consagran la obligación del Estado de proteger el derecho de todo ser humano a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. Dicha situación nos conduce al campo de la defensa de los derechos supra-personales, los cuales reivindican y demandan, además del reconocimiento de ese derecho legítimo, la instrumentación de los medios jurídicos necesarios para su salvaguarda eficaz.

De la misma manera que una colectividad puede resultar afectada por un daño ambiental específico, no deja de ser cierto que estos daños pueden igualmente ser provocados por otra colectividad, por lo cual cada vez son más comunes las legislaciones que se manifiestan a favor de la instauración de sistemas de responsabilidad solidaria y de otros medios de legitimación del obrar por daño ambiental colectivo. Acerca de esto, el Dr. Caffèratta comenta que "el tema de la legitimación ha adquirido una nueva dimensión a partir de la categoría de intereses difusos, supraindividuales, de las llamadas acciones de clase, de la defensa de los derechos de incidencia colectiva."

Otro de los problemas derivados de la concepción del daño ambiental como una categoría jurídica diferente a las demás, es la particular dificultad que puede implicar el atribuir el nexo causal que liga al productor del daño con el daño mismo; esto se deriva de que el daño puede tener un sustrato físico indeterminado, esto es que una sustancia puede contaminar tanto suelos, aguas y la atmósfera, por lo cual, al momento de detectar el daño en un punto dado el rastreo de la fuente puede resultar muy difícil o imposible, por lo que algunos doctrinarios han propuesto mecanismos jurídicos como la inversión de la carga de la prueba, con lo cual la parte demandante queda excluida de la responsabilidad de presentar los elementos que demuestren fehacientemente la responsabilidad del demandado, quedando sobre éste último la carga de aportar las pruebas periciales y documentales que comprueben que no ha incurrido en la conducta que se le imputa, además de que los problemas intrínsecos derivados de la valoración del daño ambiental y el hecho de que en muchas ocasiones éste no puede ser reparado.

Esta obra aborda tanto desde la perspectiva regional como global, aspectos del derecho ambiental en una forma clara y rigurosa, haciendo que sus

disertaciones en la materia resulten de suma utilidad para la comprensión de esta compleja y fascinante rama del derecho, así como para abonar la discusión acerca de cuáles son las estrategias más adecuadas para la regulación y salvaguarda de nuestro ambiente vital.

INTRODUCCIÓN

La problemática ambiental plantea a los operadores jurídicos enormes desafíos para dar respuestas a nuevas y acuciantes necesidades sociales. En esa tarea, despiertan interés de la doctrina, el estudio de los principios rectores de derecho ambiental, y el análisis de institutos clásicos, que por insuficiencia disfuncional, están en franca revolución. Desde el *sistema jurídico sustantivo de la responsabilidad civil por daños*, en especial del daño ambiental colectivo o de incidencia colectiva (daño al ambiente en sí mismo), y su variante *extrapatrimonial supraindividual*, del daño moral colectivo, y en casos *cocausación*, *conurrencia de causas*, *concausas*, introducción de un régimen propio para supuestos de "responsabilidad colectiva o anónima". Preocupa, además, la relación de causalidad del daño ambiental. Desde la *óptica procesal*, las cuestiones de legitimación del obrar en las causas ambientales, la carga de la prueba, apreciación de la prueba, los efectos de la cosa juzgada, el perfil o rol del juez y la prueba del daño ambiental. Y con una *visión de unidad* de la regulación normativa sustantiva-procesal, la valoración del daño ambiental.

Desarrollaremos estas cuestiones, a la luz de la legislación y la doctrina argentinas y con respecto al derecho comparado.

PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL

DERECHO AMBIENTAL

Corresponde recordar en este inicio que el derecho ambiental, disciplina jurídica en pleno desarrollo y evolución,¹ constituye al conjunto de normas regulatorias de relaciones de derecho público o privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la prevención de daños al mismo, a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural, lo que redundará en una optimización de la calidad de vida.²

Es que el derecho ambiental, "el otro yo orteguiano", supone, indisolublemente, el derecho a la vida, a la salud, implica una gran aproximación de lo privado a lo público, o dicho de otra manera, "la vida privada se tiene de pública".

De lo expuesto surgen claramente los grandes desafíos que plantea la compleja —pero al mismo tiempo angustiante y vital—, problemática ambiental: en cuanto atañe a la plenitud de la vida, la lucha frontal contra el riesgo o peligro a la incolumidad ambiental. Ello requiere de una nueva cultura jurídica. De un golpe de timón con la transfiguración de principios y estándares. Priorizando "respuestas vivas a los problemas de hoy".³

En esta tarea, Lorenzetti, lúcidamente, afirma que: "El surgimiento de los problemas relativos al medio ambiente incide en la fase de las hipótesis, de planteamiento de los problemas jurídicos, suscitando un cambio profundo que avanza sobre el orden del Código, proponiendo uno distinto, sujeto a sus

propias necesidades. "El derecho ambiental es descodificante, herético, mutante: "se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, endugiéndoles 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".⁴

Por ello es que no ajusta que en relación al paradigma jurídico tradicional, el derecho ambiental se lo considere, reaccionario, de "carácter contestatario". Y que se afirme la idea que el derecho ambiental es una disciplina funcional o finalista, en el sentido de que no se encuentra como una rama jurídica neutra, pues trae una especie de *obligation de resultat* (obligación de resultado), según la expresión del notable jurista francés M. Prieur.⁵

Se apunta como fines de esta materia: formar viable un objetivo primario, macro-objetivo, ligado a la sustentabilidad,⁶ y el estado socioambiental del derecho, y de varios objetivos secundarios, microobjetivos, que se refieren, entre otros, a la protección de la salud y seguridad humanas, salvaguarda de la biosfera por sí, conservación del patrimonio estético, turístico, paisajístico, prevención, reparación y represión del daño ambiental, facilidad de acceso a la justicia, transparencia y libre circulación de la información ambiental, eficiencia económica, tutela de la propiedad, conocimiento científico y tecnológico, estabilidad social, democratización de los procesos decisivos ambientales.⁷

Ya hemos dicho que "el derecho ambiental es una novísima disciplina jurídica,⁸ de matriz desconcertante:⁹ como se verá, su contenido es predominantemente social, aunque a la par, es considerado como un derecho personalísimo,¹⁰ y que, a su vez, constituye un derecho subjetivo privado/público, con base constitucional. Además, participa la naturaleza compleja de su tipología difusa, grupal, colectiva, comunitaria, característica de los denominados por la Constitución Nacional de 1994, los derechos de incidencia colectiva (conocidos por la doctrina procesal, como intereses difusos); esto lo lleva a que puedan alojarse, indistintamente, de modo fungible, adoptando la clasificación trilogica de Jellinek, conforme casilleros clásicos, en situaciones que inciden sobre derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples.

Es un nuevo derecho, pero que porta caracteres de transmutante, "invasor",¹¹ "abarcativo", que instalado como una problemática acuñante, de un-

gente solución, produce disfuncionalidades —por insuficiencia de adaptación— en los institutos ortodoxos, clásicos, históricos, del derecho de tradición romana y liberal, de base individualista, transformándolos, cambiando, flexibilizando, modificando, su impronta genética, para satisfacer necesidades generales, de amplios sectores de la comunidad, de respuesta incluyente. Ello provoca una suerte de "insurrección" contra el proceso civil clásico (Antonio Benjamín), en el sentido que le demanda una inteligente adecuación a esas nuevas realidades.¹²

Ojeda Mestre¹³ ve el "nuevo" derecho ambiental como un derecho extremadamente joven, tanto en lo doctrinario como en lo normativo, muy dinámico y cambiante, que por su propia lozania, sufre una Metamorfosis Continua, buscando espacios en las más variadas facetas del derecho, a las que se incorpora "incluso a contrapielo", abundante y escaso a la vez, que sobre todo en los países no desarrollados, padece raquitismo de eficiencia. Además, destaca que "en cuanto derecho intergeneracional, el derecho ambiental moderno atiende a una doble dimensión de temporalidad."

También señala que es un derecho declarativamente cada más solidario, con interdependencia marcada con los derechos a la vida, a la salud, a la libertad, a la intimidad y con una necesaria simbiosis con el desarrollo económico. Es pues, a querer o no, un derecho subordinado a otros. Su finalidad es velar por los intereses colectivos, no individuales sino difusos, sobre bienes de uso y goce colectivos. Tiene también en su singular teleología la intención de asumir "la calidad de vida" como valor. Calidad de vida que va de la mano del reconocimiento a la dignidad humana.

Mario F. Valle¹⁴ dice que el derecho ambiental: "Norma la creación, modificación, transformación y extinción de las relaciones jurídicas que condicionan el disfrute, la preservación y el mejoramiento del ambiente. Contiene normas de derecho privado, de derecho público y otras de orden público. Se caracteriza por ser: a) Una especialización jurídica; b) Un correctivo de los errores y deficiencias de todo el sistema jurídico común; c) Parte integrante o estar íntimamente relacionado a las demás ramas del derecho, a las que modifica y en las cuales suele encontrar su fuente; d) Evolutivo y dialéctico; e) Conciliador y transaccional entre los intereses de las partes que pretenden ejercer derechos sobre un bien común como es el ambiente. Su objetivo político es conjugar el desarrollo ambiental con el

económico; f) Un instrumento de política ambiental, lo que, como parte del derecho, sea un fin en sí."

Otros autores, limitan el concepto del derecho ambiental, a resolver desde la óptica jurídica, la polución. En ese sentido, Abatti, Dibar y Rocca¹⁷ lo conciben bajo la denominación de ecoderecho, como un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones del derecho público o privado tendientes a mantener el medio ambiente libre de contaminación o mejorar sus condiciones para el caso de hallarse contaminado, todo ello a la luz de los estudios de las relaciones entre los organismos y su medio, tendiente en última instancia a mantener o lograr el equilibrio natural.

Tiempo atrás, el notable jurista Guillermo Cano¹⁸ enseñaba que "el derecho ambiental comprende las normas legales referentes al uso y conservación de todos los bienes, fenómenos, y elementos que componen el ambiente humano, que se integra a su vez, por el entorno natural, formados por los recursos vivos o biológicos y los recursos naturales inertes; y el entorno creado, cultivado, edificado por el hombre y ciertos fenómenos naturales, en tanto influyan en la calidad del entorno desde el punto de vista del interés humano; la doctrina conducente a su formulación e interpretación; las decisiones jurisprudenciales; y los usos y costumbres correlativos.

Basta efectuar una breve recorrida por las divisiones ortodoxas para registrar la omnipresencia de este *tertium genus*, especialidad, esta novísima rama del derecho o "nuevo derecho".¹⁹ Es que no se debe perder de vista que "el ambiente es un todo interdependiente que no reconoce fronteras. Y la protección del medio comprende diferentes acciones desde un enfoque global".²⁰

Desde posiciones extremas, se llega a predicar, que todo el derecho es ambiental.²¹ A su vez, calificada doctrina, considera como una etapa de su evolución, la posibilidad de que una nueva especialidad jurídica se abra camino dentro del derecho, que denomina derecho de la biosfera.²²

De lo que no cabe duda, que entre ambiente y salud existe una estrecha relación.²³ Así, se ha dicho que "el derecho a la tutela del ambiente o derecho al ambiente salubre, puede considerarse expresión del derecho a la salud".²⁴

Por lo expuesto, es de advertir que el derecho ambiental lo integran normas de base interdisciplinaria, que exceden el ámbito jurídico, con rigurosa regulación técnica, de agrupamiento de derecho privado y de derecho público, con primacía de los intereses colectivos, aunque también hay institucio-

nes de derecho ambiental que producen efectos simultáneos en ambos órdenes. Por lo demás, entendemos que el derecho ambiental se inscribe dentro de la órbita de los asuntos sensibles al interés social. En el orden privado, avanza el orden público en numerosas situaciones ambientales. El derecho ambiental exhibe como ningún otro derecho, una interrelación estrecha entre la normativa pública (constitucional, penal, administrativa) y privada-civil, comercial, derecho del consumidor.²⁴

Así, Silvia Jaquenod de Zsogon²⁴ señala que: "el Derecho Ambiental, sustancialmente público y privado a la vez, en cuanto protector de intereses colectivos, de carácter esencialmente preventivo y transaccional, se perfila como una combinación de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos que se orientan a lograr la protección de todos los elementos que integran el ambiente: natural y humano, mediante un conjunto integral de disposiciones jurídicas que, por su naturaleza interdisciplinar, no admiten regímenes divididos y reciprocamente se condicionan e influyen, en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes".

"Para algunos especialistas, principalmente europeos, el derecho ambiental es un derecho "horizontal", en el sentido que se solapa y cruza a través las distintas ramas del derecho (derecho civil, derecho administrativo, derecho penal, derecho internacional, etc.) y es un derecho de "rec agrupamiento", en cuanto se limita a reunir y aglutinar disposiciones dispersas en una pluralidad de textos normativos. Más que una nueva rama del derecho, con principios, instituciones y reglas propias, el derecho ambiental, para quienes piensan de esta forma, tiende únicamente a penetrar todas las especialidades jurídicas reconocidas y consagradas por la doctrina para orientarlas en un sentido ambientalista, lo que equivale a sostener que carece de especificidad sistemática propia".²⁵

Pero su complejidad estriba no sólo en ser una problemática multi e interdisciplinaria,²⁶ transversal,²⁷ y como el arco iris, de colores varios, mixto. Reafirmando su singularidad mutagénica, la novedad como se ha dicho, es que esta disciplina jurídica tiene dos caras. Por ello, el magistrado del Poder Judicial Federal de México, Neófito López Ramos, destaca con razón, que el Derecho Ambiental es como el Dios Jano y necesita de odres nuevos.²⁸

En ese sentido, su perfil bicéfalo, híbrido, comprende una "doble personalidad",²⁹ que lo lleva a dar alojamiento a intereses bipolares: aunque pre-

dominantemente, derecho social, colectivo o grupal, el derecho ambiental, de carácter bifronte y naturaleza mixta, a su vez, debe ser considerado como un derecho personalísimo, humano básico.²⁰ Siendo la salubridad del ambiente una condición para el desarrollo de la persona, es cada vez mayor la tendencia a reconocer en el derecho al ambiente una autónomo derecho de la personalidad.²¹

Así, en doctrina judicial, se entiende "como una ampliación de la esfera de la personalidad humana, ya que si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio y en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos, es por esta razón que el derecho al ambiente halla su ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, teniendo en cuenta además, que otros de ellos —como la integridad física y la salud— se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre".²²

En México, Raúl Brattes Ballesteros define el derecho ambiental como aquél sector del ordenamiento jurídico que regula las conductas humanas que puedan influir, con efectos respecto de la calidad de la vida de las personas, en los procesos de interacción que tienen lugar entre el sistema humano y su sistema de ambiente.²³ Desde Colombia, nos llega la opinión de Irma Sus y Andrés Pastrana, que definen el derecho ambiental —que denominan "derecho ecológico"—, como la "disciplina que tiene por objeto la defensa de todos los elementos que constituyen el ambiente, los recursos tanto renovables como no renovables, los recursos culturales y los recursos humanos".²⁴

De Brasil, Neto concibe el Derecho ecológico "como el conjunto de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos informados por principios apropiados que tienen por fin la disciplina de comportamientos relacionados con el medio ambiente".²⁵ A su vez, Edis Milaré adopta la siguiente definición: "Derecho de Ambiente, se considera el complejo de principios y normas reguladoras de las actividades humana que, directa o indirectamente, pueden afectar la sanidad del ambiente en su dimensión global, vigilando su sustentabilidad para la las presentes y futuras generaciones".²⁶

Una noción descriptiva, amplia, de la materia, postula H. Barreira Custódio,²⁷ entiende por derecho ambiental el "conjunto de principios y reglas impuestas, coercitivamente, por el Poder Público competente, disciplinadora de todas las actividades que directa o indirectamente relacionadas con el uso racional de los recursos naturales (aire, aguas superficiales y subterráneas, aguas continentales o costeras, suelo, espacio aéreo y subsuelo, especies animales y vegetales, alimentos y bebidas en general, luz, energía), bien como la promoción y protección de los bienes culturales (de valor histórico, artístico, arquitectónico, paleontológico, ecológico, científico), teniendo por objeto la defensa y preservación del patrimonio ambiental (natural y cultural) y por finalidad la incolumidad de la vida en general, tanto la presente como la futura."

Un concepto restringido propone Ramón Martín Mateo,²⁸ a la vez señala que el derecho ambiental se encuentra lejos de su madurez, si es que puede alcanzarla algún día dada su íntima conexión con una problemática científica que dista de estar resuelta, el cual según su versión, incluye "los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra. Puede pensarse también que entre tales elementos cabría incluir el suelo, como efectivamente parece entender la Administración ambiental americana... pero creemos que la gestión del suelo o bien reconduce a la ordenación global del territorio y a la lucha contra la erosión con trascendencia más amplia que la propia gestión ambiental, o a la postre, se conecta con los ciclos del agua y del aire, bien en cuanto sustancias depositadas en el suelo y que en aquellos se transportan, bien en cuanto a eventuales alteraciones de estos ciclos al perturbarse las condiciones meteorológicas, por obra, por ejemplo de la deforestación."

Desde otro punto de vista, Pigretti,²⁹ ve en el derecho ambiental un desafío que replantea la relación del hombre con la naturaleza, como asimismo la relación del hombre con el grupo social, que aún no tiene recepción adecuada del derecho, aunque está en juego en la cuestión, el derecho a la vida y la integridad personal. Esta postura sostiene que la responsabilidad es patrimonial de hombre a hombre. El derecho civil desarrolla únicamente un derecho micro, entre personas individuales que llevan sus cuestiones al juez. Por tal razón es difícil concebir la existencia de los llamados intereses difu-

ses, acciones de clases o acciones ecológicas, que suponen una interrelación del hombre con el grupo social y que en consecuencia, superan la relación patrimonial individual.

Así, este académico reclama: "nuevos métodos, nuevas formas, nuevos criterios de justicia, nuevas leyes, deberían estructurarse para resolver la problemática que afrontamos; estos criterios saldrán de una interdisciplina científica que permita definir el *quantum*, desde el punto de vista de las ciencias exactas y naturales, para que el jurista pueda —inmerso en esa realidad— resolver "lo justo de cada uno". Así, en otro trabajo este mismo autor, enfatiza que el Derecho Ambiental constituye, un nuevo ámbito de responsabilidad, con criterios, principios e instituciones singulares.⁴⁰

Por último, en otro orden, cabe destacar que el derecho ambiental se inscribe dentro de los llamados "derechos de tercera generación", según la clasificación de derechos humanos que distingue, de acuerdo con su naturaleza, tres grupos: " los derechos de "primera generación" (civiles y políticos), de "segunda generación" (sociales, económicos y culturales) y los de "tercera generación", fundados en la solidaridad, entre los que se encuentra el derecho a la paz, al medio ambiente y al desarrollo.

Lorenzetti⁴¹ explica que "los derechos fundamentales de primera generación se refirieron a la libertad y fueron consagrados a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre. Tratan de poner límites a la actividad del Estado en cuanto importa una intromisión en la vida de los individuos. Son ejemplos el derecho a la libertad, a la vida, a la integridad física, a la propiedad. Su característica es negativa, son obligaciones de no hacer por parte del Estado, en beneficio de la libertad individual. La segunda categoría de derechos reconocida fue la de los denominados "derechos sociales": derecho al trabajo, a la vivienda digna, a la salud. Fueron incorporados a través del constitucionalismo social de mediados del siglo pasado. Su característica es que importan obligaciones de hacer o de dar por parte del Estado. Los inspira la lógica de fomento, que deriva en normas promocionales. Constituyen la base jurídica del "Estado de Bienestar".

Por último, este notable jurista,⁴² señala que los derechos de Tercera generación, denominados "nuevos derechos", surgen como respuesta al problema de la "contaminación de las libertades".⁴³ Este fenómeno apunta a la degradación de las libertades por los nuevos avances tecnológicos: calidad de vida,

medio ambiente, la libertad informática, el consumo, se ven seriamente amenazados. También se suele incluir aquí a los que protegen bienes tales como el patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho a la autodeterminación, la defensa del patrimonio genético de la especie humana.

Estos derechos, dice E. Jiménez,⁴⁴ llamado también de cooperación y solidaridad, pues en el decir de cierto sector de la doctrina tienen como fundamento ambos valores; parecen presentarse como emergentes del desarrollo desmedido de la sociedad industrial, que sabido es ha causado serio impacto en el medio ambiente y la calidad de vida del hombre, con repercusiones a la fecha inimaginables. Este constitucionalista propone que el valor fundante de esta nueva generación de derechos pasa por otro andarivel que no se aglutina alrededor de la libertad sino del freno frente al abuso, a cuyo efecto sostiene que se sustentan en un valor enancado en la voz "paz", en cuanto un derecho de síntesis que incluye y engloba prácticamente todos los demás derechos, toda vez que su realización efectiva supone la afirmación de todos los demás.

Bidart Campos⁴⁵ enseña que en la actualidad el plexo de derechos humanos se descompone en tres categorías, según el orden cronológico en que fueron apareciendo históricamente. Se habla así, de tres generaciones de derechos por la época en que se generó cada una. Los derechos de la primera generación fueron, y continúan siendo, los clásicos derechos civiles y políticos; los de la segunda generación emergen como derechos sociales, económicos y culturales (o derechos sociales en su conjunto), con el constitucionalismo social en el siglo XX, los derechos de la tercera generación atisban incipientemente desde hace escaso tiempo, e incluyen el derecho a la paz, a la cultura, a un medio ambiente sano, a la comunicación e información, etc. Podrían titularse derechos colectivos.

A su vez, Augusto M. Morello⁴⁶ enseña que los derechos del hombre de la tercera generación se agrupan en torno de un esquema madre —derecho de la solidaridad— y comprende, principalmente, al menos hasta el momento, a cuatro categorías de "nuevas" libertades: a) el derecho a la paz; b) el derecho al desarrollo; c) el derecho al medio ambiente; y d) el derecho al respeto del patrimonio común de la humanidad.⁴⁶ Pero además, este extraordinario maestro de nuestro derecho, considera que el derecho ambiental, encierra Derechos de Cuarta generación, por su carácter intergeneracional —en fa-

vor de los que vendrán—, lo que conlleva un deber actual exigible: de conservación o preservación de los recursos naturales, según la regla del artículo 504 CC, estipulación en favor de un tercero, constituida por un grupo igualmente protegido: las generaciones futuras.”

PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO AMBIENTAL

Intelligentemente, Morand Deviller ha dicho que “ninguna ley de orientación, deja de mencionar los “grandes principios” o como se ha calificado indistintamente, según la doctrina del Consejo de Estado francés, “principios fundamentales de ley”, “principios generales del derecho”, “reglas con valor constitucional”, “principios deontológicos fundamentales”, “exigencias fundamentales” o “principios elementales del derecho”. El ambiente no escapa a esta pasión, contribuyendo solidamente a esta actividad creadora.”

“El Derecho, como ciencia humana y social, se pauta también por los postulados de la Filosofía de las Ciencias, entre los que está la necesidad de principios constitutivos para que la ciencia pueda ser considerada autónoma y sea, suficientemente desenvuelta para existir por sí y situándose en un contexto científico dado. Luego por esas vías que, del tronco de venas y tradicionales ciencias, surgirán otras afines, como “rebentos” que enriquecen la familia; tales como los hijos, crecen y adquieren autonomía sin, con todo, perder los vínculos con la ciencia madre. Por eso, el natural empeño de legitimar el Derecho del Ambiente como rama autónoma del árbol de la ciencia jurídica, tiene a los estudiosos en desbrozar para identificar los principios o mandamientos básicos que fundamentan el desenvolvimiento de la doctrina que da consistencia a sus concepciones.”

Pero, podrá observarse que no es necesario la positivización de dichos principios, “porque el desorden aparente es signo de libertad y de vitalidad”. Pero el jurista, “tiene necesidad de pilares firmes, ... entonces busca orden, ... extraer algunas ideas fuerza, ... comparando, distinguiendo, a fin de apreciar el lugar que ocupan los principios generales o fundamentales en el derecho ambiental. Si responden ... a la necesidad de pilares estables para reaccionar contra la complejidad y la inseguridad jurídica, si los “grandes principios” se emplean cada vez más en el derecho, nos aseguran cuando estamos inquietos ..., nos estimulan cuando nos falta

imaginación ... ¿Por qué —pregunto—, renunciar a utilizar estas potencias mágicas?²²

Jaquenod de Szögön²³ destaca que: "Dada la juventud de la regulación jurídica del ambiente y, en consecuencia la convivencia de normas directamente protectoras del entorno con otras anteriores a dicha problemática — pero útiles provisionalmente en esa defensa— estos Principios Rectores resultarán a veces, más vinculados al mundo ideal del deber ser jurídico, que al real de lo que en la actualidad es el ordenamiento ambiental; sin embargo, esta convivencia de lo ideal y lo real en la formulación de los Principios Rectores no obsta a su solidez" ... Se entiende por Principios Rectores ... "los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justicia y la equidad social" ... "Son Principios Rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, porque suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho."

Al enumerar los principios que lo integran, Bustanante Alsina²⁴ señala como caracteres propios del derecho ambiental: 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 colectivos.

También Pigretti²⁵ sostiene que el derecho ambiental constituye a su vez, un nuevo ámbito de responsabilidad, con criterios, principios e instituciones singulares. Así, la nómina de principios propios sobre los cuales se estructura, de ninguna manera exhaustiva, contiene las siguientes menciones a) eticismo y solidaridad; b) enfoque sistémico; c) participación pública; d) interdisciplina; e) principio del contaminador-pagador; f) protección, mejora, defensa y restauración de la biosfera; g) uso racional del medio; h) coordinación de actuaciones; i) ordenamiento ambiental; j) calidad de vida; k) cooperación internacional.

A su turno, Moscat Iturraspe, señala entre sus principios rectores: 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 prematura; 9) de unidad de gestión; 10) de transpersonalización de las normas jurídicas ²⁴.

Homero Bibiloni²⁵ 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) 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) Subsumción de lo público y lo privado; t) Transpersonalización de las normas.

Este mismo autor²⁶ destaca que el Tratado de la Comunidad Europea Amsterdam (1997) permite referir en forma conceptual, 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.

En el contexto, la Ley General del Ambiente 25.675, de presupuestos mínimos de protección ambiental, sancionada el 08/11/2002, promulgada parcialmente por decreto 2413, el 27/11/2002, contiene una serie de principios que se transcriben seguidamente.

Principios de la política ambiental

Artículo 4: La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:

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, éste 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: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

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.

Artículo 5: 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.

Hemos destacado que resulta importante que la ley contenga *principios de política ambiental*. La sola mención de los mismos en un régimen de ley, constituye un avance en la materia.

FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Los principios como su propio nombre lo indica, se oponen a algo acabado, terminado, son ideas germinales. Son normas *prima facie* sin terminación acabada, y por lo tanto flexibles, susceptibles de ser completadas.⁴⁰

A su vez, los principios son ideas directrices, que sirven de justificación racional de todo el ordenamiento jurídico; son, pues, pautas generales de valoración jurídica. Líneas fundamentales e informadoras de la organización.⁴¹ "Las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos".⁴²

El jurista brasileño Edis Milare⁴³ recuerda que la palabra principio, tiene su raíz latina última, que significa "aquello que se toma primero" (*primum capere*), designando inicio, comienzo, punto de partida. Principios de una ciencia, según José Cretella Júnior, "son las proposiciones básicas, fundamentales, típicas, que condicionan todas las estructuras subsecuentes". Corresponden, *mutatis mutandi*, a los axiomas, teorema, y leyes en otras determinadas ciencias".

Eduardo Pigretti⁴⁴ distingue entre criterios y principios, para identificar dentro del primera denominación, a los conceptos aún no receptados legislativamente, a las tendencias del pensamiento jurídico, casi doctrinales y aun ciertas ideas en embrión. Manteniendo como principios a postulados reconocidos — en buena medida, indiscutidos —, a los doctrinariamente aceptados o establecidos por ley.

La doctrina actual es coincidente en que los principios son normas. Aunque no resulta sencillo establecer qué tipo de normas.⁴⁵

El profesor de Oxford, Ronald Dworkin²⁶, uno de los adalides de la tesis de los principios jurídicos, desde hace más de treinta años, llama principio "a un estándar que ha de ser observado, porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad". Por ello se dice que los principios, poseen una estructura abierta y flexible;²⁷ no obstante lo cual también se afirma, que los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del "peso" o importancia.²⁸

Para Esser²⁹ son razones, criterios o justificaciones de una directiva del obrar humano ante una situación determinada. En otras palabras, "razones que justifican decidir una cuestión en un sentido o en otro y que no necesariamente se encuentran positivadas".

O sea como se indica, los jueces lo sopesan, los ponderan, para poder decidir cual aplicar al caso y en que medida. Los principios no pueden aplicarse lógico-deductivamente como las reglas.³⁰ Así, los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma de aplicación de los principios.³¹ En este aspecto, como una forma de directriz, el Magistrado del Poder Judicial Federal, México, Neófito López Ramos,³² destaca que el mismo R. Alexy, concibe a los principios como mandatos de optimización, y sostiene que el punto decisivo entre reglas y principios es que estos últimos son normas que ordenan que algo "sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes."³³

Ampliando, Homero Babiloni³⁴ nos recuerda que según el Diccionario de la Real Academia Española, los principios son la base, el origen o la razón fundamental sobre la cual se procede en cualquier materia. También la causa y el origen de algo; pudiendo resultar cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes.

Tiempo atrás, el doctor Juan F. Linares³⁵ enseñaba que la noción de principios en general puede tener diversos sentidos: a) "la tradición, del derecho natural, del ideario liberal, de operaciones constructivas inductivo-deductivas o por analogía, respecto a ciertas leyes y fallos, de la doctrina, de valoraciones, actitudes y creencias colectivas vigentes, que se concretan en opinión pública, del derecho comparado e incluso de slogans y estereotipos políticos que se van proponiendo y entran en el campo de las creencias sociales"; b) "valoraciones conceptuales y tipificadas"; c) "descripción de acciones típicas

con sentidos de justicia o injusticia, moralidad o inmoralidad, prudencia o imprudencia, buena o mala política jurídica, que sirven de pautas para interpretar el derecho en caso de leyes oscuras o insuficientes"; d) enunciados de ciertos cometidos o fines del Estado que se valoran como justos, y que deben perseguir, cada uno dentro de su competencia, los órganos del Estado."

En resumen, Lorenzetti²⁵ puntualiza que la voz "principio" puede tener muchos usos, "tiene una función evocativa de los valores fundantes de un ordenamiento jurídico, también alude al inicio de algo que condensa, a las nociones básicas de una ciencia, a los caracteres esenciales de un ordenamiento que representan su "espíritu". En la jurisprudencia el principio es concebido como una regla general y abstracta que se obtiene inductivamente extrayendo lo esencial de las normas particulares o bien como una regla general preexistente. Para algunos son normas jurídicas, para otros reglas de pensamientos, para algunos son interiores al ordenamiento mientras que para otros son anteriores o superiores al sistema legal."

La función que cumplen los principios, brevemente resumida es la siguiente: 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 despertador de la imaginación creadora; g) los principios como recreadoras normas obsoletas; h) capacidad organizativa/ compaginadora de los principios; i) los principios como integradores."²⁶

En síntesis, las funciones de los principios, son concebidas de tal forma que "de faltar cambiaría el carácter de una institución o de todo el derecho, la consecuencia práctica es o debe ser que el principio se erige en criterio preferente para la interpretación de las normas singulares de su grupo o institución, por cuanto se supone que dota de sentido unitario y coherente al conjunto normativo"²⁷ Ese efecto de irradiación es identificado por Robert Alexy.²⁸ De esa manera, se concluye, el derecho ambiental debe tener preeminencia o mayor peso por grado sobre los derechos de propiedad o de industria, por ejemplo, y ese efecto irradia el texto constitucional, e influyen su interpretación en sede judicial o administrativa sobre el contenido y alcance de esos derechos."²⁹

Sirven como criterio orientador del derecho para el operador jurídico. Constituyen el fundamento o razón fundamental del sistema jurídico ambiental. Son el soporte básico del ordenamiento, prestando a éste su verdade-

ra significación. La primera función que cumplen los principios es la de orientar al legislador para que las leyes que se dicten se ajusten a ellos. Tienen una función interpretadora, operando como criterio orientador del juez o del intérprete.

Los principios generales, y en especial los principios básicos, propios de una rama especial del derecho, sirven de filtro o purificador, cuando existe una contradicción entre esos principios y determinadas normas que, querrán aplicarse a la rama específica. Suelen servir como diques de contención, ante el avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas del derecho. No solamente sirven como valla defensiva contra la invasión de otras legislaciones, sino que también actúan como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento y consolidación, de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas para el ensanchamiento de las fronteras de la especialidad.

En otras palabras, los principios tienen todas las funciones que se pueden adjudicar a las normas fundamentales. Entre ellas cabe destacar:²⁶ función integrativa en cuanto constituyen un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento; función interpretativa como un modo de subsumir el caso en un enunciado amplio, que ayuda al intérprete a orientarse en la hermenéutica correcta, adecuándolo a los valores fundamentales; función finalista, que permite orientar la interpretación hacia fines más amplios de política legislativa; función delimitativa: pone fin al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del derecho los principios constituye los lineamientos básicos que permite establecer un límite, al igual que los valores, a las bruscas oscilaciones de las reglas; función fundante: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas.

Emilio Beal²⁷ dice que los principios son criterios de valor acción y se caracterizan por una excedencia de contenido deontológico; por ello hay que medirlo, establecer su relación con otros principios y reglas para llegar a un contenido. Lorenzetti²⁸ expresa que "este contenido se establece mediante un juicio de ponderación con otros principios. Ponderar es establecer comparaciones, establecer el peso de cada uno y aplicar el mayor en caso concreto". En cuanto a la obligatoriedad de los principios, Dworkin²⁹ apunta que: "Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro

derecho, lo que eso quiere decir, que 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 sentido*.

Finalmente se ha dicho que la juridicidad de los principios viene de su intrínseca razonabilidad.³⁴ Los operadores del derecho (jueces, legisladores, abogados), recurren constantemente a ellos por su capacidad para guiar racionalmente su actividad.³⁵ Al aplicar un principio jurídico a un caso, el juez da vida a ese principio, da vida al derecho, en el sentido afirmado por Zampato Ferraz Jr, Tercio.³⁶ Por otra parte los principios fortalecen el valor de seguridad jurídica de todo el ordenamiento, ya que su explicitación sirve de constatación de las razones que han tenido los jueces para resolver un caso en un determinado sentido, impidiendo de esta manera la sola discrecionalidad.³⁷

Un notable jurista, García de Enterría³⁸ señala que: "tienen a la vez los principios generales así entendidos una capacidad *heurística* (para resolver problemas interpretativos de las leyes y de los simples actos en vista de una solución), "inventiva" (para organizar o descubrir combinaciones nuevas), "organizativa" (para ordenar actos heterogéneos, cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica); son ellos los que prestan a ésta su dinamicidad características, su innovación y su evolución incessantes".

Elocuentemente, Bianchi e Irbarne³⁹ nos recuerdan que se los ha llamado: "órganos respiratorios del derecho".⁴⁰ Y que el mismo Esser los denomina "ventanas" del ordenamiento, expresión que gráficamente expresa su función de apertura. Asimismo, se ha dicho que por sus caracteres de simplicidad - por contener la aspiración de dotar un conjunto de ideas que guían el cálculo jurídico- y alta jerarquía, los principios constituyen una "armazón", una "arquitectura del ordenamiento jurídico privado. Este fenómeno ha hecho que se hable de una concepción "principlal" del derecho.⁴¹

Suelen además, servir para "desbrozar toda la selva legislativa que forma la legislación moderna", en la cual existe una sobrealundancia de normas de difícil conocimiento y comprensión. Asimismo para compaginar, comprender, interpretar y ordenar esa "legislación furibunda", habiéndose aludido en el caso del derecho ambiental, a un "aluvión legislativo"⁴² derivadas de fuentes diversas. Por todo ello, es imprescindible contar con un fuerte cuerpo de principios generales que permitan poner en buen orden "ese magna de normas", esa "legislación motorizada", parafraseando al profesor García

de Enterría. Por último, los principios generales del derecho cumplen una función muy importante que es la de actuar como "integradores" cuando existen lagunas en el derecho positivo.

Por lo expuesto a pesar de la multiplicidad de concepciones y de la ambigüedad del término, los principios son muy usados por el juez para resolver, por el legislador para legislar, por el jurista para pensar y fundar, y por el operador jurídico para actuar.⁴³

En la doctrina del derecho comparado, se habla de "Principios Rectores del Derecho Ambiental" (más vinculados al mundo ideal del deber ser jurídico, que al real de lo que en la actualidad es el ordenamiento ambiental, lo que no obsta a su solidez), como de "aquellos postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de abstracción las soluciones particulares".⁴⁴

A su vez, nuestros autores, siguiendo los mismos lineamientos, han enunciado "principios rectores" de la materia⁴⁵ o "principios generales del derecho ambiental",⁴⁶ o "principios jurídicos del nuevo derecho de la sustentabilidad"⁴⁷ para exponer una nómina de ellos, no siempre coincidente. O de manera similar, como lo prefiere denominar la ley: "Principios rectores de las políticas medioambientales".⁴⁸

Padro J. Frías⁴⁹ señalaba una serie de principios: "El derecho humano a un ambiente sano; la subsidiariedad para atribuir competencias al nivel más apropiado, con preferencia inferior; prevención para atender prioritariamente las causas; el principio precautorio para evitar infortunios por imprevisión; el de equidad intergeneracional; la interdisciplinariedad para la toma de decisiones; libre acceso a la información ambiental; participación ciudadana en la gestión ambiental; la solidaridad con los sectores de más riesgo; el principio de progresividad; valorización económica del ambiente y sus recursos naturales; responsabilidad civil; conservación de la diversidad biológica, preservación de la estabilidad climática; restricción nuclear; especialidad de aplicación de fondo ambiental; los principios en los efectos transfronterizos.

En cuanto a las acciones, serían las siguientes: un programa de monitoreo ambiental; un informe anual sobre el estado del medio ambiente; un procedimiento administrativo de evaluación del impacto ambiental; auditorías ambientales; un sistema de determinación de objetivos de calidad ambien-

tal; licencias de funcionamiento y permisos ambientales; de incentivos económicos; de fiscalización; de participación pública en la toma de decisiones; e información pública*.

ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS

La ley 25.675 contiene principios de interpretación y aplicación de la normativa y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, que en general, son identificados o reconocidos por la doctrina del derecho ambiental.

Principio de congruencia: en términos de armonizar, como asimismo de integración normativa legal, consagrado en el ámbito regional supranacional, en el artículo 1º del Tratado de Asunción del Mercosur, Ley 23.981. Por lo demás, juega por las diversas relaciones que, conforme al régimen de organización constitucional, existe entre el Estado Federal y los Estados miembros de supra subordinación, de inordinación y de coordinación.

El principio de congruencia guarda familiaridad, analogía o similitud con el denominado *principio de regulación jurídica integral*, que en síntesis, exigen del legislador en primer término y del intérprete en la fase de aplicación, tener una perspectiva macroscópica e integradora. Este principio se inserta en la mayoría de los instrumentos jurídicos internacionales, y con especial atención ha sido declarado en el Primer Programa de Acción Comunitaria en materia de ambiente, así como igualmente en la Recomendación Nº 70 del Plan de Acción adoptado en la Conferencia de Estocolmo.

Principio de progresividad: en nuestra doctrina, se destaca que este principio, responde a ideas de temporalidad, de involucramiento paulatino, de concientización, de adaptación.¹⁰⁰ A nuestro juicio del principio de progresividad derivan dos subprincipios: *proporcionalidad*, referido a la razonabilidad en los tiempos que insturan los cambios impuestos por la normativa, el equilibrio de medios y fines, la equidad, en suma la viabilidad en el cumplimiento de las exigencias. *Gradualidad*, que también se extrae del Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre Medio Ambiente.

En otro orden, la ley de Protección del Medio Ambiente Nº 7070 (B.O 27/01/2000), de la Provincia de Salta, instituye este principio de gradualismo, por el que "se reconoce que dadas las condiciones económicas y culturales

de la Provincia, la degradación de la calidad ambiental, no puede ser superada de un día para el otro, por lo tanto la autoridad pública y la sociedad civil deberán cooperar con las empresas públicas y privadas para implementar las medidas de control, contención y prevención del daño ambiental. El cambio debe ser incremental para permitir un gerenciamiento y manjeras adaptativos."

Principio de equidad intergeneracional (que a su vez deriva del Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre medio ambiente). Este principio se encuentra ya presente en la declaración surgida con motivo de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio ambiente, realizada en Estocolmo entre el 5 y el 12 de junio de 1972. Así, el principio N° 1, de la mentada Declaración con claridad expresa que "El hombre tiene derecho fundamental ... al disfrute de condiciones de vida adecuada en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras".

Asimismo, se destaca que el principio 3 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, de la Conferencia de las Naciones Unidas del 3 al 14 de junio de 1992, manifiesta que "El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras."¹¹¹

Lo recién expuesto, remite a un asunto que la modernidad, es claro, no sintió la necesidad de plantear el de la solidaridad, pero hay más: esta solidaridad no es sólo actual, sino futura, ya que de nuestro obrar presente depende, en buena medida, la suerte de los que vendrán.¹¹² Supone que debemos entregar a las generaciones venideras un mundo que desde la estabilidad ambiental les brinde las mismas oportunidades de desarrollo que tuvimos nosotros. Este principio tiene relación directa con la base ética del orden ambiental —la solidaridad y su paradigma—. ¹¹³ Es que la crisis del ecosistema, ha contribuido decisivamente a la conformación de una ética basada en la solidaridad o, como se afirma de modo creciente, en la responsabilidad.¹¹⁴

Como se sabe, siguiendo una clasificación de las Naciones Unidas, que considera los derechos civiles y políticos, nacidos a la luz de la Revolución distingue en generaciones de derecho: primera generación, dentro de las cuales Francesa, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del

ciudadano 1789 y de los Códigos deonomónicos; segunda generación, en cuya categoría encuadra los derechos económicos y sociales, con antecedentes en la Constitución mexicana de 1917, Constitución de Alemania de 1919, fortalecidos por el movimiento del Constitucionalismo Social de los años 1940; y los derechos de tercera generación, basados en la paz, la solidaridad, la cooperación, la preservación del medio ambiente, y el desarrollo. Por lo expuesto, el derecho ambiental se inscribe dentro de los llamados derechos de tercera generación.¹⁸⁵

Pero a su vez, en nuestra doctrina se postula que encierzan derechos de cuarta generación, por su carácter intergeneracional, lo que conlleva un deber exigible: de conservación o preservación de los recursos naturales, según la regla del artículo 504 del Código Civil, estipulación a favor de un tercero, constituida por un grupo igualmente protegido: las generaciones futuras.¹⁸⁶

Principio de sustentabilidad, con base directa en la Constitución Nacional en tanto el artículo 41, consagra el derecho ambiental, "para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de la generaciones futuras", adoptando la fórmula de Gro Brundtland, acorde a la idea de desarrollo sustentable, sostenible, sostenido o duradero, elaborada para el informe de la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo, denominado *Nuestro futuro común* y que fuera aprobado por las Naciones Unidas en 1986.¹⁸⁷

Concordantemente, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, expresa que "A fin de alcanzar el desarrollo sustentable, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse un tema aislado" (principio 4). "Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas" (principio 8).

El desarrollo sustentable es la unión o el lazo entre el medio y el desarrollo, cuya finalidad es buscar un nuevo modo de desarrollo basándose en una sana utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la sociedad.

La sustentabilidad es requerida en cuatro áreas: a) área ecológica, lo que conlleva mantener los procesos ecológicos que posibiliten la capacidad de renovación de plantas, animales, suelos y aguas; mantener la diversidad bio-

lógica, y su capacidad de regeneración; b) área social, que permita igualdad de oportunidades de la sociedad y estimule la integración comunitaria, con respeto por la diversidad de valores culturales; ofrecimiento de oportunidades para la renovación social; asegurar la satisfacción adecuada en las necesidades de vivienda, salud y alimentación; participación ciudadana en la tarea de decisión y en la gestión ambiental; c) área cultural, que preserve la identidad cultural básica y reafirme las formas de relación entre el hombre y su medio; d) área económica, eficiencia, que implica internalización de costos ambientales; consideración de todos los valores de los recursos, presentes, de oportunidad, potenciales, incluso culturales no relacionados con el uso; equidad dentro de la generación actual y respeto de las generaciones futuras.¹⁸⁶

Principio de responsabilidad: Tal como aparece enunciado en la Ley 25.675 apunta a reforzar la idea de internalización de costos ambientales sobre todo en cabeza del generador de riesgo del ambiente, conforme el principio 16 en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, ONU, 1992: "Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el contaminador debería, en principio, cargar los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales".

"En ese sentido, adquiere relevancia el principio "contaminador-pagador", adoptado ya por la Conferencia de la ONU sobre Ambiente Humano de 1972, Estocolmo, Suecia. Esto es, hacer soportar a los responsables de la contaminación o degradación, las erogaciones necesarias para prevenir o corregir el deterioro ambiental, tratándose de "costos sociales", que antes no se incluían en los cálculos costos-beneficios. O sea dicho de otra manera más adecuada a nuestras instituciones, quién crea el "riesgo" al ambiente es el que debe resarcir, sin perjuicio de que en forma concurrente y complementaria pueda aceptarse como otro factor de atribución objetivo la "solidaridad".¹⁸⁷ Asimismo sienta las bases para desarrollar un sistema de legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales (principio 13 de la misma Declaración de Río: "Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y

otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar, asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnizaciones por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción").

Cabe señalar que en materia de responsabilidad internacional, ya el principio 22 de la Declaración de la Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, induce a los Estados a cooperar para establecer el derecho de la responsabilidad internacional en la materia. Aunque, en sucesivas Conferencias de la ONU, se reconocen responsabilidades comunes pero diferenciadas (Declaración de Río principio 7, Convención sobre el Cambio Climático, 1992, artículo 3, apartados 2 y 3). En otras palabras, se trata la mentada por la doctrina nacional de Brasil, responsabilidad integral del degradador, explicable "por este principio la persona responsable, directa o indirectamente, por degradación de la calidad ambiental (persona física o jurídica) está sujeta a sanciones civil, administrativa y penales, aplicables acumulativamente."¹¹

Principio de solidaridad: De los principios contenidos en la ley objeto de este análisis surgen principios básicos de la responsabilidad ambiental internacional. Así por ejemplo el principio de solidaridad que constituye el punto de partida para la constatación del daño transfronterizo. "Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra" (principio 7, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo). "Los Estados y los pueblos deben cooperar de buena fe y con espíritu solidario, en la aplicación de los Principios consagrados (Principio 27, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo).

El principio de solidaridad, está compuesto al decir de buena parte de la doctrina por los principios de información, en sus tres variantes: de un Estado al otro o de una Administración a otra o información popular, vecindad o Países limítrofes, cooperación internacional, igualdad entre los Estados y principio de patrimonio universal, que considera el carácter internacional del ambiente.¹² El ambiente se ha dicho, "es patrimonio común de todos los habitantes de la Tierra, porque se deben respetar y obedecer las inmutables leyes naturales, para así aspirar a la íntegra dignidad humana".¹³

Principio de cooperación: Este principio, a nivel internacional, es imprescindible. No es otra cosa que una necesidad biológica y de subsistencia. Los Estados deben cooperar entre sí para erradicar la pobreza, como requisito indispensable del desarrollo sostenible (principio 5, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo), para proteger la integridad del ecosistema de la Tierra (principio 7, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo), para reforzar la creación de capacidades endógenas para lograr el desarrollo sostenible (principio 9, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo), abordar los problemas de degradación ambiental (principio 12, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo).¹¹²

La defensa del ecosistema, en efecto, obliga hoy a la cooperación global pues, de lo contrario, cualquier esfuerzo en tal sentido sería en vano. Precisamente, es en este horizonte en el que debe explicarse la divulgación del concepto de "patrimonio común de la humanidad", el cual, a juicio de A. Cassese¹¹⁴ señala en el ámbito del derecho internacional, el tránsito de la idea de soberanía a la de cooperación.¹¹⁵

Principio de prevención: El énfasis preventivo constituye uno de los caracteres por rasgos peculiares del derecho ambiental.¹¹⁶

Ha dicho con razón, A. Yáñez García¹¹⁷ que al Derecho Ambiental le interesa sobre todo la prevención del ambiental y, en su caso de que éste se genere, le interesa que éste cese a la brevedad posible y que se restablezcan las condiciones anteriores a su ocurrencia.

Hace tiempo que nuestra doctrina civilista descubrió la función preventiva del derecho de daños.¹¹⁸

Además es doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires asignar a la prevención en este terreno, una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan, por su mera consumación, un deterioro cierto.¹¹⁹ La tutela del ambiente justifica soluciones expeditas; interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia no debe entenderse como una indebida limitación de libertades individuales, pues no hay libertad para dañar el ambiente ajeno; la importancia de la defensa del medio ambiente justifica cierto grado de transgresión de normativas que no se han adaptado a la realidad.¹²⁰

En ese sentido, también la Cámara Federal de La Plata, dijo que es imperativo transformar las concepciones judiciales brindar tutela a los fenómenos de la vida colectiva, dignos de la más enérgica y anticipada protección y en este marco el derecho a vivir en un ambiente agradable, viene entendiéndose como una ampliación de la esfera de la personalidad: un atributo fundamental de los individuos. Frente a ello el derecho ambiental requiere de la participación activa de la judicatura, lo que en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos.¹²¹ Para concluir, el mismo tribunal de Alzada Federal,¹²² en otra causa, ha dicho que será menester dejar de lado el concepto iusprivatista individualista del daño resarcible dejando paso a una tendencia nueva pública colectiva de tipo preventiva, donde se busque no tanto la reparación personal del lesionado, sino la paralización de los efectos dañosos.

La Cámara de Apelaciones de Mendoza¹²³ también tuvo oportunidad de expedirse en estos términos: "En lo que hace a la prevención del daño ambiental, que tiene jerarquía constitucional parece que se interpreta que es suficiente para tal objetivo, una prevención razonable, conforme al procedimiento observado... Hay un nuevo rostro en materia de Derecho de Daños. Los gravísimos ataques a que está expuesto el medio ambiente, ponen en serio riesgo, el futuro de las próximas generaciones y hay deber de evitarlo. Lo dice el artículo 41, Reforma 1994, y también la ley 6045 propende al beneficio de tales generaciones futuras. Más claro. En este campo, ya el reparar no tiene alcance. Indemnizar no es suficiente. Es necesario tomar primero medidas preventivas, para evitar, valga la redundancia, la consumación no reparable de los daños. El deterioro del medio ambiente no tiene remedio. Y el fallo da un caso, que podría repetirse a falta de una acción preventiva, no posterior".

El Juzgado Federal de Mar del Plata¹²⁴ afirmó que "El derecho ambiental es un derecho de la personalidad. Un derecho personalísimo. Ahora bien, en cuanto los derechos de la personalidad son objeto de concreta tutela jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivan de la contaminación ambiental, son de por sí causa de responsabilidad civil del agente, en cuanto confluyan los presupuestos legales de Derecho de daños.- La coexistencia de un orden constitucional y ambiental y un orden constitucional económico, además de obligar a una armonización de valores y obje-

tivos que se sitúa perfectamente en la línea del desarrollo sostenible, no impide que el primero de dichos órdenes tenga una estructura interna discernible, de la que resulta la habilitación de potestades públicas de intervención desde determinados principios, entre los que se destacan los de previsión y racionalidad, con relación a cuantos objetos sean relevantes para la calidad de vida ambiental.¹²⁵ Es que la necesaria realización de estudios impacto ambiental respecto de los nuevos emprendimientos, de raíz constitucional, atende a hacer efectiva primordialmente la regla de prevención ambiental. De poco sirve luego de que los ecosistemas son agredidos, pretender recomposiciones a veces imposibles, o generar marcos indemonizatorios que resultan poco relevantes respecto de la tutela que se pretende otorgar al medio ambiente.”

Recordar lo que dijo la Sala III de la Cámara Federal de La Plata, en otra causa difícil, grave, delicada, compleja, en la discutía el retículo del vuelco de residuos para su disposición final por el sistema de relleno sanitario en la planta de Don Bosco-Bernal:¹²⁶ “En materia ambiental, lo más razonable y beneficioso es prevenir, antes que recomponer o reparar el posible daño a la salud o al medio ambiente.”

Por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación,¹²⁷ revalorizando el amparo como remedio judicial eficaz expedito, “cuando como en el caso de autos sustenta en la existencia y eventual agravamiento de los daños al medio ambiente, provocados por la actividad autorizada por la administración mediante actos consistentes en la eliminación del bosque a raíz de su deforestación con consecuencias irreparables, tales como la pérdida de especies —alteración de la biodiversidad—; cambios climáticos y desertización debido a la erosión del suelo; y la afectación de varias hectáreas colindantes con el emplazamiento de la comunidad indígena —donde también viven algunos de sus miembros—, en las que además de hallarse un pozo de agua que la abastece, se encuentra la escuela y una represa, construidas y destinadas al uso de sus integrantes.”

Al mismo tiempo que tildara de “exceso de rigor formal sostener que las cuestiones requieran mayor debate y prueba, pues, a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resultaba suficiente controlar que los actos impugnados hubieran respetado los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la acti-

vidad. A tal fin, bastaba con examinar si, de conformidad con las normas invocadas por la actora, la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social y si se había respetado lo dispuesto por el artículo 73 inciso 17 de la Constitución Nacional.

Asimismo esta función de prevención y evitación de los daños se ha señalado como una de las modernas orientaciones que se viene imponiendo a través de diversas jornadas científicas (KV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata 1995; II Jornadas Marplatense de Responsabilidad Civil y Seguro 1992, entre otras).¹²⁰

De ese modo las "II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros", en diciembre de 1992, concluyó que: "En materia de daño ambiental es manifiesta la necesidad de acciones preventivas —con su nivel de acción apropiado a cada circunstancia— y, sólo cuando resulta inevitable, pasar a considerar la responsabilidad del contaminador. En teoría general, la prevención del daño plantea un problema de tutela preventiva tendiente a impedir la realización posibles de los daños, ya que la principal preocupación de un operador jurídico debe ser lograr su evitación, cualquiera sea la fuente."¹²¹

Doctrina judicial

Nos parece importante hacer al menos, una breve mención de la labor de la judicatura en la defensa del medio ambiente, sobre todo, pensando en la jurisprudencia sentada en los últimos tiempos en relación a tan preclado principio del derecho ambiental, como es el de prevención, objeto de la presente ponencia. Dejamos para otra oportunidad, ampliar el desarrollo de este punto. Y remitimos a las reseñas jurisprudenciales que hemos realizado, respecto de la jurisprudencia anterior.¹²²

Es así que apuntamos las siguientes causas, en las que los tribunales aplicaron enérgicamente conceptos inspirados en el principio de prevención del daño ambiental: Del interior del país: "Asociación Oikos c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ amparo" —en el que se controvierte el proyecto de explotación petrolera del Área Reserva Protegida Laguna Llancanello—¹²³; "Villabar, Silvana c/ Provincia del Chubut s/ amparo" —se dispone una cautelar

que ordena la paralización de toda obra, a ejecutarse en el emprendimiento minero del Cordón Esquel—¹²²; "Agente Fiscal c/ Provincia de Santa Cruz s/ amparo" — prospera una medida cautelar por causa de inminente autorización administrativa para abandono, fondeo, varadura de cinco buques en desuso, inactivos, en aguas o zona costera, playas del estado provincial, bahía ubicada del litoral marítimo.¹²³

Asimismo, "Forestier, Dardo y otros c/ Municipalidad de Plotter" —se considera insuficiente el EIA utilizado en relación a la obra de construcción de planta de tratamiento efluentes cloacales y punto de volcado de los líquidos de un municipio de la Provincia de Neuquén.¹²⁴

De la Provincia de Buenos Aires: "UOM Seccional San Nicolás c/ Ente de Promoción Plan Comisa",¹²⁵ se ordena, a pedido del Sindicato, la paralización de la tala emprendida de árboles ubicados en las proximidades de la zona de ubicación de industrias del sector metalúrgico, cuya erradicación de especies forestales, estaba prevista en el Plan en cuestión; "Iezzi y otros c/ Municipalidad de San Fernando"¹²⁶ —en la que un grupo de vecinos, impugnan via acción de amparo, la habilitación de hotel en zona no permitida por ordenamiento urbano—; "Díaz, Zulerna y otros c/ Productos de Matz S.A. s/ daños y perjuicios"¹²⁷ —causa de base ambiental, en la que se decreta, como cautelar, una prohibición de innovar y designación de un perito geólogo como veedor judicial.

De la justicia de Mar del Plata: "Fundación Reserva Natural Puerto de Mar del Plata c/ Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata s/ amparo ambiental"¹²⁸ —en la que se adopta una medida cautelar inhibitoria por llamado a licitación para presentación de propuestas para explotación de balnearios, hasta que la demandada recabe pertinente Declaración de Impacto Ambiental, respecto del mismo, en el marco del EIA. También, "Yane, Salvador c/ Municipalidad de General Alvarado s/ autosatisfactiva"¹²⁹ —cuyo objeto del proceso, y las medidas adoptadas cautelarmente, se refieren al sistema de disposición final residuos urbanos domiciliarios, necesidad de efectuar el Estudio de Impacto Ambiental—. "Brisa Serrana c/ Ashira y otros s/ daños y perjuicios"¹³⁰ —en la que se discute la exigibilidad cautelarmente de la presentación EIA, planta de disposición residuos domiciliarios, en concesión.

Del complejo Gran Buenos Aires, in re "Municipalidad de Quilmes c/ Ceamse"¹³¹ —cuya controversia gira alrededor de la cuestión de la disposi-

ción final residuos domiciliados en rellenos sanitarios, de esta localidad del conurbano metropolitano—.

También, las megacausas¹⁴² —alguna ya mencionada—, en las que interviene la Cámara Federal de La Plata, Sala II, 'Biondo, Esteban c/ Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo'¹⁴³ —por causa de la falta de planta depuradora y tratamiento desechos cloacales—; 'Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de Octubre c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo'¹⁴⁴; motivada por el ascenso nivel freático con grado de peligro ambiental y restablecimiento equilibrio hídrico. Además, el fallo recaído en 'Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y contribuyentes c/ Enre Edesur s/ cese de cableado y traslado de la Subestación Transformadores'¹⁴⁵ —sobre la exposición continua a los campos electromagnéticos CEM que produce la Subestación y el cableado de alta tensión, con grado de peligro ambiental, en la salud y calidad de vida—.

Además, de la justicia porteña: 'Barragán, Pedro c/ Gobierno de la ciudad de Buenos Aires y Autopistas Urbanas SA - Gustavo CIMA y otros s/ amparo'¹⁴⁶ —que en sentencia, condena al GCBA/AUSA, a presentar ante el juez de la causa, un Estudio Técnico de Impacto Ambiental y un Plan de Adecuación Ambiental, para reducir los ruidos excesivos emitidos en el espacio de la Autopista 25 de Mayo—.

De la Corte Suprema de Justicia de la Nación: 'Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'oi c/ Secretaría Ambiente y Desarrollo'¹⁴⁷, en un recurso de hecho, según providencia de fecha 11 de julio 2002, por deforestación, enfatizando la eficacia del amparo como medio tuitivo de defensa ambiental, y la importancia de la evaluación previa de impacto ambiental.

También se destaca, cautelares atípicas, como las recaídas en autos: 'Ávila, Cristian y otros c/ Copetro s/ incidente'¹⁴⁸, por la que se hace lugar a una medida cautelar innovativa, ordenándose a la demandada, proceda al alquiler por tres meses de temporada de una vivienda para la menor que padece de una afección pulmonar, y el grupo familiar, en un lugar que preserve condiciones del aire adecuadas, según indicara médico pediatra; asimismo, 'Mazzeo, Alicia c/ YPF s/ incidente cautelar'¹⁴⁹, por la que ordena la colocación de sensores para control de emisiones gaseosas a la atmósfera presuntamente originadas en el complejo industrial de la Destilería del puerto.

Asimismo, "Sagarduy, Alberto O. c/ Copetro SA s/ incidente cautelar",¹²¹ en el marco de un plan de ingeniería cautelar, de adopción de medidas correctivas, que incluye la eliminación, —por considerarlo desde el punto de vista ambiental, sector crítico del barrio—, de uno de los accesos a planta; y construcción de un nuevo acceso en otra zona, de manera tal de generar una mínima influencia sobre el sector aledaño; introducción barrera forestal y malla de contención del anterior; en planta de calcinación de coque, proyecto de adopción medidas de carácter correctivas. Y cambio de sistema de cargas de buques, para evitar emisiones fugitivas.

De la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: "Asociación Civil Ambiente Sur c/ Municipalidad de Avellaneda s/ amparo"¹²² —por traslado mercado de abasto fruti-hortícola Avellaneda y concentrador integral, a zona aparentemente no apta, por existir una Reserva Ecológica, cautelar de cesación tala y poda de especies arbóreas—; "Sociedad de Fomento Carló c/ municipalidad de Pinamar s/ amparo"¹²³ —en la que se admitió el amparo interpuesto contra el Municipio, por omisión en dictar normas acordes con la Ley de conservación y protección del Medio Ambiente y la ley que declara de interés provincial el paisaje y el desarrollo ecoturístico de Parque Carló, y ordena a los departamentos ejecutivo y deliberativo local, adopten los mecanismos para que no se vean desplazadas en su aplicación, que hagan peligrar el paisaje protegido, frente al cambio en los niveles de calles y extracción de médanos entre otros hechos—; "Ancore S.A. c/ Municipalidad de Daireaux"¹²⁴ por cesación de actividades de feed lot, de engorde intensivo de ganado vacuno, ligada a razones medio ambientales dispuesta por Ordenanza Municipal.

Prueba del esfuerzo homérico del pretorio nacional, en aras de "prevenir antes que curar" en materia ambiental.

Augusto M. Morello¹²⁵ nos recuerda que "los que saben identifican al siglo XXI, como el de la información, de la inteligencia y los riesgos. El ingreso — con vocación de permanencia— de un criterio o estándar denominado principio preventivo se asocia y cualifica a la precedente caracterización de la sociedad del riesgo, y cuyo impacto en el andamiaje jurídico —especialmente en el proceso y dentro de él en lo concerniente a la prueba y a la distribución de la carga pertinente y a su evaluación—, representa una notable corrida de piezas claves y un mérito enroque que abre, adecua y otorga rasgos

singulares, a esa estructura central de la litigación. Que en más juega de otro modo y dibuja un renovado torso que altera, moderniza y facilita los enfoques, las estrategias y la lectura de las reglas de la sana crítica, en una visión más lógica y flexible, método y actitud *necesaria* y comprensible para poder asumir, interiormente, el tratamiento de cada vez más numerosos procesos complejos o de alta complejidad”.

Otro lúcido procesalista, Jorge W. Feyrano¹²³ predica que seguimos hipnotizados, inadvertidamente, a veces, con el preconcepto de que sólo ante la existencia de un derecho lesionado puede postularse, exitosamente, el ejercicio de actividad jurisdiccional. El ejercicio de una función jurisdiccional preventiva —a la que persiguen estimular las acciones preventivas que nos ocupan— es, en cambio, para nosotros uno de los “mandamientos” que debe cumplir el buen juez civil del siglo XXI.

Para terminar, R. Martín Mateo¹²⁴ dice que en materia ambiental la prevención es definitiva, imprescindible, en algunos casos insustituible. La prevención es absolutamente básica; sin ella podríamos llegar a resultados catastróficos, algunos importantes pueden parecerlo menos, como es el deterioro de los monumentos urbanos, de las catedrales. Podemos rehacer sus piedras, pero ya no serán las mismas, es difícil recobrar su colorido, el estilo que tenían, que inicialmente aportaron los “masones”, los viejos canteros de otras épocas.

Principio precautorio: La primera expresión del principio de precaución¹²⁵ surgió en Alemania en los años 70 con el *Vorsorgeprinzip* en el campo del derecho alemán del medio ambiente. En la misma década de 1970, el principio de precaución se extendió luego al Derecho internacional definiéndose el mismo en la Conferencia de Estocolmo del Medio Ambiente de 1972.

En 1982, con la Convención sobre el Derecho del Mar, se previó en su artículo 205 la protección y preservación del medio marino, debiendo el Estado evaluar los efectos potenciales de actividades que podrán implicar una polución importante o modificaciones considerables. Más adelante, en la Segunda Conferencia Internacional relativa al Mar del Norte 1987, se adoptó una declaración reconociendo la necesidad de plasmar el principio precaución.

El principio de precaución fue enunciado inicialmente por el Panel Intergubernamental sobre el Cambio climático, creado en 1987, por decisiones congruentes de la Organización Meteorológica Mundial y el PNUMA, lo

recogió la Declaración Ministerial de la II Conferencia Mundial del Clima, para aparecer consagrado en el inciso 3 del artículo 3 del Convenio Marco sobre el Cambio Climático, negociado entre febrero de 1991 y mayo de 1992, bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

Posteriormente, el principio se fue afirmando en diversas conferencias internacionales: La Declaración Ministerial de Bergen de 1990; La Convención sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de lagos internacionales Helsinki, 1992; La Convención para la protección del medio marino del Atlántico Nor-Este, París, 1992; El Acuerdo relativo a la conservación y gestión de stock de peces, Nueva York, 1995; El Acuerdo para la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias de Marrakech de 1994; el Protocolo de Oslo de 1994 en materia de población atmosférica.

Aunque la primera Convención que lo plasmó en forma concreta y estableció a la vez mecanismos para llevarlo a cabo, fue la Convención de Bamako de 1991 relativa a la prohibición de importar desechos peligrosos y a controlar los movimientos transfronterizos de los mismos en África.

De lo expuesto, vemos entonces que este principio surgió en el Derecho del Medio Ambiente, se extendió posteriormente al Derecho del Mar y en los 90 a la problemática de biodiversidad.

Constituye uno de los cuatro principios incorporado al artículo 130 R-2, en que el Tratado de Maastricht de la Unión Europea finalmente la Acción de la Comunidad. El actual artículo 174 del Tratado de la Unión Europea en su apartado 2, reza: "La política de la comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de precaución y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma y en el principio de que quien contamina paga".

Asimismo se instituye en la ley 95-101 del 2/2/95, Refuerzo de la Protección del Medio Ambiente de Francia.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de conformidad 151/5, de 7 de mayo de 1992, surgida de la Conferencia de las Naciones Unidas, reunida en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, lo contiene como principio 15: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a

sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.¹¹⁷

Además, a la par, la República Argentina aprobó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, por Ley 24.295 de 7/12/93, publicada en el Boletín Oficial el 11/01/94, y ratificada el 11/03/94, en cuyo texto se instituye el mismo principio precautorio, a través del artículo 3.3, donde se dice: "Las partes deberían tomar medidas de precaución para reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar los efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave e irreversible, no deberían utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para postergar tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible".¹¹⁸

Para finalizar con los Convenios adoptados y abiertos a la firma en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, la República Argentina aprobó el Convenio sobre la Diversidad Biológica por Ley 24.375 de septiembre de 1994, publicada en el Boletín Oficial el 6 de enero de 1994.¹¹⁹ En el Preámbulo de dicho documento las partes contratantes observan que es vital prevenir, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica. También que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.

Por último, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de este Convenio de Diversidad Biológica, la Conferencia de partes designó un Grupo Especial, que luego de varios años de debate, redactó el Protocolo sobre Bioseguridad de Cartagena, aprobado el 29 de enero de 2000 en Montreal. Este Protocolo introduce en forma expresa el principio de precaución en la temática, según lo declara expresamente, el artículo I, y anexo III, metodología, de dicho documento.¹²⁰

Este principio ordena tomar todas las medidas que permitan, en base a un costo económico y social aceptable, detectar y evaluar el riesgo, reducirlo a un nivel aceptable y si es posible, eliminarlo. Al mismo tiempo, el princi-

plio de precaución obliga a informar a las personas implicadas acerca del riesgo y de tener en cuenta sus sugerencias acerca de las medidas a adoptar. Este dispositivo de precaución debe ser proporcionado a la gravedad del riesgo y debe ser en todo momento reversible.

El precepto reclama medidas de inmediato, de urgencia, aún cuando hubiera ausencia o insuficiencia de pruebas o elementos científicos referidos al comportamiento de la naturaleza, a fin de impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos plenamente, lo que presupone que cualquier demora puede resultar a la larga más perjudicial que cualquier acción temprana intempestiva.¹⁴¹

Le Tourneau,¹⁴² en un trabajo publicado recientemente, señala que se ha dicho que "este principio conduce a considerar como culpable, no sólo a aquel que no ha adoptado las medidas de prevención del riesgo conocido o previsible, sino igualmente aquél que, en situación de incertidumbre o de duda, no haya sido adoptado un trámite de precaución, consistente por ejemplo, en retardar la salida a la venta de un producto (Martin, G.)."¹⁴³ El autor teme que "esta refundación" de la responsabilidad por culpa, tenga por corolario, a término, la exclusión de la responsabilidad objetiva. Este temor es injustificado: La reconstrucción del derecho de la responsabilidad debe operarse distinguiendo la necesaria garantía de las víctimas de daños corporales y la sanción, fuera de ese ámbito, de verdaderos comportamientos culposos. Admitir el principio de precaución como un fundamento nuevo conduciría a serios trastornos, ¡una responsabilidad sin víctima, sin perjuicio y sin indemnización!¹⁴⁴ Aunque no suscita desconfianza en sí, contiene "los gérmenes de litigios por venir fundados sobre una cuestión inédita para los decisores tanto públicos como privados": "Cómo ha administrado Usted la incertidumbre" (Brun.). En nuestra doctrina, adoptan una posición con reservas, y algún grado de cuestionamientos, el embajador R. Estrada Oyuela-Aguilar.¹⁴⁵

Uno de los autores que más ha estudiado el principio precautorio, Roberto Andorno¹⁴⁶ señala una serie de condiciones para su puesta en práctica: 1) situación de incertidumbre acerca del riesgo; 2) evaluación científica del riesgo; 3) perspectiva de un daño grave e irreversible; 4) proporcionalidad de las medidas; 5) transparencia de las medidas; 6) inversión de la carga de la prueba.

Explica que "teniendo en cuenta las normas nacionales e internacionales, pueden desde ya esbozarse tres requisitos: 1. Situación de incertidumbre acerca del riesgo. 2. Evaluación científica del riesgo. 3. Perspectiva de un daño grave e irreversible. Además de las tres condiciones esenciales mencionadas, el principio de precaución aparece habitualmente integrado por otros elementos, que podríamos calificar de "accesorios", y que contribuyen a definir su perfil. Uno de ellos es la exigencia de proporcionalidad, que hace referencia al costo económico-social de las medidas a adoptar. Según esta exigencia, tales medidas deben ser soportables para la sociedad que debe asumirlas. No cualquier magnitud de riesgo potencial justifica cualquier medida de precaución, en especial si esta última supone una carga importante para la sociedad, por ejemplo, por implicar la pérdida de un gran número de puestos de trabajo. Otra exigencia del criterio de precaución es la transparencia en la difusión de los riesgos potenciales de ciertos productos o actividades, así como en la toma de decisiones por parte de las autoridades. No es justo que en una sociedad democrática las industrias oculten información acerca de los riesgos potenciales de los productos que lanzan al mercado."

También R. Andorno¹⁵⁸ enseña que: "En lo concerniente a la carga de la prueba, el principio de precaución autoriza al legislador a disponer en algunos casos de su inversión, obligando a quien desarrolla productos o actividades potencialmente dañosas a acreditar, en la medida de lo posible, que éstos no traen aparejado riesgos desproporcionados al público o al medio ambiente. En ese sentido, la Comisión de la Unión Europea, en una Comunicación del 02/02/2000 sobre las condiciones de aplicación del principio de precaución, ha aclarado que no propugna la inversión de la carga de la prueba como regla general, sino que la prevé como una posibilidad que deberá examinarse caso por caso".

Hemos señalado, en forma conjunta con Isidoro Goldenberg¹⁵⁹ en una nota anterior, que "a los reparos que pueden esgrimirse contra la recepción del principio que nos ocupa, cabe replicar que se trata de un nuevo fundamento de la responsabilidad civil sustentado en la función preventiva a fin de neutralizar amenazantes riesgos de daños". El principio de precaución, precautorio o de cautela, en tanto incrementa fuertemente el deber de diligencia, instaura una nueva dimensión tutelar en el Instituto de la responsabilidad civil: el aseguramiento de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos. (Para ampliar véase su tratamiento más adelante).

Principio de subsidiariedad. El Estado Nacional, tiene la obligación de colaborar, para la preservación y protección ambiental, conforme al principio de subsidiariedad, y en caso de ser necesario, participar en forma complementaria, en el accionar de los particulares.

En cuanto a su funcionamiento, la subsidiariedad posee dos aspectos, uno positivo y otro negativo. El aspecto positivo, significa que el Estado Nacional tiene la obligación de colaborar, en tanto que la intervención de la autoridad nacional debe ejercerse sólo cuando sea necesario. El aspecto negativo, que la autoridad nacional debe abstenerse de asumir funciones que pueden ser cumplidas eficientemente por los particulares. Es decir, que el principio de subsidiariedad se aplica teniendo en cuenta dos criterios diferentes en la defensa ambiental: a la luz de la "complementariedad", criterio de "colaboración" y criterio de "necesidad". Es decir que la participación del Estado es concurrente, y residual.

Este principio se basa en la idea que un nivel superior no puede asumir actividades que un nivel inferior puede cumplir eficazmente. En ese sentido, el Estado nunca debe allanar, absorber ni asumir, las competencias propias que los particulares, individual o asociativamente, pueden ejercer con eficiencia.¹⁷⁰ El Estado no debe hacer lo que pueden hacer los particulares con eficacia, porque al Estado debe ayudarlos, pero no destruirlos o absorberlos.¹⁷¹

En doctrina, G. García Minella¹⁷², recuerda que cuando Loperena Rota comenta este principio desde su inserción en la normativa comunitaria, nos explica que la redacción del artículo 3. B.2 versión Maastricht, y el artículo 5 versión Ámsterdam del TCE, señala que "en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme el principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados Miembros, y por consiguiente puedan lograrse mejor, debido al dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario".

Principio de integración

Aunque fuera del contexto del artículo 4º de la ley, el denominado por la doctrina, principio de integración consagrado en esta norma, reviste particular importancia sistemática. Así se ha dicho que "el principio de integra-

ción en política ambiental implica reconocer que muchas de las demás decisiones sectoriales tienen también repercusiones ambientales, y constituyen sin duda un factor retardatario de ésta. Es por ello que en el Tratado de la Comunidad Europea, en su artículo 130. R. 2, señala que las exigencias de protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad*.

Asimismo que: 'Hoy al hablarse de "distintos niveles de gobierno" y al exigir que en todos se deban tomar "previsiones de carácter ambiental" claramente el artículo 5 regla el más relevante Principio Rector de la Política social y económica del Estado, el que deberá inspirar la actuación de todos y cada uno de los poderes públicos: ejecutivo, legislativo y judicial.'¹⁷³

CAPÍTULO 2

DAÑO AMBIENTAL DE INCIDENCIA COLECTIVA

INTRODUCCIÓN

En nuestro derecho, el sistema jurídico sustantivo de responsabilidad civil por daño ambiental está sometido a una normativa cuádruple: 1) el régimen de molestias intolerables, restricciones y límites al dominio, contenido en el artículo 2618, en las relaciones de vecindad; 2) el régimen de responsabilidad civil común, que con el soporte del artículo 1113, 2º parte, 2º párrafo, responsabilidad objetiva por riesgo creado, atrapa la mayor parte de las causas por daño ambiental; 3) el régimen de responsabilidad especial por daño ambiental de incidencia colectiva, que surge de la ley 25.675 General del Ambiente; 4) el régimen de responsabilidad especial de daño ambiental por utilización de residuos industriales, previsto en la ley 25.612 de Gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicio.

Nos detenemos de inicio brevemente, en el estudio del régimen contenido en la Ley General del Ambiente 25.675, a cuyo efecto remitimos, a la exposición que más abajo se hace en relación a la responsabilidad civil por daño ambiental colectivo (o de incidencia colectiva), contenido en dicha Ley 25.675 de "presupuesto mínimo", según el nuevo reparto de competencias contenido en el artículo 41 de la Constitución Nacional (artículo 6, Ley 25.675).

Se destaca desde ya, que conforme el artículo 27 de la Ley, que rige para los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión causen daño ambiental de incidencia colectiva. Que se define como toda altera-

ción relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

La Ley 25.675, en su artículo 28, estatuye que: "El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determina la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder."

Más adelante dispone que el Fondo de Compensación Ambiental será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales, asistiendo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente. Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado. La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial.

Por último, en esta introducción a las normas más importantes que regulan la temática del daño ambiental de incidencia colectiva, el artículo 29, establece que: "La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños e produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa."

DAÑO AL AMBIENTE EN SÍ MISMO

Alteración negativa relevante

Se pregunta: "¿Qué es daño ambiental? ¿Cualquier alteración de la naturaleza? Parece difícil suscribir esta posición, aunque algunos lleguen al extremo de sostenerla. ¿Podría decirse que se daña al ambiente cuando se abre una zanja en la tierra para colocar una cañería de agua caliente? Sería absurdo. Desde

luego que si se tala un monte natural habrá daño ambiental, pero si ese desmonte se hace para permitir el cultivo de cereales o la cría de ganado estaríamos ante una actividad de progreso destinada al mejoramiento general.¹¹

La jurisprudencia ha señalado que no todo daño a la naturaleza comporta un daño antijurídico y que resulta necesario compatibilizar o acomodar la protección del ambiente con otros bienes igualmente valiosos para la comunidad.¹² Es necesario precisar que el daño ambiental se configura cuando la degradación de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico adquieren cierta gravedad que excede los niveles guía de calidad, estándares o parámetros que constituyen el límite de la tolerancia que la convivencia impone necesariamente.¹³

Además se ha caracterizado el daño ambiental como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio o uno o más de sus componentes.¹⁴

En ese orden de ideas, se inscribe la Ley 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y Actividades de Servicio, cuando alude, en su artículo 29, que las plantas de residuos industriales "no pongan en riesgo ni afecten la calidad de vida de la población, en forma significativa". Aunque indirectamente, la ley introduce un concepto de daño ambiental que debe pensarse de manifiesto. Daño ambiental para la ley es aquel que debe presentar relevancia.

También como lo veremos más abajo, la Ley 25.675 General del Ambiente, contiene una definición de daño ambiental que presupone una alteración negativa relevante del ambiente.

Lorenzetti ha dicho que "en términos jurídicos, desde nuestro punto de vista, la afectación del ambiente supone dos aspectos: el primero es que la acción debe tener como consecuencia una alteración del principio organizativo, esto es alterar el conjunto. De tal manera se excluyen aquellas modificaciones al ambiente, que no tienen tal efecto sustantivo. Este criterio sirve para delimitar aquellos casos en que la actividad productiva, transformando el medio ambiente, no resulta lesiva. De tal manera, la acción lesiva comporta "una desorganización" de las leyes de la naturaleza. El segundo aspecto es que esa modificación sustancial del principio organizativo repercute en aquellos presupuestos del desarrollo de la vida. El medio ambiente se relaciona entonces con la vida, en sentido amplio, comprendiendo los bienes naturales y culturales indispensables para su subsistencia."¹⁵

Hutchinson señala que para ser relevante el daño ecológico ha de tener una cierta gravedad. Si el daño es insignificante o miderable de acuerdo con las condiciones del lugar, no surgirá la responsabilidad, y por lo tanto, no estaremos en rigor ante un daño ecológico resarcible; esto es razonable en línea con la teoría de la normal tolerancia que, en el marco de las relaciones de vecindad, opera como límite de la responsabilidad por transmisiones. La tolerabilidad excluye la ilicitud y no surge, por tanto, la responsabilidad por daño ecológico (así como tampoco la responsabilidad estatal por daño ambiental). En conclusión: debemos decir que el daño colectivo ambiental o ecológico ocurre cuando el ambiente aparece degradado más allá de lo tolerable, producto de la acción u omisión de uno o más sujetos.⁶

En el derecho comparado

En este contexto, la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil en materia de residuos exige unas características especiales a los atentados contra el medio ambiente que no se requieren para los daños a las personas o sus bienes. Si la primera Propuesta de Directiva se refería a los "atentados importantes y persistentes al medio ambiente", la Propuesta modificada de Directiva, atendiendo en parte a las indicaciones del Parlamento, se refiere a "cualquier degradación... importante del medio ambiente" (artículo 2º, d). Por lo tanto, si bien se abandona cualquier alusión al carácter duradero del atentado, se mantiene la relevancia de la degradación del medio ambiente. Sin embargo, ninguno de los dos textos ofrece los criterios necesarios para interpretar cuándo nos encontramos ante un deterioro importante (daño ambiental) susceptible de someterse a los mecanismos de responsabilidad.⁷

En esta misma línea se inscribe el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente, ya que el explotador no resulta responsable si el daño procede de una contaminación de un nivel aceptable teniendo en cuenta las circunstancias locales pertinentes (art. 8º, d); a su vez, la Ley alemana sobre responsabilidad ambiental del 10 de diciembre de 1990, establece dos límites: por un lado el carácter "insignificante" del daño y, por otro, cuando la propiedad tan sólo ha sido dañada de un modo razonable y aceptable según las condiciones locales.⁸

Se ha querido evitar el riesgo de la proliferación de pretensiones por daños pequeños o bagatelas (*Bagatellschaden* o *Kleinschaden*). Por tal razón, no son indemnizables los daños insignificantes en las cosas.⁹ Asimismo en Alemania, el §96 del BGB se refiere a la reparación de aquellas emisiones que de modo sustancial priven al demandante del uso de la tierra, así como a la costumbre local (*Nichtortsüblich*) y a la razonabilidad económica de las medidas solicitadas. Por su parte, la *UmweltHG* incluye como causa de exclusión de responsabilidad el hecho de que el daño no sea sustancial o que el perjuicio sea razonable de acuerdo con las condiciones locales.¹⁰

De acuerdo con el Principio 6 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano Estocolmo, 1972, del que se infiere un concepto de contaminación ambiental: "Debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias y la liberación de calor, en cantidades o concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas para que no se causen daños graves o irreparables a los ecosistemas."¹¹

Por lo tanto, el problema será determinar el grado a partir del cual el daño adquirirá ese carácter de anomalía que le permite someterse al instituto de la responsabilidad.¹² El dilema es el siguiente ¿hasta qué límite el hombre deja de usar racionalmente el ambiente para comenzar a dañarlo?¹³

El establecimiento de los criterios para establecer el umbral mínimo de protección podría estar relacionado, por una parte, con los efectos del daño sobre un determinado número o tipo de organismos afectados. Así por ejemplo, el vertido de residuos a un río que provocara la muerte de mil peces no plantearía demasiadas dudas para considerar el resultado de la actividad contaminante como un daño. Sin embargo ¿qué pasaría si sólo afecta a diez peces? En este caso, como advierte S. Tromans sería importante tener en cuenta la población de cada especie, para que incluso un pequeño número de organismos afectados pudiera considerarse como un daño significativo si la especie en cuestión es rara en un hábitat concreto o en general. Ahora bien, en el caso opuesto, se pregunta este autor, por ejemplo, si podemos considerar poco importante la destrucción de un número relativamente grande de una especie muy común y, en última instancia, hasta qué punto es legítimo establecer distinciones entre especies.¹⁴

Por otra parte, no hay que olvidar que el daño al medio ambiente afecta sobre todo a las relaciones en un ecosistema y, por lo tanto habrá que tener

en cuenta los efectos de ese daño sobre el entorno que le rodea, en particular sobre el hombre u otros seres vivos ¿Podríamos trazar con nitidez la línea a partir de la cual el hombre se ve afectado por la acción? Tal sería el planteamiento que ofrece la Ley alemana sobre responsabilidad ambiental o la Ley japonesa sobre indemnización por daños corporales resultantes de la contaminación en las que el daño al medio ambiente se concibe en la medida que se produzca un atentado a la vida, salud o propiedad del individuo.¹³

En el Derecho Comparado podemos encontrar disposiciones de derecho positivo que expresamente se refieren a la tolerabilidad como supuesto que exime de responsabilidad de reparar el daño causado. Así, las "cuotas de derecho a contaminar" existentes en Estados Unidos, por virtud de las cuales se autoriza a las industrias de una determinada zona a emitir un determinado volumen de elementos contaminantes al medio. Estas cuotas pueden ser objeto de negocios jurídicos, e incluso se ha pensado en introducirlos en el sistema del mercado de valores.¹⁴

El daño ambiental representa la contaminación ambiental

Desde el punto de vista jurídico, no hay diferencias entre los conceptos de daño ambiental y contaminación ambiental. Aunque en un sentido estricto de los términos, debería reservarse la denominación última para designar el delito penal tipificado por la ley de Residuos Peligrosos 24.051 (artículos 55 y 56); en tanto que la denominación de daño ambiental, se confina al ámbito de la responsabilidad civil por el riesgo o lesión del entorno, sus bienes, o intereses, ambientales.

El daño ambiental en general, está representado por la contaminación ambiental, que se define como todo cambio perjudicial en las características físicas, químicas o biológicas del aire, tierra o agua que puede afectar nocivamente la vida humana o las materias primas.¹⁵ Introducir al medio cualquier índole de factores que anulen o disminuyan la función biótica.¹⁶

En términos legales se define contaminación como la alteración reversible o irreversible de los ecosistemas o de algunos de sus componentes producidas por la presencia —en concentraciones superiores al umbral mínimo— o la actividad de sustancias o energías extrañas a un medio determinado.¹⁷ Asimismo como la incorporación a los cuerpos receptores de sustancias sólidas

das, líquidas o gaseosas o mezcla de ellas, que alteren desfavorablemente, las condiciones naturales del mismo y/o que puedan afectar la sanidad, la higiene o el bienestar público.²⁰

Además por contaminación del agua se entiende la acción y el efecto de introducir materias en cualquier estado físico o formas de energía, de modo directo, que puedan degradar, física, química o biológicamente al recurso hídrico o al medio ambiente ligado al mismo. Son contaminaciones indirectas, las que pueden provocar un perjuicio diferido en el tiempo, como las provenientes de actividades domésticas, disposición de basura, agroquímicos, residuos y vertidos industriales, mineros, o de cualquier otro tipo inclusive aéreos.²¹ En tanto que contaminación del aire es la presencia en la atmósfera exterior de uno o más contaminantes o sus combinaciones en concentración y con tal duración y frecuencia de ocurrencia que puedan afectar la vida humana, de animales, de plantas, o la propiedad, que interfiera el goce de la vida, la propiedad o el ejercicio de actividades.²²

A su vez, en el distrito de Capital Federal, del ordenamiento jurídico, surgen las siguientes definiciones de contaminación: "La presencia en el ambiente de cualquier agente químico o biológico o de una combinación de varios agentes en lugares, formas y concentraciones tales que sean o puedan ser nocivos para la salud, seguridad o bienestar de la población o perjudiciales para la vida animal o vegetal o impiden el uso y goce normal de las propiedades y lugares de recreación".²³ En otras palabras: "Presencia en el ambiente de cualquier agente físico, químico y biológico, de temperatura de una concentración de varios agentes, en lugares, formas y concentraciones tales que puedan ser nocivos para la salud, seguridad o bienestar de la población humana, perjudiciales para la vida animal o vegetal, o impidan el uso y goce normal de los materiales, propiedades y lugares de recreación."²⁴

Ahora sí, establecido claramente que no hay diferencias entre daño ambiental y contaminación, más allá de las definiciones contenidas más arriba, y del concepto que surge de la ley 25.675, vamos a tratar el tema desde la visión de la doctrina de nuestros autores, y de la doctrina judicial. Es que téngase en cuenta que, la ley 25.675 regula especialmente el daño ambiental de incidencia colectiva — el que a nuestro juicio, dicho sea de paso —, en su tratamiento, transforma en "daño público", toda vez que en caso de imposibilidad técnica de recomposición del mismo, se deberá depositar una indemnidad

zación sustitutiva en un "Fondo de Compensación Ambiental" que será administrado por el Estado.

En doctrina, Magariños de Melo dijo que contaminación es el acto o el resultado de la irrupción, vertimiento o introducción artificial en un medio dado de cualquier elemento o factor que altere negativamente las propiedades biológicas del mismo, superando provisoria o definitivamente, parcial o totalmente, la capacidad defensiva y regenerativa del sistema para digerir y reciclar elementos extraños, por no estar neutralizados por mecanismos compensatorios.²⁴

Peyrano dijo que daño ambiental es toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, considerados individual o colectivamente, a que no se alteren en modo perjudicial las condiciones naturales de vida.²⁵ Fish y Mayevsky, por su parte, prefieren definirlo diciendo que es la lesión o menoscabo que atente contra la preservación del entorno, en tanto influya en la calidad de vida, desde el punto de vista del interés humano.²⁶

Al respecto, Bustamante Alsina señala que el daño ambiental es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de "impacto ambiental", sino que se refiere al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (*par ricochet*), a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular, que ataca un derecho subjetivo y legítimo al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado.²⁷

Nuestra jurisprudencia, tiene como sugestivo antecedente un fallo en el que se hizo lugar a una demanda entre otros rubros por "daño ambiental residual" (o daño al ambiente en sí mismo); en sentencia se dijo que el daño ambiental vendría a estar configurado a partir de una contaminación, lo que implica la incorporación a los cuerpos receptores, de sustancias que alteren desfavorablemente las condiciones naturales de los mismos (Decreto 2099/60 de la Provincia de Buenos Aires), de la que derivaran comúnmente otros tipos de daños, pero permanecerá un daño ambiental residual por deterioro o menoscabos del entorno no sólo natural sino social, referido a lesiones al bienestar público. Esta última categoría de daños provoca una lesión a la calidad de vida. Esta lesión se provoca a todos y cada uno de los sujetos a

quienes se halla deteriorado su hábitat más allá de que existan daños derivados, fragmentarios y particularizados.²⁰

Asimismo se ha llegado a afirmar, desde el mismo ámbito jurisdiccional, que con la Reforma Constitucional se genera una concepción a partir de la cual el hombre es parte del medio ambiente y por tanto se concibe la posibilidad de prevenir y resarcir el daño ambiental, independiente de la afectación individual,²⁰ por lo que es fácilmente deducible que nuestros tribunales distinguen entre las categorías de daño ambiental antes señaladas; denominando en algún caso "daño ambiental residual", lo que nosotros llamamos daño ambiental en sí mismo y por el otro, el daño individual o diferenciado.

Nos adelantamos en señalar las características jurídicas del daño ambiental: no es un daño común, es ambivalente o bífrente en cuanto afecta intereses individuales y supraindividuales, es complejo, de relación causal difusa, vinculado con aspectos técnicos o científicos tecnológicos, de ardua, costosa o difícil comprobación, en ocasiones anónimo o impersonal, prevalentemente social, colectivo o masificado. A su vez constituye el único daño civil constitucionalizado.

Mossat Iturraspe ha dicho con razón que "el daño ambiental, no es un daño común, por su difícil, compleja, o ardua comprobación, atendiendo a las circunstancias que, en muchas ocasiones, es despersonalizado o anónimo; suele ser el resultado de actividades especializadas, que utilizan técnicas específicas, desconocidas para las víctimas. Al mismo tiempo que alcanza a un número elevado de víctimas, un barrio, una región, puede ser cierto y grave para el ambiente o alguno de sus componentes, pero ser considerado despreciable o sin relevancia o significación, o no tenerlo en la actualidad, respecto de las personas individualmente consideradas."²¹

El carácter difuso daño ambiental plantea un marco de complejidad respecto de la identificación del agente productor del daño. Es que como lo destaca Isidoro H. Goldenberg, la contaminación es iterante, cambiante, se difumina en el tiempo y en el espacio, no tienen límites geográficos ni físicos, ni temporales ni personales. La ausencia de precisión en las características del daño, enfatiza Falbo, su extensión, alcance, prolongación su carácter muchas veces retardatario, acumulativo, los efectos alérgicos, etc. constituyen problemas de enorme trascendencia al momento de su determinación.²² Además como desde hace tiempo enseña Morello, se trata de

casos de prueba difícil, altamente compleja, revestida de enorme científicidad.²³

Sin duda que en las causas ambientales, la prueba resulta de difícil resolución "*difficilitoris probationes*" habida cuenta del complejo entrelazado de elementos que la condicionan, tomando como base que el ambiente es un conjunto interrelacionado de componentes, compuesto de realidades muchas veces cambiantes, pero siempre interdependientes o interactuantes, por lo que su comprensión se logra desde una visión holística y sistémica. Las dificultades intrínsecas y objetivas que se destacan, obliga, al juez, en la labor de apreciación crítica, instructiva, investigativa o de recreación del hecho, a no atomizar, fragmentar o fracturar la prueba, para laborarla acumulativamente, en sumatoria, en forma totalizadora o integral.²⁴

Por su género, hemos señalado además, aludiendo ideas expuestas por Stigitz, que la problemática ambiental (dentro de la cual se inscribe el daño ambiental) se presenta como uno de los campos de las llamadas "violaciones de masa", en el que la actividad humana que ataca elementos del patrimonio ambiental, causa "un daño social" por afectar los llamados intereses difusos, que son supraindividuales pertenecen a la comunidad, y no tienen por finalidad la tutela de un sujeto en particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad.²⁵

Finalmente, para que la protección del medio ambiente no sea fórmula meramente declarativa, la Constitución Nacional se anticipa y recepta esta nueva categoría de daños.²⁶ Así, "El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley" (artículo 41, Constitución Nacional).

CATEGORÍAS DE DAÑO AMBIENTAL

Clases de daño ambiental

Gomis Cábala dice que la definición de daño al medio ambiente se encuentra actualmente afectada a dos categorías distintas en función de que el medio ambiente dañado atente a la salud y a los bienes de las personas o al medio natural en cuanto tal. En el primer supuesto, el daño al medio ambiente se integraría a

la categoría en lo comúnmente denominado daños personales, patrimoniales o económicos, a saber los daños a la salud y a la integridad de las personas (por ejemplo, asma provocada por la contaminación atmosférica), los daños a sus bienes (por ejemplo, el medio ambiente propiedad de un individuo) y los daños al ejercicio de actividades económicas (por ejemplo, la pesca), todos ellos sometidos al ámbito del Derecho privado, donde a priori parece tener perfecta cabida el mecanismo clásico de la responsabilidad civil. En el segundo supuesto, 'el daño ecológico puro', ajeno a cualquier connotación personal, patrimonial o económica. La mayoría de los ordenamientos jurídicos reconducen este tipo de daños a la esfera del Derecho público, donde cobran especial protagonismo la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal.²⁷

En este contexto, la tendencia que se observa en los diferentes convenios internacionales en torno a las responsabilidades y las propuestas de la Unión Europea consiste, por una parte, en diferenciar conceptualmente el daño ecológico del resto de daños provocados como consecuencia de un atentado ambiental, y, por otra, en aplicar indistintamente por igual el mecanismo de la responsabilidad civil (vg. Convenios en materias de energía nuclear: Proyecto de Convenio elaborado por el Standing Committee de la AIEA recoge expresamente los daños por contaminación del medio ambiente y los costes de las medidas preventivas; Convenios sobre transportes marítimos de hidrocarburos, modificado por el Protocolo de 1984; Convenios sobre el transporte de mercancías peligrosas; Convenio del Consejo de Europa; Propuestas de directiva sobre responsabilidad civil en materia de residuos).

También la doctrina española avanza en ese sentido: se diferencia entre el daño que sufre el medio ambiente en sí mismo, sin una específica referencia a un sujeto titular del bien lesionado, de aquel que puede ser causa del menoscabo de un patrimonio concreto.²⁸

Esta tendencia se advierte también en el derecho comparado en ordenamientos tales como el estadounidense, que desde hace más de 20 años por un lado, ofrece un concepto amplio al medio ambiente, esto es un concepto que atiende a los efectos a los organismos vivos o recursos bióticos y sobre el entorno inanimado o recursos abióticos y, por otro reconoce la existencia de un derecho a la reparación por los daños causados a los recursos naturales, esto es, el suelo, los peces, la vida salvaje, los biotopos, el aire, el agua, los acuíferos subterráneos, los depósitos de agua para el consumo y

otros recursos del mismo tipo, que pertenezcan o sean administrados por los Estados Unidos, por un Estado o la colectividad local (Cercla o Superfund Law, 42, USCA, Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability, Act de 1980, sección 9607, art. 107).

Otras leyes más recientes como la relativa a la contaminación de hidrocarburos de 1990 y la ley de aguas de 1989, confirman la creación práctica de un régimen de responsabilidad específico para la reparación de los daños causados a los recursos naturales, independientemente de los daños a las personas y los bienes.

Así, desde temprano, en nuestra doctrina civil, Gabriel Stiglitz, fue primero en identificar esta clase de daños, que denominara "Daños al ambiente en sí mismo",³⁹ en ese sentido otros autores distinguen entre dos especies de daño ambiental: el daño a las personas o a las cosas por alteraciones al medio ambiente, asimilable a las diversas hipótesis de daños, ya reconocidos por el derecho de daños clásico y el daño al medio ambiente, que definen como un perjuicio o menoscabo soportado por los elementos de la naturaleza o medio ambiente, sin recaer específicamente en personas o cosas jurídicamente tuteladas, afectando en forma mediática la calidad de vida de los diversos seres vivientes del planeta.⁴⁰

Desde otra óptica, sostiene que la contaminación es el daño o deterioro que sufre el ambiente en sí mismo, v. g. lesiones que alteren un ecosistema, sin una específica referencia a un sujeto titular del bien lesionado, aún cuando puede ser la causa del menoscabo de un patrimonio concreto. Son esas alteraciones que se producen sobre el ambiente, las que dan lugar a la apreciación de responsabilidad colectiva ambiental, que algunos llaman daño ecológico, con la consiguiente aplicación del principio que establece la obligación de reparar los menoscabos causados al ambiente: quien contamina paga.⁴¹

El Supremo Tribunal de Justicia de Chubut, el 26/06/2001, en la causa "Defensora del Pueblo de la Provincia", afirmó que "el diferenciar entre "daño ambiental" y "daño ambiental necesario" requerirá una interacción adecuada entre el derecho y una cantidad de conocimientos y disciplinas científicas para poder resolver los problemas jurídicos. Exige comprensión y familiaridad con las disciplinas científicas que atañen al medio ambiente... deben utilizarse complejos modelos matemáticos o estadísticos para la evaluación de los umbrales de riesgo por encima de los cuales un determinado contaminante se torna dañino o perjudicial (Foster, Phantom Risk, MIT Press,

Cambridge, 1996). Ha de tenerse presente, que no puede identificarse el "daño ambiental" con cualquier lesión a un recurso natural, sino que existirá sólo cuando la afectación tenga la capacidad de impactar sobre la vida, en sentido amplio, comprendiendo los bienes naturales y culturales indispensables para la subsistencia.⁴³

El límite de la normal tolerancia

El Proyecto de Código Civil de 1996, incluye en su texto, el artículo 1588, que prevé situaciones de daño justificado, entre los cuales enuncia "en el caso de afectar intereses de incidencia colectiva (dentro de los cuales se inscribe, el derecho ambiental, y por ende el daño ambiental o la contaminación ambiental), si corresponde considerarlo socialmente tolerable."

El artículo 2616 del Código Civil (restricciones y límites al dominio) dispone que: "Las molestias que ocasionan 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 mediere autorización administrativa para aquéllas. 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 del uso."

Más cerca de nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 844 del *Codice civile* italiano establece que el propietario de un fundo no puede impedir la inmisión de humos, calor, exhalaciones, ruidos, las vibraciones y similares que deriven del fundo vecino, si no superan la normal tolerabilidad, teniendo en cuenta las condiciones del lugar. Borda sostiene que "no cualquier molestia da lugar a esta acción; es necesario que ella exceda la normal tolerancia. Pues es bien sabido que la vecindad en pueblos y ciudades suele traer aparejada algunas molestias que, si son tolerables, deben aceptarse como un precio, a veces duro, de la civilización moderna".⁴⁴ Es que "mientras no se colme la medida, hay para los vecinos un deber de paciencia."⁴⁵

El juez debe indagar en esos artículos y en toda la legislación ambiental dispersa y efectuar una interpretación sistemática y armónica; este estudio sistémico, generalmente le dará la solución del caso a resolver.⁴⁶

Determinar si las emisiones producidas por el fundo vecino, excede la normal tolerancia, según las previsiones del artículo 2618 del C.C., es una cuestión de hecho librada exclusivamente a la apreciación judicial. Por último es preciso tener presente que en tanto cierto grado de contaminación es inevitable la degradación del medio ambiente entra en la categoría de daño intolerable; por ello el límite de la normal tolerancia según la fórmula del artículo 2618 del C.C. no es aplicable en los casos de degradación del medio ambiente susceptible de afectar la salud.⁴³

A este respecto, las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983) entendieron aplicable el límite de la normal tolerancia con relación al ataque a bienes jurídicamente protegidos, con excepción de los supuestos de degradación del medio ambiente que sean susceptibles de afectar la salud. Tratándose de derechos indisponibles como la vida, la salud y la integridad corporal se entiende que debe descartarse cualquier grado de tolerabilidad, ya que implica una renuncia prohibida.⁴⁴

Nuestra doctrina judicial registra a la fecha importantes antecedentes sobre la materia, fallos en los que se destaca que tratándose de posibles daños al medio ambiente, la prueba —cuya carga resulta ya asignada por el artículo 1113— debe tener un "particular tratamiento" en cuanto a la naturaleza de la agresión no se compadeca con los sistemas habituales de análisis de la probanzas, en cuanto se da mayor relieve a dos núcleos de determinación: a) el análisis comprensivo y no atomístico de los elementos; b) el valor excepcional de la prueba de presunciones.⁴⁵

Uno de los modernos retos consiste en identificar y contrastar el daño socialmente tolerable y el intolerable, esto es, la medida del riesgo permitido. La indagación se centra en la siguiente cuestión: ¿debe repararse todo daño o ello es ineficiente además de disvalioso? Este interrogante se vincula con otro, no menos importante ¿Quién se hace cargo del costo ambiental? En particular, la problemática del medio ambiente guarda relación con la Economía el Derecho, pudiendo decirse que el daño ambiental plantea el dilema fundamental de quién asume su costo.⁴⁶

El *opus* ambiental, la asunción de esta carga económica social de este costo de protección, en definitiva, encierra una pregunta angustiante, que según Elena Highton, comprende, todos sus actores: el Estado, el consumidor, el usuario, el administrado, el vecino, el habitante, el afectado, la indus-

ría, el productor. Una de las clases sociales, en general las más pobres; las generaciones presentes o actuales; las generaciones futuras o venideras, nuestros hijos.³⁰

En otro orden, la doctrina judicial más progresista sobre la materia, postula la naturaleza del daño físico del daño ambiental (aunque no de manera excluyente, sino acumulativa, con daños de otra naturaleza), no sólo por la materialidad del objeto a preservar, sino también porque toda agresión ambiental importa una modificación material del patrimonio, un menoscabo en las potencialidades humanas, un estrechamiento de chances y en fin, disminución de la aptitud vital genérica de la víctima existente o potencial.³¹

Es decir, se postula la naturaleza de daño biológico o daño a la salud del daño ambiental, con implicancias económicas, que puedan resultar de índole patrimoniales y/o extrapatrimoniales.³²

CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL SEGÚN LEY 25.675

Daños colectivos en la Ley 25.675

Hace tiempo, desde los estrados judiciales, se advertía que "los nuevos derechos que están en juego, no pueden protegerse a través del sistema clásico-tradicional del proceso de dos partes, donde cada uno busca solucionar su problema particular: es necesario concebir tuteladas adecuadas para que los titulares de los intereses difusos."

Además "las soluciones para esta temática no encajan en esquemas ortodoxos, ni fueron contemplados por los Códigos y leyes individualistas del siglo XIX; en consecuencia para recomponer el rumbo, y darle adecuada cabida a estos intereses, ciertos institutos han debido variar su ropaje en el ámbito judicial: así los consagrados principios de defensa en juicio o de contradicción, no pueden concebirse actualmente con un criterio individualista. Se impone revisar los conceptos clásicos: 1) cosa juzgada (en cuanto a los efectos vinculantes); 2) la reparación del perjuicio (teniendo en cuenta no tanto el daño producido sino el daño sufrido) y 3) de responsabilidad civil (buscando prevenir más que curar)."³³

La Ley 25675 General del Ambiente,³⁴ introduce en nuestro derecho, una serie de reformas estructurales, reflejo de estas adaptaciones de los concep-

tos clásicos, en materia de derecho sustantivo de fondo, —al consagrar legalmente las categorías del daño ambiental colectivo, y un régimen especial de responsabilidad colectiva ambiental—, como además procesal o ritual, dando forma definitiva al denominado proceso ambiental colectivo, en punto a la legitimación de obrar activa, perfil del juez, medidas cautelares, régimen probatorio, efectos de la cosa juzgada.

Por su importancia transcribimos el texto de ley 25.675, en su parte pertinente, para precisar las modalidades salientes de la materia.

Daño ambiental

Artículo 27. El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

Artículo 28. El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación. Sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.

Del fondo de compensación ambiental

Créase el Fondo de Compensación Ambiental que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales, asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente. Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado. La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial.

Artículo 29. La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños e produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa.

Artículo 31. Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas, la responsabilidad se hará extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.

Las reformas sustantivas que contiene la ley 25.675, reflejan la necesidad de encontrar respuestas adecuadas para esta singular de daño. Más aún cuando se trata de una regulación especial respecto del daño ambiental colectivo.

Mossel Iturraspe²³ señala que "por la materia sobre la cual recae, por el bien jurídico comprometido, encaja difícilmente en las clasificaciones tradicionales: daño patrimonial o daño extrapatrimonial, daño cierto o incierto, daño actual o futuro, y daño personal o daño ajeno. De donde, limitadamente, debemos señalar que las notas características del daño, según la concepción mayoritaria: cierto, personal y directo, son puestas en grave aprieto."

A su turno, Bustamante Alsina destaca que toda actividad humana individual o colectiva que ataca elementos del patrimonio ambiental, causa un daño social por afectar los llamados intereses difusos, que son supraindividuales pertenecen a la comunidad y no tiene por finalidad la tutela de un sujeto en particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad.²⁴

Se ha dicho que la contaminación ambiental marcha por naturaleza inseparable de su carácter expansivo, tanto en lo temporal como en lo tocante del espacio físico que invade. El daño al medio ambiente es entonces esencialmente difuso. Trepa más allá de su centro de origen, escala el tiempo sin tropiezo con creciente perdurabilidad. Plantea, por ende una problemática que consista al interés general de la comunidad, sin fronteras y extendiendo su

amenaza a las futuras generaciones. Todo lo cual lleva a la necesidad de imprimir un enfoque colectivo a la tutela jurisdiccional de los damnificados.⁵⁷

El carácter difuso daño ambiental plantea un marco de complejidad respecto de la identificación del agente productor del daño. Por lo general, se trata de casos de prueba difícil, altamente compleja.⁵⁸ Es que la contaminación es itinerante, cambiante, se difumina en el tiempo y en el espacio, no tienen límites geográficos ni físicos, ni temporales ni personales. La ausencia de precisión en las características del daño, su extensión, alcance, prolongación, su carácter muchas veces retardatario, acumulativo, los efectos sinérgicos, constituyen problemas de enorme trascendencia al momento de su determinación.⁵⁹

Todo ello no hace sino presentar un marco de complejidad en la individualización del nexo de causalidad, en virtud de dos factores: 1) por la posibilidad de los efectos nocivos del inquinamiento, se manifiesten después del transcurso de largo periodo de tiempo; 2) la propagación de sus efectos perniciosos a grandes distancias del lugar en que ha tenido origen.⁶⁰

En concordancia, los tribunales sentaron la siguiente doctrina: "En el daño ambiental hay mucho de sutil, de intangible, de cambiante de un momento a otro en la relación de los elementos físicos con las personas y cosas, como para limitarnos a una toaca y rutinaria aplicación de los elementos jurídicos, sin penetrar con perspicacia del zahori en la cuestión. Si alguna vez se ha dicho que el juez, "esculpe sobre la niebla", es en esta materia del daño ambiental donde más se ha de evidenciar su espíritu sagaz y sensible, diestro para captar una distinta realidad."⁶¹

La Ley define el daño ambiental como "toda alteración relevante". El dato atinente a la magnitud, importancia o significación del daño ambiental no pasa desapercibido. De tal manera se excluyen aquellas modificaciones al ambiente, que no tiene tal efecto sustantivo. Esta solución se vincula, por lo dicho, con los inconvenientes ordinarios de la vecindad, o el "principio de la normal tolerancia del artículo 2618 del Código Civil"⁶² o "la teoría del riesgo permitido",⁶³ como causal de justificación de los delitos penales o del "daño socialmente tolerable" contenido en el artículo 1589 inciso e) del Proyecto del Código Civil, 1998.⁶⁴

La Ley General 25.675 habla de alteración o modificación negativa del ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas —en cuyos casos,

parece se vincula con elementos o intereses del patrimonio natural—, y por último, cuando recae en elementos o intereses legítimos socio-culturales, los bienes o valores colectivos. Es decir, siguiendo el criterio de ambivalencia, que caracteriza el derecho ambiental, el hecho o acto, lícito o ilícito, por acción u omisión, jurídico ambiental, causante del daño ambiental, tiene doble soporte de afectación, incidencia, o vinculación. O, según palabras de Morello,⁶⁵ a la manera del dios Jano, tiene dos caras.

En realidad siendo el derecho ambiental un híbrido mutante, amplio, transversal, horizontal, su carácter multifacético se transmite a las situaciones que lo caracterizan. De allí que el daño ambiental colectivo, complejo, difuso, presenta caracteres que lo distinguen de otras problemáticas de riesgo, lesión o menoscabo de patrimonios individuales. Por lo pronto en ocasiones es impersonal, menoscaba los derechos individuales, pero en cuanto colectivo, genérico, global, grupal, exhibe una dimensión social, plural, de afectación de bienes, intereses o derechos fungibles, coparticipados o compartidos, por otros, muchos, o todos, en igualdad de condiciones, de magnitud impredecible actuales o futuros. Al tiempo que toca, concierne, intereses patrimoniales y/o extrapatrimoniales, diferenciados o indiferenciados, naturales o culturales, económicos o sociales.

Bienes o valores colectivos

Por resultar novedoso en el texto de ley, vamos a detenemos en el concepto de bienes o valores colectivos. Sin dejar de poner de resalto que el daño ambiental, puede afectar el ambiente, o cualquiera de sus componentes o recursos, el equilibrio de los ecosistemas. Volveremos más adelante sobre estos temas. En tarea diremos que el bien colectivo se caracteriza por la indivisibilidad de beneficios, el uso común, la no exclusión de beneficiarios, el uso sustentable y el status normativo.⁶⁶ 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 son dignos de protección.⁶⁷ Así se habla de la protección de la identidad colectiva.⁶⁸

Por lo demás, "en materia de derecho ambiental, no importa solamente el restaurar lo dañado, sino que se aspira fundamentalmente a la prevención, y esto es así puesto que se ha elevado la calidad del entorno a la categoría de

valor colectivo, lo cual significa parte integrante del bien común.⁶⁶ En relación, resultan apropiadas las reflexiones que formula Bidart Campos,⁶⁷ recordando la Enciclica "Centesimís Annus" de Juan Pablo II, cuyo numeral 40 afirma: "Es deber del Estado proveer a la defensa y tutela de los bienes colectivos, como son el ambiente natural y el ambiente humano".

Desde la perspectiva del derecho ambiental, en general, da lo que se trata siempre es de la preservación del bien colectivo, no sólo como afectación de la esfera social del individuo, sino como un elemento del funcionamiento social. Nos adelantamos en afirmar que el bien colectivo, es componente del funcionamiento social y grupal. Por último los valores colectivos, apunta a una serie de creencias, costumbres, la significación o importancia colectiva de una cosa, "cualidades de algunas realidades llamadas bienes por las cuales son estimables", valores espirituales o morales, representados a su vez por tradiciones, estimaciones, conocimientos, apreciaciones de carácter colectivo, cultural o social.

En otro orden, se ha dicho que para distinguir el carácter público de un bien habrá que ver el destino del mismo, es decir se está destinado, directa o indirectamente al uso público, ya sea su titular el Estado, el pueblo o un particular, como en el caso de las concesiones respecto de los bienes que se encuentran afectados a la prestación del servicio público.⁶⁸ La noción de bien público, está ligada a los conceptos de patrimonio común y bienes colectivos que más adelante se explican. A su vez, la lesión de un bien público, destinado al uso común, afecta o interesa a la comunidad o a bastos sectores de ella.

Inserción en el derecho privado colectivo

Por lo expuesto, vamos a analizar la problemática ambiental inserta en el denominado *derecho privado colectivo*,⁶⁹ que se define como "un fenómeno variado, todavía asistemático y provisoriamente excepcional, pero de gran interés para el mundo actual". Es que "el derecho privado siempre se ha basado en un sujeto o en dos subjetividades con intereses comunes o contrapuestos. Sólo en el caso del contrato de sociedad y la familia mostró alguna preocupación por las conductas entre más personas. En la situación actual ello cambia porque "lo colectivo" causa regulaciones o puede ser objeto de ellas."

Veremos así algunos aspectos de la interacción entre lo colectivo y el derecho privado *entre ellos podemos mencionar, que: 1) se señala que puede haber un daño colectivo, es decir, sufrido por grupos. 2) se afirma que hay legitimación procesal grupal. 3) si hay daño colectivo, se debieran postular la existencia de bienes colectivos. 4) finalmente, se afirma que la responsabilidad individual declina, asisténdose a una colectivización de la responsabilidad.*⁷⁴

Se recuerda, no obstante ser reiterativos sobre este concepto, que la problemática ambiental se presenta como uno de los campos de las llamadas "violaciones de masa"⁷⁵ en razón que el daño es difuso, y la violación puede producirse no solamente a nivel de un derecho subjetivo *stricto sensu*, sino que puedan ser lesionados intereses legítimos o intereses o derechos colectivos, es decir, que afectan a muchos como si se trataran de una "colmena de derechos", según la expresión de Orgaz, porque se difuminan, afectando a todos, a muchos o quienquiera.⁷⁶

Garrido Cordobera⁷⁷ señala que la diferencia entre el daño individual y el daño colectivo compete a la técnica jurídica; lo que se plantea es una cuestión de predominio. Los daños colectivos no surgen de la simple suma de daños individuales ya que prescinden totalmente, entidad grupal, pues afectan simultáneas y coincidentemente al grupo o a la sociedad, que son víctimas indiscriminadas de la lesión.

"En doctrina se admite la existencia de tipos de daños colectivos, el daño colectivo propio o el impropio y el daño causado o sufrido colectivamente, no siendo excluyentes sino complementarios."

Lorenzetti⁷⁸ sostiene, concordantemente, que el derecho al ambiente sano "puede discriminarse de la siguiente manera: en relación al "macro bien", que es el medio ambiente en general, y tratándose de un bien público de uso común, existe un interés difuso. En relación con "micro bienes", puede darse una doble situación. Puede existir un interés difuso y también un derecho subjetivo. El derecho subjetivo puede existir, claramente, en el caso de que exista derecho de propiedad y la acción lo afecte. También se ha invocado, a nuestro juicio impropriamente, la existencia de un derecho subjetivo cuando hay una afectación de un interés propio del sujeto al medio ambiente sano. La doctrina coincide en que se trata de "intereses difusos". Así se ha señalado que los intereses difusos responden a necesidades de la comunidad, o grupos

de ella, son de titularidad indivisible, tienden a salvaguardar la calidad de vida social¹.

Galdós² destaca "ambas facetas del detrimento ambiental: la afectación a bienes de incidencia colectiva y —simultánea, concurrente o excluyentemente— a intereses jurídicos individuales, repercutiendo en las esferas patrimonial o extrapatrimonial de un sujeto o de una pluralidad determinada o indeterminada de personas físicas. Por su lado la jurisprudencia, especialmente con el relevante caso "Copetro" se ha pronunciado también sobre ese aspecto del daño ambiental, es decir como fuente (doblemente dual) de detrimentos, materiales o inmateriales, e individuales y colectivos."

Además, es evidente que en este caso la Constitución Nacional define un nuevo y particular modo de daño, que presenta particularidades respecto del daño normatizado por los artículos 1068 y concordantes del Código Civil, a punto tal que bien puede afirmarse que las reglas de reparación no podrán equipararse a las que se otorgan en protección de los derechos subjetivos clásicos (derechos de primera y segunda generación individuales, cívicos, políticos, económicos o sociales), simplemente porque este tipo de daño puede conculcar además otro tipo de prerrogativas bautizadas como "derechos de incidencia colectiva" que, al ir de paso, de oscuros personajes de nuestro derecho, pasaron a revestir jerarquía constitucional, dentro de los cuales se inscribe el derecho ambiental Derechos de tercera y cuarta generación.³

Se acentúa la importancia del tema si pensamos que confluyentemente la Constitución reconoce en su artículo 41, el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano; prioriza la obligación de recomponer el daño ambiental, que de esta forma ha pasado a ser el único daño civil constitucionalizado en nuestro sistema jurídico⁴ y asimismo, por vía del amparo contra lesiones inminentes o amenazas en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, consagra expresamente el derecho de acceso a la justicia para la prevención de daños ambientales.

Ello así, sin desdeñar de considerar que el derecho ambiental, constituye según la doctrina judicial predominante, un derecho personalísimo⁵ un derecho de la personalidad, básico, esencial, humano, inherente a la persona, una ampliación de la esfera de la personalidad humana,⁶ digno de la más enérgica protección. Y que según lo apunta buena parte de la doctrina habría en juego en la problemática ambiental, cuestiones de orden público.⁷

Es que "el medio ambiente tiene una significación social que prevalece sobre la prerrogativa individual atinente al mismo. Ante la obligación de amparar intereses llamados de "pertenencia difusa", conectados en el caso con la defensa del medio ambiente, "la titularidad personal de un derecho o un interés legítimo no desaparece cuando el derecho o el interés son compartidos con y por otros, o con y por todos los demás que se hallan en igual situación". Pero esta dualidad no resulta "excluyente" sino, por el contrario, acumulativa. El individuo ostenta un interés propio, y por añadidura, conforma o forma parte otro interés distinto, colectivo de pertenencia difusa, pero que también le confiere legitimación para accionar, siempre que sea portador "de un interés razonable y suficiente."⁹⁹

Bien jurídico tutelado

Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

Ambiente: Entorno o medio. El conjunto de elementos naturales o inducidos por el hombre que interactúan en un espacio o tiempo determinado. Fragmentado o simplificado en términos operativos el término designa entornos más circunscriptos, ambientes naturales, agropecuarios, urbanos y demás categorías intermedias (Ley 5961 de Preservación del Medio Ambiente, de la Provincia de Mendoza). Conjunto de elementos y fenómenos como clima, suelo, otros organismos que condicionan la vida, el crecimiento y la actividad de los organismos vivos.

Ambiente urbano es según la Ordenanza 39.025, Código de Prevención de la Contaminación Ambiental de la Municipalidad de Buenos Aires (MCBA) el "conjunto del espacio aéreo urbano, las aguas, el suelo, el subsuelo y demás constituyentes del medio natural". Del anexo a la ley 123 sobre evaluación de impacto ambiental para la ciudad de Buenos Aires "Es el sistema constituido por los subsistemas naturales, económicos y sociales que interrelacionan entre sí el que es susceptible de producir efecto sobre los seres vivos y las sociedades humanas y condicionar la vida del hombre"

Guillermo J. Cano¹⁰⁰ dice que el entorno de todo ser humano está integrado por tres elementos: a) los bienes físicos de la naturaleza o recursos natu-

rales; b) las cosas creadas o inducidas por el hombre —manufacturas y productos de la cultura si son físicas o instituciones si son inmateriales—; c) el resto de la humanidad. A su vez, el ambiente señala Mario E. Valls,⁷ no es una mera acumulación de elementos, sino un sistema integrado que tiene un punto natural de equilibrio.

La Constitución Nacional en su artículo 41 define implícitamente el ambiente, inclinándose por una concepción amplia del término, "abarcativo",⁸ comprensivo del patrimonio natural y cultural. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, concordantemente, a través de los artículos 28 y 44, participa de igual concepción.

Ecosistema. De una definición legal, se entiende por "ecosistema", un sistema relativamente estable en el tiempo y termodinámicamente abierto en cuanto a la entrada y salida de sustancias y energía. Este sistema tiene una entrada (energía solar, elementos minerales de las rocas, atmósfera y aguas subterráneas) y una salida de energía y sustancias biogénicas hacia la atmósfera (calor, oxígeno, ácido carbónico y otros gases), la litósfera (compuesta por humus, minerales, rocas sedimentarias) y la hidrósfera (sustancias disueltas en las aguas superficiales, ríos y otros cuerpos de aguas). Anexo 1, glosario, ley 11.723 de la PBA.

Recursos naturales. Recogemos el concepto legal que surge de una regulación provincial. Así se define recursos naturales como la totalidad de las materias primas y los medios de producción aprovechable en la actividad del hombre y procedentes de la naturaleza (ley 11.723 PBA, de Medio Ambiente).

INTERESES DIFUSOS

Definición de intereses difusos o derechos de incidencia colectiva

Frente a una situación que compromete derechos de incidencia colectiva (intereses difusos), sea por la razón que el caso envuelve una multiplicidad de relaciones jurídicas equivalentes, o porque existe una mera situación de hecho común generadora de pretensiones jurídicas que tienen cierto grado de igualdad, semejanza, similitud, u homogeneidad, de manera tal que se

configura un objeto común, en buena parte único e indivisible materia de la prestación o del bien objeto del goce, las demandas se multiplican, o contienen derechos masificados, supraindividuales, que desbordan los cauces del proceso bilateral, cerrado, de "Cayo y Ticio", de base romántica, pensado para dar solución a problemáticas de la gran aldea, pero que no pueden derivar adecuadamente, esta clase de intereses, cuando los mismos se irritan, desorbitan, colisionan con otros intereses igualmente legítimos, o no encuentran respuesta a sus reclamos.

Esta situación elocuentemente planteada en términos de conflicto, exasperantes, belicosos, beligerantes, tiene características patéticamente singulares, rasgos propios, autónomos, por las circunstancias que la causa que la origina, y el núcleo de su determinación, afecta o incide sobre un haz de intereses, un enjambre de derechos, y en su caso, una colmena de prejudicados, que en razón de la recíproca interdependencia y comunicabilidad, que existen en ello, aloja acumulativamente, al mismo tiempo, intereses subjetivos individuales e intereses de grupo, colectivos, en los cada uno de los integrantes de la comunidad afectada sólo satisface su interés en los límites que pueden ser satisfechos el interés de los demás.

Es que en estos supuestos, como lo destaca Quiroga Lavlié, se ha configurado una estructura social relacional, *subscriptum* de la relación o situación generadora de derechos colectivos. El interés público tutelado por el derecho colectivo o de incidencia colectiva es un interés abierto, es decir indeterminado, lo cual no significa que no puede existir un grupo suficientemente bien determinado de personas cuyo círculo no estuviere cerrado, al cual se le puedan seguir uniendo otras personas en las mismas circunstancias. Lo concreto es que todas las variables de intereses colectivos que puedan merecer protección jurisdiccional, merecen dicha tutela porque "el colectivo" no es una "entelequia", sino la estructura reproductiva del sistema social. Estructura reproductiva vinculada tanto al sistema económico, al cultural y al político.⁵⁹

La globalización que se produce en los intereses de una pluralidad de sujetos, hace que resulte una cierta objetivación del interés, no obstante que existan intereses individuales suficientemente determinados. Es decir que puede haber intereses sin dueño, anónimos o no. Pero en todos los casos se trata de intereses que se hacen evidentes sólo en virtud de su globalidad y en

muchos casos porque ellos no son susceptibles de ser fraccionados. Por ello es importante la legitimación del afectado, como lo hace nuestro artículo 43 de la Constitución Nacional. El sujeto individual, se integra a la sociedad defendiendo intereses personales, pero al mismo tiempo consolida la solidaridad social al extender su acción de tutela a todos aquellos que se encuentran en situaciones equivalentes. Plenitud de la Democracia Participativa y del valor solidaridad como lubricante agilizador del sistema socioeconómico.⁶⁰

Por lo expresado, con la existencia de un interés legítimo público que se encontrare afectado o frente a la inminencia de afectación, alcanza y sobra, para que se encuentren habilitada la tutela jurisdiccional respectiva. Estamos frente a una zona de expansión de la protección del derecho público subjetivo, que de mero derecho individual en relación con interés difuso se convierte en un derecho colectivo en cabeza de uno de los afectados difusos. La afectación al colectivo es plena, lo difuso es la afectación a cada individuo, que integra el grupo o sector social.⁶¹

Desde este punto de vista, lo que importa es determinar si existe daño objetivo al bien social tutelado. El legitimado no actúa, aunque se trate de un particular afectado, con el efecto de fragmentar el interés del grupo. El afectado no individualiza al interés colectivo, por el contrario, dicha intervención, produce una necesaria integración del interés colectivo, el cual, de no ser por esa intervención quedaría en situación de abandono.⁶²

A los fines didácticos creemos que se podría clasificar la legitimación para obrar activamente en cuestiones relativas a los derechos de incidencia colectiva, en tres: 1) legitimación privada o particular; 2) legitimación pública o estatal; 3) legitimación colectiva y grupal o difusa. Desde la óptica del proceso contencioso administrativo, también se distinguen legitimaciones distintas entre la pretensión anulatória y la reparatoria.

Además ya se ha dicho, que estos procesos albergan con frecuencia dos pretensiones en juego: 1) la supraindividual, difusa, colectiva, grupal; 2) la individual, diferenciada, personal, patrimonial. Finalmente deberá tenerse presente también la naturaleza del interés en juego en la cuacitación: la legitimación para obrar será difusiva si se trata de un interés colectivo (que supone cierto grado de organización del ente exponencial o asociación profesional, más o menos estable, regular, permanente) o difuso (en el que el grupo de afectados, es inorgánico, amorfo, fruto por lo general de una reac-

ción social frente a una hecho agravante o de peligro para un sector comunitario, no existiendo en este supuesto, ligamen o unión previa concertada, por lo que su conformación es precaria, transitoria, circunstancial u ocasional) o de intereses individuales plurales homogéneos. Lo expuesto se refleja de manera muy clara en los requisitos que deben cumplirse para estar en condiciones de acceder a la justicia en defensa de los denominados derechos de incidencia colectiva.

Más allá del interés individual que muchas veces impulsa el proceso colectivo, que puede que tenga cierto grado de singularidad, o diferenciación que el resto, no debemos olvidarnos que se funda inescindiblemente, de manera indivisible, a un derecho de incidencia colectiva, o "compartido con otros" o "igual al de otros".¹² Es que los derechos o intereses difusos, intereses de serie o de sector, pluri individuales, impersonales, trans individuales, colectivos, supra individuales, de categoría, meta individuales, profesionales, sin estructura, dispersos, sin dueño o anónimos, difundidos, propagados, grupales, heteróclitos, grupales, híbridos, fragmentarios, asociativos, de clase, indiferenciados, de pertenencia difusa, de incidencia colectiva¹³ poseen, como ya se dijo, un alma pública y un cuerpo privado, que trasciende el derecho subjetivo particular y extiende el campo de la protección pública.¹⁴

En el plano de las subjetividades, el derecho de incidencia colectiva muestra que originariamente responde a un individualismo presente (es la idea de fraccionamiento o cuota del interés), aunque genéticamente es supra individual para su desenvolvimiento. También es colectivo el derecho que ostenta, debiéndose definir las características de los grupos o asociaciones que lo representan, ya sea determinados por un número prefijado de miembros y condiciones de asociación o, en su caso, sin fijar requisitos y con la permisividad de la representación eventual.¹⁵

La comprensión de este fenómeno "diferente" de la vida real, de base colectiva, los efectos del daño ambiental, en cuanto a su alcance colectivo, y la importancia de los mecanismos sustantivos y de forma establecidos por la legislación ambiental, no se llegan a entender si no incursionamos en el concepto de los denominados por nuestra doctrina procesal intereses difusos, rebautizados por la Constitución Nacional reformada de 1994, como derechos de incidencia colectiva, que constituye "la familia", dentro de los cuales se agrupan no sólo el derecho ambiental, sino también el derecho del usua-

rio y del consumidor; la libre competencia, contra la discriminación social, entre otros (en un catálogo abierto y flexible). Téngase presente que el derecho de daños ambiental, a través de una régimen amplio, tiene por objeto la protección de intereses o bienes del patrimonio natural y cultural.

Siguiendo la doctrina brasileña e italiana, difundida por la Escuela Procesal de La Plata, es clásica en nuestro derecho que se entienda por *intereses difusos*, "los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto a integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción de fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente, a los integrantes del conjunto comunitario".³⁷

En cambio, "los intereses colectivos encuentran un punto subjetivo de contacto que radica en las llamadas formaciones sociales o cuerpos intermedios, porque tienen como portavoz al ente exponencial de un grupo no ocasional, es decir, una estructura organizativa no limitada a una duración efímera o contingente, sino individualizable como componente sociológico concreto, dentro de la colectividad general. En ese sentido, los intereses difusos se traducen en colectivos, a través de un proceso de sectorialización y especificación".

Veamos cómo los define el autor italiano A. Giannini. Para él, los intereses colectivos "son aquellos que se identifican a través de un criterio puramente subjetivo, que es el de su portador: son tales intereses que tienen como portador, o centro de referencia, a un ente exponencial de un grupo no ocasional".³⁸ Esta línea argumental influyó en la jurisprudencia del Consejo de Estado italiano. Así se ha dicho que los intereses difusos son aquellos caracterizados por la simultaneidad de su referencia subjetiva a todo o parte de los componentes de una colectividad determinada (Consejo de Estado, decreto 24 del 19 de octubre de 1979). También se afirmó que se trata de un haz de intereses idénticos, a título de coparticipación, referidos a sujetos diversos, que sin embargo pertenecen al mismo grupo (Consejo de Estado, sentencia 376, del 18 de mayo de 1979).

En el derecho comparado, el Código brasileño de Defensa del Consumidor, Ley 8078/90³⁹ contiene la siguiente distinción para el ejercicio de la

defensa colectiva: I) intereses o derechos difusos, transindividuales de naturaleza indivisible, de los que surgen titulares indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho; II) intereses o derechos colectivos, los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular grupo, categoría o clase de personas ligas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; III) intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los concurrentes en origen común.

Así, en relación con la legitimación colectiva activa, Lorenzetti,¹⁰⁰ clasifica los intereses de la siguiente manera: a) interés individual; b) interés plurindividual homogéneo; c) interés transindividual colectivo, en el que el titular del interés es el grupo y resulta legitimado; d) intereses transindividuales difusos, que importan a la sociedad en su conjunto o bien a una generalidad indeterminada de sujetos; e) interés público, en el que se legitima al Estado para la defensa de un interés general.

En el interés individual, plurindividual y grupal hay una relación directa con su titular. Este vínculo se asemeja a la misma noción difundida en el Derecho Privado patrimonial: disfrute sobre un bien o una cosa, calcada sobre el modelo del dominio: hay una relación de inmediatez. En cambio, hay otros intereses que importan a la sociedad en su conjunto o bien una generalidad indeterminada de sujetos. Estos son los transindividuales generales, que pueden referirse a toda la comunidad o a un grupo, con mayor o menor cohesión en función del interés más o menos determinado. La titularidad es difusa porque no hay un vínculo directo entre una persona y ese tipo de interés. No hay que se le parezca al vínculo dominial, a su inmediatez. Por esta razón, nadie los cuida por su propia voluntad.

Si el interés de las situaciones jurídicas tradicionales (derecho subjetivo a interés legítimo) es por naturaleza diferenciado o individualizado, la característica propia del interés difuso es la de ser, también por su naturaleza, indiferenciado, y de allí que al igual que los intereses colectivos, son considerados intereses supraindividuales.¹⁰¹ Se caracterizan como aquellos que no son ya sólo de uno o de varios sino mejor, de todos los que conviven en un medio determinado y cuya suerte en lo que concierne al enrarecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento o consumo sin reposición, angustia el conjunto en lo inmediato y en el porvenir vital de cada uno, sobremanera el de las futuras generaciones.

Se llaman intereses difusos porque están despatriciados o compartidos entre todos cuantos componen esa sociedad o ese grupo, porque no pertenecen individualmente a una persona o varias, sino a "todo" el mismo a que esos intereses afectan, compartidos por todos o igual al otro.⁶² También se los denomina intereses de serie o de sector (Caravita), indiferenciados, de grupos, intereses de masa, de categoría (Lugo), difundidos o propagados. Asimismo profesionales, fragmentarios (Gozáiti), supraindividuales (Corsanti), sin estructura (Bert), dispersos o sin dueño o anónimos (Gianmini), heteróclitos o "desarreglados", huérfanos de casilleros clásicos. También se los denomina intereses fragmentarios, intereses de pertenencia difusa, de clase, colectivos, metaindividuales, transindividuales, intereses debilitados o de estructura débil, disminuidos, ocasionalmente protegidos, asociativos, plurales homogéneos o fungibles, de categoría, asociativos, impersonales, indiferenciados, generales. Y a los intereses ecológicos eubióticos (como los denominara Vivanco, siendo ministro de la Suprema Corte).

La plusindividualidad que caracteriza a estos intereses requiere de algunas precisiones: a) por un lado, la indivisibilidad de lo que es común a muchos no ríñe con la fragmentación en situaciones jurídicas subjetivas que, sin ser exclusivas de cada una, sí son "propias" de cada uno en cuanto cada uno tiene "su" parte en lo que interesa a varios; b) por otro lado, el "afectado" no pierde su calidad de tal por el hecho de que "otros" o "muchos" como él también lo sean; c) la "afectación" personal no necesita identificarse con un daño o perjuicio que solamente recaiga sobre el "afectado", porque tal afectación no deja de ser personal, directa o concreta por el hecho de que resulte igual o similar a la de otros o muchos.⁶³

En el mismo sentido, Mosset Iturraspe,⁶⁴ señala que el interés colectivo ambiental es un derecho subjetivo de goce diluido entre los miembros del conjunto. Y que en el titular del denominado "interés difuso" debemos ver al titular de un derecho subjetivo, que tiene de difuso sólo lo relativo a la titularidad extendida. Lo mismo ocurre con el "afectado" del artículo 43 de la Constitución Nacional, tercer párrafo, también titular de un derecho subjetivo, sean defensor de un "interés propio exclusivo" o de un "un interés colectivo".

El jurista carloca Barbosa Moreira,⁶⁵ los caracteriza por su falta de pertenencia una persona aislada o a grupos nítidamente delimitados. Pertenecen a una serie indeterminada de individuos de difícil o imposible determina-

ción y su referencia a un bien indivisible con el que se hallarían en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de todos así como la lesión de uno sólo, constituye, *ipso facto*, lesión a la entera colectividad.

Cozzani¹⁰⁸ señala que "Si lo primordial de los derechos difusos es la indeterminación, significan un plus de protección ya reconocida de ciertas situaciones o intereses". Para concluir, siguiendo la doctrina española que "Los derechos difusos son preponderantemente derechos híbridos, que poseen *alma pública y un cuerpo privado*, que trasciende el derecho subjetivo particular y extiende el campo de la protección pública. Son en definitiva intereses plurindividuales de relevancia pública cuya forma más natural y corriente de representación es la asociativa".

De lo expuesto resulta que los intereses difusos presentan los siguientes caracteres: a) titularidad indiferenciada; son a su vez de uno y de todos. Pertenecen a la comunidad o a un grupo amplio amorfo, o a una serie indeterminada de individuos de difícil o imposible determinación. b) Se refieren a un bien indivisible, de satisfacción y afectación común.¹⁰⁹

Lorenzetti señala que es característico de los intereses difusos su indivisibilidad: al son generales y no hay relación de inmutabilidad en el disfrute; no hay posibilidad de dividir su goce¹¹⁰. Bustamante Alsina señala como características: a) alcance colectivo; b) defensa común; c) indiferencia en relación con los derechos subjetivos; d) debilidad de los instrumentos procesales de acceso a la justicia.¹¹¹

"Adviértase que la expresión misma (con la que se los identifica) sólo sirve para darnos una idea del modo como ellos se manifiestan, es decir, dispersos en una cantidad indefinida de sujetos, pero en modo alguno constituye una agrupación de situaciones de igual naturaleza jurídica. Toda vez que se presenta una situación de este tipo en la que esté involucrado un grupo de individuos indeterminados, no vinculados entre sí por una relación jurídica, pero que participen del mismo grado de interés respecto de bienes de disfrute necesariamente solidario y sobre los cuales ninguno de los integrantes del grupo pueda invocar derechos individuales, propios exclusivos y excluyentes, estamos en presencia de un interés difuso."¹¹²

"Comprende una amplísima gama de verdaderos derechos vitales que hacen a la calidad de vida, preservación del medio, tutela de la fauna, defen-

sa de los derechos del consumidor, protección de bienes históricos arqueológicos, que no posan en el exclusivo patrimonio de una persona singular, pues comprometen la suerte y el destino de un grupo, medio o colectividad.¹¹¹

La doctrina considera que la Constitución Nacional, en el artículo 43, da amparo a los intereses difusos, bajo la calificación de "derechos de incidencia colectiva en general", legitimando al "afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley", para obrar por ante los tribunales de Justicia. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires ampara "el ejercicio de los derechos constitucionales y colectivos" (artículo 20), dentro de los cuales se inscriben los intereses difusos.

En este contexto se ha sostenido que los intereses difusos se refieren a bienes no susceptibles de apropiación exclusiva.¹¹² Así, se ha dicho que de los nuevos derechos difusos nada es su titular, sino todos los miembros del grupo social que está en condiciones de reclamar por la afectación que de ellos se haga.¹¹³

La ausencia de un ente portador de estos derechos o intereses, afecta a la parte funcional de los mismos, es decir a su gestión, lo cual a su vez, hace a su esencia. Por lo que resulta necesario brindarles mayor protección, pues seguramente estaremos en presencia de intereses débiles, que carecen de capacidad para organizarse.¹¹⁴ En este orden de ideas, Vazquez Rossi,¹¹⁵ destaca que Barbero los engloba dentro de la categoría de "derecho debilitado", no porque su fuerza sea jurídicamente menor sino precisamente, por una menor definición en relación con el sujeto. También se ha denominado a este tipo de tutela como "interés sólo ocasionalmente protegido".

Por último, otra forma de identificar a los llamados intereses difusos es que no nacen de acuerdos, como la generalidad de las relaciones jurídicas, lo cual no significa que sean puramente fácticos, es decir ajenos a la normativa jurídica dispuesta a protegerlos.¹¹⁶

Derechos públicos subjetivos

A su vez, la temática de los intereses difusos está ligada con los denominados derechos públicos subjetivos. Señala Quiroga Lavie¹¹⁷ que el constituyente argentino de 1850, a la hora de fundamentar el artículo 33 constitucional, de los derechos implícitos en la soberanía del pueblo y de la forma republicana

de gobierno, pensaron en la sociedad como ente moral o colectivo, ya que no hay representación colectiva sin entidad colectiva representada, de forma tal que los ciudadanos para estar en juicio cuando se encuentren afectados "los principios inmortales de ese ser colectivo que se llama humanidad (pueblo), que son su propiedad y que son el resultado de su civilización", como tícidamente sostuvo Bartolomé Mitre, en su alegato a favor de introducir los mencionados derechos implícitos o no enumerados.

La teoría de los derechos públicos subjetivos tuvo su origen en la Escuela alemana del Derecho Público, aunque con diferencias de matices entre sus cultores. Así la versión de Gerber y Salwey, está imbuida de un fuerte subjetivismo patrimonialista, en tanto que en el pensamiento de Gneist, prima el objetivismo. En efecto, para Gerber, que fuera el fundador de la escuela, dichos derechos se danen frente al Estado por parte de cualquier individuo, sobre la base patrimonial. Para Gneist, en cambio, el derecho público subjetivo es un control de legalidad jurídica pura en abstracto, es decir como protección del orden jurídico objetivo y no como protección patrimonial del reclamante. En esta línea, inspirada en la naturaleza social de la acción, se promueve la participación grupal o asociativa de los ciudadanos.

Por último, para Jellinek, quién sistematizó en forma orgánica la teoría, los derechos públicos subjetivos son un "reflejo" formal de la protección que a la libertad individual le dispensa la ley del Estado (y de la violación del orden jurídico). Esta doctrina ha tenido recepción en la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal de Alemania, donde se exige que el Derecho Público violado genere una subjetivación que legitime la acción. En ese sentido ha sostenido dicho Tribunal que el incumplimiento por parte de la Administración de la ley objetiva —otorgar licencias de edificación sin plan de urbanización—, no otorga acción de nulidad o preventiva cuando el accionante no ha sufrido daño alguno, por lo que se exige, en defensa de un derecho público subjetivo, que exista un derecho adquirido.

Cabe destacar que frente al "patrimonialismo subjetivista formal" alemán de Jellinek, se levanta el "objetivismo republicano" francés de Hauriou. Tempranamente, en 1926, el Consejo de Estado, en Francia, institucionalizó el recurso por exceso de poder, lo que le permitió anular un acto de pura administración, a despecho de los derechos adquiridos por el particular afectado, con el único fin de mantener las prescripciones legislativas en materia de

competencia. El recurso de exceso del poder francés no exige la acreditación de un demandante subjetivo patrimonial lesionado, sino una presentación individual que acredite el mero interés simple. Basta la calidad de simple habitante de un municipio, para justificar la acción. Hauriou califica el ejercicio jurisdiccional con ese alcance, como una vía preventiva sobre la Administración.

Mientras la doctrina alemana discutía el concepto de derecho público subjetivo y la doctrina francesa hizo lo propio con el concepto de legalidad, fue la doctrina italiana la que se esmeró en distinguir el derecho subjetivo (de competencia de los tribunales ordinarios, conforme el régimen italiano) del interés legítimo (de conocimiento del Consejo de Estado), del que destacó la coincidencia entre el interés de un administrado y el interés general postulado en la ley. Además, definió el interés simple como aquél que surge de la violación por parte de la Administración de las normas de carácter flexible que regulan el comportamiento de los actos discrecionales. Los afectados por violación de estos criterios extralegales, son los titulares de los intereses simples (R. Zanobini).

En España, en 1856, se introdujo vía legal, el recurso de anulación de los actos administrativos, por cualquier forma de infracción a la legalidad objetiva o al debido respeto a los derechos subjetivos, del ordenamiento jurídico. El reclamante debía acreditar un interés directo (requisito de "ariedad" al decir de la doctrina) en la cuestión. Pero la polémica se abre, a partir de la postura de García de Enterría, en el sentido que no hay un derecho público subjetivo a la observancia de la legalidad por la Administración, fuera de los casos en que los administrados sean titulares de verdaderos derechos subjetivos singularizados. De acuerdo a esta concepción, sólo se puede impugnar la irregularidad que cause lesión a derechos individualizados.

Con esta introducción histórica del desarrollo de la teoría del derecho público subjetivo, Quiroga Lavie, Humberto, ensaya una distinción entre los derechos públicos subjetivos (acción pública) que sólo protege la observancia de la legalidad objetiva o de la regularidad de la aplicación de la ley, de los derechos privados subjetivos (acción civil), de impronta patrimonialista, cuya legitimación procesal es una cuestión de fondo, que proviene y encuentra sustento en un derecho propio. En tarea señala el carácter reaccional del derecho público subjetivo, que persigue fiscalizar la totalidad de la legalidad administrativa. En la acción pública no hay intersubjetividad, no hay

colisión entre sujetos. Se trata de esclarecer posiciones, eliminar incertidumbres. Así mientras la acción privada supone: pretensión. La acción pública tiene por función provocar la regularidad administrativa. Está al margen de toda confrontación: sólo trata de hacer efectivo el interés de la sociedad.

Esta corriente doctrinaria (cuyo máximo expositor es Quiroga Lavit), sostiene que el punto de partida para legitimar la acción es pertenecer a un grupo social definido para actuar en su representación, es decir, que basta con probar la lesión a un interés público del grupo, para proteger los intereses difusos. Para esta doctrina, no es necesario que el particular afectado, miembro de un grupo colectivo, deba tener una afectación económica concreta y probada para que sea procedente la acción de clase, en los términos de nuestro artículo 43, segunda parte. No cabe considerar la legitimación del afectado como individual, directa, exclusiva. "Si un agresor contamina el ambiente, los afectados son un género indeterminado e indeterminable de individuos, por razón de su vinculación territorial —de vecindad o de otra naturaleza— es decir que se encuentran afectados a distancia - que sufren perjuicio por el hecho de la contaminación. Cada afectado lo es en forma potencial, sin perjuicio de que exista efectivamente un daño comprobado a su salud o patrimonio. En rigor el afectado efectivo es la sociedad. Estamos en presencia de un derecho de tercera generación."

Daño moral colectivo

El daño sufrido colectivamente

Vinculado con esta cuestión surge la noción de daño sufrido colectivamente, por oposición al causado colectivamente. Matilde Zavala de González afirma que "hay daños colectivos cuando se lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía, y puede o no concurrir con los daños individuales, lo que revela una realidad grupal. A su vez el daño grupal es calificable como difuso cuando el goce de un interés se muestra extendido, difundido, dilata-do; se propaga o diluye entre los miembros del conjunto sea que este se encuentre o no organizado y compacto."¹¹⁴

Es que el derecho ambiental que involucra calidad de vida, recursos naturales, patrimonio artístico y cultural, hábitat, desarrollo sustentable, importa

varias reformulaciones dogmáticas, toda vez que como lo señala Attilio Alterini, "el daño clásicamente fue un episodio discreto de conflicto privado; el daño ambiental es un episodio de interés general que abarca a todos, a ricos y a pobres, a fuertes y débiles, a gobernantes y gobernados a los habitantes de hoy, y a sus hijos y a sus nietos."¹¹⁹

El daño ambiental se trata de un daño supraindividual que no consiste en la suma de daños individuales. Ni en un perjuicio de bienes propios y particulares de los individuos, sino una lesión actual y concreta, sólo desde el punto de vista de la entera colectividad que los sufre. El daño colectivo, el daño difuso afecta simultánea y coincidentemente al grupo. Cada miembro es titular de un fragmento del interés lesionado, y se trata de un mismo y único daño.¹²⁰

En razón de lo precedentemente expuesto, hoy en día se acepta sin dificultad la idea de un daño colectivo, como noción con entidad propia.¹²¹ Se ha señalado así, con acierto, que: "en un mundo amenazado por el riesgo de extinción o de detrimento significativo para la vida, se desdibuja y rectifica la calidad 'personal' o 'propia' de ciertos intereses. Estos no 'pertenecen al sujeto en el sentido clásico (como algo estrictamente suyo), y el sólo de un modo diluido, despararramado entre él y muchos otros. Su titularidad se fragmenta entre una cantidad de indefinidos sujetos particulares, a veces con potencial repercusión en seres todavía inexistentes (el llamado 'daño a la tercera generación') y saltando, en suma, tiempos y fronteras..."

"El daño al medio ambiente (extinción de especies, alteración del equilibrio ecológico, preservación de la pureza de la atmósfera, etc.), la amenaza nuclear, los vicios de los productos de consumo, la publicidad engañosa o deformante, y tantos otros problemas, atañen por igual a todos los miembros de la comunidad, o a determinados grupos dentro de ésta, indistinta y no exclusivamente. Los destinatarios del peligro no son ya las personas, en forma aislada, sino categorías o clases de sujetos, unidos por alguna calidad o característica que da trabazón al conjunto..."

"El daño a reparar entonces... no configura una suma de porciones identificables; es un daño colectivo como tal, que resulta aprehensible y experimentable desde un punto de vista global". Y concluye que: "daño colectivo es el que surge a raíz de la lesión a un interés de esta naturaleza. Y colectivo es la calidad que 'tiene la virtud de recoger o reunir', por consi-

guyente, se trata de un factor aglutinante, que permite reconocer un daño que se podría considerar único intrínsecamente, en el cual el elemento afectado es de sustancia comunitaria o grupal, y que llega a los sujetos individuales 'de rebote' e indivisiblemente, por la inserción en el conjunto.¹²²

Empero, nuestra Constitución Nacional contempla y ampara bienes de naturaleza extrapatrimonial y de incidencia colectiva, en cuanto interesan a la comunidad toda, como sucede con el "medio ambiente", en sus artículos 41 y 43: "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 la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales..."; acordándose "acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares."

Y existen también otros bienes de ese mismo tipo reconocidos en la legislación infraconstitucional, como ocurre por ejemplo con la salud pública como tal, recogida en las leyes 23.660 y 23.661, y también con el acervo "cultural" de la población, compuesto por valores espirituales: artísticos, estéticos, históricos, religiosos, etc.¹²³ Y cuando se menoscaba a ese tipo de bienes de interés global e índole esencialmente no patrimonial, lo que se configura primordialmente es un daño moral por la lesión al bien en sí mismo, y con independencias de otras repercusiones de índole patrimonial que también pudiesen producirse.

Entonces, sin duda, el primer y principal damnificado es la sociedad en su conjunto, o bien una generalidad indeterminada de sujetos; sin perjuicio de que simultáneamente también puedan resultar afectados en forma particular, algunos de los individuos componentes del grupo, que cuenten en su personalidad moral con una "esfera social", integrada precisamente por los aludidos bienes de incidencia colectiva.¹²⁴

Pero de todos modos no cabe la posibilidad de reclamos indemnizatorios plurales y separados por parte de distintos pretensos damnificados, ya que, según se viera, es característica de los intereses difusos su indivisibilidad,

pues como el bien colectivo no es fraccionable entre quienes lo utilizan y tampoco es factible dividir su goce, ello trae como consecuencia la imposibilidad de que existan distintos derechos subjetivos, por no existir un vínculo directo entre una persona y ese tipo de interés; siendo solo viable por ende la titularidad difusa del grupo o conjunto, en la que no hay ninguna relación de inmediatez.¹²⁵

Y a mayor abundamiento ello es tanto más así en nuestro ordenamiento positivo, atento que conforme al artículo 1078 del Código Civil, la acción por indemnización del daño moral sólo compete al damnificado directo, habiéndose procurado de ese modo evitar una eventual sucesión indefinida de damnificados indirectos;¹²⁶ de forma tal que en los supuestos que nos ocupan, tal acción sólo pueda corresponderle a la "sociedad en general", o en su caso a algún "grupo indeterminado de individuos", en cuanto damnificados directos; estando totalmente descartado, en consecuencia, que puedan existir otros legitimados para demandar el resarcimiento del daño moral.

Esto es lo que se resolvió en un fallo de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul, del 22 de octubre de 1996,¹²⁷ que asimismo decidió que "el monto del resarcimiento por daño moral colectivo se destine a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal", lo cual es coincidente con lo que se ha propiciado desde nuestra doctrina,¹²⁸ atento que tal "modo" de satisfacción encuadra dentro de los términos latos del *in fine* del artículo 1084 del Código Civil, aplicable por analogía.

Jorge Caldós, ha estudiado con profundidad la cuestión; define el daño colectivo o grupal como "el sufrido o padecido por una pluralidad determinada o determinables de sujetos, al conculcarse los intereses lícitos y tutelables, patrimoniales o extrapatrimoniales, que no son susceptibles ni de apropiación o fraccionamiento individual y que resultan diferenciados o diferenciables de otros daños; destacando de esta forma que el interés de grupo es común, no diferenciado e insusceptible de fraccionamiento".¹²⁹

"O es del grupo o no es de nadie. Porque si alguien acapara el daño para sí, deja de ser coparticipado para ser individual. Lo que no quita la posible coexistencia de daños individuales o plurindividuales y de una lesión grupal, generalmente extrapatrimonial. Si un sujeto *per se* y autónomamente puede arrogarse la exclusividad (no la titularidad) del daño, éste deja de ser grupal

para ser individual o plurindividual. En el daño colectivo, el damnificado directo es la colectividad, la sociedad o el grupo, con exclusión de otros damnificados directos por afección al interés colectivo. El sujeto dañado es el conglomerado en cuanto tal, resultante si de la concurrencia de intereses esparcidos que, ahora, se concentran.*

Daño moral colectivo

Capítulo aparte merece el tratamiento de la mencionada cuestión del daño moral colectivo. Como se ha dicho se parte de la idea, que puede haber en los perjuicios extrapatrimoniales un "matiz social", en la medida en que nace de las relaciones de la persona con su ambiente o circunstancias físico-temporales; el daño lo soportan en su calidad de miembros de un determinado conjunto social¹²⁸. Concordantemente, se ha definido el daño moral colectivo o grupal como la conculcación de intereses extrapatrimoniales plurales de un estamento o categoría de personas, cuya ligazón puede ser, esencialmente, subjetiva u objetiva.¹²⁹

También se ha sostenido que la categoría del daño moral colectivo ocasionado globalmente a íntegros cuerpos humanos, exige la previsión de una apertura legitimatoria para el ejercicio de la pretensión resarcitoria en favor de cuerpos intermedios, adecuadamente representativos de la comunidad interesada.¹³⁰

En esta tesis se afirma que cuando una asociación acciona por daño moral colectivo, no invoca un perjuicio de ella misma, sino de los asociados, con la particularidad de que el interés menoscabado es grupal e indivisible. Y cuando el interés colectivo afecta a toda la comunidad, reviste naturaleza pública y entonces la acción puede promoverse por el Estado¹³¹ como corolario de su obligación de propender al bienestar de la comunidad.¹³² De ahí, que el resarcimiento deba ir normalmente a fondos públicos o, mejor aún, a patrimonios públicos de afectación específica, que evitan los conocidos cambios de esos fondos.¹³³

Inclusive hace ya más de una década, se señaló también la posibilidad jurídica de un daño moral colectivo, indicándose que muchos perjuicios tocan a categorías de personas: usuarios de teléfonos, la comunidad habitacional de un edificio, los consumidores de una propaganda desleal, etc.; de forma tal

que puede existir un daño moral colectivo, en el que el "sujeto afectado" no es ya "la" persona física individual o concurrentemente, ni la de existencia ideal, sino un grupo o categoría que, colectivamente y por una misma causa global, se ve atacado en derechos o intereses de subida significación vital (la paz, la tranquilidad anímica, la libertad espiritual de grupos humanos íntegros), que sin duda, son tutelados de modo preferente por la Constitución y la ley.¹²⁰

No obstante existe también una postura negativa. Así Saenz ha sostenido que: "la necesaria pluralidad de legitimados activos (a la que eventualmente podría adicionarse su inorganicidad, o el real desconocimiento de la cantidad de afectados que pudieran registrarse), torna sumamente riesgoso ponderar los singulares matices que el daño moral requiere en su cuantificación y en su prueba...", porque entonces: "o se calcula la asignación individual que por cada agravio moral se ha sufrido y se acciona por la suma de la, dividiéndola lo obtenido", lo cual sería impracticable, "o se globaliza el reclamo abarcando un litisconsorcio pasivo "informe", lo cual desnaturalizaría "totalmente el rol resarcitorio que el daño moral lleva en su esencia, y se aproxima nitidamente a la vieja idea de la sanción al dañador".¹²¹

Y a dicho entendimiento ha adhirido Pizarro, al afirmar que: "cuando se habla de daño moral colectivo, frecuentemente, se quiere hacer referencia a supuestos de lesión a intereses no patrimoniales colectivos o difusos, cuya lesión puede provocar una minoración en la tranquilidad anímica y espiritual de la comunidad", y que "cuando ello sucede, la expresión daño moral colectivo suele ser utilizada con sentido amplio, como equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales y no como daño en sentido estricto, esto es, como daño resarcible"; añadiendo que coincide "con Saenz en que el daño moral —al menos tal como está legislado en nuestro sistema jurídico— es, por naturaleza, individual, esto es, ligado a la subjetividad (espiritualidad) de cada damnificado."¹²²

Jorge Bustamante Alsina¹²³ señala que daño colectivo es el experimentado por un conjunto de personas que sufren un perjuicio a un interés común o grupal. Es el caso de los llamados "intereses difusos", cuya titularidad de sujetos integrantes de grupos o clases ligadas en virtud de igual pretensión de goce, por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa sobre el bien indivisiblemente idóneo para satisfacer necesidades comunes. El bien jurídico que resulta afectado en su integridad, sirve para satisfacer por igual

un fragmento o porción del interés que asiste a cada individuo del grupo o clase social.

Tratándose de intereses difusos tienen singular relieve la protección del medio ambiente, cuyo fin mediato no es el cuidado de la Naturaleza por sí misma (aunque comprensivo de los valores culturales), sino el cuidado del hombre y el adelantamiento de su dignidad mediante la satisfacción de sus necesidades vitales. Existe un interés legítimo grupal en satisfacer necesidades humanas colectivas, no solamente en relación con los recursos naturales, sino también en orden a las sensaciones psicológicas, estéticas y estados de ánimo en función de la belleza del paisaje, la tranquilidad del entorno y el equilibrio natural de la convivencia social.

Así, "el interés difuso o común resulta afectado cuando la calidad de vida sufre el impacto de la actividad humana individual o colectiva. El daño ambiental recae entonces en el patrimonio cultural si los bienes dañados son la obra artística, paisajística, urbanística o arquitectónica, que es común a una colectividad, ocasionando un *daño moral colectivo* al privar a un grupo social de las sensaciones y satisfacciones *espirituales* indispensables para el mantenimiento y mejora de la calidad de vida".

En otro valioso trabajo sobre la temática, Jorge Galdós¹⁴ enseña que el *daño moral colectivo o grupal*, consiste en la conculcación de intereses extrapatrimoniales plurales de un estamento o categoría de personas, cuya ligazón puede ser, esencialmente subjetiva u objetiva.

1) En el primer caso el daño se propaga entre varios sujetos, incluso sin vínculo jurídico entre ellos, y recae en un interés común, compartido y relevante, con aptitud para aglutinar a quienes se encuentran en idéntica situación fáctica. Es decir, que un hecho, los consumidores perjudicados por un producto en mal estado o por la prestación de un servicio etc., cohesionista a los damnificados que se encuentran en idéntica posición fáctica y jurídica.

2) En el segundo caso el factor atrapante es objetivo y de "incidencia colectiva", porque media lesión a bienes colectivos o públicos, insusceptibles de apropiación o uso individual y exclusivo. En este supuesto la naturaleza del bien categoriza al daño, ya que a partir de él se propagan los efectos nocivos respecto de quienes disfrutan, usan o se benefician con el objeto conculcado (vgr. la contaminación en un barrio, la contaminación de un río o la destrucción de una obra arquitectónica emplazada en la vía pública). La

comunicabilidad de los intereses concurrentes no deriva de los sujetos, sino de un objeto público, cuyo daño expande sus efectos a una pluralidad de personas.

Lorenzetti¹⁴² acota que de 'lo que se trata es de la preservación del bien colectivo, no sólo como afectación de la esfera social de un individuo, sino del bien colectivo como un componente del funcionamiento social y grupal. Por ello, cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien a sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona el bien colectivo en su propia existencia o extensión. De modo que el perjuicio inmateral surge por la lesión al interés sobre el bien de naturaleza extrapatrimonial y colectiva'. Ya señalamos que este autor,¹⁴³ tiempo atrás, había advertido de la existencia de bienes colectivos, entre cuyas características destacaba no sólo el hecho de que no pertenezca a un sola persona, sino también: la indivisibilidad de los beneficios, el uso común, el principio de no exclusión de los beneficiarios, el estatus normativo, y el uso sustentable.

Con relación, a los bienes ambientales, Lorenzetti¹⁴⁴ destaca que el derecho que lo protege, integra la esfera social del individuo, en la que tiene primacía hermenéutica la preservación de los bienes públicos. Otro aspecto de gran relevancia es que el ambiente se ha transformado en un recurso crítico: si antes parecía infinito, inagotable, ahora hay conciencia de que es escaso. En otro orden de su exposición señala que el medio ambiente no interesa a un sólo individuo, sino a un grupo de ellos. Se trata de un problema de acción colectiva, no individual. Pero además, se agrega, que no solo interesa a un grupo de individuos actual, sino futuro. No se puede comprometer el interés de las generaciones futuras, lo que lleva a una acción colectiva intergeneracional.

Se reitera lo dicho, en el sentido que "el primer damnificado es la sociedad en su conjunto o bien una generalidad indeterminada de sujetos; sin perjuicio de que simultáneamente también puedan resultar afectados, en forma particular, algunos de los individuos componentes del grupo."¹⁴⁵

Nuestra doctrina judicial registra un antecedente valioso en la materia en el "leading case", resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala A, "Municipalidad de Tandil c/ T.A La Estrella SA y otro", con el brillante voto de Jorge M. Galdós, del 22/10/96.¹⁴⁶

En el caso, un ómnibus de la empresa demandada, luego de desplazarse sin conductor por la pendiente en la calle Avellaneda de la ciudad de Tandil, colisiona contra la fuente y grupo escultórico "Las Nereidas" emplazado en la intersección de dicha arteria con las calles Pujol, 14 de Junio y Diagonal del Parque, provocando diversos daños. La demanda se planteó por el resarcimiento de perjuicio patrimonial experimentado por el Municipio, consistente en el valor de los materiales y mano de obra necesarios para la restauración del referido grupo escultórico y en la disminución de su valor venal; pretendiéndose igualmente la indemnización del "daño a los intereses difusos o derechos públicos subjetivos" de toda la comunidad tandilense, dada la afectación del goce y disfrute estéticos que posibilitaba la contemplación de esa obra, ahora dañada, del patrimonio cultural de la Comuna.

La sentencia hizo lugar a todo lo reclamado, con la aclaración de que el monto del resarcimiento por daño moral colectivo se destine a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal, de forma tal que el Estado local, dueño y guardián de la escultura, resarce a través suyo el daño extrapatrimonial de toda la colectividad afectada, "porque aunque difuso o fragmentado, se tutela un derecho general, de incidencia colectiva, que el Estado debe preservar en consonancia con la postura del resarcimiento pleno del daño injustamente causado".

Así se sentó la siguiente doctrina, en relación con las siguientes cuestiones:

1) Bienes colectivos. A) la fuente y el grupo escultórico emplazado en ella que resultaron dañadas por el desplazamiento de un ómnibus, integran el patrimonio cultural de la comunidad en la que se encuentra ubicado y constituye un bien colectivo; b) el bien colectivo es un componente del funcionamiento social y grupal, por ello cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga. De modo tal que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva; c) dentro de la categoría de los intereses difusos se ha incluido lo atinente a la protección del patrimonio histórico y cultural.

2) Interés difuso o fragmentado: dijo que admite más de un titular o ninguno. Aparece algo así como un bien indivisible que permite cuotas identificadas en cada afectado, quienes se hallan en unión tal que la satisfacción de uno sólo implica, en principio, la del grupo, así como la afección a uno, lo es

también a la clase. Puede ser tanto un interés jurídicamente protegido o un derecho subjetivo, público o privado; el primero, responde a un derecho, cuya consagración depende de la satisfacción que se le otorga, en cambio, el derecho subjetivo, tiene además del correlato "obligaciones" (derecho subjetivo privado), el poder-deber público de ampararlo.

3) Daño colectivo: señalando que es aquél que lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía y puede o no concurrir con los daños individuales, lo que revela una realidad "grupal"; asimismo dijo: a) el daño grupal es calificable como difuso en el sentido de que el goce del interés se muestra extendido, difundido, dilatado; b) cuando el interés es transindividual difuso, que afecta a toda la comunidad, ese interés es público, el titular es la comunidad y el legitimado el Estado. En estos casos aflora el rol del Estado como demandante y, en el derecho municipal local, incumbe al Intendente, como en la Provincia al Fiscal de Estado, ejercer la defensa de los derechos públicos subjetivos.

4) Daño moral colectivo: Respecto del daño moral en general, sostuvo que tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos; b) el daño moral no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenerse por demostrado por el sólo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante; c) el daño moral constituye toda alteración del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra; d) a la admisión del daño colectivo ocasionado a una comunidad, incluidos sus ocasionales visitantes, por la privación del uso, goce y disfrute de un bien relevante del dominio público municipal se llega tanto si se parte del concepto de daño sufrido colectivamente como lesión a un bien público o colectivo, atendiendo a la naturaleza extrapatrimonial y colectiva de ese bien agraviado, como si se centra el énfasis en el estado espiritual que recae en la esfera social de una categoría de sujetos, los habitantes de dicha comunidad que disfrutaban del bien, por la afeción de una obra del patrimonio cultural local, que ostenta protección normativa constitucional.

5) Legitimación para obrar. Por último, con referencia a la legitimación para obrar, afirmó que debe admitirse que la municipalidad, a través de su

Departamento Ejecutivo, actúe en representación de todos y cada uno de los sujetos de la comunidad cuyo derecho difuso se ha vulnerado. Ello es así, no sólo porque la Municipalidad es la dueña de la fuente con un grupo escultórico emplazado en ella dañados, obligada a su cuidado y conservación, sino porque ésta ha consentido que el monto del resarcimiento por daño moral colectivo sea destinado a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal. De ese modo, el Estado local, dueño y guardián de la escultura resarce a través suyo el daño extrapatrimonial de toda la comunidad afectada porque, aunque difuso o fragmentado, se tutela un derecho general, de incidencia colectiva, que el Estado debe preservar en consonancia con la postura del resarcimiento pleno del daño injustamente causado.

De lo expresado se concluye que exista un corrimiento del centro de interés hacia la protección efectiva de los derechos colectivos y el ejercicio público de acciones privadas en defensa de los intereses difusos; dentro del cual ocupa un rango prioritario, la problemática del medio ambiente.¹⁴⁴

DOCTRINA DEL PATRIMONIO COMÚN

Noción de patrimonio común

Estrechamente vinculado con la referida concepción del denominado daño moral colectivo, se encuentra la noción de "patrimonio común" en cuanto vinculado a los bienes históricos, culturales y ambientales, a cuyo fin vamos a seguir la doctrina expuesta en nuestra doctrina por Luis Andorno.¹⁴⁵

El "patrimonio común" es una noción compleja, de geometría variable, que trasciende la distribución del sujeto y de objeto y las diferenciaciones entre derecho público y derecho privado o entre derecho internacional y derecho nacional, comprendiendo actualmente dos realidades: la primera relacionada con la noción clásica surgida del derecho civil de los bienes, según la cual patrimonio es el conjunto de bienes y de las obligaciones de una persona considerada como una universalidad de derechos y, por lo tanto, situándose en el cruce del derecho de los bienes y del derecho de la persona.

«Esta concepción implica cuatro elementos constitutivos: un valor pecuniario dado a un bien evaluable en dinero en un mercado, una apropiación

privativa del bien, un titular claramente identificado de los derechos sobre ese bien y una administración prudente y cuidadosa de ese bien para permitir su transmisión sucesoria en las mejores condiciones."

Véase artículo 2312 C.C in fine: "El conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio". Y nota del codificador: "El patrimonio de una persona es una universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derecho que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas". Sin embargo, la Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción 22441/95, introdujo sin ambages en nuestro ordenamiento jurídico, la idea del patrimonio autónomo, separado o de afectación, que se aparta del referido principio de "unidad" del patrimonio.

Ahora bien, la segunda realidad en relación con el patrimonio es una especie de "extensión" de la concepción civilista aplicada, en primer lugar, a los bienes históricos y culturales y, más recientemente, a la naturaleza y finalmente, de forma más general, al medio ambiente. Se trata de expresar un valor colectivo inherente a bienes o a cosas independientemente de su status jurídico. El patrimonio común representa entonces un interés colectivo en la preservación de una riqueza de orden cultural o natural, legada por nuestros antecesores y que conviene transmitir intacta a las generaciones futuras.

"Este concepto de patrimonio es muy diferente del anterior en lo que respecta a tres de sus elementos: no tiene valor pecuniario (¿cuál es el valor del mercado de la Catedral de Reims o de una especie animal protegida?); no tiene necesariamente un propietario (Los elementos de la naturaleza serán, según el caso, *res nullius* o *res communis*); el titular de los derechos sobre ese patrimonio no está bien identificado (¿El Estado, la Nación o la Humanidad?). El único elemento común a los conceptos de "patrimonio" es que sea administrado prudentemente, es decir fijar adecuadamente las condiciones de la transmisión y las necesidades de la preservación".

"A la luz de lo expuesto, el medio ambiente no tiene valor pecuniario; no tiene necesariamente un propietario, toda vez que los elementos de la naturaleza serán según el caso, *res nullius* o *res communis*. Por lo demás, el titular de los derechos sobre el patrimonio no está bien identificado. Y obvia-

mente tal patrimonio común debe ser adecuadamente administrado y necesariamente preservado para las generaciones futuras".¹⁴

El derecho Italiano caracteriza al medio ambiente, como el "paisaje", al "habitar", como categoría de relación, que expresa la recíproca influencia de una serie de elementos, los cuales en su conjunto están en grado de constituir un valor distinto de aquel que coincide con la suma de elementos singulares; valor que en cuanto expresivo de tal relación resulta intraducible mediante parámetros económicos.

La tutela del medio ambiente se integra a los derechos de tercera generación, que son aquellos derechos públicos subjetivos cuyo titular es la sociedad o los sectores sociales que en su escala integran. El constituyente argentino de 1990, a la hora de fundamentar el artículo 33 constitucional, de los derechos implícitos en la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, pensaron en la sociedad como ente moral o colectivo, como típicamente sostuvo Bartolomé Mitre, en su alegato a favor de introducir los mencionados derechos implícitos o no enumerados.

Para esta doctrina, no es necesario que el particular afectado, miembro de un grupo colectivo, deba tener una afectación económica concreta y probada para que sea procedente la acción de clase, en los términos de nuestro artículo 43, segunda parte. No cabe considerar la legitimación del afectado como individual, directa, exclusiva. "Si un agresor contamina el ambiente, los afectados son un género indeterminado e indeterminable de individuos, por razón de su vinculación territorial —de vecindad o de otra naturaleza— es decir, que se encuentren afectados a distancia, que sufren perjuicio por el hecho de la contaminación. Cada afectado lo es en forma potencial, sin perjuicio de que exista efectivamente un daño comprobado a su salud o patrimonio. En rigor el afectado efectivo es la sociedad. Estamos en presencia de un derecho de tercera generación".

No se trata de una variable de derechos individuales, sino de derechos públicos, que la Constitución califica expresamente como de "incidencia colectiva". Esto es aplicable a la tutela dispuesta por dicho artículo 28 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pues dispone en su encabezamiento que "el ambiente es patrimonio común."

Protección del patrimonio social

La defensa de los intereses difusos tiene que ver con la protección del patrimonio social.¹⁴⁹ La globalización que se produce en los intereses de una pluralidad de sujetos, hace que resulte cierta objetivación del interés, no obstante que existan intereses individuales suficientemente determinados. Es decir que pueden haber intereses sin dueño o anónimos, o no. Pero en todos los casos se trata de intereses que se hacen evidentes sólo en virtud de su globalidad, y en muchos casos porque ellos no son susceptibles de ser fraccionados.

Desde el derecho constitucional, Quiroga Lavíe¹⁵⁰ enseña que existe un campo de expansión del derecho público, en punto a la cuestión de los denominados derechos de incidencia colectiva, intereses difusos, dentro de los cuales se inscribe con ropaje constitucional privilegiado el derecho ambiental.

Así, destaca "la real objetivación que se produce entre los intereses de grupo, dada su relevancia colectiva, no puede suponerse separada de los sujetos que en realidad se presentan como perjudicados. Ellos son los principales interesados en mantener la integridad del ordenamiento que reconoce la prevalencia de sus posiciones. Pero si la fruición del bien no es de uso general, sino solamente susceptible de apropiación exclusiva a favor de un individuo, no hay posibilidad de hablar de una acción colectiva ni de un "colectivo jurisdiccional".

"Estamos frente a una zona de expansión de la protección del derecho público subjetivo, que de mero derecho individual en relación con interés difuso, se convierte en un derecho colectivo en cabeza de uno de los afectados difusos. La afectación al colectivo es plena, lo difuso es la afectación a cada individuo que integra el grupo o sector social". "El derecho colectivo existe con naturaleza propia cuando un grupo más o menos determinado de personas protagonizan, en cabeza de cada uno de sus integrantes, relaciones con terceros que les generan perjuicios vinculados a un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objeto de apropiación exclusiva, pero cualitativamente idénticos. Lo primero se da con mayor frecuencia en casos de contaminación ambiental; lo segundo, cuando los usuarios de servicios públicos discuten afectaciones individuales de equivalente carácter."

"El colectivo no es una entelequia, sino una estructura reproductiva del sistema social. El medio ambiente es estructural a la vida de los mercados, así como a la vida de la cultura. Cuando se contamina el ambiente, no solamente se violan derechos individuales, sino también la capacidad reproductiva del sistema social, en sus variables culturales, morales, económicas o sanitarias. En tal caso la sociedad no se puede suicidar. El amparo colectivo ha nacido para impedirlo."

"Quiénes sostienen que la sociedad no tiene derechos y solamente reconocen la existencia de derechos en cabeza de los individuos, someten al sistema social al dilema de su propia entropía: es decir, su muerte o de su requitismo, según el caso."

DAÑOS INDIVIDUALES POR CAUSAS AMBIENTALES

Pero simultáneamente, el daño al ambiente también puede traer aparejado un ataque, actual o potencial, a la integridad psicofísica de los individuos y aun a su patrimonio, susceptible de llegar a configurar un daño —material y moral— cierto, personal del accionante y lesivo de un interés legítimo suyo, jurídicamente protegido,¹³¹ tal como lo resolvió la sala III de la Cámara I.a Civil y Comercial de La Plata el 15 de noviembre de 1994, en los autos "Sagarduy, Alberto".¹³²

Verbigracia constituye en efecto un hecho científicamente comprobado, que la contaminación atmosférica influye en estados patológicos tales como: asma, bronquitis crónica, cáncer de pulmón, neumonías e incluso enfermedades coronarias y lesiones al sistema nervioso; y que las aguas contaminadas por desechos residuales, pueden contener bacterias disintéricas, bacilos causantes de tuberculosis, cólera, fiebres tifoideas y otras enfermedades.¹³³

Y de tales afecciones a la salud puede derivarse un daño patrimonial indirecto (artículo 1068 *in-fine* del Cód. Civil), tal como ocurre con los gastos implicados por la curación de la enfermedad, o las ganancias frustradas en virtud de la incapacidad para el trabajo consecuente del perjuicio a la salud o a la integridad física; como asimismo un daño moral, por el dolor físico o espiritual provocado por la lesión o enfermedad, la angustia y el miedo soportados, o en fin el sufrimiento acarreado a la víctima.¹³⁴

Por todo lo cual coincidimos con Gabriel Stiglitz¹³⁵ y aquellos otros doctrinarios que entienden que existe un derecho subjetivo de los seres hu-

manos a un ambiente digno y saludable, encuadrable dentro de los atributos de la personalidad, y más concretamente: en el derecho del hombre a la integridad de su cuerpo y a su salud física y mental,¹⁵⁶ que empalma con el propio derecho a la vida, el cual es el primero de todos y el valor supremo, pues, como bien lo destacara Bidart Campos, si no se está vivo no se puede gozar de los demás derechos.¹⁵⁷ Siendo por ello precisamente que está también garantizado tácitamente en nuestra Constitución Nacional (doctrina de su artículo 33), según ya lo resolviere tiempo atrás nuestra Corte Suprema Nacional.¹⁵⁸

Es que sin ese implícito derecho a la vida, no resulta concebible el *animus* de "promover el bienestar general... para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quisieran habitar en el suelo argentino", del Preambulo de nuestra Constitución, ni tampoco los derechos y garantías consagrados en sus artículos 14, 15, 16, 18 y 19,¹⁵⁹ y aun en el artículo 14 bis, el cual en tanto garantiza la seguridad social y compromete la protección integral de la familia, sirve también de fundamento a la parte del derecho al "ambiente" directamente vinculada con la salubridad de la población.¹⁶⁰

En este convencimiento, ya en el año 1983 se declaró de "lege lata" en las "IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de Mar del Plata, por la Comisión N° 2 encargada del tema Derecho a la preservación del medio ambiente, responsabilidad por daño ecológico, que: "El derecho a la preservación del medio ambiente es una de las garantías implícitas de nuestra Constitución Nacional"; sin perjuicio de recomendarse asimismo de "lege ferenda": "que en una eventual reforma constitucional se garantice expresamente el derecho a la conservación del medio ambiente",¹⁶¹ tal como efectivamente se lo hiciera años después en la reforma constitucional de 1994.

Pero ello sentado, el proceso se revierte y volvemos de nuevo al mismo punto de partida, en razón de que: por sobre el derecho de cada uno a la vida y a su propiedad, se encuentra precisamente el derecho de toda la humanidad respecto del "ambiente" en que vive y que posibilita su subsistencia.¹⁶²

CAPÍTULO 3

RESPONSABILIDAD COLECTIVA AMBIENTAL¹

Recordamos que la Ley General del Ambiente 25675 dispone en el artículo 31: "Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas, la responsabilidad se hará extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación."

Así el artículo 31 de la Ley 25.675, avanza sobre el régimen de responsabilidad colectiva contenido en el artículo 1119 Código Civil y doctrina concordante, estableciendo la responsabilidad solidaria de la reparación "frente a la sociedad". El último párrafo de este artículo extiende la responsabilidad en el caso el daño sea producido por personas jurídicas a sus autoridades y profesionales en las medidas de su participación.

Se ha dicho que es necesario incluir la posibilidad de la condena solidaria al conjunto de sujetos que de cara a la sociedad deben responder por ese daño colectivo, principalmente para los supuestos en que no es posible determinar con precisión la medida de aportación del daño por parte de cada sujeto, pero además porque es frecuente que un daño o pasivo ambiental producido no derive de un único acto o suceso, sino de un conjunto de hechos.²

Por lo expresado, esta normativa, "se relaciona con el supuesto de causal disyuntiva o alternativa, que se presenta cuando a raíz de faltar la prueba, no es posible determinar cual de varios individuos es el autor de un daño que intrínsecamente reúnen los requisitos necesarios para que sea resarrible. Esa dificultad probatoria obsaculiza, por ende la reconstrucción de la relación de causalidad. El problema consiste en establecer el producido un daño y ante la carencia, insuficiencia o imposibilidad de prueba, para individualizar a un responsable singular, es posible condenar a resarcir por responsabilidad colectiva, a cuanto hayan tenido alguna vinculación acreditada con las circunstancias de tiempo y lugar de las cuales derivó ese perjuicio. Es claro que la dificultad probatoria debe estar referida solamente a la identificación del autor material, o del dueño o guarlian de las cosas, ya que es imprescindible la acreditación de que el daño lo ha causado alguno de entre individuos determinados."

Analógicamente, el artículo 1109 del Código Civil consagra en forma clara la viabilidad de la responsabilidad colectiva en el ámbito jurídico privado. El problema en relación con esta regla, ha sido dilucidar cual es el factor sobre cuya base cabe responsabilizar a "todos del daño causado" al "dos" o más son los que habitan la casa, y se ignora la habitación de donde procede" la cosa productora del perjuicio. El régimen de mención, frente a un grupo de individuos vinculados con el evento daño en virtud de habitar el edificio de dónde el cual cayó o fue arrojada la cosa, los hace responsables sobre la base de presumirlos a todos causantes del perjuicio, con prescindencia de investigar sobre la culpa, el esquema es entonces de índole objetiva. Así, la doctrina dominante sostiene que el riesgo creado fundamenta esta responsabilidad.

Aunque el artículo 1121 del Código Civil, que repudia la responsabilidad, resulta aplicable al supuesto de responsabilidad del artículo 1119, aunque no es doctrina pacífica. Es decir, quienes deben reparar el daño causado de modo colectivo, no responden solidariamente sino en la "proporción a la parte que tuvieren". Cabe agregar que conforme a este criterio, la solución del artículo 1119 del Código Civil, puede ser extendida a otros casos, en los que comprobados un daño, no se puede identificar a quien los causó dentro de un grupo determinado de personas.³

En el campo de la especialidad, la doctrina hace un tiempo que sostiene su aplicabilidad en materia de responsabilidad civil por daño ambiental.⁴ La so-

lución prevista en el artículo, para el caso en que en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, es distinta que la estipulada en el artículo 1119 Código Civil, al disponer que "todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad", aunque a su vez, en el ámbito de las relaciones internas, lo será "sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí", a cuyo fin, "el juez podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable."

DEL PROCESO COLECTIVO AMBIENTAL

Para introducirnos en este tema, nos detenemos en la Ley 25.875 General del Ambiente, que modifica profundamente el régimen procesal, a cuyo efecto, vale recordar lo dicho por la Cámara Federal de La Plata, en sentencia dictada en autos: "Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de Octubre c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo", del 8 de julio 2003,¹ expediente N° 3156/02, en su parte pertinente, dijo: "Dicha ley de Política Ambiental Nacional al fijar los presupuestos mínimos establecidos en el artículo 41 de la CN, ha introducido decisivas novedades en el campo del derecho procesal... Sus artículos 30 a 33 establecen un amplio campo para la legitimación sustancial activo, recogiendo la proflua labor jurisprudencial en la materia y las bases ya establecidas en el propio artículo 43 de la CN. Así habilita indistintamente a los afectados, al particular damnificado, el Estado nacional, provincial y municipal, a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental y al Defensor del Pueblo. Prevé específicamente la acción de amparo como vía sumarísima para la cesación de actividades de daño ambiental colectivo."

Más adelante, siempre a través del voto magistral del doctor Sergio Dugo, se dijo que: "Se fortalece a los dictámenes emitidos por organismos del estado sobre daño ambiental incorporados al proceso, al otorgarse la fuerza probatoria de los informes periciales. Cambia el concepto tradicional de cosa juzgada. Esta tiene un efecto que excede a las partes, es *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada por cuestiones probatorias. Se garantiza el acceso jurisdiccional sin cortapisa alguna, "El acceso a la juris-

dición por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie."

Concluye que: "Se pretende, decisivamente, modificar el perfil del juez de la legislación procesal civil. Aparece un juez casi inquisitivo, con mayores poderes y deberes, así con facultad para "disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general". Se regla que, de oficio, sin petición alguna de parte, en cualquier estado del proceso, disponga con carácter de medida preparatoria, medidas de urgencia, sin audiencia de la parte contraria. Por fin, el sacrosanto principio de congruencia tiene un giro fundamental cuando se autoriza al juez "en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, a extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes", aunque ello, sin embargo fue observado por el Poder Ejecutivo de la Nación, a través del decreto de promulgación 2413/02."

LEGITIMACIÓN DE OBRAR POR DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO

Vamos la novísima normativa ambiental, Ley 25.675 General del Ambiente.

Artículo 30. "Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su Derecho a intervenir como terceros.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo."

Cabe advertir de inicio que las causas ambientales (que mueven a decenas, cientos o miles de sendo legitimados de obrar), no se tratan de conflictos típicos, clásicos, tradicionales, normales, ordinarios. Son casos atípicos, que

convocan legitimaciones Extraordinarias, Anómalas. Que requiere de la magistratura un esfuerzo creativo, para garantizar el acceso a la justicia, y la efectividad del derecho, asimismo exige del juez, flexibilidad o maleabilidad de conceptos en la aplicación, e interpretación normativa, tendientes a adecuar las viejas e insuficientes instituciones procesales, pensadas para cuestiones adversariales, del siglo XIX, toda vez que a través de estas demandas, se implementan, esgrimen, plantean, o acumulan pretensiones duales, bifrontes, de textura imbricada: 1) de naturaleza pública, difusa, de incidencia colectiva, supraindividual, de categoría o clase; 2) de naturaleza individual, personal, directo.

Así, el tema de legitimación² ha adquirido una nueva dimensión a partir de la categoría de Intereses difusos, supraindividuales, de las llamadas acciones de clases, de la defensa de los derechos de incidencia colectiva.³ Tradicionalmente el proceso civil, y constitucional procesal (amparo colectivo ambiental), fue entendido como un medio para la solución de conflictos entre dos partes. Los derechos de un grupo determinado del público o de un sector social no habían sido tomados en cuenta.⁴ Desde la segunda mitad del siglo pasado, se ha comenzado a advertir la necesidad de proteger los intereses propios de un grupo de personas indeterminadas (o colectivos, de categoría) y de dar legitimación a los integrantes de esos grupos, organizados o no, o al Ministerio Público, para demandar en defensa de esos intereses.

Agustín Gordillo dice que "no es difícil constatar que cuando se destaca el tema del llamado acceso a la justicia y se intenta develar sus variables económicas, son los planteamientos dogmáticos de la legitimación los que no pocas veces se destaca por su mayor resistencia a facilitar respuestas operativas".⁵ Es por ello, que Juan N. Lugones⁶ enseña que "en relación a los derechos ambientales hay un camino que se puede conjeturar, a la luz de la experiencia histórica adquirida en derecho más viejos. Esa experiencia nos dice que el derecho avanza no sin vencer resistencias escalonadas". Aunque como lo advierte Augusto M. Morello,⁷ "en nuestra diaria labor, nos alienta pensar que la familiaridad del concepto de los intereses difusos o derechos de incidencia colectiva, demuestra que aquellos posicionamientos y matices no son invencibles, y como tantas veces ha ocurrido en otras cuestiones, la dimensión social de la justicia, obligará a adoptar una aptitud renovadora."

Arazi destaca que "en general, la aptitud para demandar, coincide con la titularidad del sujeto subjetivo circunstancial (legitimación normal). Sin embargo cuando la controversia se refiere a derechos públicos subjetivos, intereses difusos, o también en determinadas circunstancias derechos subjetivos privados, puede ocurrir que, excepcionalmente, se verifique aquella atribución del derecho y de la legitimación a personas diversas (legitimación anómala). Esto puede suceder por ejemplo, cuando la relación jurídica sustancial tenga lugar no entre dos solos sujetos, sino entre una pluralidad de sujetos."¹¹

Al respecto, se ubica el tema de la legitimación en el "punto central" del proceso civil; concordantemente, se ha dicho que el interés actual se ha desplazado así a cuestiones un tanto más "pedestres", si se quiere, aunque más rendidoras desde una visión más pragmática de las cosas¹² destacándose entre esas cuestiones que concitan la atención generalizada de hoy, todo lo relacionado con el "impactante tema de la legitimación."¹³ Por lo expuesto, le asiste la razón a quienes elocuentemente señalan que la legitimación es el nudo gordiano o el verdadero talón de Aquiles de la tutela procesal más aún en temas tan complejos, como por ejemplo los procesos colectivos.¹⁴

Pero si seguimos a Peyrano, toda vez que la legitimación no es si no la idoneidad de la persona para actuar en juicio inferida de su posición respecto al litigio¹⁵ va de suyo que la interpretación debe ser a favor del reconocimiento de una aptitud suficientemente amplia, que es lo que posibilita el ejercicio pleno de su derecho a la jurisdicción. La índole del derecho, o en mayor rigor el "interés", la posición en que se inserte la propia legitimación en el supuesto específico, el plan excluyente o principal de otros legitimados, la naturaleza más circunscripta o residual del campo en que actúa la defensa de ese derecho o interés, condicionan y delimitan la órbita de la legitimación, que será, por consiguiente, más plena, o contrariamente, acotada en el titular que la hace valer.¹⁶

En tarea de ampliar, recurrimos una vez más al notable académico y proficuo jurista, Augusto M. Morello, a quien seguimos en sus enseñanzas, para el desarrollo de esta temática, señala que tras la reforma de la Constitución Nacional, tanto el amparo colectivo evidencia un impulso propio, que responde a una realidad indisputable: la dilatación de la legitimación de las personas directamente afectadas para consagrar una expansividad horizon-

tal, con fundamento en la protección de intereses que ni exclusiva ni privativamente se radican en una o más personas determinadas. Acontece que tales derechos (entre los cuales se encuentra el derecho ambiental), intereses legítimos, o simplemente intereses humanos envuelven una 'columna' de perjudicados. Se configura de tal modo, una dimensión social que solidariamente abraza intereses "ajenos" pero similares; son los de categoría o grupo amenazados por igual con la violación de esos que hemos regulado genéricamente como derecho a la dignidad de la vida.¹⁴

Es inequívoco que del marco conceptual de la norma básica, el citado artículo 43 CN, corresponde admitir una legitimación individual y colectiva, por categorías, grupos o clases de afectados. Es por demás reconfortante, el reconocimiento de competencia procesal (legitimación) a un elenco de sujetos bien abundantes: el usuario, el consumidor, el afectado, para añadir concurrente y/o subsidiariamente al Defensor del Pueblo (art. 86, C.N.), al Ministerio Público (art. 120 C.N.), y a las asociaciones que propendan a esos fines.¹⁵

En punto a la noción del vocablo "afectado", se ha dicho que se vincula con la temática de la legitimación para deducir acción de amparo conforme el Artículo 43 de la Constitución Nacional. Tal expresión ha dado origen a diversas interpretaciones:

Corriente amplílima: Jirónnez,¹⁶ Zannoni,¹⁷ Botassf,¹⁸ y Mosset Iturraspe,¹⁹ sostienen una postura amplísima, relativa a la cuestión. Interpretan que el afectado, es sinónimo de habitante.

Corriente amplia: Bidart Campos,²⁰ Rodrigo Walsh,²¹ Morello,²² Gelli,²³ Zavala de González,²⁴ Gozaini,²⁵ Ekmekdjian,²⁶ Bustamante Alsina,²⁷ Quiruga Lavie,²⁸ Benedatti-Cenicacelaya,²⁹ Sabaay,³⁰ Andorno,³¹ Gordillo,³² De Santa,³³ Carattini,³⁴ Droni y Menem,³⁵ Rivas,³⁶ Spota,³⁷ Saux,³⁸ Torricelli,³⁹ Basterra⁴⁰ sostienen que con la palabra "afectados" se cubre la legitimación para amparar "intereses difusos". Basta con acreditar un mínimo interés razonable y suficiente con figuras similares del derecho anglosajón, para constituirse en defensor de derechos de incidencia colectiva.⁴¹

Dentro de esta corriente se anotan quienes entre otros sostienen que el término "afectado" es una palabra *indulgente*, que tanto comprende los derechos subjetivos, como los intereses legítimos y los intereses simples (Sagües);⁴² que la afectación a que refiere la Constitución Nacional, es indirecta o refleja, en relación al derecho o garantía a que se pretende proteger (Gozaini).

Desde tal perspectiva acaso no sea (demasiado pecaminosa) la extensión del alcance semántico de "afectado" pudiendo calificarse al peticionario como titular de derechos reflejos más que indirectos; el de un ciudadano activo, participante y comprometido con las exigencias y deberes de la complicada vida comunitaria en las sociedades del riesgo.⁴⁹

Para ello, valen las enseñanzas de Eldart Campos,⁵⁰ que sostiene lo siguiente: "Que los intereses de pertenencia difusa son propios, no son de "cualquiera" sino de uno que "coparticipa". El afectado es quien conjuntamente como muchos otros padece un perjuicio compartido. Es el co-titular de un interés común, siendo portador de una cuota parte o porción subjetiva del mismo. La indivisibilidad de lo que es común a muchos no riñe con la fragmentación en simulaciones jurídicas subjetivas que, sin ser exclusivas de cada uno, sí son "propias" de cada uno en cuanto cada uno tiene "su" parte en lo que interesa a varios; por otro lado, el "afectado" no pierde la calidad de tal por el hecho de que "otros" o "muchos" como él también lo sean; la "afectación" personal no necesita identificarse con un daño o perjuicio que solamente recaiga sobre el "afectado", porque tal afectación no deja de ser personal, directa o concreta por el hecho de que resulte igual o similar a la de otros o muchos".⁵¹

También, cabe recordar⁵² que: La dimensión colectiva del interés ambiental es una escala inédita que rompe los moldes tradicionales: es necesario, la protección jurisdiccional de los intereses supraindividuales o difusos, mediante la dilatación de la legitimación activa para obrar, consagrando una expansividad horizontal, con fundamento en la protección de intereses que no se radican privativa o exclusivamente en una o más personas determinadas, que envuelven una columna de perjudicados, y su dimensión social, y de disfrute o goce solidario, que integran intereses propios y ajenos pero similares, de carácter vital. La Constitución emplea la expresión afectado, sin más. Será la doctrina y los jueces —lo ponía de resalto Carnelutti en los años 1940— quienes en su benedictina labor de hermenéutica irán puliendo sus arrugas: el afectado directo, el indirecto, el que lo es por reflejo, por implicancia. Quién radicado en el contexto de una situación común, envolvente, experimenta las amenazas y las lesiones que otros (también afectados más directos y principales) sufren en una escala de mayor intensidad.

Corriente restringida: Cassagne,⁵³ Barra,⁵⁴ Beltrán Gambier y Daniel Lago,⁵⁵ Palacio Castro,⁵⁶ Daneri Conte Grand⁵⁷ que asimila "afectado" con el

titular de un derecho subjetivo y que por lo tanto persigue la satisfacción de un interés legítimo. Así, en materia de legitimación, afectado es de acuerdo a esta corriente doctrinaria, el agraviado concreto en un derecho o interés propio. Para quienes adhieren a esta postura, la necesidad para que inter venga la justicia, que se plantea un caso, controversia, *standing*, contiene la exigencia de otro requisito: la existencia de un daño diferenciado, que titulariza el accionante.

Por su parte, respecto de Proyecto de Ley reglamentaria, que fuera sancionado por el Senado de la Nación, Palacio ha manifestado que resulta también encomiable que, en materia de legitimación activa, se aclare que ésta sólo corresponde, en el caso del primer párrafo del artículo 43 de la CN, "al afectado de manera personal y directa" y, en el caso del párrafo segundo de esa norma (relativo a los derechos de incidencia colectiva), sin perjuicio de la actuación del Defensor del Pueblo o de las asociaciones autorizadas, las personas directamente afectadas, ya que el otorgamiento del amparo con fundamento en conexiones indirectas entre el demandante y el acto lesivo puede conducir a la consagración de una acción popular no admitida en el orden jurídico vigente en la justicia nacional, al par que favorece una indeseable multiplicación de litigios y de eventuales sentencias contradictorias.³²

Por último, en tran de formular una serie de ideas, axiomas, formulaciones generales, sobre la cuestión, es Morello, que docentamente señala: "Venimos insistiendo en el ropaje de las reflexiones acerca de que la legitimación *standing*, concepto político es, por cierto, en estos momentos, la pieza maestra de tantísimos desplazamientos que conducen, forzosamente, a cualificar, a diversificar las tutelas, en la búsqueda constante del proceso justo, "por una justicia de rostro más humano". Ello así porque la "legitimatio" es uno de los institutos más sensibles al fenómeno de la socialización del proceso.³³ Podría decirse con Vigoritti que en realidad, la legitimación es una cuestión de elección política y solo después de técnica, de ahí la relatividad de este instituto".³⁴ "Asistimos a la Era de las legitimaciones".³⁵

"El gran paso hacia adelante que ha experimentado el ingenioso mundo de las legitimaciones extraordinarias, especiales, raudamente hace creer en "otro modelo de la justicia", en el seno de "otras sociedades". Se verifica entonces, la conversión del interés en derecho o situación jurídica tutelable y el correlativo ascenso de las legitimaciones, sin omitir la recepción constitu-

cional de tales derechos (Proceso de constitucionalización de Nuevos Derechos y Garantías). En ese contexto, se habla del "derecho procesal constitucional."³⁶

En ese sentido, cabe destacar el aporte que desde la óptica del derecho constitucional, se realiza, cuando se dice lo que seguidamente se transcribe.

Así, Bidart Campos enseña que: "Los egotismos, los reduccionismos, los angostamientos en materia de legitimación procesal son capaces de desvirtuar al sistema de derechos y al sistema garantista, en la misma medida en que ni uno ni otro rindan el resultado a que están destinados ante la administración de justicia, ya que la desembocadura de los derechos y las garantías en la ruta de acceso a la justicia y en proceso queda obturada si la legitimación, que es la llave para ingresar al proceso se vuelve indisponible a la pretensión del justiciable."³⁷

"Es que la matriz constitucional donde se alimentan el sistema de derechos y el sistema garantista, es la misma que debe alimentar al derecho procesal en materia de legitimación: esta problemática, no puede recluirse en el derecho procesal, como cuestión a resolver exclusivamente por sus normas, a riesgo de incurrir en una miopía, por el contrario, el cordón umbilical que anuda lo procesal con lo constitucional no tolera cortarse porque de ocurrir tal cosa, se puede frustrar el sistema de derechos y garantías."³⁸

Por último, en relación, el mismo artículo 30 in fine de la Ley 25.675 General del ambiente, habilita expresamente la procedencia de una cautelar de cesación de actividades por vía de amparo judicial. Creando un subtipo de amparo muy cercano a la acción popular;³⁹ reclama, una vez más, una prudente apertura legitimatoria jurisdiccional (con clara tendencia a la adopción de una acción popular),⁴⁰ para dar efectividad a la tutela concarriente. Se trata de lograr la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo, para lo cual la ley no repara en reservas ni limitaciones de acceso a la justicia.

Este subtipo de amparo, previsto por el artículo 30 in fine de la ley 25.675, programado en concreto para "la cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo", ha sido denominado por Sagüés ⁴¹, amparo ambiental "específico".

Así, señala "de manera muy enfática, está confluyendo en lo que hace a este amparo, índole de acción popular, al determinar que "toda persona po-

drá solicitarlo". De modo parecido al *habeas corpus* (art. 43, párrafo cuarto, CN), tendrá entonces legitimación activa cualquier sujeto, natural, jurídico (así lo entendemos), nacional, extranjero (hasta alguien no residente y ni siquiera visitante en el país, pareciera, alternativa que ampliaría el espectro legitimatorio hasta a organizaciones no gubernamentales ubicadas en el exterior o a Estados extranjeros).⁴

Paradójicamente, apunta, "su misión no se presenta entonces como un instrumento para atender amenazas, sino para reprimir actos lesivos en curso de ejecución. Quizá al respecto, la redacción legal haya sido deficiente, porque tan correcto era programar este amparo para atacar hechos dañinos como peligros de lesión al ambiente. Quitarte este último rol es, de alguna manera amputarlo."⁵

DE LA COSA JUZGADA

La Ley General del Ambiente N° 25.675 (B.O 26/11/02), artículo 33, in fine, establece que "La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias."

En doctrina judicial se registran precedentes valiosos (aún antes de la vigencia del nuevo régimen jurídico), acerca de los efectos de la sentencia a dictarse en causas por daño ambiental. Nos referimos al fallo de la Cámara Iera. Civil y Comercial de La Plata, Sala 3, del 22-12-92, recaída en los autos *Almada, Hugo N. v. Copetro S.A. y otros*, por el que se revocó la providencia de 1era. Instancia, que dispuso la acumulación de todos los procesos inculcado contra Copetro S.A., cualquiera sea su estado de tramitación, para dictar una sentencia única para los mismos, toda vez que se dijo albergan pretensiones con identidad de objeto y causa contra la empresa demandada.

Es que "los procesos en juego albergan dos pretensiones: una procurando el cese de la contaminación que excede el interés particular de cada actor y cuya solución expande sus efectos —positivos o negativos— a todos ellos. Otra —indemnización de daños— en que el interés se particulariza en la medida del daño de cada uno. La naturaleza individual —al menos desde el plano subjetivo— de las acciones promovidas, por un lado, el riesgo de la emergencia futura de sentencias contradictorias, por otro lado, y en definiti-

va —el telón de fondo que levantan las tradicionales y casi míticos límites de la cosa juzgada, parecen aconsejar sin más—, la acumulación de autos dispuesta por la providencia recurrida. Empero si atendiendo al llamado de los agravios, posamos nuestra vista en los intereses en juego y en la magnitud de los riesgos que trae aparejada en la especie, la recurrencia a tal instituto, la solución impugnada muestra su costado disvalioso.

Las demandas individuales que dan vida a cada proceso portan en su seno y frente a la empresa demandada dos pretensiones: a) la de cese de la contaminación y b) la del resarcimiento de los daños que tal contaminación provoca. La primera, necesariamente al lado del interés individual que la impulsa (el del sujeto titular o instrumentador de la acción) un interés colectivo y difuso (el que poseen todos los integrantes de la comunidad aledaña a la empresa a la salubridad del medio ambiente que se dice contaminado), sin cuya tutela y amparo no puede lograrse la de aquél interés particular que, como bien lo señala Gabriel Stiglitz, no es más que un fragmento o porción del mismo interés supraindividual referido.

Es obvio, que la sentencia a dictarse frente a cualquiera de estas pretensiones y cualquiera fuera el número de sujetos que la promuevan ha de tener efectos *erga omnes* sino quiera erigirse en un supuesto de sentencia *inutiliter datur* que llevaría a un desprestigio mayúsculo a la magistratura: el del juez que ante la evidencia de un daño a la salubridad de la población o de un sector de ella, limite su pronunciamiento a la supuesta e indisoluble tutela de los intereses individuales que demandaran, sin amparar el interés supraindividual de la comunidad que aquellos integran y sin lo cual, aquellos intereses y el orden público que serían lastimados.

La segunda pretensión, la resarcitoria, vehiculizando un interés particular y diferenciado por la existencia, naturaleza y cuantía de los daños sufridos y reclamados por cada demandante. En correspondencia con tal interés y con el objeto de la o las pretensiones resarcitorias personales en juego, la o las sentencias que diriman la cuestión concerniente a cada una de tales pretensiones personales tendrá efectos *inter partes*, sin perjuicio de que el pronunciamiento anterior —el referido al interés supraindividual— expanda sus efectos cual cuestión madre y prejudicial hacia todos y cada uno de los titulares individuales de dichas pretensiones, a los fines de hacer cosa juzgada con respecto al daño ambiental que determina el cese de la actividad dañosa.

Pues bien, si distinguimos el objeto, la causa y el interés de las diversas pretensiones acumuladas en cada escrito de demanda y el alcance vinculante *erga omnes* de la primera sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada que atiende al llamado interés colectivo, difuso y supraindividual, fácil es comprender que la recurrencia al instituto de la acumulación procesal en aras de evitar el peligro (inmediante si recordamos el afecto *erga omnes* ya referido) de sentencias contradictorias, solo ha de provocar riesgos mucho más graves. La acumulación de autos ordenada por éste habrá de perpetuar, de ser cierta la causa primaria de todos ellos, el daño ambiental y a la salubridad de la comunidad afectada por todo el tiempo indeterminado que demande el nuevo proceso a acumular y los posteriores que puedan advenir, sin percatarse - dice el juez camarista Roncoroni, que agotado el debate y la prueba en torno a la cuestión principal y madre en que se aloja el ya referido interés supraindividual, las actividades procesales pendientes y propias a cada nuevo proceso promovido son las referidas al interés de cada demandante".

La sentencia dictada en el proceso "Eknekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7.7.92,⁶⁸ reviste importancia a los fines de nuestro tema, toda vez que se reconoce naturaleza colectiva, a la cuestión ventilada en esos autos, y con ello a los efectos de la sentencia.

La CSJN reconoce la legitimación del actor para reclamar el derecho de respuesta frente a expresiones agraviantes para sus creencias y sentimientos religiosos, luego de apuntar que "su efecto reparador alcanza sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio. A diferencia de quién ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio o exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o semejante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta reparadora".

En la misma línea de ideas, reviste especial relevancia, al sentencia dictada en la causa Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur S.A s/ responsabilidad, Cámara Civil y Comercial, Federal, Sala I, 16/3/00,⁶⁹ que en su parte pertinente dijo:

Frente al impacto colectivo o ambiental que puede provocar el indebido funcionamiento de los servicios públicos, deben enfatizarse los mecanismos colectivos que permitan resolver los conflictos que involucran gran cantidad de afectados, sin resentir el funcionamiento de los tribunales de justicia.

Admitida la legitimación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires para actuar por los afectados por la interrupción del suministro de energía eléctrica por parte de la prestataria del servicio y declarada la responsabilidad de esta última en el hecho mencionado, cabe considerar que los usuarios que se consideren con derecho a reclamar los daños y perjuicios sufridos, podrán ocurrir ante los tribunales correspondientes y por la vía que estimen pertinente, o que en cada caso se fije según las particularidades del mismo.

Para finalizar, cabe repetir textualmente las reflexiones que formula Galdós²³ en su comentario a este fallo:

1. La sentencia de la C. Nac. Civil y Com. Fed., Sala I^{ra}, en lo nuclear, revocando parcialmente el fallo de la otra instancia, consagró pretoriamamente el proceso colectivo, admitió la legitimación de (...) Defensoría de la Ciudad, que -de ese modo- ejerce la legitimación colectiva pero de damnificados indeterminados pero diferenciados entre sí en la afectación de sus derechos patrimoniales y morales.

2. Distingue el proceso colectivo de las acciones de clase del derecho comparado y, en elogiosa conclusión, admite y acoge su operatividad plena, pese a la ausencia de regulación legal adjetiva específica. Difiere para un proceso ulterior la determinación y cuantificación para cada caso del daño, poniendo en cabeza de la actora la carga de comunicar extrajudicialmente ese fallo a los damnificados, cuyos derechos resarcitorios, además de las penalidades previstas en el marco regulatorio, recogió expresamente.

3. De modo que según entendemos, el proceso colectivo admite, al menos, una doble funcionalidad: la tutela de los derechos colectivos condensados en órganos públicos o privados que ejercitan una acción de prevención, reposición o resarcimiento del perjuicio que "es de todos y por ello no es de nadie en particular" y el reclamo por daños pluritindividuales diferenciados y acumulables, por razones de celeridad y economía, que pueden también recaer en idéntico legitimado activo.

EL ROL DEL JUEZ

La Ley General del Ambiente N° 25.675, dispone en su artículo 32, lo que se transcribe: La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aún con carácter de medida preparatoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aún sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas sin petición de parte.

En ese sentido, el reconocido especialista Eduardo Pigretti,⁶⁶ en una obra reciente, predica la superación de los principios legales tradicionales (legitimación, jurisdicción, competencia), para afirmar enfáticamente, que "las nuevas cuestiones no le permiten al juez ser imparcial. Tendremos que crear un nivel distinto de consideración del problema, un conjunto de valores en los que "el juez es parte", porque le interesa el agua que bebe alga siendo fresca, cristalina, pura; porque le interesa que el aire que respira mantenga esa condición; porque le interesa que determinada foresta no sea afectada... El Juez siempre es un juez interesado, dado que tiene un interés ambiental humano, que es insito a su condición".

Comentando nuestra Ley 25.675, Maiztegui ha dicho que: "El fuero en tanto no exista un fuero ambiental especializado, debe seguir siendo el civil o el contencioso-administrativo, aunque en base a las reglas ordinarias de competencia. Es muy importante garantiza el mayor acceso a la jurisdicción por cuestiones de defensa de los intereses colectivos y contribuir con el juez en la formación de una verdadera conciencia ambiental, que unida a las mayores y claras dificultades instructorias y ordenatorias del proceso, facilite el camino hacia la verdad material y la solución de los problemas comunes".⁶⁷

Es que a partir de la emergencia de los intereses difusos, se registran en el proceso civil por daño ambiental, mutaciones coperticanas. Notables adaptaciones. De un encuadramiento clásico de la carga de la prueba a una carga de la prueba dinámica, de efectiva colaboración. De una valoración de la

prueba atomística, atomizadora, insular, aislada, balcónica. A una apreciación de la prueba integral, comprensiva, globalizante, totalizadora, en la que reviste especial importancia la prueba indirecta de presunciones. El esquema clásico jurisdiccional concibe la figura del juez neutral, pasivo, quieto, legalista. Las nuevas manifestaciones del accionar judicial, asoma la figura del juez comprometido socialmente, acorde con el Movimiento de Acceso a la Justicia, de Mauro Cappelletti, de la justicia de acompañamiento, de protección.

Además hemos pasado de un régimen de medidas cautelares asegurativas del resultado del proceso, garantista formal, a un sistema de tutela inmediata anticipada, efectiva, material. Estamos pasando de un proceso muerto a un proceso vivo. El proceso colectivo, exige un *aggiornamento* de técnicas jurídicas, diferenciadas, flexibles, menos formalista más teleológica.⁶⁸

Por lo expuesto, no escapa a los cambios que se registran las cautelares. Calificada doctrina indica "Con referencia a la atipicidad de la medida debo señalar que ante el nuevo sustrato fáctico jurídico actual, es inevitable la flexibilización de las disposiciones procesales, en tanto y en cuanto no se conculquen la garantía en defensa en juicio y el debido proceso. No se advierte tampoco la alegada violación del principio de congruencia, ya que en el nuevo marco procesal es papel irrenunciable del juez el que hace a su participación activa con miras a la prevención del daño ambiental, donde debe buscarse 'prevenir más que curar'.⁶⁹

Es que como reiteradamente se ha dicho: "Acaso lo preventivo de la protección y lo efectivo de la tutela que debe dispensar la jurisdicción sean las normas que en la década actual profundicen la evolución de los principios y nuevas fronteras".⁷⁰ Para que tengan vigencia estos postulados debe concederse a los jueces y estos deben ejercerlos, mayores poderes deberes, ello implica que los magistrados judiciales deben ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes le confieren".⁷¹

Desde esta perspectiva, el panorama comparativo acusa una modalidad de tutela que se orienta hacia un juez con "responsabilidad social" o sea independiente a cabalidad pero comprometido, no desde luego con la orientación política circunstancial del gobierno del Estado sino con el sentido de ayudar a facilitar, lógica y razonablemente, la trascendente evolución del Derecho. Un juez que está en el centro del cuadrilátero pero no ya en la

actividad neutral (la del referee) sólo para impedir los "golpes bajos". Ha quedado atrás esa posición de mero mediador, de asegurador o garantía del juego formal y privatístico de los contendientes.⁷²

La naturaleza del litigio ambiental, parodiando F. Baur⁷³ por envolver una invariable axiológica, impide al juez para que salga de su papel pasivo, y asuma, de alguna manera, la responsabilidad por la cura de una relación docente entre el derecho y la vida. Por ello se ha dicho con razón,⁷⁴ que el juez no puede ser neutro en materia ambiental. Debe partir del presupuesto que el medio ambiente está, de antemano, protegido.

Morello⁷⁵, con su habitual lucidez, apunta la existencia de "Una nueva cultura jurídica adversarial; más simple, informal, que relativiza el rigor pretendidamente absoluto y cerrado de los principios; nada conceptualista ni abstracto, en donde el juez pierda neutralidad, que es una manera disfrazada de conservadurismo; aunque manteniendo desde luego, su total independencia como asimismo la objetividad, axiológicamente está personalmente comprometido a que los resultados de la jurisdicción sean más justos y útiles".

"Del protagonismo del juez y de la forma de conducirse y estimular la colaboración debida por los otros sujetos del proceso. Director inmediato y no distante, que maneja poderes-daberes de uso inaplazable, que busca la verdad jurídica y que en temas de especial connotación social, no sólo aguarda la puntual satisfacción de las cargas probatorias dinámicas y de colaboración real de los interesados, sino que, además, llega a comportarse como cabal investigador, si bien lo que él obtenga a través de ese rol deberá ser puesto, bilateralmente, a disposición, observación y control de las partes".

"En este ínter la cuña gravitante de la transformación del servicio de la función de juzgar y al cabo del Poder Judicial, se radica en la nueva posición y actitud del juez y en el modo de aplicar la teoría de la interpretación de las normas. El perfil y las diferencias del juez liberal con un juez de "acompañamiento", esto es, el juez "entrenador" o "protector", se dibuja mediante un conjunto de factores.- Asistimos al embate de nuevas olas. A un dinamismo acentuado, que se suma a la voluntad positiva de adaptación, a receptor los cambios que reclaman las nuevas exigencias de la sociedad".

Con el pasaje de la sociedad liberal a la sociedad postindustrial la función del derecho se transforma profundamente. De árbitro de los conflictos sociales, el derecho deviene fundamentalmente instrumento activo de los cam-

bios sociales. Esas funciones de dirección y de promoción, son aseguradas por el "derecho de acompañamiento".⁷⁶

En este tránsito, el perfil de juez se modifica radicalmente. En este juego social, apremiado por la naturaleza del litigio ambiental, por envolver una variante axiológica, el juez está empujado a salir de su rol pasivo, y asumir de alguna manera, la responsabilidad por la "cura" de una relación docente entre el derecho y la vida, para adoptar un rol activo, de tutela preventiva, continua, eficaz, enérgica, anticipatoria, temprana, dinámica, rápida, flexible, vigorosa, colaborador, agente de cambio social.⁷⁷

En doctrina judicial, concordantemente, se ha dicho que: "Creemos que ese proceder de carácter propio de órgano jurisdiccional y sabor cautelar por su rol preventivo, en consonancia con la responsabilidad social que le incumbió, corporizándose en mandatos positivos a las partes y a los funcionarios público era el más idóneo que no podía ser reemplazado por otras vías, salvo cruzarse de brazos hasta que aconteciera otro daño irreparable similar, que hubiera provocado la promoción de otra acción resarcitoria, dispendio de actividad y resultado social insolidario, con la consecuencia de volver a condenar a un resarcimiento de daños causado, que debieron evitarse".⁷⁸

"El juez actúa así perfectamente: reparó la lesión presente y dispuso las previsiones útiles de acuerdo a las circunstancias, destinadas a evitar que se siguieran produciendo en el futuro. Despliega así un régimen de obligaciones procesales y fijación de competencia y prestaciones activas a cargo de una o varias de las partes, de terceros o de funcionarios públicos. Que reviste fuertes tintes de carácter preventivo, cautelar de urgencia e inciden, por consiguiente, en el objeto, cosa o bien de la vida o contenido del litigio determinante. Y no sólo valen inter partes sino que con amplitud subjetiva necesaria, cubren la finalidad de prevenir daños indeterminados o potencialmente colectivos, frente a la amenaza cierta de una causa productora de daños. Que ni el juez, ni la sociedad deben recorrer el riesgo que acontezcan si, jurídicamente, son y pueden (deben) ser evitados".⁷⁹

"Sería vana y absurda una sentencia que atropada en el carácter individual de las acciones y tras comprobar los efectos contaminantes denunciados, pretendiera limitar los alcances de su mandato a la relación jurídica procesal bilateral nacida de cada proceso individual y mandara, por caso,

que los efectos contaminantes cesaran tan sólo, como si fuera posible, para con los actores, más no para el resto de la comunidad afectada".⁴⁰

De la materia probatoria, la justicia ha dicho que: "Tratándose de posibles daños al medio ambiente, la prueba, cuya carga resulta ya signada por el artículo 1113 CC, debe tener un "particular tratamiento" en cuanto a la naturaleza de la agresión no se compeadece con los sistemas habituales de análisis de la probanzas". "Con ello no se deriva de ninguna manera hacia una suerte de "sistema de libres convicciones", sino dentro de nuestro diario sistema de apreciación por medio de la "sana crítica" del artículo 364 Código Procesal CyC, se da mayor relieve a dos núcleos de determinación: 1) el análisis comprensivo y no atomístico de los elementos; 2) el valor excepcional de la prueba de presunciones".

"En ese sentido, ni el juez ni las partes han de proceder a un desmenuzamiento atomístico de las pruebas que hagan perder su entidad sistemática; quienes siguen ese sistema, pesquisan contradicciones, subrayan una expresión como si fuera la única a tener en cuenta y computan todos los elementos de convicción con valor igual; con todo ello se desarma el edificio probatorio total, que no puede sino ser sistemático y orientado valorativamente. Es inexacto creer que a la prueba por presunciones simples pueda acudirse solo cuando no estén en pugna con otras pruebas; el juez deberá someterla a valoración crítica y arribar al convencimiento respecto de la existencia del hecho a verificar sobre la base de tales valoraciones. En la valoración del material probatorio se aplicará el sistema de la sana crítica en donde los indicios cobran suma importancia más, cuando, son ellos los que permiten extraer las pautas en una materia por sí cambiante y por ende así inabstible".

"Se quebrantarían de manera grosera las reglas de la sana crítica en detrimento de una de las partes y con el consiguiente daño constitucional (artículo 18, Constitución Nacional) si se pretendiera que en los supuestos de daño ambiental debe seguirse, en el análisis y consideración de las pruebas, el mismo tránsito que, por ejemplo, en un choque común de vehículos. Es importante resaltar que cuando se trata de valorar los daños provocados al medio ambiente, al análisis integral de los elementos de pruebas aportados se suma la especial trascendencia que en el tema adquiere la prueba de presunción".

"Para la real vigencia de las acciones colectivas, los magistrados judiciales deben ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes confieran; b)

será menester dejar de lado el concepto jusprivatista individualista del daño resarcible, dejando paso a una tendencia nueva, pública, colectiva, de tipo preventiva y represiva, donde se busque no tanto la reparación personal del lesionado, sino la paralización de los efectos dañosos; e) uno de los medios para resolver la cuestión está en la dilatación de la legitimación de las personas afectadas, para consagrar una expansividad horizontal, con fundamento en la protección de intereses legítimos o simplemente humanos que envuelven a una colmena de perjudicados*.

"El juez debe actuar, en su plenitud, los poderes inherentes a la dirección material del mismo, y ello justifica que en el caso se ordene reparar la lesión pretérita y aún presente, además de disponer medidas preventivas destinadas a evitar que daños como el producido en el caso, se vuelvan a producir en lo futuro. Dado que las técnicas indemnizatorias no son por sí solas suficientes para suplir la ausencia de controles directos sobre la actividad dañosa destinadas a detener en forma inmediata sus efectos nocivos, propiciando una postura afín a la "función preventiva de daños" que hoy se le atribuye a los jueces, corresponde aplicar analógicamente el Código de Minería en cuanto faculta al juez "en caso de sobrevenir algún accidente que ocasione muerte, heridas o lesiones y otros daños a adoptar las medidas necesarias para hacer desaparecer el peligro".

"No se crea que la tutela de los intereses generales comprometidos por la contaminación, es ajena al juez civil y ha de buscarse dentro del plexo normativo administrativo. Tal pensar ni siquiera es conciliable con el modelo decimonómico de juez legalista y liberal (quieto y neutral), que no obstante estaba llamado a velar por la defensa del orden público. Ni qué decir de la repulsa que tal argumentar genera la figura del juez preventor, protector o acompañante que ya se cuele tímidamente en los artículos 2499 y 2518 del Código Civil". "El Derecho Ambiental requiere de una "participación activa" de la judicatura, que se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos".

"Las leyes ecológicas se descubren y scatan: ello coloca al Derecho en una "situación de dependencia" de la Ecología. Así por ejemplo se dice que el postulado de "tipicidad penal" como ley previa puede quedar desplazado de esta materia: ¿Cómo se verifica este principio con esta realidad natural que verificamos fácilmente?. Así vemos que no sólo en el campo de Derecho

Procesal Civil se abren redefiniciones del pleito y del papel del juez a las nuevas realidades circundantes".

"No hay quiebra del "principio de congruencia", toda vez que responde a poderes inherentes al Juez que respaldan su actuación en la armoniosa aplicación de todo el ordenamiento y que con responsabilidad social, le impelen a ejercer activamente". «No existió por el a-quo apartamiento del principio de congruencia, sino por el contrario, al pronunciarse así, se encaminó en el derrotero trazado por directivas insoslayables provenientes de demandas sustanciales de tan elevada jerarquía como son las contenidas en los artículos 41 y 43 de la C.N. y en las preceptos legales, interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias elaboradas en torno a los mismos".

"El Juez, según resulta del artículo 2618 Código Civil, tiene amplias facultades, para ordenar el cese, incluso poniendo fin a la actividad molesta. También puede en la sentencia, fijar cuáles han de ser las medidas a adoptarse. Los criterios de exigencias de la producción y de prioridad de uso no revisten autonomía, siendo complementarios, pudiendo operar la supresión por más que el vecino se haya instalado cerca del foco productor de las molestias cuando el mismo ya existía. La decisión que se adopte respecto de la entidad de las molestias escapa al recurso de casación, según lo tiene resuelto los tribunales Italianos". "Por los artículos 1071 y 2618 del Código Civil son los jueces quienes han de determinar cuál de las herramientas es la más aptas para poner fin a la contaminación".

"Vano y artificioso es el argumento según el cual no cabe al órgano judicial tomar medidas preventivas o de ingeniería cautelar, las cuales estarían reservadas a la autoridad de aplicación administrativa que, en el discurso agraviado de la demandada, se presenta como el único guardián del interés general. Si las medidas precautorias, constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional, debe conocer en ellas el juez que interviene o debe intervenir en el principal.

"En determinadas ocasiones sólo otorgando anticipadamente lo que es la sustancia de la litis, se está haciendo rendir al servicio su máxima eficacia, mediante una decisión rápida y evita perjuicios irreparables (De Lézzari). Desde esta atalaya al que nos asoman el civismo y la solidaridad, la figura del juez protector, el proceso anticipatorio y el derecho preventor de daños, huelga advertir que esta situación gravida de riesgos mayúsculos al entorno am-

biental y a la salud de la comunidad a la que pertenecen los actores no puede permanecer inalterable y sin la toma de medidas adecuadas para inhibir la actividad contaminante".

"Basta la certeza y la actualidad de tales riesgos, aunque no estén probadas lesiones actuales a la integridad psicofísica de los actores, para que la tutela a la salud de estos últimos y del ambiente que lo circunda, se haga efectiva: 1) porque está probado el daño al ambiente; 2) porque de lo que se trata es de anticiparse a la concreción del daño, debiendo el órgano jurisdiccional desplegar técnicas dirigidas a evitar que el daño probables se cuenta entre las atribuciones implícitas que debe ejercitar el juez con responsabilidad social de hogar (Peyrano). El derecho resarcitorio de los perjuicios va cediendo espacios y fronteras al derecho preventivo de daños, que encuentra ámbito procesal fértil en el llamado proceso anticipatorio".

"Esta función de prevención y evitación de los daños se ha señalado como una de las modernas orientaciones que se vienen importiendo en el estudio del derecho que se ocupa de ellos. El Derecho a la prevención de daños encuentra fundamento normativo en los principios de la Constitución Nacional, y justificativo concreto en los artículos 911 y 2499 del Código Civil y 623 CPCyC. La procedencia del remedio preventivo deviene incuestionable cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos que han comenzado a originar una determinada actividad con el fin de paralizar el daño, deteniendo su desarrollo".

"A los fines de la prevención del Medio ambiente, la Constitución Nacional constitucionaliza el "daño ambiental". Asignamos a la prevención en este terreno una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan por su mera consumación un deterioro cierto e irreparable". "La tutela del ambiente justifica soluciones expeditas; interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia no debe entenderse como una indebida limitación de libertades individuales, pues no hay libertad para dañar el ambiente ajeno; la importancia de la defensa del medio ambiente justifica cierto grado de transgresión de normativas que no se han adaptado a la realidad".

"La tarea del juzgador fue llevada a cabo con ajuste a pautas intrínsecamente flexibles, propias de la materia, no pudiéndose advertir en tal cometido un apartamiento del principio de congruencia sino en todo caso, haciendo

do jugar principios tan caros a la estimativa jurídica actual como son los de *prevención* y *evitación* del daño, en particular, a un bien principal como es la calidad de vida del ser humano. El sentenciante, teniendo en cuenta la necesidad de satisfacer el interés comprometido en su vertiente bifronte individual y difuso o colectivo abordando correctamente para la representación de ambos, legitimación al reclamante de autos, dispuso la cesación del perjuicio, adoptando un temperamento preventivo, a través del control del accionar futuro de la demandada, en orden al aseguramiento de la efectividad de la sentencia y a la evitación de todo daño prospectivo²¹.

DE LAS ACCIONES

Acciones de prevención o de reparación

Las acciones como ya se dijo, pueden ser de *prevención* (lo que conlleva paralizar el efecto del daño)²² o de *reparación* en especie, esto es recomponer la situación existente con anterioridad al menoscabo ecológico o colectivo (acorde con el artículo 41 CN, y el régimen de *Ley General del Ambiente* 25.675, ver además *ley 11.723 de Medio Ambiente de la PBA*), o en su defecto, indemnización dineraria o resarcimiento económico pecuniario,²³ que a partir de la ley 25.675 de mención, pasará a formar parte del Fondo de *Compensación Ambiental*.

De las vías preventivas destacamos la acción expedita y rápida del amparo la que constitucionalizada por la *Reforma de 1994*, constituye siempre que no hubiera otro medio judicial más idóneo, el remedio 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, los derechos ambientales.²⁴

Este instituto, a partir de su nueva formulación, ha dado lugar a una polémica doctrinaria acerca de la naturaleza de la acción, toda vez que se discute si constituye una acción principal, alternativa, regular, autónoma, ordinaria, directa²⁵ o si por el contrario, sigue revistiendo naturaleza excepcional, residual, heroica, sólo reservada para situaciones delicadas de extrema urgencia²⁶; doctrina clásica, que por otra parte, cuenta con el fuerte respaldo jurisprudencial, ya que es la tendencia predominante en sede judicial contencioso

administrativo nacional, donde se sostiene que los recaudos de admisibilidad no han variado: la Reforma Constitucional no innova en materia de legitimación.⁸⁶ Por último, una posición intermedia, es la que señala que el amparo es acción supletoria o subsidiaria.⁸⁷

Asimismo el amparo constitucional ha dado lugar a diversas interpretaciones respecto del alcance del término "afectado", como legitimado para obrar en estas causas, estando almeadas en el debate dos corrientes autotales, una que podemos denominar amplia, que equipara la palabra afectados a un vecino, y para quienes es menester acreditar un mínimo interés razonable y suficiente, para constituirse en defensor de derechos de incidencia colectivas o supraindividuales,⁸⁸ y una corriente restringida,⁸⁹ que asitola al afectado con el perjudicado, que es la persona que pueda invocar el daño "diferenciado" o "dual" o "dual" de un derecho subjetivo vulnerado, o que haya sufrido una lesión sobre sus intereses personales, concretos o directos.

Otras vías preventivas adecuadas pueden encontrarse en las llamadas denuncia de daño temido disciplinada por el artículo 2499 in fine del C.C.; de las restricciones y límites al dominio, el artículo 2818 del C.C. que establece el régimen de molestias entre vecinos que exceden el límite de la normal tolerancia, denominadas "inmisiones inmatrimiales", y la acción negatoria de los artículos 2800 al 2806 del C.C., con una visión esta última, progresista o moderna de esta acción real.⁹⁰

Acción negatoria. En el derecho romano: existen textos en el Digesto en los que encontramos la posible utilización de la acción negatoria en algunos casos que podemos señalar como los antecedentes de los actuales problemas ambientales. Son perturbaciones de mero hecho, que afectan al goce pacífico de la cosa, sin que parezca que el demandado vaya a alegar una servidumbre sobre otro fundo. Así en un el pasaje de la obra de referencia, se producen inmisiones de humo, agua y fragmentos de piedra en el fundo vecino por la fabricación de quesos, sin obligación de tolerar tales cercenamientos facticos por el propietario de la finca. Tras pasar por una larga época de oscuridad, ocaso, y en cierta medida, desprestigio y raquitismo, se habla del "redescubrimiento" de la acción negatoria, de utilidad preventiva en la tutela del entorno.

La acción negatoria es la que compete a los poseedores de inmuebles contra los que les impidiesen la libertad del ejercicio de los derechos reales, a fin de que esa libertad sea restablecida. Se da contra cualquiera que impida

el derecho de poseer de otro. Las más de las veces se representa esta acción como destinada a hacer cesar una servidumbre que otro ha usurpado. Pero su uso es más general. Debe tener por objeto privar al demandado de todo ulterior ejercicio de un derecho real, y la reparación de los perjuicios que su ejercicio anterior le hubiese causado, y aún obligar al demandado a asegurar su abstención por una fianza. La eficacia de la *actio negatoria* se basa en que penaliza la remoción del hecho motivante de su interposición, como asimismo la adopción de medidas tendientes a evitar similares perturbaciones en el futuro, a la par que puede contener una pretensión indemnizatoria de los perjuicios causados. Es decir que por esta acción, además de negar la perturbación en el presente, se puede evitar la continuación en el futuro e indemnizar los perjuicios pasados.

Es por ello que se ha señalado que "quizás la característica más peculiar de la acción negatoria es el despliegue de su eficacia hacia el porvenir". Esta técnica preventiva tiene su máxima expresión en la pretensión de abstención, cuya finalidad es la misma que la de cesación, pero parte de un supuesto de hecho diferente: cuando la actividad molesta no está realizándose pero se teme. El resarcimiento de los daños y perjuicios se incluye dentro del alcance típico de la acción negatoria, si bien de forma subsidiaria. Puede también tener por objeto reducir a sus límites verdaderos el ejercicio de un derecho real. Véase nuestro Código Civil, artículos 2800 al 2806. Quién intenta la acción negatoria debe probar: a) la titularidad de dominio o derecho real invocado; b) la posesión actual del inmueble afectado; c) la existencia de un acto que importe perturbación en el goce pacífico de la cosa.

Existen tres acciones reales con grandes paralelismos por su finalidad de vindicación, pero con tres objetos diferentes en su pretensión restitutoria: la reivindicatoria la posesión, la negatoria el goce pacífico y la confessoria el ejercicio de un derecho real limitado de servidumbre. Con la primera, el propietario se defenderá de la desposesión total realizada por un tercero, con la segunda de cualquier tipo de molestia sufrida declarando la improcedencia y con la última, el titular de un derecho real limitado de servidumbre lo afirmará y exigirá la tranquilidad en su ejercicio. La negatoria tiene en común con la reivindicatio el objetivo de cesar una situación de hecho de desposesión, mientras que con la confessoria le une la contradicción que supone su ejercicio: frente a la confessoria se podrá defender el demandado

ejercitando la *negatoria* en vía reconvenzional y viceversa. La *negatoria* no trata sólo de negar servidumbres, sino cualquier perturbación real que al no llegar a la desposesión no pueda ser repelida con la reivindicación.

El nombre de la acción es fruto de su *ánimo de negar*. En la búsqueda de medios civiles de prevención de actividades potencialmente dañinas para el medio ambiente también se ha pensado en el ejercicio de la acción *negatoria*. Es que la acción *negatoria* con todas sus finalidades, se admite para repeler las molestias ecológicas que todavía están en ciernes. Las pretensiones principales de la acción *negatoria* consistentes en cesación y abstención, engranan perfectamente con el gran anhelo del derecho ambiental, que es la prevención. La *negatoria*, como acción que no exige la existencia de daños derivados de la perturbación medio ambiental, sino que basta para poder ejercitarla la perturbación en sí, clara junto con la responsabilidad civil extracontractual, los dos mecanismos que el Derecho Privado puede aportar a la defensa, aunque sea indirecta, del medio ambiente.⁴¹

Finalmente con relación a la reparación del daño ambiental debemos señalar que en principio, el factor de atribución de responsabilidad en materia de daño ambiental es de carácter objetivo (1113, segunda parte C.C.). Ostenta legitimación activa para reclamar por daño ambiental la persona o personas que hubieran sufrido perjuicios en sí mismos o en sus bienes. Podrá dirigirse la acción de reparación por daño ambiental contra los sujetos que degraden el medio ambiente y también contra el Estado cuando hubiere autorizado o consentido la actividad degradante.⁴²

Resulta de aplicación al caso la teoría denominada "de la causa adecuada".⁴³ Se recuerda que la relación de causa a efecto, que el Derecho aprehende no es aquella que exige una "certidumbre total", una seguridad absoluta: se trata de acreditar una posibilidad cierta, una probabilidad en grado de razonabilidad,⁴⁴ a su vez, se dice que sin ánimo de menospreciar la valiosa aportación de los expertos científicos en un proceso de responsabilidad por daños, hay que tener presente, por tanto, que la incertidumbre científica no debe conducir a la incertidumbre jurídica.⁴⁵ Esta dualidad de enfoques científico y jurídico responde a una orientación jurisprudencial ya muy arraigada en bastantes países, según la cual la relación de causalidad resulta probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a "un grado suficiente de probabilidad".

Será en ocasiones una probabilidad próxima a la certeza, o bastará en otros casos "la alta probabilidad".⁶⁶ Bastará que el juez llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante.⁶⁷ Al respecto es valioso el principio *more probable than not* de la jurisprudencia anglosajona⁶⁸. Esta teoría de las probabilidades ha sido recogida en Europa en la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil en materia de residuos, en virtud de la cual el demandante deberá únicamente establecer una considerable probabilidad de presencia del nexo causal. Creemos que el fundamento de la aplicabilidad de dicha teoría en estas causas, constituye un plus de protección⁶⁹ tutela diferenciada o privilegiada dada la relevancia del derecho ambiental.⁷⁰

Congresos y jornadas

En las XV Jornadas de Derecho Civil, Mar del Plata 26 al 28 de octubre de 1995, J.A. 27/3/96 N° 5978, se concluyó que el análisis económico del derecho no puede llevar a la justificación del daño injusto, el resarcimiento debe mantener el poder de disuasión preventivo; es procedente la tutela inhibitoria cuando hay amenaza de daños a bienes individuales o colectivos, siendo aplicables el amparo, la denuncia del daño temido y las diferentes medidas cautelares. En los supuestos de daños derivados de la actividad industrial la responsabilidad se puede fundar en el riesgo creado, culpa, dolo u otros factores subjetivos u objetivos de atribución. La culpa de la víctima debe ser apreciada con criterio restrictivo. En cuanto al daño ambiental, cabe responsabilizar al industrial, en cuanto su actividad contamine, degrade o dañe al medio ambiente y pase por alto el deber de preservación. Se destaca que la Constitución Nacional consagra en su parte 1era y por ello por el máximo valor normativo el derecho al ambiente sano, y correlativamente el deber de preservarlo. El Tratado de Asunción fundacional del Mercosur contempla en su Preambulo la preservación del medio ambiente.

Asimismo en dichas jornadas se abordó la temática de responsabilidad por residuos peligrosos, destacando las diversas particularidades del régimen previsto por la ley 24051 —hoy reemplazado por la ley 25.612—, en cuanto adopta el concepto de cosa riesgosa se atribuye el deber de reparar en razón de la creación de riesgo por parte del generador y la culpa de la víctima sólo es invocable cuando se reúne el requisito de inevitabilidad. Se

recordó en punto al desarrollo sostenible el principio 4° de la Declaración de Río, en materia de prevención el principio 15° de dicho instrumento internacional, que consagra con amplitud el criterio de precaución conforme al cual cuando haya peligro grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse con razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Además se dijo que es procedente reclamar la prevención del daño, su cesación o reparación. Finalmente se señaló que: 1) todo lo relativo al medio ambiente tiene carácter interdisciplinario y el eje vector de su régimen debe pasar por la protección de la persona humana; 2) En tanto cierto grado de contaminación es inevitable la degradación ambiental se enrola en la categoría de daño intolerable; 3) los criterios economicistas de costos no puede prevalecer sobre la proyección humana en toda su proyección; 4) ante el daño ambiental debe ofrecerse un modelo ético en orden a respetar la calidad de vida, cuyo lema debe ser no contamine.

En el Congreso Internacional de la Persona y el Derecho de fin de Siglo, realizado en Santa Fe los días 24, a 26 de octubre de 1996 (Rev. de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires Noviembre 6 de 1996), se concluyó lo siguiente: 1) que la responsabilidad ambiental engloba, con cuestiones básicas, la prevención, indemnización y recomposición, acotadas por la racionalidad, por lo jurídicamente posible y lo socialmente deseable. En materia de daño ambiental adquiere relevancia manifiesta la conducta omisiva, al lado de la activa o positiva. La omisión puede referirse a deberes impuestos por leyes, decretos, ordenanzas, como el deber genérico de diligencia, para evitar perjuicio o menoscabos ambientales. Al lado del ramillete de derechos involucrado por el daño ambiental —la tutela de la persona humana, la salud, bienes y vida— debe enfatizarse que el ambiente es un bien jurídico autónomo tutelado por el orden jurídico.

La llamada función ambiental de tutela en el medio excede la órbita del Estado —reglada por el derecho administrativo— y alcanza a todos los ciudadanos de manera personal y colectiva. Resultando legitimados activos en defensa del medio, tanto los titulares de derecho subjetivo afectados, individuales o colectivos como los que invoca un interés difuso al medio ambiente puro. Los daños ambientales son de ordinario, el resultado de un proceso

al, tanto respecto del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias de la autorización para funcionar.

La determinación y la prueba del nexo de causalidad, difícil y complejo, debe conducir necesariamente, a la admisión de presunción de causalidad, al efecto de las vulgatas para el daño ambiental colectivo. Para la hipótesis de un daño ambiental de causa plural, desde aparatos involucrados un grupo de empresas sujetas agrarias, que resulta materialmente imposible para las mismas la determinación fehaciente de la autoría, debe admitirse la causalidad alternativa o del daño colectivo con independencia de la solidez de los intervinientes.

La responsabilidad civil en materia de daño al medio ambiente debe ser objetiva, cubriendo en su caso la responsabilidad colectiva, con independencia del criterio objetivo el marcado riesgo o peligro de contaminación con el ambiente, como también la situación de toxicidad. Deben contemplarse los efectos acumulativos de la actuación

ambiente como bien colectivo. También se dijo que el Estado está sujeto a la responsabilidad general y en especial responde por omisión en el ejercicio del poder de policía que le corresponde en la protección del medio ambiente (artículo 1112 C.C.).

También se trató el tema en el 4to Congreso Nacional de Derecho Privado y 3er Congreso Latinoamericano de Derecho Privado (J.A. 25/09/96 N.º 6004), en el 5to Congreso Internacional de Derecho de Daños (L.L. 14-7-97, en el que se remarcó la importancia de las acciones preventivas en el daño ambiental; en las Jornadas en conmemoración de la reforma del Código Civil de 1988-1988, Universidad Argentina J.F. Kennedy (J.A. 21/10/88, N.º 6112), Buenos Aires 25 al 27 de junio de 1988, en la que se sostuvo que es reparable el daño colectivo de la lesión de intereses difusos, aún en ausencia de perjuicios individuales, y que el factor de atribución es objetivo, basado en la idea del riesgo creado, abuso del derecho, exceso en la normal tolerancia, garantía o violación de obligación de seguridad según los casos.

El tema del objetivo de la acción ya había sido encarado por la Comisión N.º 2 en las «IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil» de Mar del Plata, cuyo despacho recomendó de LEGE LATA lo siguiente: «Según el caso podrá solicitarse la prevención del daño, su cesación o su reparación». Pero hoy, después de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, bien puede decirse que en nuestro régimen constitucional la función ambiental está claramente señalada en el artículo 41, constando de los siguientes elementos: «el derecho a un ambiente sano; el deber de no contaminar, la obligación de recomponer, de resarcir, y de no comprometer a generaciones futuras».¹⁰¹

A continuación hemos de ocuparnos de cada una de esas tres distintas finalidades que pueda perseguir la acción de responsabilidad civil por daño al ambiente.

I. Prevención. Lo primero y lo más idóneo es la prevención del daño al ambiente, para evitar su constitución; máxime «teniendo en cuenta que se trata de un bien 'no monetizable', es decir, no traducible en indemnizaciones y difícil de volver al estado anterior del daño».¹⁰² Ello ha constituido una constante preocupación de todos los que se han ocupado de esta temática, existiendo hoy entre nosotros una clara conciencia sobre la necesidad de la tutela preventiva.¹⁰³

Sobre el respecto pensamos que el agregado introducido por la ley 17.711 al artículo 2.499 del Código Civil: «Quién tema que de un edificio o de otra

cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares», asimismo repetido y reglamentado en el artículo 623 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (C.C.P.C. por decreto 1.042/81) como «denuncia de daño temido», constituye un importante instrumento en materia de prevención judicial de daños,¹⁶⁶ pues en el mismo se considera la acción cautelar con criterio bien amplio, a cualquiera que «tema... un daño a sus bienes, sea o no vecino», y provenga la amenaza «de un edificio o de (cualquier) otra cosa».¹⁶⁷

Por lo demás, como bien lo apunta Mariana Mariani de Vidal,¹⁶⁸ podrían ser demandados a su amparo todos «quienes que, en caso de producirse el daño, estarían obligados a su reparación, determinación que surge de los artículos 1113 (ref. por la ley 17.711) y 1135 Código Civil».

En este sentido, en el ya citado fallo de la Sala Tercera de la Cámara 1a. en lo Civil y Comercial de La Plata, del 15 de noviembre de 1994, con voto del Dr. Rortacoroti, al rechazarse la pretensión de la empresa demandada de levantamiento de una medida cautelar, que le vedaba liberar material contaminante a la atmósfera del puerto de La Plata, se sostuvo que:

«El derecho de todo habitante a defender su medio ambiente se ha consolidado a partir de la reforma constitucional de 1994, por virtud artículos 41 y 43 Constitución Nacional y 28 Constitución Provincial, al igual que el reconocimiento del orden público ambiental y con ello la legitimación de cualquier particular para accionar las medidas preventivas en el mismo juzgado que entienda en la pretensión de cese del daño ambiental. Dicha pretensión al lado del interés individual que la impulsa, tiene un interés colectivo y difuso, el que poseen todos los integrantes de la comunidad aledaña a la empresa, en la salubridad del medio ambiente que se dice contaminado por ella».

«La tutela de los intereses generales comprometidos por la contaminación ambiental no es ajena al juez civil, ya que aun antes de la reforma constitucional de 1994, el derecho de todo habitante a defender su medio ambiente, es un derecho natural humano protegido por el artículo 14 bis Const. Nac., relativo a la seguridad social integral de cada individuo. La primer sentencia firme que compruebe los efectos contaminantes del ambiente y ordene el cese de la actividad dañosa, ha de expandir sus efectos *erga omnes* y proyectarse en ese aspecto sobre los demás procesos, a los fines de hacer cosa juzgada con respecto a ello».¹⁶⁷

Y se destaca asimismo la importancia fundamental de la prevención de los daños, en la ya mencionada sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires del 19 de Mayo de 1988, recaída en las causa de Almada, Irazu y Klaus contra Copetru S.A., tanto en el voto del Dr. Hitters como en el del Dr. Pettigiani; manifestando este último sobre el respecto que:

"El bien ambiental es, a diferencia de otros bienes, esencialmente limitado, y su consumo irreparable en cuanto cada vez con mayor nitidez se advierte la imposibilidad de un reiterado, continuo e inmediato reemplazo, al punto de preverse en muchos casos - de persistir una utilización irracional - su agotamiento inminente, con la consecuente repercusión directa y obviamente negativa que ello conlleva respecto de la calidad de vida humana"

"Atendiendo precisamente a estas características de la materia un juego señala con precisión Peyrano que 'la tutela del medio ambiente, patrimonio de todos, justifica soluciones expeditivas, usualmente extrañas a los tiempos que suele tomarse la justicia', ya que como el mismo autor colige 'lo cierto es que el deterioro ambiental progresa de modo casi exponencial y las soluciones tradicionales aparecen como inapropiadas para detenerlo', por lo que 'interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia no debe entenderse como una indebida limitación a las libertades individuales', pues 'como con justeza se ha interpretado... no hay libertad para dañar el ambiente ajeno ni para restringir la libertad que tiene todo individuo de usar y gozar del ambiente.' (pp. 56 y 57)

Por todo lo cual concluye luego que: 'cualquier actividad susceptible de empobrecer sustancialmente la calidad de vida de cualquier persona o comunidad debe ser en primer lugar prevenida o disuadida. Si ya hubiera comenzado a generar el daño, habrá de cesar, sin perjuicio de la reparación integral del agravio irrogado, de acuerdo al principio de que quien perjudica el medio ambiente debe resarcir, pero quien resarce no por ello puede seguir produciendo el perjuicio. En esto no sólo va comprometida la salud y el bienestar de quienes sufren actualmente la ofensa, sino también de las generaciones futuras a las que no puede de ningún modo conculcárseles sus posibilidades vitales'.

Pudiendo señalarse que el mismo deber de indemnizar a cargo de los responsables del deterioro ambiental, puede igualmente funcionar como elemento de prevención, si contribuye a desalentar la actividad degradante o a

lograr que se adopten las medidas apropiadas para reducir o minimizar su dañosidad.¹⁰⁰ Aunque tal función disuasiva ha de ser asimismo razonable; habiéndose entendido en un caso resuelto por la Suprema Corte de Buenos Aires, que no lo había sido la fijación por el Municipio de Magdalena de una tasa diferencial por la explotación de canteras, cuyo monto, cuando los elementos extraídos eran transportados fuera del partido, venía a ser aproximadamente trece veces mayor que cuando los mismos permanecían en él; lo cual «se decidió» afectaba el derecho de propiedad y la libertad de trabajar y comerciar, amparados constitucionalmente.¹⁰¹

II. La reparación *in natura*. El principio sentado en el art. 1083 del Cód. Civil acerca de la reparación «*in natura*», se ve reforzado en materia ambiental por lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que: «El daño ambiental generará prioritariamente obligación de recomponer».¹⁰²

Ahora bien, una forma de reparación «*in natura*» la constituye la cesación del perjuicio, atento que implica el retorno al «*status quo ante*» a que aluden los citados artículos 1083 del Código Civil y 41 de la Constitución Nacional. Y ello a veces podrá conseguirse mediante la ejecución forzada, si se trata por ejemplo de la clausura o cierre de un establecimiento o de destrucción de lo hecho (artículo 632 Código Civil).¹⁰³

En efecto, la reparación *in natura* tendiente a suprimir o borrar el daño causado¹⁰⁴ puede actuarse perfectamente por intermedio de un *facere*, consistente en este caso en la eliminación de lo indebidamente realizado: la contaminación ambiental; lo cual constituye por otra parte, la forma de reparación en especie correspondiente a los deberes incumplidos de «no hacer» (artículos 632, 634, 1071 bis del Código Civil).¹⁰⁵

Tal es por ejemplo lo resuelto en el ya mencionado fallo del Juez en lo Civil de La Plata Dr. Gerardo A. Echeverría del 20 de diciembre de 1985, luego confirmado por la Sala Primera de la Cámara en lo Civil y Comercial de fecha 5 de junio de 1986,¹⁰⁶ al hacer lugar a una demanda de daños y perjuicios intervenida por un propietario lindero afectado por la construcción de una cancha de pelota a frontón, iniciada clandestinamente en terrenos de un vecino y que además excedía de la delimitación municipal e invadía la vereda, pese a lo cual había sido aprobada en su momento por la Municipalidad de Ensenada, en atención a lo avanzado de la obra; habiéndose inclui-

do en tal acción específicamente, el pedido de destrucción de la cancha en cuestión y la vuelta de las cosas a su estado primitivo, en concepto de reparación *in natura*.

En dicho fallo de primera instancia se consideró que tal construcción excedía del uso regular de la propiedad y se decidió que pese al carácter no acumulativo de las previsiones del segundo párrafo del artículo 2.618 del Código Civil, cabe sin duda disponer el cese de las molestias y además la indemnización pecuniaria de los perjuicios ya producidos hasta la supresión de aquellas; pues con este limitado alcance desaparece la incompatibilidad entre ambas medidas reparatorias, que van a cubrir cada una distintos y sucesivos momentos de un daño que transcurre o se prolonga en el tiempo.¹⁵

Pero la condena también pueda serlo a «hacer», a realizar determinadas obras, o a perfeccionar un procedimiento productivo mediante la instalación de dispositivos antipolución o depuradores adecuados, etc., todo en tanto de eliminar o atenuar los daños del establecimiento o cosas de que se trate.¹⁶

Sobre lo cual resulta oportuno traer a colación un fallo del Tribunal Supremo de España del 12 de diciembre de 1980, que comentara el Dr. Gabriel Stiglitz,¹⁷ en el que, frente al reclamo de ocho personas componentes de una asociación de propietarios, perjudicados por los humos industriales de la Central Termoeléctrica de Soto de Ribera, se ordenó como medida reparativa montar una instalación de acondicionamiento del anhídrido sulfúrico, para el mejor funcionamiento del equipo de depuración; sosteniéndose que el ejercicio de una industria, no obstante su interés para la economía nacional, no elimina la obligación de realizar todas las instalaciones requeridas para evitar daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para prevenir injurias. De allí la legitimación de los perjudicados para instar la cesación de la actividad lesiva, a fin de evitar la prosecución del menoscabo.

Entre nosotros, la Sala Segunda de la Cámara Civil y Comercial de Morón, con voto del Dr. Suárez confirmó con fecha 12 de abril de 1994 un fallo de primera instancia, que había condenado en forma solidaria a todos los demandados, a insonorizar un establecimiento industrial, e instalar en el mismo un adecuado sistema de aspiración de partículas flotantes y de neutralización de olores, además del pago de una indemnización pecuniaria por otros daños y perjuicios sufridos por el actor;¹⁸ y la Sala Segunda de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, confirmó un pronunciamiento que man-

dó acondicionar las instalaciones de una cancha de "fútbol 5", de modo tal que los ruidos y vibraciones generados durante el juego no trascendiesen a inmuebles vecinos.¹¹⁹

Pero si la obligación es de *hacer*, obviamente ya no cabe pensar en una ejecución forzada. Y probablemente tampoco habrá de ser posible siquiera su realización por un tercero, si para ello fuera necesario un adecuado conocimiento previo de la industria o establecimiento, puesto que tal circunstancia prácticamente habrá de convertir a las tareas de reacondicionamiento en *intuitu personae*; o si las mismas habrán de incurrir desembolsos dinerarios de consideración, que nadie estaría dispuesto a anticipar si su recupero no es seguro en un breve plazo, como si verbigtraría dependiese de un ulterior juicio a seguirse luego contra él o los responsables.

Por lo que en tales supuestos pueda resultar entonces de suma utilidad, el ocurrir a las *astreintes* o condenaciones conmutatorias del artículo 566 bis del Código Civil;¹²⁰ las que constituyen un probado recurso judicial de presión psicológica, para vencer la resistencia del obligado al cumplimiento de una sentencia,¹²¹ dado que en tanto no lo haga tales condenaciones pecuniarias se podrán ir acrecentando indefinidamente. Tan es así, que precisamente la primera aplicación judicial de las *astreintes* en nuestro país, constató en una multa mensual de cien pesos moneda nacional, impuesta hasta que cesaran los ruidos provocados por un molino vecino al domicilio del accionante;¹²² habiéndose registrado después algunos otros casos semejantes.¹²³

Sin embargo, la procedencia de la reposición de las cosas a su estado anterior, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1.083 y 1.113, o en el 2.618 del Código Civil, debe estar supeditada a la pauta contenida en este último: que la degradación del ambiente exceda los límites de la «normal tolerancia»; la que también resulta aplicable por analogía a las hipótesis de daños ambientales no encuadrables concretamente en dicha preceptiva, sino dentro de aquellas prescripciones genéricas sobre responsabilidad civil extracontractual.

En efecto, la vecindad impone la «tolerancia» de ciertas molestias o «incomodidades ordinarias», como lo decía el primitivo texto del artículo 2618; y desde otra perspectiva tampoco hay que olvidar que la sola existencia del hombre, que es de por sí degradante del medio en el que vive, determina, según se dijo, que no quepa pensar en una total supresión de la contaminación ambiental, sino a lo sumo en la obtención de niveles de deterioro del

entorno compatibles con su preservación, y consecuentemente con la protección de la salud y bienestar de los seres humanos que lo habitan.¹²¹

O sea, que dentro de tales límites los individuos deben soportar la contaminación, la cual según se viera no es totalmente erradicable, como una cuota de sacrificio de su parte que les es impuesta obligatoriamente por el ordenamiento. No obstante, en atención a los supremos intereses en juego, coincidimos con la recomendación de la Comisión N° 2 de las «IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil» de Mar del Plata, en el sentido de que: «El límite de la normal tolerancia no es aplicable a los casos de degradación del medio ambiente que sean susceptibles de afectar la salud», con lo cual se circunscribe acertadamente su vigencia a sólo «los ataques a otros bienes jurídicamente protegidos».

LA OBLIGACIÓN DE RECOMPONER

Se recuerda que el artículo 41 CN establece que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer. Y que la Ley 25.675 General del Ambiente, prevé en su artículo 28, que «El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación. Sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder».

Es en relación a la ejecución de la reparación *in natura*, «habida cuenta de la naturaleza especial del objeto dañado y la relación de fiducia o tutela que con el mismo mantiene la Autoridad Pública, el responsable no se encuentra sólo — o al menos no debería encontrarse sólo — frente a la ineludible obligación de reparación que le depara; sino que en todo momento debe estar sometido a control del Estado, control que se manifiesta de diferentes maneras. Por ello, no es extraño encontrar en la legislación especial ambiental tanto instrucciones sobre cómo debe hacerse la reparación cuando una orden genérica de acatar los dictados de la Administración al respecto. Además a la Administración también le preocupa que el responsable (nosotros decimos por falta de control adecuado) no lleve a cabo la reparación».¹²²

En el mismo sentido, se apunta que "sería más conveniente y más acorde con el tipo de bienes que conforman el Medio Ambiente (complejos y delicados), proceder a una vigilancia antes y mientras dure el proceso de la *restitutio in integrum*, para evitar que se realice ésta de manera defectuosa, lo que podría llevar a la imposibilidad de realizarla adecuadamente con posterioridad o incluso achacar a la Administración que no le diera mejores y más precisas instrucciones para llevarla a cabo".¹²⁸

El artículo 41 de la Constitución Nacional establece que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley. Se ha dicho con acierto que esta reparación se traducirá en un costo, que importará un valor económico apreciable en dinero, cuyo monto será necesario para que la recomposición ambiental se concrete, pero ésta se debe producir efectiva e inexcusablemente.¹²⁹

"El uso del verbo 'recomponer' puede suscitar dudas sobre su alcance; en primer lugar, como estamos acostumbrados a hablar más bien de reparación, hemos de decir que la alusión a la recomposición no sustituye ni elimina la reparación; en segundo lugar, es evidente que si recomponer equivale a componer nuevamente lo que antes se "des-compuso", tal recomposición no siempre es posible en todos los casos pero, cuando lo es, hay obligación de volver las cosas a su estado anterior; en tercer lugar, la recomposición, cuando resulta viable, no excluye la reparación del daño causado; en cuarto lugar, derivar a la ley la obligación de recomponer no implica, necesariamente, que la ausencia de ley impida la aplicación directa e inmediata de la norma constitucional, al menos en lo que se interprete como su contenido esencial, que debe ser operativo. La parte de la norma que se refiere a la obligación de recomponer el daño ambiental queda enfatizada por el adverbio "prioritariamente", quiere significar que "antes que todo", o "antes que nada", las cosas deben volver a su estado anterior, cuando ello sea posible".¹³⁰

Es que la condena a recomponer el ambiente, "es la preferida, porque vuelve las cosas al estado anterior, porque desaparece el perjuicio; y un bien de tanta importancia queda incólume, como antes del hecho. Es el máximo de justicia conmutativa. Borra la injusticia. Pero aparece como sumamente compleja, en la mayoría de los casos. Dependiendo del programa científico y tecnológico, y de la disponibilidad de un capital importante para cumplir la tarea. El artículo 57 de la ley italiana 349/85 establece que el juez, en senten-

cia de condena, dispone, cuando ello es posible, *il ripristino dello stato dei luoghi* (la vuelta al estado originario), a expensas del responsable".¹²²

Asimismo se ha dicho que recomponer es tomar medidas de reconstrucción o restauración. Recomponer es sinónimo de sanear, restaurar, *clean up*.¹²³ En la ingeniería se lo identifica con la remediación. Lo cierto es que "para un medio ambiente muy deteriorado, es ineludible la acción restauradora. La mejora del medio pasa, en estos casos, por acciones más enérgicas que sustituyan el uso irracional, contaminante, de los recursos naturales por el saneamiento y recuperación de esos espacios. El principio restaurador completa los principios protector y conservacionista".¹²⁴

La nueva norma sirve de base al principio *restitutio in pristinum*¹²⁵ para adentrarse en la naturaleza misma del daño ambiental y su requerimiento de restablecimiento al estado originario. Se recuerda que como lo ha dicho Jordano Fraga, el verdadero mecanismo para preservar el medio ambiente no es la figura de la responsabilidad patrimonial, sino la posibilidad de instituir medidas tendientes a la cesación del daño y su evitación y efectiva recomposición de los bienes comunes.¹²⁶

"Se puede apuntar la dificultad de determinar el grado de restauración exigible atendiendo a la naturaleza degenerativa de la contaminación y a los resultados inciertos de esta restauración; a esto se le suma que algunos daños no pueden definitivamente repararse. También cabe señalar la exigencia que hacen ciertos sectores respecto de la necesidad de buscar un equilibrio entre la imprescindible reparación y la carga que implica para las empresas que comparten los costos".

En este aspecto, el *Libro Blanco* (febrero del 2000) de la Comisión Europea, sostiene que "en los casos de daños provocados al medio ambiente, la compensación abonada por el responsable deberá destinarse a la restauración efectiva del daño causado, con lo cual se garantiza que dicha compensación se emplee en realidad para este propósito, con independencia de que la reparación sea técnica y económicamente viable. De no ser viable la reparación del daño, la compensación deberá invertirse en proyectos similares de restauración o mejora de recursos naturales, protegidos".¹²⁴

"Ante todo debe perseguirse la reparación en especie. Las cosas deben dejarse como si el daño no se hubiere producido".¹²⁵ "Se aprecia el reconocimiento de una tendencia legislativa a privilegiar la restauración *in natura*,

como instrumento de tutela de los bienes ambientales".¹²⁶ Es que el deber del juez de imponer cuando sea posible, en caso de condena por daño ambiental, la restauración de los lugares, representa seguramente el instrumento de tutela más idóneo y de eficacia preventiva". Hay pues, una marcada prevalencia del principio de reparación en especie, y de carácter subsidiario de la indemnización.¹²⁷ "Esta recomposición en materia ambiental tiene siempre carácter principal".¹²⁸ "El vector económico no sirve para restaurar bienes ambientales. La reparación in natura es la única deseable. Así la restitución *in pristinum* constituye la idealización del medio ambiente por el derecho".¹²⁹

IV. Indemnización. Conforme con lo establecido en el artículo 1083 del Código Civil, cuando fuere imposible la reposición de las cosas a su estado anterior, o si el damnificado así lo prefiriese, el resarcimiento habrá de consistir en la indemnización en dinero del daño sufrido.

Pero dicha alternativa debe además complementarse e integrarse con lo preceptuado en el artículo 2.618 del Código Civil, que si bien faculta a los jueces «según las circunstancias del caso», para disponer «de indemnización de los daños o la cesación de las molestias (segundo párrafo), lo hace aportando además un *standard* o directiva de indiscutible relevancia, cuando agrega que: «En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular del dominio» (tercer párrafo).

Razón por la cual entendemos, que si la eliminación de las molestias conduce a la supresión de una actividad en cuyo mantenimiento existe un interés social comprometido, como si por ejemplo hubiese que cerrar una fábrica y ello traería aparejado el despido de sus empleados y obreros, o el cese de una producción necesaria o útil, etc., entonces el juez debe optar por la indemnización pecuniaria, apartando la alternativa socialmente disvaliosa de disponer el cese de las molestias.¹³⁰

LAS ACCIONES DE CLASE

Gozsim¹³¹ destaca que otra posibilidad de defensa de los derechos difusos consiste en establecer una forma y dinámica de acceso que sin ser una acción popular, permite flexibilizar el criterio ancestral de la protección personal extendiendo a los grupos la tutela del proceso. La sistemática proviene

del *common law* y se define por las denominadas *class actions* (acciones de clase).

Al respecto, Bianchi¹⁰ informa que en Estados Unidos el empleo de las *class actions* empezó en el siglo pasado y actualmente existe tanto en el procedimiento federal como en el de los estados. Así durante el siglo XIX las acciones de clase estuvieron limitadas a los procedimientos de equidad, pero en el siglo XX, existen dos fechas clave en su historia, que han determinado su extraordinario desarrollo actual. La primera data de 1938 cuando fueron incorporadas a la Regla 23 de Procedimiento Judicial Federal, lo que permitió extender el uso de estas acciones de los tribunales de equidad a los tribunales de derecho. Este paso, si bien importante dejó subsistente algunos problemas (...), que tuvo una solución parcial con la redacción de la actual versión de la Regla 23 según la enmienda sancionada en 1966.

Dentro de los requisitos previos para conformar una acción de clase, se apuntan: 1) que la clase sea tan numerosa, que la actuación conjunta de todos los miembros, sea impracticable; 2) que existan cuestiones de derecho o hecho comunes a la clase; 3) que los representantes de la clase deben tener cualidades necesarias para defender los intereses de la clase; 4) que las partes representativas vayan a proteger los intereses de la clase en forma justa y adecuada.

Además deberán reunirse los siguientes requisitos de procedencia: 1) que la iniciación de acciones independientes por parte de o en contra de miembros individuales de la clase crean un riesgo de que se dictasen sentencias contradictorias o diferentes con respecto a los miembros individuales de la clase, pues ello generaría estándares incompatibles de conducta para la contraparte de la clase. Y que se dicten sentencias con respecto a los miembros individuales de la clase que, en la práctica, decidan sobre los intereses de los otros miembros que no hayan sido parte, vulnerándoles o impidiéndoles así la protección de sus intereses; 2) La contraparte ha actuado o se ha negado a actuar sobre bases generalmente aplicables a la clase, y los representantes de la clase intentan en consecuencia la obtención de órdenes o prohibiciones adecuadas o medidas declarativas, con relación a la clase en su conjunto; 3) la existencia de cuestiones de hecho o de derecho que sean comunes a todos los miembros de la clase. La idoneidad del procedimiento de la acción de clase para resolver la controversia.

Para ello, las preguntas que se formulan giran alrededor de las cuestiones que se detallan: a) si existe una clase identificable; b) si los que pretenden iniciar la acción son miembros de esa clase; c) si la clase es tan grande como para hacer imposible un litisconsorcio; d) si existen cuestiones de hecho o de derecho comunes a todos los miembros; e) si los reclamos o las defensas expuestas por los representantes son típicos de los restantes miembros de la clase y f) si los representantes ejercerán debidamente la representación de los restantes integrantes de la clase.

Reunidos los cuatro requisitos previos, el juez debe cerciorarse que la acción de clase que se intenta, entra en algunas de las siguientes categorías establecidas en la Regla 23. A saber: a) acción de clase verdadera, en la que los intereses son comunes; b) acción de clase híbrida, en la que los intereses son diferentes o diversos; c) acción de clase falsa, intereses diferentes, pero cuestión fáctica o de derecho que involucra los diversos sectores de intereses existentes en la clase.

La Regla prevé un régimen de determinación por orden judicial de la tramitación de la acción de clase. Cumplidos los requisitos previos para que la acción de clase proceda, el primer acto procesal posterior es la certificación de que la acción será continuada bajo tales condiciones. A partir de este momento comienza propiamente la acción de clase. La Norma 23 contiene disposiciones para notificación a todos los miembros de la clase, exclusión de la clase al miembro que así lo solicitare. Sentencia. Resoluciones judiciales en la tramitación de las acciones. Desistimiento o transacción.¹²⁸

CAPÍTULO 5

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL DAÑO AMBIENTAL

En cuanto a la prueba de la relación de causalidad entre la actividad contaminante y el daño, que pueda no ser de fácil realización, máxime si se tiene en cuenta la factible perdurabilidad de los efectos nocivos del inquinamiento y la posibilidad de su expansión y propagación a grandes distancias del sitio de su generación,¹ también ya ha tenido oportunidad de expedirse la Sala Segunda de la Cámara Primera. En lo Civil y Comercial de La Plata el 27 de abril de 1993, destacando con voto del Dr. Rezzónico el "valor excepcional que recibe en los supuestos de daño ambiental la prueba de presunciones."

Arento que: "En el daño ambiental hay mucho de sutil, de insalible, de cambiante de un momento a otro en la relación de los elementos físicos con las personas y cosas, como para limitarnos a una tosca y rutinaria aplicación de los elementos jurídicos, sin penetrar con perspicacia de zahorí en la cuestión. Si alguna vez se ha dicho que el juez, a menudo, "esculpe sobre la niebla" es en esta materia del daño ambiental donde más ha de evidenciar su espíritu sagaz y sensible, diestro para captar una distinta realidad."²

DUALIDAD DE ENFOQUES CIENTÍFICO Y JURÍDICO

Se recuerda que nuestro Código define las "consecuencias inmediatas", conforme "un criterio de probabilidad": son las que acostumbra suceder "según el curso natural y ordinario de las cosas". No es necesario pues, que sobrevengan ineludible y forzosamente, criterio de necesidad; basta que ordinaria y comúnmente le sucedan, *quod plerumque fit*: "normalidad del acontecer".

Se trata del coeficiente de universal experiencia, que se apoya en la estadística o del concepto de regularidad, que se inspira en las disposiciones del *Landrecht* prusiano.³

Que la relación de causa a efecto, que el Derecho aprehende no es aquella que exige una "certidumbre total", una seguridad absoluta: se trata de acreditar una posibilidad cierta, una probabilidad en grado de razonabilidad a su vez, se dice que sin ánimo de menospreciar la valiosa aportación de los expertos científicos en un proceso de responsabilidad por daños, hay que tener presente, por tanto, que la incertidumbre científica no debe conducir a la incertidumbre jurídica. En doctrina, Romero Casanova, De Angel Yaguez, citados por Vázquez Ferreira,⁴ sostienen que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación causal, el juez debe contentarse con la probabilidad de su existencia.

"Los científicos tienden a exigir un alto grado de prueba, que se acerca a la certidumbre total, para admitir una determinada relación de causa a efecto; el Derecho, en cambio, busca en primer lugar, sobre los criterios que le son propios, encontrar al sujeto agente e imputarle la responsabilidad que le corresponda. La consecuencia de este enfoque es que cuando un tribunal estima que el demandante tiene derecho a ser indemnizado por el demandado, tal decisión se basa muchas veces no en la certeza de la relación causa-efecto, sino en una mera probabilidad de su existencia, probabilidad que a veces sólo será ligeramente superior al 50%. Esta dualidad de enfoques científico y jurídico responde a una orientación jurisprudencial ya muy arraigada en bastantes países, según la cual la relación de causalidad resulta probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a "un grado suficiente de probabilidad."

Es que la labor teórica del investigador del derecho debe enderezarse a aprehender el fenómeno causal a fin de someterlo al tamiz de la valoración jurídica: sólo de este modo, al eticarar con autonomía su objeto propio, la tarea será fecunda; o como bien señala De Cupis, debemos preocuparnos para averiguar, no ya cuando el daño pueda producirse por un hecho humano según las leyes de la naturaleza, sino más bien cuando ese daño pueda decirse jurídicamente producido por un hecho humano.

Para la debida comprensión del problema, ambos niveles no deben confundirse. En el iter del suceder causal el plexo jurídico sólo toma en cuenta

aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con pautas predeterminadas legalmente, desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos. A su vez, el ordenamiento imputa en ciertas hipótesis los resultados de un suceso a una acción que, según sea el curso regular de los acontecimientos, no constituye estrictamente en el mundo del ser un hecho antecedente.

Al examinar las teorías generales sobre causalidad (de la equivalencia de las condiciones, etc.) se comprueba que todas tienen un mismo modo de aproximarse al concepto de la causa, en cuanto la tratan de definir a partir de datos puramente fácticos que la realidad nos da. Este enfoque debe entenderse, sin embargo, como un elemento de confusión, pues el elemento nexal causal, en cuanto concepto jurídico que integra la responsabilidad civil, no tiene naturaleza fáctica, sino jurídica.

Es decir, una cosa es determinar si un daño es consecuencia de una determinada actividad, positiva o negativa, (cuestión puramente de hecho, en la que el Derecho no tiene nada que decir), y otra muy distinta decidir si ese daño se puede o no imputar jurídicamente a un acto determinado - "imputación objetiva". Es como acertadamente se ha dicho "debe concluirse que la teoría de la causa en Derecho no es una teoría física, sino una teoría moral, pero no en cuanto a que se examina la culpabilidad del agente, sino en cuanto a que se valora su 'aptitud' para poder imputársele el daño ocasionado."³

Desde el punto de vista jurídico el principio de causalidad tiene significación diferente de la causalidad material. Ello así por cuanto la causalidad jurídica va unida a la imputabilidad, es decir, a la conexión de cierta conducta injusta con una consecuencia. Por ello, demostrada la relación causal material, corresponde al derecho establecer si al agente del hecho le cabe o no, en términos de justicia, una responsabilidad.

La ciencia clásica se instaló en torno de la idea de que la complejidad del mundo era aparente y que los fenómenos podían y debían ser resueltos en términos de principios simples y leyes generales, es decir que fundó sus creencias o compromisos en el paradigma de "simplicidad", que conlleva el "principio de reducción", que concede verdadera realidad a los enunciados formalizables y matematizables. A partir de múltiples desarrollos que incluyen, entre otros, a la teoría de la relatividad, la termodinámica, la cibernética, etc., se está revolucionando la visión del universo y de nosotros mismos

y estamos asistiendo, a la emergencia de un paradigma post-newtoniano, un paradigma de complejidad.⁴

Dentro de este esquema, la labor con la incertidumbre es una incitación a la racionalidad. Las irregularidades, las inestabilidades, la relación devenida caótica entre el orden / desorden, las agitaciones, dispersiones, colisiones reaparecen en esta reconceptualización. Sin embargo el desorden no sólo se opone al orden, sino que coopera con él en la construcción de la organización. Por otra parte, el paradigma de complejidad no busca expulsar lo azaroso, sino que más bien intenta incorporarlo como elemento creativo, dejando de lado la idea de un sujeto capaz de conocer y manipularlo todo. Lo azaroso forma parte de una dimensión subjetiva que es relativamente indeterminable.

Concordantemente, aparecen como sugestivas las ideas que sostiene la física moderna, a partir del cuestionamiento del postulado tradicional de "uniformidad de la naturaleza", de acuerdo con el cual dado un antecedente el resultado opera inexorablemente de la misma manera. Actualmente, no es aceptable ya un determinismo causal rígido, en virtud de la comprobación que la energía se libera en saltos discontinuos e irregulares cuyo origen y dirección no son aún conocidos. Por lo que se apunta que ya desde fines del siglo pasado, la ciencia se ha visto obligada a buscar refugio en explicaciones probabilísticas, a tomar en cuenta el rol creador del azar, haciendo de la predicción una actividad científica que ya no puede cobijarse bajo marcos teóricos determinísticos.⁷

Cabe reiterar el avance de la ciencia en punto a la certeza que debe exigirse en la causalidad natural: el Premio Nobel de Química 1977, Ilya Prigogine, en su último libro que lleva el provocativo título de *El fin de las certezas*, cree que hay una nueva forma de racionalidad en ciernes. Para él, las leyes de la ciencia deben expresar posibilidades en lugar de certezas, fluctuaciones en lugar de equilibrio, porque el cosmos se manifiesta inestable en todas sus partes. Es más: se le añorja simplista el afán por el orden que cautivó a sabios como Galileo y Copérnico. Un ejemplo de este proceso natural, de autoorganización, que no se puede predecir por leyes deterministas, es lo que ocurre con un vaso de agua cuando se le aplica calor por debajo. Inmediatamente las moléculas alteran su comportamiento y se ordenan formando patrones.⁸

Según este investigador, "la ciencia clásica se caracterizaba por las leyes, la nueva ciencia por los eventos. Se puede predecir el movimiento de los plane-

tas, pero no la aparición de un Mozart o de un Miguel Ángel. Antes teníamos la física de los relojes, ahora tenemos la física de las nubes. Emerge una nueva formulación de la naturaleza. Por último, señala la contradicción entre nuestra experiencia humana y la visión científica clásica que concebía el universo como una máquina. 'El futuro del universo no está predeterminado y el de la sociedad, tampoco. El nuestro es un mundo de probabilidades. Es un universo autoorganizado, dado a las bifurcaciones. El equilibrio sólo es posible para sistemas aislados, pero nuestros sistemas no están aislados. Sin embargo, no es lo mismo decir que la naturaleza está determinada por probabilidades, que decir que está gobernada por el azar. Eso sería alienante.'⁴⁹

Impacta la actualización de las teorías provenientes de la física moderna o cuántica, el camino del paradigma de complejidad organizacional y el llamado fin de las cartezas, la emergencia de las transdisciplinas, la incorporación del azar. Es que no debemos olvidarnos, que hay unicidad de la noción causal que se juzga fundamental para el análisis científico de toda realidad incluso la jurídica. En síntesis, el riguroso mecanismo es reemplazado por el concepto de probabilidad como medida del azar. Junto al mundo de la causalidad está también lo fortuito. La física cuántica ha combinado las ideas de causación y azar. Por lo expuesto, lo que anteriormente se consideraban leyes comprobadas ahora se reputa verdades aproximadas, simples probabilidades, lo que conduce a un concepto flexibilizado de causa.⁵⁰

Si el examen de la relación de causalidad constituye uno de los temas más conflictivos en el área de la juridicidad como lo enfatizaron los más destacados autores a punto tal de ser considerada inasequible desde una óptica epistemológica, en el caso particular del dano ambiental los problemas cognoscitivos se acentúan notablemente. Es que en el iter causal se impone en primer lugar precisar la fuente del dano, la identificación de los agentes productores y la aportación de cada uno de ellos en el desmedro resultante. Se trata de situaciones 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, para delimitar los cursos dañosos del medio ambiente, que pueden por otra parte actuar en forma coadyuvante, acumulativa o bien disyunta.

De las dificultades para adaptar la teoría general del derecho de danos al dano ecológico, se ha dicho que 'Las particularidades de la causalidad en

materia de medio ambiente son difíciles de integrar dentro de los esquemas habituales de la causalidad jurídica. Los elementos que producen molestias son difusos y lentos, se suman y acumulan entre sí y son susceptibles de producir efectos a grandes distancias". En otros aspectos, se destaca que la "contaminación por sinergia", es decir, el caso de concurrencia de varios agentes contaminantes, hace particularmente difícil la apreciación de la relación de causalidad en los términos tradicionales del concepto. Se ha dicho con acierto que los sistemas ecológicos son demasiado complejos 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 basadas en acciones recíprocas que condicionan la amortiguación del sistema.

Es sabido que, en la cuestión, resulta de aplicación al caso la teoría denominada "de la causa adecuada".¹¹ "A fin de establecer la vinculación de causa a efectos entre dos sucesos es necesario realizar un juicio retrospectivo de probabilidad o de idoneidad cuya formulación es la siguiente: ¿la acción u omisión que se juzga era *per se* apta o adecuada para provocar normalmente esa consecuencia?. Ese juicio debe emplazarse no desde la óptica del sujeto actuante sino en abstracto, en un plano objetivo con prescindencia de lo efectivamente sucedido, atendiendo a lo que usualmente ocurre. En doctrina se denomina "prognosis póstuma" al procedimiento consistente en determinar, *ex post facto* la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes". En el campo de la responsabilidad civil la relación de causalidad cumple una doble función: por un lado, permite determinar con rigor científico a quién debe atribuirse un resultado dañoso; por el otro, brinda parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias.

DE LA CAUSALIDAD LINEAL A LA CAUSALIDAD CIRCULAR

"Para la ciencia clásica todo fenómeno existe en el tiempo presente siendo el resultado de algún fenómeno del pasado. Así, todo efecto es el resultado de una causa que lo precede. La causalidad es entonces un proceso lineal. A cada efecto le corresponde una única causa."

En el paradigma de la complejidad, en donde todos los elementos interactúan **desorganizando** y **reorganizando** al sistema al mismo tiempo, desaparece la certidumbre en una causalidad lineal y es reemplazada por una causalidad circular en la que tanto la causa precede al efecto como el efecto a la causa. Es decir retroalimentan a su misma causalidad metamorfoseándose así en causa de sí mismos. Las posibilidades de explicación a partir de una causalidad compleja y circular, pueden potenciarse a partir de los siguientes apogemas:

- las mismas causas pueden conducir a efectos diferentes y/o divergentes;
- causas diferentes pueden conducir a los mismos efectos;
- pequeñas causas pueden acarrear efectos muy grandes y viceversa;
- algunas causas son seguidas de efectos contrarios (causalidad invertida);
- los efectos de causas antagónicas son limitados.

Esta relativización y complejización de la relación causal, relativiza y complejiza todos los determinismos. Es cuestionada asimismo, entonces, la certeza de que los fenómenos del presente van a producir fenómenos del futuro, y que esos fenómenos se pueden prever.

Como se ha señalado la probanza de la contaminación y del nexo causal, "es muy técnica, complicada y costosa, principalmente por la falta de intermediación espacial y temporal entre la fuente del perjuicio y quién lo sufre, la dispersión de fuentes emisoras y el distinto efecto de la emisión dañosa"¹⁴ y ante la evidencia de la complejidad de los asuntos a dilucidar queda al desnudo "la reinstalación funcional" de numerosos institutos del derecho procesal y sustantivos.

Asimismo de la importancia de órganos auxiliares de la justicia vg. los peritos, ante las carencias o limitaciones del juez, o de la orfandad de los sistemas clásicos del derecho en general, que frente a la problemática ambiental, muestran desajustes, sólo resueltos con justicia mediante la necesaria flexibilización de las estructuras o el *aggiornamento* de los conceptos, para dar satisfacción a la debida tutela jurídica ambiental.¹⁵

En nuestra opinión, no es ajeno a esta prédica la noción de la relación de causalidad en el campo del derecho, sin que ello signifique dejar de lado las reglas del debido proceso legal de la defensa en juicio, y de la sana crítica. Es

que "no hay que olvidar que los efectos de la contaminación son muy complejos y varían en intensidad y en inmediatez."

Los daños ambientales, son de ordinario, el resultado de todo un proceso dilatado en el tiempo: a) "continuados", originados en una sucesión de actos, de un mismo autor o de varios autores, cumplidos en épocas diversas; b) "de efectos prolongados" o que permanecen en el tiempo y; c) "progresivos", producidos por una serie de actos sucesivos de una misma persona o de personas diferentes cuya conjunción provoca un daño mayor. Es deber de la autoridad jurisdiccional desplegar técnicas preventivas, destinadas a evitar que el daño temido, que precununcia el riesgo, se torne real - daño cierto, efectivo e irreparable.¹⁴

Del daño ambiental se desprende —*res ipsa loquitur*— una violación básica, primaria o elemental, tanto respecto del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias como de la autorización para funcionar. Para la hipótesis de un daño ambiental de causación colectiva o plural, donde aparezcan involucradas un grupo de empresas como posibles sujetos agentes, que vuelva materialmente imposible para la víctima o víctimas la determinación fehaciente de la autoría, debe admitirse la "teoría de la causalidad alternativa o *dilatante*" o del daño colectivo, conforme el artículo 1119 del Código Civil.¹⁵

Se recuerda que un tribunal de justicia, la Cámara de Apelaciones de La Plata,¹⁶ en una causa de daño ambiental, resolvió que aún cuando se acepte *in abstracto* que otros establecimientos industriales de la zona concurren a contaminar el medio ambiente en modo similar a la demandada, ello nos situaría ante un claro supuesto de causalidad acumulativa o concurrente con el alcance de atribuir a todos y cada uno el resultado final, o bien, de responsabilidad colectiva, anónima o de grupos, en que se llega a idéntico resultado imputativo, cuando el autor del daño que guarda relación causal con la actividad de cualquiera de los integrantes del grupo, queda sin individualizar y el imputado no prueba que él, pese a desplegar o participar de dicha actividad, no causó el daño.

COCAUSACIÓN O PLURALIDAD DE CAUSAS

El tema de cocausación en sus distintas variantes, causalidad conjunta o común, causalidad concurrente o acumulativa (v.g. varios industriales derivan

agua sobrante al río y la mezcla de las materias tóxicas arrojados por uno y otro destruyen la pesca) y causalidad disyuntiva o alternativa, reviste especial importancia para los casos de daño ambiental, en los que por lo general se producen efectos sinérgicos, de pluralidad de causas, que involucran como es el caso del daño ecológico producido por la actividad industrial, dos o más fábricas. Concordantemente, es sabido el carácter "difuso" -se difumina en el tiempo y en el espacio- del daño ambiental, que muchas veces tiene por sujeto activo un grupo de empresas o un sector industrial integrado por un número colectivo de establecimientos fabriles. Por lo expuesto, el análisis de la concursa y causa nueva, del caso fortuito, y de la causalidad en los actos de omisión, más aún de la omisión impropia, o actos de comisión por omisión, son conceptos de aplicación frecuente en el campo de la responsabilidad ambiental.

La interacción de condiciones, la interdependencia de los fenómenos ambientales produce pluralidad de causas, plantea problemas en la determinación de los hechos y circunstancias causales, como asimismo en los efectos jurídicos. Así la interdependencia ya apuntada entre los recursos bióticos y abióticos de un ecosistema implica que el daño ocasionado, por ejemplo, pueda afectar a una de las especies de flora y éstas a su vez, repercutir en la fauna del lugar. Efectivamente la entrada de sustancias contaminantes en el medio ambiente puede asemejarse a la caída de una piedra al agua, que provoca una serie de ondas que se expanden hacia afuera. Por lo tanto, para juzgar si efectivamente se ha producido un daño, es necesario considerar la totalidad de los impactos".

Se ha dicho con acierto que "el estudio del nexo causal es, en general, difícil y complejo; pero, al cabo, aún lo es más en el caso especial de la responsabilidad por daños al medio ambiente. Despaix afirma que los juristas, desde Pothier, tienen una decidida aversión al daño que resulta indirectamente de actos ilícitos, y cortarían la cadena de causalidad con una clara conciencia de razones de conveniencia. En el caso concreto del medio ambiente se observa... un todo complejo que no es fácilmente divisible, de modo tal que el fenómeno de la interdependencia es una característica fundamental del universo. Por lo demás, casi todos los supuestos de daños civiles ambientales son daños indirectos, en cuanto no son producto inmediato del acto ilícito."²⁷

No obstante, se ha señalado que existe una tendencia de los tribunales a mostrarse indulgente en la apreciación del nexo causal.¹⁸ Así en general, tratan por distintos medios de aligerar la prueba, la teoría de la causalidad virtual, originada en la *Cour de Cassation* francesa y respaldada en Italia por una corriente jurisprudencial en el ámbito de responsabilidad medical, consagrando una suerte de causalidad aleatoria, sustentada en razones de equidad, y la teoría de la creación de un riesgo injustificado, la que acentúa la valoración judicial, estableciendo la responsabilidad del médico cuando el daño es precedido de la creación de un peligro por el facultativo y sobre esta base se presume la conexión causal.

Ello ha generado una serie de teorías nacidas en el área de la responsabilidad civil por daño ambiental, de las que pasaremos - conforme nos ilustra Carlos De Miguel Perales,¹⁹ seguidamente, brevemente en este capítulo.

1) *Teoría holandesa de la causa alternativa o disyuntiva: industry wide or enterprise theory of liability*, que exime al demandante de probar el nexo causal cuando, dado el elevado número de posibles sujetos agentes, resultando materialmente imposible para la víctima probar quién fue exactamente el que produjo el daño cuya reparación se reclama. En este caso, se hace solidariamente responsable a todos los posibles sujetos agentes intervinientes, con lo que se refuerza considerablemente la protección de la víctima. Análogamente, la teoría norteamericana de participación en el mercado: *del market share*, según la cual el demandante no tiene que probar el nexo causal si los demandados son fabricantes de un determinado producto dañoso, a partir de un mismo diseño o fórmula, o han desarrollado una misma práctica fabril; si el demandante no puede identificar, ni se le puede exigir que lo haga, al productor concreto causante del daño, y los productores demandados tienen una cuota relevante del mercado del producto en cuestión. Estas teorías se equiparan en su estructura con la llamada responsabilidad colectiva en nuestra doctrina.

2) *Teoría alemana de la condición peligrosa*: la que predica que si la acción u omisión crea un peligro capaz de provocar el suceso dañoso, tal acción u omisión puede considerarse como causa eficiente del daño efectivamente ocurrido, según una valoración *ex post*. Es similar a la teoría de responsabilidad por la contribución en los riesgos, adoptada por la jurisprudencia norteamericana, en cuya virtud se le permite a la víctima accionar

contra uno de los fabricantes y éste deberá solventar la indemnización por haber producido el producto que originó el daño aunque no se sepa si el producto consumido era suyo o no, por lo que se beneficia a la víctima pues puede elegir el más solvente.

3) *Teoría de la proporcionalidad*: sostiene que la reparación debe ser proporcional a la probabilidad de causación del daño. Esta teoría, que parece haber encontrado eco en la doctrina norteamericana, establece que si en un caso determinado hay, por ejemplo, un 30% de probabilidades de que el demandado haya originado el daño cuyo resarcimiento solicita el demandante, éste deberá recibir de aquél un 30% del total daño sufrido. Las críticas a esta teoría coinciden básicamente con uno de los principios más importantes de la responsabilidad civil: la íntegra reparación de la víctima.

4) *Teoría de la "víctima más probable" (most likely victim)*. De acuerdo con esta teoría, en los supuestos en que hay varias personas que alegan haber sufrido un daño, por lo que se debe resarcir a aquellos que prueben una mayor probabilidad de causalidad entre el daño sufrido y la actividad del demandado. Las críticas a esta teoría concluyen en que la determinación del nexo causal no puede imputarse exclusivamente con criterios científicos, sin haber probado jurídicamente la existencia de la relación de causalidad.

Por último, cabe recordar que: 1) para establecer la causa de un daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el curso natural ordinario de las cosas (artículo 901 C.C.). Vale decir que el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal), entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquélla (artículos, 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114, Código Civil); 2) el juicio de probabilidad que es necesario efectuar para establecer la causa del daño, debe hacerse en abstracto, en general, según el curso ordinario de las cosas y la experiencia de vida, y no en concreto, teniendo en cuenta el caso particular.

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

Se ha señalado con acierto que uno de los caracteres o rasgos peculiares del derecho ambiental, es su énfasis preventivo. Aunque "se apoya a la postre en un dispositivo sancionador", sin embargo "sus objetivos son fundamentalmente preventivos", porque la coacción *a posteriori* resulta ineficaz, puesto que muchos de esos daños ambientales, de producirse, son irreversibles. De manera que "la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizá irreparables". Por ello, se recomienda la adopción de estrategias previas en etapas precoces del proceso potencialmente dañoso para el medio ambiente.

Hace tiempo ya que nuestra doctrina civilista, ha descubierto la función preventiva del derecho de daños. "Dichas ideas son congruentes con una noción amplia de daño, comprendiendo entre los resultados lesivos que generan responsabilidad no sólo el daño causado sino también la amenaza de un daño injusto. Esta concepción tiene sustento normativo en el artículo 1067 del Código Civil, en virtud del cual, surge responsabilidad por los actos exteriores que puedan causar un daño, y se explica porque en el caso de peligro antijurídico contra un interés, la disponibilidad del bien ha sido alterada. Un hecho que pone en peligro el goce de un bien constituye sin duda una perturbación, que en rigor significa, por sí misma, un empeoramiento del interés."

"Es necesario afirmar que en esta materia cobra rigurosa importancia el instituto de la prevención de los daños. Para ello habrá que actuar jurídicamente, procurando impedir, dentro de límites racionales, todo aquello que lleve en sí mismo el peligro de generar un perjuicio ambiental, debiéndose

utilizar los medios más adecuados para frustrar la amenaza de daño de todo factor degradante, el que se proyecta sobre el concepto de daño futuro, cuyo resarcimiento dependerá de la comprobación del nexo causal entre el perjuicio y el hecho inquinante, debiéndose haberse expandido espacial y temporalmente el daño ecológico acausado de un hecho nuevo, pero que también halla su causa en el factor originario."

"En nuestros días, el recurso a mecanismos judiciales directamente preventivos (inhibitorios), queda crecientemente justificado. Las técnicas indemnizatorias, de pura reintegración patrimonial, no son por sí solas suficientes para suplir la ausencia de controles directos sobre la actividad dañosa, destinables a detener en forma inmediata sus efectos lesivos". "Un ancho cauce para la solidaridad y la cobertura de riesgos en un sociedad dinámica y tripartita, busca ansiosa prevenir más que reparar, bregando por un acceso a la justicia eficaz, no tanto para responder al pensamiento clásico de la sentencia de condena que enjagara un resarcimiento hacia atrás sino evitar un daño hacia adelante."

"De allí que la prevención es función que no escapa al campo de acción de la justicia civil, que puede actuar moldeando una efectiva suplencia respecto de los poderes de control de la Administración, que se revelan insuficientes. Quedan entonces en manos del órgano jurisdiccional, técnicas severa y eficaces, órdenes de "hacer" o "no hacer" aptas para satisfacer exigencias vitales y perentorias de tutela que "ya no pueden transitar preventivamente nada más que en el derecho administrativo."

"La procedencia del remedio preventivo deviene incontestable, cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos que ya ha comenzado a originar una determinada actividad, con el fin de paralizar el daño, deteniendo su desarrollo. Tiene por objeto el daño todavía no provocado, pero que podría posteriormente ser causado si la actividad siguiera; actuando entonces después que el daño ha empezado a ocasionarse, para combatirlo obstaculizando su producción, atacándolo en su causa, en su raíz."

Pero en nuestro ordenamiento jurídico la Ley General del Ambiente 25.675, sancionada el 6/11/02, promulgada parcialmente el 26/11/02, contiene expresamente, el denominado *principio precautorio*, cuya consagración legal, introduce una modificación sustantiva en el ámbito de la responsabilidad civil por daño ambiental. En efecto, del texto de esta ley de presupuesto

mínimo del ambiente (y por ende de aplicación común y uniforme en todo el territorio nacional); asegure que el principio de precaución es uno de los "Principios de la política ambiental", conforme el artículo 4° del texto de ley de mención.¹

Recordemos que la ley, instituye principios de prevención, y precaución, según el siguiente texto del artículo 4° ley 25.675: 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. En doctrina, se ha dicho que este último principio se trata de un nuevo fundamento de la responsabilidad civil sustentado en la función preventiva a fin de neutralizar amenazantes riesgos de daños.²

En esa línea de pensamiento, Salvador Bergel³ sostiene que: "En materia de responsabilidad en general, se ha operado una profunda evolución relacionada con los cambios en los riesgos. En el siglo XIX se la vincula al concepto de falta de previsión; en la primera mitad del siglo XX, lo que prevalece es la previsión de tipo universal, vinculándose los riesgos con estadísticas y probabilidades; es a partir de la segunda mitad de dicho siglo XX, con la aparición de los "megapeligros tecnológicos" y el denominado "riesgo global", derivados, por ejemplo de la energía atómica y más recientemente de la ingeniería genética, que la prevención ya no es suficiente, ya que nos encontramos frente a una incertidumbre, dudas fundadas sobre el daño que se puede provocar."

Felipe Gonzalez Arzac⁴ enseña que "en un importante trabajo Francois Ost⁵ ha descrito al derecho ambiental como un laberinto, en donde la falta de efectividad es el Minotauro (monstruo devorador) y el hilo de Ariadna (arria con que Teseo derrotó a aquél) es la responsabilidad". En este mismo trabajo, el Profesor OST distingue: a) la responsabilidad, sanción de la falta, civil o penal, que satisface una exigencia ética, b) la responsabilidad como cobertura del riesgo, que, con independencia de la falta y la culpa, mira hacia la reparación de la víctima; c) la responsabilidad como prevención, que es el fundamento del principio de precaución; d) la responsabilidad, participación, que conduce a asegurar el reconocimiento de los dere-

chos de información, concertación y de defensa de los derechos de incidencia colectiva."

"Sobre la idea de responsabilidad se fundan los cuatro principios que el Tratado de Unión Europea fundamenta la acción de la Comunidad: la acción preventiva, la corrección como prioritaria ante las degradaciones o daños, el principio contaminación - pagador y el principio de precaución". El artículo 174 del Tratado de la Unión Europea en su apartado 2, reza: "La política de la comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de precaución y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma y en el principio de que quien contamina paga."

El principio de precaución, precautorio o de cautela, en tanto incrementa fuertemente el deber de diligencia, instala una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil: el aseguramiento de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos. En doctrina, G. Viney⁵ destaca que "la teoría del riesgo creado ya aporta por el momento la protección necesaria para las víctimas de daños en el campo civil, aun cuando ello no obsta a que en el futuro pueda acentuarse la necesidad de brindar una protección aún mayor, admitiendo la responsabilidad aun en supuestos de riesgos potenciales."

El principio precautorio, sostiene esta autora, es la actitud que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras, o para el medio ambiente. Se impone especialmente a los poderes públicos, que deben hacer prevalecer los imperativos de salud y seguridad por encima de la libertad de intercambios entre particulares y entre Estados.

Por ello, Antotnio H. Benjamini⁶ apunta que: "La necesidad de una tutela de anticipación, se impone de este modo, considerando la amenaza de que acaezcan daños graves e irreversibles cuya secuelas pueden propagarse en el espacio a través del tiempo. La falta de certeza científica acerca de la etiología de determinados procesos medioambientales y de los alcances de muchas relaciones ecológicas básicas contribuye a acentuar las dudas sobre el encuadramiento legal del ambiente como preciado bien jurídico. El deber de

precaución obliga a tener en cuenta la probabilidad de importantes daños en la biosfera, situación que determina la exigencia de un mayor celo y cuidado ante la fundada sospecha de que se encuentre comprometida la integridad del medioambiente.⁴

“La transición del paradigma de la reparación para la prevención, todavía se muestra insuficiente. Es necesario, entonces, entrar en un estado de mayor sofisticación (y efectividad), pasar a la actuación de precaución. El principio de precaución responde a la siguiente pregunta: Dada la incertidumbre científica sobre la peligrosidad ambiental de una actividad, ¿Quién tiene la carga de probar su ofensividad o inofensividad? ¿El proponente del proyecto o el órgano Público?; en otras palabras, sospechando que la actividad traiga riesgo al ambiente ¿Debe el poder Público asumir el prior de prohibirla (o regularla, imponiéndole patrones de seguridad riguroso), o diversamente dada la intervención pública ocurrir solamente cuando el potencial ofensivo haya sido claramente demostrado por el órgano regulador o por los representantes no gubernamentales de intereses ambientales, amparados en un raciocinio de probabilidades o, en los términos del derecho civil codificado, en el régimen de previsibilidad adecuada?”

“La precaución distingue el derecho ambiental de otras disciplinas tradicionales, que en el pasado sirvieron para lidiar con la degradación del medio ambiente —especialmente el derecho penal (responsabilidad penal) y el derecho civil (responsabilidad civil); porque estas tienen como prerequisites fundamentales certeza y previsibilidad, exactamente dos de los obstáculos de la norma ambiental, como la precaución procura apartar.”

“De otro lado se inaugura una nueva fase para el propio derecho ambiental. Así ya no cabe a los titulares de derechos ambientales probar los efectos negativos (ofensividad) de emprendimientos llevados a la apreciación del bien público, como es en el caso de instrumentos afiliados al régimen de simple prevención, por ejemplo el estudio de impacto ambiental, por razones varias que no podemos aquí analizar (la disponibilidad de informaciones, cubiertas por secretos industrial es apenas una de ellas), se impone a los degradadores potenciales la carga de probar la inofensividad de la actividad propuesta.”

“En nuestro prisma, la precaución es el motor del cambio radical que el tratamiento de actividades potencialmente degradadoras viene sufriendo en los últimos años. Afirmandose la tesis —inclusive en el plano constitucio-

nal— de que hay un deber genérico y abstracto de no degradar el medio ambiente, se invierte, en el campo de esas actividades el régimen jurídico de ilicitud, ya que en las nuevas bases esas se presumen hasta que se prueba lo contrario.⁶

Álvaro Mirra⁷ predica que "la implementación del principio precautorio debe ser privilegiada a la prevención de riesgos de ocurrencia de daños graves e irreversibles, mismo ante la incertidumbre científica que pueda existir en lo tocante a los efectos nocivos de las conductas o actividades cuestionadas sobre el medio ambiente."

"La consagración del principio precautorio lleva a la adopción de un enfoque de prudencia y vigilancia en la aplicación del derecho ambiental en conductas y actividades efectiva o potencialmente lesivas para el medio en detrimento del enfoque de tolerancia."

Paulo A. Lemme Machado⁸ sostiene que en caso de certeza de daño ambiental, debe ser prevenido como lo preconiza el principio de prevención; pero en caso de duda o incerteza, también debe ser prevenido. Esta es la gran innovación del principio de precaución. La duda científica, expresada con argumentos razonables, no dispensa la prevención. No es necesario que se tenga prueba científica absoluta de que ocurrirá el daño ambiental, bastando el riesgo de que el daño pueda ser grave e irreversible, para que no se deje de disponer medidas efectivas de protección ambiental.

Cristiani Deranti⁹ dice que el principio de precaución está ligado a los conceptos de la aparición de peligro y seguridad de las generaciones futuras, como también de sustentabilidad ambiental de las actividades humanas. Así se procura prevenir no sólo la ocurrencia de daños al medio ambiente, como asimismo y más específicamente, el propio peligro de ocurrencia de daños. Por la precaución se protege contra los riesgos.

Precaución, analiza Éddis Milare¹⁰ es sustantivo de verbo precaverse (del latín *prae*, antes y *cavere*, tomar cuidado) y sugiere cuidados anticipados, cautela para que una actitud o acción no venga a resultar en efectos indeseables.

Así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre. En ese sentido, Bergel¹¹ señala que no debe confundirse este principio

con el de prevención. En efecto, la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia. La precaución, por el contrario, enfrenta a otra naturaleza de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos en sí mismos.

En nuestra doctrina, Roberto Andorno¹² ha dicho con razón que "El principio de precaución funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido aún científicamente comprobado de modo pleno. Esto es precisamente lo que marca la diferencia entre la "prevención" y la "precaución".

También señaló que "en el caso de la "prevención", la peligrosidad de la cosa o de la actividad ya es bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. Un ejemplo típico de prevención está dado por las medidas dirigidas a evitar o reducir los perjuicios causados por automotores. En cambio, en el caso de la "precaución", la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar respuesta acabada al respecto. Dicho de otro modo, la prevención nos coloca ante el riesgo actual, mientras que en el supuesto de la precaución estamos ante un riesgo potencial."

Profundizando esta noción, Latta y Ayala establecen una distinción entre riesgo y peligro esencial para entender el círculo de aplicación propio de cada principio (de precaución/ de prevención). Esclarecen que no hay dudas en que estas especies de principios, está presente el elemento riesgo, más sobre configuraciones diferenciadas. El principio de prevención se da con relación al peligro concreto, en cuanto a que se trata del principio de precaución, la prevención está dirigida al peligro abstracto.¹³

En ese sentido, Kouclsky y Viney, explican que el peligro es el perjuicio que amenaza o compromete la seguridad, la existencia, de una persona o de una cosa, en tanto que el riesgo es un peligro eventual más o menos previsible. La distinción de un peligro potencial (hipotético o incierto) y riesgo confirmado (conocido, cierto, probado) funda la distinción paralela entre precaución y prevención.¹⁴

Es que como lo afirma L. Facciano:¹⁵ "El principio de precaución implica un cambio en la lógica jurídica. Con razón se ha dicho que este demanda un ejercicio activo de la duda. La lógica de la precaución no mira al riesgo sino

que se amplía a la incertidumbre, es decir, aquello que se puede temer sin poder ser evaluado en forma absoluta. La incertidumbre no exonera de responsabilidad; al contrario, ella la refuerza al crear un deber de prudencia.¹⁶

Antonio Benjamín enfatiza que el derecho ambiental se preocupa entre sus objetivos, por el reconocimiento científico y tecnológico: primero para entender los problemas ambientales; segundo, para ofrecer soluciones viables y eficientes. La duda científica es uno de los aspectos más inquietante del derecho ambiental ¿La sustancia X es segura? ¿La especie A desaparecerá o no?. La ciencia no responde a todas las preguntas que nos interesan desde el punto de vista del medio ambiente. Si no sabemos, mejor no asumir los riesgos, pues los perjuicios tienden frecuentemente, a ser irreversibles.¹⁷

La incertidumbre, al bien de amplísimo rango, prácticamente jamás llegará a desaparecer por completo y para siempre pues "la incertidumbre es inherente a los problemas ambientales", como lo expresara el Banco Mundial en su informe 1992 (Desarrollo y Medio Ambiente, informe del año 1992, p. 40). Con razón los tribunales de los E.E.U. han dicho que: "Esperar certidumbre normalmente nos habilitará solamente a reaccionar y no para una regulación preventiva" in re Ethyl Corp v. EPA, 541 F.2d. 1 D.C. Circ. 1976.

Es que como lo señala Elena Highton¹⁸ "no hay cálculos científicos que demuestren que la exposición a una sustancia contaminante en una concentración determinada sea segura."

Por ello, cabe reflexiones de Arribal Falbo:¹⁹ "Los grados, tipos y formas que presente la incertidumbre en cada caso ambiental será de lo más variados: ¿Cuáles son los efectos tóxicos de un compuesto a corto, mediando y largo plazo?, ¿cuáles son los efectos acumulativos de un compuesto aun cuando se detecte en cantidades inferiores a las tóxicas?, ¿el hecho de que una concentración de contaminante aparezca como tolerable, garantiza que no produzcan efectos dañinos en el futuro?, ¿cómo responden distintos ambientes u organismos a iguales contaminantes, incluso a iguales concentraciones?, ¿cuál ha sido el foco emisor de una contaminación detectada?, ¿hay un solo foco emisor?, ¿en qué medida ha contribuido cada distinto foco emisor de la contaminación?"

A estas cuestiones pueden agregarse otras tan complejas y rispidas como las siguientes: ¿cuáles son los efectos de un compuesto tóxico presente en un ambiente previa y concomitantemente contaminado por otros compuestos

tóxicos?, ¿cuáles serán los efectos en las generaciones actuales y venideras de concentraciones hoy tenidas como aceptables pero que mañana se descubran como perniciosas?, ¿qué hacer ante situaciones de riesgo o peligro potencial?, ¿en qué medida se ve disminuida la expectativa de vida y el bienestar de seres humanos afectados por contaminantes?, ¿cómo evaluar los daños potenciales, pero aún no presentes, de un contaminante en los organismos y el ambiente?, ¿en qué medida y gravedad afecta la aptitud vital estar expuesto a grados de contaminación por sobre los márgenes aceptados como seguros e, incluso, bajo dichos márgenes o estándares?, ¿existen márgenes aceptables (seguros) para cualquier tipo de organismo (enfermo o sano) y en cualquier circunstancia (niños, jóvenes, ancianos)?, entre muchas más.

Valen entonces las cavilaciones docentes de Carlos Casabona¹⁹ en el sentido que "es dudoso que en la actual sociedad del riesgo puedan aceptarse sin más fáciles afirmaciones como la apuntada por Kienzlauer, cuando sostiene que "para la seguridad de ciertos ámbitos de la vida que están expuestos a grandes peligros deben prohibirse ciertas acciones en tanto no se haya demostrado su carácter inofensivo", pues su puesta en práctica comportaría la paralización de actividades de gran trascendencia económica que se vienen realizando en la actualidad sin excesivas oposiciones."

"En efecto, es evidente que el Derecho, no puede garantizar de modo absoluto la incolumidad de los bienes jurídicos ante cualquier forma de riesgo o de peligro para los mismos. El cumplimiento por parte de aquellos de su función social hace inevitable la aceptación de un cierto riesgo para los mismos, lo cual es conocido en la Dogmática penal como "riesgo permitido". Pero, como se deduce de su propia descripción, el riesgo permitido apunta a un riesgo conocido, hasta cierto punto mensurable y previsible, lo que aboca como efecto a la prevención."

"El dilema que surge ahora en la sociedad post industrial, del desarrollo biotecnológico y del impacto ambiental, consiste en despejar el interrogante de en qué medida es válido y aceptable aquel paradigma en relación con el riesgo ciertamente sospechado, pero no previsible, del riesgo no cuantificable o mensurable en sus dimensiones esenciales, del riesgo incierto por ser inciertos los soportes científicos que podrían identificarlo y describirlo."

"Mientras que el Derecho tradicional de la prevención ha venido basándose inexcusablemente en la idea de la previsión o de la previsibilidad, esto

es, en las certidumbres más o menos precisas, buscando la reducción de los riesgos y su probabilidad, la precaución se orienta hacia otra hipótesis, la de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos. Supone el tránsito del modelo de previsión (conocimiento del riesgo y de los nexos causales) al de incertidumbre del riesgo, al de incalculabilidad del daño y del posible nexo causal entre uno y otro, respecto a lo cual existe una presunción generalmente sustentada en cálculos estadísticos y en probabilidades. Ambos modelos confluyen, no obstante, en la prevención de un daño temido, que es el objetivo común."

En síntesis:²¹ "Podemos afirmar que tres son los elementos que caracterizan al principio de precaución: a) la incertidumbre científica: principal característica de este principio que lo diferencia del de prevención; b) evaluación del riesgo de producción de un daño: se presenta aquí una situación paradójica, ya que se debe evaluar la posibilidad de la producción de efectos nocivos tal vez desconocidos; c) el nivel de gravedad del daño: el daño debe ser grave e irreversible y sólo en este caso juega el principio de precaución. "La hipótesis de precaución nos pone en presencia de un riesgo no mensurable, es decir, no evaluable."²²

Santiago Bergel explica que "en todos los documentos podemos encontrar un hilo conductor que nos permita ubicar las notas caracterizantes del principio":

- 1) Temor al daño a la salud o al medioambiente derivado de una acción o inacción humana, daño cuyos efectos se consideran irreparables e irreversibles;
- 2) Incertidumbre científica acerca del asacamiento: de dicho daño o de la relación de causalidad entre la conducta humana operada y el daño temido;
- 3) Necesidad de una acción anticipatoria.

El temor de un daño debe partir de una evaluación que permita establecer con un mínimo grado de racionalidad su impacto negativo sobre el medioambiente... Otro de los requisitos que marca nuestra ley es que las medidas sean eficaces en función de los costos."

También Roberto Andorno²³ señala que "teniendo en cuenta las normas nacionales e internacionales, pueden desde ya esbozarse tres requisitos: 1. Situación de incertidumbre acerca del riesgo. 2. Evaluación científica del riesgo. 3. Perspectiva de un daño grave e irreversible. Además de las tres condiciones esenciales mencionadas, el principio de precaución aparece

habitualmente integrado por otros elementos, que podríamos calificar de "accesorios", y que contribuyen a definir su perfil.⁴

Tal vez un resumen de la importancia del principio precautorio lo da Aida Kenna Inguar de Carlucci,²⁰ cuando afirma que: "El principio de precaución se aplica en todo aquello que supone resguardar derechos humanos y privilegia la hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible, aún en un plazo muy largo."

En el derecho comparado, la jurisprudencia registra valiosos precedentes. Del Consejo de Estado francés:²¹

1) "Greenpeace c. Francia", el 25/02/1998, hizo lugar al reclamo de la asociación ecologista Greenpeace, para que se suspendiera la autorización del cultivo en Francia de tres especies de maíz transgénico, basándose explícitamente para ello, en el principio de precaución, con sustento normativo en el artículo 200-1 del Código Rural (texto según ley Barnier).

2) "Caso de la vaca loca", el 24/07/99 intervino a raíz del recurso contra un decreto del gobierno que prohibía la elaboración de alimento para bebés con base en ciertos tejidos o líquidos corporales de origen bovino que presentaban riesgos potenciales de transmisión del virus EEB (encefalopatía espongiforme bovina). El tribunal sostuvo la aplicabilidad del principio de precaución que se impone en materia de salud pública.

Del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE):

1) Al juzgar la razonabilidad de una norma comunitaria adoptada en 1993 que prohibió el empleo por parte de los barcos pesqueros, de redes de más de 2500 metros de largo.

2) Asimismo, al examinar una medida adoptada en 1996 por la Comisión Europea, en virtud de la cual prohibió el ingreso de carnes bovina proveniente de Gran Bretaña, a raíz de la crisis de la "vaca loca".

El 5 de mayo de 1998, el Tribunal dictó, conjuntamente, las sentencias sobre el fondo de estos asuntos, con los mismos fundamentos, reconociendo el valor normativo del principio de precaución: "Cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos."

De la Corte Internacional de Justicia:²²

En los casos en los que se ha planteado el tema, ha evitado cuidadosamente pronunciarse.

"La Corte Internacional de Justicia, órgano internacional que al momento de juzgar un caso concreto tiene facultad para decidir si una práctica de los Estados constituye una norma de Derecho Internacional general o consuetudinaria, tuvo oportunidad de hacerlo en dos casos, pero sin embargo prefirió abstenerse. El primero de estos casos, fue el de Nueva Zelanda con Francia en 1995 (que pretendió reabrir el caso, con motivo de los ensayos nucleares de 1974, que se proyectaban repetir a partir de 1995). Según Nueva Zelanda, Francia, antes de llevar a cabo dichos ensayos, se veía obligada por el principio de precaución a realizar un estudio de impacto sobre el medio ambiente y demostrar que dicha actividad no provocaría daño alguno. Francia por su parte, manifestó que a pesar de no ser éste el tema fundamental del debate, cumplía con las últimas exigencias de Derecho Internacional en materia de prevención de daños al medio ambiente. Para indudablemente, esta manifestación no implicaba admisión alguna sobre la inversión de la carga de la prueba ni sobre el alcance del principio de precaución; la Corte decidió que no debía reabrirse el caso pues los hechos invocados por Nueva Zelanda variaban del caso original de 1974..."

"El segundo caso fue el de Gabčíkovo-Nagyymaros (Hungría c/ Eslovaquia). Hungría invocó el principio de precaución para justificar el incumplimiento de un Tratado firmado en 1977 con Checoslovaquia, relativo a la construcción de esclusas sobre el río Danubio. En su planteo, el gobierno húngaro proponía combinar el principio de precaución con la obligación de no causar un daño al medio ambiente de otros países. Para ello, el Estado que se proponía llevar a cabo una actividad peligrosa tenía la obligación de demostrar que ésta no tendría efectos nocivos. Si así fuera, ese Estado debía modificar o abandonar el proyecto. Eslovaquia por su parte, afirmó que Hungría no había probado que el principio de precaución formaba parte del Derecho Internacional y que, sólo demostró que era un principio rector. La Corte en su fallo, sólo hizo referencia al principio de prevención al decir que "la Corte no pierde de vista, en el campo de la protección al medio ambiente, la vigilancia y la prevención se imponen en virtud del carácter irreversible de los daños provocados al medio ambiente y de los límites de los mecanismos de reparación para este tipo de daños..."

De la Organización Mundial de Comercio:

El órgano de apelación de la OMC en su decisión de 1998, se inclinó por la posición norteamericana, entendiendo que aún no había uniformi-

dad de criterios para considerar al principio de precaución, como una regla de derecho internacional, al menos fuera del derecho ambiental (Estados Unidos y Canadá contra la Unión Europea, a raíz de la decisión de esta última de prohibir el ingreso de carne bovina tratada con hormonas sintéticas, proveniente de América del Norte, sobre la base del principio de precaución).

Cabe destacar que este principio ha recibido favorable acogida en nuestra doctrina judicial, en un fallo de la Cámara Federal de La Plata, del 8 de julio 2003, "Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ Enre-Edesur s/ Cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora", proveniente del Juzgado Federal N° 2 de la localidad de La Plata²⁶, acerca la duda científica para determinar si los campos electromagnéticos de frecuencia extremadamente baja, pero de exposición a largo plazo, constituyen la causa de afecciones cancerígenas, en relación a una planta transformadora de media tensión a baja tensión, denominada "Subestación Sobral", ubicada en Espeleta, Partido de Quilmes.

Este estado de incertidumbre técnica, queda demostrado, a juicio del Tribunal, por las recientes investigaciones llevadas a cabo por la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer, un agencia de la OMS; como asimismo de la IARC, el Consejo de Salud de los Países Bajos y por un experto Grupo de Consejeros del Consejo Nacional de Protección Radiológica del Reino Unido. Precisamente, este último organismo concluyó que "se mantiene la posibilidad de que las exposiciones intensas y prolongadas a los campos electromagnéticos puedan aumentar el riesgo de leucemia en niños."

En otra causa, caratulada "Castellani, Carlos E. Y otros s/ acción de amparo", el 11 de marzo de 2003, el Tribunal Superior de la provincia de Córdoba,²⁷ tuvo ocasión de pronunciarse sobre las siguientes cuestiones:

¿Constituyen las antenas de telefonía celular una amenaza para el medio ambiente? ¿Ponen en peligro o riesgo el ambiente, o la salud, o la seguridad? ¿Generan ciertamente perjuicio al medio ambiente? La exposición a campos magnéticos, provenientes de dichas instalaciones, producen lesión manifiesta a la salud, a la vida, al medio ambiente? La denominada corona electromagnética es potencialmente peligrosa o más aún, dañina para la salud o el medio ambiente? La exposición a la radiación de radiofrecuencia, a través de antenas de telecomunicación, ¿produce contaminación visual, sonora y elec-

tromagnética? ¿Existen pruebas convincentes de los efectos nocivos de la radiación no ionizante?

Es cierto que la Organización Mundial de la Salud ha iniciado el Proyecto Internacional de Investigación de campos electromagnéticos, para dar respuesta adecuada a estos interrogantes de la ciencia. Los mosoportes de antenas, las posibles contaminaciones que causan las estaciones de base del sistema de telecomunicaciones móviles, es la cuestión que debió abordar el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en el fallo del 11 de marzo 2003, en el marco de un proceso de amparo, iniciado por mencionado Carlos Castellani y otros, contra la Municipalidad de la ciudad de Oncativo, donde se erigirían cuatro antenas de telefonía celular.

En una sentencia de enorme relevancia doctrinaria judicial, el tribunal por mayoría rechazó la demanda, por cuestiones formales (mayor debate y prueba); sin embargo, el voto de la minoría, en disidencia en cuanto a lo resuelto en el fondo de la controversia, dejó sentada la posición que ante la duda científica, recoge en su plenitud el principio precautorio.

DE LA MATERIA PROBATORIA¹

Con razón se ha expresado que los daños al medio ambiente, y las consecuencias que de ellos se derivan en el ámbito de la responsabilidad civil, pueden tener un muy diferente origen, y en su 'camino' pueden encontrarse y unirse con otras varias concasas, que hagan difícil su prueba y aun el conocimiento de su mera existencia. Afirmar que el daño debe ser cierto significa que no existan dudas sobre su realidad. No obstante, cuando del medio ambiente se trata, es fácil intuir, por una parte las numerosas dificultades que surgen a la hora de probar el nexo entre el hecho y el resultado dañoso y, por la otra, las dudas científicas que constantemente se plantean y que todavía no parecen estar resueltas para temas tan cotidianos como, por ejemplo, las verdaderas causas y consecuencias del cambio climático, los efectos nocivos para la atmósfera de los incineradores de residuos etc.² Así, se ha propuesto como útil la prueba producida en otros juicios, con el debido control de las partes, y se ha afirmado también la viabilidad de que el juez forme su criterio en base a probabilidades.³

La mayoría de los ordenamientos jurídicos imponen a la parte perjudicada el deber de probar la relación de causalidad citada, constituyendo el *paramount obstacle* con el que se encuentra la víctima habida cuenta de las características específicas del daño ecológico y la complejidad de sus efectos. Así los siguientes factores dificultan considerablemente la prueba del nexo causal, hasta el punto de que, la falta de consideración de los mismos conduce prácticamente a la ausencia de la reparación.⁴ Así la distancia, la multiplicidad de factores, el tiempo y la duda científica, conspiran contra la certeza causal del daño ambiental.⁵

cumplimentar la carga demostrativa, por circunstancias ajenas al titular. En estos casos, se admiten simples argumentos de probabilidad, *perpicias indicia*, que no producen una evidencia objetiva, pero que se tienen en cuenta como excepción debido a la aludida dificultad probatoria.¹

La prueba del daño ambiental reviste tal grado de dificultad que en relación en especial a una de ellas, se ha señalado que, no es lo mismo para el juzgador analizar las conclusiones de una pericia en procesos "convencionales" con los que se halla más familiarizado que, un estudio y sondeo de captación y verificación de aguas subterráneas emanado de un profesional de ciencias geológicas, o el relevamiento de industrias que involucren procesos químicos, fisico-químicos, el sondeo de sus instalaciones, etc, a la par que se sostiene no obstante, en causas de contaminación, el éxito del proceso "dependerá casi en forma exclusiva" del resultado de la pericial técnica.²

Elena Highton³ ha dicho, con razón, que: "No hay cálculos científicos que demuestren que la exposición a una sustancia contaminante en una concentración determinada sea segura y que por encima de esta cifra sea peligrosa, cuando se trata de sustancias tóxicas, a veces se trabaja más allá de los conocimientos científicos, debiendo tomarse una decisión política de asunción de riesgos, ya que si se espera la certeza se reaccionará frente a daños consumados, más no se tomará acción preventiva. En toda esta temática, se requiere una alta especialización y conocimiento científico de leyes naturales, físicas e inclusive astronómicas."

A su turno, Aída Kemelmajer de Carlucci⁴ destaca la complejidad del tema, con relación a la determinación del sujeto responsable. Por ejemplo se pregunta ¿a quién demandar si son varias las fábricas que arrojan sus desechos al agua o contaminan el ambiente en un determinado sector de la ciudad? ¿a quién si individualmente considerados ninguno de tales desechos son contaminantes entre pero si se potencian con otros arrojados por otras empresas?, para concluir afirmando que la relación de causalidad es, en muchas oportunidades, el presupuesto de más difícil prueba. En los daños ambientales la cuestión llega a "tormentar" porque muchas veces los daños no se presentan en forma inmediata sino después de muchos años. Más aún, la lesión puede haber sido agravada por una dieta, el hábito de fumar, factores genéticos o exposición a sustancias químicas adicionales etc.

Asimismo se ha intentado sentar las bases del accionar de la justicia en la temática partiendo de una premisa: si no existe algo de incertidumbre no estamos ante un verdadero caso ambiental. En esta tesitura se ha llegado a afirmar que "en los casos ambientales, debemos contentarnos muchas veces con la verosimilitud antes que con la certeza". Un análisis de las características de los compuestos tóxicos, condiciones naturales y artificiales del ambiente concreto, comportamiento de cada ecotóxico en distintos ambientes y organismos que incluye fenómenos tales como la "desaparición", el proceso "ciclo de vida", bioacumulación, etc, la variedad de acciones nocivas de los ecotóxicos —algunas con efecto retardatorio, otras crónico—, nos ilustran con claridad acerca de la complejidad de la cuestión. Por lo que una parte de la doctrina especializada, postula que al referirse al nexo de causalidad en estos supuestos, no deberá hablarse de certidumbre o posibilidad, sino de auténtica probabilidad.¹¹

No obstante, se ha observado que el proceso de renovación del derecho de daños, basado en la expansión del área resarcible, se desplegó fundamentalmente, sobre dos elementos claves del sistema de inquinamiento: el daño jurídico y la causalidad. A la causalidad, una vez abandonado su perfil newtoniano, no sólo se la rediseñó en términos de probabilidad —con inocultables sedimentos valorativos— sino que, con cierta deformación dogmática de la jurisprudencia terminó con sobrecargarla con funciones que son más bien propias del sistema resarcitorio considerado en su totalidad.¹²

Respecto de las peculiaridades de la tarea probatoria en materia de daño ambiental Müller¹³ señala que "podemos afirmar liminarmente que la determinación de la prueba a utilizar presenta dificultades importantes, porque si incumbe procesalmente al promotor del resarcimiento de daños demostrar la certidumbre de estos, la prueba de tales degradaciones ambientales se nos erige en sumamente difícil la mayoría de las veces, por lo que debemos ponderar las siguientes cuestiones al ofrecer la prueba: a) que es indispensable contar con el apoyo de especialistas en la disciplina que tecnológicamente se encuentre involucrada en el problema ecológico que se pretende hacer cesar o bien resolver residualmente en la indemnización perseguida; b) que el esfuerzo probatorio tiene como destino la determinación del origen del daño, para que con ello identifiquemos tanto a su autor o autores, como de qué manera se debe reparar; c) que por la característica propia de estos da-

fos, la certeza o certidumbre de su existencia es reemplazable por la verosimilitud.

Mosset Iturraspe habla del principio *pro damnato* en materia de prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil: "La tendencia más reciente se orienta a invertir la carga de la prueba, en una serie de ámbitos de la responsabilidad o, al menos, a poner en las espaldas del demandado la carga de probar el "porqué del incumplimiento o del ilícito", "su no culpa" en tales hechos o la índole fortuita del evento. Frente a la prueba del daño causado es el presunto agente quien debe desvirtuar la presunción de "autoría". Ocorre que, al menos *prima facie*, los hechos o las cosas hablan por sí mismas — *res ipsa loquitur*—: así frente al daño por productos elaborados, daño ambiental, daño causado por empresas o por profesionales."¹⁴

De la materia probatoria, la doctrina judicial se ha dicho que: "Tratándose de posibles daños al medio ambiente, la prueba —cuya carga resulta ya asignada por el artículo 1113 CC— debe tener un "particular tratamiento" en cuanto a la naturaleza de la agresión no se compecece con los sistemas habituales de análisis de la probanzas". "Con ello no se deriva de ninguna manera hacia una suerte de "sistema de libres convicciones", sino dentro de nuestro diario sistema de apreciación por medio de la "sana crítica" del artículo 384 Código Procesal CyC, se da mayor relieve a dos núcleos de determinación: 1) el análisis comprensivo y no atomístico de los elementos; 2) el valor excepcional de la prueba de presunciones."

"En ese sentido, ni el juez ni las partes han de proceder a un desmenuzamiento atomístico de las pruebas que hagan perder su unidad sistemática; quienes siguen ese sistema, pesquisan contradicciones, subrayan una expresión como si fuera la única a tener en cuenta y computan todos los elementos de convicción con valor igual; con todo ello se desarma el edificio probatorio total, que no puede sino ser sistemático y orientado valorativamente". "Es inexacto creer que a la prueba por presunciones simples pueda acudirse sólo cuando no estén en pugna con otras pruebas; el juez deberá someterla a valoración crítica y arribar al convencimiento respecto de la existencia del hecho a verificar sobre la base de tales valoraciones". "En la valoración del material probatorio se aplicará el sistema de la sana crítica en donde los indicios cobran suma importancia más, cuando, son ellos los que permiten extraer las pautas en una materia por sí cambiante y por ende así inasible".

"Se quebrantarían de manera grosera las reglas de la sana crítica en detrimento de una de las partes y con el consiguiente daño constitucional (artículo 16, Constitución Nacional). Si se pretendiera que en los supuestos de daño ambiental debe seguirse, en el análisis y consideración de las pruebas, el mismo trámite que, por ejemplo, en un choque común de vehículos. Es importante resaltar que cuando se trata de valorar los daños provocados al medio ambiente, al análisis integral de los elementos de pruebas aportados se suma la especial trascendencia que en el tema adquiere la prueba de presunción".

O sea, en esa encrucijada por falta de prueba directa, viene en auxilio del juez una nueva evaluación más porosa y maleable de las presunciones, en miras de abastecer la motivación de manera idónea e insuficiente. El tratamiento de la prueba de presunciones cobra otra fuerza de demostración conforme a la peculiaridades del objeto en análisis, pero que no es menos riguroso e idóneo al que se aplica a los demás medios, observándose una síntesis o fecunda integración con lo instrumental.¹⁵

Es que la prueba del daño ambiental constituye una hipótesis de "prueba difícil",¹⁶ lo que determina que el magistrado interviniente debe adoptar una actitud proclive al favor probatorio.¹⁷ Son posibles consecuencias de la existencia de una hipótesis de prueba difícil las siguientes: un aflojamiento del rigor probatorio, un inusual emplazamiento de las pruebas indirectas y eventuales dispensas de la falta de cumplimiento de cargas probatorias.

DICTÁMENES DEL ESTADO

Artículo 33 Ley 25.675: Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación. La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.

Nos queda un tópico más, en relación con las novedades contenidas en la ley 25.675: el valor de informe pericial que se le asigna a los dictámenes emitidos por organismos del Estado, que nos lleva al examen de cuestiones vinculadas con la misma, tales como presunción de legitimidad del acto administrativo que se ha dictado,¹⁸ efectos sobre la carga de la prueba, etc.

Esta normativa en su primera parte, se encuadra dentro de la idea de facilitar el *onus probandi*. O en otras palabras, en un régimen de protección del ambiente, tender a facilitar la valoración de las pruebas, como se logra dando fuerza probatoria *iuris tantum*, a los informes emanados de organismos oficiales, prueba que, por supuesto, puede ser revertida por otra de equivalente valor técnico.¹⁸

CAPÍTULO 8

LAS EXTERNALIDADES

Hace tiempo atrás, en la República Argentina, Guillermo Cano enseñaba: "La carga del costo, tanto de la prevención como de la corrección del deterioro, si bien en primer término es un tema de índole económica y financiera -y también política, en tanto obliga a adoptar prioridades- debe ser instrumentado por la legislación e integra por ello el derecho ambiental."¹ Eduardo Pigretti, por su parte, afirma que "La contaminación del ambiente es ante todo un problema económico."²

Aquí se plantea una cuestión importante: ese costo irreductible en cualquier estilo de desarrollo alguien lo tiene que pagar. Hay pues un problema político fundamental que es el de la distribución de los costos y beneficios del desarrollo en términos ambientales. ¿Quién paga el costo ambiental: las propias empresas productoras o los consumidores que lo generan, el Estado, algunas de entre las clases sociales, generalmente las más pobres, o las generaciones futuras?³

El concepto de externalidad está en íntima relación con los supuestos arriba descriptos. La externalidad es el costo de una actividad productiva, que no es tomada en cuenta por el sujeto que efectúa decisiones económicas, desde que el mismo no se hace cargo de ellas, puesto que las transfiere a otras personas o a la sociedad como un todo. Las externalidades pueden afectar bienes públicos, bienes comunes o bienes privados.⁴

En nuestra doctrina judicial, en sentencia, se ha dicho que: "ya acreditado el daño ambiental y en la medida en que el derecho ambiental hace apelar a conceptos nuevos para ajustarse constantemente (Higton, "Reparación

y prevención del daño ambiental', p. 797 "Derecho de daños", 2ª parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993). Considero de clara equidad y justicia aplicar el concepto de externalidad, para analizar la procedencia y, en su caso, convergencia de la reparación pecuniaria por este daño".

"Externalidad es la transferencia a otras personas o a la sociedad de los costos que no se han realizados para evitar perjuicios ambientales de un determinado establecimiento. En síntesis: la industria ha producido daño ambiental porque ha ahorrado y 'transferido' o 'externalizado' los costos hacia el entorno (recursos, personas y sociedad)."

"El ahorro o (desinversión) por no implantar medidas de cese de contaminación han provocado el daño ambiental y a analizado y es entonces esa externalización la que ha afectado al ambiente como bien, a la vez propio y común, de cada vecino afectado. Concluyo que a la clásica ecuación economicista de costos/beneficios, se le debe internalizar el costo social derivado (Catoggio, Impacto ambiental y sus consecuencias", publicación del Senado de la Provincia de Buenos Aires denominada Elementos de Política ambiental, p. 302)".

"Dicho principio encuentra sustento normativo en una aplicación acorde a la época actual en el artículo 907 párrafo 2, que habilita una reparación fundada en la equidad. En ese sentido, considero que este daño ambiental ya probado debe ser reparado. Fundado en la equidad, reparar ese daño es de imperiosa justicia a fin de obligar a "internalizar" los costos de su daño ambiental que ha perjudicado el desarrollo humano, la calidad de vida y el bienestar general de los actores y les ha impedido gozar de un ambiente sano y equilibrado. Caso contrario se legitimaría un enriquecimiento sin causa."

"Habida cuenta de que el daño ambiental se distribuye en un número indeterminado de personas, se observa la dificultad de fijar una reparación patrimonial, mas ello no debe impedir fijar un monto reparatorio y compensador fundado en la equidad. Cada actor, al reclamar por un daño al ambiente ha ejercido un derecho a la vez propio y a la vez de todos (véase: Paolo Maddalena, Revista de derecho Industrial, n. 41, agosto de 1992, p. 370, párraf 2), y esa "porción" de interés propio debe merecer una reparación."

En síntesis, como lo apunta Calegarí de Grosso: La industria ha producido daño ambiental porque ha ahorrado y "transferido" los costos hacia el entorno (Recursos, personas y sociedad).⁴ Es que, quien se beneficia con la trans-

ferencia de externalidades conoce los costos de su internalización y no está dispuesto a frenar voluntariamente el proceso. En esa línea se puede citar a J. Stiglitz, que propone la siguiente definición: "Siempre que una persona o una empresa emprende una acción que produce un efecto en otra persona u otra empresa por el que esta última no paga ni es pagada, decimos que hay una externalidad".⁷ A su vez, H. Demsetz, incluye en su alcance los costos y beneficios externos, así como los elementos externos pecuniarios y no pecuniarios, y explica como motivación generadora para ser externos ciertos efectos, la magnitud del costo que supone su participación en la toma de decisión de un sujeto, en cuanto es éste tan elevado que descarta la posibilidad de tenerlo en cuenta.⁸

En el campo jurídico, Acclari-Castellano, ensayan elaborar un criterio de externalidad propio que tome en cuenta al menos en cierto sentido dichas bases. Así, en lo relativo al empleo en recursos ambientales, cabe considerar externalizado un costo que se debió asumir —según el ordenamiento jurídico, pero que de hecho no se asumió por algún sujeto. Se trata como quedó dicho, de la no asunción de un costo que se debió asumir para prevenir un efecto indeseado por el Derecho, con independencia que este efecto se produzca o no. En tal caso, el agente en cuestión hace externo lo que debió ser interno.

En el mismo fallo de referencia, la Cámara Federal de La Plata se encargó de señalar las dificultades de mensurar en términos económicos los daños y perjuicios ocasionados por las emanaciones tóxicas de la planta fabril de la demandada, que no sean aquellos daños materiales determinados con mayor precisión por los trabajos periciales. En especial, diríase, en el daño ambiental por contaminación sufrido en el pasado por cada uno por los actores, en cuyo concepto el a quo estimó en Pesos dos mil quinientos por cada uno, (equivalentes a dólares dos mil quinientos por cabeza) al momento de la sentencia, y que hoy fruto de la devaluación serían (dólares ochocientos veinte por cada uno), como monto reparatorio y compensador fundado en la equidad y a fin de internalizar los costos de un daño ambiental que ha perjudicado el desarrollo humano, la calidad de vida y el bienestar general de los actores y les ha impedido gozar de un ambiente sano y equilibrado.

LA VALORACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

Valorar económicamente el medio ambiente significa poder contar con un indicador de su importancia en el bienestar de la sociedad, que permita compararlo con otros componentes del mismo. Valoración monetaria no quiere decir valoración de mercado. Supone, como decimos, la elección de un denominador común, ni siquiera de un numerario, que se considera conveniente, para reflejar cambios heterogéneos en el bienestar de la sociedad, que es lo que realmente cuenta. Para ello se parte de una postura antropocéntrica y no ecocéntrica: es el ser humano quien da valor a la naturaleza, y al medio ambiente en general.

Desde la óptica de la ciencia económica, Azqueta Oyarzun, enseña que "el bien ambiental tiene un valor, sea como un insumo productivo, sea directamente como generador de bienestar". Pero ¿qué tipo de valor? Porque, en efecto, el medio ambiente puede tener distintos tipos de valor para diferentes personas y colectivos.

Siguiendo las enseñanzas de este catedrático de teoría económica de la Universidad de Alcalá Henares, es de poner de manifiesto que: "La primera gran distinción que puede establecerse es aquella que separa los valores de uso (en función de productividad entre el bien ambiental y los demás bienes privados), de los valores de no uso (que comprenden a su vez, el valor de la opción de hacerlo en algún momento futuro, el valor de la cuasi opción o incertidumbre del decisor, y el valor de la existencia por motivos altruistas, empatía, por benevolencia, por herencia o legado)". Se explica además que los costes debitados permiten calcular lo que habría que gastarse para hacer

las mismas funciones que realiza el recurso natural objeto de estudio. Por ejemplo, un bosque, cuyo valor económico está siendo investigado. Otros métodos, bautizados como valoración contingentes y costes del viaje, permiten fijar el precio de un espacio natural a través del valor que le da la gente.

Se ha dicho que "La contabilidad de la ecología justifica todavía más posibilidades: como fijar el precio de un recurso de acuerdo a lo invertido en su conservación citando los perjuicios que causaría su eventual desaparición". Normalmente encontramos en estudios empíricos y discusiones teóricas una estimación de dos medidas alternativas: la disposición de pagar (DP) y la compensación exigida (CE). La primera muestra lo que la persona estaría dispuesta a dar para obtener una mejora o para evitar un cambio que empeoraría su situación. La segunda por otro lado, refleja lo que demandaría para aceptar un cambio que empeora su situación o renunciar a uno que la mejorara.

La pregunta que se formula en una u otra alternativa es ¿qué cantidad de dinero pagaría usted para evitar que se tome una pérdida de su bienestar? (variación equivalente) y ¿qué cantidad de dinero pediría usted para permitir el cambio? (variación compensatoria). Parece claro que en el primer caso, la persona tiene derecho a que las cosas permanezcan como están, y se le ha de compensar. En el segundo caso, dejamos entrever que no tiene derecho a la situación de partida. Se pueda empeorar y al quere evitarlo tiene que pagar para ello.

Los economistas manejan diversos métodos para establecer el precio de la naturaleza, lo que podrían ser clasificados en dos grandes grupos: a) los métodos indirectos que analizan la conducta de las persona, tratando de inferir, a partir de dicha observación, la valoración implícita que le otorga al bien objeto de estudio, en este caso algunas características del medio ambiente. Forman parte de esta familia fundamentalmente tres métodos: 1) el método de los costes evitados o inducidos; 2) el método del coste del viaje; y 3) el método de los precios hedónicos; b) los métodos directos que buscan sencillamente, que la persona revele directamente esta valoración, mediante encuesta, cuestionarios, votaciones, etc. En términos amplios nos estamos refiriendo al método de valoración contingente, en sus diversas modalidades.

Prácticamente toda la producción, distribución e incluso en muchos casos el consumo de bienes y servicios, es contaminante (agresora del medio) en mayor o menor medida. No existe forma de producir y distribuir energía

eléctrica o de construir una carreta, que no altere el medio. Sin embargo, como no parece que la sociedad esté dispuesta a prescindir del transporte o la energía sería conveniente conocer cuál es el coste ambiental que estas actividades suponen, para poder decidir hasta donde vale la pena. Temiendo en cuenta además, que este coste debe reflejar el valor de la calidad ambiental para nosotros, y para los que vienen detrás. La ecología y las ciencias básicas en general, informan sobre las posibles características de cada uno de los estados de la naturaleza viables, su posible evolución e interrelaciones. A partir de allí la sociedad decide lo que quiere.

Valor viene de *valere*, término latino que significa gozar de salud, estar sano. La contabilidad de la transparencia del aire,² la belleza del paisaje o la libertad de las especies, bienes en realidad invaluable de tanto valor que tiene, no deja, por tanto de ser una concesión a la realidad monetarista que rige al mundo.³ ¿Ganamos algo con este tratamiento económico de la crisis ambiental? Si tenemos en cuenta que la destrucción del medio ambiente y el despilfarrío ecológico provocan una sangría económica mundial y oscurece la esperanza de la mayor parte de la humanidad, hay que responder que sí. Al menos que mientras no seamos capaces de tender mejor puentes entre economía y ecología.⁴

En relación, la Cámara 1^o Civil y Comercial, Sala 3^o, La Plata,⁵ ha analizado la temática. Así ha expresado: "A esta altura, ya admitido el daño o menoscabo que causa a la persona el daño ambiental, la pregunta a hacer y responder es si tal daño tiene proyecciones materiales o patrimoniales o si el mismo se vuelca y agota disvaliosamente en la esfera espiritual del sujeto, no configurando otra cosa por ende, que un daño moral. Desde un miraje ontológico que atienda a la misma entidad del objeto agredido y a preservar, nos situamos frente a un daño material, por la entidad material de la naturaleza, no se nos escapa que el destinatario final de la tutela es la persona humana y que el derecho ambiental integra el elenco de los derechos personalísimos o humanos (en los que el bien tutelado es inherente a la persona). Y es realidad circundante, externa a la persona pero, a su vez connatural a ella, forma parte del patrimonio de las gentes y una porción le cabe a cada una de las personas entornadas; desde ese perfil, bien puede decirse que el ambiente o ecosistema en que moran y se desenvuelven las personas les pertenece y forma parte de su propiedad (en sentido lato)."

Reconocido por la Constitución Nacional fuera de duda la materialidad del objeto a preservar, ha de admitirse que toda agresión que se provoca al ambiente de cada cual, impronta una disvaliosa modificación material del patrimonio y como tal debe ser resarcida. Es que el perjuicio debe independizarse de su contenido económico de los bienes exteriores pertenecientes a una persona, y comprender las potencialidades humanas que instrumentalmente posean naturaleza económica. La contaminación con sus nocivas proyecciones sobre la vida y la salud de las personas, conlleva un menoscabo resarcible de aquellas potencialidades, un inequívoco estrechamiento de su horizonte o chances futuras, con una serie de logros y tareas parcial o totalmente vedadas, de esperanzas y expectativas truncadas o realizables de diversas, más costosas y cuidadosas maneras. El daño ambiental debe tipificarse como daño físico, debiendo considerarse: tal la disminución de la aptitud vital genérica de la víctima existente o potencial.⁴

Por último, la Ley General del Ambiente 25675,⁵ introduce en nuestro ordenamiento jurídico una nueva (y especial) categoría de daño civil: el daño ambiental de incidencia colectiva, que se define como "toda alteración relevante, que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos". Y que resulta anónimo de lo que la doctrina autoral antes, ha denominado: "daño al ambiente en sí mismo",⁶ "daño ecológico puro".⁷ Y que se representa como la lesión al hábitat, el deterioro de la calidad de vida, la agresión injustificada, significativa, del patrimonio natural o cultural.

Este daño, es un daño a la comunidad, incide, afecta, concierne, interesa, toca a grupos (amorfo, indeterminados), o colectivos, plural, general, supraindividual, de clases, categorías, masificado, indivisible no susceptible de apropiación privada, extendido, disperso, propagado, compartido, coparticipado por otros, con otros, algunos, muchos, o todos, igual o similar, indiferenciado, impersonal, homogéneo, fungible, y que no requiere, para reconocer su existencia jurídica, y defensa, de la concurrencia de otro tipo de detrimento, daño o lesión civil, concreta, exclusiva o excluyente, directa, que demande necesariamente repercusión en patrimonio individual, propio, alguno, ni menoscabo en los bienes o en la persona, de manera fragmentarla, diferenciada, y de rebote, derivada. Es decir, esta situación no se soporta en derechos subjetivos clásicos, o intereses legítimos.

La complejidad de la valoración del bien jurídico vulnerado por este daño,⁸ es que siendo el objeto protegido por el derecho, el ambiente, involucra una unidad sistémica, totalizadora, un haz de derechos,¹¹ la sede de infinitas manifestaciones de vida, base de un conjunto dinámico de bienes, de elementos variados de la naturaleza, físicos, sociales, culturales, interdependientes entre sí, que interactúan en un espacio y tiempo determinado, como una red cibernética, de funcionalidad completa, con un equilibrio propio. De allí la imperiosa necesidad de reformular, adaptar, *aggiornar*, procedimientos, conceptos, teorías, doctrinas, buscar nuevos mecanismos, de estimación de esta clase de daños, que no es común, es diferente, distinto. Pero que comprometen no sólo a las generaciones actuales, sino también futuras.

Se trata además, según la expresión de Lorenzetti¹¹ de un bien no monetizable, que, sin embargo, deberá tasarse, evaluarse, apreciarse en términos económicos, para establecer de esta forma mecanismos de reparación en especie, justos, equitativos, proporcionados, a la magnitud del daño ocasionado a la comunidad, por la disminución, pérdida, deterioro, inquinamiento, lesión, daño o menoscabo del patrimonio natural y/o cultural, y/o de compensación, o fijación de monto indemnizatorio, que tornen una realidad incontestable, lo necesariamente, preventivo de la tutela y efectivo del derecho ambiental del siglo XXI.¹²

CONCLUSIONES

Hemos querido abordar a manera de una introducción las cuestiones actuales del derecho ambiental, que exige y demanda aggiornamiento de conceptos, reformulación de institutos clásicos del derecho que se muestran insuficientes para dar respuesta efectiva, a los problemas que plantea, y que angustia por igual, a sectores comunitarios, y a las generaciones futuras.

El desafío de nuestro tiempo es tornar preventivo y efectivo el derecho ambiental, en el que la vida privada se tiene de pública. Y se produce una simbiosis por la aproximación de lo privado con lo público. La lucha frontal contra el riesgo o peligro de contaminación ambiental, convoca a los operadores jurídicos a realizar un esfuerzo homérico para lograr una protección enérgica del medio ambiente.

No debemos olvidar que el derecho es siempre un agente activo de cambios sociales. Y que los conflictos que presenta el siglo XXI, son los propios de la denominada "sociedad del riesgo". Por lo que urge repensar nuevos tipos de tutela ambiental. Ello implica buscar nuevos paradigmas de consumo, producción, y servicios. Y en ocasiones, un cambio en la lógica jurídica, mudanzas copernicanas de institutos de derecho que habían sido estructurados para litigios entre Cayo y Ticio, problemáticas, daños, discretos, de menor escala.

Las leyes y procedimientos del siglo XIX, a la luz del movimiento codificador de los denominados derechos de primera generación, que sigue nuestro Código Civil, y buena parte de nuestra legislación procesal, contemplan controversias, daños, o intereses individuales, propios, personales, ciertos, concretos, directos, diferenciados, exclusivos, no está preparado para si-

tuciones que inciden en clases, grandes grupos o dar solución de intereses generales, comunitarios, afectados, concertados. Se trata de registros de litigios masivos, inéditos por su dimensión, de registro colectivo.

Es que nos enfrentamos con cuestiones que saltan de lo ceñido de la persona individual, alcance a colectivos. De la dimensión patrimonial a la tutela social. De la vitalidad nacional a la transnacional. De la tutela de los derechos subjetivos, diferenciados, personales. A la tutela de los intereses difusos, impersonales, supraindividuales.

Además, se trata de situaciones controvertidas, en las que colisionan por ejemplo, intereses legítimos de la industria, la comunidad.

En los que juegan por igual, el derecho de propiedad, el ejercicio del comercio, la industria, derecho del trabajo, con los bienes o valores colectivos que se vinculan con la preservación del medio ambiente. En definitiva, cuestiones de sensible interés social.

A partir de la extensión de estos intereses, y con ellos del derecho ambiental, están en revisión todos los institutos tradicionales del derecho. Desde la responsabilidad civil: que ha dejado ser de carácter indemnizatoria/pecuniaria, para dar paso a una faz preventiva, y más aún, precautoria; y en ocasiones de autoría anónima, responsabilidad colectiva; hasta todas las piezas del proceso judicial, están en revisión por el impacto diferente, masificada, intergeneracional, de prueba compleja, rápida. Y de difícil resolución.

La legitimación de obrar, la carga de la prueba, la funcionalidad de las medidas cautelares, la apreciación de la prueba, los efectos de la cosa juzgada, la naturaleza misma del proceso civil, no escapan a este proceso revolucionario, de mudanzas, cambios, que impone el derecho ambiental, que por su doble personalidad, bicéfalo, ambivalente, exhibe un rostro bifronte, dando cabida a derechos subjetivos, intereses legítimos, intereses simples, todos intereses individuales, y al mismo, sin que se excluyan, sino por el contrario, se acumulen, a intereses supraindividuales, colectivos, sociales, generales.

Un derecho que aloja derechos humanos de tercera generación (que basados en la paz, la solidaridad, la cooperación, incluyen el crecimiento económico, y la preservación del medio ambiente), y de cuarta generación (en cuanto derecho intergeneracional).

Que agrupa intereses que se caracterizan por dos notas distintivas: pertenecen idénticamente, de manera indiferenciada, o impersonal, a una plurali-

dad de sujetos en cuanto integrantes de un grupo, clase, categoría, o comunidad. Y objetivamente, recaen sobre un bien jurídicamente no es susceptible de división (Morello y Stiglitz). De uso y goce, disfrute y aprovechamiento solidario. Intereses que difusamente, se vinculan a colectivos, por una unión de hecho, o por estar ligados en virtud de una pretensión de goce de una misma prerrogativa, de manera que la lesión o menoscabo a una porción o fragmento del mismo, como admisión, la satisfacción a una cuota parte o fracción, se expande, y globalmente, alcanza a todos los que lo forman.

Pero que en su seno, conlleva derechos personalísimos, esenciales, básicos en la vida de hombre, como son la vida misma, la calidad de vida, la salud, la paz, la tranquilidad, el desarrollo sustentable, la potencialidad de crecimiento, etc. De allí la enorme importancia de este derecho.

Nos encontramos frente a una especialidad del derecho, que tiene fines propios, técnicas propias, conceptos propios. El derecho ambiental es una rama autónoma del derecho. Pero su carácter autónomo, no desvirtúa su identidad de reagrupamiento, horizontal, o transversal, que lo distingue de otras disciplinas clásicas del derecho. El derecho ambiental atraviesa, se solapa y penetra, con aires conquistador, "de nuevos odres" (Lopez Ramos), invade, todas las especialidades del derecho, y ramas clásicas. Imponiendo a su paso, su impronta.

Se ha dicho con razón, que este derecho es mutante, descodificante, herético, una invitación a una fiesta a la cual están convocadas todas las disciplinas clásicas del derecho, tanto del derecho público como privado, con la única condición que vengan todas con un vestido nuevo (Lorenzetti). Es contestatario (Benjamin), reaccionario, que marcha a contrapelo, rebelde en sus formas, pero es al mismo tiempo constituye un canto a la esperanza.

El derecho ambiental es el derecho de punta, la locomotora de cambio del derecho en general. En su lucha por dilatar la legitimación, hiriéndola del pedestal conceptualista en que se encuentra; en la necesidad de flexibilizar las formas procesales, para dar tutela a estas imperiosas necesidades sociales, urgentes, vitales, asoma un nuevo proceso civil, colectivo, distinto, ágil, dinámico, con procedimientos anticipatorios. Y de la crisis del derecho subjetivo clásico, cerrado, concreto, individual, estrecho, consigue soportar miles, cientos, millones de intereses de hecho, que claman por una justicia de rostro más humano. Dejando sentados nuevos paradigmas de nuestra tradicional ciencia jurídica.

NOTAS FINALES

CAPÍTULO 1. PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL

- 1 Andorno, Luis O. "Vías legales para la defensa del medio ambiente y para la Reparación del daño ecológico". JA 2001-I-1058.
- 2 Flak, Lily y Miriam Sorajevsky. "La regulación procesal en el derecho ambiental americano. Acción popular y de clase". LL 1993-E, 935.
- 3 Morello, Augusto M. "El desafío en nuestros tiempos desde la perspectiva de la protección del medio ambiente". Revista Jurisprudencia Provincial, p. 521, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- 4 Lorenzatti, Ricardo L. "Las Normas Fundamentales de Derecho Privado", p. 483, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- 5 Priour, Michel. "Droit de L'environnement". Daloz, 1991: 8.
- 6 Walsh, Juan R. "El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad", p. 106, en la obra colectiva: "Ambiente, Derecho y Sustentabilidad". La Ley, 2000.
- 7 Benjamín, Antonio H. "¿Derechos de la naturaleza?" En la obra colectiva: "Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI". Homenaje al profesor doctor Roberto M. Lopez Cabana". Abeledo-Perrot, 2001: 32.
- 8 Cano, Guillermo. "Introducción al Derecho Ambiental argentino". LL 154- 814. Para ampliar véase Brañes, Raúl. "Manual de Derecho Ambiental mexicano". Segunda edición. Fondo de Cultura Económica, 2000.
- 9 Lozano-Higuera Pinto, Manuel, califica de "heteróclitos" los intereses que aloja, en: "Intereses Difusos y la protección cultural en el derecho europeo, p. 384, en la obra colectiva: "La legitimación. En homenaje al profesor doctor Lino Palacios", Abeledo-Perrot, 1996.

- 10 Así, siendo la salubridad del ambiente una condición para el desarrollo de la persona, en cada vez mayor la tendencia a reconocer en el derecho al ambiente un autónomo derecho de la personalidad. Masera de Estrella Gutiérrez, afirma que "el derecho a un ambiente sano es un derecho personalísimo, y como tal inalienable, intransferible, inviolable, vitalicio", de su trabajo *Dado ambiental*, en la obra colectiva *Revista Lecciones y Ensayos. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, 1998/99- 72/73/ 74*, p. 164, Abeledo-Perrot. Concurre con una opinión semejante, Goldenberg, Isidoro H. "Daños a los derechos de la personalidad". En: "Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe", La Rocca, Buenos Aires, 1989: 336. Del mismo autor, véase Goldenberg, Isidoro H. "Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación". Buenos Aires, 1993: 319ss. También puede consultarse nuestra obra, Goldenberg, Isidoro H. Cafferatta, Néstor A. "Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal", p. 22. Abeledo-Perrot, 2001. En ese sentido, véase doctrina judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Ac. 60094, 18/5/98, "Almada, Hugo N. v. Copetro S.A y otro", Ac. 60251, "Itazu, Margarita v. Copetro S.A y otro", Ac. 60254, "Klaus, Juan J. v. Copetro S.A y otro", con nota laudatoria de Stiglitz, Gabriel A., "Prevención de daños ambientales en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, L.L.BsAs, 1998, p. 940; Morello, Augusto M, de su obra "La Tutela de los Intereses Difusos..." cit. SCJBA, 19/5/88, "Almada, Hugo v. Copetro S.A.", p. 141 a 165, Fallo In extenso, en Cap. VIII, "Panorama de la jurisprudencia". Para ampliar, véase, J.A, 1998-I-227, comentario de Masera de Estrella Gutiérrez, Graciela N., "La efectiva prevención del daño ambiental". El ST de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, dijo que el derecho ambiental, se entiende "como una ampliación de la esfera de la personalidad humana, ya que si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio y en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos, es por esta razón que el derecho al ambiente halla su ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, teniendo en cuenta además, que otros de ellos, como la integridad física y la salud, se sustentan en el equilibrio ecológico propio e indispensable para el bienestar psicosfísico del hombre [la categoría de derechos

personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno nuevos intereses surgentes de las transformaciones sociales como es el derecho a un ambiente sano y en tanto los derechos de la personalidad son objeto de concreta tutela jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivada de la contaminación ambiental (aun no generando un daño personal y directo a los individuos), son por sí mismas causa de responsabilidad civil del agente, en cuanto conluyan los presupuestos generales de responsabilidad. El ser humano es la figura basilar en un medio ambiente conformado por su adyacente natural físico y social, que le presta las condiciones esenciales para alcanzar un desarrollo pleno. Todo acontecer que altere esos factores desequilibrándolos produce un menoscabo en uno de sus derechos fundamentales, lo que aparece agravado cuando la disminución de la función biótica se proyecta no ya sobre el ser humano, sino sobre un conjunto de ellos. Por cierto que esa derivación resulta virtualmente inevitable en razón de las notas de comunicabilidad e indivisibilidad que visceralmente caracterizan aquel medio¹¹.

- 11 Meset Iturraspe, Jorge, "Daño ambiental en el Derecho Privado", p. 31, en la obra colectiva "Daño Ambiental", Rubinzal-Culzoni, 1999.
- 12 Morello, Augusto M., "La tutela de los intereses difusos en la Cámara Federal de Bahía Blanca: 1ª parte: Los procesos acumulados en el ámbito de las acciones de clase. 2ª parte: Acertadas decisiones de la Cámara Federal de Bahía Blanca", JA, 1999-III, 249.
- 13 Ojeda Mestre, Ramón, "El Derecho Ambiental del Siglo XXI", "El nuevo Derecho Ambiental", Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental", México, octubre 2000.
- 14 Valle, Marió E. p. 107 y ss., "Manual de Derecho Ambiental", Ugarte Editor, 2001.
- 15 Abatti, Enrique Luis, Diñar, Alberto R., Rocca, Ival (H): "Ecoderecho Básico", LL, 1994-B-707.
- 16 Cano, Guillermo J., "Introducción al derecho Ambiental Argentino", LL- 154-814.
- 17 Carranza, Jorge A. "Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental", JA, 1989-IV-701.
- 18 López Ramos, Néstor Prólogo, p. 13, de las "Memorias del Primer Encuentro Internacional del Derecho Ambiental", organizado por la Semarnat Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales-INE, 1ª edición, octubre 2003. Roaatti,

Horacio D., "Derecho Ambiental Constitucional", p. 37, 47, Rubinzal-Culzoni, 2004, dice que "El ambiente es un conjunto de elementos vivos e inertes, naturales y artificiales que, pese a su heterogeneidad, funcionan de modo integrado, conformando un sistema". Además, considera al ambiente como una universalidad jurídica.

- 19 Bellario Clabet, Dino, "El derecho todo ambiental y el hecho tecnológico: Interpretación y nuevos conceptos", JA, 2001-J,1077.
- 20 Pigretti, Eduardo, "Derecho Ambiental", p. 60, Depalma, 1993, considera como una etapa de su evolución, la posibilidad de que una nueva especialidad jurídica se abra camino dentro del derecho, que denomina derecho de la biosfera.
- 21 Giannini, "Il risarcimento del danno alla persona nella giurisprudenza", p. 68, Milano, 1991.
- 22 Cabanillas Sánchez, Antonio: "La reparación de los daños al Medio Ambiente", p. 229, Aranzadi, 1996.
- 23 Lorenzetti, Ricardo L. "La protección jurídica del ambiente", LL, 1987-E,1463.
- 24 Jaquened de Zetegón, Silvia: "El Derecho ambiental y sus principios rectores", p. 351, Dykinson, 1991.
- 25 Valenzuela Fuenzalida, Rafael: "Hacia un concepto de Derecho Ambiental", p. 119, en "Ambiente y Recursos Naturales". Revista de Derecho, Política y Administración, Editada por La Ley. Fundación ARN, Abril-Junio- vol. III, N° 2, 1986.
- 26 Cano, Guillermo J., "Derecho, Política y Administración Ambientales", p. 37, Depalma, 1978.
- 27 Goldenberg, Isidoro H- Caffarena, Néstor A. "Compromiso Social de la Empresa por la gestión ambiental", LL, 1999-C-834.
- 28 López Ramos, Néstor: "Procesos constitucionales y Protección Ambiental en Latinoamérica. Legitimación, medidas de urgencia, prueba, costas y costas, alcance de la sentencia", p. 141 y ss, trabajo publicado en Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la Normativa Ambiental- 23 y 24 de septiembre de 2003, Buenos Aires, Argentina. FARN, 2003.
- 29 Stutzin, Godofredo: "La doble personalidad del derecho ambiental", p. 37, en "Ambiente y Recursos Naturales". Revista de Derecho, Política y Administración, Editada por La Ley. Fundación ARN, Abril-Junio- vol. III, N° 2, 1986. Este autor señalaba que "el llamado derecho ambiental o derecho del entorno sufre de un problema de doble personalidad que constituye la causa inconsciente de muchas de sus dificultades de expresión y aplicación. Las dos almas que conviven

en su pecho, para hablar con Goethe, proceden de dos raíces diferentes se manifiestan en dos caras distintas. El tomar conciencia de esta situación y analizarla debidamente aparece como una tarea necesaria para permitir a esta nueva rama del Derecho una mejor identificación y un desarrollo más certero, liberándola de complejos e inhibiciones que son consecuencia de su conflicto interno no reconocido ni resuelto. Aunque finalmente, ponía el acento en la coexistencia de dos facetas: una de las facetas del Derecho Ambiental se refiere al medio ambiente humano propiamente tal. Su raíz se encuentra en el reconocimiento de los daños y riesgos que afectan a las personas debido a la alteración de las condiciones ambientales producidas por las actividades de la sociedad contemporánea. Su finalidad consiste en proteger a las personas contra este nuevo tipo de violaciones en sus derechos de personalidad y propiedad, haciendo extensivas las reglas tradicionales del derecho Civil y Penal a las relaciones que se forman entre ellas, por ser causantes y víctimas, respectivamente, de aquellos daños y riesgos ambientales. ... La otra cara del derecho ambiental mira también hacia el mundo de la naturaleza, pero ya no en su directa relación con el hombre, en su aspecto "medio humano", sino comprendiéndolo en su totalidad, sin excluir ninguno de sus componentes, por ajenos que sean a la vida humana. No se trata ya, propiamente hablando, de un "derecho Ambiental", sino de un Derecho Ecológico o Derecho de la Naturaleza.

- 30) Lugones, Juan N., JA, "El Derecho Ambiental como derecho humano (búsqueda de un discurso fundante y de una línea histórica progresiva)", en 2001-I-1157. Rabl-Baldi, Renato: "Notas para una fundamentación del derecho ambiental", Separata de Revista "O Direito", ano 128, 1996, I-II. Boá, Daniel Villar, Ariel: "El derecho humano al medio ambiente", Némesis, 1999.
- 31) Goldenberg, Isidoro- Cafferatta, Néstor A. "Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal", p. 22, Abeledo- Perrot, 2001.
- 32) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. AS., Ac. 60004, 19/3/98, "Almada, Hugo N. v. Copetro S.A y otro", Ac. 60251, "Irazo, Margarita v. Copetro S.A y otro"; Ac. 60254, "Klaus, Juan J. v. Copetro S.A y otro", con nota laudatoria de Söglitz, Gabriel A., "Prevención de daños ambientales en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, L.L.BaAs, 1998, pág. 940; en sentencias se dijo que "la categoría de derechos personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno nuevos intereses surgentes de las transformaciones sociales como es el derecho a un ambiente sano y en tanto los derechos de la personali-

dad son objeto de concreta tutela jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivada de la contaminación ambiental (aún no generando un daño personal y directo a los individuos), son por sí mismas causa de responsabilidad civil del agente, en cuanto confluyan los presupuestos generales de responsabilidad. El ser humano es la figura basilar en un medio ambiente conformado por su adyacente natural físico y social, que le presta las condiciones esenciales para alcanzar un desarrollo pleno. Todo acontecer que altere esos factores desequilibrándolos produce un menoscabo en uno de sus derechos fundamentales, lo que aparece agravado cuando la disminución de la función biológica se proyecta no ya sobre el ser humano, sino sobre un conjunto de ellos. Por cierto que esa derivación resulta virtualmente inevitable en razón de las notas de comunicabilidad e indivisibilidad que visceralmente caracterizan aquel medio.³³ Morillo, Augusto M, de su obra "La Tutela de los Intereses Difusos..." op. cit. SCJBA, 19/5/98, "Almada, Hugo v. Copetro S.A.", pág. 141 a 165, Fallo In extenso, en esp. VIII, "Panorama de la jurisprudencia". Asimismo véase, J.A, 1998-I-227, comentario de Messina de Estrella Quiérez, Graciela N., "La efectiva prevención del daño ambiental". Esta autora afirma que "el derecho a un ambiente sano es un derecho personalísimo, y como tal inalienable, intransferible, inviolable, vitalicio ...", de su trabajo "Daño ambiental", en obra colectiva "Revista Lecciones y Ensayos", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, 1998/99- 72/73/74, pág. 164, Abeledo-Perrot. Goldenberg, Isidoro H.: "Daños a los derechos de la personalidad", en Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989, pág. 336. Idem. "Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación", Buenos Aires, 1993, pág. 319 y sig.

- 33 Brañes Ballesteros, Raúl: "Manual de Derecho Ambiental", p. 18, Fundación Mexicana para la educación Ambiental, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, México, 2000. La aproximación más simple para definir el Derecho Ambiental es aquel conjunto de normas que se ocupan de la protección jurídica de aquellas condiciones que hacen posible la vida, en todas sus formas. También participa de este concepto, el Magistrado Hernández Cervantes, Gonzalo, expresada en su ponencia bajo tema: "Acciones Cíviles por Daños Ambientales", presentada en el "Primer Congreso de Derecho Ambiental de Jueces Federales de Brasil, Argentina y México", Florianópolis, R.F. Brasil, marzo 2001.

- 34 Valenzuela Puenzalide, Rafael: "Hacia un concepto de Derecho Ambiental", p. 114, para revista de las opiniones de G. Cayo, E. Pigretti, R. Brañas, H. Meier, I. Sua, A. Pastrana, Sergio Faraz, D. Figueredo Moreira Neto, R. Laine Machado, R. Martín Mateo, en *Ambiente y Recursos Naturales. Revista de derecho, Política y Administración*, Editada por La Ley, órgano Fundación ARN, abril-junio 1986, vol. III, Nº 2, Fundación ARN.
- 35 Neto, Diogo de Figueredo Moreira: "Introducao ao direito Ecológico", p. 26, en igual sentido, Faraz, Sérgio: "Direito Ecológico. Perspectiva e Sugestões", en *Revista de Consultoria-Geral do Rio Grande do Sul*, vol. 2, número 4, p. 43, Porto Alegre, 1972.
- 36 Millaré, Edís: "Derecho do Ambiente", p. 93, Editora Revista dos Tribunais, 2000.-
- 37 Barreira Costódio, Helita: "Legislação ambiental no Brasil", 76: 58, *Revista de Direito Civil*, Sao Paulo, 1996.
- 38 Martín Mateo, Ramón: "Tratado de Derecho Ambiental", vol. 1, p. 88, Trivium, 1991.-
- 39 Pigretti, Eduardo: "Derecho Ambiental", p. 52, Depalma, 1983. Así sostiene que "el derecho ambiental parte del supuesto de que su consideración respecto del hombre y la naturaleza, es totalizadora, es decir, que sus alcances legislativos se refieren a aspectos globales, de conjunto y no a aspectos particulares o puntuales".
- 40 Pigretti, Eduardo: "Un nuevo ámbito de responsabilidad: Criterios, Principios e Instituciones de Derecho Ambiental", p. 173 y ss., en obra colectiva "La responsabilidad por daño ambiental", Centro de Publicaciones Jurídico y Social, 1986.- Amplia su postura en ese sentido, "Indemnización por daño ambiental", p. 101, en obra colectiva "Humanismo Ambiental", Terceras Jornadas de Reflexión, Academia Nacional de Derecho y ciencias Sociales, Córdoba, 2001.
- 41 López Ramos, Nédfito: Prólogo, p. 14, de las "Memorias del Primer Encuentro Internacional del Derecho Ambiental", organizado por la Semarnat Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales - INE Instituto Nacional de Ecología, su publicación, Impreso en México, 1ª edición, octubre 2003.
- 42 Lorenzetti, Ricardo L., "Las Normas Fundamentales de Derecho Privado", p. 112, Rubinzal-culzoni, 1995.
- 43 Lorenzetti, Ricardo L., op. cit., p. 112.
- 44 Lorenzetti, op. cit., p. 113, con referencia en cita bibliográfica Castán Tobeñas, José: "Los derechos del hombre", p. 45, 4ª edición, Reus, Madrid, 1992.

- 45 Jiménez, Eduardo Pablo, "Los derechos humanos de la tercera generación", p. 69, 68/72, Edlart, 1997.
- 46 Eldart Campos, Germán: "Manual de la construcción Reformada", Tomo 1, p. 476, Edisc, 1988.
- 47 Morello, Augusto M., "Los Derechos del Hombre de Tercera y Cuarta Generación", p. 947- op. 284, en su magnífica obra: "Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", Librería Editora Platense, 1998.
- 48 Rousseau, Dominique: "Les droits de l'homme de la troisième génération", en Droit Constitutionnel et droits de l'homme, Economica, Presses Universitaires D'Als Marseille, Paris, 1987, p. 124 a 137, con cita de muy calificada doctrina.
- 49 Morello, Augusto M., "Los Derechos del Hombre de Tercera y Cuarta Generación", p. 950, en su obra: "Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", Librería Editora Platense, 1998. Lorenzetti, Ricardo L. "Las normas fundamentales de derecho privado", p. 172, destaca que con base en el artículo 41 de la C.N., el señalar que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Aparece un nuevo sujeto grupal: generaciones futuras; las que tienen necesidades que no pueden ser comprometidas para la satisfacción de las necesidades presentes.
- 50 Morand Deviller, Jacqueline: "Los Grandes Principios del Derecho del Ambiente y del Derecho del Urbanismo", en Estudios, p. 483, traducida por la Dra. Alda Kemelmajer de Carlucci. Véase de la misma jurista francesa, "Droit de l'environnement", Editions ESFEM, Paris, 1986.
- 51 Milare, Élis: "Derecho de Ambiente", p. 94, Editora Revista dos Tribunais, 2000
- 52 Morand Deviller, Jacqueline: op. cit., en Estudios, p.484.
- 53 Jaquenod de Szégn, Silvia: "El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores", p. 388, Dykinson, 1991.
- 54 Bustamante Alsina, Jorge: "Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa", p. 48, Abalado Perzo, 1995. que sigue la doctrina sentada por Martín Mateo, Ramón: "Tratado de Derecho Ambiental", p. 82 Vol. 1, Trivium, 1991.
- 55 Figretti, Eduardo: "Un nuevo ámbito de responsabilidad: Criterios, Principios e Instituciones de Derecho Ambiental", p. 21 y ss, en obra colectiva "La Responsabilidad por daño ambiental", Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, 1986. Coincide con esta postura, Messina de Batrella-Gutierrez, Graciela Nora: La Res-

responsabilidad civil en era tecnológica, tendencia y prospectiva", p. 113, Abeledo Perrot 1999.

- 56 Mosser Iturraspe, Jorge "El daño ambiental en el derecho privado", en obra colectiva "Daño ambiental, Tomo Nº 1, p. 20, (Introducción, Rubinzal Culzoni, 1993. En ese sentido, recoge la opinión de Jacquenod de Zeigón, Silvia, op. cit. p. 365 y ss.
- 57 Bibiloni, Homero M. "Los principios ambientales y la interpretación. Su aplicación política y jurídica", Número especial Derecho Ambiental, primera parte, JA- 2001-I-1082.
- 58 Bibiloni, op. cit., p. 1083.
- 59 Lorenzetti, op. cit., p. 261- 262.
- 60 Prado, Juan José- García Martínez, Roberto: "Instituciones de Derecho Privado", cap. III, p. 31, Principios Generales del Derecho, Editorial Eudeba, 1985.
- 61 Plá Rodríguez, Américo: "Los principios generales del derecho del trabajo", Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Año 2, Nº 3, p. 35, mayo 1979.
- 62 Millaré, Édís: "Derecho do Ambiente", p. 85, Editora Revista dos Tribunais, 2000, con cita de Crestella Júnior, José: "Comentário a la Constituição Brasileira de 1988", Rio de Janeiro, Forense Universitaria, 1989, v. 1, p. 129.
- 63 Pigretá, Eduardo: de su trabajo "Un nuevo ámbito de responsabilidad: Criterios, Principios e Instituciones de Derecho Ambiental", p. 22, en obra colectiva "La Responsabilidad por Daño Ambiental", publicado por el Centro de Publicaciones Jurídicas y sociales, Buenos Aires, 1986.
- 64 Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit. , p. 261, con cita de Bobbio, Norberto: "Teoría General del Derecho", p. 239, Temis, Bogotá, 1987. Vigo, "Los principios generales del derecho", JA, 1988-III-888.
- 65 Dworkin, Ronald: "Los derechos en serio", traducido del Inglés por Marta Guastavino, p. 72 y ss, Ed. Ariel, Barcelona, 1989 - citado por Sabelli, Héctor E., en un excelente artículo: "Excepciones a la pesificación, emergencia y principios jurídicos", enero 28 de 2003, JA, 2003-I, fascículo n. 5.
- 66 Cianciando, Juan: "La Corte Suprema y el constitucionalismo de principios", ED 182-893
- 67 Dworkin, Ronald: op. cit. en nota 6, pag. 77.
- 68 Esser, Josef: "Principio y norma en la elaboración jurisprudencia del Derecho Privado", p. 57, Bosch, Barcelona, 1981.

- 69 Sabelli, Héctor E. op. cit. p. 26.
- 70 Alexy, Robert: "El concepto y la validez del derecho", traducido del alemán por Jorge M. Caffa, p. 75, Editorial Cedias, Barcelona 1997.
- 71 López Ramos, Néstor: su ponencia, "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.
- 72 Alexy, Robert: "Teoría de los derechos fundamentales", versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86, del mismo autor, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, N°5, p. 143, Doxa 1988. Asimismo teoría de los derechos fundamentales", p. 88/87, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1993. Para Alexy, los principios son mandatos de optimización, puesto que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídica y reales existentes. Que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados. Lorenzetti, op. cit. p. 262, señala que es decir, que los principios son normas pero de un tipo especial, tienen una estructura deontológica puesto que señalan un debe ser, pero son distintos de las reglas porque éstas pueden ser cumplidas o incumplidas de un modo claro. El principio, en cambio, ordena que algo sea cumplido en la mejor medida posible; es una búsqueda de lo óptimo. En el mismo sentido: Morais Da Rosa, Alexandre: "Principios ambientales, derechos fundamentales, propiedad e abuso de derechos. Por una lectura a partir do garantismo jurídico (Ferra Jolis), p. 43 en obra colectiva Derecho en evolución, Vol. III, bajo la coordinación de Vladimir Passos de Freitas, Jurta Editor, Curitiba, Brasil 2002. Asimismo Canotilho, J.J., Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1123.
- 73 Biblioni, Homero: "Los Principios Ambientales y la Interpretación. Su aplicación política y jurídica", Número especial Derecho Ambiental, J.A. 2001-I-1082.
- 74 Lineres, Juan P. "Fundamentos del Derecho Administrativo", p. 105, 166 y conc. Abrea, 1975.
- 75 Lorenzetti, Ricardo L: "Las normas fundamentales del derecho privado", p. 258, Rubinzal Culzoni, 1995.
- 76 Prado J. García Martínez, R., op. cit, p. 31-41.
- 77 López Ramos, Néstor: "Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica", del Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplica-

ción y cumplimiento de la normativa ambiental", Buenos Aires, 23 y 24 de septiembre 2002.

- 78 Alexy, Robert en su "Teoría de los derechos fundamentales", versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 85
- 79 López Ramos, Néfito, op. cit. p. 9.
- 80 Lorenzetti, Ricardo L. "Las normas fundamentales de derecho privado", p. 263, Rubinzal Culzoni, 1995.
- 81 Beti, Emilio: "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", p. 287, Revista de Derecho privado, Edersa, Madrid 1975.
- 82 Lorenzetti, Ricardo op. cit., p. 252.
- 83 Dworkin, Ronald, op. cit., en nota 6, p. 77
- 84 Sabelli, Héctor op. cit., pag. 26.
- 85 Rabbi-Baldá-Cabaoillas, Renato: "El Derecho como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica", en obra colectiva Las razones del derecho natural, pag. 33, Editorial Ábaco 2000.
- 86 Zampalo Ferraz Jr, Tercio: "O justo es o bello", ponencia presentada en las XIV Jornadas Argentinas de Filosofía, jurídica y Social, Mar del Plata, Octubre de 2000.
- 87 Sabelli, Héctor op. cit., p. 27.
- 88 García de Enterría, Eduardo: "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo", p. 194, N° 40, Revista de Administración Pública, Madrid.
- 89 Bianchi, Enrique P. - Irberne, Héctor P. "El principio general de la buena fe y la doctrina *Veritas contra factum proprium non valet*, ED, 8/11/83).
- 90 García de Enterría, Eduardo: ob. cit., p. 195.
- 91 Lorenzetti, Ricardo L. Op. cit p. 259, con referencia en cita De Los Mozos, José Luis "Metodología y ciencia en el Derecho Privado moderno", p. 104, Edersa, Madrid 1977.
- 92 Rocca, Ival, Dufrechou, Roberto: "La responsabilidad civil por agresión en el derecho ambiental latinoamericano", ED, 106-989.
- 93 Vigo, Rodolfo "Los principios generales del derecho", en JA, 1886-III-868; Saux, Eduardo "Los principios generales del derecho civil", en LL, 1992,-D-839.
- Lorenzetti, Ricardo L., op. cit., p. 258.
- 94 Jaquened de Zságon, Silvia: "El Derecho Ambiental y sus Principios rectores", p. 388, Editorial Dykinson SRI, 1991.

- 95 Mossat Iturraspe, Jorge: "El daño ambiental en el derecho privado", en obra colectiva "Daño ambiental", p. 20, tomo I, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1999
- 96 Figueru, Eduardo A. "Un nuevo ámbito de responsabilidad. Criterios, principios e instituciones del derecho ambiental", en obra colectiva "La responsabilidad por daño ambiental", Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales.
- 97 López, Hernán: "La regulación del desarrollo sustentable en el Derecho Internacional y en el Derecho Comparado", p. 407 en obra colectiva "Ambiente, Derecho y Sustentabilidad", Editorial Jurídica La Ley, 2000.
- 98 Zeballos de Sisto, María C. "El Orden Ambiental. Las Evaluaciones de Impacto Ambiental en la Ciudad de Buenos Aires. Ley N° 123", p. 35, Ugerman Editor, 1989.
- 99 Frías, Pedro J. en un excelente artículo que publicara en LL el 23 de agosto de 1994, "La cláusula ambiental en la Constitución. Principios de la Política Ambiental susceptibles de constitucionalización".
- 100 Bifloni, Homero M.: "Los principios ambientales y su interpretación: su aplicación política y jurídica, J.A. 2001-I-1982.
- 101 Mateo, Ramón Martín: "Tratado de Derecho Ambiental", Volumen II, p. 797, Trivium, 1991.
- 102 Rabbi-Baldi, Renato: "Notas sobre la fundamentación del derecho ambiental", p. 290, Anuario de Filosofía Jurídica y social, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Tomo XIII, Abeledo- Perrot, 1993.
- 103 Zeballos de Sisto, María C. "El orden ambiental. Las evaluaciones de impacto ambiental en la Ciudad de Buenos Aires. Ley N° 123", p. 36, Ugerman Ediciones.
- 104 Rabbi-Baldi, Renato: "Notas ...", p. 281.
- 105 Jiménez, Eduardo: "Los derechos Humanos de la Tercera Generación", p. 58, sobre la fundamentación de los mismos, basados en valores de solidaridad y cooperación, Edlar, 1997.
- 106 Morello, Augusto M. "Los Derechos del Hombre de Tercera y Cuarta Generación", en su magnífica obra Estudios de Derecho Processal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", Editorial Pléyade, 1988.
- 107 Walsh, Juan Rodrigo: "El Ambiente y el Paradigma de Sustentabilidad", p. 1, de la obra colectiva: "Ambiente y Derecho de Sustentabilidad", La Ley, 2000.
- 108 Bastamante Alsina, Jorge: "Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa", p. 43- 44, Abeledo- Perrot, 1995. Para ampliar véase Coria, Sílvia: "Desarrollo sustentable", en obra colectiva "El Rumbo Ambiental en la Argentina", Edición

nes Ciudad Argentina, p. 11, 1998; Lorenzetti, Ricardo L., p. 500, en "Las normas fundamentales de derecho privado", 1985, Rubinzal-Culzoni.

- 108 Trigo Reppas, Félix, "Responsabilidad civil por daño ambiental", JA, 1899-IV, 1180; según la referencia del fallo de la Cámara Federal de La Plata, recaído en cancelar de los autos: "Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de octubre c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo", del 8 de Julio 2003, por el ascenso de las napas freáticas en Quilmes.
- 110 Pazzagliani Filho, Marino: "Principios constitucionales y faltas administrativas ambientales", p. 117, Revista de Derecho Ambiental, año 5, Janeiro, marzo 2000, Editora Revista Dos Tribunais.
- 111 Jaquemod de Zaegon, Silvia: "El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores", p. 367, Dikynson, 1991; a quién sigue Mossat Iturraspa, Jorge, op. cit., p. 20.
- 112 Jaquemod de Zaegon, Silvia, op. cit., p. 371.
- 113 Para ampliar véase Estrada Oyuelo, Raúl A.; Zeballos de Sisto, María C. "Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional", A-Z Editora, 1993. Servi, Aldo "Derecho ambiental: Responsabilidad ambiental internacional", en especial principio básico de responsabilidad ambiental internacional en J.A, N° especial de Derecho ambiental, 21 de marzo 2001.-Dra. de Clément, Zilata-Directora y coautora- Ernesto J. Rey Caro. María Alejandra Sticca: "Codificación Y comentario de normas internacionales ambientales. Vigentes en la República Argentina y en el Mercosur", La Ley, 2001.
- 114 Cassese A. "International law in divided world", Clarendon Law Series, p. 376 y ss, Oxford, 1986.
- 115 En análogo sentido: Kisa, Alexander: "Los principios generales del medio ambiente", Cuadernos de la Cátedra J.B. Scott, p. 91, Universidad de Valladolid, 1975, citados por Rabbí Baldi, Renato: "Notas...", p. 279, nota 53.
- 116 Parellada, Carlos A. "Los principios de responsabilidad civil por daño ambiental en Argentina", p. 243, en Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente, Universidad de Externado de Colombia, 2000; Bustamante Alsina, Jorge "Derecho ambiental: Fundamentación y normativa", p. 48, Abeledo Perrot 1995; Martín Mateo, Ramón "Tratado de Derecho Ambiental" p. 92, 1991; Botassi, Carlos "Derecho Administrativo Ambiental", p. 92 Editorial Platense, 1997; Besalú Parkinson, Aurora: "Daño Ambiental: aspectos relevantes de la responsabilidad", p. 59, en "Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI", homenaje al profesor doctor Roberto M. López Cahana, Abeledo- Perrot, 2001; en la misma obra colec-

- tiva, ver Benjamín, Antonio H. "¿Derechos de la Naturaleza", p. 46, capítulo IX; Morello, Augusto M. "La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino", p. 58, "Un matiz fuertemente definitorio: lo preventivo", cap. IV, Editora Platense, 1989; Jordano Fraga, Jesús: "La responsabilidad de la administración con ocasión de los daños al medio ambiente", Revista de Derecho Urbanístico, Nº 19, p. 19, julio-agosto 1990; Leopoldo de Silva Junior, Alcides: "El Estudio del Impacto Ambiental como instrumento de prevención del daño al medio ambiente", p. 33, en "Derecho Ambiental en evolución", 3, bajo la coordinación de Pasca de Freitas, Vladimír, Editorial Jurua, 2002; Kiss, Alexandre: "Los principios generales del derecho del medio ambiente", p. 73, Valladolid, 1975; Mirra, Álvaro Luis V: "Acción Civil Pública y Reparación del Daño al Medio Ambiente", p. 127, Editorial Juárez de Oliveira, 2002.
- 117 Vazquez Garcia, Aquilino: ponencia, "La legislación ambiental y su aplicación", en Primer Encuentro de Jueces. Desarrollo Sustentable, 28/09/2003, Villa La Angostura, Neuquen, Argentina.
- 118 Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora, "La Responsabilidad Civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva", p. 208, Abelardo Perrot; Zavala de González, Matilde "La tutela inhibitoria contra daños", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año I, Nº1, Enero-Febrero 1999, La Ley; Morello Augusto, Stiglitz, Gabriel "Responsabilidad Civil y Prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia", L.L. 1997-D-364; Stiglitz, Gabriel A. "El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional", p. 320, en obra colectiva "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio", homenaje al profesor doctor Atílio A. Altarini, Abelardo Perrot, 1997.
- 119 Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en sustitute SCJBA, in re "Almada, Hugo v. Copatro S.A. y otros", Acuerdo 2078 del 19-5-98, L.L. 1999-C-1129; reitera esta misma jurisprudencia en los autos "Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Dalreaux", SCJBA, 19-2-2002, bajo anotación de Esalín, José: "El Derecho Agrario Ambiental y la cuestión de los Feed Lots", publicado en Buenos Aires/ 6 de noviembre 2002/ JA 2002- IV, fascículo n. 6.
- 120 SCJBA, "Almada, Hugo v. Copatro S.A. y otros", Acuerdo 2078 del 19-5-98, L.L. 1999-C-1129.- Finalmente, siguiendo la doctrina de la SCJBA: "Las leyes ecológicas se descubren y acatan: ello coloca al Derecho en una "situación de dependencia" de la Ecología. Así vemos que no sólo en el campo de Derecho Procesal Civil se abren redefiniciones del pleito y del papel del juez a las nuevas realidades

circundantes. Creemos en ese proceder de "carácter propio de órgano jurisdiccional" y "ahor cautelar" por su rol preventivo, en consonancia con la responsabilidad social que le incumbe corporizándose en mandatos positivos a las partes y a los funcionarios públicos era el más idóneo para evitar que aconteciera otro daño irreparable. El Juez actuó perfectamente: reparó la lesión prescinda y dispuso las previsiones útiles de acuerdo a las circunstancias, destinadas a evitar que se siguieran produciendo en el futuro. No hay quebra del "principio de congruencia", toda vez que responde a poderes inherentes al Juez que respaldan su actuación en la armoniosa aplicación de todo el ordenamiento y que con responsabilidad social, lo impole a ejercer activamente. Despliega un régimen de obligaciones procesales y prestaciones activas a cargo de una o varias de las partes, de terceros, de funcionarios públicos. Que revisten fuertes tintes de carácter preventivo cautelar, de urgencia e inciden en el objeto (cosa o bien de la vida) o contenido del litigio y no valen sólo inter partes, sino que con amplitud subjetiva necesaria, cubren la finalidad de prevenir daños indeterminados o potencialmente colectivo, frente y la amenaza cierta de una causa productora de daños. Detectado el peligro ambiental, la medida del interés particular es superada prontamente no bien se avizora la magnitud en que el factor riesgooso afecta al bien común, no pudiendo de ninguna manera la protección judicial detenerse en aquel estadio, sino por el contrario acometer hasta donde sea preciso para embrijar la amenaza desbocada. Una de las más relevantes características que define el actual de derechos de daños es su finalidad preventiva o evitación de los entuertos que pueden generarse. Se cita como fundamento legal de ese accionar jurisdiccional, entre otras normas la Constitución Nacional (artículo 41); Tratado de Asunción fundacional del Mercosur (que en su Protocolo impone la preservación del Medio Ambiente), la Declaración de Río de Janeiro sobre Desarrollo Sostenible del CNUMAD, Carta de la Tierra, que en su Principio 15 contempla la prevención, en virtud de la cual los Estados deberán aplicar amplio criterio de precaución; la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costes para impedir la degradación del medio ambiente. Esta función de prevención y evitación de los daños se ha señalado como una de las modernas orientaciones que se vienen imponiendo en el estudio del derecho que se ocupa de ellos. El Derecho a la prevención de daños encuentra fundamento normativo en los principios de la Constitución Nacional, y justificativo

concreto en los Artículos 911 y 2499 del C.C. y 623 C.P.C.C. Alterini-López Cabana concluyen que "en teoría general, la prevención del daño plantea un problema de tutela preventiva tendiente a impedir la realización posible de los daños, ya que cualquiera sea la fuente, deben ser evitados". Cuando se trata de protección de intereses difusos, la tutela inhibitoria adquiere una especial significación. En la legislación nacional esta tutela anticipatoria se materializa a través del artículo 2499 C.C. denuncia de daño temido. Se trata de normas de carácter preventivo. También se ha recurrido, con ostensible función disuasiva a la imposición de montos indemnizatorios elevados, dentro de límites de razonabilidad. La tarea del juzgador fue llevada a cabo con ajuste a pautas intrínsecamente flexibles, propias de la materia, no pudiéndose advertir en tal cometido un apartamiento del principio de congruencia sino en todo caso, haciendo jugar principios tan caros a la estimativa jurídica actual como son los de prevención y evitación del daño, en particular, a un bien principal como es la calidad de vida del ser humano. El sentenciante, teniendo en cuenta la necesidad de satisfacer el interés comprometido en su vertiente bifronte individual y difuso o colectivo acordando correctamente para la representación de ambos, legitimación al reclamante de autos, dispuso la cesación del perjuicio, adoptando un temperamento preventivo, a través del control del accionar futuro de la demandada, en orden al aseguramiento de la efectividad de la sentencia y a la evitación de todo daño prospectivo. La solución a la que arribó el juzgador no sólo resguarda valores esenciales que hacen a la dignidad del hombre y del entorno, sino que consulta en la necesidad de dar primacía a una concepción ética y solidaria de la vida en sociedad. Nuestro ordenamiento jurídico en general obra diversas vías de carácter preventivo, aplicables en materia ambiental: 1) el amparo (art. 43 CN); 2) la acción de daño temido (art. 2499 Código Civil); 3) la acción negatoria (art. 2900 Código Civil); 4) el régimen de molestias o intrusiones provenientes de inmuebles vecinos que exceden el límite de la normal tolerancia (art. 2918 Código Civil); 5) las medidas cautelares clásicas como asimismo cautelares materiales, medidas autosatisfactivas o anticipatorias. Estas últimas dentro del régimen amplio de tutela civil o sustantiva inhibitoria. A su vez, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la Ley 11723, de Medio Ambiente, incluyó un capítulo relativo a la defensa jurisdiccional de los recursos naturales, regulando instrumentos de defensa ambiental, de gran utilidad preventiva. Idem. "Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Dalreux", SCJBA,

19/02/2002, bajo anotación de ESATN, José: "El Derecho Agrario Ambiental y la creación de los feed lots", publicado en Buenos Aires/ 8 de noviembre 2002/ JA 2002-IV, fascículo n. 6.

- 121 Cámara Federal de La Plata, autos: "Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ Enra- Edesur s/ caso de cableado y traslado de Subestación Transformadora", fallo del 8 de julio 2003, ED, Serie Especial de Derecho ambiental, 22 de Abril 2004, p. 15, bajo anotación de Cosarí, Nelson: "Electropolución y daño ambiental".
- 122 Cámara Federal de La Plata, autos: "Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica IB de Octubre c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo", Sala II, fallo del 8 de julio 2003, publicado en RAP Provincia de Buenos Aires, Enero 2004, año 1, N° 10, p. 59, trabajo de sistemática acumulada de jurisprudencia en materia ambiental, de Eliades, Analía.
- 123 Cámara de Apelaciones de Mendoza, 12 de septiembre 2003, "Asociación Oikos Red Ambiental c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ amparo", publicado en elDial.com, suplemento Ambiental, bajo comentario de Valls, Mario.
- 124 "Fundación reserva Puerto de Mar del Plata c/ Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata s/ amparo", Juzgado Federal de N° 2 de Mar del Plata, 26 de diciembre de 2002.
- 125 Diaz Araujo, Mercedes, "La regulación ambiental: nuevas formas de intervención preventiva, represiva, compensatoria y estimuladora", JA, 2002-III, 432, con cita a Parejo Alonso, Luciano: "Manual de Derecho administrativo".
- 126 In re "Municipalidad de Quilmes c/ Creance s/ amparo", resolución del 22 de mayo de 2003, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III.
- 127 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Wichi Hoktek T'Oi Comunidad indígena c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, 11/07/02.
- 128 Para ampliar véase, Bustamante Alsina: "Prevención del daño ambiental (Auditoría del Medio Ambiente-Evaluación de Impacto Ambiental)", JA, 1994-IV, 822; del mismo autor "El daño ambiental y las vías de acceso a la jurisdicción", JA, 1995-IV, 896; Stiglitz, Gabriel: "Tutela de los intereses difusos y Prevención de daños (consolidación de la jurisprudencia civil)", JA, 1995-IV, 215; Feyraro, Guillermo: "Medios procesales para la tutela ambiental", JA, 2001-I, 1173; ; Valls, Mario: "Instrumentos para la política ambiental", JA, 1998-IV, 955; Andorno, Luis O. "La responsabilidad por daño al medio ambiente", JA, 1996-IV, 877, del mismo autor: "Vías legales para la defensa del medio ambiente y para la repara-

ción del daño ecológico", JA, 2001-I, 1088; Trigo Represas, Félix A. "La defensa del medio en la Provincia de Buenos Aires", JA, 1998-IV, 1048; del mismo autor: "Responsabilidad civil por daño ambiental", JA, 1998-IV, 1180; *ib.*, *ídem.* "Evitación, cesación y reparación del daño ambiental", JA, 2002-III, 1052; del mismo autor: "Responsabilidad civil por daño al ambiente", Anticipo de Anales, año XLII, segunda época, N° 36, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1999; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., "La efectiva prevención del daño ambiental", JA, 1999-I, 277; Valls, Mariana-Belli, Rosana: "Prevención y compensación frente al daño ambiental. El seguro ambiental", JA, 1999-IV, 1073; Besalú Parkinson, Aurora: "Prevención del daño ambiental (soluciones en Derecho Privado)", JA, 1997-I, 781; Mosset Iturrzaaga, Jorge: "El daño ambiental y los alcances del mandato judicial", LLBA, año III, N° 1, 1998-43. Para una visión de los mecanismos de carácter preventivo ambiental de base administrativa, véase Vernetti, Ana M., "Instrumentos de prevención del daño ambiental", DJ, 2003-II, 1141; Walsh-Juan R.- Vidal de Lamas, Ana M. "Gestión de pasivos ambientales: mecanismos y herramientas institucionales para su prevención y manejo", LL, 2003- B, ejemplares del 12/03/2003 y 13/03/2003, año LXVII, N° 50. Malo Greco, Guillermo: "Algunos comentarios sobre los estudios del impacto ambiental", LL, boletín del 07/02/1995, p. 5; Valls, Claudia: "Impacto Ambiental. Evaluación actual", Editorial Ciudad Argentina, 2002; de la misma autora, "La Evaluación del Impacto Ambiental", en Cátedra de Ambiente y Recursos Naturales, de Beatriz S. Krom, Estudio Editorial, 2000; también, "Incorporación de nuevas instituciones del derecho ambiental al sistema jurídico argentino", p. 155, en obra colectiva "Responsabilidad ambiental", Editora Belgrano, 1999; Irribarren, Federico: "Evaluación de Impacto Ambiental: su enfoque jurídico", Ediciones Univerno, 1997; Botassi, Carlos A., "Derecho Administrativo Ambiental", LEP, 1997; Grassetti, Eduardo R. "Estudios Ambientales", Editorial Heliasta, 1988; para ampliar véase, Valls, Mariana: "Derecho Ambiental", Ciudad Argentina, 1989; obra colectiva de Coria, Silvia- Devia, Lella- LAMAS, Ana-Nonna, Silvia-Volanueva, Claudia: "El rumbo ambiental en la Argentina", Ediciones Ciudad Argentina, 1988; Walsh, Juan R.- Di Paola, María Eugenia- Gonzalez Acosta, Gustavo- López, Hernán- Rovero, Marta E.- Ryan, Daniel E.- Salsky, Daniel A., "Ambiente, Derecho y Sustentabilidad", La Ley, 2000. En otro orden, cabe destacar que a nivel del derecho internacional, la prevención se asimismo al concepto de diligencia debida. Así lo explica Dupas de Clément, Zlata:

su trabajo en obra colectiva "Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias", Lerner, 1998, bajo el título de "La Diligencia Debida como eje de articulación del ilícito internacional y la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales producidas por actos no prohibidos por el derecho internacional", p. 115 y ss., para distinguir ciertas reglas o estándares de conducta del Estado, de prevención ad intra, ex post, de débitos de prevención ad extra, ex ante, y por último, la prevención ad extra, ex post.

- 129 Antecedentes de Encuentros Científicos. 1.- En las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 26 al 28 de octubre de 1995), le cupo a la Comisión Nro 2, a cargo de los doctores Aníbal Alterini y Roberto López Cabana, el análisis de la "Responsabilidad Civil por la Actividad Industrial", de sus conclusiones se extrae lo siguiente: a) El análisis económico del Derecho no puede llevar a la justificación del daño injusto. El resarcimiento debe mantener el poder de disuasión preventiva. Es procedente la tutela inhibitoria cuando hay amenaza de daño a bienes individuales o colectivos, siendo aplicables el amparo, la denuncia de daño temido y las diferentes medidas cautelares. b) Si de la actividad industrial genéricamente considerada se produce un daño debe aplicarse un factor de atribución legal. La actividad industrial no constituye un factor autónomo de atribución de responsabilidad. En los supuestos de daños derivados de la actividad industrial la responsabilidad, se puede fundar en el riesgo creado, culpa, dolo u otros factores subjetivos u objetivos de atribución. c) Tratándose de daño ambiental, cabe responsabilizar al industrial en cuanto su actividad contamine, degrade o dañe el medio ambiente y pase por alto el deber de preservación. Se destaca que la Constitución Nacional consagra en su Parte Primera, y por ello, con el máximo valor normativo (conf. Art. 75 inc. 23), el derecho al 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 correlativamente, el deber de preservarlo (art. 41). El Tratado de Asunción fundacional del Mercosur, contempla en su Preámbulo, la preservación del medio ambiente. En dichas Jornadas se concluyó que en materia de responsabilidad por residuos peligrosos (Jay 24051) se presentan diversas particularidades: a) se adopta el concepto de cosa riesgosa (art. 45); b) se atribuye el deber de reparar en razón la creación de riesgo por parte del generador del residuo peligroso (arts. 22, 46, 48); c) la culpa de la víctima sólo es invocable cuando se reune el requisito de la inevitabilidad (art. 47), con lo cual

atañe a la teoría del caso fortuito. En otro orden, se recordó que la Declaración de Río de Janeiro, se propone alcanzar el desarrollo sostenible en su principio 4, a cuyo efecto "la protección del medio ambiente deberá constituir un elemento integrante del proceso de desarrollo" sin que pueda considerarse en forma aislada. Recomienda a los Estados "desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales". En materia de prevención, se destaca que la misma es tomada en cuenta en el principio 15 de la Declaración de Río: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". En el aspecto concreto es procedente reclamar la prevención del daño, su cesación o reparación. Por último se sostuvo que: 1) todo lo relativo al medio ambiente tiene carácter interdisciplinario y el eje vector de su régimen debe pasar por la protección de la persona humana; 2) en tanto cierto grado de contaminación es inevitable, la degradación ambiental es enra en la categoría de daño intolerable; 3) los criterios economicistas de costos no pueden prevalecer sobre la protección de las personas humanas en toda su proyección; 4) debe organizarse un sistema de tutela ecológica preventiva; 5) resulta urgente armonizar las legislaciones sobre medio ambiente en el ámbito internacional, y particularmente, en el marco del Mercosur; 6) la responsabilidad civil derivada de daños ecológicos es objetiva; 7) en su caso, cabe la responsabilidad colectiva; 8) cada uno de los miembros de la colectividad tiene legitimación activa para obtener la preservación del medio ambiente; 9) ante el daño ambiental debe ofrecerse un modelo ético de justicia, que enaltezca la prevención en orden a respetar la calidad de vida, cuyo lema debe ser "no contamine". Un año después, en el Congreso Internacional "La Persona y el Derecho a fin de Siglo", realizado en Santa Fe, los días 24, 25 y 26 de octubre de 1995, bajo la presidencia del Dr. Jorge Mosser Irujoaipa, la Comisión 2 aprobó las siguientes ponencias: 1. Que en la revalorización jusfilosófica de la persona como centro del ordenamiento, la constitucionalización del medio ambiente como bien jurídico objeto de un derecho y un deber, importa una coagulación significativa. 2. La responsabilidad ecológica, como cuestiones básicas, la prevención, indemnización y recomposición, acoradas por la racionalidad, por

lo jurídicamente posible y lo socialmente deseable. 3. En materia de daño ambiental adquiere relevancia manifiesta la conducta omisiva, al lado de la activa o positiva. La omisión puede referirse a deberes impuestos por leyes, decretos u ordenanzas, como el deber genérico de diligencia para evitar perjuicios o menoscabos ambientales. 4. Lo atinente al medio ambiente tiene carácter interdisciplinario, superando la separación entre lo público y lo privado. 5. Al lado del conflicto de derechos involucrados por el daño ambiental, la tutela de la persona humana, la salud, bienes y vida, debe enfatizarse en destacar que el ambiente es un bien jurídico autónomo, tutelado por el orden jurídico. 6. La llamada función ambiental de tutela del medio excede la órbita del Estado, reglada por el Derecho Administrativo, y alcanza a todos los ciudadanos de manera personal y colectiva. Resultando legitimados activos en defensa del medio, tanto los titulares de derechos subjetivos afectados, individuales o colectivos, como los que invocan un interés difuso al medio ambiente puro. 7. La necesidad de armonizar "desarrollo sostenible o sustentable" no obsta considerar que la "degradación ambiental" constituye daño intolerable. Los daños ambientales, son de ordinario, el resultado de todo un proceso dilatado en el tiempo: a) "continuos", originados en una sucesión de actos, de un mismo autor o de varios autores, cumplidos en épocas diversas; b) de efectos prolongados o que permanecen en el tiempo; c) "progresivos", producidos por una serie de actos sucesivos de una misma persona o de personas diferentes cuya conjunción provoca un daño mayor. 8. Es deber de la autoridad jurisdiccional desplegar técnicas preventivas, destinadas a evitar que el daño temido, que presuncla el riesgo, se torne real, daño cierto, efectivo e irreparable. 9. La autorización administrativa de la actividad dañadora o su declaración de interés público, no obsta a la calificación como daño injusto, como base de la acción resarcitoria, ni al quehacer preventivo. La autorización para funcionar nunca puede interpretarse como autorización para dañar. 10. Del daño ambiental se desprende -res ipsa loquitur- una violación básica, primaria o elemental, tanto respecto del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias como de la autorización para funcionar. 11. La consideración y la prueba del nexo de causalidad, difícil y compleja en este campo, deben conducirse razonablemente, a la admisión de presunciones de causalidad, al estilo de las vulgarizadas, para el daño ambiental, en el Derecho Comparado. 12. Para la hipótesis de un daño ambiental de causación colectiva o plural, donde aparezcan involucradas un grupo de empresas como posibles su-

jetos agentes, que vuelva materialmente imposible para la víctima o víctimas la determinación fehaciente de la autoría, debe admitirse la "teoría de la causalidad alternativa" del daño colectivo, consagrando la responsabilidad solidaria de los intervinientes. 13. La responsabilidad civil en materia de daños al medio ambiente es como regla objetiva, cabiendo en su caso la responsabilidad colectiva. Concurren a la adopción del criterio objetivo el marcado tinte de riesgo o peligro de la actividad relacionada con el ambiente, el paisaje, el patrimonio cultural, como también la situación de inocencia de las víctimas. 14. El tratamiento fiscal o impositivo de la cesación del daño ambiental debe ser considerado con prudencia máxima. Sea en los denominados "permisos de contaminación" sobre la base del pago de un canon, como de los "premios" por no contaminación. 15. Deben contemplarse los efectos expansivos de la sentencia de condena, en juicio por daño ambiental. Dar plena cabida, para los litigios ambientales, a las medidas cautelares de no innovar, innovativas y de anticipación o autosatisfactivas, que permitan anticipar en forma total o parcial el resultado buscado en la sentencia de mérito. 16. Reconocer al tribunal plenas facultades para ordenar en cualquier estado del proceso, las medidas que entienda útiles para la mejor y rápida dilucidación del conflicto. 17. La acción de amparo se propone, como vía expedita y rápida en defensa de los derechos que protegen al medio ambiente, ante un hecho lesivo, proveniente de la acción u omisión de autoridades públicas o de particulares. Finalmente, constituyen antecedentes valiosos sobre la cuestión las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 10, 11, 12, 13 noviembre de 1983), tema II: "Obligaciones. Derecho a la preservación del medio ambiente. Preservación del medio ambiente. Responsabilidad por daño ecológico", en el que el despacho de la mayoría, de lege lata, estableció que el derecho a la preservación del medio ambiente, corresponde a cada uno de los miembros de la comunidad, como asimismo la legitimación para hacer efectiva la garantía constitucional. Según el caso podrá solicitarse la prevención del daño, su cesación o su reparación. De provecho las conclusiones de las "II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros" (Mar del Plata, octubre de 1982), comisión 2: "Daño Ambiental", que en despacho unánime concluyó que el principio de preservación del medio ambiente está reconocido por el Derecho Internacional y convencional, y en particular, por la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), además de su reconocimiento en la Constitución Nacional. En materia de daño

ambiental se manifiesta la necesidad de acciones preventivas, con un nivel de eficacia apropiado a cada circunstancia. Son procedentes la acción preventiva prevista en el artículo 2498 del CC, las medidas cautelares -aún de oficio- y el amparo. La legitimación concierne a todo miembro de la comunidad (particulares, asociaciones, ombudsman, Poder Público). Del Tercer Congreso Internacional de Derecho de Daños, Conclusiones. Comisión de debate Nro 4. Daños derivados de la actividad industrial. En este despacho se extracta que: a) la actividad industrial genera dos clases de daños resarcibles: I. Los que afectan la salud y la vida, en cuyo caso, tiene legitimación activa el sujeto dañado. II. Los que restringen el derecho a gozar de un ambiente equilibrado. Todo sujeto puede actuar cuando se afecte o pudiera afectarse el medio ambiente como bien colectivo. b) los daños causados por la actividad industrial provienen de una actividad riesgosa, con la consiguiente aplicación del factor de atribución objetiva (art. 1113 C.C.). Por lo demás, la no prevención del daño al medio ambiente por parte de una empresa distorsiona la competencia dentro del mercado (Ley 22262). El Estado está sujeto a la responsabilidad general, y en especial responde por omisión en el ejercicio del poder de policía que le corresponde en la protección del medio ambiente (art. 1112 C.C.). Del IV Congreso Nacional de Derecho Privado y III Congreso Latinoamericano de Derecho Privado, Conclusiones (Buenos Aires, 6, 7 y 8 de julio de 1996), Comisión 1: Los débiles frente al derecho. ap. II: Los derechos de tercera generación. ap. V: Acceso a la justicia. Comisión 5: Problemas actuales del derecho de daños. Relación empresa-ambiente, en la que se concluye que: 1). El crecimiento empresarial debe asegurar su desarrollo sostenible. 2). El "riesgo de la empresa" concierne -entre otras- a los daños ambientales. 3). El principio "contaminador-pagador" no implica una vía de aceptación indirecta de conductas antisociales. 4). Es importante la aplicación de daños punitivos así como otros mecanismos administrativos como instrumentos disuasorios en la contaminación ambiental. En 1997, el Quinto Congreso Internacional de Derecho de Daños, la Comisión Nro 4, presidida por Félix Trigo Represas, en relación al Mercosur: Los derechos ambientales, el impacto industrial y residuos peligrosos, recomendó: 1. Atender a las particularidades características del Derecho Ambiental en función de la especial trascendencia del bien jurídico tutelado y el reconocimiento de un derecho subjetivo de los habitantes de los países signatarios a un medio ambiente sano y equilibrado. 2. Insistir en la necesidad de armonizar las políticas y legislaciones sobre el medio de los

países signatarios del Mercosur, aumentando el nivel de protección consagrado en las legislaciones nacionales, en el marco del desarrollo sustentable. 3. Resaltar la importancia de acciones preventivas en el daño ambiental especialmente a cargo del Estado, dirigidas a evitar, reducir o minimizar sus riesgos, a través de normas que regulen la actividad industrial y la implementación de un control eficaz. 4. Consagrar en la región del Mercosur un sistema de reparación de daños sobre bases objetivas. 5. Extender la aplicación a todos los países del Convenio de Basilea de 1989 sobre Control de Movimientos Transfronterizos de los Residuos Peligrosos y su eliminación. 6. Mejorar las estructuras jurídicas del Mercosur, contemplando la conveniencia y necesidad de creación de un órgano jurisdiccional transnacional. Las Jornadas en Conmemoración de la Reforma del Código Civil (1988-1998), Universidad Argentina J. F. Kennedy, Bs. As., 25 al 27 de junio de 1998, Comisión No 1, obligaciones, daño ambiental. Responsabilidad y Prevención, entre cuyas conclusiones puede leerse que: "Es reparable el daño colectivo de la lesión de intereses difusos, aun en ausencia de perjuicios individuales". "Factor de atribución es objetivo, basado en la idea del riesgo creado, abuso del derecho, exceso en la normal tolerancia, garantía o violación de la obligación de seguridad, según los casos". En otro orden, la prevención del daño, constituye a su vez, objeto de una previsión expresa en el Proyecto de Código Civil de 1998. En efecto, en su artículo 1585, capítulo sobre Responsabilidad Civil, se establece que "Toda persona tiene el deber en cuanto dependa de ella: a) de evitar causar un daño no justificado; b) de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud del daño, del cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) de no agravar el daño, si ya se ha producido". Además el artículo 1598 dispone entre las atribuciones del tribunal, ordenar conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro. Este principio de prevención se integra con la normativa contenida en el artículo 1634 del mismo texto, que niega derecho al responsable a prevalecerse del límite cuantitativo previsto en los artículos 1662, 1663 y 1665, si actuó sin diligencia y, en especial, si no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas. En nuestra materia, el Proyecto de 1998, incluye artículos de suma relevancia, tales como 1586 inciso e (daño justificado), 1622

(daño a los intereses de incidencia colectiva), 1883 (supuestos comprendidos en cosa riesgosa), 1913 (formalones), a cuya lectura remitimos.

- 130 "Jurisprudencia ambiental", J.A. 1996-IV-1083. "Actualización de Jurisprudencia Ambiental", J.A. 1997-IV-1082. "Externalidades y Daños Ambiental en sí mismo", J.A. 1998-III-277. "De la Legitimación para obrar de las ONG ambientales y el derecho deber de información y difusión ambiental", J.A. 1999-I-285. "Daño ambiental. Evolución de nuestra jurisprudencia", J.A. 1999-III-1182. "Un caso de daño ambiental por filtración de hidrocarburos", J.A. 1999-IV-319. "Daño ambiental: legitimación. Acciones. Presupuestos de responsabilidad. Breves reflexiones", La Ley Buenos Aires en adelante LLBA, No 8/ septiembre de 2000, pág. 957. "La legitimación para obrar y los intereses de grupo. El emergente como legitimado para obrar en causas ambientales", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año II, No 4, julio-agosto de 2000. "Contaminación atmosférica por gases tóxicos", Número especial de Derecho Ambiental J.A. 2001-I, 358. "Las industrias, la tutela del ambiente y la Corte Suprema", con Augusto M. Morello. Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina, 2001-III, 309. "El Defensor del Pueblo: legitimación de obrar en un "amparo ambiental". Daño ambiental y desarrollo sustentable", en DJ, año XVII, N° 51, p. 1088. "El cumplimiento de la sentencia que condena a recomponer el ambiente", en J.A. 2002-III, fascículo n. 7. "En defensa del paisaje", J.A. 2002-IV, suplemento fascículo n. 2. "Jurisprudencia penal ambiental", DJ, año XVIII, N° 49, p. 917. "Jurisprudencia Ambiental de la Argentina", p. 259 y ss., de la obra colectiva "Derecho Ambiental en Evolución", bajo la coordinación de Vladimir Passos de Freitas, Curitiba, R. E. Brasil, Juris, 2002. "Legitimación de obrar del sindicato en causa ambiental", LLBA, p. 287, año 10, N° 3, Abril 2003. "Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo" Ley 25675, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año V, N° II, marzo-abril 2003, p. 51. "Jurisprudencia ambiental del Siglo XXI", Buenos Aires, 14 de mayo 2003, JA 2003-31, 1373; "Daño ambiental. Jurisprudencia", La Ley, 10 de julio 2003, año LXVII, N° 131. "Sobre la acumulación subjetiva de pretensiones vinculadas por la causa o por el objeto, en el caso del transporte ferroviario interprovincial de metanol, en fallo de la Corte suprema", anotado con Augusto Mario Morello, 15 de octubre 2003, JA 2003-IV, fascículo n. 3. "Otra vez sobre la competencia judicial ambiental", LL, año LXVIII, N° 35, boletín 19 de febrero de 2004, p. 4.
- 131 Olkos, Cámara de Apelaciones Mendoza, 12 de septiembre 2003, causa N° 80.886/36.237.

- 132 Villbar, Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Esquel, 25 de abril 2003, JA, 2003-III, 402, con nota de Badino, Jorge.
- 133 Agente Fiscal, expediente 18431 / 2003, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la 2ª Circunscripción Judicial de Santa Cruz.
- 134 Forastier, Cámara Civil de Neuquén, Sala II, 30 de octubre 2001, expediente 880-CA-1.
- 135 UOM, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Nicolás, 27 de febrero 2003, LLBA, 2003- 287, bajo anotación de Cafferatta, Néstor A.
- 136 Jazzi, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Isidro, Sala 2ª, 11 de marzo 2003.
- 137 Díaz, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Junco, 11 de septiembre de 2002.
- 138 Fundación Reserva Natural, Juzgado Federal de Mar del Plata, Sala II, 28 de diciembre de 2002.
- 139 Yane, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata, agosto 2003.
- 140 Brisa Ashira, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, 25 de diciembre 2002.
- 141 Municipalidad de Quilmes, Cámara Federal La Plata, Sala II, 22 de mayo de 2003.
- 142 Véase "Resúmenes de Sentencias Judiciales en materia Ambiental", pronunciadas por órganos jurisdiccionales de países de América Latina, bajo la dirección del Magistrado Néstor López Ramos, presentación Ricardo Sánchez Sosa, Director Regional de la Oficina para A. Latina y el Caribe PNUMA, prólogo Rossana Silva Repetto, Coordinadora del Programa de Derecho Ambiental de dicha dependencia de las Naciones Unidas, Serie Documentos 11, PNUMA, 2003.
- 143 Biondo, Cámara Federal de La Plata, Sala II, 8 de septiembre de 2003.
- 144 Asociación 18 de Octubre, Cámara Federal de La Plata, Sala II, 8 de julio 2003 publicado en RAP Provincia de Buenos Aires, Enero 2004, año 1, Nº 10, p. 99, trabajo de sistemática acumulada de jurisprudencia en materia ambiental, de Elledes, Analía.
- 145 Asociación Coordinadora de Usarios, Cámara Federal de La Plata, Sala II, 8 de julio 2003.
- 146 Barragán, octubre 2003, Cámara Contencioso-administrativa de Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- 147 Wichi, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11 de julio de 2002, RAP Buenos Aires, Año 1, Nº 10, p. 58, "Sistemática acumulada de jurisprudencia en materia ambiental", 1º parte, Analía Elledes.

- 148 Avila, Cámara Civil y Comercial de La Plata, 16 de julio de 2002.
- 149 Mazzeo, Cámara Civil y Comercial de La Plata, Sala III, 30 de junio de 2003, JA, 2003-III, fascículo n. 13, p. 58.
- 150 Sagarduy, Cámara Civil y Comercial de La Plata, Sala III, agosto 2003.
- 151 Asociación Ambiente del Sur, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 19 de marzo 2003, causa B. 85.289, RAP Buenos Aires, "Jurisprudencia en materia ambiental de la SCPA. Reseña", , Diciembre 2003, año I, Nº 9, p. 35, JA, 2004, en prensa.
- 152 Cariló, SCJBA, 9 de diciembre de 2002, JA, 2002-IV, fascículo n. 2.
- 153 Ancora, SCJBA, 19 de febrero de 2002, JA, 2002-IV, 392, con nota de ESAÍN, José.
- 154 Morello, Augusto M. "Las inversiones de la carga de la prueba en la sociedad del riesgo y el principio preventivo", DJ, 2004-2-545.
- 155 Peyrano, Jorge W., "La acción preventiva", p. 12, Lexis Nexis Abeledo- Perrot, 2004.
- 156 Martín Mateo, Ramón: "El hombre una especie en peligro", p. 131. Compañías, 1983.
- 157 Tripelli, Adriana: "El principio de precaución en la bioseguridad", p. 283 y ss, III Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario.
- 158 Martín Mateo, Ramón: "Tratado de Derecho Ambiental", volumen II, p. 770, 1991.
- 159 Dmas de Clément, Zlata-Rey Caro, Ernesto J.- Sticca, María A. "Codificación y comentario de normas internacionales ambientales, vigentes en la República Argentina y en el Mercosur", p. 235, La Ley, 2001.
- 160 Barbosa, Julio "La Convención de protección de la diversidad Biológica de las Naciones Unidas", p. 45, en "Evolución reciente del derecho ambiental internacional", A-Z Editora, 1993.
- 161 Livellara, Silvina María "Análisis del Protocolo de Bioseguridad a propósito de su entrada en vigencia el pasado 11 de septiembre de 2003", en El Día, 22 de octubre 2003.
- 162 Para ampliar véase Andorno, Roberto "El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la Era Tecnológica", La Ley, ejemplar del 18/07/2002; de este mismo jurista "Fautas para una correcta aplicación del principio de precaución", en Número especial "Bioética", 23 de julio 2003, JA, 2003-III, fascículo n. 4. El autor señala una serie de condiciones para su puesta en práctica: 1) Situación

de incertidumbre acerca del riesgo; 2) Evaluación científica del riesgo; 3) Perspectiva de un daño grave e irreversible; 4) Proporcionalidad de las medidas; 5) Transparencia de las medidas; 6) Inversión de la carga de la prueba. Ademas, Mirra, Álvaro Luis: "Derecho Ambiental brasileño: O principio do precaução e sua aplicacáo judicial", en JA, Número Especial de Derecho Ambiental, septiembre 2003. Tambi3n puede consultarse: Goldenberg, Isidoro- Cafferatta, Néstor A.: "El principio de precaución", Buenos Aires, 6 de noviembre 2002, JA 2002-IV- Fascículo n. 8; y la amplia bibliografía citada en dichos trabajos de investigación.

- 163 Le Tourneau, Philippe: "Reflexiones panorámicas sobre la responsabilidad civil" en el magnífico "Tratado de la Responsabilidad Civil", Tomo IV, de Trigo Represas, Félix A. López Masa, Marcelo J., publicado por La Ley, p. 901 y ss., en especial apartado 26, 27, 28, p. 918 a 920, del eximio profesor de la Facultad de Derecho de Toulouse, Francia.
- 164 Martín, G. "Précaution et évolution du droit ", en Dalloz, 1995, sec. Chronicle, p. 290, espec. II, 1°.
- 165 Mazeaud, D., "Responsabilité civile et précaution", " La responsabilité civile à l'aube du XXI siècle ", en Resp. civ. et assur. Junio de 2001, n° 19 y a.
- 166 Estrada Oyuela, Raúl - Aguilar Soledad, "El principio o enfoque precautorio en el Derecho Internacional y en la Ley General del Ambiente", en La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, Farn, Año 7 X, N° 4. apuntan las "razones que condicionan racionalmente su aplicación: 1. Se refiere a los procesos de toma de decisión; 2. Funciona como medida provisional en un punto del proceso de manejo del riesgo; 3. En consecuencia, se requiere el previo análisis del riesgo y la conclusión de que existe un riesgo cierto; 4. Es preciso que ese riesgo sea grave o irreversible; 5. Si concurrendo todo lo anterior, sin embargo no hay certeza científica absoluta, entonces se podrá aplicar el principio de precaución como medida de manejo de riesgo; 6. Falta de certeza científica absoluta no puede equipararse a capricho, ni a palpito, por el contrario hace falta cierta evidencia científica aunque no sea absoluta; 7. Esto habilita medidas eficaces en función de los costos, o sea, no cualquier medida; 8. Aunque no esté expreso en el Principio 15 Rio, es generalmente aceptado, que la medida no se puede prolongar indefinidamente en el tiempo".
- 167 Andorno, Roberto "El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la Era Tecnológica", La Ley, ejemplar del 18/07/2003; de este mismo jurista: "Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución", en Número especial "Bioética", 23 de julio 2003, JA, 2003-III, fascículo n. 4.

- 168 Andorno, R., op. citado, en *La Ley*, 18 de julio 2002. Además, véase Mirra, Álvaro Luis: "Direito Ambiental brasileiro: O princípio de precaução e sua aplicação judicial", en JA, Número Especial de Derecho Ambiental, septiembre 2003. Y Goldenberg, Isidoro- Caffarata, Néstor A.: "El principio de precaución", Buenos Aires, 6 de noviembre 2002, JA 2002-IV- fascículo n. 6; y la amplísima bibliografía citada en dichos trabajos de investigación.
- 169 Goldenberg, Isidoro H.- Caffarata, Néstor A. "El principio de precaución", JA, 2002-IV, fascículo n. 8.
- 170 Haro, Ricardo: "Principios rectores del orden económico constitucional", p. 335, en "La Constitución Argentina de nuestro tiempo", Ediciones Ciudad Argentina, 1986.
- 171 Bidart Campos, Germán J. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Tomo I- B, p. 200, Ediar, 2001. Para ampliar véase Caffarata, Néstor A.: "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada, DJ, 2002- 3, pág. 1133, boletín del 26 de diciembre 2002.- "Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo" Ley 25675, *Revista de Responsabilidad civil y Seguros*, Año V, Nº 11, marzo - abril 2003, p. 51.
- 172 García Minella, Gabriela: "Ley General del Ambiente. Interpretando la nueva legislación ambiental", en obra colectiva *Derecho Ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, bajo la coordinación de Jiménez, Eduardo F., Ediar, 2004.
- 173 Esato, José A.: "El Federalismo Ambiental. Reparto de Competencias Legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente 25.675", en prensa, *J.A Lexis Nexis*).

CAPITULO 2. DAÑO AMBIENTAL DE INCIDENCIA COLECTIVA

- 1 Natale, Alberto A., "Comentario sobre la Constitución. La Reforma de 1994", p. 53, Editorial Depalma, 1995.
- 2 "Louzán, Carlos c/ Ministerio de Economía s/ acción de amparo", resuelto por la Sala I de la Cámara Federal de San Martín, con fecha 26/7/03, publicado en JA, 1995, III-208. LL, 1995, E-375. ED, 156-53.
- 3 Bustacante Alsina, Jorge: "El daño ambiental y las vías procesales de acceso a la jurisdicción", JA, 1996, IV-898.
- 4 Lorenzetti, Ricardo Luis, "La protección jurídica del ambiente", L.L, 1997-B-1467; compartida por Trigo Represas, Félix: "La Defensa del ambiente en la Provincia de Buenos Aires", J.A, 1998, [V-]048.

- 5 Lorenzetti, Ricardo Luis, "Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente", *L.L.*, 1998-A-1028.
- 6 Hutchinson, Tomás: "Responsabilidad pública ambiental", p. 127, Tomo II, en obra colectiva: "Daño Ambiental", Rubinzal- Culzoni Editores, 1999.
- 7 Gomis Catalá, Lucía, "Responsabilidad por daños al medio ambiente", p. 76, Aranzadi Editorial, 1998.
- 8 De Miguel Perales, Carlos: "La responsabilidad por daños al medio ambiente", p. 81 y ss, Civitas, 1993.
- 9 Cabanillas Sánchez, Antonio, "La Reparación de los Daños al Medio Ambiente", p. 128, Aranzadi, 1996.
- 10 De Miguel Perales, Carlos: "La responsabilidad por daños al medio ambiente", p. 134, Civitas, 1993.
- 11 Dalla Via, Ricardo- López Alfonsín, Marcelo: "Aspectos constitucionales del ambiente", Editorial Estudio, p. 159, 1994.
- 12 Gomis Catalá, Lucía, op. cit., p. 76.
- 13 Besalú Parkinson, Aurora: "El daño socialmente tolerable y el medio ambiente. Implicaciones básicas de la teoría del riesgo permitido", p. 35, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley*, año I, N°2, marzo- abril de 1999.
- 14 Gomis Catalá, Lucía, op. cit., p. 78.
- 15 Gomis Catalá, Lucía, op. cit., p. 77.
- 16 De Miguel Perales, Carlos: "La responsabilidad civil por daños al medio ambiente", p. 133, Civitas, 1994.
- 17 Bustamante Alsina, Jorge: "La diversidad del impacto ambiental y los daños ecológicos subsecuentes", p. 105, *Jurisprudencia Argentina*, 80º Aniversario, 1998.
- 18 Caffaratta, Néstor A. "El aporte del derecho penal a la protección ambiental" en *J.A.* 1993-I-229; véase también Garrido Córdoba, Lidia: "Los daños colectivos y la reparación", p. 164, 1993, Editorial Universidad.
- 19 Ley 11.723 del Medio Ambiente, Anexo 1, Glosario, de la Provincia de Buenos Aires. Decreto 2009/60, reglamentario de la Ley 5965, de Protección a la Fuentes de Provisión y a los Cursos de Agua, Atmósfera, de la Provincia de Buenos Aires.
- 20 Decreto 2009/60, reglamentario de la Ley 5965, de Protección a la Fuentes de Provisión y a los Cursos de Agua, Atmósfera, de la Provincia de Buenos Aires.
- 21 Ley 12.257, Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires.

- 22 Decreto 3395, efluentes gaseosos, reglamentaria ley 5965 de la Provincia de Buenos Aires.
- 23 Ordenanza 33.291, de la MCBA, de Control de la Contaminación Ambiental, Definiciones y técnicas básicas; Ordenanza 38025, de la MCBA, Código de Prevención de la Contaminación Ambiental, Sección Primera, artículo 1.3.1, Definiciones y técnicas básicas.
- 24 Ley 123, Anexo, Evaluación de Impacto ambiental, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- 25 Magarinos De Melo, Mateo, "Concepto y definición jurídico de contaminación", Ambiente y Recursos Naturales, Editorial La Ley, abril/junio 1984, vol. 1, Nro 2, p. 35 y sig.
- 26 Peyrano, Guillermo: "Daño ecológico. Protección del Medio Ambiente e intereses difusos", JA, 1083-JI-835.
- 27 Flah, Lily y Smayevsky, Miriam: "Daño Ambiental: Aplicación del Código Civil y Proyecto de Reforma", LL, 1990-C-384.
- 28 Bustamante Alsina, Jorge, "Derecho Ambiental- Fundamentación., Normativa", p. 45, Abeledo- Perrot, 1985; en el mismo sentido, Andorno, Luis O., "La responsabilidad por daño al ambiente", J.A, 1990-IV-877; Goldenberg, Isidoro - Caffarena, Néstor Alfredo: "Daño ambiental. problemática de su determinación causal", p. 8, Abeledo- Perrot, 2001.
- 29 C. Fed. La Plata, Sala 1era. 03/09/96, Maceroni, Francisco y otros v. Dirección General de Fabricaciones Militares, J.A, 1996-III-262, con nota de Caffarena, Néstor A.: "Externalidades y daño ambiental en sí mismo".
- 30 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 19/0598, Ac. 60084, Almada Hugo N. c/ Copetro S.A. y otro, Irazú, Margarita c/ Copetro S.A. y otros, Ac. 80251; Klaus, Juan c/ Copetro S.A. y otro, Ac. 60254, con nota aprobatoria de Stiglitz, Gabriel, "Prevención de daños colectivos", L.L.BA, 1998-940; Galdós, Jorge Mario: "SCBA. Aperturas procesales y sustanciales a propósito del caso Copetro", L.L, ejemplar del 18-6-99; Cayuso, Susana, "La protección del ambiente: El diseño constitucional y la búsqueda de efectividad", L.L.BA, 1998-1308; véase asimismo de la SCBA, Ac. 54665, 19/05/88, "Piniuti De Perez, María del Carmen c/ Copetro S.A. s/ daños y perjuicios", votos de los doctores Juan C. Hitters y Eduardo Pettigiani, que en lo sustancial reiteran los argumentos del caso precedente.
- 31 Mossot Iturraspe, Jorge: "Cómo contratar en una economía de mercado", p. 144, Robinsona Culzoni Editora, 1996.

- 32 Trigo Represas, Félix: "La defensa del ambiente en la provincia de Buenos Aires", JA, 1998-IV-1048. Ver asimismo Cafferatta, Néstor A. "Vocabulario medioambiental", LLBA, año 8, N° 5, junio de 2001, p. 578. Del mismo autor, Lba, Daño ambiental: legitimación. Acciones. Presupuestos de responsabilidad", año 7, N° 8, septiembre de 2000, p. 857.
- 33 Morello, Augusto M. "La prueba científica", LL, 1999-C-897; Falbo, Anibal: "El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales", JA, 1995-IV-976.
- 34 Morello, Augusto M. "La valoración de la prueba y otras cuestiones de derecho procesal del ambiente", JA, 19893-III-390.
- 35 Trigo Represas, Félix A., "La Defensa del Ambiente en la Provincia de Buenos Aires" J.A. 1998-IV, 1048.
- 36 Dornó, Roberto - Menem Eduardo, "La Constitución Reformada", p. 142, Ediciones Ciudad Argentina, 1994.
- 37 Gomis Catalá, Lucía, p. 64, "Responsabilidad por daño al medio ambiente", Editorial Aranzadi, Alicante, España 1998.
- 38 De Miguel Peralca, Carlos, "La responsabilidad civil por daños al medio ambiente", Club Aseguradores Internacionales, Civitas, monografía, 1994; también Moreno Trujillo; Eulalia, "La protección Jurídica Privada del Medio Ambiente y la responsabilidad por su deterioro, Bosch editor, 1991, p. 193.
- 39 Silgitz, Gabriel, Pautas para un sistema de tutela civil del ambiente, Revista Ambiente y recursos naturales, LL, Órgano de difusión FARN, vol. II, N° 2, Julio/ septiembre 1985, p. 38; Gianfelice, Mario C. "Responsabilidad Civil por contaminación ambiental. Presupuestos", LL, 1883-D, Sección Doctrina-1016.
- 40 Walsh, Juan Rodrigo y Preuss, Federico, J.A. 1996, IV-962. El daño ambiental: La necesidad de nuevas instituciones jurídicas.
- 41 Hutchinson, Tomás, en obra colectiva "Daño Ambiental", su trabajo "Responsabilidad pública ambiental", T° II, p. 40, Editorial Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 1990.
- 42 ST Chubut, 28/06/2001, in re "Defensora del Pueblo de la Provincia", nota a fallo, Cafferatta, Néstor A.: "El Defensor del Pueblo: legitimación de obrar en un campo ambiental. Daño ambiental y desarrollo sustentable", Doctrina Judicial, 2001, 3-1069.
- 43 Borda, Guillermo: "Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales", T. I, p. 400, Buenos Aires, 1975. Andorno Luis O.: "La Responsabilidad Civil por el daño ambien-

tal, artículo 2618 C.C.", Rev. Col. de Abogados Rosario N°13, 1978/80. Del mismo autor: "Las molestias de vecindad (art. 2618 C.C.): La responsabilidad por daño ambiental", J.A. 1989-IV-1074.

- 44 Cámara Nacional Civil, Sala A, 22/5/1980, ED, 89-374.
- 45 Kestelmajer de Carlucci, Aída: "La responsabilidad por el daño ambiental", p 182. Separata de Anales del Cincuentenario año académico 1990, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- 46 Alterini, Adolfo y López Cabana, Roberto: Los daños al medio ambiente en la realidad económica, L.L. 1992, II-1029; en el mismo sentido, las Conclusiones de la Comisión N° 2 Daño Ambiental, de las "II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguro", Mar del Plata 1992.
- 47 Carranza, Jorge A. "La protección jurídica del medio ambiente y la responsabilidad por daño ecológico en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 10 al 23 de noviembre de 1983)", LL, 1984-A, Sección doctrina, p. 1062.
- 48 "Pinini de Pérez c/ Copetro SA y otro", citado *ut supra*.
- 49 Besala Parkinson, *op. cit.*, p. 35.
- 50 Highton, Elena: Capítulo XXVIII, "Reparación y prevención del daño al medio ambiente. ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?", en obra colectiva Derecho de Daños, p. 819, Ed. La Rocca, 2da parte, Buenos Aires, 1993.
- 51 Pinini de Pérez c/ Copetro S.A., Cámara 1° Civil y Comercial La Plata, Sala II, del 27-4-93, publicado en J.A. 1993-III-388. Véase también el excelente fallo de la Cámara C. y C. de Azul, sala 2da., 22-10-86, "Municipalidad de Tandil c/ La Estrella s/ Daños y Perjuicios", voto del Dr. Jorge Galdós, en el E.D. 171-373, J.A. 1987-III-237, LLEA 1987-289, Revista de Jurisprudencia de Buenos Aires, noviembre de 1996, N° 11, p. 879, L.L. Actualidad 25-2-97, p. 2, L.L., 1998, A-1033, con notas laudatorias de Trigo Represas, Félix, Lorenzetti, Ricardo Luis, Zavala de Gonzalez, Matilde, De Lorenzo, Miguel Federico, y Busamante Alsina, Jorge H., respectivamente. Asimismo las ejemplares sentencias de la Cámara 1° Civil y Comercial La Plata, Sala III, 22-12-82, "Almada, Hugo v. Copetro S.A. y otros" y 15-11-84, Sagarduy, Alberto, en J.A. 1995-IV-178, LLEA 1996-IV, J.A. 1995-IV-178, Lliba 1995-835, con notas aprobatorias de Stiglitz, Gabriel, Mosset Iturraspe, Jorge y Botassi, Carlos. Para el estudio del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en dichas causas, véase de Morello, Augusto M. Cafferatta, Néstor A. "Las industrias, la tutela del ambiente y la Corte Suprema", J.A., 26/09/01, Nro 6285, pág. 26.- Para ampliar consultar Cafferatta, Néstor A., "Juris-

- prudencia ambiental", en J.A. 1996-IV-1093 y "Actualización de Jurisprudencia Ambiental", en J.A., 1997-IV-1092; del mismo autor: "Daño ambiental. Evolución de nuestra jurisprudencia", en J.A. 28-7-99. "Jurisprudencia ambiental del Siglo XXI", Buenos Aires, 14 de mayo 2003, JA 2003-II, fascículo n. 7, p. 25.
- 52 Cámara 1ª Civil y Comercial La Plata, Sala II, 27/4/93, "Pitini de Pérez c/ Copetro SA", J.A., 1993-III-368, bajo comentario de Morello, Augusto Mario, "La valoración de la prueba y otras cuestiones en la tutela procesal del ambiente". Ghersi, Carlos Alberto, "Responsabilidad por daño ecológico. La transcendencia de un Poder Judicial independiente de grupos económicos. El valor de la justicia social". Asimismo Cámara 1ª Civil y Comercial La Plata, Sala III, 22/12/1992, "Almada, Hugo c/ Copetro SA"; y del mismo tribunal 15/11/1994, "Sagarduy, A c/ Copetro SA y otros", en J.A., 1995, IV-178.
- 53 Cámara Federal La Plata, Sala III, "Giménez, Domingo y otra v. Estado Nacional (Ejército Argentino)", sentencia del 09/08/1989, voto del juez Shuffrin, J.A., 1989-III-96, con nota de Morello, Augusto M. - Stiglitz, Gabriel A: "Función preventiva del derecho de daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la justicia"; LL, 1989, C-116.
- 54 Caffaratta, Néstor A. "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada, DJ, 2002- 3, pág. 1133, boletín del 26 de diciembre 2002. Del mismo autor "Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo" Ley 25675, Revista de Responsabilidad civil y Seguros, Año V, N° II, marzo-abril 2003, p. 51.
- 55 Mossel Jarrabe, Jorge: su trabajo "El daño ambiental en el derecho privado", p. 73, en obra colectiva "Daño Ambiental", Rubinzal- Culzoni, 1999.
- 56 Bustamante Ajaína, Jorge, "Responsabilidad civil por daño ambiental", L.L. 1999-C-1058.
- 57 Stiglitz, Gabriel, "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente", LL 1983-A-788.
- 58 Morello, Augusto M. "La prueba científica", L.L. 1999-C-807.
- 59 Goldenberg, Isidoro H.- Caffaratta, Néstor A. "Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal", p. 28 y ss. Abeledo- Perrot, 2001.
- 60 Stiglitz, Gabriel, "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente", LL 1983-A-788.
- 61 Cámara 1ª Civil y Comercial La Plata, Sala II, in re "Pitini de Pérez, María del Carmen v. Copetro S.A", RSD- 42-93, sentencia 27/04/1993, J.A. 1993-III-368,

bajo anotación de Morello, Augusto M., asimismo comentario de Ghersi, Carlos. Véase Revista Jurídica Delta, N° 6, CAZC, 1993, con nota de Garay, Alberto; Revista de Jurisprudencia del Colegio de Abogados de La Plata, N° 38, con nota de Gajate, Rita.

- 62 Andorco Luis O: "Las molestias de vecindad - artículo 2618 Código Civil. La responsabilidad por daño ambiental", J.A. 1999-JV-1074.
- 63 Cafferata, Néstor A. "La teoría del riesgo permitido y la tutela ambiental". en La Ley, Suplemento Derecho Ambiental, año 3, N° 1, FARN.
- 64 Besalú Parkinson, Aurora: "El daño socialmente tolerable y el medio ambiente. Implicancias de la teoría del riesgo permitido", R.R.C y S, año N° 1, N° 2, p. 35, marzo- abril 1989.
- 65 Morello, Augusto, "El proceso civil colectivo", p. 1073, de su obra "Estudios de Derecho Procesal. Nuevas Demandas. Nuevas Respuestas", volumen 2, Editorial Platense, 1998.
- 66 Lorenzetti, Ricardo Luis. "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", L.L. 1996-D-1058.
- 67 Garrido Córdoba, Lidia, p. 107, de su obra "Los daños colectivos y la reparación", Universidad, 1993.
- 68 Zavala de González, Matilde: "Identidad Grupal o colectiva", L.L. 1998-B-1122.
- 69 "Jaime, Eugenio y otros", del fallo del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, según la cita del Dr. Pedro Hoff, S. 24.05.2000, publicada por J.A, 2001, 1-379.
- 70 Bidart Campos, Germán J.: "Otra vez los bienes 'colectivos'", en LL, 24/12/2002.
- 71 Lorenzetti, Ricardo: "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", L.L, 1996-D-1058.
- 72 In re "Aguirre, Rodrigo Alejandro s/ recurso de casación", Sala I, Cámara Nacional de Casación Penal, 30.03.2002.
- 73 Lorenzetti, Ricardo Luis, "Las Normas Fundamentales de Derecho Privado", p. 147, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1995.
- 74 Lorenzetti, Ricardo Luis, "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", LL, 1996-D-1058.
- 75 Trigo Represa, Félix A., "La Defensa del Ambiente en la Provincia de Buenos Aires" J.A. 1998-JV, 1048. Stiglitz, Gabriel: "Pautas para un sistema de tutela civil del ambiente", AyRN, julio- septiembre- volumen 11, N ° 3, p. 39, Editorial La Ley, 1988.

- 76 Carranza, Jorge: "Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental", J.A., IV-1989-701; también véase Goldenberg, Isidoro H. Cafferatta, Néstor A. "El compromiso social de la empresa por la gestión ambiental", LL, 1989-C-834.
- 77 Garcés Córdoba, Lidia, "Los daños colectivos y la reparación", 1993, Editorial Universidad, p. 221.
- 78 Lorenzetti, Ricardo Luis, "Las normas fundamentales de Derecho Privado", p. 493, Edit. Rubinzal-Culzoni, 1995.
- 79 Galdós, Jorge Mario, "Derecho ambiental y daño moral colectivo: algunas aproximaciones", en J.A., 1998-IV-882.
- 80 Morello, Augusto M., "Los Derechos del Hombre de la tercera y cuarta Generación", capítulo LXI, tomo 1, de su magnífica obra "Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", 1998, Editora Platense.
- 81 Doomi, Roberto - Meneses, Eduardo: "La Constitución Reformada. Comentada, Interpretada y concordada", p. 142, Editorial Ciudad Argentina, 1995.
- 82 Morello, Augusto M.-Stiglitz, Gabriel: "Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos", Editora Platense, 1986.
- 83 Lorenzetti, Ricardo Luis, capítulo XIV, La esfera privada y social, de su obra "Las Normas Fundamentales de Derecho Privado", p. 459, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1995.
- 84 Bustamante Alsina, Jorge, "El Orden Público Ambiental", LL, 1995-E-918. Cano, Guillermo, "El Orden Público Ambiental", LL, 1979-A-224; Goldenberg, Isidoro H., "Nuevas fuentes de atribución de responsabilidad. El alcance del nexo causal", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año 2, N° 2, marzo-abril 2000, Editorial La Ley.
- 85 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Ac. 80.094, 19/5/98, "Almada, Hugo Néstor c/ Copetro S.A y otro"; Ac. 80.251, "Irazu, Margarita c/ Copetro S.A y otro"; Ac. 80.254, "Klaus, Juan Joaquín c/ Copetro S.A y otro", en LL BsAs, 1998, p. 940, con nota laudatoria de Stiglitz, Gabriel: "Prevención de daños colectivos - en la jurisprudencia de la SCJBA", LL BsAs, 1998, p. 940; C. 1.a. Civ. y Com. La Plata, sala 3.a., 22/12/82, Almada, Hugo N v. Copetro S.A y otro y C. 1.a. Civ y Com. La Plata, sala 3.a., 15/11/94, Sagarduy, Alberto, en J.A. 1995-IV-178, con nota de Stiglitz, Gabriel A., "Tutela Procesal de los intereses difusos y prevención de daños (Consolidación de la jurisprudencia civil)", en J.A., 1995-IV-173; C. 1.a. Civ. y Com. La Plata, sala 3.a., 9/2/95, "Almada, Hugo N. v. Copetro S.A y otro; Irazu, Margarita v. Copetro S.A y otro"; "Klaus,

Juan J. v. Copetro S.A y otros", con nota de Mosset Iturraspe, Jorge, "El daño ambiental y los alcances del mandato judicial", LLBA, 1996, p. 44; C. 1a Civ. y Com., La Plata, Sala 3a, 15/11/94, "Sagarduy, Alberto", con nota de Boussel, Carlos A., "La defensa judicial del medio ambiente", LLBA, 1995, p. 835.

- 86 Cano, Guillermo, "Derecho, Política y Administración Ambiental", Editorial Depalma, 1978.
- 87 Valla, Mario E. "Derecho Ambiental", 3ª edición 1994, distribuye Abeledo-Perrot.
- 88 Dromi-Menem, "La Constitución Reformada", Ediciones Ciudad Argentina, 1995
- 89 Quiroga Lavie, Humberto, "El amparo colectivo", p.120, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1988.
- 90 Quiroga Lavie, Humberto, op. cit., p. 127.
- 91 Quiroga Lavie, Humberto, op. cit., p. 128.
- 92 Quiroga Lavie, Humberto, op. cit. p. 190.
- 93 Bidart Campos, Germán, Intereses difusos, derecho a la preservación del ambiente y derecho a la salud y la vida, ED 154-710.
- 94 Para ampliar remitimos al fallo recaído en la causa "Federación de Cooperadoras escolares-Ley 10.000 v. Provincia de Santa Fe, voto de Ulla, Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, JA, 1991-IV-293 (Gozalini, Osvaldo, JA 1996-III-843, "La legitimación para obrar y los derechos difusos", el mismo trabajo publicado en pág. 226, en "Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI. Temas actuales", Ediar, 1997).
- 95 Gozálvi, Osvaldo, J.A 1996-III-843, "La legitimación para obrar y los derechos difusos", el mismo trabajo publicado en pág. 226, en "Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI. Temas actuales", Ediar, 1997.
- 96 Gozálvi, Osvaldo Alfredo: "El derecho de amparo", pág. 131, 2da edición, Depalma, 1998.
- 97 Söglitz, Gabriel A., "La responsabilidad civil: nuevas formas y perspectivas" p. 24 y 25, Ed. La Ley 1984.
- 98 Quiroga Lavie, Humberto: El amparo colectivo, p. 120, 1998, Editorial Rubinzal-Culzoni.
- 99 Morello, Augusto M., su obra "La Tutela de los Intereses Difusos en el derecho argentino", capítulo III, Del proceso individual al colectivo, p. 53, Librería Editora Platense, 1999.
- 100 Lorenzetti, Ricardo L.: "Las Normas Fundamentales de Derecho Privado", p. 167-168, Editorial Rubinzal Culzoni, 1995.

- 101 Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, en la causa caratulada "Federación Cooperadoras Escolares Departamento Rosario v. Provincia de Santa Fe s. recurso contencioso administrativo sumario ley 10.000", voto del Dr. Ulla, en J.A. 1981-IV-283.
- 102 Bidart Campos, Germán J. "Intereses difusos, derecho a la preservación del ambiente y derecho a la salud y la vida", ED, 154- 710.
- 103 Bidart Campos, Germán J.: "Manual de La Constitución Reformada", tomo II, p. 381, Ediar, 1998. Del mismo autor "El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación", p. 15-22, en obra colectiva "La legitimación", homenaje al profesor Dr. Lino E. Palacio, Abeledo- Perrot, 1995.
- 104 Mossi Iturraspe, Jorge: "El daño ambiental en el derecho privado", p. 163, de la obra colectiva "Daño ambiental", Tomo I, Rubinzal- Culzoni, 1999.
- 105 Barbosa Moreira, José Carlos: "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño", Revista IUS, N ° 34, 1993, p. 82.
- 106 Gozáni, Osvaldo, La legitimación para obrar y los derechos difusos, J.A- 1996-IV-634.
- 107 Cafferatta, Néstor A.: Daño ambiental: legitimación. Acciones Presupuestas de responsabilidad. Breves reflexiones", LLBA, 2000, p. 957-973.
- 108 Lorenzetti, Ricardo Lois: "Las normas fundamentales de derecho privado", p. 167, Rubinzal- Culzoni, 1995.
- 109 Bustamante Alsina, Jorge, Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa, p. 68, Editorial Abeledo- Perrot, 1995. Sobre la característica de hipojudicialidad o deficiente tutela procesal, véase también, en el mismo sentido, la opinión de Lozano - Higuera Pinto, Manuel, "Intereses difusos y protección del patrimonio cultural", en obra colectiva "La Legitimación", homenaje al profesor doctor Lino E. Palacio, p. 413, Abeledo- Perrot, 1998.
- 110 Capella, José Luis: "Intereses difusos. Ley 10.000", 1995. Véase Cafferatta, Néstor Alfredo: "La legitimación para obrar y los intereses de grupo. El emergente como legitimado para obrar en causas ambientales", p. 56, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL, AÑO II, no 19, Junio- agosto de 2000.
- 111 Cámara Nacional Civil, Sala A, 03.03.88, in re "Elmedijjan, Miguel A. v. Neustada, Bernardo y otros", J.A, 1988-II-403.
- 112 Cámara Nacional Civil, Sala I, con voto de los doctores Santos Cúbertes, Ferré y Quintana Ojea, el 29.4.93, en la causa "Boech, Francisco v. Inspección General de Justicia", J.A, 1994-I-512, con nota de Néstor P. Sagóts.

- 113 Cappelletti, Mauro, "O acceso dos consumidores a Justicia". Revista do Processo, San Pablo, N° 62, 1991, p. 205-220.
- 114 Bajosa Vadel, Lorenzo M., "Sobre el concepto de intereses de grupo, difusos y colectivos", LL, 1987-F-1142.
- 115 Vázquez Rossi, Jorge, "Apuntes para el encuadre de la problemática jurídica de los intereses difusos", p. 144, Rubinzal-Culzoni, 1983.
- 116 Quiroga Lavié, Humberto: "El Amparo Colectivo", p. 120, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1996.
- 117 Quiroga Lavié, Humberto: "El Amparo Colectivo", p. 14 y 137, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1988.
- 118 Zavala de Gonzalez, Matilda: "El daño Colectivo", págs. 438, 448, 449 y 453, en "Derecho de Daños", en honor al profesor Dr. Mosses Iturraspe, Ed. Larroca, 1989, en tesis que comparten Aggolia, Boragina y Mesa, "La lesión a los intereses difusos. Categoría de Daño jurídicamente protegible", en J.A. 1993-II-890.
- 119 Alterini, Atilio, "Mercosur y Medio Ambiente: Problemas y perspectivas"; D.J. 1988-II-75.
- 120 Stiglitz, Gabriel A.: "El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional", p. 317 en obra colectiva "Responsabilidad por daño en el tercer milenio", homenaje al profesor Dr. Atilio A. Alterini, Abeledo-Perrot, 1997.
- 121 Stiglitz "La responsabilidad civil" cit., pá. 38 y ss., n° 24 y sigte.; Stiglitz, Gabriel A. - Acclerri, Hugo A. "Legitimación procesal colectiva. Las acciones de clase. Reparación de daños" en el N° 9 de "La Revista del Foro de Cuyo", Mendoza, ed. Dika, 1993, pá. 242 y sigte., n° 11-4.
- 122 Zavala de Gonzalez, Matilda "El daño colectivo" en "Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosses Iturraspe", Bs. As., Ediciones. La Rocca, 1989, pá. 439 y sigte., n° 1, y p. 448, n° 3.
- 123 P. de de la Rúa, Angellina "La protección de los llamados intereses difusos en la Constitución Nacional y la Constitución de la provincia de Córdoba", en L. L. 1986-B, p. 790, n° I(-c); Lorenzetti "Responsabilidad colectiva..." cit. en L.L. 1996-D, p. 1070, n° VI(-2-A); idem "Las normas fundamentales de derecho privado", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pá. 457 y sigte., n° II.1; Sagües "Acción de amparo, intereses difusos y acción popular" en J.A. 1994-I, p. 525.
- 124 Lorenzetti, Ricardo L. "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", en L.L. 1996-D, p. 1072, n° VI(-G).

- 125 Lorenzetti, Ricardo L. "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", en L.L. 1998-D, p. 1063, n° III-3 y p. 1071, n° VI-2-B); Pellegrini Grinover, Ada "Acciones colectivas en tutela del ambiente y de los consumidores (La ley brasileña del 24 de julio de 1985, n° 7347)", trad. de Gerónimo Sentinara, en el N° 38 de la Revista "Jus", La Plata, ed. Platense, p. 66, n° 4.
- 126 Cazeaux, Pedro N. "La reforma del código civil en el derecho de las obligaciones", en el N° 21 de la "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año X, Julio-Diciembre de 1988, p. 173; Liambais, Jorge Joaquín "Ley 17.711: reforma del código civil" en J.A. 1988-V, p. 793; Trigo Represas, Félix A. en: Cazeaux, Pedro N. - Trigo represas, Félix A. "Derecho de las obligaciones", 3a. ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1986, t. V, p. 775, n° 3.069; Carn. Nac. Civil Sala G, 13/8/93, "Casafus c/ Romagnoli", L.L. 1993-B-463; Carn. Federal La Plata, Sala la., 31/8/83, "Segli c/ Empresa Gas del Estado", R.D. 107-439.
- 127 In re "Municipalidad de Tandil c/ T.A. La Estrella S.A.", en: El Derecho t. 171, ps. 378 y ss., con nuestra nota: "Un caso de daño moral colectivo"; "La Ley Buenos Aires" 1997, ps. 272 y ss. con nota de Matilde Zavala de González: "Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario"; el semanario n° 6053 de "Jurisprudencia Argentina" del 3/9/97 (J.A. 1997-III), con nota de Ricardo Lorenzetti: "Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial"; y la "Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires", año 1998, N° 10, ps. 861 y ss., con nota de Jorge Mosset (Turraspes): "Daño moral colectivo originado en la lesión a un bien cultural. La municipalidad como legitimada pasiva". Ver en igual sentido: Bustamante Alsina, Jorge "El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible" en L. L. 1998-A, ps. 1033 y ss.
- 128 Lorenzetti, Ricardo Lois "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos" cit. en L.L. 1998-D, p. 1072, último párrafo; Söglitz - Acciari "Legitimación procesal colectiva" cit. en el N° 9 de "La Revista de Foro de Cuyo", p. 244, n° II-6.
- 129 Galdós, Jorge Mario, en "Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa", p. 113, en Revista de Daños, N° 6, "Daño moral", Rubinzal-Culzoni Editores.
- 130 Morello, Augusto M. y Söglitz, Gabriel, "Daño moral colectivo", L.L. 1984-C-1187.
- 131 Galdós, Jorge M., "Derecho Ambiental y Daño moral colectivo: algunas aproximaciones", J.A. 1998-IV-982. Ver del mismo autor, "Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa", p. 113, en Revista de Derecho de Daños, N° 6, Daño moral, Rubinzal-Culzoni Editores.

- 132 Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, Revista Notarial, N° 877, p. 1642 y ss.; citadas por Mosset Iturraspe, Jorge, obra colectiva citada "Daño ambiental", su trabajo "Daño ambiental en el derecho privado", en tomo I, p. 145, Ed. Rubinzal-Culzoni, noviembre de 1989.
- 133 Mosset Iturraspe, Jorge, "Daño ambiental en el derecho privado", en obra colectiva citada, tomo I, p. 148.
- 134 Agnola, María, Borzagina, Juan y Meza, Jorge, "El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental", J.A. 1993-IV-808.
- 135 Lorenzetti, Ricardo L., "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", LL, 1996, D-1058, p. 1072; en la misma línea v. Stiglitz, Gabriel, "Mecanismos jurídicos de protección al medio ambiente", en Juris, 80-321.
- 136 Morello, Augusto M. - Stiglitz, Gabriel A. "Daño moral colectivo", en L.L. 1984-C, ps. 1198 y ss., n° II; idem "Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos", La Plata, Librería Editora Platense, 1986, ps. 119 y ss., n° II. En igual sentido: Mosset Iturraspe, Jorge: "Responsabilidad por Daños", Tomo IV, p. 228 y ss., N° 77, Buenos Aires, Edlar, 1986. Tales autores suscribieron además la recomendación letra B, Punto VI, del Tema VI: "Daño Moral", en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, del año 1984, que reza: "La categoría de daño moral colectivo ocasionado a íntegros grupos humanos, exige la previsión de una apertura legitimatoria para el ejercicio de la pretensión resarcitoria, en favor de los cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada". Vld. "El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y Jornadas en los últimos treinta años", Universidad Notarial Argentina, 1991, p. 80.
- 137 Saulx, Edgardo Ignacio "Acceso a la tutela de los 'derechos de incidencia colectiva' dentro del nuevo texto constitucional" en el N° 7 de la "Rev. de Dcho. Privado y Comunitario" cit., ps. 135 y sigs., n° 7.
- 138 Pizarro, Ramón Daniel "Daño moral", Bs. As., Hammurabi, 1998, p. 283, § 51-b).
- 139 Bestamante Aelina, Jorge, en "El daño moral colectivo es daño resarcible", LL, 1998-A-1033.
- 140 Galdós, Jorge Mario, "Derecho ambiental y Daño Moral Colectivo: algunas aproximaciones", J.A. 1988-IV-982.
- 141 Lorenzetti, Ricardo Luis, "Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial", J.A. 1997-III-237.
- 142 Lorenzetti, Ricardo Luis, "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", LL, 1998-D-1058.

- 143 Lorenzetti, Ricardo L., en "La protección jurídica del ambiente", LL, 1997-E-1463.
- 144 Trigo Represas, Félix, "Un caso de daño moral colectivo", ED, 171-374.
- 145 "Municipalidad de Tandil c/ Transportes Automotores La Estrella SA y otro", Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala A, 22/10/96 JA, 1997-III-224, con nota aprobatoria de Lorenzetti, Ricardo Luis: "Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial"; LL Actualidad del 25/2/97, con nota de De Lorenzo, Miguel Federico: "Lesión a un bien del dominio público, responsabilidad por riesgo y daño moral colectivo"; en Revista de Jurisprudencia Provincial, Nro 11, pág. 878, noviembre de 1996, con nota de Maset Lauraspé, Jorge: "Daño moral colectivo originado en la lesión a un bien cultural. La Municipalidad como legitimada activa"; en E.D., 171-371, con nota de Trigo Represas, Félix: "Un caso de daño moral colectivo"; en L.L.BA, año 4, nro 3, abril 1997, pág. 283, con nota de Zavala de Gonzalez, Matilde. Idem. Fallo íntegro publicado en Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, diario de Jurisprudencia, 1997.
- 146 Morello, Augusto M., "Los daños al ambiente y el derecho procesal", cap. V, pág. 83, de su obra "Derecho de Daños. Dimensiones actuales y trayectorias", Librería Editora Platense, 1997. Véase asimismo Lorenzetti, Ricardo Luis, "La protección jurídica del ambiente", LL, 1997-E-1463.
- 147 Andorno, Luis O.: "Ambiente: res communis y propiedad en el ámbito de la U.E, el Mercosur y el ALCA" en J.A., 2002-III- fascículo n. 2. Véase asimismo, Prieur, Michel: "La noción de patrimonio común", JA, 1998-IV-1014.
- 148 Andorno, Luis O.: "Ambiente: res communis y propiedad en el ámbito de la U.E, el Mercosur y el ALCA" en J.A., 2002-III- fascículo n. 2.
- 149 Quiroga Lavie, Humberto, "El amparo colectivo", p. 92, Rubinzal-Culzoni, 1998.
- 150 Quiroga Lavie, Humberto: "El amparo colectivo", p. 127 y ss., Rubinzal-Culzoni, 1998.
- 151 Bustamante Alsina "Resp. por daño ambiental" cit. en L.L. 1994-C, p. 1058, n° II-4; Trigo Represas "Resp. civil por daño al ambiente" cit. en "Zeus", t. 34, Sect. Doctr., p. 115, n° VII.
- 152 En La Ley Buenos Aires" 1995, ps. 937 y ss., con nota Carlos A. Botassi "La defensa judicial del medio ambiente", ps. 835 y ss. Allí, con voto del Dr. Roncoroni, se rechaza la pretensión de la Empresa demandada de levantamiento de una medida cautelar que le vedaba liberar material contaminante a la atmósfera del puerto de La Plata, sosteniéndose que en dicha pretensión al lado del interés individual que la impulsa, existe un interés colectivo y difuso a la salubridad del

medio ambiente que se dice contaminado por ella, que corresponde a todos los integrantes de la comunidad aledaña a la empresa.

- 153 Bossat, ob. cit. en L.L. 1982-C, p. 883; Stiglitz, ob. cit. en L.L. 1983-A, p. 782 y nota 1 y p. 785, n° IV. Ver en especial la sinopsis de efectos sobre la exposición ambiental regulac. que traen Rocca - Crivellari, ob. cit., ps. 538 y sig., n° II-218.
- 154 Cam. Nac. Civil, Sala C, 13/8/81, "Arca c/ Eropc Transportes El Guaraní", E.D. 96-482.
- 155 Stiglitz, ob. cit. en L.L. 1983-A, p. 778.-
- 156 Brebbia, Roberto H. "El daño moral", Bs. As., 1950, Ed. Bibliográfica Argentina, p. 255, n° 113; Cifuentes, Santos "Los derechos personalísimos", Bs. As. - Córdoba, 1974, ed. Lerner, ps. 203 y ss.; Pizarro, Ramón Daniel "Daño moral" cit., ps. 72 y ss., §§ 8 y ss.
- 157 Bidart Campos, Germán "Algo sobre el derecho a la vida" en L.L. 1983-A, p. 701.
- 158 C.S.N., 6/9/80, "S. y D., C. G.", L.L. 1981-A-401 y E.D. 91-268.
- 159 Cano, ob. cit., p. 103, n° 43.-
- 160 Rivera, Julio César "Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos" en L.L. 1983-D, p. 848 y nota 7; Carbonell Jean "Derecho civil", trad. Manuel Ma. Zorrilla Ruiz, Barcelona, 1960, ed. Bosch, t. 1, vol. I, p. 313, § 70-1.
- 181 "El derecho privado en la Argentina" cit., p. 41.
- 182 Rocca-Crivellari, ob. cit., p. 54, N° 1.8.

CAPITULO 3. RESPONSABILIDAD COLECTIVA AMBIENTAL

- 1 Vid. Honduras, Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, artículo 143, según la referencia que surge del estudio de González Márquez, "La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina", p. 41, serie Documentos sobre Derecho Ambiental 12, PNUA, diciembre 2003
- 2 Malztegui, Cristina: Daño Ambiental: una hipoteca al futuro", en Derecho Ambiental, 1ª parte, 10 de julio 2002/ JA 2002- III, fascículo n. 2
- 3 Alierini, Atilio - Amaal- López Cabana, "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", p. 813, n° 1820, Abeledo-Perrot, 1985. 6.- Véase también Bustamante Aina, Jorge, "La responsabilidad colectiva en el derecho de daños", LL 142-984; del mismo autor; en su obra "Teoría General de la Responsabilidad Civil", página 622- N° 1745; Llambías, Jorge J. "Tratado Obligaciones", T. IV-B, p.282 y ss, n° 2958 y p. 291 y ss., n° 2962, Editorial Perrot, 1973, del mismo autor

"Responsabilidad colectiva o anónima", ED, 83-783; Mosset Iturraspe, Jorge: "Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado" JA, 1973, p. 1. Del mismo autor, en "Estudios sobre la responsabilidad por daños", Editorial Rubinzal-Culzoni, 1980, T. II, p. 314, n° 8.; "Responsabilidad por daños", T. VI, p. 87, 1999, Rubinzal-Culzoni; del mismo jurista "Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva", Rubinzal-Culzoni, en cap. Único: Introducción al tema"; además véase en obra colectiva "Daño y Protección a la persona humana", "Responsabilidad colectiva"; "Responsabilidad colectiva. Su regulación en el proyecto de 1985, JA, 2000, III- doctrina.

- 4 Carranza, Jorge: "Aproximación Interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental", JA 1989-IV-705, n° IV-B)- 3C; Gianfiesco, Mario "Responsabilidad civil por contaminación ambiental", LL 1983-D-1021 Trigo Represas, Félix: "Responsabilidad civil por daño ambiental", JA, 1999-IV-1180.

CAPÍTULO 4. DEL PROCESO COLECTIVO AMBIENTAL

- 1 Asociación 18 de octubre, Cámara Federal de La Plata, Sala II, 8 de Julio 2003 publicado en RAP Provincia de Buenos Aires, Enero 2004, año 1, N° 10, p. 59, trabajo de sistemática acumulada de jurisprudencia en materia ambiental, de Elías, Analía.
- 2 Martínez, Isabel: Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental 10, PNUMA, "El acceso a la justicia ambiental en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela durante la década de 1990", Semarnap-Profepa, México, 2000.- Véase también "Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible", Memorias del Simposio Judicial realizado en la Ciudad de México del 26 al 28 de enero de 2000, Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental 9, PNUMA, SEMARNAP-PROFEPA, "El acceso a la Justicia Ambiental en América Latina", México, 2000.
- 3 Gordillo, Agustín: Tratado de Derecho Administrativo", Tomo 2°, "La Defensa del usuario y del administrado", cap. II, Derechos de Incidencia Colectiva, Cap. III Derecho Subjetivo en el Derecho de Incidencia Colectiva, 2ª edición, Fundación de derecho Administrativo, 1998.
- 4 Cappellanti, Mauro y Garb, Bryan, "El acceso a la Justicia", trad. S. Actaral, Colegio de Abogados de La Plata, 1993.
- 5 Gordillo, Agustín, nos habla de una resistencia al cambio, vid. "Tratado de Derecho Administrativo", T2º, p. 11-35, ob. cit., 2ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

- 6 Lugones, Juan N., "El Derecho Ambiental como derecho humano (búsqueda de un discurso fundante y de una línea histórica progresiva)", JA, 2001-I-1157, Derecho Ambiental- Segunda Parte.
- 7 Morello, Augusto M., "La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino", Conclusiones, 1999, LEP.
- 8 Arazzi, Roland, "La legitimación como elemento de la acción", p. 26, en obra colectiva "La Legitimación. homenaje al profesor Lino Palacio", Abeledo-Perrot, 1996.
- 9 Peyrano, Jorge W., "La legitimación", homenaje al profesor Lino Palacio, Editorial Abeledo-Perrot, 1996, "Legitimaciones atípicas", p 78 y 80.
- 10 Morello, Augusto Mario, "La legitimación", homenaje al Profesor Lino Palacio, citado ut supra, "Legitimaciones plenas y semiplenas en el renovado derecho procesal civil: su importancia".
- 11 Por todos Morello, Augusto Mario, en su obra Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas, capítulo II: Moderno derecho procesal. Librería Editora Platense, 1998. Además de su obra "La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino", 1999, cap. II: Los nuevos legitimados. Panorama general, p. 30, y cap. IV: "Un matiz fuertemente definitorio: lo preventivo", p. 70. Del mismo autor: "La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal", J.AJII,321; y "Legitimaciones plenas y semiplenas en el renovado derecho procesal civil. Su importancia", p. 66/77, en obra colectiva "La legitimación", en homenaje al doctor profesor Lino Palacio, Editorial Abeledo-Perrot, 1996; véase asimismo de Morello, Augusto M., Hitters, Juan C. y Berizzone, Roberto, La defensa de los intereses difusos, JA-1982-IV- 702.
- 12 Carnelutti, Francesco, "Sistema", traducido por Sentis Melendo, T. I, p. 25, Urbs, Bs. As., 1994.
- 13 Morello, Augusto M., "La Tutela de los Intereses Difusos en el derecho argentino", p. 25, 26, Librería Editora Platense, 1999.
- 14 Morello- Vallejo, ob. cit., p. 232.
- 15 Morello- Vallejo, ob. cit., p. 237.
- 16 Jiménez, Eduardo P., "Derecho Constitucional Argentino", Tomo II, p. 617, Ediar, 2000, entendiéndo que todos los habitantes, ante una lesión en los derechos de tercera generación, están habilitados para promover la acción de amparo, en los términos que expone el artículo 43 del texto supremo. Es que atendiendo a la peculiar naturaleza de estos derechos que la CN denomina "de incidencia colec-

tiva en general", no cabe otra interpretación, si es que se pretende que ellos puedan ser actuados por el habitante en el modo en que han sido concebidos.

- 17 Zannoni, Eduardo: "La Reforma Constitucional y la protección de los intereses difusos", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 7, p. 110, afectados, son todos los miembros de la comunidad ante ataques, menoscabos o lesión a los intereses colectivos. Parecería que el artículo 43 de la CN habilita la acción de amparo, que ha de erigirse en una suerte de *class action*, a favor de todo aquel que demuestre la afectación de un interés que no deja de ser propio, aunque participado con un número más o menos indeterminado de miembros de la comunidad - aunque no fuese exclusivo.
- 18 Boussal, Carlos A., "Derecho Administrativo Ambiental", p. 118, 127, Platana, 1997, afirma que en definitiva la consideración a un medio apto o a un nivel adecuado de calidad de vida como derecho individual colectivo, como derecho difuso o interés o como derecho público subjetivo, no es más que una cuestión semántica si se instrumenta un sistema judicial de tutela y se legitima a cualquier persona para actuar en su defensa. Además, sostiene que "nos parece acertado el criterio ampliativo de algunos fallos otorgando legitimación a quienes invocaron la calidad de ciudadano, contribuyente y ser humano".
- 19 Maszet Iturraspe, Jorge: "El Daño Ambiental en el Derecho Privado", p. 183, tomo I, en obra colectiva "Daño Ambiental", Rubinzal-Culzoni, 1999, sostiene que el interés colectivo es también derecho subjetivo, derecho de goce diluido entre los miembros del conjunto. En el titular del denominado "interés difuso", debemos ver al titular de un derecho subjetivo, que tiene de difuso sólo lo relativo a la titularidad extendida. Lo mismo ocurre con el "afectado" del artículo 43 de la CN, tercer párrafo, también titular de un derecho subjetivo, sea en defensa de un interés propio exclusivo o de un interés colectivo. (...) Se trata en definitiva, de una titularidad y legitimación que le "compete a todos los habitantes" y no solamente a los afectados.
- 20 Bidart Campos, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada", Tomo II, p. 382, ap. 24, Ediar, 1986, del mismo autor, "La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución", ED, 6 de febrero de 1986.
- 21 Walsh, Juan Rodrigo: "El medio ambiente en la nueva Constitución Argentina", LL suplemento de Derecho Ambiental FARN, año 1, N° 1, 8 de diciembre 1994.
- 22 Morello, Augusto M., "El amparo después de la reforma constitucional", *Revista de derecho Privado y Comunitario*, N° 7, p. 20, Rubinzal-Culzoni, 1994.

- 23 Gelli, María A., "La silueta del amparo después de la reforma constitucional", LL, 15 de noviembre de 1995, suplemento, destaca la amplitud de la legitimación, para señalar que es obvio que el afectado en alguno de los derechos de incidencia colectiva está legitimado en otras hipótesis. En efecto, *suu sñi padoer dño concreto, cuando es tocado, interesado, concernido, vinculado* por los efectos del acto u omisión lesivos.
- 24 Zavala de Gonzalez, Matilde: "Los daños morales colectivos", en Revista Voces Jurídicas, Gran Cuyo, 1997, Tomo 5, p. 11 y ss. apunta que los intereses a tutelar son y deben ser concretos, ciertos y determinables, sólo es difusa su titularidad. Existe un verdadero derecho subjetivo a reclamar, a título personal, la protección de intereses de la colectividad, porque dicho interés es también "propio".
- 25 Gozaini, Osvaldo: "El derecho de amparo", p. 116, 2ª edición, Depalma, 1998. ib. Ídem, "La noción del afectado", LL, 1998-D, 1004.
- 26 Ekmeledjian, Miguel A., "Nuevos amparos especiales en la Constitución Nacional y la declaración de inconstitucionalidad a través del amparo", en "Desafíos del control de Constitucionalidad", p. 161, Ciudad Argentina, para quien afectado sería aquella persona que se encuentra aquejada o molestada por una acción u omisión arbitraria, que lesionara o amenazara los derechos o intereses mencionados en ese segundo párrafo.
- 27 Bostamante Alsina, Jorge: "Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa", p. 83, Abeledo-Perrot, 1995.
- 28 Quiroga Lavié, Humberto: "El Amparo, el hábeas data y el corpus corpus en la Reforma de la Constitución Nacional", p. 110, en obra colectiva: "La Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción", Santa Fe - Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1994. En el dictamen de la Comisión especializada de Nuevos Derechos se encontraba legitimado el particular damnificado y no el afectado, lo cual demuestra una mayor latitud en la interpretación posible de esta expresión. Damnificado es quien ha sufrido un daño. Afectado es quien no habiendo sido aún dañado, se encuentra en un ámbito posible o potencial; caso típico del titular de un interés legítimo.
- 29 Quiroga Lavié, Humberto- Baredetti, Miguel A. Cenicacelaya, María de las Nieves: "Derecho constitucional Argentino", Tomo 1, p. 606, Rubinzal-Culzoni, 2001, sostienen que la expresión afectado en lugar de achicar, dilata y amplía la legitimación tradicional. En efecto, esa mención a secas, sin calificación alguna, no permite al intérprete realizar distinción alguna que la CN no efectúa y debe

entenderse, entonces, comprensiva tanto del afectado directo como del indirecto o implicado.

- 30 Sabag, Daniel: "El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales", revista Jurídica del Centro de Estudios, N° 6, Buenos Aires, junio 1996, p. 26 y ss.
- 31 Andorno, Luis O., "Aspectos constitucionales de la protección del medio ambiente", JA, 1998-IV, 930.
- 32 Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2, 2ª edición, II-21, 1998, editado por Fundación de Derecho Administrativo, afirma que "el propio afectado puede defender tanto su propio derecho como un derecho de incidencia colectiva cuando por ejemplo, ejerce acciones para resguardar el medio ambiente sano, conforme al artículo 41, o cuando demanda como usuario de los servicios públicos conforme al artículo 42: allí se unen tanto el derecho individual como el general". Véase del mismo autor: "Derechos de Incidencia Colectiva", p. 280, en "El Derecho Administrativo argentino, hoy", Editorial Ciencias de la Administración División Estudios Administrativos, 1996.
- 33 De Santa, Gustavo J., "La protección constitucional del ambiente. La legitimación del artículo 43 CN después de la reforma", LL, 23 de agosto de 1995, p. 5, entiende que la legitimación ha de ser reputada con amplitud, debiendo entenderse por afectado, a cualquier persona que invoque una disfunción relevante socialmente.
- 34 Caratini, Marcelo: "El amparo en la reforma constitucional de 1994", LL, 17 de febrero de 1995, para quien "el concepto de afectado es vago y, por tanto, laxo en su alcance. Abarca así a toda persona - tanto física como de existencia ideal- que tenga un derecho subjetivo, un interés legítimo o interés simple".
- 35 Dornó, Roberto- Menem, Eduardo: "La Constitución reformada", Ciudad Argentina, 1994, p. 164, señalan que la protección de los intereses difusos no puede ser ilimitada, irrestricta o indiscriminada, sino que debe existir una relación de causalidad dada por el efecto reflejo de la objetividad en la subjetividad; es decir, que el interés colectivo debe traducirse en alguna afectación, aunque fuere indirecta o refleja, respecto del accionante. Será vecino, usuario, radicado o turista, pero siempre deberá experimentar una vinculación por razón de consumo, vecindad, habitabilidad, u otra equivalente o análoga.
- 38 Rivas, Adolfo: "El amparo y la nueva Constitución del República", LL, 13 de diciembre de 1994, dice que debe otorgarse al término afectado un sentido global comprensivo de la idea de "todo habitante".

- 37 Spota, Alberto A. "Análisis de la acción de amparo en los términos del artículo 43 de la CN", ED. Suplemento de Derecho Constitucional, 1995.
- 38 Saux, Edgardo I., "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional", Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, p. III y ss.
- 39 Torricelli, Maximiliano: "Legitimación activa en el artículo 43 de la CN", p. 47, en obra colectiva "El amparo constitucional", Depalma, 1998, dice que es indudable que sólo podrá interponer esta acción aquella persona que esté directamente afectada en un derecho subjetivo, interés legítimo o interés difuso, no así en un interés simple.
- 40 Basterra, Marcela: "Amparo colectivo, acciones de clase y acción popular. La legitimación según el artículo 43, 2° párrafo de la CN", p. 208 y ss, en obra colectiva "Garantías y procesos constitucionales", ediciones jurídicas Cuyo, 2003
- 41 "Schroder Juan c/ Estado Nacional, Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, Sala 3ra, ídem vecino, LL, 1994-B, 449.
- 42 Sagúés, Néstor P., "Amparo, hábeas data y corpus corpus en la reforma constitucional", LL, 1994-D, 1157.
- 43 Morello Augusto M. El "afectado" en el amparo, DJ 2003-3, p. 289. La de Afectado es una posición fronteriza, extrema y frágil, próximo a un cuadrante vecino, más liberal y de menor reglamentación propia, que dibuja el rostro de la acción popular. Su concepto, amplio y generoso, no obstante, se cubre, en ocasiones, de un manto huido e indeterminado.
- 44 Bidart Campos, Germán J. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", T. VI, p. 318, Ediar, 1995.
- 45 Bidart Campos, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada", p. 381, ap. 24, 1995, Ediar.
- 46 Morello, Augusto M. "La suerte del amparo y la acción civil pública", Anticipo de Anales, año XXI, 2° época, N° 34, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1998, p. 7; No deja de ser reconfortante la anchura del régimen de amparo a situaciones de incidencia colectiva, afirma este luchador incansable por la defensa del medio ambiente, y eminente maestro del derecho procesal, en "La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino", p. 28, capítulo II, "Los nuevos legitimados. Panorama General", LEP, 1998. De la misma obra, véase capítulo V, "Lo grupal y las peticiones colectivas en el derecho procesal", p. 75 y ss.

- 47 Cassagne, Juan C., "Sobre la protección ambiental", p. 12, Anticipo de Anales, año XL, segunda época, N° 24, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1986. Ib. ídem, LL, 1995-E, 1217, quien alude, al respecto, a la necesaria demostración de un "interés razonable y suficiente" por parte del demandante.
- 48 Barra, Rodolfo C. "La acción de amparo e la Constitución reformada: la legitimación para accionar", LL, 1994-E, 1088.
- 49 Gambler, Beltrán- Lago, Daniel: "El medio ambiente y su reciente recepción constitucional", ED, 163-727, quienes afirman que la legitimación que acuerda a los afectados por daños ambientales se configura cuando se lesiona el llamado "ámbito o círculo vital" de las personas, el cual "tiene determinado por una relación de proximidad física, esto es, por una vinculación derivada de la localización espacial y no de pertenencia a una jurisdicción política".
- 50 Palacio Casero, Silvia B., "El amparo supraindividual y la legitimación activa", ED, 25 de agosto 2000, afirma que la circunstancia de poseer el afectado un derecho subjetivo no exclusivo ni excluyente respecto a otras personas también afectadas, no lo libera al actor de las exigencias de acreditar el daño directo o potencial y el interés personal en su reparación, circunstancias sine qua non para conformar la legitimación activa y el caso concreto judicial. Por ello, concluye que para reconocer legitimación activa del afectado es necesario presencia del derecho subjetivo afectado o lesionado, aun cuando resulte compartido con otros miembros de la comunidad por ser un derecho de incidencia colectiva o un interés difuso.
- 51 Daneri Conte-Grand, Estilio J., "Alcance de las sentencias dictadas en las causas promovidas por el Defensor del Pueblo y las Asociaciones de Consumidores", p. 218, en Estudios de Derecho Administrativo IV, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, 2000, Ediciones Dike Foro de Cuyo.
- 52 Palacio, Lino, "La Pretensión de Amparo en el Proyecto de Ley reglamentaria sancionado por el Senado de la Nación", p. 11, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Anticipo de Anales, año XL, 2ª época, N° 33, Buenos Aires, 1986.
- 53 Morello, Augusto M., "Legitimaciones plenas y semiplenas en el renovado derecho procesal civil. Su importancia", p. 67, en obra colectiva, "La legitimación", en homenaje al profesor doctor Lino Palacio, Abelardo Perrot, Librería Editora Platense, 1998.

- 54 Vigoritti, Vincenzo, "Intereses colectivos e processo. La legitimazione agire", p. 86, Milano, 1979, citado por Gozaini, Osvaldo, "El Derecho de Amparo", p. 146, 2da edición, Depalma, 1998.
- 55 Morello, Augusto M., "La justicia de frente a la realidad", p. 70, Rubinzal-culzoni, 2002.
- 56 Morello, Augusto M., "La justicia de frente a la realidad", p. 70, Rubinzal-culzoni, 2002.
- 57 Bidart Campos, Germán J., "El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación", p. 15, en obra colectiva "La legitimación", homenaje al doctor Profesor Lino Palacio, Abeledo-Perrot, 1996. También vid. Morello, Augusto M., "Legitimación en la tutela de los derechos subjetivos homogéneos", DJ, 2003-3-183.
- 58 Bidart campos, Germán J., "El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación", p. 15, en obra colectiva "La legitimación", homenaje al profesor doctor Lino Palacio, Abeledo-Perrot, 1996
- 59 Caffarella, Néstor A., su ponencia "Daño Ambiental. Régimen legal. Prueba", coincide con esta postura, en el sentido de asignarle carácter de acción popular al amparo contenido en la Ley 25.675, por cesación de las actividades dañosas, el profesor doctor Lino E. Palacio, en "Jornadas sobre Medio Ambiente, II Provinciales y I Latinoamericanas", Salta, Argentina, 13, 14 y 15 de mayo de 2004
- 60 Sagúes, Néstor P. "El amparo ambiental", LL, 11 de junio de 2004, año LXVIII, N° 113.
- 61 Sagúes, Néstor P., El Amparo Ambiental. Ley 25.675", La Ley, ejemplar del viernes 11 de junio de 2004, p. 1-3, año LXVIII, N° 113.
- 62 Sagúes, Néstor P., op. cit., p. 1-3.
- 63 "Ekmekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7.7.92, JA, 1992-III-199. ED, 148-384, notas de A. Bianchi, Bidart Campos y Basco Dastugue.
- 64 "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Bédour S.A.s/ responsabilidad", Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, 16/3/00.E.D, ejemplar del 25/06/00. L.L, ejemplar del 8/6/00, con anotación de Lino Palacio: "El apagón de febrero de 1999. Los llamados intereses difusos y la legitimación del Defensor del Pueblo". J.A, ejemplar del 7/6/00, con notas de Ricardo L. Lorenzetti, "Daños masivos. Acciones de clase y pretensiones de operatividad", y Jorge M. Galdós, "Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo".

- 65 Galdós, Jorge M., en "Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo", en *LA*, 7/8/200, Nro 6197.
- 66 Figuerú, Eduardo: "Derecho Ambiental profundizado", p. 10, 45, *La Ley*, 2004.
- 67 Matzregor, Cristina: Daño Ambiental. Una hipoteca al futuro, 10 de julio 2002/*JA* 2002-III, fascículo n° 2.
- 68 Morello, Augusto M., "Del proceso individual al proceso colectivo", p. 37 y ss, "La Tutela de los intereses difusos en el derecho argentino", 1999, LEP; véase además CAMPS, Carlos: "Particularidades del proceso por daño ambiental", *JA*-IV-858; Bianchi, Alberto: "Las acciones de clase", Abaco, 2001.
- 69 Cappelloni, "La protección de los intereses colectivos y de grupos", texto de la conferencia pronunciada en ocasión de la Asamblea General de la Sociedad de Legislación Comparada, publicada en *Revista de la Facultad de Derecho, México*, n. 105-106, enero-junio 1971, p. 76.
- 70 Morello, Augusto M. "Las garantías del proceso justo y el amparo en relación a la efectividad de la tutela judicial", *LL*, 1986-A-1476.
- 71 Morello, Augusto M. "La justicia entre dos épocas", p. 232, LEP.
- 72 Morello, Augusto M., "Experiencias y alternativas para repensar y asegurar la eficacia del servicio", cap. XL, p. 622, 623, en "Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", vol. 1, LEP, 1998.
- 73 Baur, Fritz, "O papel ativo do juiz", *Revista de Processos*, N° 27, julio / sept. 1982.
- 74 Forjan Freire da Silva, Anderson: "Activismo Judicial en materia ambiental", p. 64, en "Direito Ambiental em evolucao. 3", Jurud Editora, 2002.
- 75 Morello, Augusto M., de su magnífico "Estudios de Derecho Procesal...", op. cit., p. 1068, vol. 2.
- 76 Morello, Augusto M., cap. LXXII, "Un nuevo modelo de justicia", p. 1103 a 1140, vol. 2, de su obra "Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", LEP, 1998.
- 77 Para ampliar véase Peyrano, Jorge W., "El perfil deseable del juez civil del Siglo XXI", *JA*, 2001. (V. fascículo n.2).- Kemelmajer de Carlucci, Alda: "Justicia y Desarrollo", ED, boletín del 24/12/1993, distingue entre dos modelos: el modelo de la reforma estructural, protagonista, activo y el modelo de la resolución de disputas, de construcción o limitación. En el derecho comparado, se destaca el trabajo de Freire da Silva, Anderson Forjan: "Activismo judicial en materia ambiental", p.64, parodiando a Baur, Fritz, "El papel activo del juez", *Revista de Processos*, n. 27, jul/sept/ 1982, en obra colectiva "Direito ambiental

em evolucionar, coordinado por Passos de Freitas, Vladimiro, Nº 3, 2002, Jurda Editora.

- 78 Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel A., "Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia", LL, 1987-D-354.
- 79 Del voto del Juez Hitters, en la causa "Almada, Hugo v. Copetro SA", en fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 19/05/1999.
- 80 Del voto del Juez Roncoroni, en la causa "Almada, Hugo v. Copetro SA", en fallo dictado por la Cámara Civil y Comercial La Plata, Sala 3ª, RSD- 11-85, sentencia del 9/02/1995.
- 81 Lorenzetti, Luis R., su obra "Las normas fundamentales de derecho privado", Rubinzal Culzoni Editores, 1995, La tutela civil inhibitoria como garantía infundamental, pág. 280 y ss., del mismo autor: "La tutela civil inhibitoria", (LL, 1995-C, 1217; Andorno, Luis, "El denominado proceso urgente no cautelaq en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano", JA, 1995-II-887; Berzzone, Roberto, "Tutela Anticipada y definitiva", JA, 1996-IV-764; Peyrao, Jorge W., "Lo urgente y lo cautelar", JA, 1996-I-899, del mismo autor "Informe sobre las medidas autosatisfactivas", LL 1996-A-999; Zavala de González, Matilde, "La tutela inhibitoria contra daños", doctrina especial, "Revista de Responsabilidad y Seguro", año 1 nro 1, enero 1999; NICOLAU, Noemí, "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la CN", LL, 1996-A, 1245; Galdós, Jorge, "Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva", LL, 15/12/97; De Lazzari, "La cautela material", JA, 1996-IV-651; Morello, Augusto, Anticipación de la tutela, Librería Editora Platense, 1995; Iribarne, Pedro, "Los intereses difusos. Su percepción desde el punto de vista sustantivo", en Anuario del Derecho, Nro 3, Universidad Austral, Abasco-Perrot, BsAs, 1997, pág. 145; Morello, Augusto y Stiglitz, Gabriel, Función preventiva del Derecho de Daños, en JA, 1988-III-117.
- 82 La Pampa, reconoce una acción de reparación pecuniaria por el daño colectivo, cuyo producido ingresa a un fondo de defensa de los intereses difusos Galdós, Jorge Mario, Pasando al proceso colectivo, Revista del Colegio de Abogados de Azul, año 1 nro 1, 1998, pág. 15; del mismo autor: "Proceso colectivo y daño ambiental", JA, 29/12/99, nor 8174, en número especial de Derecho Ambiental.
- 83 Remitimos a Peyrao, Guillermo, "La acción de amparo del artículo 43: vía de tutela genérica del medio ambiente Constituye o no un medio residual de protección?", en J.A, 29/12/99, nor 8174, págs. 17 y ss; para ampliar Morello, Au-

gosto - Vallefín, Carlos, "El amparo. Régimen procesal", 1ra edición, Editora Platense, 1992; ver el trabajo de recopilación sistemática de Amadeo, José L., "La acción de amparo después de la reforma Constitucional", JA, 18/8/99, nro 6155; por todos remitimos al fallo de la SCJ Mendoza, sala Ira, 13/10/98, "Costa, Luis", JA, 9/6/99, nro 6145.

- 84 Rivas, Adolfo, "El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina", LL, 1994-E-1333, del mismo autor "Vigencia constitucional y derogación de la ley 18986", JA 1998-III-46, "Pautas para el nuevo amparo constitucional", ED 163-702 y el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Libro de Ponencias, Santa Fe, Universidad del Litoral, 1995, pág. 596; Herrera, Luis, "El amparo del artículo 43 CN: amparo nuevo o amparo reciclado?", en JA, 3/12/97, Nro 6066; DRDMI, Roberto y Menem, Eduardo, "La Constitución Reformada. Comentada, interpretada y concordada", Ediciones Ciudad Argentina, 1994, pág. 180 y 184; Gordillo, Agustín, "Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 Inclso 22 C.N.", LL 1995-E-1001; Quiroga Lavie, Humberto, "Actualidad en la jurisprudencia sobre amparo", LL 1995-E-1057; Morello, Augusto M., "La primera sentencia de Alzada sobre el amparo a la luz de la Constitución reformada", JA-IV-673, del mismo autor "El derrumbe del amparo", ED 167-931; en coautoría con Vallefín, Carlos: "Régimen procesal del amparo", Editorial Platense, La Plata, 1994, pág. 211, Palacio, Lino E., "La pretensión de amparo en la Reforma Constitucional de 1994", LL 1995-D-1237, del mismo autor "Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo", LL 1995-D-1517; y "Una sensata contención al desborde del amparo", ED 168-377; además participan de esta corriente amplia: M. Caratini, J. Culler, R. Roales Cuello, C. Colautti, O. Arrabal, O. Martínez, Tanzi, A. Spota, E. Jiménez, etc.
- 85 Galli, María A., "La silueta del amparo después de la reforma constitucional", LL 1995-E-978; asimismo A. Bianchi, G. Tawil, A. Natale, F. García Pullés, Palacio de Castro, S. Díaz, Beltrán Gambler, D. Lago, Badenl.
- 86 Al decir de esta posición afectado es el agraviado concreto en un derecho o interés propio; ausente el interés concreto y sustancial, no existe "caso o controversia" que tenga por fin tutelar intereses propios, o se dice que es un grave error "amparizar" el acceso a la justicia, u "ordinarizar" un trámite que por su naturaleza es de excepción.
- 87 Sagúes, Néstor Pedro, quién a su vez, con relación a la primera polémica calificó de término "indulgentes" el de afectado, comprensivo de los derechos subjetivos,

intereses legítimos e Intereses simples, véase de este autor: "Derecho Procesal Constitucional", pág. 178; asimismo: "Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional", LL 1994-D-1154; dentro de esta postura hay quienes prefieren calificar esta vía como subalidaria. In extenso: SANMARTINO, Patricio y Canda, Fabián, "El amparo constitucional y sus relaciones con los demás cauces formales de tutela", JA 1996-JV-827.

- 88 Participan de esta tesis Walsh, Juan Rodrigo "El medio ambiente en la nueva Constitución argentina", L.L. Suplemento de Derecho Ambiental, año 1, N°1., 8-12-94; Bustamante Alsina, Jorge, "Derecho ambiental. Fundamentación y Normativa", Editorial Abeledo-Perrot, 1995, pág. 83; Eldari Campos, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", T°VI, "La reforma constitucional de 1994", pág. 312, Editorial Ediar, Bs. Az. 1995, del mismo autor: "Cautelar en un amparo ambiental y legitimación para accionar", LL, tomo 1999-D-120; Morello, Augusto M., "El amparo después de la reforma constitucional", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, 1994, N°7; debe entenderse por afectado cualquier persona que invoque una defunción relevante socialmente: De Sentís, Gustavo J., "La Protección constitucional del ambiente. La legitimación del artículo 43 de la CN después de la reforma", LL, 23/8/95; ha de erigirse en una suerte de *class actions*, en favor de todo aquél que demuestre la afectación de un interés que no deja de ser propio, aunque participado con un número más o menos indeterminado de miembros de la comunidad: Zannoni, Eduardo "La reforma Constitucional y la protección de los intereses difusos", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro 7, 1994, pág. 221; Gozaini, Daveldo A., "La noción de afectado y el derecho de amparo", E.D. 22-11-95, del mismo autor "La noción de afectado a los fines de acreditar la legitimación procesal en el amparo", LL, 6/8/96, de su obra "El Derecho de Amparo", Depalma Editorial, 2da edición, 1998, pág. 114; Andorno, Luis O., "La Responsabilidad por daño al medio ambiente", 9-10-98, N° 8006; Sabatay, Daniel, "La nueva regulación del amparo en un fallo de la Cámara Federal de La Plata", inédito; "El amparo para la defensa de los derechos fundamentales", Revista Jurídica del Centro de Estudiantes Facultad de Derecho UNBA, julio 1996- Nro 6; en la doctrina judicial cabe recordar el conocido caso "Schröder Juan C. v/ Estado Nacional", fallado por la C. Nac. Cont. Adm., Sala Tercera.
- 89 En esta línea cabe destacar a Casagrande, Juan Carlos, "Sobre la protección ambiental" L.L. 1995-E-1217; Barra, Rodolfo C., "La acción de amparo en la constitución Reformada", L.L. 1994-E-1043.

- 90 Agogliá, María, Boragina, Juan y Meza, Jorge, "El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental", en J.A.1993-IV-808; además Bustamante Alsina, Jorge, "Derecho Ambiental. Fundamentación normativa", Editorial Abeledo-Perrot, 1995, págs.147 y ss; Andorno, Luis, "La responsabilidad por daño al medio ambiente", JA, 9/10/96, nro 6006; del mismo autor; 2Las molestias de vecindad -artículo 2618 CC. La responsabilidad por daño ambiental", JA, 23/12/99, nro 6173).
- 91 Navarro Mendizábal, Iñigo Alfonso. "Las intrusiones y molestias medioambientales. Tutela preventiva civil". Unidad Pontificia de Comillas. Dykinson. 1997. La doctrina civil en España, más reciente, señala un nuevo campo de actuación de la acción negatoria, dentro del terreno del medio ambiente. A su vez, en nuestra doctrina, siguen esa postura: Bustamante Alsina, Jorge, "Derecho Ambiental. Fundamentación normativa", Ed. Abeledo-Perrot, 1995; Andorno, Luis, "La responsabilidad por daño al ambiente", en J.A., 1998-IV-877.
- 92 Trigo Represas, Félix, "Responsabilidad civil por daño ambiental", J.A, pág. 27 y ss, 29/12/99, nro 6174.
- 93 Goldenberg, Isidoro H., "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", 2ª edición ampliada, La Ley, 2000.
- 94 Mossé Iturranga, Jorge: "El daño ambiental en el derecho privado", de la obra colectiva "El daño ambiental", TºI, p. 113, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- 95 Gomis Catalá, Lucía, pág. 164, op. citado.
- 96 Gomis Catalá, Lucía, pág. 165, op. citado.
- 97 De Angel Yagües, R., págs. 75 y ss., ap. 4, Cap. V, titulado Una nueva visión de la relación de causalidad, de su op. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil con especial atención a la reparación del daño", Cuadernos Civitas, Madrid, 1995.
- 98 S. Tromans, Environmental Liability, E.P.L, núm. 23/1, 1992, pág. 44
- 99 Gozaini, Osvaldo, "La legitimación para obrar y los derechos difusos", JA, 20/11/96, Nro 6012.
- 100 Falbo, Anibal, "El rol del Derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales", en J.A., 1995-IV-976).
- 101 Lorenzetti, Ricardo L., "Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente", en L.L., 1998- A, p. 1025, n.º II. 3.
- 102 Lorenzetti, "Reglas de solución de conflictos..." cit. en L.L., 1998-A, p. 1030, n.º II - I.

- 103 Andorno, ob. cit. en el N° 13 de la "Rev. Coleg. Abog. Rosario", p. 23; BOLLA, Mario Edgardo - BISSIO, Enrique E. - OSÍO, Alejandro V. "La protección de los intereses difusos con especial referencia al medio ambiente", Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1981, p. 23 y ss.; CANO, Guillermo J. ob. cit., p. 214, n. 66; Morello-Hittars-Berizones, "La defensa de los intereses difusos", en JA, 1982-IV-1071, n. 1, in fine; Lorenzetti, Ricardo L., "La protección jurídica del ambiente", en LL, 1997-E-1470, n. 4.
- 104 Agaglia-Boraglia-Meza "El sistema jurídico vigente..." cit. en J.A. 1993-IV, p. 809, n° III-a); Buenos "Resp. civil de las clínicas..." cit., p. 270 y nota 18; Bustamante Alsina "Resp. por daño ambiental" cit. en L.L. 1994-C., p. 1061, n° IV.1.; Idem "Derecho ambiental" cit., ps. 147 y sig., letra c); Idem "Teoría genl. de la resp. civil" cit., ps. 405 y ss., n° 1.008 y ss.; Garrido-Andorno "El art. 1113 del Cód. Civil" cit., p. 289, n° 6; Mosset Iturraspe "Resp. por culpa y resp. por riesgo creado" cit. en "Estudios sobre la responsabilidad por daños" cit., t. 1, p. 54, n° [y p. 57, n° 5; Pizarro "Resp. civil por el riesgo o vicio de las cosas" cit., ps. 432 y sigte. y ps. 441 y siguiente. Ello, sin perjuicio de compartir lo expuesto por Ghersi, en el sentido de que: "el Estado como custodio de los valores individuales y sociales, ... tiene un deber de prevenir... que la instalación o funcionamiento o cualquier exteriorización de una fuente de energía, se efectúen en lugares sin radicación familiar o desafectarlos antes de su instalación", etc. ("Resp. por el impacto ecológico de las fuentes de energía..." cit. en J.A. 1993-III, ps. 764, n° V).
- 105 Rocca - Crivellari, ob. cit., ps. 102, n° 5-4); 141, n° 5-53-b), letra g) *in-fine*, y 146, n° 5-53-k), letra d).
- 106 Mariani de Vidal, Marina "Denuncia del daño temido" en el N° 40-41 de "Lectio-nes y Ensayos", Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univ. de Buenos Aires, 1989, p. 186, letra c) *in-fine*; Lambias, Jorge Joaquín - Alterini, Jorge H. "Código Civil anotado", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991, t. IV-A, p. 289, n° 5-b).
- 107 Cám. Ta. Civ. Com., sala III de La Plata, 15/11/84, "Sagarduy, Alberto", J. A. 1985-IV-178 y La Ley Buenos Aires 1985, p. 837, con nota cit. de Carlos A. Botassi "La defensa judicial del medio ambiente", ps. 935 y ss.
- 108 Cano, ob. cit., p. 130, n° 5-e); Oneto, Tomás "El artículo 2618 del Código Civil y la tutela de la salud" en L.L. 1982-A, p. 443; Saigóitz, ob. cit. en L.L. 1983-A, p. 784, n° 1-3.

- 109 S.C.B.A., 5/8/98, "Dipera Arteché c/ Monic Magdalena" en La Ley Buenos Aires 1998, p. 772 y ss.; con comentario de Eduardo Luis Tinant. Se trataba de concesiones para la extracción de conchilla en la zona de la costa, lugar que forma parte integrante del "Parque Costero del Sur", que es además reserva de la biosfera e integra la red mundial del programa "MAB" (Man and biosphere) de la UNESCO; señalando sobre el respecto el comentarista del fallo, que: "amén de la solución justa que anida en el decisorio, toda vez que en la especie no se demostró el apego constitucional de la ordenanza impugnada sino por el contrario la vulneración de tales garantías como la falta de configuración de una pugna entre ambos bienes jurídicos que obligare a su superación por otra vía interpretativa, advierto que si el Tribunal hubiera dado la razón a la comuna, ésta desde luego habría ganado el juicio pero también habría continuado la extracción de conchilla en el ámbito del parque sin atisbarse siquiera, aún circunscripto el destino del material dentro y no ya fuera del partido como consecuencia del elevadísimo monto de la tasa diferencial en tal caso subistente, de qué modo se habría recompuesto el sector frente al daño ambiental emergente" (p. 781 y sigs., n° 14).
- 110 Lorenzetti, "La protección jurídica del ambiente" cit. en L.L. 1997-E, p. 1471, n° 5.
- 111 Meissel de España, Luis "Sanciones conminatorias o 'astreintes'. Obligaciones a las que son aplicables" en L.L. 1993-D, p. 131, n° IV-c.
- 112 Mazeaud, Henri y Léon - Tunc, André "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", trad. de la 5a. ed. francesa de Luis Alcala-Zamora y Castrillo, B. A., E.J.E.A., 1962, t. 3, vol. I, p. 481 y ss., n° 2.303.-
- 113 De Cupis, Adriano "El daño. Teoría general de la responsabilidad civil", trad. de la 2a. ed. italiana de Angel Martínez Sarrion, Barcelona, Bosch, 1975, p. 829, n° 170.
- 114 Cám. 1a. Civ. Com. La Plata, Sala 1a., autos "Sarti c/ Ravagnan", en J. A. 1988-IV, p. 139 y ss., con el citado comentario favorable de Carlos Alberto Ghersi "Los frutos de la reforma de 1968. La afectación del entorno y el paisaje (art. 2618 CC.). La labor judicial, como acto valorativo de cultura" (J.A. 1986-IV, p. 148 y ss.).
- 115 Sobre esto último en igual sentido: Cam. Nec. Civil, Sala D, 22/8/76, "Burgos c/ Arquinje SRL", E.D. 72-631; Corte Just. Salta, 10/12/74, "Vila c/ Soc. Inmobiliaria del Norte", Rep. L.L., t. XXXVII (1977), p. 416, sum. n° 237; Cam. Civ. Com. Paraná, sala 1a., 18/8/81, "Solari c/ Martínez", E.D. 98-215.

- 116 Bustamante Alsina, Jorge, "Responsabilidad civil por daño ambiental" cit. en L.L. 1994-C, ps. 1080 y sigte., n° III-3; ídem "Derecho ambiental", Editorial Abeledo-Perrot, 1995, ps. 158 y sigte., letra e).
- 117 Stiglitz, Gabriel "Tutela del ambiente y del consumidor. Dos recientes soluciones en derecho español", en L.L. 1983-D, p. 797, n° I-B).
- 118 Autos "Vinci c/ Schwartz, Santiago y Cía. S.R.L.", en La Ley Buenos Aires 1995, p. 299.
- 119 Cám. Civil y Com. Bahía Blanca, Sala 2da., 16/7/96, "Giner c/ Deporcenter S.A.", La Ley Buenos Aires 1977, p. 843.
- 120 Andorno, ob. cit. en el N° 13 de la "Rev. Coleg. Abog. de Rosario", p. 18; bustamante Alsina "Derecho ambiental" cit., p. 160, letra c); CANDO, ob. cit., p. 148, n° 3-b).
- 121 Jasserand, ob. cit., t. II, vol. I, p. 476, n° 597; Mazzaud, Henri, Léon y Jean "Lecciones de derecho civil", trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Bs. As., E.J.E.A., 1960, Parte II, vol. III, p. 220, n° 940; Moisset de Espanés, ob. cit. en L.L. 1983-D, p. 120, n° I.
- 122 Cam. Civ. Za. Cap. Fed., 5/4/21, "Bregante c/ Raffo, Rosso, Corfno y Cía", en J.A. c. VI, p. 314.
- 123 Cam. Nac. Civil, Sala E, 8/10/74, "Corujeira c/ Quaglia", L.L. 1975-B, p. 890 (32.379-S); Cam. la. Mar del Plata, Sala la., 28/6/73, "Liotins c/ Frigorífico Pueyrredón", J.A. 21-1974, p. 573.
- 124 Cano, ob. cit., ps. 289 y sigte.; Rocca-Grivellari, ob. cit., ps. 95 y sigte., n° 5-36; Stiglitz "Resp. civil por contaminación del medio ambiente" cit. en L.L. 1983-A, p. 782, n° I.
- 125 Gómez Catalá, Lucía: "Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente", pág. 256, Edit. Aranzadi, 1998.
- 126 Sanchez-Saez, Antonio José: "La restitutio in pristinum como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente", en "Medio Ambiente y Derecho", Rev Electrónica Derecho Ambiental, Nro 3, 1999, <http://www.elca.es/alieno/gimadus/saez225.html>.
- 127 Drumi, Roberto - Menem, Eduardo: "La Constitución Reformada. Comentada, interpretada y concordada", Edit. Ciudad Argentina, pág. 142, nov. 1994.
- 128 Bidart Campos, Germán. J.: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", tomo I-B, 3na edición ampliada y actualizada a 2000-2001, pág. 234, abril de 2001; del mismo autor véase "Manual de la Constitución Reformada", Tomo II, pág. 87, Editar, 1999.

- 129 Mossot Iturraspe, Jorge: "El daño ambiental en el derecho privado", cap. VII, pág. 135, Tomo I, de la obra colectiva "Daño ambiental", Rubinzal-Culzoni Editores, nov. 1999.
- 130 Hutchinson, Tomás: "Responsabilidad pública ambiental", Tomo II, cap. XI, pág. 144, en obra colectiva "Daño ambiental", Rubinzal-Culzoni Editores, dic. 1999.
- 131 Cauceo Usera, Raúl: "Constitución y Medio Ambiente", pág. 185, Ciudad Argentina - Dykinson, 2000.
- 132 Duaygües, María Inés, "Dos fallos judiciales representativos en la jurisprudencia ambiental Argentina: recomposición y daño residual", p. 231 y s., en obra colectiva "Memorias del Primer Encuentro Internacional de Derecho Ambiental", Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales- Instituto Nacional de Ecología, México, 2003.
- 133 Farrellada, Carlos Alberto: "Los principios de la responsabilidad civil por daño ambiental en Argentina", pág. 278, en obra colectiva "Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente", Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios del Ministerio Público, agosto 2000.
- 134 Rojas Quiñones, Claudia: "La reparación de los daños al medio ambiente en la Comunidad Europea", págs. 351, 352, en obra colectiva "Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente", Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios del Ministerio Público, agosto 2000.
- 135 De Miguel Perales, Carlos: "La responsabilidad civil por daños al medio ambiente", págs. 223 a 247, monografía. Club Aseguradores Internacional, 1^a edición, Premio J. Porras 1983, Ed. Civitas S.A., 1994. En el derecho español, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente declaró que ante todo debía perseguirse la reparación en especie, y sólo cuando esto no fuera posible, debía acudir a la indemnización. Vid. por ejemplo, las sentencias del 23 de septiembre 1988 RJ 1988, 6853 y 27 de octubre 1988 RJ 1988, 2284.
- 136 Cabanillas Sánchez, Antonio: "La responsabilidad por daños al medio ambiente", pág. 267, Ed. Aranzadi, 1996.
- 137 Bertolini, "Il danno ambientale e la tutela dell'ambiente tra diritto pubblico e privato" en "La qualità della vita e l'ambiente", a cura de Ferranti y Pascolini, Milano, 1989.
- 138 Quiroga Lavitè, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel, Cenicacelaya, María de los Ángeles: "Derecho Constitucional Argentino", Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, abril 2001.

139 Sanchez-Saez, Antonio José: "La *restitutio in pristinum* como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente", citada. Este autor ensaya un dealinde entre conceptos que guardan claro grado de similitud. Así sostiene que con el latinismo *restitutio in pristinum* estamos haciendo referencia a la necesidad de devolver a su estado inicial las cosas, objetos o bienes de contenido medio ambiental dañados. Expresan la misma idea la reparación *in natura* o la reparación *quo ante*. En el derecho romano, se utilizaba otra expresión, donde se hablaba de *in pristinum statum redire*, o sea, de la devolución de los bienes dañados a su estado primario, mediando reparación a cargo del que ocasionó. Así como un derivado de su uso, se emplea en el derecho italiano, el verbo *ripristinare*. Se destaca que la reparación *in natura* es un concepto más amplio que la *restitutio in pristinum*, ya que aquella alude no sólo a la restitución de la cosa a su estado inicial, sino que engloba también la evitación de futuros daños a la misma, gracias a la adopción de medidas correctoras. También se distingue de la reparación del daño, que implica la obligación de dejar indemne al que lo recibe, comprensiva de diversas variantes indemnización económica, valor de compensación, seguros, fondos de garantías, restitución en especie, valor de reposición, valor de equidad, valor de sustitución etc. Para profundizar sobre la temática recomendamos la lectura de Bustamante Alsina, Jorge: "Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa", pág. 93, Abeledo-Perrot, 1995; Castellí, Luis: "La obligación de recomponer el daño ambiental en la Constitución Nacional", en LL, 5-5-95; Gambler, Beltrán y Lago, Daniel: "El medio ambiente y su reciente recepción constitucional", en E.D., 163-727; Jimenez, Eduardo Pablo: "Los Derechos Humanos de la Tercera Generación", pág. 199, Ediar, 1997; Natale, Alberto: "Protección del medio ambiente en la reforma constitucional", LL, 1994-B-1385; del mismo autor "Comentarios sobre la Constitución. La Reforma de 1994", pág. 50, Depalma, 1995; Sabsay, Daniel: "Derecho y protección del medio ambiente" en Leyes reglamentarias de la reforma constitucional, de A.A.D.D., 153. Tawil, Guido Santiago: "La cláusula ambiental en la Constitución Nacional", LL, LL, 1985-B-1291; Valls, Mario R "Primeras reflexiones sobre las cláusulas ambientales y la Constitución", ED 158-1065; Verneti, Ana María: "Daño ambiental: la obligación de recomponer en el proyecto de Código Civil de 1998", Doctrina Judicial, 2000-1, pág. 1271, Edit. La Ley. De la misma autora "La obligación de recomponer en la legislación ambiental española", Doctrina Judicial, 2000- 3, pág. 229, Edit. La Ley.

- 140 Andorno, ob. cit. en el N° 13 de la "Rev. Coleg. Abog. de Rosario", p. 14; Barbero, Doménjico "Sistema del derecho privado", trad. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., E.J.B.A., 1967, t. 1), p. 250, n° 490-IV y nota 37; Borda "Trat. ... Dchos. reales" cit., t. 1, p. 401, n° 492; Llambías-Alterini "Cód. Civil anot." cit., t. IV-A, p. 426, n° 6; Santos Briz "La resp. civil" cit., p. 641; Trigo Represas "Resp. civil por daño ambiental" cit. en Zeno, T. 34, Secs. Doctr., p. 121, n° X-c); Cam. Nac. Civil, Sala D, 22/6/76, "Burgos c/ Arquinge SRL", E.D. 72-531.
- 141 Gozánd, Osvaldo, en "La legitimación para obrar y los intereses difusos", J.A., 1986-IV-843.
- 142 Bianchi, Alberto B. "Las acciones de clase", pág. 46, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2001.
- 143 Remitimos al trabajo de Bianchi, Alberto B. "Las acciones de clase", pág. 46, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2001. Costo Rúa, Julio C., "La acción por clase de personas (class Actions)", LL, 1988-C-952. De Miguel Perales, C. "La responsabilidad civil por daños al medio ambiente", p. 321, Civitas, Madrid, 1994. Accerri, Hugo - Stiglitz, Gabriel "Legitimación procesal colectiva. Las acciones de clase. Reparación de daños", Rev. Foro de Cuyo, Tomo 9, 1983.- Mosca Iucraepe, Jorge: "El daño ambiental en el derecho privado", en Daño Ambiental, tomo 1, p. 166, Rubinzal-Culzoni, 1999. También véase Quiroga Lavié, Humberto: "El amparo colectivo", p. 188-115 y 172-180, Rubinzal-Culzoni, 1998.

CAPITULO 5. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL DAÑO AMBIENTAL

- 1 Stiglitz, Gabriel A., "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente", en LL 1983-A, p. 786, n° III-1; JURE, María Angélica - STEIN, Patricia: "La consagración de los derechos como instrumento de la protección ambiental" en Revista "Juris", Rosario, t. 94, p. 929, n° IV.
- 2 Cam. 1a Civ. Com. La Plata, Sala 2a., 27/4/93, "Finlul de Pérez c/ Copetro S.A.", J.A. 1993-III-368.
- 3 Goldanberg, Isidoro, "La relación de causalidad ..." op. cit., p. 54.
- 4 Vázquez Ferreira, Roberto A. "La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil (hacia un alivio de la carga probatoria)", LL, 1996-D-988.
- 5 De Miguel Perales, Carlos, cap. IV, El nexo causal, en "La responsabilidad civil por daños al medio ambiente", p. 141, Civitas, Madrid, 1994.

- 6 Piscitelli, Alejandro, "El paradigma posnewtoniano", cap. 9, de su obra *Des-haciendo ciencia. Ciencia, cultura y conocimiento*, Los Libros del Riel, 1997.
- 7 Goldenberg, Isidoro H., Caffèratta, Néstor A. "Daño Ambiental, Problemática de su determinación causal", p. 39, Abeledo-Perrot, 2001.
- 8 Prigogine, Ilya: "La nueva alianza. Metamorfosis de la ciencia", Madrid, Alianza Universidad, 1993.
- 9 Prigogine, Ilya, "El futuro no está predeterminado" en diario *La Nación*, 22/04/2000, p. 10.
- 10 Goldenberg, Isidoro, "La relación de causalidad ...", *ob. cit.*, nota 16 y nota 43 *infra*; Prigogine, Ilya, "La naturaleza reencantada" en "Diálogo con científicos y sabios. La búsqueda de la unidad", p. 214, Barcelona, 1990.
- 11 Goldenberg, Isidoro H., "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", 2da edición actualizada, La Ley, 2000.
- 12 Andorno, Luis O. "La responsabilidad por daño al medio ambiente", *JA*, 1996-IV-877.
- 13 Vid. Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente de Chile 1994 establece en su artículo 52 de manera explícita la presunción de vínculo de causalidad, el existe infracción a las normas de calidad ambiental.
- 14 Congreso Internacional "La Persona y el derecho de fin de siglo", Santa Fe, 24 al 28 de octubre de 1998, bajo la presidencia del doctor Jorge Mosset Iturrages, publicado en *Revista de Jurisprudencia de la Provincia de B.A.S.*, noviembre 1998, año 6, N° 11, p. 985 y ss.
- 15 Hutchinson, Tomás: "Responsabilidad pública ambiental", en obra colectiva "Daño ambiental", T. II, p. 73, Rubinzal-Culzoni, 1989.
- 16 Cámara CyC 1° La Plata, Sala III, B 200484, RSD- 38-81 3, 23/04/1991, juez Roncoroni, en la causa "Villaro/ FaviSAs/ daños y perjuicios", en *JUBA*, B 200151.
- 17 De Miguel Perales, Carlos, *ob. cit.*, p. 161.
- 18 Así se advierte una tendencia a suavizar la carga de la prueba del nexo causal. Viney, Genovieve: "Traité de Droit Civil - Les obligations: La responsabilité: Conditions", p. 433, N° 368, L. G. D. J., Paris, 1992.
- 19 De Miguel Perales, Carlos, *ob. cit.*, p. 164.

CAPITULO 6. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

- 1 Goldenberg, Isidoro H., Caffèratta, Néstor A. "El principio de precaución", *JA*, 2002-IV, fascículo n. 8.

- 2 Bergel, Salvador, Cátedra de Bioética de la UNESCO, "Las variedades transgénicas y el principio de precaución", Comunicación en Seminario Internacional "Biotecnología y Sociedad", desarrollado los días 16 y 17/11/1999 en Facultad de Derecho de la UNBA. Para ampliar véase del mismo autor: "La recepción del principio precautorio en la ley general del ambiente", E.D serie Especial Ambiental, ejemplar del 22/04/2004, N° 10.999, año XLII.
- 3 González Arzac, Felipe, en su artículo "Consideraciones sobre la responsabilidad por daño ambiental", p. 71, en Agenda de Discusión sobre la Reglamentación del Artículo 41 de la Constitución Nacional. Presupuestos mínimos. Normas complementarias. Períodos de transición. Debates, CEADS, publicado en Julio de 2000.
- 4 Publicado en 1985 por la revista "Droit et Société", OST, François, el profesor de La Universidad de San Luis (Bruselas) y Director del CEDRE (Centre d'étude du Droit de l'environnement).
- 5 Viney, Geneviève, "Le principe de précaution. Le point de vue d'un juriste", p. 70, Les Petites Affiches, 30/11/2000. Kourilsky, Philippe-Viney, Geneviève: "Le principe de précaution", Rapport au Premier Ministre, Paris, La Documentation Française, 2000, p. 151.
- 6 Benjamin, Antonio H. "Derechos de la naturaleza", p. 31 y ss en la obra colectiva: "Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI, 2001, Abeledo-Perrot,
- 7 Mira, Álvaro L. Valery: "Derecho ambiental brasileño: el principio de precaución y su aplicación judicial", p. 85, Lexis Nexis JA, 17 de septiembre 2003, JA-2003-111, fascículo n° 12.
- 8 Lemme Machado, Paulo A. "Estudios de Derecho Ambiental", p. 37, Malheiros, San Pablo, 1994.
- 9 Derani, Cristiana: "Derecho Ambiental Económico", p. 167, Max Limonad, San Pablo, 1997.
- 10 Millaré, Edís: "Principios fundamentales de derecho del ambiente", en Revista de Tribunales, vol. 756, p. 60, octubre 1999.
- 11 Bergel, Salvador Darío: "La recepción del principio precautorio en la ley general del ambiente", E.D serie Especial Ambiental, ejemplar del 22/04/2004, N° 10.999, año XLII. Entiende que el principio precautorio es un modo de aplicar la prevención en situaciones de incertidumbre científica. La prevención se invoca cuando no es posible la simple prevención.
- 12 Andoraz, Roberto: "El Principio de Precaución: un nuevo estándar jurídico en la Era Tecnológica", LL, 18/07/2002.

- 13 Leite, José Roben Morato; Ayala, Patryck de Aranzo, Derecho ambiental en la sociedad de riesgo, Rio de Janeiro, Forense Universitaria, p. 58.
- 14 Kourilsky, Philippe - Viney, Geneviève: "La principe de précaution", Rapport au Premier Ministre, Paris, La Documentation Française, 2000, p. 151.
- 15 Facciano, Luis A. "La Agricultura Transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000", p. 247 y ss., en obra colectiva: "Tercer Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario", publicado por el Instituto de Derecho Agrario del Colegio de Abogados de Rosario, en febrero de 2001, con cita de Lacoune, F. "La précaution un nouveau standard de jugement", p. 131, en *Esprit*, 11/87, a su vez citado por Bergel, S., "El principio precautorio y la transgénesis de las variedades vegetales", versión preliminar, inédito.
- 16 Benjamin, Antonio Ermanno: "Derechos de la naturaleza, pag. 31 s.s., en obra colectiva *Obligaciones y Contratos en los albores del S.XXI*, Abeledo Perrot, 2001. También véase del mismo autor "Objetivos del derecho ambiental", p. 57 y s.s., ponencia del 5to. Congreso Internacional de Derecho Ambiental, "El futuro control de la polución y de la implementación de la regulación ambiental" San Pablo 4 a 5 de junio de 2001. Imprenta Oficial del Estado.
- 17 Highton, Elena: "Reparación y Prevención del Daño al Medio Ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?", p. 807, en obra colectiva, "Derecho de Daños", parte 2ª, Editorial La Roca, 1993.
- 18 Falbo, Anibal J. "El rol del derecho ante la Incertidumbre científica en los casos ambientales", JA, 1985-IV, 975.
- 19 Casabona, Carlos María Romeo: "Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho Penal. Resumen". Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco/ EHU Lejona.
- 20 Facciano, Luis A. op. cit., p. 247 y ss., en obra colectiva: "Tercer Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario", publicado por el Instituto de Derecho Agrario del Colegio de Abogados de Rosario, en febrero de 2001.
- 21 Lacoune, F. "La précaution un nouveau standard de jugement", en *Esprit*, 11/87, p. 13.
- 22 Andorco, Roberto: "El Principio de Precaución: un nuevo estándar jurídico en la Era Tecnológica", LL, 18/07/2002. Del mismo autor; "Fautas para una correcta aplicación del principio precautorio", número especial, "Bioética", bajo la coordinación de Pedro F. Hooft, JA, 2003- III, fascículo n. 4, p. 29.

- 23 **Xemelmajer De Carlucci, Alda:** "Determinación de la filiación del clonado", *JA*, 2001 - IV, fascículo n. 12.
- 24 **Andorno, Roberto**, op. cit., LL, 18/07/2002.
- 25 **Trípelli, Adriana:** "El principio de precaución en la bioseguridad", p. 283 y ss, III Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario.
- 26 "Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ Enre-Edesur s/ Cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadores", 09/07/2002, Cámara Federal de La Plata - Sala II, publicado en E.D, Serie especial Ambiental, ejemplar del 22/04/2004, Nº 10.989, Año XLII, anotado por **Cossari, Nelson G.**, "Electropolución t daño ambiental".
- 27 **TS Córdoba, 2003/03/11. "Castellani, Carlos E. Y otros"**- bajo comentario de **Caffarata, Néstor A.**, "Principio precautorio en un fallo del Tribunal Superior de Córdoba", en *LL Córdoba*- 2003- 1200.

CAPITULO 7. DE LA MATERIA PROBATORIA

- 1 **Braña Ballesteros, Raúl,** "El acceso a la justicia, derecho ambiental y desarrollo sostenible", p. 87, en "Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible", Memorias del Simposio realizado en la ciudad de México, del 28 al 28 de enero de 2000, Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental 9, Semarnap Profepa, sostiene la necesidad de adoptar un sistema de pruebas y de su valoración, que tome en consideración las complejidades técnicas de los hechos en que se fundamentan las acciones ejercidas y que de mayores facultades a los jueces para ponderar las pruebas.- **Malinverni Da Silveira, Clóvia E.**, "A inversao de onus da reparacao de dano ambiental difuso", p. 18 y ss., **Abelha, Marcelo:** "Breves consideracoes sobre a prova nas demandas colectiva ambientais", p. 148, en obra colectiva: "Aspectos processuais do Direito Ambiental, Forense, 2003.
- 2 **Gómez Catalá, Lucía,** "Responsabilidad por daños al medio ambiente", p. 74, **Aranzadi**, 1988.
- 3 **Valls, Mario:** "Derecho Ambiental", p. 159, **Abeledo- Perrot**, 1993.
- 4 **Gornis Catalá, Lucía,** op. citado, p. 73.
- 5 **Morello, Augusto M.-Morello, Lisandro A.**, "Los procesos de alta complejidad", *JA*, 1998-IV-749; **Morello, Augusto M.**, "La prueba científica", *LL*, 1999-C, 897. Del mismo autor: "los tribunales y los abogados frente a los problemas que plantean los litigios complejos", *JA*, 1990-1, 829. También este notable jurista platense,

aborda la temática objeto de este estudio, en su magnífica obra "Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", Tomo 1, p. 98 y ss, capítulo IX: Aspectos modernos en materia de prueba, Capítulo X: Producción de prueba temprana, 1998.- También: "La prueba científica", en "La Prueba. Tendencias modernas", 2ª edición, Platense, 2001.- Del mismo autor: "Dificultades de la prueba en procesos complejos", Rubinzal-Culzoni, 204.- Poyraco, Jorge W. "La prueba difícil", JA, 2003-III-1069.- También véase del mismo procesalista: "Lineamientos generales de las nuevas pruebas científicas", JA, 1993-IV-738.- En la misma línea: Caffratta, Néstor A. "De la complejidad de la prueba en materia ambiental", JA, 1997-II-231; desde la óptica del derecho penal: "La utilidad de la experticia en la comprobación del dolo penal ambiental por residuos peligrosos", JA, 1994-II-478; "Antijuricidad, autoría y responsabilidad penal en la ley 24.051. Régimen probatorio", JA, 1995-III-319; Ruiz, José E., "Visión jurisprudencial de las exigencias probatorias en la aplicación de los tipos penales", JA, 2002-II, fascículo n. 4, p. 50.- Camps, Carlos E.: "Particularidades del proceso civil por daño ambiental", JA, 1998-IV-859; del mismo autor: "Actualidad del acceso a la justicia ambiental", JA, 2002-III, fascículo n. 2, p. 20 y ss.

- 6 Lorenzetti, Ricardo L., "Carga de la prueba en los procesos de daños", LL, 1991-A, 1995; del mismo autor: "La adjudicación del riesgo probatorio", p. 42, en Revista de Daños N° 5, "La prueba del daño", Rubinzal-Culzoni, 1999.
- 7 Lorenzetti, Ricardo L., "Carga de la prueba en los procesos de daños", LL, 1991-A, 1995; del mismo autor: "La adjudicación del riesgo probatorio", p. 42, en Revista de Daños N° 5, "La prueba del daño", Rubinzal-Culzoni, 1999.
- 8 Camps, Carlos E., Nolfi, Luis M., "Importancia del Ministerio Público en el derecho penal ambiental", JA, 1998-IV, 902. Además se destaca que en caso de contaminación, puede combinar las especialidades de un biólogo, un entomólogo, un toxicólogo, un experto salud pública y administradores agrícolas y piscícolas. Los problemas ficticios se pueden referir a todo un proceso de biogeoquímico de transformación desde su salida hasta el medio ambiente. Otro caso puede reunir a un epidemiólogo, a un botánico, a un químico especializado en atmósfera, a un meteorólogo, a un economista y a un ingeniero. Véase Marella, Augusto M., "La complejidad de los litigios como factor coadyugante de la sobrecarga de los Tribunales y del nuevo rol de los peritos", ED 121-964.
- 9 Highton, Elena I., "reparación y prevención del daño al medio ambiente ¿Conviene dañar? ¿Haya derecho a dañar?, citado, p. 807.

- 10 Kemelmajer de Carlucci, Afida, "La responsabilidad civil por daño ambiental", *Separata de Anales del cincuentenario*, p. 187 y ss, Año Académico 1990, Córdoba, 1991.
- 11 Falbo, Anibal: "El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales", JA, 1995-IV, 976.
- 12 De Lorenzo, Miguel Federico: "El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Código civil de 1998", LL, 2000-C, 975.
- 13 Muller, Enrique: "Revista de Derecho de Daños", N° 4, p. 258.
- 14 Mosset Iturraspe, Jorge: La prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil en el proyecto de 1998, JA, 2000-II, 917.
- 15 Morello, Augusto M: "Dilemas probatorios en controversias de alta complejidad", nota a Fallo especial para la ley, 2002.
- 16 Morello, Augusto M: "Dificultades de la prueba en los procesos complejos", Robinza-culzoni, 2004. Peyrano, Jorge W. "La prueba difícil", JA, 2003-III-1089.
- 17 Peyrano, Jorge W. "La prueba difícil", J.A. 2003-3, fascículo N°7, p. 3
- 18 Malra, Héctor: "Control judicial de la Administración Pública", vol. II, p. 706, Depalma, 1984. Gordillo, Agustín, "Tratado de derecho Administrativo", T. 2, Cap. I, p. 11, Fundación de Derecho Administrativo, 1998. Marienhoff, Miguel, en "Tratado de Derecho Administrativo", T. II, p. 374 yss, Editorial Abeledo-Perrot. Diez, Manuel: "Manual de Derecho Administrativo", T. 1, p. 225, Editorial Plus Ultra. Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "Lagos", Fallos 190:142; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, causas B-47159, sentencia del 5/4/77, "Establecimiento Duhalde", Ays 1977-I-682; B-47857 sentencia del 8/4/1980, Freccero, Ays, 1880-I-461; ; B 50588, sentencia del 17/10/90, "Del Bueno", Ays 1990-III-787, entre otras, según la mencionada cita de Sañ, Leandro Karim: "La prueba en el proceso administrativo (con especial referencia a la provincia de Buenos Aires)", JA, 2004-I, suplemento del fascículo n. 8, p. 9 y ss.
- 19 Malzegli, Cristina, op. cit., p. 73. Vid. Para comparar Ley 1333/02 de Bolivia, artículo 102, según el estudio de investigación de González Márquez, José J., *Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental 12*, p. 38, FNUMA, diciembre 2003.

CAPITULO 8. LAS EXTERNALIDADES

- 1 Cano, Guillermo J., "Introducción al derecho ambiental argentino", LL, 154-914.
- 2 Pigretá, Eduardo: "Una nueva posibilidad: El derecho fiscal ambiental", ED. 83-827.

- 3 Sunkel, Osvaldo y Leal, José: Economía y medio ambiente desde la perspectiva del desarrollo", 4º parte, del trabajo "La metodología y conclusiones", Revista Ambiente y Recursos Naturales, vol. II, p. 57 y ss, n. 1, enero-marzo 1985. Ademés, Highton, Elena: "Reparación y prevención del daño al medioambiente. ¿Conviene dañar. Hay derecho a dañar?, cap. XXVIII, pag. 818, en Obra colectiva "Derechos de daños", 2da. Parte, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1993. En esa misma línea de ideas, ver Cafferatta, Néstor A: "El aporte del derecho penal a la protección ambiental", J.A. 1993-I-228.
- 4 Solanes, Miguel: "Un concepto ecológico-económico de importancia en el derecho ambiental: Las externalidades" ARN, Buenos Aires, julio-setiembre, 1985, vol. II, N.3, pag. 49 y ss.
- 5 In re "Maceroni, Francisco y otros v. Dirección General de Fabricaciones militares", Cámara Federal La Plata, sala 1º, 3-9-96, con nota de Cafferatta, Néstor A. "Externalidades y daño ambiental en sí mismo", JA. 1996-III, 262.
- 6 Solanes, Miguel: "Un concepto ecológico-económico de importancia en el derecho ambiental: Las externalidades", ARN, Julio-setiembre 1985, vol II, N.3, B.49.
- 7 Stiglitz, Joseph, La economía del sector público, p. 23, Editorial Bosch, Barcelona, 1986. Demsetz, Harold, "Toward a Theory of Property rights", American Economy, Review, p. 347, mayo 1967.
- 8 Acciari, Hugo Alejandro y Castellano Andrea: "Recursos naturales, ambiente y externalidades", análisis jurídicos de un concepto económico, J.A. 1986-(V, 886.

CAPITULO 9. LA VALORACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

- 1 Méndez, P. ¿Cuánto cuesta la naturaleza?, informe publicado en Revista Ecología Internacional, en especial "Foro para fijar precio", N° 20, marzo 1998, p. 15, Econews, Grupo Maj Comunicación.
- 2 Acquabella, Jean: "Valoración Económica de la degradación ambiental", CEPAL, Jornadas Provinciales y Latinoamericanas sobre Medio Ambiente", Salta, Argentina, 13 al 15 de mayo 2004, Poder Judicial de la Provincia de Salta, escuela de la Magistratura, FARN.- Aborda la temática de la metodología de valoración. A cuyo efecto, define el medio ambiente como los activos que representan una acumulación de un flujo futuro de bienes y servicios, en cuanto insumos, soporte de vida, servicios de recreación, asimilación de contaminación.- La degradación, como disminución o cantidad de bienes y servicios asociados a una alteración negativa. El valor del daño

como valor presente, la pérdida patrimonial. Además, entiende por valor económico total, el valor de uso, directo o conjuntivo y no conjuntivo; indirecto y de opción.- Y valor de no uso, de existencia, o herencia. Metodologías de valoración: 1) Métodos de mercado (uso extractivos); 2.- métodos indirectos (preferencias reveladas); Costo de reposición.- función de producción y de utilidad. Costo del viaje. Métodos de los precios, salarios hedónicos. 3.- Métodos directos (preferencias declaradas); Valoración contingente. Ordenación contingente. 4.- Método de transferencia de resultados. En los elementos de la valoración económica (preferencias/ disponibilidad a pagar) y costo de reposición (legal). Etapas: Línea de base y evaluación del daño efectivo y potencial. Opciones técnicas de restauración. Valoración económica (pérdida de bienestar). Reparación y compensación.

- 3 De Miguel, Carlos J., "Valoración económica de la degradación", p. 27 y s., en Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina, 23 y 24 de septiembre de 2003, Buenos Aires, Para. Señala que el valor económico total de un activo ambiental corresponde al valor presente del total de los flujos de bienes y servicios, presentes y futuros, que nos provea ese activo. Cuando se produce un daño ambiental, disminuye la cantidad o calidad de ese flujo de bienes y servicios y por ende, su valor. Esa disminución genera un daño patrimonial, que no se compensa sólo con la reparación del daño ambiental producido, si esto fuera posible, sino que requiere compensar las pérdidas ocasionadas durante el período hasta que se vuelve al estado anterior al daño, es decir, una indemnización por daños y perjuicios. No sólo hay que tener en cuenta lo perdido (daño emergente) sino lo dejado de ganar (lucro cesante). Para obtener el valor económico total, generalmente se requiere una combinación de métodos y herramientas que nos permiten calcular cada uno de sus componentes.
- 4 Mosquera, P., ¿Cuánto cuesta la naturaleza?, informe publicado en Revista Ecología Internacional, N° 20, marzo 1996, p. 13, Econews, Grupo Maj Comunicación.
- 5 Cámara 1° Civil y Comercial La Plata, Sala III, sentencia del 22/12/92, recada en autos: "Almada, Hugo v. Copetto SA y otros", y del 15/11/94, dictada en autos: "Sagarduy, Alberto", publicada en JA, 1985-IV, 178, con nota aprobatoria de Sígürliz, Gabriel A., "La tutela procesal de los intereses difusos y prevención del daño (Consolidación de la jurisprudencia civil)"; LLBA, 1995-936, comentario de Botassal, Carlos A., "La defensa judicial del medio ambiente", RJBA, 1998-IV, bajo anotación de Mosset Iturrzaaga, Jorge: "El daño ambiental y los alcances del

mandato judicial". También consultar in re "Pintal de Pérez v. Copetro SA", Fallo de la Cámara 1ª Civil y comercial de La Plata, Sala II, del 27/04/93, publicado en JA, 1993-III-368, bajo anotación de Morello, Augusto M., "La valoración de la prueba y otras cuestiones en la tutela procesal del ambiente". Y Ghersi, Carlos A., "Responsabilidad por daño ecológico. La trascendencia de un Poder Judicial independiente de grupos económicos. El valor de la justicia social". ver además, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: Ac. 60.094, in re "Almada, Hugo N. v. Copetro SA y otro"; Ac. 80.251, in re "Craze, Margarita v. Copetro SA y otro"; Ac. 60.254, in re "Klaus, Juan J. v. Copetro SA y otro", sentencias de fecha 18/05/98, con nota avalatoria de Stiglitz, Gabriel A., "La prevención de daños ambientales (en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires)", en LLBA, 1998-940.- También véase, en relación al mismo fallo, comentario de Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., "La efectiva prevención del daño ambiental", JA, 1999-I-227.- Consultar también sentencia en extenso, en la magnífica obra de Morello, Augusto M., "La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino", en cap. VIII, Panorámica de la Jurisprudencia.- Caidós, Jorge: "Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: Aperturas procesales y sustanciales. A propósito del caso Copetro", LL, 1999-C-1129.- Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/02/2001, A. 318. XXIV, "Almada, Hugo N. v. Copetro SA y otros", JA, 2001-III-305, bajo anotación de Morello, Augusto M. - Cafferatta, Néstor A.: "Las Industrias, la tutela del ambiente y la Corte Suprema". También, "Nuevas fronteras de la litigación colectiva", Morello-Cafferatta, capítulo 10, página 169 y ss., de la magnífica obra de este notable jurista, "La Justicia frente a la realidad", de Editorial Rubinzal- Culzoni, abril 2002.

- 6 En posiciones críticas: Pigretti, Eduardo: "¿Ley General del Ambiente?", Boletín de Anales de Legislación, 32/02, p. 2, LL.- Del mismo autor: "Ley 25.875. Ley General del Ambiente", en su obra "Derecho Ambiental Profundizado", Editorial La Ley, 2003.- De Benedictis, Leonardo: "Comentarios acerca de la Ley General del Ambiente. Ley Nacional 25.875", en DJ, 2003-426.. Del mismo autor: "Daño Ambiental y responsabilidades emergentes", DJ, 2003-3-221.- Valla, Mario E. "Ley 25.875 General del Ambiente. Una miscelánea de medidas protectoras del ambiente, uniformes, que sigue dispersando la legislación ambiental federal", JA, 2003- III, fascículo n. 12. En posturas favorables, véase Lorenzetti, Ricardo L., "La nueva ley ambiental argentina", LL, ejemplar del 6 de mayo 2003.- Sabatay,

Daniel. Di Paola, Eugenia: "El Federalismo y la Nueva Ley del Ambiente", en *Anales de Legislación Ambiental*, Vol. N° 22/2002.- De los mismos autores: "Comentarios sobre la Ley General del Ambiente", p. 17 y ss., en "Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental- Recomendaciones para su reglamentación", FARN/ UICN, Buenos Aires, 2003.- García Minella, Gabriela: "Ley General del Ambiente. Interpretando la nueva legislación ambiental", p. 19 y ss., en obra colectiva: "Derecho Ambiental (su actualidad de cara al tercer milenio)", Ediar, 2004.- Maltegui, Cristina: "Daño ambiental: una hipoteca al futuro", JA, 2002- III, fascículo n. 2.- Esain, José A., "El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675", JA, 2004- I, fascículo n. 1.- Pastorino, Leonardo F., "El daño ambiental en la ley 25.675", JA, 2004- II, fascículo n. 11.- Cafferatta, Néstor A. "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada", DJ, 2002- 3, p. 1133, boletín del 26 de diciembre 2002. "Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo" Ley 25675, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año V, N° 11, marzo - abril 2003, p. 51. "Principio precautorio y Derecho Ambiental", LL, año LXXVII, N° 233, miércoles 3 de diciembre 2003. "El Principio Precautorio", RRCyS, año V, N° 6, noviembre- diciembre de 2003. Se remite para ampliar, a la lectura del Capítulo 12: "Responsabilidad Civil por Daño Ambiental", p. 533 a 738, "Tratado de la Responsabilidad Civil", Tomo III, Félix Trigo Represas- Marcelo J. López Mesa, Editorial La Ley, marzo 2004.

7. Sgilitz, Gabriel A., "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente", LL, 1983-A-786.- Gianfelice, Mario Cesari: "Responsabilidad civil por contaminación", LL, 1983- D-1019.
8. Gornis Catalá, Lucía: "Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente", p. 64, Aranzadi, 1998.
9. De Araujo Perreita, María de Fátima: "Dano Ambiental: Dificuldades na determinacao da responsabilidade e valoracao no direito positivo brasileiro", p. 563 y s., en 10 ano de *Boa 92- O Direito e o Desenvolvimento Sustentavel*, Congresso Internacional de Direito Ambiental, 1992, Sao Paulo.
10. La Corte suprema de Justicia de Santa Fe, con el primer voto del doctor Ulla, en la causa "Federación de Cooperadora Escolares Departamento Rosario v. Provincia de Santa Fe (recurso contencioso administrativo sumario Ley 10.000)", en JA, 1991-IV-293, dijo que: el ambiente no es solo patrimonio estético que debe salvaguardarse sino que es, además, la sede de un activo y dinámico conjunto de

fuerzas de las que, en la mayor parte, depende el desarrollo equilibrado del ciclo vital del hombre (Delfino).- Calificó de daño público el daño al ambiente en sí mismo, "Porque es definitiva, disminuye el goce del ambiente, dado que esta daba entendera como matriz de valores apreciables, también en términos no exclusivamente económicos, en razón de que su contenido se extiende a los que se denominan intereses de vida, que son significativos y caracterizantes". Además dijo que "El interés difuso aparece no como una suma ni una combinación, sino más bien como un haz de intereses natural y necesariamente comunes, privado naturalmente de un centro de referencia unitaria, excepto en los casos en que exista un ente exponencial (Caravita)". Para ampliar véase Caffarata, Néstor A. "Jurisprudencia Ambiental", JA, 1996-IV-1093.- "Actualización de Jurisprudencia Ambiental", JA, 1997-IV-1082.- "Daño Ambiental evolución de nuestra jurisprudencia ambiental", JA, 1999-III-162.- "Jurisprudencia Ambiental en la Argentina", en obra colectiva "Derecho Ambiental en Evolución", p. 259 y ss., bajo dirección de Vladimir Presos De Freitas, publicado Curitiba, R.E. Brasil, Jurua Editora, 2002.- "Daño Ambiental. Jurisprudencia", LL, ejemplar del 10/03/2003, N° 131, año LXVII.

- 11 Lorenzetti, Ricardo L. "Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente", en LL, 1998-A-1030, n. 11-1, apunta que "se trata de un bien no monetizable, es decir, no traducible en indemnizaciones y difícil de volver al estado anterior al daño".
- 12 Jordano Fraga, Jesús, "El derecho Ambiental del Siglo XXI", tras señalar que el Derecho Ambiental es el conjunto de normas dispersas que directa o indirectamente encuentran punto de unión en su objetivo de defensa, restauración y protección del medio ambiente.- Y presuncionar que el Siglo XXI va a ser el siglo de la Codificación Ambiental, dice que el reto de la humanidad Gener planteado no es sencillo. De hecho si no cambian mucho las cosas tenemos pocas oportunidades de legar a nuestro descendientes un lugar tan bello como el que nosotros hemos conocido, Revista de Derecho Ambiental, Aranzadi, N° 1, p. 95- 113, 2000.- <http://www.cicavaa/alfons/gimadua/jjordano.html>.

El derecho ambiental se encuentra en una etapa de plena maduración. Su creciente importancia se vincula a la trascendencia de los bienes en juego, a saber: la calidad de vida, el desarrollo sostenible, la salud pública, la intimidad, la dignidad de la vida y el destino del futuro de la especie humana.

Esta obra del prestigiado catedrático argentino Néstor A. Cafferatta constituye una magnífica introducción a las cuestiones más novedosas de este campo de estudio. Combina el análisis jurídico de los institutos de derecho sustantivo y procesal, que mayores mudanzas registran, con el estudio de los denominados intereses difusos y derechos de tercera y cuarta generación, que atienden a las necesidades de un sujeto plural de derecho: las generaciones futuras, circunstancia que el intérprete debe tener muy en cuenta.

Se trata de un trabajo que constituye una lúcida investigación y un valioso esfuerzo de sistematización, transmisión de conocimientos, experiencias y doctrina, que fortalece la cultura jurídica ambiental y que ofrece como material de imprescindible lectura para los operadores del derecho.