Responsabilidad civil y biodiversidad

Por Carlos A. Parellada

I. Introducción. II. La evolución de la perspectiva ambiental en el derecho argentino III. La diversidad biológica como valor jurídico en el derecho argentino. IV. La diversidad biológica como un derecho en el derecho argentino V. El carácter fundamental de la prevención del daño ambiental y su comunicabilidad al derecho de daños. VI. La influencia de la protección ambiental en concepto de daño que funda la responsabilidad civil del Código Civil y Comercial de la Nación. VII. Conclusiones

1. Introducción:

Dos encuentros entre estudiosos del derecho de Francia y Argentina ([[1]](#footnote-1)) nos han brindado la posibilidad de reflexionar sobre algunos aspectos que exhibe la coincidencia –con sus particularidades- de la evolución del pensamiento jurídico en torno a la responsabilidad civil y, lo que tradicionalmente hemos llamado, el derecho ambiental, hoy, especificado en la ‘conservación de la biodiversidad’ o su posible mayor proyección hacia la ‘multiculturalidad’ ([[2]](#footnote-2)).

De entre la rica temática propuesta en la que se abordó la trascendencia de la conciencia que hemos tomado los hombres acerca de la necesidad del cuidado del ambiente y el empeño que corresponde poner a los cultores de las diversas disciplinas jurídicas en pos de ello, nos ocupamos de la relación empática del Derecho Ambiental con el Derecho de Daños.

Ciertamente, la preocupación de la doctrina francesa está fundamentalmente actualizada por el debate que se está llevando a cabo en el parlamento galo respecto del proyecto de ley sobre biodiversidad, de cuyo trámite, alternativas parlamentarias y su ensamble en el ordenamiento jurídico francés ha ocupado la atención de Nathalie Blanc ([[3]](#footnote-3)), con quien tuvimos el placer de compartir el abordaje de esa relación. En especial, el problema que se presenta respecto de contemplar (y la mejor forma de hacerlo) los daños individuales que sufren las personas como consecuencia de las alteraciones del ambiente y la tuición de los bienes comunes que se lesionan a través del llamado ‘daño ecológico’ o daño ambiental colectivo o puro.

1. La evolución de la perspectiva ambiental en el derecho argentino.

En el derecho argentino la perspectiva ambiental ha sido el resultado de la confluencia de la labor doctrinal, jurisprudencial y legislativa.

La doctrina, bebiendo en la evolución internacional del pensamiento ambiental ([[4]](#footnote-4)), mostró los caracteres del derecho ambiental eran, ser:

1. Supranacional o espacialmente planetario ([[5]](#footnote-5)), dado que la contaminación no reconoce fronteras como no las reconocen el mar, ni la flora, ni la fauna. ([[6]](#footnote-6))
2. Interdisciplinario ([[7]](#footnote-7)) o transversal ([[8]](#footnote-8)), pues a él debían atender tanto el derecho público como el privado ([[9]](#footnote-9)). Pero que debía integrarse con el conocimiento de las ciencias duras, como la física, la química, la biología, la antropología, la economía ([[10]](#footnote-10)), etc. ([[11]](#footnote-11))
3. sistémico, ya que esas ciencias nos evidenciaban que el comportamiento de los elementos naturales, culturales, sociales y económicos y las interacciones que provoca la intervención del hombre, contemplando que las regulaciones de los diversos elementos son propias de cada uno de ellos, dentro del sistema general, que no es posible ignorar ([[12]](#footnote-12)). Por ello, daba lugar a ámbitos limitados de discrecionalidad que exigen respetar las leyes naturales, a las que el derecho no puede normar. Por lo que se impone ser rigurosamente técnico.
4. finalista, ya que su objetivo es la supresión o morigeración del impacto de la actividad humana sobre los elementos que componen el ambiente.
5. Redistributivo ([[13]](#footnote-13)), dado que a través de él se procura corregir deficiencias del sistema de precios, buscando la incorporación a los costos de produccion de las externalidades que con frecuencia se desplazan sobre los bienes comunes, evitando incurrir en los gastos necesarios para evitarlas. ([[14]](#footnote-14))
6. intergeneracional, en el sentido que sus normas deben tender a garantizar que el desarrollo socioeconómico que satisfaga las necesidades actuales no debe sacrificar el de las generaciones futuras, según lo impone el principio del desarrollo sustentable o sostenible.
7. preventor de daños ([[15]](#footnote-15)), en virtud de la constatación de que el daño ambiental suele afectar a innumerable víctimas, especialmente en lo que hace a la salud de las personas, y es, con frecuencia, de imposible reparación. Sus efectos no se limitan a afectar a las víctimas que sufren en forma inmediata el menoscabo sino que trasciende a las generaciones futuras. Precisamente esa característica del daño ambiental ha conducido a la concepción de la necesidad de un desarrollo sustentable o sostenible, o sea, que el desarrollo que satisface la necesidades de la generación presente no comprometa las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las propias. Por ello, se habla de un derecho ‘intergeneracional’, que no se ocupa únicamente del “otro” presente, sino del “otro” futuro, que aún no está presente.

Confluyeron a perfilar dichos caracteres la concurrencia del proceso de globalización ([[16]](#footnote-16)), la mayor conciencia de los derechos humanos ahora constitucionalizados ([[17]](#footnote-17)) y el acercamiento del Common Law y el Derecho Continental.

Desde la doctrina procesal, el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata, 1981) recomendó: “*Debe reconocerse la procedencia de una acción preventiva de toda manifestación que al producir daños, por ej., al medio ambiente o a la ecología, requiera la enérgica y perentoria neutralización de sus efectos negativos*”.

Por su parte el I Congreso Internacional de Derecho de Daños (Bs.As., 1989) sostuvo que “*Ante el menoscabo actual o potencial, a intereses difusos, es proponible una pretensión cautelar o principal, tendiente a hacerlo cesar o evitarlo*”.

La doctrina civilista expresada en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Carlos de Bariloche, 1989), fue abriendo el camino de la legitimación y recomendó: “*En cuanto a los intereses difusos, se enfatiza la necesidad de su protección, a través de una legitimación activa amplia que también incluya a las entidades intermedias representativa de sectores interesados de la comunidad, de un procedimiento abreviado, y del otorgamiento de autoridad de cosa juzgada oponible* erga omnes *a las sentencias que hagan lugar a las pretensiones y conciernan a intereses transindividuales*.”

El aporte de la jurisprudencia fue también muy importante, especialmente, la que dio los primeros pasos tuitivos de los bienes comunes, superando inconvenientes de tipo procesales, como la legitimación en virtud de la falta de titularidad del bien afectado por parte de quien pretendía la tutela ([[18]](#footnote-18)), la existencia de un daño simplemente temido ([[19]](#footnote-19)) o la existencia del juez imparcial ([[20]](#footnote-20)).

En el orden legislativo, existieron numerosas leyes destinadas a reglar elementos parciales del ambiente, pero la aprobación, a través de la Ley 24.375 ([[21]](#footnote-21)), del Convenio sobre Diversidad Bilógica suscripto el 5 de junio de 1992, tiene una repercusión especial, por ser muy abarcador y destinado a la conservación del equilibrio determinado por dicha diversidad ([[22]](#footnote-22)).

Los considerandos de tal Convenio rezan:

*“Conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes,*

*“Conscientes asimismo de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera,*

 *“Afirmando que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad,*

Más adelante, se afirma:

*“Observando que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica,*

El mencionado convenio menciona más de 70 veces la conservación, así en los arts. 1, 2, 5 a 13, 16 a 19, 21, 23 y 25. Obviamente, que para ‘conservar’ es imprescindible prevenir los daños que amenacen la subsistencia de la diversidad. Si el daño ya se ha concretado, sólo cabe recurrir a la recomposición en la medida que ella sea posible.

En el mismo sentido, la Conveción habla de las amenazas a la reducción o pérdida de la diversidad biológica –en sus considerandos ([[23]](#footnote-23))- y en los textos de sus arts. 8, 9, 10 a 13, 16 a 19, 21, 23 y 25. Tal mención demuestra que en el ámbito de la protección de la diversidad, el ‘daño amenazado’ constituye algo disvalioso y que debe ser evitado.

1. La Diversidad Biológica como valor jurídico en el derecho argentino.

Esas consideraciones son demostrativas que, para el derecho argentino, la diversidad biológica constituye un valor jurídico.

La trascendencia de esa afirmación se advierte cuando es puesta en relación con el texto del art. 2 del Código Civil y Comercial de la Nación que reza:

***Art. 2°.— Interpretación.*** *La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los* ***valores jurídicos****, de modo coherente con todo el ordenamiento.*

Nos permite concluir que la conservación de la diversidad biológica, entendida como diversidad de la vida de las distintas especies y dentro de ellas, y los distintos ecosistemas es una pauta interpretativa para resolver los casos en ella está implicada.

1. La diversidad biológica como un derecho en el derecho argentino.

El texto literal del art. 41, primer párrafo, de la Constitución Nacional –en su versión incorporada por la Reforma de 1994- no deja lugar a dudas acerca de que los habitantes del suelo argentino “*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*” (la negrilla nos pertenece). Debe destacarse que la norma establece que es un derecho, y a la misma vez, un deber que pesa sobre todos los habitantes el preservar el ambiente sano, equilibrado y apto par el desarrollo humano, señalando que dicho deber tiene como finalidad la sustentabilidad de ese desarrollo, conforme el carácter intergeneracional de la protección ambiental. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha rescatado ese carácter para instruir a los jueces acerca de la necesidad de que actúen con particular energía para hacer efectivos los mandatos constitucionales en materia ambiental. ([[24]](#footnote-24))

El segundo párrafo de esa misma norma establece que “*Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales,* ***a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica****, y a la información y educación ambientales*” (la negrilla nos pertenece)

El párrafo final del art. 41 determina que “*Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales*”

En cumplimiento de esa manda constitucional, el Congreso de la Nación, dictó la ley 25.675 ([[25]](#footnote-25)) ([[26]](#footnote-26)), que tiene entre sus objetivos “*Asegurar la conservación de la diversidad biológica*” y “*Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo*” y “*Establecer procedimientos y mecanismos adecuado para minimización de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental*” (incs. f, g y k del art. 1).

El art. 4 de la L.G.A. establece los principios a los cuales debe sujetarse la interpretación y aplicación de las normas que instrumenten políticas en materia ambiental. El carácter imperativo de las normas de presupuestos mínimos se ratifica en el art. 241 del CCCN que establece: “*Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable*”, o sea, tal como lo venía sosteniendo la doctrina, los principios establecidos en la L.G.A. resultan aplicables en cualquier jurisdicción, nacional, provincial o municipal en que se ejerzan tales facultades interpretativas. Asimismo, el art. 240 CCCN fija los límites al ejercicio de los derechos individuales, estableciendo: “*El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial*”. ([[27]](#footnote-27))

Entre los principios que establece la LGA se encuentran tres trascendentes a los efectos de nuestro estudio: el principio de prevención, el de precaución y el de responsabilidad.

Los tres principios mencionados presuponen la conceptualización del daño ambiental, pues ellos se refieren precisamente a la prevención, precaución y responsabilidad por la alteración negativa al ambiente. De modo tal, que se encuentran íntimamente vinculados al art. 27 que lo define “*como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos*”.

Tal conceptualización descarta –tal como lo advierte la Profesora Blanc- que se trate de un ‘*daño a otro*’, en el sentido que la lesión sea un derecho subjetivo o un interés no reprobado por la ley de titularidad de otra persona, y que se proyecta en el requisito del carácter personal del daño resarcible. Al menos, no lo es en forma directa, pues en forma indirecta ([[28]](#footnote-28)) la lesión al ambiente, a los recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes y valores colectivos, inciden negativamente en el derecho que la Constitución Nacional reconoce a toda persona a desarrollar su vida en un ambiente sano, equilibrado. En tal sentido señala Kemelmajer de Carlucci que el daño que sufre una comunidad o una persona afectada en sus propios intereses (su vida, su salud, su trabajo) es un daño de rebote o repercusión (par ricochet) de aquélla que afectó en forma directa al ecosistema, a la biodiversidad, o a cualquier otro elemento del ambiente ([[29]](#footnote-29)) y que termina repercutiendo en la persona humana, privándolo de su derecho al ambiente sano o su calidad de vida social, cultural, etc..

Lo definido en el art. 27 de la L.G.A. no es el daño sufrido en forma individual, que afecta a una persona existente como consecuencia de la afectación del bien común, sino el *daño ambiental puro o propiamente dicho*. Es el infringido a un derecho de incidencia colectiva, en tanto, incide sobre un colectivo: una generalidad de personas. Pero, además, no es a un colectivo necesariamente existente, sino que también puede incidir –en el largo plazo- sobre personas que aún no existen: las que formarán las generaciones futuras. Ellas son también objeto de protección en virtud de otro principio receptado en la L.G.A., que es el principio de equidad intergeneracional, que impone la tuición no sólo de la biodiversidad de la que goza la generación presente, sino también la de las futuras (art. 4 Ley 25.675). ([[30]](#footnote-30))

Ese daño ambiental puro o propiamente dicho para alcanzar el carácter de daño indemnizable requiere de una “*relevancia*”, según los propios términos del art. 27 L.G.A. En otros ordenamientos, en vez de utilizar el término “relevante” se utiliza el de “significativa” ([[31]](#footnote-31)). La relevancia tiene el carácter de pauta abierta, y es interpretada por algunos autores como una cuestión de gravedad ([[32]](#footnote-32)) o exceder la normal tolerancia que impone la convivencia ([[33]](#footnote-33)) o ‘riesgo permitido’ ([[34]](#footnote-34)) o una alteración del principio organizativo que repercuta en el desarrollo de la vida en todas sus formas ([[35]](#footnote-35)), dado que un cierto grado lesión es inevitable, como lo declararon las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1996) ([[36]](#footnote-36)).

También se pone en crisis el carácter personal del daño, como señala Nathalie Blanc y ha sido destacado por la doctrina argentina ([[37]](#footnote-37)), en tanto carácter ausente en el daño ambiental propiamente dicho o puro. Presente, en cambio, en el daño individual que sufra cada una de las personas afectadas por reflejo, en los que sigue siendo requisito *sine qua non* que se afecte un interés propio y exclusivo. En el daño ambiental puro es suficiente que ese interés sea concurrente o compartido con el de otras personas (difuso o colectivo).

Precisamente, el concepto de daño evocado por el art. 1737 del Código Civil y Comercial de la Nación es que existe daño “*cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*”. Cuando la afectación es a un derecho de incidencia colectivo, el carácter personal del daño desaparece o se diluye, ya que lo lesionado es algo que pertenece a un colectivo no a una persona determinada o no en exclusividad. De modo tal, según lo expresan los fundamentos que acompañaron al Anteproyecto: “*El daño causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento. Cuando ese derecho o interés es individual recae sobre la persona o el patrimonio y eso significa que los derechos tienen un objeto, como se señala en el Título Preliminar. También están incluidos los de incidencia colectiva*”.

En el art. 14 del Capítulo 3 Título Preliminar, reconoció la existencia de dos clases de derechos: los individuales y los de incidencia colectiva. ([[38]](#footnote-38)) En el mismo artículo se establece que el ejercicio abusivo de los primeros no es amparado por el derecho, cuando de él pueda afectar al ambiente o a los derechos de incidencia colectiva, en general.

El Anteproyecto de la Comisión del decreto 191/2011 iba más lejos, al reglar el efectivo amparo de los derechos individuales afectados por una causa común o generados en forma indirecta por la lesión a derechos colectivos, siempre que daño fuera divisible o diferenciado, al posibilitar la persecución de las indemnización individual a través de un proceso colectivo. Así, se incluía una sección 5ª “*Daños a los derechos de incidencia colectiva*” en el capítulo 1 “*Responsabilidad civil*” del Título V “*Otras fuentes de las obligaciones*” del Libro III “*Derechos personales*” que perseguía coordinar, en forma eficiente y a través de una vía procesal más rápida y económica, los procesos colectivos que permitiesen, una vez establecida la causa común y la responsabilidad por el daño ambiental, o sea, acogida la acción por el daño ambiental puro, encarar las repercusiones individuales valiéndose de la cosa juzgada alcanzada respecto de aquél. ([[39]](#footnote-39))

Lamentablemente la Sección proyectada fue suprimida por el Poder Ejecutivo, postergando la reglamentación para una futura ley que regule los procesos colectivos, basados en el carácter procesal y, consecuentemente, provincial, de tales normas. ([[40]](#footnote-40))

Los tres principios en juego referidos a ese daño ambiental propiamente dicho o puro, están establecidos en el art. 4 de la L.G.A. Son los siguientes:

*a.* ***Principio de prevención***: según el cual “*Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir*”.

Este principio, rechazado por Vélez Sarsfield –respondiendo a las ideas propias de su época, en el art. 1132 ([[41]](#footnote-41)), recibió una primera acogida a través del decr.-ley 17.711 al admitirse la acción de daño temido, en el art. 2499 C.Civ. derogado. En los tiempos modernos, el principio se generalizó, sobre la base de considerar que existe un derecho a la integridad física y patrimonial de la persona que impone evitar el daño, a partir de la convicción de que el *alterum non laedere* presupone ese derecho que reconoce el mismo fundamento constitucional que el derecho al resarcimiento del daño sufrido ([[42]](#footnote-42)), el reconocimiento de la acción de amparo cuyo presupuesto es la simple amenaza a los derechos constitucionales (“*todo acto u omisión…que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace*” (art. 1 de la Ley 16.986)), sin que sea necesario que el daño se haya materializado, y en concurrencia con el art. 42 de la C.N. que impone establecer “*procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos*…”. Ese fundamento es el que ha dado lugar a la tutela inhibitoria de cuyas manifestaciones y vías procesales se ha ocupado, en el seno de estos encuentros el Dr. Jorge W. Peyrano ([[43]](#footnote-43)).

En el derecho ambiental y la protección de la biodiversidad se ha dicho que el principio de prevención es “*el aspecto más importante del derecho instituido por el art. 41 C.N*.” ([[44]](#footnote-44)), y ciertamente que lo es, en virtud de las dificultades que ofrece la recomposición del ambiente, que pocas veces logra su objetivo de restituir las cosas a la situación anterior al daño.

La actitud preventiva tiene múltiples manifestaciones que abracan los instrumentos de la política ambiental tales como la organización de un ordenamiento ambiental, la evaluación del impacto ambiental, el control del desarrollo de las actividades antrópicas, la educación ambiental, el diagnóstico e información ambiental y régimen económico de promoción del desarrollo sustentable, conforme la enunciación del art. 8 de la LGA y que se regulan más detalladamente a lo largo de las sucesivas normas. Pero también la participación ciudadana que permite escuchando numerosas voces para disminuir el margen de error. ([[45]](#footnote-45))

En la jurisprudencia, se advierte la importancia que dan los tribunales –tanto Superiores como de grado- a este principio y así, ha dicho recientemente la Corte Suprema de la Nación que “*En asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador*” ([[46]](#footnote-46)); por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha decidido: “*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*" ([[47]](#footnote-47)).

*b.* ***Principio de precaución***: que se enuncia en la norma del art. 4, así: “*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*”

O como lo describió el Grupo de Expertos de la UNESCO al decir “*Cuando la actividad humana puede conducir a un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, diversas medidas pueden ser tomadas para evitar o disminuir la posibilidad de ese daño. El daño moralmente inaceptable consiste en el infligido a seres humanos o medio ambiente que sea: una amenaza contra la salud o la vida humanas, o grave y efectivamente irreversible, o injusto para las generaciones presentes o futura, o impuestas sin tener debidamente en cuenta los derechos humanos de los afectados*”. Entendida esa “*plausibilidad*” como “*una posibilidad más seria que la otra*” de que el daño se produzca, y ejemplificado magníficamente diciendo “*Si descubro una dureza en mi piel y dos hipótesis son “es cancerosa” y “es benigna”, no tengo que decidir que la dureza es probablemente cancerosa para ir al médico y someterme a un examen. Puedo considerar la hipótesis del cáncer como una posibilidad seria aunque no me parezca cierta ni mínimamente probable*” ([[48]](#footnote-48)).

Este principio puede ser distinguido el de prevención, pues si bien tienen la misma finalidad: evitar la producción de daños, sus presupuestos difieren ([[49]](#footnote-49)). Se trata de principios complementarios, pues el principio de precaución excede al de prevención que opera en el ámbito de la certeza, para desplegar sus efectos ante la duda o incerteza. Normalmente, esa duda o incerteza es científica, pues la ciencia carece de certeza sobre el vínculo de causalidad que uniría la acción con el daño grave e irreversible ([[50]](#footnote-50)), la magnitud de la incidencia causal o la naturaleza de la lesión. Por supuesto, se requiere de la existencia de una duda científica, no de una fantasía o mera especulación intelectual ([[51]](#footnote-51)).

El principio de prevención exige que exista un riesgo cierto de daño que vaya a seguirse de una determinada acción. Por ello, se señala con precisión que “*La actitud de prevención sólo puede funcionar sobre riesgos previsibles; sus pilares constitutivos no le permiten dar cuenta de la incertidumbre*” ([[52]](#footnote-52)). En cambio, el principio de precaución no se pone en movimiento frente al riesgo cierto de daño, sino precisamente, cuando ese riesgo es incierto, en razón de la falta la certeza científica de que a determinada acción se siga un daño. Por ello, algunos autores hablan de que la prevención se aplica frente al riesgo actual en tanto la precaución ante el riesgo potencial ([[53]](#footnote-53)).

El principio de prevención requiere de que ese peligro consista en la producción de un daño ambiental de cualquier característica; no es determinante su gravedad o reversibilidad. En cambio, el principio de precaución requiere que ese daño ambiental temido sea grave e irreversible, afectando el derecho a la salud o al ambiente sano; si faltan esas características no resulta aplicable.

En la precaución existe una combinación entre gravedad, irreversibilidad e incerteza científica. Si el daño es de menor gravedad o reversible, el principio no se aplica. Si hay certeza científica de que la acción no determina el daño, tampoco se aplica. También es cierto que para los supuestos de certeza científica es suficiente la prevención, sea para que opere porque hay certeza de la existencia del daño y su causa, o para que no opere, pues hay certeza de no se seguirá daño o no es causado por la conducta sindicada de causante.

Para que sea aplicable el principio de precaución se requiere: a) daño temido grave o irreversible: y b) incerteza científica acerca de si una acción determinada es causa del daño grave e irreversible que se teme. Esos recaudos deben concurrir concurrentemente. Se suele ejemplificar con las situaciones a que dan lugar las radiaciones de radiofrecuencia emitidas por la telefonía móvil o los productos químicos sintéticos que pueden interferir en el sistema endocrino respecto de los cuales existe un alto grado de incertidumbre sobre el qué, el cuándo y el cómo de su potencial efecto sobre la salud ([[54]](#footnote-54)).

El principio opera como una inversión de la carga de la prueba, pues será quien quiera desarrollar la actividad no inequívocamente dañosa quien deberá demostrar su inocuidad, si se teme que la existencia de un daño grave o irreversible. Obviamente, ello implica que se valora la protección del ambiente y la salud, por encima de los intereses económicos y comerciales que pujan por la actividad. Ciertamente, opera en un marco de proporcionalidad en cuanto presupone la ponderación de los costos de la inacción (no hacer) frente a los beneficios de correr el riesgo de la actividad. ([[55]](#footnote-55)) Por ello, el art. 4 al enunciar el principio alude a que “*en función de los costos*”, lo que significa que no se detiene la acción de cualquier manera, sino atendiendo a ellos. ([[56]](#footnote-56))

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, encontramos el caso “*Salas, Dino y ots. c/Provincia de Salta y Estado Nacional*” ([[57]](#footnote-57)) en el que por unanimidad se evocó el principio precautorio para establecer la verosimilitud del derecho a los fines de acoger una medida cautelar consistente en detener provisionalmente la tala y desmonte de bosques en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria de la mencionada provincia.

En los tribunales de grado se recuerda como uno de los primeros que hizo aplicación del principio la causa “*Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes v. ENRE - Edesur s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora*” ([[58]](#footnote-58)) en la que se dispuso ordenar al prestador y al controlador del servicio público de electricidad que presentaran un informe en un plazo perentorios indicando las medidas que debían poner en práctica para proteger a los residentes de los efectos potencialmente nocivos de los cables de alta tensión y de una subestación transformadora. Allí se reconocía que la dañosidad era potencial y no certera.

*c.* ***Principio de responsabilidad***: En virtud del cual “*El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposició*n”.

Debe advertirse, en primer término, que conforme este principio, es el generador de los efectos degradantes del ambiente quien debe asumir los costos tanto de las acciones preventivas, como de las correctivas. Esa advertencia nos permite percibir que la ley está disponiendo claramente, que deben corregirse las externalidades absorbiendo el generador los costos de su evitación. No es solamente que ‘el que contamina o destruye la biodiversidad paga’, sino que también que el con sus acciones puede contaminar o destruir la biodiversidad debe evitarlo mediante acciones preventivas, y los costos de esa evitación deben quedar a su cargo ([[59]](#footnote-59)). No deben ser trasladadas a la comunidad, o sea, a los bienes comunes.

1. El carácter fundamental de la prevención del daño ambiental y su comunicabilidad al derecho de daños.

La doctrina argentina y los fallos de los tribunales coinciden en que la prevención del daño tiene un carácter fundamental y caracteriza al derecho ambiental, coincidiendo con la conclusión que revela Nathalie Blanc en el derecho francés. No se concibe un derecho ambiental que no tenga una preocupación por la prevención del daño.

Esa convicción se trasmitió al Derecho de Daños ([[60]](#footnote-60)), partiendo del carácter definitivo del daño; la pérdida o la lesión es definitiva, con independencia de que la indemnización a cargo del responsable desplace hacia su patrimonio el desmedro que impactó a la víctima del daño; sin embargo, a nivel macro o social ese desplazamiento no hace desaparecer la pérdida. Por lo demás, sólo en el ámbito de lo pecuniario el resarcimiento se aproxima a la justa indemnización o a la reparación integral. En el resto de los ámbitos, en el de los derechos de las personas o los de incidencia colectiva, el resarcimiento evidencia una marcada insuficiencia satisfactoria del menoscabo sufrido.

La prevención de los daños fue calificada como ‘una de las tendencias más fuertes del actual Derecho de Daños’, ‘función insoslayable del Derecho de daños’ ([[61]](#footnote-61)), ‘prioritaria en el Derecho de daños’ y ‘principio general del Derecho de daños” ([[62]](#footnote-62)). Se señalan las evidentes ventajas, tales como que tiende a mantener la paz social, la armonía y fomenta la solidaridad, ahorra los costos de daño consumado, pone en acto el adagio ‘mejor prevenir que curar’ ([[63]](#footnote-63)).

Se incorporó la prevención al Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, en términos general, análogos a los que hoy contiene el Código Civil y Comercial de la Nación.

1. La influencia de la protección ambiental en concepto de daño que funda la responsabilidad civil del Código Civil y Comercial de la Nación.

El Código Civil y Comercial de la Nación adopta la decisión de comprender a la prevención dentro de la responsabilidad civil, la que se refleja con claridad en el art. 1708. Está, además, explicada en los fundamentos diciendo: “*Tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad civil; es necesario que la ley resuelva la controversia*”. Cabe destacar que en este aspecto, se ha decidido poner fin en la ley a una discusión doctrinaria. ([[64]](#footnote-64)) En muchos otros casos ese enrolamiento legal en una discusión doctrinal se ha evitado, pero en orden a lo que comprende la responsabilidad civil ha sido terminante: “*la responsabilidad civil comprende la prevención*”.

La justificación se extiende destacando que la función resarcitoria se muestra prevalente en orden a los bienes patrimoniales: “*En la medida en que se trata de bienes que tienen un precio o un valor expresable en dinero, es posible una indemnización y por eso el resarcimiento es mecanismo fundamental. La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia en que este Anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también a la persona y a los derechos de incidencia colectiva*” ([[65]](#footnote-65)).

Ciertamente, ello implica que el legislador se ha hecho cargo de la falta de eficacia del mecanismo resarcitorio ([[66]](#footnote-66)) en orden a los bienes de la persona y a los de incidencia colectiva, enseñanza que recibe de la teoría de los derechos fundamentales y del derecho ambiental. No sorprende porque el derecho de la civilidad es un derecho atento a la evolución del pensamiento en los derechos particulares; en otra época, aprendió del derecho laboral que no podía seguir ateniéndose únicamente a la culpa como factor de atribución y receptó al riesgo como razón suficiente para trasladar el daño de quien lo ha sufrido a aquél de cuya esfera partió la fuerza dañadora o, la garantía, a quien debe preservar la integridad de la persona. En los últimos tiempos, aprende de esos otros sectores del Derecho que la evitación del daño es tan o más importante que el resarcimiento, especialmente, respecto de ciertos bienes insustituibles. En orden al resguardo de esos bienes es trascendente que el derecho de daños –o de la responsabilidad civil, como prefirió denominarlo en legislador- se ocupe de las conductas pro activas de anticipación orientadas a la evitación del perjuicio, en vez de perseguir los efectos nocivos ya consumados. ([[67]](#footnote-67))

A esa finalidad se orienta la regulación de un deber de prevenir el daño, que se establece en el art. 1710 CCCN, en virtud de la cual:

“*Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:*

*a) evitar causar un daño no justificado;*

*b) 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 evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;*

*c) no agravar el daño, si ya se produjo.*

Fácil resulta advertir que en este nuevo deber se impone una obligación de actuar -que en el régimen originario de Vélez, sólo podía provenir del texto literal de una ley que lo impusiera (art. 1074 C.Civ.)- a sola condición de que dependa de la situación en que se encuentre el agente, producto de la eliminación de la distinción entre la acción y la omisión dañosas, que según el art. 1715 son tratadas del mismo modo frente a la antijuricidad, tanto una como otra deben estar justificadas.

A ese deber de prevenir se lo efectiviza a través de una acción preventiva (art. 1711 CCCN) que procede “*cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento…*”.

Ello implica, evitar la lesión –cuando sea posible-, detener los efectos nocivos y evitar que se agraven, o sea, cubrir todo el despliegue del año, mediante los esfuerzos preventivos.

La función preventiva de la responsabilidad civil influye decisivamente en un nuevo perfil de juez ([[68]](#footnote-68)), que ha dejado de ser ‘*boca de la ley’*, para convertir su actividad en fuente de las obligaciones, ya que conforme el art. 1713 CCCN, “*La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad*”.

Sus mandatos importan la creación de obligaciones que originan *ex novo* deberes determinados de hacer (la realización de estudio de impacto ambiental, la colocación de filtros para evitar la contaminación, la construción de una planta procesadora de deshechos) o no hacer (cesar en el derrame de líquidos en un río, suspender una obra pública en ejecución) ([[69]](#footnote-69)).

Desde luego, como lo destacara el maestro Adriano De Cupis existe una tensión entre prevenir y libertad, pues “*desde el punto de vista de la víctima del daño no puede negarse que su prevención sea preferible a la represión. Pero actuar contra una persona a la que imputar la lesión de un interés, por la mera circunstancia de que exista un mero peligro, dirigirse contra un individuo para prevenir la realización de un daño temido, exige una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien pueda imputarse el peligro*” ([[70]](#footnote-70)).

Por ello, la norma exige que “*debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia de la obtención de la finalidad*”, o sea, la mayor eficacia en la evitación del daño con la menor restricción de la libertad.

También ha transformado la conceptualización del daño que pone en movimiento a la responsabilidad civil que no es sólo el sufrido o el causado –que presupuesta la función resarcitoria-, sino también el amenazado; por ello hoy puede decirse que constituye daño “*el menoscabo injustificado temido, a un derecho o a un interés legítimo (no reprobado por la ley) exclusivo o compartido, que se estima justo que sus costos de evitación sean soportados por el generador que lo amenaza*” que presupuesta la función preventiva.

Por ello, hoy creemos que el daño que motiva la operatividad de la responsabilidad civil, tal como ha sido concebida en el Código Civil y Comercial de la Nación, debe ser entendido como *“El menoscabo injustificado, actual o temido, a un derecho o a un interés legítimo, que se estima justo que sea trasladado de quien lo ha sufrido (o lo puede sufrir) a quien lo ha generado (o lo amenaza)”.*

1. Conclusiones

En virtud las reflexiones expuestas, concluimos:

1. La diversidad de la vida de las distintas especies y dentro de ellas, y los distintos ecosistemas, en cuanto constituye un valor jurídico para el derecho nacional, es una pauta interpretativa para resolver los casos en ella está implicada.
2. El daño que afecta el derecho al ambiente sano, es un daño prevenible y resarcible.
3. En cuanto daño *prevenible* debe entenderse por tal “*el menoscabo injustificado temido, a un derecho o a un interés legítimo (no reprobado por la ley) exclusivo o compartido, que se estima justo que sus costos de evitación sean soportados por el generador que lo amenaza*”
4. El daño que pone en movimiento la responsabilidad civil, tal como la concibe el Código Civil y Comercial de la Nación, en su doble carácter de preventiva y resarcitoria, es “*El menoscabo injustificado, actual o temido, a un derecho o a un interés legítimo, que se estima justo que sea trasladado de quien lo ha sufrido (o lo puede sufrir) a quien lo ha generado (o lo amenaza)”*.
5. En cuanto daño resarcible sufrido individualmente por la alteración negativa del ambiente debe reunir todos los requisitos establecidos en la Sección 3ª “Función resarcitoria” del Capítulo I “De la responsabilidad civil” del Título V del Libro Tercero “Otras fuentes de la obligaciones”.
1. El primero llevado a cabo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, denominado “II Jornadas Franco-Argentinas sobre Derecho y Biodiversidad” los días 3 y 4 de junio de 2016, y el segundo, en Puerto Iguazú, Provincia de Misiones, en el seno del “Primer Congreso de Diversidad biológica y Derecho” organizado por la Universidad Gastón Dachary, los días 6 y 7 de junio. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver el aporte de Didier Guével en este mismo volumen. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver su contribución en este mismo volumen. [↑](#footnote-ref-3)
4. Cabe mencionar: la Conferencia Mundial de la Tierra (Estocolmo, Suecia, 5 al 16 de junio de 1972, que sentó las bases de la perspectiva ambiental; la Declaración de Nairobi (Kenia), del 18 de mayo de 1982; El llamado Informe Brundtland o “Nuestro futuro común”, fechado el 20 de marzo de 1987, encomendado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, según Resolución No. 38/161, en el que se pasa revista a las consecuencias de las políticas de desarrollo económico que se aplican en el mundo globalizado y su altísimo costo ambiental; La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro (Brasil) entre el 3 y 14 de junio de1992, en la que se lograron acuerdo con fuerza jurídica obligatorias, como el Convenio Marco sobre la Diversidad Biológica y sobre el Cambio Climático; La Cumbre Mundial de Desarrollo sustentable, en Johannesburgo, entre los días 6 y 14 de setiembre de 2002. [↑](#footnote-ref-4)
5. Zárate, Enrique Augusto, “Manual de derecho ambiental”, Rosario, Rep.Argentina, Nova tesis. Ed.Jur., 2008, p. 23, No. II.D) [↑](#footnote-ref-5)
6. Bustamante Alsina, Jorge “Derecho ambiental. Fundamentación y normativa”, Bs.As., Abeledo-Perrot, 1995, pág. 48, No. 3.2, C). Ejemplos claros, entre otros muchos, de la tranforentización de los daños lo constituyen los casos del hundimiento del Prestige, el día 19 de noviembre 2002, que transportaba 26.000 toneladas de fuel oil, que contaminaros las costas de Galicia y llegaron al sudoeste de Francia; y el caso de la central termoeléctrica de Candiota, ubicada en Brasil, que utilizaba carbón, y que liberaba a la atmósfera 14.000 tn. de cenizas, 28.000 tn. de óxido de nitrógeno y 36.000 tn de óxido de azufre, que por acción de los vientos arrastraba desde la boca de la chimenea –de 150 metros de altura- a los campos de Uruguay y Argentina, provocando el aumento de la acidez del suelo, la vegetación y las aguas, que influía en desgaste prematuro de la dentadura de los animales (afectando las carnes y los cueros) y trayendo afecciones a las vías respiratorias y la piel de la población de la zona. (Álamo, Esther – Rodríguez , Patricia “Lluvia ácida” en <http://old.redtercermundo.org.uy/revista_del_sur/texto_completo.php?id=1020>). El problema fue superado por medio de una negociación que se concretó en el Acta de Yaguarón de 1990 (Rótulo, Daniel “Negociación internacional: el caso Brasil Uruguay por presunta polución ambiental transfornteriza producida por la usuina termoeléctrica de Candiota (Río Grande del Sur) Conclusiones y aprendizajes del proceso de negociación” en http://www.ort.edu.uy/facs/pdf/documentodetrabajo22.pdf. [↑](#footnote-ref-6)
7. Bustamante Alsina, Jorge “Derecho ambiental. Fundamentación y normativa”, Bs.As., Abeledo-Perrot, 1995, pág. 48, No. 3.2, A) [↑](#footnote-ref-7)
8. Cafferatta, Néstor A. en el prólogo a Peretti, Enrique “Ambiente y propiedad”, Sta.Fe-Bs.As., Rubinzal y Culzoni, 2014, pág.15.Ca [↑](#footnote-ref-8)
9. Zárate, Enrique Augusto “Manual de derecho ambiental”, Rosario, Rep.Argentina, Nova tesis. Ed.Jur., 2008, p. 22, No. II.C). [↑](#footnote-ref-9)
10. Cardona González, Álvaro Hernando “Aproximación al papel de la economía como instrumento de gestión ambiental y para el desarrollo sostenible” en “Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente”, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, t. I p. 267 y sgtes. [↑](#footnote-ref-10)
11. Bustamante Alsina, Jorge “Derecho ambiental…” cit., pág. 48; Mosset Iturraspe, Jorge en Mosset Iturraspe, J.-Hutchinson, T.-Donna, E.A. “Daño ambiental”, Sta.Fe-Bs.As., Rubinzal y Culzoni, 1999, t. I p. 21, No. IV. [↑](#footnote-ref-11)
12. Mathus Escorihuela, Miguel (Dir.) y otros “Derecho ambiental y de los recursos naturales”, Mendoza, Rep.Argentina, 2006, p. 14. [↑](#footnote-ref-12)
13. Peretti, Enrique “Ambiente y propiedad”, Bs.As.-Sta.Fe, Rubinzal y Culzoni, 2014, p. 144, No. 3 Cap.V. [↑](#footnote-ref-13)
14. Hernández Pozo, Israel “El medio ambiente y los conocimientos elaborados por otras ramas del saber” en <http://www.gestiopolis.com/medio-ambiente-conocimiento-elaborados-otras-ramas-saber/> define a las externalidades como como costos o beneficios de una transacción económica que recaen sobre gente que no participa en la transacción, que son el resultado de la falta de derechos de propiedad”. [↑](#footnote-ref-14)
15. Punto 9 de la Declaración de Nairobi (Kenia) recomendaba: “Es preferible prevenir los daños al medio ambiente que acometer la engorrosa y cara labor de repararlos”. Bustamante Alsina, J. “Derecho ambiental…” cit, p.50, No. 3.2 F), destacando que se impone en virtud de que una indemnización difícilmente compensará los daños que se hayan causado al ambiente. [↑](#footnote-ref-15)
16. Insausti, Mikel “Globalización y Medio Ambiente” <http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/congresos/15/05510554.pdf>; Méndez Francisco, Luis “Globalización y medio ambiente” Rev. Inafocam, 2007, Año 1 vol. 1, enero, pp. 23-41 y <http://eprints.ucm.es/7555/1/mendez.pdf>; Ochoa García, Carolina “Consecuencias de la globalización en el manejo del medio ambiente” <http://www.gestiopolis.com/consecuencias-de-la-globalizacion-en-el-manejo-del-medio-ambiente/> [↑](#footnote-ref-16)
17. Sabsay, Daniel A. en Sabsay, D.A. (Dir.)-Manili, Pablo L. “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Bs.As., Hammurabi, 2010, t. 2 ps. 206 y sgtes., glosa al art. 41. [↑](#footnote-ref-17)
18. Juzg.Fed.Cont.-adm..No. 2, Cap.Fed. (firme), marzo 22-1981, “Kattan c/Gobierno Nacional p/Amp.” con nota aprobatorio de Guillermo J. Cano “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino” L.L. t. 1983-D pág. 568. En el caso se hizo lugar a un recurso de amparo tendiente a que se anularan sendas resoluciones que autorizaban a dos empresas a capturar especies marítimas (delfines) sin un estudio previo que demostrara la inexistencia de peligro para dichas especies y su impacto ambiental. [↑](#footnote-ref-18)
19. J.Fed.La Plata, diciembre 30-1986, conf. por la Cám.Fed.La Plata, marzo 7-1987, Rev. Recursos Naturales y Ambiente No. 1-1987 pág. 68, se trataba de publicidad de cigarrillos. C.S.J.N., octubre 19-2000, “Pesquera Leal S.A. c/ Estado Nacional - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca s/ medida cautelar” al entrar en el conocimiento de una medida cautelar innovativa que autorizaba –en contra de lo resuelto administrativamente- una operación pesquera. [↑](#footnote-ref-19)
20. Como el resultante de la posibilidad de que no se encuentre al juez imparcial, en tanto, como habitante se encuentra igualmente amenazado como el resto de los habitantes de la zona por los efectos perjudiciales del daño ambiental. Cabe recordar en este orden de ideas, el curioso caso “Barragán, José Pedro c/ Gob. de la Ciudad de Buenos y otros p/Amparo”, que tramitara ante el Juzgado Contencioso-administrativo de la Ciudad de Buenos Aires en el que se recusó al juez en virtud de que al proponer el Tribunal el formulario de adhesión a la acción colectiva de otros afectados incluyó la consulta respecto a cuál era la solución que al adherente le parecía razonable para superar el problema que se señalaba a través de la acción, que era la contaminación sonora que provocaba la autopista 25 de mayo. La Ciudad de Buenos Aires recusó la juez entendiendo que había preopinado sobre la existencia de contaminación sonora. El Juez fue desplazado por la C.Cont.-adm., sala I, por resolución fechada el 21 de noviembre de 2001. [↑](#footnote-ref-20)
21. Sancionada el 7 de setiembre de 1994 y promulgada el 3 de octubre de 1994. [↑](#footnote-ref-21)
22. Arcocha, Carlos E.-Allende Rubino, Horacio L. con la colaboración de Mariano H Novelli, “Tratado de derecho ambiental”, Rosario, Nova Tesis Ed. Jur., 2007, p. 155 y sigtes. [↑](#footnote-ref-22)
23. Señala en ellos: “*Observando 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 amenaz*a” [↑](#footnote-ref-23)
24. Trib.cit., junio 20-2006 “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” Fallos 329:2316, considerando 18, al señalar “*La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera*.”) [↑](#footnote-ref-24)
25. Sancionada el día 6 de noviembre de 2002 y promulgada parcialmente, en virtud del veto parcial del Poder Ejecutivo, el 27 de noviembre de 2002. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ciertamente, que la citada en el texto no es la única ley de presupuestos mínimos, pues existen otras que se ocupan de cierto elementos que constituyen el ambiente, como la ley 25.612 de “Presupuestos mínimos para la Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicio”, la ley 25.670 de “Presupuestos mínimos para la Gestión e Eliminación de PCBs.”, la ley 25.688 de “Presupuestos mínimos para la Gestión Ambiental de Aguas, la ley 25.831 de “Presupuestos mínimos para la Información Pública Ambiental”, la ley 25.916 de “Presupuestos mínimos para la Gestión Integral de Residuos Domiciliarios”, la ley 26.562 de “Presupuesto mínimos de Protección Ambiental para el Control de las Actividades de Quema, la ley 26.331 de “Presupuesto mínimos para la Protección Ambiental de Bosques Nativos” y la ley 26.639 que establece el Régimen de Presupuestos Mínimos de protección de los Glaciares y del Ambiente Periglaciar”. Sobre todas ellas, véase Bec, Eugenia-Franco, Horacio J. “Presupuestos mínimos de protección ambiental. Tratamiento completo de su problemática jurídica”, Bs.As., Cathedra Jurídica, 2010. Además, de las leyes ya mencionadas, la 26.915 “Sistema Federal de Manejo del Fuego”. [↑](#footnote-ref-26)
27. Sobre la importancia de estas normas: Rodríguez, Carlos A. “El derecho ambiental como límite del Código Civil y Comercial de la Nación” SIL AR/DOC/3902/2015. [↑](#footnote-ref-27)
28. Puede advertirse en la regulación proyectada en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial al referirse a los derecho individuales homogéneos, en el numeral proyectado y frustrado 1745, se hablaba “los daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o por una causa común” [↑](#footnote-ref-28)
29. Kemelmajer de Carlucci, Aída “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)”, Acad.Nac. de Derecho 02/10/2006, p. 1, cap. II. Conf. Falbo, Aníbal J., “Derecho ambiental”, La Plata, Lib.Ed.Platense, 2009, p.149, No. 3 del cap. V. [↑](#footnote-ref-29)
30. Enseña la autora citada en nota anterior y esa misma obra, cap. IV.1 f): “Precisamente, el daño ambiental, por afectar el ambiente y con él cosas comunes, exige una formulación distinta, que lo aleja de la noción tradicional de derechos subjetivos, titularizados exclusivamente por la persona en el sentido del art. 30 del código civil. Los principios generales de interpretación establecidos en el art. 4, especialmente el de la 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), muestra claramente que el dañado no requiere ser una persona actualmente existente”. Conf. Lorenzetti, Pablo “La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf> [↑](#footnote-ref-30)
31. Ley 19.300 de Chile. En el art. 2.b) se define al daño ambiental como “toda pérdida disminución detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”. [↑](#footnote-ref-31)
32. Bustamante Alsina, Jorge, "El daño ambiental y las vías procesales de acceso a la jurisdicción", J.A. t. 1996-IV p. 896 y SIL 0003/001219 , cap. IV. Refiere el autor: “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. Una pauta demostrativa de la exigencia del exceso de la tolerancia para configurar el daño ambiental, lo proporciona la tradición legislativa dominada ampliamente en Francia por la teoría de las turbaciones anormales de la vecindad ("troubles anormaux du voisinage"). Lo mismo ocurre en el derecho anglo-sajón (common law) que entiende por "nuisance" lo que surge de una situación que difiere de un razonable y conveniente uso de su propio predio, y que en grado "sustancial" perjudica a otra persona en el disfrute del suyo. En nuestro ordenamiento jurídico es una buena pauta de interpretación la disposición del artículo 2618 del Código Civil respecto al exceso de la normal tolerancia entre vecinos*.” [↑](#footnote-ref-32)
33. Cafferatta, Néstor A., "Responsabilidad civil por daño ambiental" en Trigo Represas, F.A. y López Mesa, M.J. "Tratado de la responsabilidad civil", Buenos Aires, La Ley, 2004, to. III p. 578, No. 4; Cafferatta, Néstor A. “La teoría del riesgo permitido y la tutela ambiental”, en Supl. Derecho Ambiental, año 3, No. 1. Hutchinson, Tomás en Mosset Iturraspe, J.-Hutchinson, T.-Donna, E.A. “Daño ambiental” cit., t. II p. 51, cap. VII, No. 9. [↑](#footnote-ref-33)
34. Besalú Parkinson, Aurora V.S. “Responsabilidad por daño ambiental”, Bs.As., Hammurabi, 2005, p. 211 y 610, aps. IV y k, respectivamente. [↑](#footnote-ref-34)
35. Lorenzetti, Ricardo L. “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, L.L. t. 1998-A p. 1024, especialmente, cap. II.1. [↑](#footnote-ref-35)
36. Concluyeron: “*En tanto cierto grado de contaminación es inevitable, la degradación ambiental enrola en la categoría de daño intolerable*”. [↑](#footnote-ref-36)
37. Saux, Edgardo Ignacio y Müller, Enrique Carlos “El daño ambiental. Requisitos” en Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.) “Derecho ambiental y daño”, Bs.As., La Ley, 2009, p. 233, cap. VI. [↑](#footnote-ref-37)
38. El Anteproyecto incluía una norma más comprensiva reconociendo la existencia de derechos individuales que pueden ser ejercidos a través de acciones colectivas, si existe una pluralidad de afectados, con daños divisibles o diferenciados, generados por una causa común. (numeral 14 inc. b del Anteproyecto). Volvemos en el texto sobre esta cuestión. [↑](#footnote-ref-38)
39. La sección 5ª comprendía los numerales 1745 a 1748 del Anteproyecto. El primero reglaba el daño a los derechos de incidencia colectiva y sus legitimados activos, siguiendo los lineamientos del art. 43 de la Constitución Nacional; el 1746, se ocupaba del daño a los derechos individuales homogéneos, definiéndolo y estableciendo sus legitimados activos; el 1746 establecía los presupuestos de admisibilidad de los procesos colectivos. En estos aspectos se seguían los lineamiento fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el leading case “Halabi” (CSN., H.270, L.XLII, febrero 24-2009, "Halabi, Ernesto c. PEN —Ley 25.873 Dto. 1563/04— s/ amparo", Fallos 332:111, SIL 4/68227) y más tarde en el caso “Padec” (CSJN, agosto 21-2013, "PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales", Fallos 336:1236). El último artículo proyectado bajo el numeral 1748 establecía: “Alcances de la sentencia. Cosa juzgada. En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto erga omnes, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado”. Véase Giannini, Leandro J. “Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial (Aportes para su redefinición)” LLOnline AR/DOC/3499/2012; Nassi, María C. “Cuestiones procesales colectivas: su acogimiento en la Ley General del Ambiente y los lineamientos de las acciones de clase en el Derecho argentino” SIL 0003/015256; González Zavala, Rodolfo M. “Nuestro incipiente proceso. Proceso colectivo” en Rev.D.Daños (Rubinzal y Culzoni) t. 2011-1 p. 189; entre otros muchos. [↑](#footnote-ref-39)
40. Los dos argumentos ostentan una marcada debilidad, aunque rebatirlos excede los límites de este trabajo. [↑](#footnote-ref-40)
41. La norma fue tácitamente derogada –total o parcialmente- por el decr.ley 17.711, por su incompatibilidad respecto del art. 2499, segundo párrafo, ordenado por la Reforma, rezaba: “*El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá́ causarle su ruina. tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio*”. Véase Kemelmajer de Carlucci, A. en Belluscio, A.C. (Dir.)-Zannoni, E.A. (Coord.) “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, Bs.As., Astrea, 1984, t. 5 p. 705 y sgtes., especialmente No. 6. Mariani de Vidal, Marina en Bueres, A.J. (Dir.)-Highton, E. (Coord.), “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Bs.As., Hammurabi, 2000, t. 3B p. 221, No. 2; Adrogué, “Obra vieja ruinosa”, LL t. 139 p. 935. [↑](#footnote-ref-41)
42. C.S.N, agosto 5-1986, “Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino” Fallos 308:1118 y SIL AR/JUR/2036/1986. [↑](#footnote-ref-42)
43. Véase su valioso aporte en este mismo volumen. Sobre el proceso urgente no cautelar, véase Andorno, Luis O. “El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano” J.A. t. 1995-II p. 887 y SIL 0003/001932; Nicolau, Noemí L. “La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional”, L.L. t. 1996-A p. 1245, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I p. 579  y SIL AR/DOC/16196/2001. Lorenzetti, Ricardo L. “Las normas fundamentales de derecho privado”, Bs.As.-Sta.Fe, Rubinzal y Culzoni, 1995, ps. 271 y sigtes., cap. IX. [↑](#footnote-ref-43)
44. Esain, José Alberto “Derecho ambiental: el principio de prevención en la nueva Ley General del Ambiente 25675” J.A. t. 2004-III p. 1296 y SIL 0003/010781, No. II a). [↑](#footnote-ref-44)
45. Rosatti, Horacio “Derecho ambiental constitucional”, Bs.As., Sta.Fe, Rubinzal y Culzoni, 2007, p. 62, No. 2 del cap. V. [↑](#footnote-ref-45)
46. C.S.J.N., marzo 2-2016 “Martínez, Sergio R. c/Agua Rica LLC Suco Argentina y su Propietaria Yamana Gold Inc. y Otros s/Acción de Amparo” SIL AR/JUR/1534/2016 y IJ-XCVI-866; L.L. t. 2016-B p. 313 con nota de Esain, José A. “La Corte y el conflicto por la minería en Catamarca. Principio de congruencia e imperatividad de los presupuestos mínimos de protección ambiental” en L.L. To. 2016-B p. 416 y AR/DOC/779/2016; Testa, Graciela M. “Explotación minera y la cuestión ambiental” L.L. t. 2016-B p. 424 y SIL AR/DOC/927/2016; Safi, Leandro K. “El amparo y la evaluación del impacto ambiental” en L.L. t. 2016-C p. 77, RRCyS t. 2016 p. 35 y SIL AR/DOC/1000/2016. [↑](#footnote-ref-46)
47. **S**.C.J.Buenos Aires, febrero 11-2016 “Cabaleiro Luis Fernando c/ Papel Prensa S.A s/ amparo” L.L. t. 2016-C p. 153, SIL AR/JUR/215/2016 y MJ-JU-M-97090-AR. [↑](#footnote-ref-47)
48. COMEST (Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología), “Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio”, París, UNESCO, 2005, y <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf>, p. 12, recuadro 2 y p. 15, recuadro 3. [↑](#footnote-ref-48)
49. Hutchinson, Tomás en Mosset Iturraspe, J.-Hutchinson, T.-Donna, E.A. “Daño ambiental”, Bs.As., Rubinzal y Culzoni, 1999, t. II p. 273, ap. III del cap. XVI, sostiene que la prevención es el fundamento del principio de precaución. [↑](#footnote-ref-49)
50. Cafferatta, Néstor A. “La prevención en el derecho ambiental”, R.D.Daños (Rubinzal y Culzoni”, t. 2008-2 p. 441, especialmente No. III.3, recordando la elaboración del Informe del Grupo de Expertos sobre el principio de precaución, bajo la dirección de Matthias Kaiser. [↑](#footnote-ref-50)
51. Kemelmajer de Carlucci, A. “El principio de precaución en un documento de la UNESCO”. [↑](#footnote-ref-51)
52. Berros, María Valeria “Algunas reflexiones para reobservar el problema ambiental” SIL 0003/015257 [↑](#footnote-ref-52)
53. Andorno, Roberto “El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la era tecnológica L.L. t. 2002-D p. 1326 y SIL AR/DOC/19186/2001, especialmente, No. [↑](#footnote-ref-53)
54. Sánchez, Emilia “El principio de precaución: implicaciones para la salud pública” en Gaceta Sanitaria (Barcelona), vol. 16 No. 5 oct. 2002, y <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112002000500001>; En la Comisión 3 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011) se concluyó de *lege lata* que “el principio de precautorio… impone el deber de adoptar medidas adecuadas con el fin de evitar riesgos de daños potenciales a la vida, la salud y el ambiente” [↑](#footnote-ref-54)
55. Véase De Lorenzo, Miguel F. “El daño injusto en la responsabilidad civil”, Bs.As., Abeledo Perrot, 1996, p. 27 sigtes., No. 4, al reflexionar sobre la óptica transindividual del problema, en lo que atañe a la necesidad de evitar la parálisis de la libre actividad de los individuos. [↑](#footnote-ref-55)
56. Andorno, Roberto “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución” J.A. t. 2003-III p. 962 y SIL 0003/009773. [↑](#footnote-ref-56)
57. Trib.cit., marzo 26-2009, autos cits. en el texto, considerando 2º, establece “*Se configura entonces, una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no sólo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio*” Fallos 332:663 y SIL AR/JUR/1838/2009. Ver los comentarios de Bestani de Saguir, Adriana “El principio de precaución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” SIL 0003/015710, cap. V. [↑](#footnote-ref-57)
58. C.Fed. La Plata, sala II, julio 8-2003, “*Asociación Coordinadora de Usuarios Consumidores y Contribuyentes v. Ente Nacional Regulador de la Electricidad y otro*” SIL 35000093. [↑](#footnote-ref-58)
59. Lorenzetti, Ricardo L. “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, Bs.As.-Sta.Fe, Rubinzal y Culzoni, 2006, p. 423, Cap.VI, No. IV. [↑](#footnote-ref-59)
60. Morello, Augusto M.-Stiglitz, Gabriel A. “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia” L.L. t. 1987-D p. 364, anotando un *leading case* en que el juez Héctor P. Iribarne dispuso, de oficio, una medida de prevención en un juicio de daños y perjuicios por la muerte de tres niños que se ahogaron en un lugar en que existía una acumulación de agua que, como lo acreditada el luctuoso hecho, significaba una situación de grave peligro para la comunidad. El fallo fue revocado por el Superior, pero ello no evitó que el criterio de la prevención se fuera consolidando. Así, tiempo después –en 1995- Ricardo L. Lorenzetti realiza un prolijo análisis de los muchos ámbitos en los la tutela inhibitoria es recibida, como en la protección de la intimidad, la de la propiedad intelectual, en el trato discriminatorio, el derecho de réplica, las relaciones de vecindad, el daño temido en las relaciones de consumo, en la conducta antisindical, la competencia desleal, etc. Un reciente análisis completo en Galdós, Jorge Mario en Lorenzetti, R.L. (Dir.)- De Lorenzo, M.F. y Lorenzetti, P. (Coords.) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Bs.As.-Sta.Fe, Rubinzal y Culzoni, 2015, To. VIII, p. 296 ap. III de la glosa al art. 1710. [↑](#footnote-ref-60)
61. Picasso, Sebastián – Saénz, Luis R.J. “La prevención del daño en los Proyectos de Reforma del Código Civil argentino” Rev.D.Daños (Rubinzal y Culzoni) 2008-2 p. 423, caps. I y IV. [↑](#footnote-ref-61)
62. Conclusiones la Comisión No. 3 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), a) Aspectos general (de lege lata) y b) Aspectos particulares I (con la abstención de los Dres. Novelli y Tavares). [↑](#footnote-ref-62)
63. Mosset Iturraspe, Jorge “Prevención versus reparación. Daño a la persona. Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación” Rev.D.Daños (Rubinzal y Culzoni) 2008-2 p. 7, especialmente, No. I. [↑](#footnote-ref-63)
64. Por la negativa de la absorción de la función preventiva por la responsabilidad civil: Prevot, “La prevención del daño en las codificaciones del siglo XIX y en el Código Civil argentino”, [↑](#footnote-ref-64)
65. “Fundamentos”, Título V: “Otras fuentes de las obligaciones” Capítulo 1. Responsabilidad, “Sistema y funciones”, No. 1- [↑](#footnote-ref-65)
66. Mosset Iturraspe, Jorge “Prevención versus reparación. Daño a la persona. Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación” Rev.D.Daños (Rubinzal y Culzoni) 2008-2 p. 7, especialmente, No. I. [↑](#footnote-ref-66)
67. Caumont, Arturo “Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño” L.L. t. 2013-D p. 925 y SIL AR/DOC/2456/2013, No. II.2 [↑](#footnote-ref-67)
68. Véase Peyrano, Jorge W. en este mismo volumen; Lorenzetti, Pablo “La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf> p. 9, No. 4. Müller, Enrique Carlos “El perfil del juez ambiental. Sus facultades” en Rev.D.Daños (Rubinzal y Culzoni) t. 2011-1 p. 157. [↑](#footnote-ref-68)
69. Seguí, Adela “Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental”, en Lorenzetti, Ricardo L. (Dir.) – Catalano, M., González Rodríguez, L. “Derecho ambiental y daño”, Bs.As., La Ley, 2009, p. 138, Cap. XI. [↑](#footnote-ref-69)
70. De Cupis, Adriano, “El daño”, Madrid, España, Ed. Bosch, 2ª. Ed., 1975, p. 575, No. [↑](#footnote-ref-70)