

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

"VALORACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO AMBIENTAL"

Carrera:

ABOGACÍA

Alumno:

CLAUDIO E. VALDERRAMA - ABG 01562

Córdoba, Argentina

- 2011 -



RESUMEN

El presente trabajo versará sobre uno de los más acuciantes debates jurídicos de la actualidad, impuesto por el herético y amplio Derecho Ambiental, generando nuevas situaciones que ponen en jaque la eficacia del derecho en cuestión; centralizando dicha discusión en lo que concierne a la valoración del daño ambiental en sí mismo.

La estructura propuesta se integra en primer término por las definiciones básicas pero indispensables de la materia y el análisis de sus insoslayables principios para inmiscuirnos en la misma con un mayor grado de certeza.

En segundo lugar trataremos como eje de esta tesis la *Valoración Judicial del Daño Ambiental*, en un estado prácticamente embrionario pero en constante desarrollo por su imperiosa participación en el proceso judicial.

El tercer módulo nos enfrenta al rol de los magistrados en los respectivos casos judiciales, el consorte normativo disponible, la influencia de la Economía para monetarizar los bienes ambientales, qué reglas y qué parámetros deberían seguir para valorar, indemnizar con equidad y conforme a Derecho.

Finalmente, desde la actividad del juez, la cadena lógica nos lleva a la sentencia ambiental y las peculiaridades que posee; ergo, se detalla con mayor énfasis qué sucede con el principio de congruencia y los efectos de la cosa juzgada, entre otros.

Palabras Claves: Política Ambiental, Daño Ambiental, Valoración del Daño Ambiental, Sentencia Ambiental.



ABSTRACT

This paper will address one of the most pressing legal debates of the day, imposed by the Environmental Law erethism and wide, creating new situations that challenge the effectiveness of the right in question, centralize the discussion regarding the valuation of environmental damage itself.

The proposed structure integrates primarily by the basic but essential definitions of matter and the analysis of its overriding principles to interfere in it with a greater degree of certainty.

Second try at the heart of this thesis *Judicial Valuation of Environmental Damage* in an embryonic state but in constantly developing and its compelling participation in the judicial process.

The third module presents us with the role of judges in the respective court cases, the legal support available, the influence of the Economy to monetize environmental goods, what rules and parameters should be followed to evaluate, compensate fairly and in accordance with law.

Finally, since the activity of the judge, the chain of logic leads to the environmental sentence and its peculiarities, ergo, we detail emphatically what happens to the legal principle of consistency and the effects of *res judicata*, among others.

Keywords: Environmental Policy, Environmental Damage, Valuation of Environmental Damage, Environmental Case.



AGRADECIMIENTOS

A mi familia entera, con especial mención de mis padres, Lilián y Jorge por su confianza ciega y constante paciencia.

A mis queridos hermanos, resaltando a Damián por su apoyo incondicional en cada instancia de mi vida universitaria.

A mis amigos únicos y especiales, siempre presentes.

Y a todos los que de alguna manera contribuyeron a que toque con mis manos la cinta de la llegada.

Los quiero,

Claudio E. Valderrama



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	01
CAPÍTULO I: CONCEPTOS Y PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA CUESTIÓN AMBIENTAL	05
Principios Rectores del Derecho Ambiental	14
Principios de la Política Ambiental	15
Análisis de los principios	17
CAPÍTULO II: VALORACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL	29
Valoración del daño ambiental colectivo o daño al ambiente en sí mismo	30
La cuestión económica	33
Posturas y métodos	36
Mecanismos de reparación	40
CAPÍTULO III: EL JUEZ ANTE EL PROCESO AMBIENTAL	45
El Juez y las herramientas normativas esenciales	45
La tarea del Juez para determinar la indemnización sustitutiva	46
Reglas a seguir por el Juez	49
Parámetros	64
CAPÍTULO IV: LA SENTENCIA AMBIENTAL	77
Flexibilización del Principio de Congruencia	78
Efectos de la sentencia	85
El caso Halabi -Breve reseña-	88
Excepciones al efecto expansivo de la cosa juzgada	91
Implementación de la sentencia. Relaciones con otros poderes	93
CONCLUSIÓN	97
BIBLIOGRAFÍA	101

INTRODUCCIÓN

Al referirnos al medio ambiente y considerarlo, como lo hace Manuel Castañón del Valle, realmente “irreparable”, es más ponderable el *saber valorar* que la *capacidad de reparar*, ya que la primera condiciona a ésta última, sin dejar de tener en cuenta que las repercusiones del daño pueden alcanzar límites insospechados.

La intención del presente estudio busca apoyar a los operadores jurídicos en la complicada tarea de atribuir un valor económico a un bien “invalorable”.

Cuando se hace una estimación económica del medio ambiente se busca obtener un indicador de su importancia en el bienestar de la sociedad, es decir, su aptitud para proporcionar utilidad, que es valorada por los seres humanos, según cita Carlos J. de Miguel.

La valoración del daño ambiental es un asunto de amplio debate y podríamos aseverar que no existe todavía un sistema jurídico que contenga un mecanismo de valoración económica capaz de hacer frente a la complejidad de esta temática. Por esto mismo, en el plano de la justicia, es el Juez quien se enfrenta usualmente a situaciones insalvables a la hora de estimar el daño ambiental ocasionado por un agente contaminante, suceda aquello por la falta o desorganizada regulación normativa o una ausencia de método o mapa a seguir para realizar la tarea de valorar.

Sabiendo que tenemos como pilar constitucional el deber de prevenir primero el eventual daño ambiental, podemos advertir la necesidad de elaboración de una normatividad homogénea y algún método de aplicación, vitales en el camino lógico sentencial de la labor jurídica, de manera que coadyuve a la valoración adecuada de los daños que lleguen a producirse al medio ambiente, y que más luego se plasmarán en los diferentes fallos.



En efecto, nos encontramos atravesando una etapa crucial del desarrollo del Derecho Ambiental, donde todos los días se van construyendo paulatinamente las bases lógicas de su implementación, orientado a la búsqueda de la eficacia del derecho en cuestión.

Una ardua tarea, que no es exclusiva de la magistratura, ya que tal misión conlleva el interés y la participación popular. En este sentido Ballesteros enseña que "... nunca está demás insistir en la importancia que tiene para la eficacia de la legislación ambiental, su correcta valoración por parte de la ciudadanía. Esto tiene que ver con la formación de una conciencia ambiental sólida y con el creciente interés de la población por los asuntos públicos, que sólo puede darse en el interior de las sociedades democráticas que privilegian el derecho a la información y el derecho a la participación..."¹

Podemos agregar que los derechos de incidencia colectiva dejaron de ser meros actores de reparto, fundamentalmente los que se refieren a bienes colectivos, como lo es el Ambiente, mostrando peculiaridades atípicas, interactuando comunitariamente, exigiendo un mayor desarrollo de la conciencia ambiental y, a los jueces, un rol protagónico.

Analizaremos en el presente ensayo la jurisprudencia vigente en nuestro país², donde la Corte se ha expedido con la razonabilidad adecuada, respetando los estándares jurídicos propios y absorbiendo criterios de utilidad provenientes del Derecho comparado, avanzando en su performance de manera notoria en relación a épocas pasadas; se efectuará la revisión de conceptos centrales que atañen a la especificidad de la materia, con acento en la fortaleza de sus principios.

El eje central gravitará en el desarrollo de los sistemas de valoración posibles como llave al cerrojo que propone la intrincada estimación dineraria del bien ambiental; se abordará lo relativo a la

¹ Raúl BRAÑES BALLESTEROS, "El acceso a la Justicia Ambiental en el D.F. y la Procuraduría Ambiental...", Ed. Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del D.F., México, Dic. 2004, P. 30.

² Muestra contundente de lo expuesto son los recientes fallos del máximo Tribunal incorporando nuevos elementos de juicio, como en el caso "Halabi", "Mendoza", "Salas Dino", "Superficiarios c/ YPF" que serán reseñados a lo largo del presente.



reparación o resarcimiento y el destino de los fondos condenados en sentencia. En esta sección también formará parte el rol esencial del juez en el proceso ambiental, el andamiaje legal disponible y los diferentes parámetros objetivos que no debe perder de vista al momento de resolver.

No es menor lo que se expondrá en el último bloque, relacionado con la sentencia *in fine*, como destino final del trabajo previo, abordando cuestiones acerca de su viabilidad, conformación y efectos, características que la dotan de ciertos rasgos distintivos con respecto a las demás.

Se anhela que este estudio constituya un nuevo aporte al debate que se viene llevando a cabo y seguirá teniendo lugar entre los doctrinarios del Derecho Ambiental, en función al importante tema de la valoración del daño ambiental, con el fin de contribuir a la materialización del desarrollo sostenible mediante la adecuada evolución y tratamiento de los elementos que puedan hacerlo posible.³

Aparte se intentará demostrar que el sistema del derecho ambiental puede contribuir o dar cauce a los problemas existentes en la materia y que la legislación no es una fuente pétrea sino que, en contrario sensu, está en continuo movimiento por las vertiginosas demandas sociales, donde los jueces, sin abandonar nuestra estructura jurídica, deberán tomar una postura más flexible, soltando ataduras incondicionales a los moldes clásicos preexistentes y poseer un espíritu innovador para poder arribar a soluciones más eficaces y justas.

³ Manuel CASTAÑÓN DEL VALLE, Valoración del Daño Ambiental, Presentación R. SÁNCHEZ SOSA, PNUMA/ ORPALC. México, 2006.

CAPÍTULO I: CONCEPTOS Y PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA CUESTIÓN AMBIENTAL

Para poder llegar a una apreciación más acabada del tema en exposición es menester describir algunas definiciones para hacer un previo repaso de los mismos y así introducirnos en el tema que nos atañe con cierta amplitud conceptual, que facilite la comprensión del mismo.

Medio Ambiente: es necesaria su conceptualización antes de cualquier investigación que pretenda ser correcta acerca del fenómeno de la Valoración del Daño Ambiental.

Perfilando dicho concepto podremos conocer qué acciones puede resultar lesivas, con que límite y la circunstancia en la cual se puede valorar el daño ambiental producido.

Según la Real Academia Española define Medio como el “conjunto de circunstancias exteriores de un ser vivo”.

Etimológicamente, Ambiente proviene del latín “Ambiens”, “Entis”, que se refiere a lo que lo rodea o cerca.

De tal manera vemos que éstas dos palabras son sinónimas, conclusión a la que arriban la mayoría de los autores.

Su reiterada construcción gramatical que “comienza con una redundancia y que en el lenguaje forense, ha de calificarse como un concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y por tanto, interdisciplinar...”⁴

La expresión “medio ambiente” dista mucho de ser precisa y unívoca, no tiene un significado consensuado de forma amplia entre los expertos del sector.

⁴ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 64/82, 4/11/1982. No obstante esta acepción existen diversas concepciones jurisprudenciales del concepto como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 20/02/1988 que afirma que el medio ambiente como bien jurídico “tutela los elementos fundamentales del ambiente biológico en el que se mueven los seres vivos, es decir el equilibrio biológico”.



Las definiciones que enumeran sus partes o elementos que componen el medio ambiente arriesgan dejar de lado alguna pieza que pueda resultar central para su enunciación.

Por otro lado, las definiciones generales requieren el acto de concreción posterior a la hora de determinar los elementos precisos de los que se compone el medio ambiente.

En la hipótesis de la creación de dicho concepto podríamos decir que se trata de un conjunto de aspectos naturales y culturales que conforman el substrato unido a la actividad de los seres vivos, susceptibles de modificación por la mano del hombre.

Características notorias del concepto:

- Es un concepto jurídico indeterminado que, como señala el Profesor Domper Ferrando⁵, están en permanente elaboración y abierto continuamente a nuevos aspectos. Se trata de un concepto elástico, camaleónico, lleno de innumerables aristas y ángulos, donde se entremezclan factores naturales y artificiales varios.

La tutela de ese medio ambiente se reconoce en lo que denominamos "Derecho Ambiental", que asume dentro de sus postulados el concepto de Medio Ambiente.

El Derecho Ambiental es un derecho de Supervivencia, donde el hombre se protege de sí mismo para poder seguir habitando éste mundo en un entorno más o menos saludable.⁶

Un medio ambiente sano, es condición indispensable de la vida animal y vegetal por lo que la defensa de nuestro entorno debe ser consustancial a la propia vida. En este sentido, el Derecho Ambiental tiende fuertemente a la protección de las bases no únicamente sociales sino que alcanza a la supervivencia de organismos más o menos complejos.

⁵ DOMPER FERRANDO J; El Medio Ambiente y la Intervención Administrativa en las Actividades clasificadas; Vol. 1 y 2; Madrid, 1992.

⁶ CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel; Valoración del Daño Ambiental, Pág. 15. PNUMA. México, 2006.

Cardelus y Muñoz-Seca⁷, ha expresado que la degradación del medio ambiente no tiene su origen sólo en la tecnología, en el capitalismo, industria o en otras causas señaladas, sino en el conjunto de circunstancias que conforman el modelo de una sociedad, o más bien, el modelo de vida de una sociedad.

Por ello, el Derecho Ambiental tiene una clara dimensión colectiva, un marcado fin social o de bienestar común. El Derecho a disfrutar y a vivir en un ambiente sano debe ser considerado como un derecho humano básico, pre-requisito y fundamento para el ejercicio de los restantes derechos humanos, económicos y políticos.⁸

Este Derecho es, como reconoce Jordano Fraga⁹, una rama autónoma del ordenamiento jurídico. En efecto el Derecho Ambiental cuenta con unos principios jurídicos propios con un objeto igualmente propio y singular que es el medio ambiente como bien jurídico y está referido a una relación jurídica específica, que es aquella que establece el modo de fruición del mismo, su preservación y su potenciación.

Los diferentes ecosistemas están íntimamente conectados de manera armónica entre sí y el hombre interfiere constantemente en el equilibrio natural existente.

El Derecho Ambiental nace, con vocación preventiva y reparadora de esos desajustes del entorno causados por el hombre.¹⁰

El gran desafío que le corresponde al Derecho es tratar de lograr la sana comunión de lo privado y lo público, donde el derecho a la vida en plenitud está en constante puja con la incolumidad ambiental, cuestión que requiere un cambio drástico en la cultura jurídica

⁷ CARDELUS Y MUÑOZ-SECA B, Planificación Ambiental; Revista Documentación Administrativa, N 179.

⁸ Tal y como reconoce BORRERO NAVIA José M., Los Derechos Ambientales, Colombia, 1994.

⁹ JORDANO FRAGA Jesús, La protección del Derecho a un ambiente adecuado, Barcelona, 1995.

¹⁰ CASTAÑÓN DEL VALLE Manuel, Derecho Ambiental, Revista La Toga del ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, Febrero 2002.



modificando viejos estándares para poder enfrentar los problemas actuales.

En esta tarea Lorenzetti 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, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia abarca lo público y privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características.¹¹

Se entiende que el objetivo primigenio de la materia es lograr la “sustentabilidad” y que los que van de la mano se refieren a la protección de la salud, seguridad humana, salvaguarda de la Biósfera, conservación del patrimonio estético, turístico, paisajístico, la prevención, reparación y represión del daño ambiental, el acceso a la justicia, difusión de la información ambiental, eficiencia económica, la propiedad, la tecnología, la estabilidad social y la democratización de los procesos decisorios ambientales.¹²

Bien dice N. Cafferatta que estamos ante una novísima disciplina jurídica de matriz desconcertante, con contenido predominantemente social, considerado también como un derecho personalísimo y a su vez tiene cualidades de derecho subjetivo privado/público con basamento constitucional. Afirma también su naturaleza compleja compuesta por las características propias de los derechos de incidencia colectiva expresada en la reforma del 94 en nuestra ley suprema o llamados por la doctrina intereses difusos, los cuales inciden sobre derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples.

¹¹ Néstor CAFFERATTA, Introducción al Derecho Ambiental, Instituto Nacional de Ecología (INE- SEMARNAT), México, 2004, Pág. 17.

¹² Antonio H. BENJAMIN, Obligaciones y Contratos en los albores del Siglo XXI, Homenaje al Dr. López Cabana, Abeledo -Perrot, 2001,32.



Ojeda Mestre¹³ ve el “nuevo derecho ambiental” como sumamente joven, tanto en lo normativo como doctrinario, dinámico cambiante que por sus bases sufre una continua metamorfosis, haciendo surcos en todas las facetas de derecho en las que se incrusta incluso “a contrapelo”, abundante y escaso a la vez, donde en los países subdesarrollados padece hambre de eficiencia. Además destaca que en cuanto derecho intergeneracional el mismo atiende a una doble dimensión de temporalidad.

Señala también la solidaridad que posee con interdependencia marcada con los derecho a la vida, a la salud, a la libertad, a la intimidad y con una necesaria simbiosis con el desarrollo económico, es un derecho subordinado a otros con la finalidad se velar por los intereses colectivos no individuales sino difusos sobre bienes de uso y goce colectivos.

Asume la “calidad de vida” como valor central que va de la mano del reconocimiento de la dignidad humana.

El autor Mario F. Valls¹⁴ 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. Lo caracteriza como especial en lo jurídico, correctivo del ordenamiento, integrador y modificador también de las otras ramas de derecho, evolutivo y dialéctico, conciliador y transaccional entre los intereses ínter partes sobre un bien común como es el ambiente. Su objetivo político es conjugar el desarrollo ambiental con el económico mediante un instrumento de política ambiental.

En Europa principalmente, se considera al Derecho Ambiental un Derecho horizontal, en el sentido que se solapa y atraviesa las distintas

¹³ Ramón OJEDA MESTRE, El derecho ambiental del siglo XXI, El nuevo derecho ambiental, Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación ambiental, México, 2000.

¹⁴ Mario F. VALLS, Manual de Derecho Ambiental, Ugerman Editor, 2001, Pág. 107 y ss.



ramas del Derecho (civil, administrativo, penal, internacional, etc.), y es un derecho de "reagrupamiento" porque se limita a reunir y aglutinar disposiciones dispersas en una pluralidad de textos normativos. Más que un nuevo Derecho, piensan que sólo tiende a penetrar todas las especialidades jurídicas reconocidas y consagradas por la doctrina para darles una orientación ambientalista, lo que se traduce en que carece de un sistema propio.¹⁵

En la doctrina judicial se entiende como una ampliación de la esfera de la personalidad humana, ya que si bien el entorno natural se haya 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, por ello ingresa al ordenamiento como un derecho de la personalidad, donde teniendo en cuenta la integridad física y la salud, se sustenta en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre.¹⁶

De manera descriptiva y amplia postula H. Barreira Custódio,¹⁷ que el derecho ambiental es "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 (agua, 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

¹⁵ Rafael VALENZUELA FUENZALIDA, "Hacia un concepto de derecho ambiental" Pág. 119, en Ambiente y Recursos Naturales. Revista de Derecho, Política y Administración, La Ley. Fundación ARN, Abril-Junio, Vol. III, Nº 2, 1986.

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Ac. 60094, 19/05/98, "Almada Hugo N. v. Copetro SA y otro", Ac. 60251, "Irazu Margarita v. Copetro SA y otro"; Ac. 60254 "Klaus Juan J. v. Copetro SA y otro" con nota laudatoria de Stiglitz Gabriel A., "Prevención de Daños ambientales en la Jurisprudencia en la Provincia de Buenos Aires, LL, Bs. As., 1998, Pág. 940.

¹⁷ Elita BARREIRA CUSTODIO, "Legislacao Ambiental no Brasil, 76:58, Revista de Direito Civil, Sao Paulo, 1996.

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”.

Ramón Martín Mateo ¹⁸ propone un concepto restringido señalando que el derecho ambiental se encuentra lejos de su madurez, si es que es posible alcanzarla algún día, dada su íntima conexión con una problemática científica, que dista de estar resuelta, el cual según su opinión 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.

Pigretti,¹⁹ desde un punto de vista diferente plantea un desafío del Derecho Ambiental con respecto a la relación del hombre con la naturaleza, como así mismo la relación del hombre con el grupo social, que aún no tiene recepción adecuada en el derecho a pesar de estar en juego el derecho a la vida y la integridad personal. Para esta postura habría una responsabilidad patrimonial hombre a hombre. El Derecho Civil desarrolla únicamente un derecho micro, entre personas individuales que llevan sus cuestiones al juez, lo que dificulta concebir la existencia de los llamados intereses difusos, acciones de clases o acciones ecológicas, que suponen una interrelación del hombre con el grupo superando la relación patrimonial individual.

Por lo que éste académico reclama: “nuevos métodos, nuevas formas, nuevos criterios de justicia, nuevas leyes, que deberían estructurarse para enfrentar 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,

¹⁸ Martín Ramón MATEO, “Tratado de Derecho Ambiental”, Vol. 1, Pág. 86, Trivium, 1991.

¹⁹ Eduardo PIGRETTI, “Derecho Ambiental”, Pág. 52, Depalma, 1993.

para que el jurista pueda- inmerso en esa realidad- resolver “lo justo de cada uno”.

En otro orden cabe destacar que el Derecho Ambiental se inscribe dentro de los derechos llamados de “tercera generación” según la clasificación de derechos humanos que distingue, de acuerdo con su naturaleza, tres grupos:²⁰ 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.

Lorenzetti²¹ 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. 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. Incorporados estos postulados a través del Constitucionalismo Social de mediados del siglo pasado. Se caracterizan por ser obligaciones de hacer o dar por parte del Estado, inspirado por una lógica de fomento derivando en normas promocionales, siendo la base jurídica del Estado de Bienestar.

Por último dicho autor señala que los derechos de tercera generación, denominados por alguna parte de la doctrina como Nuevos Derechos surgen como respuesta al problema de la “contaminación de las libertades”²² Este fenómeno apunta a la degradación de las libertades por los nuevos avances tecnológicos: calidad de vida, medio

²⁰ Neófito LOPEZ RAMOS, Prólogo, Pág. 14, de las “Memorias del primer encuentro internacional del Derecho Ambiental” organizado por Semarnat- INE, México, 1ª Edición, octubre 2003.

²¹ Ricardo L. LORENZETTI, “Las normas fundamentales de Derecho Privado” Pág. 113, Rubinzal- Culzoni, 1995.

²² Ricardo L. LORENZETTI, op. cit., P. 113, con referencia en cita bibliográfica José CASTAN TOBEÑAS: “Los Derechos del Hombre”, P. 45, 4º Ed., Reus, Madrid, 1992.

ambiente, la libertad informática, el consumo, se ven seriamente amenazados. Suelen incluirse también 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.

Para Bidart Campos²³ en la actualidad el plexo de derechos humanos se descompone en tres categorías, según el orden cronológico que fueron apareciendo históricamente. Se habla así, de tres generaciones de derechos por la época en que se generó cada una. Los derechos de 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 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.

Augusto M. Morello²⁴, un gran maestro de nuestro derecho, agrega que el derecho al medio ambiente es considerado una "nueva libertad" como lo es también el derecho al respeto del patrimonio común de la humanidad, y que el Derecho Ambiental encierra derechos de cuarta generación por su carácter intergeneracional, en favor 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 a favor de un tercero, conformada por un grupo igualmente protegido: las generaciones futuras.²⁵

²³ Germán BIDART CAMPOS, "Manual de la Constitución reformada", T. 1, P. 476, Ediar, 1998.

²⁴ Augusto M. MORELLO, "Los derechos del Hombre de tercera y cuarta generación, P. 947-ap. 284, en su obra: "Estudios de Derecho Procesal. Nuevas Demandas. Nuevas Respuestas.", Librería Editora Platense, 1998.

²⁵ Augusto M. MORELLO, op. cit., P. 950.

Principios Rectores del Derecho Ambiental

Se entiende por Principios Rectores “los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justicia y la equidad social”...“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 Bustamante Alsina²⁶ 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.

Pigretti sostiene que el derecho ambiental constituye un nuevo ámbito de responsabilidad dotándolo de cierta singularidad, conteniendo principios que no son exhaustivos, donde agrega a la anterior clasificación la participación pública, principio -el que contamina debe pagar-, uso racional del medio, calidad de vida, entre otros.

Mosset 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 en individuales; 6) de introducción de la variante ambiental, 7) de nivel de acción más adecuado del espacio a proteger, 8) de tratamiento de causas productoras y de síntoma con puntualidad o prematura; 9) unidad de gestión, 10) de transpersonalización de las normas jurídicas.²⁷

²⁶ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa”, p. 48, Abeledo Perrot, 1995. Sigue la doctrina sentada por Ramón Martín MATEO, “Tratado de Derecho Ambiental”, p. 92 Vol. I, Trivium, 1991.

²⁷Jorge MOSSET ITURRASPE, “El daño ambiental en el derecho privado”, en obra colectiva “Daño ambiental, Tomo Nº 1, p. 20, Introducción, Rubinzal Culzoni, 1999.

El autor Homero Bibiloni²⁸ destaca que el tratado del CE de Ámsterdam (1997) permite referir de manera 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 quién contamina paga, e) de conservación y protección del Medio Ambiente, f) de cooperación internacional para su protección, 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.

Principios de la Política Ambiental

La ley general del ambiente N° 25.675, sancionada en nuestro país el 06/11/2002, promulgada parcialmente por decreto, contiene una serie de principio que detallaremos a continuación.

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, referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere este 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 o 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

²⁸Homero M. BIBILONI "Los principios ambientales y la interpretación. Su aplicación política y jurídica", Número especial Derecho Ambiental, primera parte, JA- 2001-I-1082/3.



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 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 ambiental.

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.

Art. 5º: Los distintos niveles del 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.

Análisis de los principios

Nuestra ley 25.675 posee principios de interpretación y aplicación de la normativa y de cualquier otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, usualmente identificados o reconocidos por la doctrina del derecho ambiental.

Principio de congruencia: surge en términos de armonizar, como mecanismo de Integración normativa legal, consagrado en el ámbito regional supranacional, en el artículo 1º del Tratado de Asunción del MERCOSUR, Ley 23.981. Juegan también las diversas relaciones que, conforme cada régimen de organización constitucional, existe entre el Estado Federal y los Estados miembros relaciones de supra-subordinación, de inordinación y de coordinación.

Dicho principio 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 ha sido declarado en el Primer Programa de Acción Comunitaria en materia ambiental, así como también en la Recomendación N° 70 del Plan de Acción adoptado en la reconocida y trascendental Conferencia de Estocolmo.

Principio de progresividad: en la doctrina nacional, se reconoce que este principio, responde a ideas de involucramiento paulatino, de temporalidad de adaptación y concientización.²⁹ Entendemos que de éste principio se suceden dos subprincipios: el de "proporcionalidad", referido a la razonabilidad en los tiempos que insumen los cambios impuestos por la normativa, el equilibrio de medios y fines, la equidad, en suma la viabilidad en el cumplimiento de las exigencias. La "Gradualidad", que también se extrae del Protocolo adicional al Tratado

²⁹ Aníbal FALBO, "El rol del Derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales", JA, 1995-IV-976.

de Asunción sobre Medio Ambiente. Podemos citar como ejemplo del mismo, la ley de Protección del Medio Ambiente Nº 7070 (BO 27/01/2000), de la Provincia de Salta, que instituye el "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 manejos adaptativos."

Principio de equidad intergeneracional (que a su vez deriva del Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre medio ambiente). Se encuentra ya declarado en la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio ambiente, realizada en Estocolmo entre 5 y el 12 de junio de 1972. Así, el principio Nº 1, de la mentada Declaración con diáfana 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, apunta 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."³⁰

Dicha definición, reenvía a un asunto que la modernidad, es claro, no sintió la necesidad de plantear: el de la solidaridad, más aún: esta solidaridad no es sólo actual, sino futura, ya que de nuestro actuar presente depende, en buena medida, la suerte de los que vendrán.

³⁰Ricardo L. LORENZETTI, "Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente", en L.L., 1998- A, p. 1025, n. II, 3.



Deberíamos entregar a las generaciones venideras un mundo que desde la estabilidad ambiental les brinde las mismas oportunidades de desarrollo que disfrutamos nosotros. Este principio tiene relación directa con la base ética del orden ambiental —la solidaridad y su paradigma—. ³¹Sucede que la crisis del ecosistema, ha generado de manera decisiva una ética basada en la solidaridad o, como se afirma de modo creciente, en la responsabilidad. ³²

Siguiendo una clasificación de las Naciones Unidas, que describe los derechos civiles y políticos, nacidos a la luz de la Revolución, diferencia generaciones de derecho: de primera generación, dentro de las cuales está la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789 en Francia y de los Códigos decimonónicos; la segunda generación, en cuya categoría se encuentran los derechos económicos y sociales, con antecedentes en la Constitución mexicana de 1917, Constitución alemana de 1919, alimentados 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. Nuestro derecho ambiental se integra en los llamados derechos de tercera generación. ³³

Pero a su vez, en nuestra doctrina se postula que encierran 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

³¹ Ricardo L. LORENZETTI, "La protección jurídica del ambiente", en LL, 1997-E-1470, n. 4.

³² Jorge MOSSET ITURRASPE "Resp. por culpa y resp. por riesgo creado" cit. en "Estudios sobre la responsabilidad por daños" cit., t. I, P. 54, n° I y P. 57, n° 5; Daniel R. PIZARRO "Resp. civil por el riesgo o vicio de las cosas" cit., p. 432 y ss. y p. 441 y ss.

³³ Eduardo JIMENEZ, "Los derechos Humanos de la Tercera Generación", p. 58, Ediar, 1997.



favor de un tercero, constituida por un grupo igualmente protegido: las generaciones futuras.³⁴

Principio de sustentabilidad: tiene fuente 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 del Informe 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 1998.³⁵

Concordantemente, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, reza "A fin de alcanzar el desarrollo sustentable, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada" (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).

Es factible el "desarrollo sustentable" si hay unión o un lazo entre el medio y el desarrollo, cuya finalidad es buscar un nuevo modo de desarrollo proclive a una sana utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la sociedad.

La "sustentabilidad" es necesaria 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 biológica, y su capacidad de regeneración; b) área social, que permita igualdad de oportunidades de la sociedad y

³⁴Augusto M. MORELLO, "Los Derechos del Hombre de Tercera y Cuarta Generación", en su obra Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", Editorial Platense, 1998.

³⁵Juan Rodrigo WALSH: "El Ambiente y el Paradigma de Sustentabilidad", P. 1, de la obra colectiva: "Ambiente y Derecho de Sustentabilidad", La Ley, 2000.

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 preserva la identidad cultural básica y reafirma 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.³⁶

Principio de responsabilidad: Como se enuncia en la Ley 25.675 apunta a reforzar la idea de internalización de costos ambientales, sobre todo en cabeza del generador degradante 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 contamina 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

³⁶ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa", p. 43- 44, Abeledo- Perrot, 1995; Silvia CORIA, "Desarrollo sustentable", en obra colectiva "El Rumbo Ambiental en la Argentina", Ed. Ciudad Argentina, p. 11, 1998; Ricardo L. LORENZETTI, "Las normas fundamentales de derecho privado", 1995, Rubinzal- Culzoni, P. 500.



el que debe resarcir, sin perjuicio de que en forma concurrente y complementaria pueda aceptarse como otro factor de atribución objetivo la "solidaridad".³⁷

También 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").

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, inducía a los Estados a cooperar para establecer el derecho de la responsabilidad internacional en la materia.- Aunque, en sucesivas Conferencias de la ONU, se reconoce 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 de carácter civil, administrativo y penales, aplicables acumulativamente."³⁸

³⁷ Félix TRIGO REPRESAS, "Responsabilidad civil por daño ambiental", JA, 1999-IV, 1180.

³⁸ Marino PAZZAGLINI FILHO, "Principios constitucionales y faltas administrativas ambientales", p. 117, Revista de Direito Ambiental, año 5, Janeiro, marzo 2000, Editora Revista Dos Tribunais.

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 según una 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.³⁹ 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”.⁴⁰

Principio de cooperación: En el plano resulta imprescindible, por 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

³⁹ Silvia JAQUENOD DE ZSOGON, “El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores”, Dikynson, 1991, P. 367.

⁴⁰ Silvia JAQUENOD DE ZSOGON, op. cit., p. 371.

ambiental (principio 12, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo).⁴¹

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. Cassese⁴² señala en el ámbito del derecho internacional, el tránsito de la idea de soberanía a la de cooperación.

Principio de prevención: El énfasis preventivo constituye uno de los caracteres por rasgos peculiares del derecho ambiental.⁴³

Dijo con razón, A. Vázquez García⁴⁴ que al Derecho Ambiental le interesa sobre todo la prevención del daño ambiental y, en su caso de que éste se genere, le interesa que 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.⁴⁵

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.⁴⁶ La tutela del ambiente

⁴¹ Raúl ESTRADA OYUELA- María C. ZEBALLOS DE SISTO, "Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional", A- Z Editora, 1993.

⁴² A. CASSESE, "International law in divided world", Clarendon Law Series, p. 376 y ss, Oxford, 1986.

⁴³ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "Derecho ambiental: Fundamentación y normativa", P. 48, Abeledo Perrot 1995; Ramón M. MATEO, "Tratado de Derecho Ambiental" P. 92, 1991.

⁴⁴ Aquilino VAZQUEZ GARCIA, ponencia, "La legislación ambiental y su aplicación", en Primer Encuentro de Jueces. Desarrollo Sustentable, 26/09/2003, Villa La Angostura, Neuquén, Argentina.

⁴⁵ Graciela N. MESSINA, "La Responsabilidad Civil en la era tecnológica. Tendencia y prospectiva", Abeledo Perrot, P. 208; Matilde ZAVALA DE GONZALEZ, "La tutela inhibitoria contra daños", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, I, Enero-Febrero 1999, La Ley.

⁴⁶ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en adelante SCJBA, in re "Almada, Hugo v. Copetro SA. y otros", Acuerdo 2078 del 19-5-98, L.L. 1999-C-1129; reitera en "Ancore SA y otros v. Municipalidad de Daireaux", SCJBA, 19-2-2002, bajo anotación

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.⁴⁷ También en ese sentido, la Cámara Federal de La Plata, dijo que es imperativo transformar las concepciones judiciales para poder 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, como una ampliación de la esfera de la personalidad: atributo fundamental de los individuos. Ante 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”.⁴⁸

Para concluir, el mismo tribunal de Alzada Federal,⁴⁹ 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 Mendoza⁵⁰ también tuvo oportunidad de expresarse en estos términos: “En lo que hace a la prevención del daño ambiental, que tiene jerarquía constitucional

de José ESAIN “El Derecho Agrario Ambiental y la cuestión de los Feed Lots”, Bs. As., 6/11/2002, JA 2002- IV, fascículo n. 6.

⁴⁷ SCJBA, “Almada, Hugo v. Copetro SA. y otros”, Acuerdo 2078 del 19-5-98, L.L. 1999-C-1129.

⁴⁸ Cámara Federal de La Plata, “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y contribuyentes c/ Enre- Edesur s/ cese de cableado y traslado de Subestación Transformadora”, 08/07/2003, ED, Serie Especial de Derecho ambiental, 22/04/04.

⁴⁹ Cámara Federal de La Plata, “Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de Octubre c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo”, Sala II, 08/07/2003, publicado en RAP Provincia de Buenos Aires, Enero 2004, año I, 10, p. 59.

⁵⁰ Cámara de Apelaciones de Mendoza, “Asociación Oikos Red Ambiental c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ amparo”, 12/09/03, publicado en www.eldial.com, suplemento Ambiental.



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 recalca el artículo 41, con la Reforma de 1994, y también la ley 6045, que propende al beneficio de tales generaciones futuras. En este campo, en definitiva, ya el reparar no tiene alcance. Indemnizar no es suficiente ni lo único. Es primordial tomar medidas preventivas, para frenar, 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 Plata ⁵¹ definió 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 objetivos 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.⁵² Es que la necesaria realización de estudios de impacto ambiental respecto de los nuevos emprendimientos, de raíz constitucional, atiende a hacer

⁵¹ “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, 26/12/02.

⁵² Mercedes DIAZ ARAUJO, “La regulación ambiental: nuevas formas de intervención preventiva, represiva, compensatoria y estimuladora”, JA, 2002-III. 932.

efectiva primordialmente la regla de “prevención ambiental”. Carece en la práctica de sentido luego de que los ecosistemas son agredidos, pretender recomposiciones a veces imposibles, o generar marcos indemnizatorios que resultan poco relevantes respecto de la tutela que se pretende otorgar al medio ambiente.”

Viene a cuenta lo que dijo la Sala III de la Cámara Federal de La Plata, en otra causa difícil, grave, delicada, compleja, en la que se controvertía el reinicio del vuelco de residuos para su disposición final por el sistema de relleno sanitario en la planta de Don Bosco–Bernal:⁵³ “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.”

En un mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación,⁵⁴ rescatando 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.”

También tildó de “exceso de rigor formal sostener que las cuestiones requerían 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

⁵³ In re “Municipalidad de Quilmes c/ Ceamse s/ amparo”, 22/05/03, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Wichi Hoktek T´Oí Comunidad indígena c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, 11/07/02.



procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad. 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 75 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 (XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata 1995; II Jornadas Marplatense de Responsabilidad Civil y Seguro 1992, entre otras).⁵⁵

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 posible de los daños, ya que la principal preocupación de un operador jurídico debe ser lograr su evitación, cualquiera sea la fuente.”⁵⁶

⁵⁵ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “Prevención del daño ambiental (Auditoría del Medio Ambiente- Evaluación de Impacto Ambiental)”, JA, 199-IV, 822; del mismo autor “El daño ambiental y las vías de acceso a la jurisdicción”, JA, 1996-IV, 896.

⁵⁶ Antecedentes de Encuentros Científicos. 1.- En las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 26 al 28 de octubre de 1995), Comisión N° 2, a cargo de los doctores Atilio ALTERINI y Roberto LOPEZ CABANA, “Responsabilidad Civil por la Actividad Industrial”.

CAPÍTULO II: VALORACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

El tema de la valoración ambiental trae consigo un grado de complejidad importante, encontramos primeramente la necesidad de precisar el alcance y objeto de análisis de las cuestiones que centralizarán el presente capítulo.

En este sentido, vale aclarar, como ya lo expresara nuestro reconocido jurista Bustamante Alsina⁵⁷ que “daño ambiental es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una colectividad, en cuyo caso hablamos de ‘impacto ambiental’ sino que se refiere también 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 legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado”.-

Sobre responsabilidad por daños ambientales de la Unión Europea la directiva 2004/35 se encarga de distinguir en forma concisa estos tipos de daños, excluyendo expresamente de su alcance a los “daños a través del ambiente”, disponiendo en su considerando 14: “la presente Directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta ningún derecho relativo a este tipo de daños”.-

A nivel doctrinario y jurisprudencial nacional en pos de un avance, parte de esta diferenciación entre “daño a través del ambiente” y “daño ambiental en sí mismo” encontrando su punto más destacado en el trascendente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Mendoza Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros” del 08/07/2008, referida a la contaminación de la Cuenca Matanza Riachuelo, donde la CSJN diferencia claramente entre ambos tipos de

⁵⁷ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “Derecho Ambiental - Fundamentación y Normativa”, P. 45, Abeledo Perrot, Bs. As., 1995.

daño, limitando su objeto de pronunciamiento al daño ambiental en sí mismo, es decir a la tutela del bien colectivo, perteneciente a la esfera social.

En la hipótesis “daño a través del ambiente” los mecanismos de valoración de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que puedan sufrir los particulares en su persona (daños a la salud, a la integridad psicofísica de la persona, daño psicológico, gastos por tratamientos médicos, daño moral, etc.) o bienes (afectación de un fundo, gastos de recomposición, disminución de su valor de mercado, alteración de su destino, etc.), son los que devienen de la aplicación de los parámetros legales y jurisprudenciales del procedimiento civil correspondiente, sin perjuicio de tener en cuenta las probables consecuencias colaterales que pudieran surgir propias o específicas de la materia ambiental.

Queda entonces evidenciado, que el objeto de estudio del presente capítulo quedará delimitado a la temática de la valoración del daño ambiental colectivo o daño al ambiente en sí mismo.

Valoración del daño ambiental colectivo o daño al ambiente en sí mismo

La valoración del daño ambiental colectivo, también denominado daño al ambiente en sí mismo (o daño ambiental de incidencia colectiva, tal como lo refiere la ley 25.675) se ha transformado en una de las principales cuestiones a resolver para los operadores del derecho.

Es que, como bien lo manifiesta Néstor Cafferatta⁵⁸ la complejidad de la valoración del bien jurídico vulnerado por este daño radica, en que siendo el objeto protegido por el derecho “el ambiente”, este último involucra una unidad sistémica, totalizadora, un haz de

⁵⁸ Néstor CAFFERATTA, “Cuantificación del daño ambiental”, en JA., 2007-IV Número Especial, Derecho Ambiental, 10/10/07, Lexis Nexis, P. 8/9.

derechos, que constituye 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.

Entonces surge así la imperiosa necesidad de reformular, adaptar, aggiornar procedimientos, conceptos, teorías, doctrinas, buscar nuevos mecanismos de estimación de esta clase de daños, y que se diferencia ya que desborda lo clásico rozando la atipicidad. Daños que comprometen no sólo a las generaciones actuales, sino también a las venideras.

Compartimos lo expuesto por José Juan González Márquez⁵⁹, en cuanto: "...la valoración del daño ambiental es muy compleja y puede decirse que hasta ahora en ningún sistema jurídico se ha establecido un método de evaluación económica capaz de hacer frente a la complejidad del daño ambiental..."

Esta laguna también es verificable en la Directiva 2004/35 sobre Responsabilidad Ambiental en la Unión Europea. En ese sentido, Jordano Fraga, tras un detallado análisis de la norma en cuestión concluye: "obsérvese que más allá del método de los mercados de bienes, recursos y servicios sustitutos no se expresan criterios de valoración que son el verdadero quid de la cuestión. Y esos existen y son manejados tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente -Exxon Valdez, State of Ohio v. Department of Interior 880F 2d432 (DC Cir 1989)- (método de los precios hedónicos, métodos de coste de viajes, de valoración contingente o de mercado hipotético, etc.). Hubiera sido deseable que se plasmaran expresamente"⁶⁰.

⁵⁹José J. GONZALEZ MARQUEZ, "La Responsabilidad por el daño ambiental en América Latina", publicación de la Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Serie de documentos sobre Derecho Ambiental N° 12, P. 76.

⁶⁰ Jesús JORDANO FRAGA, "La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: Análisis de la Directiva 2004/35 de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental", Revista Electrónica de Derecho Ambiental - Número 12/13, Diciembre, 2005.

Como reza Mateo en su obra⁶¹: “el problema fundamental que suscita la reparación de los daños ambientales, es el de su expresión en términos de economía monetaria”.

De igual manera Carlos J. De Miguel advierte que cuando se trata de aplicar y hacer cumplir la normativa ambiental, lo que en muchos casos nos lleva a entablar acciones judiciales, aparecen una serie de vacíos, indefiniciones, debilidades que no se encuentran en otras áreas legales. Una de las principales debilidades de los juicios por daño ambiental es la dificultad de valorar económicamente el daño producido”.⁶²

Enfáticamente, Manuel Castañón del Valle⁶³, sostiene que “el estudio y la consecución de un sistema de valoración del daño ambiental debe ser la primera ratio, la condición sine qua non, embrionaria para la construcción de una estructura válida de responsabilidad por daños al medio ambiente. Sin valoración del daño ambiental no puede articularse, con unas mínimas garantías de éxito, un sistema de resarcimiento de daños al medio ambiente. Sin saber lo que cuesta reparar un daño no se puede exigir la reparación o indemnización del mismo”, para afirmar más adelante que “la problemática de la responsabilidad ambiental no se arreglará hasta que caigamos en la cuenta que el instituto de la valoración es primordial, esencial, básico, cardinal y fundamental, y de inaplazable análisis y respuesta normativa.”

⁶¹ Ramón Martín MATEO, “Revista de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho - Universidad de Chile”, N° 1, 2003, P. 52.

⁶² Carlos J. DE MIGUEL, “Valoración económica de la degradación ambiental”, Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina, 22 y 23/11/03, FARN - PNUMA, P. 27.

⁶³ Manuel CASTAÑÓN DEL VALLE, “Valoración del Daño Ambiental”, PNUMA, Oficina Regional para América Latina y el Caribe - Serie de documentos sobre Derecho Ambiental N° 15, P. 96, México, Diciembre de 2006.

La cuestión económica

La temática ambiental y la inquietud que la misma ha generado desde la óptica de las distintas ciencias, han sido las nutrientes de una plataforma suficientemente fértil para provocar el surgimiento de la denominada Economía Ambiental.

Dicha materia tiene como eje central el análisis económico de los recursos ambientales tratando de establecer las bases teóricas que permitan optimizar el uso del ambiente y de los recursos naturales.

Pablo A. Iannello sostiene que “la importancia de la economía del medio ambiente irá, según estimamos, en gran aumento en los próximos años. El motivo de esto se encuentra en la definición misma de economía, entendida como la ciencia de la escasez”⁶⁴.

Siguiendo a Ana Belquis Manés Suárez podríamos definir la Economía Ambiental como una rama de la Economía que incorpora el medio ambiente en sus análisis habituales y se considera a la variable medioambiental como un aspecto más que influye en los hechos económicos; esto implica que su tratamiento sea similar al resto de los aspectos⁶⁵.

Como bien lo señala esta autora, el diseño de los métodos que permitan valorar mejoras y daños ambientales ha chocado con el problema de la no existencia de mercados para dichas mejoras y daños. Esta inexistencia de mercados está relacionada con la no asignación de derechos de propiedad (...) la mayoría de los recursos ambientales se utilizan en régimen de libre acceso, no hay una asignación clara de

⁶⁴ Pablo A. IANNELLO, “Una revisión sobre algunos temas de economía ambiental”, Revista de Derecho Ambiental - Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, N° 11, Julio/Setiembre 2007, Lexis Nexis, P.63.

⁶⁵ Ana B. MANES SUAREZ, “Reflexiones teóricas acerca de la Economía Ambiental” en, <http://www.monografias.com/trabajos28/economia-ambiental/economia-ambiental.shtml>, P. 4.

derechos de propiedad sobre el aire, sobre la capa de ozono, sobre las aguas internacionales o sobre la atmósfera.⁶⁶

Tal como lo destacan Merlo Faella y Cañiza, la "economía ambiental se concentra principalmente en cómo y porqué las personas toman decisiones que tienen consecuencias ambientales. Además se ocupa de estudiar las maneras como se pueden cambiar las políticas e instituciones económicas con el propósito de equilibrar un poco más esos impactos ambientales con los deseos humanos y las necesidades del ecosistema en sí mismo" agregando más adelante que "la economía ambiental tiende a desempeñar un papel importante en el diseño de las políticas públicas para el mejoramiento de la calidad ambiental"⁶⁷

Dentro de estos parámetros ¿cuál es el valor del ambiente? ¿Cuáles son los diferentes tipos de valores ambientales?

Para responder a estos interrogantes, la clasificación más aceptada por la doctrina es la desarrollada por Munasinghe M. y E. Lutz, citado por Edmundo de Alba y María E. Reyes⁶⁸, donde se distingue entre *Valores de Uso* y *Valores de No Uso*.

A su vez, los valores de uso se dividen en: valores de uso directo, de uso indirecto y de opción.

El Valor de Uso Directo es el que se reconoce de manera inmediata a través del consumo del recurso biológico (alimentos, producción de madera, explotación pesquera, obtención de carnes, pieles, recolección de leña, entre otras) o de su recepción por los individuos (ecoturismo, actividades recreativas). Algunas clasificaciones abren el valor directo en valor de uso extractivo y de uso no extractivo.

⁶⁶ Ana B. MANES SUAREZ, op. cit., P. 5/6.

⁶⁷ Ricardo MERLO FAELLA- Hugo Enrique CAÑIZA, "Derecho Ambiental" - Liga Mundial de Abogados Ambientalistas - Edición especial, P. 380, Marben Editora y gráfica SA., Asunción, Paraguay, 2006.

⁶⁸ Edmundo DE ALBA y María Eugenia REYES, "Valoración económica de los recursos naturales", publicado en CONBIO, "La diversidad biológica de México - estudio de país - Comisión Nacional para el conocimiento y uso de la biodiversidad", 1998, P. 214.

Para Azqueta Oyarzún⁶⁹ es el más elemental de todos ya que la persona utiliza el bien, y se ve afectada, por tanto, por cualquier cambio que ocurra con respecto al mismo. En el caso de un parque natural, por ejemplo, éste tiene un valor de uso para aquellos que lo visitan, por esparcimiento o para estudiar la naturaleza.

El Valor de Uso Indirecto, se refiere a los beneficios que recibe la sociedad a través de los servicios ambientales de los ecosistemas y de las funciones de hábitat. Algunos ejemplos son los servicios proporcionados por los bosques, como la protección contra la erosión, la regeneración de suelos, la recarga de acuíferos, el control de inundaciones, el ciclaje de nutrientes, la captación y almacenamiento de carbono, entre otros. A diferencia del uso directo, el indirecto no requiere el acceso físico del usuario al recurso natural, pero sí de la existencia física del recurso en buenas condiciones.

El Valor de Opción, se refiere al valor de los usos potenciales de los recursos biológicos para su utilización futura. Las personas no están utilizando el bien, prefieren tener abierta la opción de hacerlo en algún momento posterior. Para ellas entonces, la desaparición de un parque natural (por más que nunca hayan estado en él) supone una pérdida concreta de bienestar, mientras que su preservación o mejora eleva el mismo. También se puede ejemplificar en el uso potencial de plantas para fines farmacéuticos, o para la obtención de nuevas materias primas, o para el control biológico de plagas.

Los Valores de No Uso, que se asocian al valor intrínseco del medio ambiente, incluyen el valor de Herencia y el de Existencia.

El Valor de Herencia se refiere al valor de legar los beneficios del recurso a las generaciones futuras, el deseo de preservar determinados bienes no para el propio disfrute únicamente, sino para la posteridad, como fiel reflejo al principio de equidad intergeneracional.

⁶⁹ Diego AZQUETA OYARZÚN, Valoración Económica de la Calidad Ambiental, Mac Graw Hill, Madrid, 1994, P.56 y ss.

El Valor de Existencia es el valor de un bien ambiental simplemente porque existe este valor; es de orden ético, con implicaciones estéticas, culturales o religiosas. Las personas no son usuarios del bien ambiental pero valoran positivamente el simple hecho de que éste exista, se desprende que su desaparición supondría una pérdida de bienestar. Ejemplo: la valoración de existencia de selvas, jaguares o ballenas, sin implicaciones de posesión o de uso directo o indirecto de ellos. Valen también ejemplos más próximos como los glaciares, cerros, sierras que pueden sufrir modificaciones o alteraciones y afectar dicho valor.

Posturas y Métodos

En la discusión doctrinaria de esta peculiar problemática se distinguen dos vertientes o posiciones claramente diferenciadas:

Según los sostenedores de la postura ECOCENTRICA, derivada de la ética de la tierra de Aldo Leopold, la naturaleza no humana tiene un valor intrínseco y posee por tanto derechos morales y naturales. De acuerdo a esta afirmación, por tanto, el medio ambiente tiene valor per se, no necesita de nada ni de nadie que se lo atribuya. Para los defensores de esta postura (incluso compartida por algunos economistas neoclásicos como Jeremy Bentham y Jhon Stuart Mill) el medio natural y los recursos naturales tienen valor en sí mismo.

Por otro lado, quienes adscriben a la postura ANTROPOCENTRICA, sostienen que lo que confiere valor a las cosas, incluido el medio ambiente, es su relación con el ser humano; las cosas tienen valor en tanto, en cuanto y en la medida en que se lo dan las personas. Es el ser humano el que le da valor a la naturaleza, a los recursos naturales y al medio ambiente. El análisis económico, en general, apoya a esta posición con algunos matices a través de la denominada "ética antropomórfica extendida" en la que la naturaleza

tiene una serie de valores instrumentales para el ser humano, incluidas las generaciones futuras⁷⁰. Para Ramón Mateo⁷¹, el enfoque antropocéntrico es el único posible si se quiere evitar perjuicios a las generaciones venideras que serán las víctimas de los delitos cometidos con anterioridad, por miembros de su misma especie.

Partiendo de esta postura primordialmente antropocéntrica, Azqueta Oyarzún⁷² ha sistematizado los criterios o métodos de valoración económica de la calidad ambiental, diferenciando:

1.- Métodos INDIRECTOS U OBSERVABLES, que analizan la conducta de la persona, tratando de inferir, a partir de dicha observación, la valoración implícita que le otorga al bien objeto de estudio, en este caso, algunas de las características del medio ambiente. Forman parte de éstos, los siguientes:

a) Método de Costes Evitados o Inducidos: vincula a los bienes ambientales con otros bienes que poseen carácter de mercado. Puede darse que el bien ambiental forme parte de la función de producción como un insumo más, o cuando entra a formar parte, junto con otros bienes privados, de la función de producción, de utilidad. Permite abordar la sustituibilidad entre bienes ambientales y privados. Se usa para medir las erogaciones que tanto el Estado como los particulares deben realizar para reducir los efectos ambientales no deseados, es decir, los gastos que demandarían las tareas que compensen la falta o disminución del recurso ambiental (Ej.: reponer los nutrientes del suelo erosionado).

b) Método de Coste del viaje: se aplica a la valoración de áreas naturales que cumplen una función de recreación en la función de producción de utilidad familiar, que la gente visita y se desplaza hasta allí para su esparcimiento. Su origen se remonta a una petición hecha en 1949 a varios economistas por el Servicio de Parques Naturales de

⁷⁰ Diego AZQUETA OYARZÚN, op. cit., P. 12/13.

⁷¹ Ramón Martín MATEO, op. cit., P. 50.

⁷² Diego AZQUETA OYARZÚN, op. cit., P.15.

los Estados Unidos, en las que se les pedía sugerencias sobre cómo medir los beneficios económicos de la existencia de los mismos. Se toma en cuenta el gasto que debería realizar una persona o familia para disfrutar de un bien ambiental. Se establece una relación de complementariedad entre el disfrute del bien ambiental que requiere previo consumo del bien privado. El método sirve para valorar algunos usos directos como la recreación y el deporte. Se busca estimar como varía la demanda del bien ambiental, ante cambios en este coste para disfrutarlo.

Dentro de dicho método existen otro tipo de costes que brindan información para precisar el precio del acceso al lugar. Hay algunos que son costes ineludibles, como el combustible utilizado por kilómetro en el automóvil, la amortización y mantenimiento del mismo, o el coste del pasaje en avión, tren, colectivo; otros son discrecionales, a opción del usuario, como comer en el camino o parar a descansar en un hotel. Se incluirán en el coste de viaje los gastos que no son discrecionales (en el sentido de que se buscan porque vienen a formar parte por añadidura al componente utilidad en la experiencia).

c) Método de Precios Hedónicos: cuando el bien ambiental complementa a un bien privado de mercado. Dicho de otra manera el bien privado no se adquiere para disfrutar del bien ambiental, sino que el bien ambiental es una de las características del bien privado. Las personas adquieren bienes en un mercado, porque éstos tienen una serie de atributos que les permiten ser útiles: satisfacer alguna necesidad, ergo tienen un valor de uso, pero no único, sino que son bienes *multiatributo*: satisfacen varias necesidades al mismo tiempo. Así por ejemplo: cuando adquirimos un automóvil, no sólo se hace por su utilidad como objeto de traslado sino que se tienen en cuenta otro tipo de comodidades que le interesan al comprador y por las que está dispuesto a pagar una determinada suma de dinero. Los llamados

precios hedónicos intentan, justamente, descubrir todos los atributos del bien que explican su precio, y discriminar la importancia cuantitativa de cada uno de ellos. Atribuir a cada característica del bien su precio implícito. De aquí deriva su posible aplicación en diversos campos y de especial interés en el terreno del medio ambiente: algunos de los bienes que tratamos de valorar son atributos de bienes que se comercializan en el mercado. Analicemos cuando se adquiere una vivienda tendrá un valor adicional por encontrarse en un sitio cercano a un paisaje o a un bosque que otra, de iguales características constructivas, situada en una zona afectada por altos niveles de ruido o por contaminación.

2.- Método DIRECTO o HIPOTÉTICOS: es el denominado Método de Valoración contingente, donde se parte de la consulta directa a las personas que proporcionan información mediante encuestas, interrogándose sobre el valor que las mismas le otorgan a los cambios en el bienestar que le produce la modificación en la condición ambiental. El mecanismo más simple para averiguar cómo valora la persona el cambio en el bienestar es, sencillamente, preguntárselo. De aquí que el vehículo normal en todos estos métodos sean las encuestas, las entrevistas (personales o telefónicas), inclusive experimentos de laboratorio. Mediante estos cuestionarios se pregunta a los entrevistados acerca de las cantidades monetarias que estarían dispuestos a pagar ante una hipotética compensación de un daño ambiental determinado.

La eficacia, y fundamentalmente la precisión de este método es cuestionable, pues por un lado dependen decididamente del modo en que se formula la pregunta (el distinto modo de interrogar sobre un mismo conflicto ambiental hipotético puede arribar a resultados dispares y hasta contradictorios), y por otro lado, por la propia actitud especulativa con la que actuaría el entrevistado, quien puede sospechar la afectación de sus propios intereses como consecuencia de la

direccionalidad que pueda dar a la respuesta, haciendo que la misma sea más estratégica que honesta.

Más allá de estos argumentos, se ha dicho con razón que “si bien la valoración económica de bienes y servicios ambientales que tiene un mercado bien definido arroja menores dificultades conceptuales y metodológicas, una buena parte de los valores de uso y de no uso de la biodiversidad, están sujetos a mayores grados de incertidumbre por basarse en cálculos indirectos. Se requiere todavía de una mayor comprensión de los valores que arrojan los métodos ante la valuación de aspectos éticos o culturales, o inclusive ante una posición menos antropocéntrica, como la implicada por el concepto mismo de sustentabilidad del desarrollo”.⁷³

Mecanismos de Reparación

Desarrollados los métodos de valoración de los bienes ambientales, es pertinente ahora ingresar al análisis de los distintos procedimientos destinados a arribar a un resarcimiento justo y equitativo del daño ambiental colectivo.

Sin embargo, nunca debe perderse de vista que el rol del juez debe priorizar la PREVENCIÓN, por tratarse del medio más idóneo para la protección ambiental; y dicha responsabilidad en defensa del ambiente debe ser decisiva, pues debe pugnar por asegurar, prevenir e impedir actividades contaminantes, con el objetivo de que no se consumen perjuicios, o mínimamente, evitar que los mismos se agraven.

En este sentido, y tal como lo afirma Castañón del Valle, “ante toda esta problemática que se deriva del daño ambiental, debemos apostar por el factor de prevención. La adopción de mecanismos

⁷³ Edmundo DE ALBA y María Eugenia REYES, op. cit., P. 232.

preventivos no sólo *ex ante* sino también *ex post*, destinados a evitar la repetición de hecho dañoso ambiental, es de crucial importancia, pues de lo contrario, no estaríamos sino favoreciendo y fomentando el derecho a dañar indemnizando”⁷⁴

Empero, ante la eventualidad de que el daño ambiental igual se produzca, debemos acudir a los procedimientos de reparación, los que siguiendo la sistematización de Mateo⁷⁵, se detallan a continuación:

1.- PROCEDIMIENTO REAL O DE LA REPARACIÓN IN NATURA: implica la reposición de las cosas al estado anterior a ser dañadas. El costo del restablecimiento de la situación precedente es por tanto igual a la reparación, incluidas las pérdidas imputables al período en el que los rendimientos del ecosistema destruido o perjudicado fueran inferiores a las esperadas. Si bien, por lo general, es un procedimiento muy complejo, en algunos casos la restauración puede ser relativamente sencilla, lo que sucede cuando la reacción es de carácter negativo (demolición, tala), si bien otros objetivos de esta índole encuentran grandes dificultades (introducción de especies exóticas en un determinado medio que transmiten enfermedades graves a las autóctonas o sofocan su crecimiento o reproducción).

Se complejiza la situación cuando deben afrontarse desapariciones de especies animales, plantas, de sus correspondientes hábitats, lo que puede no tener solución cuando hablamos de especies en extinción o cierto tipo de hábitats que por lo frágil o exótico sus costos de recuperación serían inconmensurables.-

En el ordenamiento jurídico argentino, el Art. 41 de la Constitución Nacional establece: “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer...”. En tanto el Art. 28 de la Ley General del Ambiente impone la obligación al responsable del daño al “restablecimiento al estado anterior de su producción...”.- Es

⁷⁴ Manuel CASTAÑÓN DEL VALLE, op. cit., P. 44.

⁷⁵ Ramón M. MATEO, op. cit., P. 62,65.

pues, evidente el respaldo del marco normativo con respecto a esta obligación primigenia de hacer.

2.- PROCEDIMIENTO LEGAL: en este caso la norma legal establece el costo del resarcimiento, parece ser a priori el más sencillo, pero puede resultar el más arbitrario, si es tomado como una opción legítima impulsando a eliminar quizás ejemplares de una especie en peligro, a cambio de abonar la cantidad prevista para estos casos. Ello podría desdibujar el aspecto disuasorio del sistema. A pesar de ello, Mateo destaca que no está demás que se adopten legalmente determinados criterios para fijar la reparación por unidades de especies, metros cúbicos de agua contaminada, o metros cuadrados de suelos ecológicamente interesantes. La legislación española, particularmente la emanada de las Comunidades Autónomas, favorece este enfoque, y así, las especies piscícolas en Cataluña se valoran de acuerdo a una escala. Es decir, se tabulan valores por Kg. o unidad de este tipo de especies.

3.- PROCEDIMIENTO NEGOCIAL: ante la inviabilidad de conseguir valores objetivos para cifrar la reparación de los daños ambientales puede recurrirse a acuerdos entre contaminadores, afectados y la Administración, en representación de los intereses públicos. La experiencia más significativa de este sistema, lo constituyó el caso "Sandoz", cuando en 1985 se contaminó el río Rhin con 1200 toneladas de productos químicos altamente peligrosos. Las partes afectadas (regiones y departamentos, establecimientos públicos, asociaciones y particulares) crearon una asociación -Alsharin-, encargada de valorar los daños, y se pudo llegar a un acuerdo entre ésta asociación, el Estado y la empresa responsable.

Otro ejemplo no menos importante, en cuanto al mar se refiere, fue el grave incidente de vertido de petróleo en 1999 sobre las costas francesas como consecuencia del hundimiento del Erika, dicha marea negra provocó la desaparición de más de cien mil aves autóctonas,



entre otras especies. La reconocida empresa TOTAL asignó para el remedio de los daños un fondo total de 150 millones de dólares americanos.

Entendemos que este procedimiento negocial, podría aplicarse indistintamente tanto en un ámbito extrajudicial como judicial. La implementación de Audiencias Públicas puede ser una herramienta válida para encauzar la aplicación de este participativo sistema.

4.- PROCEDIMIENTO JUDICIAL: es el judicial propiamente dicho, cuando fracasan todos los demás procedimientos, y debe ser el Juez el que dirima el conflicto jurisdiccional a través de la sentencia. Debe ser la última posibilidad, ya que siempre será más saludable superar estos tipos de conflictos colectivos complejos por otras vías alternativas previas al litigio judicial.

Es menester aclarar que ante la complejidad de la materia el magistrado se verá obligado a recurrir a especialistas para colaborar con dichas tareas y poder arribar a una solución lo más ajustada a derecho posible.

CAPÍTULO III: EL JUEZ ANTE EL PROCESO AMBIENTAL

El Juez y las herramientas normativas esenciales

En la legislación Argentina será pertinente tener en cuenta las normas establecidas en los arts. 27 y 28 de la Ley 25.675, los que textualmente disponen: 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.

Además, el análisis no puede dejar de ponderar el Art. 41 de la Constitución Nacional, que dice: "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 concepto de "desarrollo humano", tal como lo recalca Daniel Sabsay, "aparecería para el constituyente como un *equivalente* al "desarrollo sustentable". Creemos que de ésta parte del texto constitucional es de donde surgiría con mayor vehemencia la concepción de un modelo de desarrollo en el que confluyen las variables ambiental, económica, social y cultural. Se trata de una temática

transversal que se deriva de la consideración conjunta de la cuestión ambiental y de su protección, y de todo lo atinente a la producción para el desarrollo de una comunidad”.⁷⁶

La aplicación de la normativa ambiental, debe realizarse sin desvirtuar la atenta contemplación del denominado “bloque de constitucionalidad”, el que, conforme nos enseña Lorenzetti, está constituido por la Constitución Nacional (Art. 31) en tanto norma fundamental del estado de derecho. Aquélla debe ser entendida como un sistema jurídico que está integrado por las reglas que componen su articulado y los tratados que en las condiciones de vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (Art. 75 Inc. 22).⁷⁷

Con este marco constitucional, y retomando la aplicación del Art. 28 de la Ley 25.675, la incógnita a despejar sería la siguiente: en caso de no ser factible la reparación “In Natura” ¿Cuáles son los parámetros para cuantificar la indemnización sustitutiva, el camino a recorrer por el juzgador para fijarla, su valuación monetaria justa, equitativa y real?

La tarea del Juez para determinar la indemnización sustitutiva

Para que lo normado por el Art. 41 de la Constitución Nacional sea de ejecución posible, el juez deberá obrar valorando la prueba colectada mediante el sistema de la sana crítica entendida como “lógica

⁷⁶ Daniel SABSAY, “Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable. Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina - Aplicación y Cumplimiento de la normativa ambiental - FARN - PNUMA”, Bs. As., 23 y 24/09/03, P. 33.

⁷⁷ Ricardo L. LORENZETTI, “Teoría de la Decisión Judicial - Fundamentos de Derecho”, 1º edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, P. 84.

de la persuasión”⁷⁸, es decir, partiendo de los principios de la lógica formal pero incorporando el aporte de las restantes ciencias. Resulta un modo idóneo para permitirle desentrañar la complejidad que trasunta la cuestión de la valoración del daño ambiental, ya que también el juzgador tiene la tarea de reflexionar con respecto a sus pronunciamientos, los cuales deben estar dotados de atemporalidad y ser aplicables erga omnes, aminorando lo máximo posible la reprochabilidad eventual, no sólo ante la sociedad actual sino también la respectiva vigencia para las generaciones futuras.

Acogiendo este criterio, y partiendo del principio de “Quien contamina paga” -consagrado en la Ley General de Ambiente y también en el derecho comparado como en el caso de la Directiva Europea 2004/35-, quedaría definir cuáles son los datos fácticos y/o científicos que aprovecharán al juzgador para fijar una indemnización justa.

En este sentido, es notoria la ausencia de estos parámetros en la legislación vigente -tanto en el ordenamiento nacional como internacional- ausencia que también es visible en las reglamentaciones administrativas (Néstor Cafferatta⁷⁹ tratando de revertir esta falencia, aboga proyectar -desde la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación- una norma Guía de Recomendación para valoración del daño ambiental colectivo).-

Acaso la muestra más elocuente de las vicisitudes que trae aparejada la determinación de la indemnización sustitutiva inserta en la ley 25.675, la constituye la no incorporación de la misma dentro del alcance como prestación obligatoria de la cobertura en las Pólizas de Seguro de Daño Ambiental, conforme se desprende del contenido de la Resolución Conjunta 98/2007 y 1973/2007 emanada de la Secretaría de Finanzas y la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la

⁷⁸Eduardo A. RUSSO, “Las reglas de la sana crítica como lógica de la persuasión”. ED 72, P. 829.

⁷⁹ Néstor CAFFERATTA, op. cit., P. 23.

Nación⁸⁰, que aprueba las pautas básicas para las condiciones contractuales de las Pólizas de Seguro por Daño Ambiental de Incidencia Colectiva.

Consecuentemente, en los considerandos de dicha Resolución se delimita el objeto de la cobertura obligatoria, expresándose: "...Que de acuerdo con el principio de progresividad establecido por la Ley 25.675 General del Ambiente y la naturaleza del seguro como garantía financiera, la prestación obligatoria se circunscribe en esta etapa, a la recomposición de los medios restaurables, agua y suelo..." afirmando más adelante "...Que la compensación sólo procede como mecanismo sustitutivo ante supuestos de excepción, en los casos que la recomposición no resulte técnica o físicamente posible, además su determinación requiere de una compleja cuantificación, por lo cual la compensación no se incluye como objeto de cobertura del seguro, sin perjuicio de las obligaciones legales vigentes...".

No obstante, y sin olvidar los diversos obstáculos que se pueden presentar, podríamos mencionar algunas pautas y parámetros (de interpretación amplia y no taxativa, pues de la labor doctrinaria y jurisprudencial podrá surgir el aporte de otros de igual o mayor certeza que los mencionados), que analizados a la luz de las reglas de la sana crítica, permitan al magistrado alcanzar una solución jurisdiccional justa y equitativa, y que pueda hacer también efectiva la tutela ambiental consagrada por la Constitución Nacional.

Vale recordar que "el poder judicial tiene que ser el propulsor de la tutela de la buena gestión ambiental, reconociendo en las demandas de indemnización el principio in dubio pro ambiente".⁸¹

Es claro que esta propulsión necesita de un rol más activo de la judicatura y no de mero espectador o director del proceso; debe participar siempre en pos del cumplimiento de los mandatos

⁸⁰ Publicación en el BO., 10/12/07.

⁸¹ José R. MORATO LEITE, citado por Jorge MOSSET ITURRASPE y otros, "Daño Ambiental" T I, Rubinzal-Culzoni, 1999, P. 136.

constitucionales que así lo requieran; también jerarquiza la importancia del medio ambiente con respecto a otros bienes jurídicos.

Reglas a seguir por el Juez

La actividad jurisdiccional, no puede ser abordada sino desde la óptica de un juez dinámico y comprometido, adoptando los siguientes lineamientos:

- **VISIÓN TRANSFORMADORA DEL DERECHO AMBIENTAL**

El trabajo de valorización del daño ambiental demanda como recaudo ineludible la previa conceptualización del marco teórico que valdrá de plataforma jurídica a los fines de la formulación de los parámetros y pautas que deberá tener en cuenta el juzgador al momento de monetarizar la indemnización sustitutiva que refiere el Art. 28 de la Ley 25.675.

Dicho punto de partida variará sustancialmente según sea el alcance e interpretación que efectuemos acerca del desarrollo teórico del derecho ambiental. Por lo que, si sólo consideramos al derecho ambiental como un conjunto de contribuciones destinadas a adornar cosméticamente a las disciplinas jurídicas existentes con el fin de "acomodar" sus estructuras y funcionamiento a las nuevas exigencias de las sociedades actuales amenazadas por la problemática ambiental, arribaremos sólo a una visión acotada de la controversial valoración del daño ambiental. Probablemente esto provocará el estancamiento en los modos y procedimientos de los institutos jurídicos preexistentes, imposibilitando a los operadores del derecho, a rehusar, cuestionar o transformar los mismos, y frenar la creación de nuevas respuestas jurídicas ante las demandas actuales que impone la sociedad moderna.

Necesariamente, urge esforzarnos por evitar recorrer automáticamente el mismo camino, seguir su secuencia de memoria,

que aunque conocida, no garantiza llegar a buen puerto teniendo en cuenta las nuevas exigencias de la problemática a dilucidar.

Al contrario, si concebimos en toda su dimensión lo enseñado por Eduardo Pigretti, en cuanto define al derecho ambiental como una verdadera revolución social, jurídica y política, aquél punto de partida deberá ser necesariamente distinto. Afirma el citado autor, que: "quienes estamos interesados en el ambiente no podemos negar que enfrentamos una auténtica revolución de carácter general, abarcativa y transversal e interdisciplinaria", para agregar más adelante que: "...la Constitución Nacional reformada en 1994 crea una institución nueva: el daño ambiental. Existe una nueva categoría jurídica de dimensión constitucional. El daño ambiental es distinto al daño civil y al daño penal..."⁸².

A la par y con fino criterio, Néstor Cafferatta se encarga de destacar que el derecho ambiental es "...un nuevo derecho, pero que porta caracteres de transmutante, 'invasor', 'abarcativo', que instalado como una problemática acuciante, de urgente 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 ineludible. 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..."⁸³.

En un mismo sentido, Ricardo Lorenzetti nos dice: "El surgimiento de los problemas relativos al ambiente ha producido un *redimensionamiento* de nuestro modo de examinar el Derecho, puesto que incide en la fase de planteamiento de los problemas jurídicos. La

⁸² Eduardo A. PIGRETTI, "El derecho ambiental como revolución social político jurídica", L.L., 28/09/04.

⁸³ Néstor CAFFERATTA, "Introducción al Derecho Ambiental", 1^o edición, Instituto Nacional de Ecología, México, 2004, P. 12/13.

cuestión ambiental no suscita una mutación solamente disciplinaria sino epistemológica. Desde el punto de vista jurídico es un problema descodificante porque impacta sobre el orden legal existente planteando uno distinto, sujeto a sus propias necesidades y es por ello, profundamente herético”⁸⁴.

Este movimiento transformador del derecho ambiental, también se destaca en el ámbito del derecho procesal cuando tiene por objeto procesos de carácter ambiental. Una prueba concluyente de esta nueva visión la constituye el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ YPF SA y otros s/ Daño ambiental”⁸⁵ donde se resuelve hacer lugar a la excepción de defecto legal deducida por las demandadas, y se le otorgan 40 días a la parte actora para que subsane el mismo. Fuera del aspecto fáctico ventilado en la causa y la contingencia procesal resuelta, lo realmente trascendente de la sentencia es que se observa en la misma -tanto por la mayoría como la minoría disidente- un expreso reconocimiento a la alteración que provoca la problemática ambiental en la visualización de las instituciones procesales clásicas.

A pesar que la posición mayoritaria (sostenida por los Dres. Petracchi, Highton, Fayt, Lorenzetti y Argibay), decide hacer lugar a la excepción de defecto legal, por entender que tal defecto había privado a los demandados el normal ejercicio del derecho de defensa; no obstante, se afirma que: “...no puede desconocerse 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, y que un examen

⁸⁴ Ricardo L. LORENZETTI, op. cit., P. 425.

⁸⁵ CSJN, 29/08/2006, “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ YPF SA. y otros”, publicado en LL 10/11/2006, 5, con nota de Jorge W. PEYRANO- LL 2006-F, 419, Fallos: 329:3493.

cerradamente literal de las normas rituales previstas para el clásico proceso adversarial de índole intersubjetivo sería frustratorio de los intereses superiores en juego...”.

La posición minoritaria (sostenida por los Dres. Maqueda y Zaffaroni), que rechaza la excepción de defecto legal, pone especial énfasis en la nueva visión procesal que exige el derecho ambiental, sosteniendo que “...en causas como la presente, la ponderación de los presupuestos que hacen al nexo causal y eventualmente, a la responsabilidad de las demandadas debe llevarse a cabo a la luz de las particularidades de los bienes jurídicamente protegidos, de la naturaleza que los caracteriza y de los fines que se persiguen con su protección de jerarquía constitucional. En tal sentido, se desnaturalizan tales variables si se pretende revisar el conflicto aplicando categorías jurídicas que explican relaciones de derecho de sustancia distinta... Las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación deben ser interpretadas de manera de no enfrentarlas al diseño procesal específico que la ley 25.675 ha reglado para la demanda de daño ambiental. La aplicación mecánica del código del rito para imputar defecto legal a una demanda, cuya pretensión responde a presupuestos sustancialmente diversos de aquellos que se tuvieron en mira al dictar la normativa procedimental, peca de un excesivo rigorismo formal que se opone en forma manifiesta al Art. 41 de la Constitución Nacional...”.

Esta innovadora posición jurisprudencial nos servirá de basamento e impregnará con su impronta el arduo trabajo que es óbice si se pretende desarrollar con criterio la temática de la valorización del daño ambiental colectivo.

Por último, no puede dejar de advertirse que la problemática ambiental se encuentra situada en el ámbito de lo que Lorenzetti denomina “esfera social” que es la que “contempla aquéllos actos que realiza el individuo situado en la acción colectiva. La protección de lo individual es menor, porque se actúa en el ámbito de lo colectivo y

tienen prioridad los bienes públicos. En este plano ubicamos al derecho al medio ambiente sano. Aquí, el intérprete debe guiarse por la preservación del bien colectivo. De tal manera, los derechos fundamentales individuales, en esta área, deben ser interpretados de modo tal que, coordinadamente, no conspiran contra el deterioro de tales bienes”⁸⁶.

▪ ANÁLISIS INTEGRAL DE LA PRUEBA

La mayoría de las causas ambientales muestran una particular dificultad en materia probatoria. Este conflicto torna aconsejable la adopción de pautas y criterios de acción propios para esta clase de procesos.

En primer lugar, y partiendo siempre de la aplicación del sistema de apreciación de la prueba de la “Sana Crítica”, se aboga por la adopción de un criterio que se sustente en la apreciación *integradora y omnicomprensiva* de la prueba producida. Al respecto nos advierte Néstor Cafferatta⁸⁷ que: “ni el juez ni las partes han de proceder a un desmenuzamiento atomístico de las pruebas que hagan perder su unidad sistemática...”.

Otro de los aspectos a considerar, como consecuencia de la complejidad probatoria que presentan generalmente las causas ambientales, es la necesidad de adoptar criterios superadores referidos a la carga de la prueba individualizada -propio del proceso clásico-, orientando el accionar del juzgador hacia posiciones más distributivas de la carga de la prueba, lo que se denomina teoría de la carga dinámica de la prueba. En este nuevo escenario probatorio, “...el juez no puede eximirse de cumplir con su facultad-deber de compeler a una parte o a un tercero a aportar, aún contra su voluntad, las pruebas que aparecen como

⁸⁶ Ricardo L. LORENZETTI, op. cit., P. 437.

⁸⁷Néstor CAFFERATTA, “Daño Ambiental – Jurisprudencia”, LL, 2003 D, P.1339.

decisivas para la solución de la controversia...”⁸⁸. Ello así pues, debe probar quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

Asimismo, el juez puede incorporar las pruebas que surjan de su propia experiencia y/o su propia visión de la realidad económica y social en el que se desenvuelve el conflicto ambiental.

▪ APORTES CIENTÍFICOS

Otro tema de significativa importancia es la necesidad del aporte de las ciencias relacionadas con la temática ambiental tales como la biología, antropología, medicina, geología, psicología social, economía, etc. La complejidad técnico científica que presentan los litigios ambientales, hacen indispensable el aporte pericial, a los fines de la fundamentación del acto resolutorio.

La cooperación de la Sociología resulta de gran aporte para desentrañar el real alcance del conflicto colectivo, como lo es sin duda un caso de contaminación ambiental que afecte a toda una ciudad o región.

A tal fin debe tenerse en cuenta, que conforme lo dispone el artículo 33 de la ley 25.675, los dictámenes de los organismos técnicos del Estado tendrán carácter de informe pericial, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación.

Particularmente, los economistas son los que han desarrollado los criterios de valorización económica de los bienes ambientales.

Desde esta perspectiva, Ruiz Piracés⁸⁹, - en complemento a la obra de Azqueta Oyarzún desarrollada ut supra- distingue diversos sistemas de valoración de daños ambientales:

1.- Sistema con orientación a la fuente del daño: es uno de los sistemas más simples para evaluar los daños ambientales, especialmente en los casos de inducción de sustancias tóxicas o de petróleo. Esto se traduce, por ejemplo en fijar una tasa monetaria por cada litro de petróleo vertido. Fue el sistema utilizado en el caso Exxon-

⁸⁸ Augusto M. MORELLO, “La prueba. Tendencias Modernas”, Ed. Platense, La Plata, 1991, P. 2.

⁸⁹ Roberto RUIZ PIRACES, “Monetarización de daños ambientales: una visión desde el derecho ambiental”, publicado en “Ambiente y Desarrollo”, junio 2001, P. 17.

Valdez, a raíz de un derrame de aceite sobre el mar cercano al Puerto de Valdez, Alaska. En el caso, uno de los criterios aplicados fue darle una valoración económica a cada uno de los 40 millones de litros de aceite vertidos a las aguas. Sin embargo, las sustancias tóxicas desencadenaron una serie de impactos negativos a los ecosistemas que no fueron reconocidos por este sistema y quedaron fuera de la aestimatio.

2.- Sistema con orientación al lugar del daño: este sistema no aprecia factores como la culpabilidad, las características de la sustancia vertida o bien de la propia valoración humana, sino que considera básicamente los efectos que el daño ha causado al medio ambiente comprometido. Se advierte aquí una preeminencia de criterios ecológicos (postura ecocéntrica) pues pregona que la monetarización debe apuntar a valorar las medidas de reparación del bien ambiental dañado. Permite una valoración más genuina, más exacta de los daños, y por lo tanto más equitativa en términos ambientales. Sin embargo, exige el uso de metodologías más rigurosas científicamente y también requiere un conocimiento previo del ecosistema dañado.-

3.- Observación del Usuario del Recurso Natural: Esta metodología, atiende al menoscabo que le genera al usuario el daño causado al bien natural en cuestión. El precio de los bienes ambientales aparece íntimamente relacionado a su demanda humana, donde los factores involucrados son múltiples.

▪ PRESUNCIONES

Tampoco puede dejarse de lado la especial importancia que adquieren las Presunciones, las que deberán ser valoradas a partir de los datos de la experiencia y atendiendo a las particulares circunstancias que componen el cuadro fáctico del proceso ambiental. Si bien la misma puede observarse de modo más claro en las acciones cautelares, en la aplicación de los principios de prevención y precautorio, ello no obsta a

que también adquiera importancia al momento de resolver la cuantificación de la indemnización.

Este intrincado panorama, le exige al juez utilizar todo el instrumental de análisis que se respalda en el moderno pensamiento procesal: el deber de colaboración, las cargas dinámicas, el valor de la prueba liviana, el rol decisivo que en esta clase de asuntos de alta complejidad o científicidad le cabe al juez, y el aflojamiento de ciertos rigores de apreciación de la prueba. Todo ello con la debida prudencia y sin acordarle fuerza de utilización maquinal, sino adaptada a las particularidades de cada caso.⁹⁰

La contingencia probatoria que presenta el proceso ambiental, suele trasladarnos al terreno de la incertidumbre. Pero esa incertidumbre en la órbita fáctica o científica, no puede conducirnos a la incertidumbre jurídica.

En razón de tal complejidad, sería maduro ponderar que ante la imposibilidad de llegar a grados de certeza absoluta, el juez pueda fundar su decisión en criterios de probabilidad, cuya adopción resultaría aconsejable.

Acorde a éste pensamiento, y en los supuestos donde el método deductivo de razonamiento fuere de difícil aplicación-por carecer o aparecer insuficientemente acreditadas las premisas fácticas-, será pertinente tener en cuenta aquéllos criterios de probabilidad.

Se distinguen dos grandes corrientes elaboradas por la doctrina con respecto a este tema, derivadas por un lado de la Probabilidad "Cuantitativa o Pascaliana" y por el otro, de la Probabilidad "Lógica o Baconiana".

Siguiendo la idea general de probabilidad como relación lógica, Michele Tarufo refiere, que en la actualidad se habla en mayor medida de "evidence and inference" para designar específicamente cualquier tipo de problema consistente en delimitar la aceptabilidad de hipótesis sobre

⁹⁰ Néstor CAFFERATTA, "La prueba del daño ambiental", JA, 2005-IV, P. 1412.

la base de los respectivos elementos de confirmación. Este criterio puede esquematizarse del siguiente modo: se plantean una o más hipótesis sobre los hechos de una causa, correspondiendo al juez establecer, sobre la base de los elementos de prueba disponibles, si alguna de éstas hipótesis, y en su caso cual, puede considerarse aceptable, y por lo tanto constituir el fundamento de la decisión.⁹¹

Este método de probabilidad sustentado en la aceptabilidad de hipótesis a través del razonamiento inductivo, pareciera ser un camino lógico adecuado para el discernimiento de causas de complejidad probatoria como generalmente lo son las ambientales. Ello, sin perjuicio de reconocer la tendencia seguida en otras partes del mundo (como Estados Unidos) a la utilización de métodos basados en la probabilidad cuantitativa, más vinculados a su historia y práctica judicial.⁹²

▪ LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL

La observancia de este principio, implica la inexcusable consideración del derecho de las generaciones futuras a gozar de un ambiente sano. Es decir, nada más ni nada menos que garantizar a dichas generaciones, el básico y elemental derecho a la vida.

Para lo cual se exige un mayúsculo esfuerzo en el juzgador, pues deberá obrar de tal modo que su sentencia resulte "atemporalmente convincente", y logre soportar los embates de reprochabilidad que puedan realizarle tanto los contemporáneos como las generaciones venideras. Tal tarea resulta un verdadero desafío, atendiendo al apego a la temporalidad que tiñe desde siempre la labor no sólo del juzgador, sino de todos los operadores del derecho.

Es conducta común a todo jurista, que al analizar los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de determinada institución jurídica, se

⁹¹ Michele TARUFFO, "La Prueba de los Hechos", Ed. Trotta, Madrid, 2ª Ed., 2005, P. 237/239.

⁹² Enrique O. PERETTI, "La prueba en el proceso colectivo ambiental", Ponencia, Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental, Tucumán, Junio 2009.

adjetivice a tales antecedentes como “superados por los tiempos”, “desactualizados” o simplemente “perimidos”, a la luz del avasallante avance de la ciencia jurídica. Incluso, en muchas de esas ocasiones, tales precedentes, solo datan de dos o tres décadas pasadas.

Quiere decir entonces, que el juez tendrá el magno desafío de resolver un conflicto ambiental, ya que su razonamiento y su parecer plasmado en el fallo, deberá mantener indemne la razonabilidad, juridicidad y fuerza convincente del mismo hacia el futuro, de modo tal que pueda salir airoso de los embates que puedan hacerle en el futuro las generaciones venideras, cuando quizá sea demasiado tarde para pretender reparar en el futuro lo que no se pudo o no se supo evitar, o reparar hoy.⁹³

Siguiendo el claro lineamiento del Art. 41 de la Constitución Nacional, la Ley 25.675 consagra el 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 futuras”.

Al obligar a tener en cuenta las generaciones futuras se establece, al decir de Lorenzetti, un “estándar estratégico, una obligación de medir los tiempos más lejanos, una previsibilidad mediata que modifica sustancialmente la valoración de las conductas. No se puede comprometer el interés de las generaciones futuras, lo que lleva a una acción colectiva intergeneracional”.⁹⁴

▪ LA FUNCIÓN PUNITIVA DE LA CONDENA Y SU COMPLEMENTARIEDAD
El dilema en cuestión, tiene como precedentes la controvertida discusión que en nuestra doctrina nacional se generó (previo a la reforma constitucional y por ende a la Ley 25.675) en torno a la eventual aplicación en el derecho civil argentino de los denominados

⁹³ Enrique O. PERETTI, “La sentencia ambiental. Su eficacia”. En revista de Derecho Público, 2009/2, Derecho Ambiental, Rubinzal-Culzoni, 2009, P. 339 y ss.

⁹⁴ Ricardo L. LORENZETTI, “La Nueva Ley Ambiental Argentina”, LL T. 2003 P. 1332.

“daños punitivos”, institución de reconocida trascendencia en el sistema del common law norteamericano.

Bustamante Alsina, desde una postura claramente crítica, sostuvo que “no son de aplicación en nuestro sistema de responsabilidad civil ni puede propiciarse de *lege ferenda* ninguno de los principios que en otras legislaciones foráneas pueden dar sustento a penas civiles o sanciones represivas, retributivas o ejemplares en el ámbito del derecho privado”⁹⁵.

Sin perder de vista la riqueza doctrinaria que el debate sobre este tema ha provocado en los últimos años, se entiende que el protagonismo y vigencia de la disputa se desvanece ante la avasallante transformación del escenario jurídico que nos impone el Derecho Ambiental.

Adquiere fuerza esta posición cuando recordamos que el objeto de este trabajo se sitúa en la reparación del daño ambiental colectivo o daño ambiental en sí mismo, el que -reiteramos- se inserta dentro de la esfera social.

Por tanto, descartando el daño individual, uno de los principales embates de los detractores, referido a la necesidad de evitar que la indemnización se convierta en un enriquecimiento del dañado, sucumbe sin más, debido a que en los supuestos de daño al ambiente en sí mismo, el interés predominante es siempre el colectivo.

Tomando como punto de partida que en casos de daño ambiental colectivo la materia de protección no está constituida por los intereses individuales sino los de incidencia colectiva, ello nos lleva necesariamente al análisis acerca de la posibilidad de la procedencia de complementar la función resarcitoria con la función punitiva, contemplando también una finalidad, sancionatoria, ejemplificadora, disuasiva y correctora que la materia ambiental parece exigir. En este sentido, Suzanne Carval, nos advierte que “el derecho ambiental se

⁹⁵ Jorge BUSTAMANTE ALSINA “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, LL 1994-B, P. 860.

muestra más sensible que otros a la utilización del recurso de la función punitiva de la responsabilidad civil”, arribando a la conclusión que la idea de la pena privada está presente en la responsabilidad civil por daño ambiental y que con ciertos esfuerzos puede convertirse en un instrumento de disuasión satisfactorio.⁹⁶

Con respecto a la objeción que plantea la incompatibilidad del sistema de los denominados daños punitivos con la responsabilidad objetiva, Ramón Pizarro ya se había encargado de advertir que en su opinión “no existe tal incompatibilidad.... el hecho de que un supuesto de responsabilidad se asiente sobre parámetros normativos objetivos, no quiere decir que en el caso concreto no pueda haber mediado alguna culpabilidad en la conducta del responsable. La realidad demuestra que en tales casos es dable formular aunque más no sea un mínimo reproche al dañador... nada obsta a que un mismo hecho pueda generar la aplicación de una responsabilidad objetiva y además, si se invocan y prueban los extremos pertinentes, de una punición que en principio tiene una fuerte base subjetiva (dolo o culpa grave)”⁹⁷

La dificultad advertida a lo largo de los párrafos precedentes en cuanto a la tarea de valoración y cuantificación de los perjuicios provocados por la actividad contaminante -falencia admitida en forma unánime por la doctrina-, puede arrastrarnos a una precariedad y fragilidad reparadora que conspire contra la misma finalidad tutelar de la normativa ambiental. De allí entonces que, la visualización de la función punitiva, pueda coadyuvar a garantizar esa innegable naturaleza tuitiva del derecho ambiental, dotando de efectividad al principio “contaminador-pagador”, y sustentándose en una finalidad eminentemente de prevención y disuasión, destinada a evitar la

⁹⁶ Suzanne CARVAL, “La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée”, LGDJ, París, 1995, citado por Besalú Parkinson, Aurora V.S. “Responsabilidad por daño ambiental”, Ed. Hammurabi.- José Luis Depalma editor, 1º ed., Buenos Aires, 2005, P. 313/314.

⁹⁷ Ramón Daniel PIZARRO, “Daño Moral - Prevención - Reparación -Punición”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1996, P. 468.

reiteración de las conductas contaminantes reprochadas en la oportunidad de juzgar.

No puede dejar de advertirse que la doctrina nacional civilista ha sido coincidente en resaltar que estas penas privadas podrán aplicarse "siempre que exista un adecuado soporte normativo"⁹⁸, pues ante la ausencia de regulación "su admisión por vía jurisdiccional pone en riesgo garantías y derechos constitucionales".

Empero, al encontrarnos en la esfera social, los derechos fundamentales individuales no pueden conspirar contra los bienes colectivos⁹⁹, apareciendo de este modo una real y efectiva dimensión de tutela de los derechos colectivos.

Al respecto surgen diversos cuestionamientos: como el caso de omitir ponderar la función punitiva al momento de fijar el monto indemnizatorio por daño moral colectivo no configuraría en realidad una confrontación contra la disposición del Art. 41 de la Constitución Nacional; si el carácter tuitivo del derecho ambiental no emana directamente de la propia carta magna; por otro lado, si merece igual tutela el derecho a la propiedad, o el de defensa en juicio del contaminador con respecto al derecho de todos los habitantes y de las generaciones posteriores a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.

Evidentemente, estos interrogantes deberán encontrar adecuada respuesta en la conciencia del juzgador al momento de resolver. En tal sentido, es oportuno resaltar, como lo destaca Besalú Parkinson, que si bien la doctrina judicial coincide en que las condenaciones punitivas no devienen aplicables de lege lata "en la actualidad la idea de la pena privada se filtra en las condenas por indemnización de ciertos daños patrimoniales, como también, y sobre todo, en los extrapatrimoniales"¹⁰⁰

⁹⁸ Ramón Daniel PIZARRO, op. cit., P. 115.

⁹⁹ Ricardo L. LORENZETTI, op. cit., "Teoría de La Decisión Judicial...", P. 437.

¹⁰⁰ Aurora V.S. BESALU PARKINSON, op. cit. "Responsabilidad por...", P. 318.

Es claro que, el magistrado tendrá la responsabilidad de ser prudente en la aplicación de la Justicia en un eventual caso, pudiendo o no meritar esta función punitiva, con ropaje propio o impropio, al momento de valorar el daño ambiental colectivo, pero siempre que la misma guarde proporcionalidad y razonabilidad con la magnitud y gravedad del daño ocasionado, ni se aparte del soporte constitucional brindado por el artículo 41.

▪ QUANTUM INDEMNIZATORIO, SU DESTINO

Es de vital importancia, a los fines de la cuantificación de la indemnización por daño ambiental colectivo, el destino que por mandato legal tendrá el monto que fije el juez interviniente en la causa. El Art. 28 de la Ley General de Ambiente dispone que "...la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente...", en tanto el Art. 34 dispone que dicho fondo "...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 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...".

Con respecto a la redacción de esta norma se ha generado un debate doctrinario; en este sentido Pastorino advierte que "...no surge del texto de la ley ningún destino previsto para dichas sumas ni que éstas deban utilizarse para resolver el caso tratado, es decir, el ambiente concretamente deteriorado. Tampoco hay indicación de plazos, es decir, el dinero puede ser depositado en el fondo y quedará a la espera del buen arbitrio de una autoridad administrativa que

establecerá su destino. Por otro lado, se pierde toda correlación entre la indemnización fijada por el juez y los gastos que demande la recomposición del sitio, incluso hasta el momento, no se prevén otros aportes que los de las causas, por lo que se puede presuponer que los pocos ingresos que provienen de éstas, correspondientes a cada jurisdicción, no alcanzarán para todos los objetivos que se plantea en el Art. 34 y existirá la tentación de usarlos para gastos burocráticos. Por último se puede dar el caso que el propio estado local y hasta la misma autoridad de aplicación sea la demandada, y quede librado a su arbitrio el depósito de la suma...¹⁰¹.-

A pesar de lo razonable de estos embates, no debe perderse de vista que para operar la indemnización sustitutiva la reparación in natura del lugar dañado debe ser técnicamente imposible, con lo cual de un modo u otro ya se presume dicho impedimento. En cuanto a los destinos y al manejo de los fondos, atendiendo a la crítica respectiva, sería aconsejable que al reglamentarse el funcionamiento de los mismos en las distintas jurisdicciones, las entidades ambientalistas y vecinalistas posean participación, a los fines de emitir sugerencias constructivas y efectuar un control social, mecanismo que podría evitar o atemperar los riesgos del mal uso advertido.

No obstante, lo realmente primordial, y que debe ser tenido en cuenta por el juez en esta materia, es la finalidad pública del fondo.

La finalidad expuesta sobrepasa conceptualmente aquello sostenido por Mateo¹⁰² para quien la reparación pecuniaria solo tiene un interés disuasorio. Por el contrario, y sin perjuicio de aquél efecto buscado, no menos trascendente resulta la ponderación del destino que la Ley General de Ambiente le otorga al monto indemnizatorio que el juez determine.

¹⁰¹ Leonardo Fabio PASTORINO, "El daño al ambiente", 1º ed., Lexis Nexis Argentina, Bs. As., 2005, P. 261.

¹⁰² Ramón M. MATEO, op. cit., P. 63.

Esta posibilidad que otorga la LGA de direccionar esos fondos, no a manos privadas, sino a un fondo público cuyo fin no es otro que financiar actividades de preservación y restauración ambiental, tiene que ser también visualizada por el juzgador al momento de sentenciar.

Parámetros

Después de contempladas las pautas que guían al magistrado para realizar la cuantificación de la indemnización sustitutiva corresponde hacer referencia a los parámetros que también deben ser tenidos en cuenta para realizar dicha tarea de manera eficiente, entre los que podemos citar:

1.- La magnitud del daño ambiental

Desde ya que el primer elemento a considerar por el juzgador será la magnitud del daño ambiental: su irreparabilidad, la afectación de recursos naturales, la implicancia directa e indirecta en la salud de la población afectada, la afectación de la biodiversidad, y el ecosistema, el tiempo de renovabilidad, etc.

En ese sentido, Lorenzetti¹⁰³, siguiendo a Antonio Benjamin, distingue el "macro bien" constituido por el medio ambiente global y los "micro-bienes" que son sus partes, la atmósfera, las aguas, la fauna, la flora. Los micro-bienes pueden ser apropiados parcialmente y ser objeto de propiedad privada. En estos casos, la polución importa también la afectación de un derecho subjetivo.

El medio ambiente, calificado como bien público de uso común, presenta estas características:

¹⁰³ Ricardo L. LORENZETTI, "Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente" en La Ley, T. 1998 A, P. 1026.

a) la indivisibilidad de los beneficios: puesto que el bien no es divisible entre quienes lo utilizan. Ello trae como consecuencia la prohibición de la apropiación privada individual y el carácter difuso de la titularidad.

b) la no exclusión de beneficiarios: puesto que todos tienen derecho al medio ambiente, aún las generaciones futuras. Es de todos y no es de nadie.¹⁰⁴.-

Parafraseando a Carlos de Miguel¹⁰⁵: "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 calidad o cantidad de ese flujo de bienes y servicios, y por ende su valor".-

2.- Período de la actividad contaminante

La fijación -al menos en forma aproximada- de la extensión temporal en el que se desarrolló la actividad contaminante, sumará un elemento más de valoración a los fines de la ponderación de la conducta del agente responsable.

Es menester observar durante cuánto tiempo se llevaron a cabo las actividades contaminantes, si acaso fue un suceso aislado o un proceso continuado en el tiempo. La circunstancia de que el accionar contaminante sufra una notoria elongación temporal, genera implícitamente una mayor externalización de costes de producción, y aparte constituye un eventual indicador de la desaprensiva conducta del responsable.

3.- Las características del responsable

¹⁰⁴Ricardo L. LORENZETTI, op. cit. "Reglas de solución...", P. 1037.

¹⁰⁵ Carlos J. DE MIGUEL, "Valoración económica de la degradación ambiental" - Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina, 22 y 23/09/03 - FARN - PNUMA. P. 28.

Deben también ser analizadas las características del agente contaminador responsable: si es persona física, jurídica, su condición económica, sus vínculos laborales con la sociedad, su importancia estratégica para la economía local, regional o nacional.

Se encuentra una muy compleja interrelación de intereses, particularmente asociados a la problemática social. Esta confrontación de intereses se da en el marco de lo que Lorenzetti denomina "Conflicto policéntrico" entre: A.- derecho de propiedad, B.- derecho a un ambiente sano, C.- derecho del trabajo, desarrollo social, etc. El conflicto entre A y B se resuelve a través de la primacía de la esfera social, y en el caso de C, la presencia de terceros en el conflicto produce un conflicto triangular o policéntrico que habilita la intervención estatal. Esta intervención no se hace para modificar la regla de solución del conflicto entre A y B sino para mitigar los efectos sobre C, que es un tercero. Por esta razón en estos casos se justifica la intervención estatal a fin de otorgar subsidios que ayuden a la transformación de la tecnología, o bien al traslado de la empresa. Estos costos pueden difundirse entre el resto de la sociedad a través de cargas impositivas porque no se trata de soportar los costes generados por la actividad ilícita de la empresa respecto del bien ambiental, sino de disminuir los perjuicios que soportan terceros ajenos al conflicto, como lo son, por ejemplo, los obreros.¹⁰⁶

4.- Los réditos de la actividad contaminante

Otro de los aspectos a considerar es el de la rentabilidad de la actividad contaminante, analizada desde una perspectiva social.

Kemelmajer de Carlucci, cuando analizaba la inconveniencia del sistema de daños punitivos, propiciaba como alternativa, "...la incorporación al sistema mediante leyes específicas, supuestos en los

¹⁰⁶ Ricardo L. LORENZETTI, op. cit. "Reglas de solución...", P. 1032.

que se tenga en cuenta a los fines resarcitorios, no solo el daño efectivamente sufrido sino también la ventaja económica obtenida por el dañador...¹⁰⁷.

En la legislación italiana el Art. 18 párrafo 6to. de la Ley 349/86 estableció: "... que cuando no sea posible una cuantificación precisa del daño, el juez determina el monto en forma equitativa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa individual, el costo necesario para la restauración y el beneficio conseguido por el transgresor como consecuencia de su comportamiento lesivo..."¹⁰⁸

Es importante resaltar que las particulares características del Derecho Ambiental y los intereses colectivos que tutela, provocan una consideración más amplia del daño ambiental, que incluya en su análisis cuestiones fácticas (como las ganancias empresariales obtenidas en desmedro del medio ambiente) que a priori podrían ser consideradas ajenas al conflicto, desde una postura clásica.

Los conflictos ambientales que se suceden en la actualidad plantean un nuevo paradigma que obliga a los custodios del derecho a la búsqueda de soluciones no tan ceñidas, más dinámicas y dispuestas a arribar a una solución justa, que no se aísle de la tutela ambiental consagrada constitucionalmente, y primordialmente, sea efectiva.

De lo contrario, la llamada transversalidad del Derecho Ambiental sería meramente declarativa ya que nos quedaríamos sin superar las vallas de la teoría clásica de cada disciplina jurídica. La transversalidad debe ser operativa y superadora. A tales fines, también será oportuno reiterar que: "el conflicto entre el bien ambiental y la propiedad se sitúa en la esfera social, donde tiene primacía el bien social sobre el bien individual. De allí que cuando el ejercicio del derecho de propiedad lleva a la lesión de bienes ambientales, deba protegerse a este último y limitarse al primero. De igual modo cuando

¹⁰⁷ A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, "¿Conviene la aplicación de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?", N° 9, P. 39, citado por Ramón D. PIZARRO, op. cit. "Daño Moral...", P. 480.

¹⁰⁸ Leonardo Fabio PASTORINO, op. cit., P. 304.

se lesiona a la propiedad, como consecuencia de la protección ambiental, deba admitirse el "sacrificio" por la primacía de la esfera social"¹⁰⁹.

5.- Externalización de los costos de producción de la actividad

Ingresamos aquí al complejo tema de las externalidades negativas y su posible vinculación con el daño ambiental generado como consecuencia de dicha actividad. Si bien "externalidad" y "daño" responden a naturalezas jurídicas diferentes, la controversia acerca de su observancia por el juez al momento de valorar el daño ambiental, parece de gran utilidad.

Néstor Cafferatta¹¹⁰, describe a la Externalidad como "la transferencia a otras personas o a la sociedad de los costos que no se han realizado para evitar perjuicios ambientales...ha ahorrado y transferido o externalizado los costos hacia el entorno...".

Del mismo modo, Hugo Acciarri y Andrea Castellano¹¹¹ nos dicen que se trata de "la no asunción de un costo que se debió asumir para prevenir un efecto indeseado por el Derecho, con independencia de que ese efecto se produzca o no...el agente en cuestión hace externo lo que debió ser interno...". Sin embargo, se encargan de señalar que "...aún cuando se produjera un daño en sentido tradicional, los costos a internalizar pueden ser muy superiores o muy inferiores al costo de reposición de los bienes dañados, a su estado precedente si ello fuera posible, u otros rubros de condena, difiriendo también en este supuesto, el campo del concepto daño y el de externalidades, o costos externalizados... dada su muy diferente naturaleza".

¹⁰⁹ Ricardo L. LORENZETTI, op. cit. "Reglas...", P. 1029.

¹¹⁰ Néstor CAFFERATTA, "Externalidades y daño ambiental en sí mismo", JA, 1998-III, P. 277.

¹¹¹ Hugo Alejandro ACCIARRI y Andrea CASTELLANO, "Recursos Naturales, ambiente y externalidades", publicado en JA., 1996 IV, P. 866.

Dichos autores también destacan que “en un sistema de responsabilidad objetiva, el agente a quien se atribuya la causación del daño responderá con independencia de haber asumido o no los costos que hipotéticamente externalizó, y por el contrario, en otro de responsabilidad por culpa, pueden haberse asumido todos los costos que requiera la prevención, y bien, por ineficiencia de la inversión, o bien por un hecho circunstancial del agente, podría éste incurrir igualmente en culpa y de modo más evidente en dolo.”

Advirtiendo la fineza de tal formulación, no menos importante parece resultar que en aquellos supuestos, como el que nos ocupa, donde el obrar del agente contaminador debe ser objeto de análisis a los fines de la sentencia que fije la indemnización en relación al daño ambiental que se le atribuye (desde un punto de vista más cualitativo), la acreditación de que el responsable contaminante ha externalizado costos, constituye un parámetro de estudio valioso a la hora de la ponderación correspondiente.

Empero, ello no amerita admitir una relación contable-matemática, entre el costo externalizado y el daño ocasionado, puesto que podría conducirnos a distorsiones e inequidades, que la prudente decisión judicial debe procurar evitar.

Ahora bien, en la medida que las externalidades se corrijan sólo desde la perspectiva de la generación presente sin considerar adecuadamente el bienestar de las generaciones futuras, la corrección no va a ser suficiente para asegurar un desarrollo sustentable¹¹². Lo que significa que deben ser tenidas en cuenta todas las consecuencias que sobreviven a posteriori originadas por ésta transferencia negativa.

6.- Conformación de la comunidad afectada: aspecto social, cultural, histórico y geográfico

¹¹² Ana B. MANES SUAREZ, op. cit. “Reflexiones...”. P. 11.

Estas características que pueden ser ordenadas a partir del aporte técnico científico proveniente de la Sociología, la Geología, la Geografía, la Psicología Social, etc. permiten obtener bases de análisis que facilitan el acceso al conocimiento profundo de la población damnificada por la acción contaminante.

La pluralidad de información que brindan estas ciencias auxiliares complementará la tarea del juez con herramientas útiles al momento de valorar la magnitud del impacto negativo que generó el daño ambiental en una determinada colectividad.

7.- El paisaje afectado

El paisaje afectado se incluye también como una pauta para la labor judicial. Tal apreciación no sólo responde a la singularidad del paisaje en cuestión, o por la belleza estética que posea. La perspectiva propuesta, siguiendo el criterio de Michel Prieur¹¹³, mucho más amplia y abarcadora, sustentándose en una observación que no solamente tenga en cuenta la belleza del mismo, sino su vínculo con la sociedad afectada, su cotidianidad, su grado de incorporación y complementación a la vida de una sociedad en un tiempo y un lugar determinado, conceptualmente superadora de los criterios meramente estéticos.

8.- Vinculación socio-económica y afectiva de la sociedad con el bien ambiental afectado

Esta particular relación apunta a considerar la influencia estratégica que el recurso natural afectado tiene sobre la comunidad damnificada. Así por ejemplo, el vínculo socio económico que puede tener un río con las comunidades ribereñas, afectando actividades directamente vinculadas al uso directo o indirecto del mismo, tales

¹¹³ Michel PRIEUR, "Convención Europea del paisaje", Disertación, Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental, El Calafate, Santa Cruz, 22 y 23/04/04.

como la extracción de agua potable para consumo de la población o para las actividades industriales, la pesca, la explotación turística, el esparcimiento, etc.

En lo que concierne a la vinculación afectiva ingresamos al tema del daño moral colectivo incluido en el Art. 27 de la Ley 25.675 cuando refiere a "bienes o valores colectivos". En este supuesto, Lorenzetti explica "que el sujeto afectado no es una persona física, ni de existencia ideal, sino un grupo o categoría que colectivamente, y que por una misma causa originaria y global, se ve atacada en sus derechos o intereses de carácter vital, verbigracia la paz, la tranquilidad anímica, la libertad espiritual de conjuntos humanos íntegros, que sin duda son tutelados de modo preferente por la constitución y la ley,...se trata 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 en 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 inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien de naturaleza extrapatrimonial y colectiva".¹¹⁴

Esta categoría de daño moral colectivo ha generado críticas por algún sector de la doctrina, así fue oportunamente objeto de análisis por parte de Jorge Mosset Iturraspe¹¹⁵ quien en concordancia nos dice, que las mismas son en buena medida reiteración de las volcadas en contra de los daños morales en general -inconmensurabilidad dineraria, dificultad para su prueba, multiplicación de los damnificados, etc.-, a las que se agregan otras, más específicas, nacidas de la índole colectiva:

- a) Se sostiene que la lesión a intereses colectivos no patrimoniales no se compadece con la naturaleza individual del daño,

¹¹⁴Ricardo L. LORENZETTI, "La Nueva Ley Ambiental Argentina", LA Ley, 2003-C, P.1332/1338.

¹¹⁵ Jorge MOSSET ITURRASPE y otros, op cit. "Daño ambiental", P. 145.

refutándose que los daños morales colectivos son personales aunque colectivos, que el hecho de ser padecido por muchas personas no quita que cada una de ellas lo sienta.

- b) Se alude a la inorgenicidad y hasta desconocimiento en la totalidad de los afectados, lo cual torna riesgosa la tarea de cuantificación y prueba del daño moral colectivo, porque en tal caso, o se calcula la asignación individual derivada de cada agravio moral y se acciona por el todo dividiendo luego lo obtenido, o se globaliza el reclamo abarcando un litisconsorcio pasivo. Trigo Represas responde a tal extremo manifestando que no cabe la posibilidad de reclamos indemnizatorios plurales y separados, por parte de distintos pretensos damnificados ya que el bien colectivo no es fraccionable entre quienes lo utilizan y tampoco es factible de dividir su goce, ello trae como consecuencia la imposibilidad de que existan distintos derechos subjetivos.
- c) Se ha sostenido que el interés difuso es un interés simple y que por ende no confiere legitimación para ejercer acción personal alguna. A ello se embate insistiendo en que los intereses colectivos a tutelar son y deben ser concretos, ciertos y determinados, y solo es difusa su titularidad.
- d) Finalmente, se cuestiona que si entendemos al daño como perjuicio espiritual, ello se limita a las personas físicas individuales, no así a los grupos de hecho. Argumenta en contrario Zavala de González cuando afirma que se trata de la lesión de intereses valiosos gozados indivisiblemente por los miembros de un grupo humano, de un defecto existencial colectivo.

En el plano jurisprudencial continúa marcando tendencia, a pesar del tiempo transcurrido, el fallo de la Cámara de Apelaciones C.C. de Azul, Sala II del 22/10/96 (antes de la sanción de la Ley 25.675), en autos Municipalidad de Tandil c/La Estrella, donde se admitió el daño moral colectivo. El origen de dicha causa resultó ser el daño provocado por el accionar de un ómnibus propiedad de la demandada a una fuente que contenía un grupo escultórico en la ciudad de Tandil, provincia de Buenos Aires. El fallo puede sintetizarse, siguiendo a Bustamante Alsina¹¹⁶, de acuerdo a las siguientes premisas: a) la fuente y el grupo escultórico dañado 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 los afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo; c) dentro de la categoría de intereses difusos se ha incluido a la protección del patrimonio histórico cultural; d) el daño grupal es calificable como difuso en el sentido de que el goce del interés se muestra extendido, dilatado; e) cuando el interés es transindividual difuso, que afecta a toda la comunidad, ese interés es público, el titular es la comunidad y el legitimado es el Estado; f) a la admisión del daño colectivo ocasionado a una comunidad 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 enfoque en el estado espiritual disvalioso que recae en la esfera social de una categoría de sujetos -los habitantes de una comunidad que disfrutaban el bien- por la afección de una obra del patrimonio cultural local que ostenta protección normativa constitucional.

¹¹⁶ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible", en L.L. 1998-A, P.1033.

En una sentencia más reciente, emitida por el Juzgado de Primera Instancia Nº 2 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹¹⁷, se hizo lugar a una demanda promovida por la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires, condenando a una empresa constructora y al gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la afectación del patrimonio cultural, como consecuencia de la demolición de una edificación de reconocido valor histórico y cultural situada en el barrio de Flores, reconocida por la comunidad como “Casa Millán”.

En dicho pronunciamiento, el magistrado señaló: “...Entiéndase que la supresión de los aspectos históricos culturales de la Ciudad, el desgarramiento en el mundo afectivo que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial y extrapatrimonial, y lo que se mide en términos económicos no es la propiedad misma que ha afectado sino la incidencia colectiva del daño...Sentado lo precedente, debe considerarse que la noción de daño moral colectivo está íntimamente relacionada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos de identidad de los ciudadanos, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica, que no son equivalentes a simples molestias, dificultades o perturbaciones que pueden llegar a producir un incumplimiento contractual, de lo contrario cualquier incumplimiento sería viable para producir un daño moral resarcible”. Y en otro aspecto singular del fallo, reconoce a la Defensoría del Pueblo como la receptora de los montos indemnizatorios establecidos en la sentencia, reconociendo a dicho organismo el carácter de “actor indiscutido de los derechos colectivos vinculados en la memoria histórica y el patrimonio cultural y órgano constitucionalmente habilitado para accionar por su preservación y

¹¹⁷ Juzgado de Primera Instancia Nº 2 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27/11/06, en autos “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo - Expte. 1772/0, (sentencia no firme) en <https://www.eldial.com> .

cuidado”, aclarando más adelante que “los fondos deberán aplicarse a proyectos de preservación del patrimonio histórico local”.-

9.- Previsibilidad de los efectos contaminantes. Dolo o culpa de agente.

Esta posibilidad de carácter técnico, científico o tecnológico de haber podido prever, evitar o atenuar el efecto dañoso, que será precisada por el aporte de las pericias técnicas pertinentes, se vincula con la merituación del obrar del agente contaminante, operando de modo tal que a mayor posibilidad técnica de evitación o atenuación del daño ambiental, mayor será la reprochabilidad que pueda caer sobre la conducta del responsable, una vez acaecido el daño.

En efecto, en caso de acreditarse la existencia de tecnología preventiva suficiente, su no utilización pone al descubierto una asunción de riesgos por parte del contaminador, de lo que necesariamente deberá responder en caso de producirse el daño ambiental. Esta responsabilidad podría atenuarse en aquellos casos en que se acredite la inexistencia o difícil accesibilidad de tal tecnología preventiva.

Como consecuencia lógica de lo enunciado con anterioridad, se desprende la necesidad de determinar si el obrar del agente fue doloso o culposo. Esta determinación, fuera de la relevancia que tenga en la faz penal, también presenta rasgos potables desde la perspectiva civil, fundamentalmente en cuanto a una eventual aplicación de la función punitiva-sancionatoria, en el marco del proceso de cuantificación del daño ambiental, y muy especialmente en orden al daño moral colectivo.

Lo expuesto no implica desvirtuar el principio de imputación objetiva de responsabilidad previsto en el Art. 28 de la Ley 25.675, donde no hay que probar la culpa, y el demandado sólo se exime demostrando la existencia de un elemento con aptitud para romper el



nexo causal, esto es, el hecho de la víctima, de un tercero o el caso fortuito (casus).

Se observa claramente como la LGA toma los aspectos de la responsabilidad objetiva ya presentes en el artículo 1113 del Código Civil, sumándole otras condiciones a la exención de responsabilidad, cuales son el haber tomado las medidas destinadas a evitar el daño y asimismo la imposibilidad de culpa concurrente del responsable.

Sin embargo, y acorde a lo planteado por Daniel Sabsay y María E. Di Paola, “¿Obstaría esta consideración la pluralidad de factores de imputación, esto es, que convivan factores de atribución objetivos y subjetivos? De acuerdo a lo planteado en el caso *Opalinas*, esto es posible, ya que como lo señala Mosset Iturraspe: al lado de la imputabilidad subjetiva se acepta la imputabilidad objetiva, con base en el riesgo creado, o bien en el deber de garantía. Y ello no sólo para las cosas riesgosas sino también para el obrar riesgoso”¹¹⁸.

¹¹⁸ Daniel Alberto SABSAY y María Eugenia DI PAOLA, “El daño ambiental colectivo y la nueva ley general de ambiente”, ADLA, t. LXIII-D-2003, p. 4871.

CAPÍTULO IV: LA SENTENCIA AMBIENTAL

En primer término, y siguiendo a Aníbal J. Falbo¹¹⁹ en su análisis del caso “Mendoza”, resulta oportuno destacar que la Corte Suprema en ese precedente, avanza en la construcción de una verdadera teoría de la decisión judicial ambiental determinando los atributos básicos que ésta debe tener: debe ser urgente, definitiva y eficaz.

Urgente: porque la espera consume el bien jurídico tutelado, teniendo en cuenta además que el daño ambiental en muchos casos es irreversible; definitiva: no solo en el sentido clásico del término, sino que la decisión debe establecer objetivos finales y disponer la solución completa y definitiva del daño ambiental aún cuando se dispongan de etapas; y eficaz: es menester optimizar la decisión removiendo todo obstáculo que retarde o impida la correcta y tempestiva protección del ambiente.

Teniendo entonces presentes los principales atributos que debe contener la sentencia ambiental, es oportuno destacar que el abordaje del tema de la sentencia en el proceso colectivo ambiental es abarcativo de una serie de tópicos cuyo análisis completo y pormenorizado podrían superar ampliamente las posibilidades del presente artículo.

No obstante ello, y consciente de tal limitación, entendemos oportuno ingresar al estudio de algunos de esos aspectos, sobre todo aquellos que trasuntan características propias de la sentencia ambiental y que la diferencian de los restantes pronunciamientos judiciales.

Entre estos aspectos diferenciadores, pueden mencionarse tres que adquieren particular relevancia: a) la posibilidad de flexibilización del principio de congruencia; b) el alcance de los efectos de la sentencia

¹¹⁹ Aníbal J. FALBO, “La decisión judicial ambiental. Enseñanzas de la sentencia de la Corte en el caso Mendoza, Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, N° 16, Oct. / Dic. 2008, P. 57.



ambiental; y c) la modalidad de implementación de la sentencia en relación a los otros poderes del Estado.

Flexibilización del Principio de Congruencia

La flexibilización del principio de Congruencia en el marco de los procesos colectivos, ha sido expresamente plasmada en el artículo 10 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica aprobado en Caracas en octubre de 2004 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, donde se estableció: "En las acciones colectivas, el pedido y la causa de pedir serán interpretados extensivamente..." previendo también la posibilidad de enmendar la demanda "...oídas las partes, el juez permitirá la enmienda de la acción inicial para alterar o ampliar el objeto de la demanda o la causa de pedir..." "...El juez permitirá la alteración del objeto en cualquier tiempo y en cualquier grado de jurisdicción, desde que sea realizada de buena fe, no represente perjuicio injustificado para la parte contraria y el contradictorio sea preservado...".

En nuestro ordenamiento jurídico la redacción original del artículo 32 de la Ley General del Ambiente N° 25675 preveía: "Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes". Empero, este texto fue observado por el Poder Ejecutivo mediante Decreto 2413/02.

Actualmente y en virtud del desarrollo doctrinario y jurisprudencial que ha venido experimentando esta temática en los últimos años, existen nuevos impulsos para consagrar en legislaciones procesales locales fórmulas de similar tenor al texto originario del artículo 32 de la Ley 25.675. En este sentido es oportuno señalar que en el inédito Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimientos

Civil y Comercial de Santa Cruz, cuya coordinación académica está a cargo del Dr. Roland Arazi, se incorpora un texto similar al vetado en la norma nacional, en el artículo 771.

En relación a lo expuesto, merece especial análisis el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 26 de marzo de 2009 en la causa "Salas"¹²⁰, referido a la tala de bosques nativos en la provincia de Salta. En dicho pronunciamiento, se dispone suspender todas las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en cuatro departamentos de la mencionada provincia, hasta que se efectúe un estudio de impacto ambiental pormenorizado, teniendo en cuenta el peligro de daño grave que significaría la continuidad de los desmontes, lo que podría generar un cambio en el clima de la región.

Lo que nos interesa resaltar es que en el considerando 3º) se establecía que "Esta decisión encuentra su fundamento en la Ley General del Ambiente en cuanto dispone que 'el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes' (Art. 32, ley 25.675)".

Rápidamente la Corte advirtió que el texto transcrito fue justamente la parte del artículo 32 que había sido observado por el artículo 4º del decreto N° 2413/02, lo que originó que al día siguiente, es decir, el 27 de marzo de 2009, se dicte un fallo aclaratorio para subsanar el error material incurrido. En tal sentido, la Corte se encarga de aclarar que la parte del artículo 32 que se debió transcribir es aquella que establece que "el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general, Art. 32, ley 25.675".

Asimismo, el pronunciamiento aclaratorio destaca que "...la enmienda que se efectuará no altera lo sustancial de la decisión...".

¹²⁰ CSJN, Salas Dino y otros c/ Prov. de Salta y EN, 26/03/2009, y fallo aclaratorio de fecha 27/03/09, Fallos 332:663. LL, 08/04/09,11.

Una ligera observación del fallo y su aclaratoria, quizás no supere el ámbito de la anécdota. No obstante, desde otra perspectiva, pareciera que el texto legal “erróneamente” citado tiene en verdad una vinculación ontológica indiscutible con el resto del pronunciamiento -y con otros fallos anteriores de la Corte, como por ejemplo el caso “Mendoza”- donde a pesar de la inexistencia de texto legal que expresamente lo autorice, la misma Corte -cuya notable labor jurisdiccional en temas ambientales ha merecido el justo reconocimiento de la gran mayoría de la doctrina especializada nacional y extranjera- ha realizado abordajes de aspectos que no habían sido originariamente planteados en forma expresa por las partes, partiendo para ello de la manda constitucional prevista en el artículo 41, y la consideración del ambiente como bien colectivo, perteneciente a la esfera social.

Ello nos permite inferir, más allá de la adecuada corrección del texto legal erróneamente citado, el espíritu que se desprende del pronunciamiento, al reflejar una necesaria y oportuna aplicación del criterio de flexibilización de la congruencia en el proceso ambiental.

- ¿Principio o regla?

Uno de los temas que merece singular análisis es el precisar cuál es el alcance -y el límite- de la flexibilización de la congruencia, a los fines de no alterar su sustentabilidad constitucional.

En este sentido, Francisco Verbic¹²¹ en un muy interesante artículo, nos advierte que la Congruencia puede ser entendida en dos sentidos. Uno que denomina “fuerte” (donde sí puede ser entendida como verdadero “principio”, en tanto es medio para evitar la violación de la garantía constitucional del debido proceso, como corolario del principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia), y otro “débil”

¹²¹ Francisco VERBIC, “Límites a la flexibilización de la congruencia en la sentencia colectiva”, Revista de Derecho Ambiental, 17, Enero-Marzo 2009, Abeledo Perrot, P. 122.

(como “regla” procesal derivada del principio dispositivo, entendido como la exigencia de identidad entre la materia, partes y hechos de una litis, con lo resuelto en la decisión jurisdiccional).

Según este autor, “El postulado de flexibilizar la congruencia en el marco de las sentencias dictadas en los procesos colectivos, sólo puede ser constitucionalmente sustentado en la medida que se refiera a ella como regla; por el contrario la congruencia entendida como principio no admite tal flexibilización, en la medida en que se entronca estrechamente con el principio de contradicción o bilateralidad en la audiencia formando parte de la garantía del debido proceso legal”. Concluyendo que “el interés general involucrado en la tutela colectiva no resulta razón suficiente para desvirtuar tal conclusión”.

El escenario doctrinario que subyace tras este enunciado, nos hace recordar el histórico debate acerca de la naturaleza y alcance de los principios jurídicos, que motivara el famoso embate a H.L.A. Hart, realizado por Ronald Dworkin, quien cuestionaba al positivismo considerándolo un obsesivo modelo de reglas que no dejaba ver el papel central que en la práctica desempeñan los principios jurídicos. Muchos han sido los autores que se han ocupado de esta particular disputa doctrinaria durante las últimas décadas del siglo XX¹²².

El interrogante a responder sería entonces, si la visualización de la congruencia como verdadero “principio”, impediría (tal como lo sostiene el autor citado) o no, la posibilidad de flexibilización cuando nos encontremos frente a un proceso colectivo de carácter ambiental.

Sobre este aspecto será oportuno, en primer término tener en cuenta que tal como lo define Lorenzetti¹²³ “...El principio es un mandato, ordena hacer algo, pero no lo dice de modo preciso ni en relación a un supuesto de hecho, como lo hace la regla, sino en la mejor medida posible. Por ello es un mandato de optimización, ya que

¹²² Genaro CARRIO, “Principios Jurídicos y Positivismos Jurídico”, Abeledo Perrot, Bs. As, 1970, P. 46.

¹²³ Ricardo L. LORENZETTI, “Teoría del Derecho Ambiental”, 1ª Ed., Ed. La Ley, Bs. As, 2008, P. 58.

ordena la realización de un valor en el nivel más pleno posible. El nivel óptimo de cumplimiento de un principio surge de un juicio de ponderación con otros principios competitivos. Por lo tanto, el modo de aplicar un principio es el juicio de ponderación, es decir medir el peso de cada principio en el caso...”.

Tal como se desprende de este razonamiento, la posibilidad de recurrir al juicio de ponderación depende de la circunstancia de que nos encontremos ante principios competitivos, es decir que no se puedan establecer jerarquías o prevalencia de uno sobre el otro.

Trasladando este pensamiento al tema que nos ocupa, nos lleva a interrogarnos si el “principio de congruencia” (entendido como verdadero “principio”, es decir como derivación de la bilateralidad y contradicción, propios de la garantía del debido proceso) y el “principio de protección al ambiente” (consagrado en el artículo 41 de la Constitución Nacional) son principios “competitivos” o existe primacía de alguno de ellos sobre el otro.

Si tenemos en cuenta la especial protección que otorga al ambiente la redacción del artículo 41 de la Constitución Nacional, y la interpretación que la jurisprudencia (particularmente de la Corte Suprema de Justicia) ha realizado de ello, pareciera indicarnos que tal equivalencia entre estos principios se desvanecería a favor del reconocimiento de jerarquía de la tutela del ambiente.

Precisamente en el caso “Mendoza”, en la sentencia de fecha 08 de julio de 2008, y como bien lo destaca Aníbal J. Falbo¹²⁴, se advierte que la Corte sienta un principio básico de decisión judicial ambiental cuando establece que “...la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces...”. Tal postulado se establece como “principio” por cuanto en la propia sentencia, seguidamente se expresa “De acuerdo con este principio...”. “...la sentencia establece que existe una ‘obligación’ para la

¹²⁴ Aníbal J. FALBO, op. cit., P. 56.

justicia que ante el daño ambiental se halla ante la obligación de dictar decisiones que hagan a la prevención y la recomposición de ese daño...” Y, citando a Bidart Campos refiriéndose al artículo 41 CN, recuerda que el artículo involucra a todas las autoridades, incluyendo a todos los jueces, y que, “...Cuando la norma constitucional dice que estas autoridades proveerán a la protección de este derecho a un ambiente sano, apunta no sólo a una obligación por omisión para no dañarlo, sino a prestaciones positivas para lograr cuanto hace falta en orden a preservarlo, a evitar que otros lo alteren o destruyan, a recomponerlo, etc. y para exigir de los particulares cada deber concreto en cada circunstancia en la que el ambiente quede comprometido o perturbado.”

Estas reflexiones, particularmente destinadas a reconocer una verdadera manda constitucional direccionada a los jueces en relación a la preservación y recomposición del daño ambiental, nos llevan a considerar la especial jerarquía que el constituyente le ha dado al ambiente como bien colectivo. No obstante, es necesario aclarar, que esa jerarquía en relación a otros principios constitucionales no puede ser considerada en abstracto, sino en el caso concreto mediante una prudente ponderación del juzgador.

Ahora bien, situándonos en la hipótesis según la cual no concibiéramos tal jerarquía (que exige ser analizada en cada caso concreto) entre la tutela del ambiente y el principio de congruencia, nos encontraríamos (ahora sí) frente a principios competitivos. Y en este supuesto, resultará oportuno, una vez más, recurrir al criterio interpretativo expuesto por Lorenzetti¹²⁵, en el sentido de que sería aplicable el “juicio de ponderación” que consiste en pesar uno y otro en relación al caso, de manera que se le da mayor peso a uno y se restringe al otro. El juicio de ponderación, según este autor, expresa que la medida permitida de no satisfacción de un principio depende del grado de importancia de satisfacción del otro. Más adelante, destaca

¹²⁵ Ricardo L. LORENZETTI, “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho.” 1ª Ed., Rubinzal- Culzoni, Santa Fé, 2006, P. 256 y ss.

que quien quiera limitar o restringir un derecho fundamental tiene la carga de dar las razones para hacerlo, ya sea en la elaboración de la ley o en el juzgamiento judicial, aclarando expresamente que "...Los derechos fundamentales son reconocidos bajo la condición de que su ejercicio sea compatible con otros derechos fundamentales y con los bienes colectivos...", entre los cuales se destaca el ambiente. Precisamente la preservación de estos bienes colectivos constituye un argumento limitativo legítimo de restricción de los derechos fundamentales.

Como vemos, también dentro de este rango de competitividad de principios prevalecería la tutela del ambiente ya que "...el surgimiento del 'bien ambiental' ha redimensionado el ejercicio de los derechos subjetivos señalándoles un límite externo y surge la llamada 'función ambiental' de los derechos subjetivos. En el régimen constitucional argentino, la función ambiental está claramente señalada en el artículo 41...".

Más allá de las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes por nuestro Ministro de la CSJN, es oportuno señalar que el estricto cumplimiento por parte del Juzgador de la manda del artículo 41 de la Constitución Nacional, no debe utilizarse como una invocación mágica que exima al juez de declinar de la necesaria consideración y observancia de los restantes derechos y garantías constitucionalmente consagrados. En efecto, todo este proceso de ponderación exigirá como presupuesto ineludible una interpretación armónica de todos los derechos consagrados en la Constitución, de modo tal que permita dotar de mayor sustento y legitimidad a la decisión judicial ambiental.

La Corte Suprema se ha referido a la necesidad de esta interpretación armónica en el caso "Halabi" cuando refiere a que "...una inteligencia dinámica del texto constitucional superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva a la posibilidad de

encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir...¹²⁶".

Efectos de la sentencia

El artículo 33 de la Ley General del Ambiente N° 25.675 establece que la sentencia que recaiga en un proceso por daño ambiental colectivo hará "cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias".

Esta fuerza expansiva de la cosa juzgada en el proceso colectivo ambiental implica superar el clásico límite procesal constituido por las partes del proceso extendiendo sus efectos a toda la comunidad.

Morello y Sbdar sostienen que "...La naturaleza misma de los derechos de incidencia colectiva hace imposible la limitación de los efectos de la sentencia a un caso concreto. ...Ningún sentido tendría una resolución judicial que ciña sus efectos a las partes del proceso cuando lo comprometido es un derecho supraindividual..."¹²⁷.

Sabsay- Di Paola¹²⁸ entienden que "...el alcance de la voz 'cosa juzgada' abarca tanto su aspecto formal como material, impidiendo que vuelva a tratarse en el mismo proceso o en uno posterior la cuestión decidida...". En igual sentido Cafferatta sostiene: "...Es "obvio que la sentencia a dictarse frente a cualquiera de estas pretensiones y cualquiera fuera el número de sujetos que la promueven ha de tener efectos 'erga omnes' si no quiere erigirse en un supuesto de sentencia

¹²⁶ CSJN, "Halabi Ernesto c/ PEN. Ley 25873, dto. 1563/2004 s/ Amparo, 24/02/2009.

¹²⁷ Mario A. MORELLO y Claudia B. SBDAR, "Acción popular y procesos colectivos. Hacia una tutela eficiente del ambiente", Ed. Lajouane, Bs. As., 2007, P. 191/2.

¹²⁸ Daniel SABSAY y María Eugenia DI PAOLA, "El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente, ADLA 2003-D, 4865.

'inutiliter datur' que llevaría a un desprestigio mayúsculo a la magistratura..."¹²⁹.

El primer fundamento para sostener este carácter expansivo, es que el objeto de tutela en tales procesos no es otro que el ambiente, que es un bien colectivo que se encuentra situado en la esfera social y cuyas características más importantes lo constituye la indivisibilidad de beneficios (el bien no es divisible entre quienes lo utilizan), el uso común sustentable (puede ser usado por todos) y la no exclusión de beneficiarios (nadie puede ser excluido ya que todos los individuos tienen derecho a su uso) ¹³⁰.

La jurisprudencia al respecto sostuvo, que "...el juicio iniciado por cualquier afectado beneficia a los demás ya que sería vana y absurda una sentencia que amparada en el carácter individual de las acciones y tras comprobar los efectos contaminantes denunciados pretendiera limitar los alcances de su mandato a la relación jurídico procesal bilateral nacida en cada proceso individual y mandara que los efectos cesaran tan solo -cual si fuera posible- para los accionantes, más no para el resto de la comunidad afectada, es obvio que dicha sentencia ha de tener efectos erga omnes. De forma tal que, la satisfacción del 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. Por otro lado, tampoco se afecta el derecho de defensa de aquellos que no han sido parte, pues al decidir se ha tenido en cuenta la prueba producida por el demandado que ocupa un puesto igual y suficientemente representativo de aquellos..."¹³¹.

La nota destacada de este fallo no sólo radica en la expansión erga omnes de los efectos de la sentencia, sino por el especial cuidado

¹²⁹ Néstor CAFFERATTA, "Daño Ambiental-Jurisprudencia", La Ley, 2003-D, 1339.

¹³⁰ Ricardo L. LORENZETTI, "Teoría del Derecho Ambiental", op. cit., P. 7/8.

¹³¹ Cámara Federal De Apel. La Plata, Sala II, "Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de Octubre c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ Amparo, 08/07/03. Publicado en www.diariojudicial.com.ar, 22/07/03.

que se ha tenido en la acreditación de representatividad suficiente por parte de la entidad demandante, para obrar no sólo en nombre propio, sino también representando adecuadamente a los restantes miembros de la comunidad afectada que no eran parte formal en el proceso. Precisamente, este control de la representatividad adecuada constituye un recaudo central e imprescindible que otorga sustento lógico-jurídico a la expansión de los efectos de la cosa juzgada en los procesos colectivos ambientales.

En este sentido, y dentro de la doctrina, Verbic¹³² afirma: "...no parece plausible tampoco en esta órbita obtener una expansión erga omnes de la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia sin controlar adecuadamente la calidad del representante del grupo..."-.

Precisamente, la observancia de la calidad de representatividad adecuada constituirá uno de los aspectos más importantes cuyo abordaje deberá realizar el juzgador en el proceso colectivo ambiental. A tal fin podrá valerse no sólo de la producción de la prueba que ofrezca quien invoque dicha representación, sino también, utilizando otras herramientas procesales que permitan desentrañar dicha representatividad; como por ejemplo, la realización de audiencias públicas, la adopción de mecanismos de participación ciudadana, la información pública, etc.-

Esta posibilidad de expansión de la sentencia a terceros que no han sido parte, conforme lo señalara Dugo¹³³ "...permite -frente a los casos de inacción del juez o de la parte actora- que cualquier persona ajena al proceso (tercero) que tenga interés en la cuestión por considerarse afectada, pueda controlar y/o exigir su efectivo cumplimiento..."-.

¹³² Francisco VERBIC, "Procesos Colectivos", Astrea, Bs. As., 2007, P. 308.

¹³³ Sergio DUGO y Emilio FAGGI, "La aplicación de la normativa ambiental por parte de los tribunales argentinos. Eficiencia y eficacia de sus decisiones. Memorias del segundo encuentro de D. Ambiental", INE, México, 2004, P. 127.

El Caso "Halabi"- Breve Reseña

El motivo de ésta breve referencia con respecto al ya citado caso, finca en que, justamente, el principal agravio sostenido por el Estado Nacional en contra de la sentencia dictada por la Cámara Nacional en los Contencioso Administrativo, Sala II, radica en cuestionar el efecto erga omnes que se otorga al pronunciamiento.

En la causa, un abogado promovió acción de amparo con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en cuanto vulnerarían los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional¹³⁴, al autorizar la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet, sin que una ley determine en qué casos y con qué justificativos.

Alegó que esa intromisión constituye una violación de sus derechos a la privacidad y la intimidad, en su condición de usuario, a la vez que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como letrado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes.

Estamos en presencia entonces de una pretensión que versa sobre derechos personalísimos y extrapatrimoniales del actor-privacidad, intimidad y confidencialidad profesional-, los que aduce serían conculcados por la normativa que ataca de inconstitucional.

La Corte, con fundamento en el Art. 43 CN, introduce la idea de acciones de clase como mecanismo de protección de los denominados "intereses individuales o plurindividuales homogéneos".

¹³⁴ Art. 18.-" Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa..." Art. 19.- "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

No trataremos la cuestión de fondo referida a la inconstitucionalidad de la legislación atacada, sino que centralizaremos en los aspectos procesales del fallo para analizar de qué modo pueden adaptarse a la solución de conflictos ambientales.

Como adelanto de conclusión es propicia y viable la consideración de las acciones de clase en materia ambiental, no sólo a los efectos de proteger intereses plurindividuales homogéneos sino también en aquellos casos en que se discuten daños que afectan el bien colectivo en sí mismo.

El supremo Tribunal hace referencia a los diversos tipos de derechos que son susceptibles de tutela y los clasifica en: 1) Individuales. 2) De incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos. 3) De incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos.

De todos ellos, se avoca el tratamiento de los últimos, afirmando en el considerando 12 del fallo de mayoría *"Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del artículo 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos"*.

"Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como de los derechos de sujetos discriminados".

Se percibe que al calificar a los intereses en juego representados por el Dr. Halabi en este caso particular, los compara con aquellos derechos individuales pero homogéneos, que pueden verse afectados por daños al ambiente.

En este punto radica la importancia de esta sentencia, así la CSJN estaría extendiendo la procedencia o viabilidad de este nuevo mecanismo procesal para el derecho argentino como son las acciones de clase- que pretorianamente introduce el máximo tribunal a nuestro



ordenamiento-, también para las pretensiones basadas en daños ambientales cuando ellos afecten intereses individuales homogéneos.

En estos casos necesariamente la resolución tendrá efecto expansivo si es que se cumplimentan los requisitos indispensables impuestos por el Derecho de los Estados Unidos y adoptados por la Corte, a saber: 1- Un grupo o clase tan numerosa que la actuación individual sea impracticable (numerosity). 2- Cuestiones comunes de hecho u de derecho que se llevan al debate (commonality). 3- Las partes representantes de la clase deben accionar en defensa del derecho colectivo de dicho grupo, la pretensión es típicamente grupal (typicality). 4- El representante de la clase debe proteger adecuadamente los intereses del grupo (adequacy of representation).

Ese es el corolario lógico a seguir de la acción de clase.

La sentencia no reconoce sólo el derecho del Dr. Halabi respecto de la tutela a su privacidad y libre ejercicio de la profesión. Al mismo tiempo otorga igual protección a los derechos de todos y cada uno de los profesionales que se encuentran sometidos a la ley discutida.

Entonces, no es desatinado pensar que la idea esbozada por la Corte en Halabi puede transpolarse y encuadrar en las directrices del proceso colectivo ambiental diseñado por la ley 25.675.

De este modo, no sólo deberá predicarse el carácter expansivo de la sentencia que condene a indemnizar a un grupo de personas que alegan, por citar un ejemplo, el haberse depreciado el valor de sus viviendas a causa de la instalación de una fábrica contaminante en cercanías a su barrio.

Abarcará también la expansión de los efectos de toda resolución que ordene la protección del bien colectivo en sí mismo y siempre que se haya ejercido el adecuado control de representación en el proceso. Ello, tanto para el caso que la condena ordene reparar, resarcir o, fundamentalmente, prevenir un daño ambiental.

En suma, luce imprescindible la inclusión expresa del procedimiento de las “acciones de clase ambientales” dentro de la legislación de presupuestos mínimos; ayudaría en gran medida a la eficacia del proceso y como consecuencia, a las sentencias que en base a ellos se dicten.

Excepciones al efecto expansivo de la cosa juzgada

El mismo artículo 33 de la Ley 25.675¹³⁵ luego de consagrar el principio del efecto erga omnes de la sentencia recaída en el proceso colectivo ambiental (tanto en el supuesto de que la decisión haya sido favorable a la pretensión articulada, como en aquellos casos en donde la sentencia fuera desestimatoria de la demanda incoada) establece como excepción de tal efecto expansivo, el supuesto en el cual: “...la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”.

La finalidad de esta excepción es más que plausible y encuentra plena justificación en la necesidad de evitar que terceros vinculados al objeto del reclamo, se vean perjudicados por el accionar negligente (o incluso doloso) de quien accionó en nombre de la colectividad, al no ofrecer o dejar de producir pruebas conducentes a la acreditación del daño ambiental colectivo.

Insistimos aquí la necesidad de efectuar un exhaustivo control de la representatividad adecuada del litigante, para evitar que puedan desvanecerse los derechos del colectivo.

¹³⁵ LEY 25.675, Art. 33. — 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.

Pese a ello, limitar el alcance de la excepción sólo a supuestos de insuficiencia probatoria, pareciera no prever otras cuestiones que tampoco deberían quedar ajenas a la excepción prevista, como por ejemplo, la referida a la circunstancia de que la acción sea rechazada por falencia argumentativa de la demanda. En estos supuestos, y por las mismas razones que dan sustento a la excepción por deficiencia probatoria, también sería procedente exceptuar los efectos expansivos de la sentencia desestimatoria.

Este sendero conceptual, de no acotar la excepción del alcance de la cosa juzgada sólo a cuestiones probatorias, es el que ha seguido la comisión de trabajo que elabora el nombrado Anteproyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz en donde, en el capítulo destinado a los procesos promovidos en defensa de bienes colectivos se propone como redacción del artículo 774 el siguiente texto: "La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de bienes colectivos tendrá eficacia general para todos los afectados representados por quien interviniera en el litigio, salvo si fuera absolutoria por falta de prueba o por haberse omitido alegar hechos fundamentales del litigio; en estos casos otros legitimados podrán volver a plantear la cuestión en otro proceso".

La valoración de este supuesto exigirá la máxima prudencia del sentenciante para discernir si las omisiones advertidas en la demanda tendrán tal carácter de "fundamentales" para obstar el triunfo de la acción, y como tal la entidad suficiente para tornar operativa la excepción a la sentencia que recaiga en dicho litigio del efecto "erga omnes" que, como regla, prevé la norma procesal en cuestión.

Más allá de ello, es oportuno tener en cuenta la calificada opinión de Aída Kemelmajer de Carlucci, quien -al analizar la excepción prevista en el artículo 33 de la Ley 25.675- destaca que "...si el artículo se lee sin la frase incidental (aunque sea parcialmente) parecería que si la demanda es rechazada por cuestiones probatorias no tiene efectos erga

omnes; a contrario sensu, tendría tales efectos expansivos si se rechaza por cualquier otra razón. Si esta fuese la solución, los acuerdos fraudulentos entre actor y demandado estarían al orden del día. En principio, la sentencia que rechaza la demanda no puede ser opuesta a otros legitimados que no fueron oídos cualquiera sea la causa del rechazo (cuestiones probatorias u otras)...¹³⁶.

En este sentido, Hitters, analizando el tema a la luz del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, sostiene que en el mismo se ha previsto el esquema del eventum secundum litis, afirmando que "...los arts. 33 a 38 del CM se ocupan de esta problemática, sentando como principio general que si en los procesos colectivos la demanda es acogida, la sentencia hace cosa juzgada erga omnes, salvo ausencia de pruebas o la aparición de probanzas sobrevinientes..."; aclarando, que "el CM no regula en sí la totalidad de la compleja institución de la cosa juzgada sino exclusivamente la extensión subjetiva de sus efectos. Surge de allí que la res judicata nace 'para beneficiar y no para perjudicar'..."¹³⁷.-

Implementación de la sentencia. Relaciones con otros poderes

Siguiendo lo expuesto, podemos decir que la respuesta sentencial que pone "fin" al proceso ambiental, posee características distintivas en relación al resolutorio del proceso clásico.

Partiendo de tal aseveración, es preciso considerar en primer lugar la distinción entre sentencias declarativas y las sentencias de

¹³⁶ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Estado de la Jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675 - LGA", AND, Julio 2006, 1.-

¹³⁷ Juan Carlos HITTERS, "Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos", LL, 2005-F, 751.

ejecución. Tal como dogmatiza Mosset Iturraspe¹³⁸ en materia ambiental "Los jueces no pueden ser indiferentes a las consecuencias del dictado de una condena: a su incumplimiento, por las razones que fueren, o a su cumplimiento efectivo. Dicho de otro modo, con el dictado de la sentencia no se agota la labor jurisdiccional: el juez debe seguir el curso del proceso y estar atento a las secuelas, en el caso de la vía ejecutiva... preocupación antes y después del dictado de la sentencia; antes, respecto de su posible efectividad o eficacia; después, acerca de cómo se ha de cumplir; para evitar la burla a la Justicia, como valor y a la institucionalizada".-

La propia necesidad de adecuar la respuesta jurisdiccional al bien colectivo tutelado, es decir el ambiente, nos lleva al terreno de lo atípico, y de allí que a los fines de la ejecución de la misma, muchas veces resulte necesario que se extienda en el tiempo para cumplir su objetivo.

Casi con asiduidad es inevitable que en ese procedimiento de ejecución o de implementación se prolongue más de lo deseado, éste letargo puede traer aparejado algunos inconvenientes¹³⁹:

1.- A medida que pasa el tiempo se identifica la decisión judicial con la gestión administrativa y los límites se vuelven difusos.

2.- Los jueces no están en condiciones de gestionar, porque no tienen el tiempo, ni poseen la información, recursos ni medios; y esto puede derivar en decisiones equivocadas.

3.- Si el Tribunal es colegiado podría cambiar de integración y con ello cambiar las mayorías, pudiendo volverse errática o autocontradictoria la ejecución del decisorio.

En vista de las limitaciones expuestas, se debería resolver en esta instancia, cuando el proceso de ejecución de una sentencia recaiga en

¹³⁸ Jorge MOSSET ITURRASPE, "Daño Ambiental" T I, Rubinzal- Culzoni, P. 149.

¹³⁹ Ricardo L. LORENZETTI, op. cit., P. 145.

una colectiva ambiental, el rango de acción del juez, para no afectar la competencia de los otros poderes del Estado.

La solución a este inconveniente parece más sencilla en aquellos casos en que la sentencia se limite a la revisión de un acto emanado del Poder de la Administración (Ej., autorización estatal para funcionar e instalar una industria contaminante en una zona ambientalmente protegida), pues tal accionar jurisdiccional, no dejará de implicar el legítimo ejercicio de la facultad de revisión judicial de los actos administrativos.

Pero, en aquellos supuestos donde la sentencia ambiental obliga a la Administración a un "hacer", como por ejemplo el saneamiento de un río (caso "Mendoza"), las complicaciones de implementación aparecen más ostensibles.

Los mandatos dirigidos a la Administración, siguiendo el orden de criterio apuntado por Ricardo Lorenzetti¹⁴⁰, pueden ser de dos tipos:

1.- Orden orientada hacia un resultado -el "que"-: en este caso el Tribunal le ordena que cumpla un objetivo, sin decirle cómo, ya que los medios son ajenos a la decisión judicial. En estos supuestos la decisión judicial respeta la frontera constitucional y no avanza en la definición de los procedimientos. Ello no significa que la decisión es genérica, sino puede fijar objetivos intermedios a cumplir por etapas o prioridades.

2.- Orden orientada hacia los procedimientos -el "cómo"-: en estos casos el tribunal avanza mucho más, ya que no sólo define el objetivo sino también los medios, reduciendo la capacidad del poder administrador.

Si la extensión del proceso de ejecución de una sentencia ambiental forma parte de los frenos en el camino de la eficacia jurisdiccional, pareciera a priori más adecuada- jurídica y funcionalmente- la primera modalidad propuesta, pues se orienta a los resultados, respetando los límites de competencia de ambos poderes.

¹⁴⁰ Ricardo L. LORENZETTI, op. cit., P- 151/2.



Este ha sido el criterio seguido por la Corte en el leading case “Mendoza”, del año 2008, donde se ordena a la Autoridad de Cuenca Matanza- Riachuelo, creada por ley 26.168, el cumplimiento de los objetivos de recomposición, prevención y calidad de vida, pero dejando reservada a la autoridad administrativa la facultad de disponer los procedimientos que entienda procedente y eficaz para ello.

CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo procuramos desandar los escollos que nos imponen las circunstancias provocadas por la inestabilidad propia de la ciencia que nos ocupa hoy que es el derecho ambiental en algunos de sus novísimos matices.

Entendemos que contiene referencias a uno de los institutos que últimamente aportó mayores innovaciones dirigidas a materializar los derechos reconocidos en la normativa de fondo.

Al mismo tiempo se analizaron los principios típicamente ambientales que posibilitan sin dudas el fundamento a las posiciones doctrinales existentes.

La revisión de conceptos y principios generales a respetar por el Derecho Ambiental permitió iluminar el entreverado tema de la valoración judicial.

En esta tarea anclamos que los parámetros y pautas de valoración del daño ambiental colectivo expuestos tienen como finalidad aportar bases de análisis que no están exentas de críticas o propuestas mejoradas, atendiendo a la tratada orfandad normativa, reglamentaria y metodológica, donde resulta evidente su complejidad práctica.

El camino para fijar criterios justos de reparación del daño ambiental colectivo es largo y sinuoso, el cual amerita en su recorrido un fuerte compromiso e intensa tarea por parte de los operadores del derecho y de la sociedad en su conjunto, exigiendo una faz dinámica a la hora de solucionar los diversos conflictos ambientales que puedan presentarse.

Sin embargo, pretendemos que el esbozo de un método lógico y los nuevos criterios relatados aporten una rueda de auxilio para el

juzgador en la etapa hermenéutica¹⁴¹, para darle sustento a su decisorio.

Puede ser el momento en el que se empiece a trabajar en parámetros consensuados de valoración de daños ambientales con carácter extensivo, que permitan tener las reglas de juego generales que sirvan para que cada Estado pueda articular mecanismos legislativos propios.

En rigor de verdad, los jueces no tienen ni capacidad técnica, ni capacidad operativa para disponer y coordinar los procedimientos de implementación. Además, la adopción de la solución errónea, llevaría a situaciones inadmisibles, o que cada cuestión técnica deba ser fijada y decidida por el tribunal, desnaturalizando su rol constitucional; dilema que conlleva la necesaria tarea de peritos y especialistas en las ciencias que complementan el análisis del juez, cuya investidura no se traduce en omnipotencia, sino que debe recurrir con libertad al auxilio de las mismas. Sin embargo dicha cooperación interdisciplinar no amengua su imparcialidad, prudente arbitrio y discrecionalidad.

El perfil del juez ha cambiado ostensiblemente y todos los actores del proceso ambiental deben acoplarse. En este sentido vigoriza tal posición Néstor Cafferatta afirmando: "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 ring pero no ya en la actividad neutral (la del referee), sólo para impedir los golpes bajos. Ha

¹⁴¹ HERMENÉUTICA JURÍDICA: Es un método de interpretación de textos legales, o de la legislación positiva en su conjunto. Se busca la compatibilidad del significado transmitido con el "todo". En Derecho, el "todo" se compone no sólo por la totalidad de disposiciones que forman el orden jurídico, sino por las reglas y principios que constituyen la doctrina aplicable al orden jurídico en cuestión.



quedado atrás esa posición de mero mediador, de asegurador o garantía del juego formal y privatístico de los contendientes”.¹⁴²

Creemos que con estas armas, sin llegar a un activismo judicial extralimitado, que exceda sus posibilidades operativas y pueda frustrar el orden social, se logrará despertar el interés y actuar en consecuencia con respecto a uno de los principales y más complejos desafíos del derecho ambiental actual, como lo es el de la valoración, implementación y efectividad del mismo. La función ha comenzado.

¹⁴² Néstor CAFFERATTA, “Daño Ambiental Colectivo: Régimen Legal. A la luz de la LGA 25.675”, en “Perspectivas sobre Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad”. Ed. U. C de Salta, 2007, P. 91.

BIBLIOGRAFÍA

- Azqueta Oyarzún, Diego - "Valoración económica de la calidad ambiental". Ed. Mc. Graw Hill. Madrid, 1994.
- Bustamante Alsina, Jorge. "Derecho Ambiental - Fundamentación y Normativa". Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995.
- Bustamante Alsina, Jorge "Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", LL T. 1994-B.
- Cafferatta, Néstor "Introducción al Derecho Ambiental", 1º edición, Instituto Nacional de Ecología. México, 2004.
- Cafferatta, Néstor - "Cuantificación del daño ambiental", en J.A., 2007-IV Número Especial, Derecho Ambiental, 10/10/07. Ed. Lexis Nexis.
- Castañón del Valle, Manuel - "Valoración del Daño Ambiental", PNUMA Oficina Regional para América Latina y el Caribe - Serie de documentos sobre Derecho Ambiental N° 15. México, diciembre de 2006.
- De Miguel, Carlos J. - "Valoración económica de la degradación ambiental" - Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina, 22 y 23 de septiembre de 2003 - FARN – PNUMA.
- Esain, José Alberto "El Problema de la ejecución de las sentencias por recomposición ambiental. El daño moral colectivo como elemento para recomponer el daño ambiental totalmente irreversible". Ponencia Congreso Internacional del Derecho de Daños. UBA. Octubre 2002.
- Falbo, Aníbal J. "La decisión judicial ambiental. Enseñanzas de la sentencia de la Corte en el caso 'Mendoza' ", Revista de Derecho Ambiental, Ed. Abeledo Perrot, N° 16. Octubre/Diciembre de 2008.
- González Márquez, José Juan - "La Responsabilidad por el daño ambiental en América Latina", publicación de la Oficina Regional para América Latina y el Caribe – Serie de documentos sobre Derecho Ambiental N° 12.



- Iannello, Pablo A. - "Una revisión sobre algunos temas de economía ambiental", en Revista de Derecho Ambiental - Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica" N° 11. Julio/Septiembre de 2007.
- Jordano Fraga, Jesús - "La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: Análisis de la Directiva 2004/35 de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental - Revista Electrónica de Derecho Ambiental - N° 12 - 13 - Diciembre de 2005.-
- 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" Publicado en Academia Nacional de Derecho, 2006.
- Lorenzetti, Ricardo Luis - "Teoría de la decisión judicial - Fundamentos de Derecho". 1º edición. Rubinzal-Culzoni editores. Santa Fe, 2006.
- Lorenzetti Ricardo, "La Nueva Ley Ambiental Argentina" - LL T. 2003.
- Mateo, Ramón Martín - Revista de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho - Universidad de Chile, N° 1, año 2003.
- Peretti, Enrique O., "La efectividad de la sentencia ambiental", Jornada de Derecho Ambiental, Mayo 2009, Posadas, Misiones.
- Peretti, Enrique O., "La Prueba en el Proceso Colectivo Ambiental", Ponencia en el 1º Congreso Internacional de Derecho Ambiental; San Miguel de Tucumán. Junio 2009.
- Peretti, Enrique O., "El juez ante la indemnización por daño ambiental". Revista de Derecho Ambiental Lexis Nexis- Abeledo Perrot. 2009.
- Peretti, Enrique O., " La sentencia ambiental. Su eficacia. Revista de Derecho Público, 2009/2. Derecho Ambiental. Rubinzal-Culzoni, 2009.
- Ruiz Piraces, Roberto, "Monetarización de daños ambientales: una visión desde el derecho ambiental", publicado en "Ambiente y Desarrollo". Junio 2001.
- Sabsay, Daniel - "Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable. Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina -



Aplicación y Cumplimiento de la normativa ambiental - FARN - PNUMA".
Buenos Aires 23 y 24 de septiembre de 2003.



Identificación del Autor

Apellido y nombres del autor:	Valderrama Claudio Esteban
E-mail:	claudioabog@hotmail.com
Título de grado que obtiene	ABOGADO

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	VALORACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO AMBIENTAL
Título del TFG en inglés	Judicial Valuation of Environmental Damage
Integrantes de la CAE	Renella Laura – Tabarelli Romina
Fecha de último coloquio con la CAE	21 de Junio de 2011
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Valoración judicial del daño ambiental.pdf

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Publicación electrónica:
Inmediata

Después de.....mes(es)

Firma del alumno