

*Una mirada constitucional a la
responsabilidad por daño ambiental en el
Nuevo Código Civil argentino*

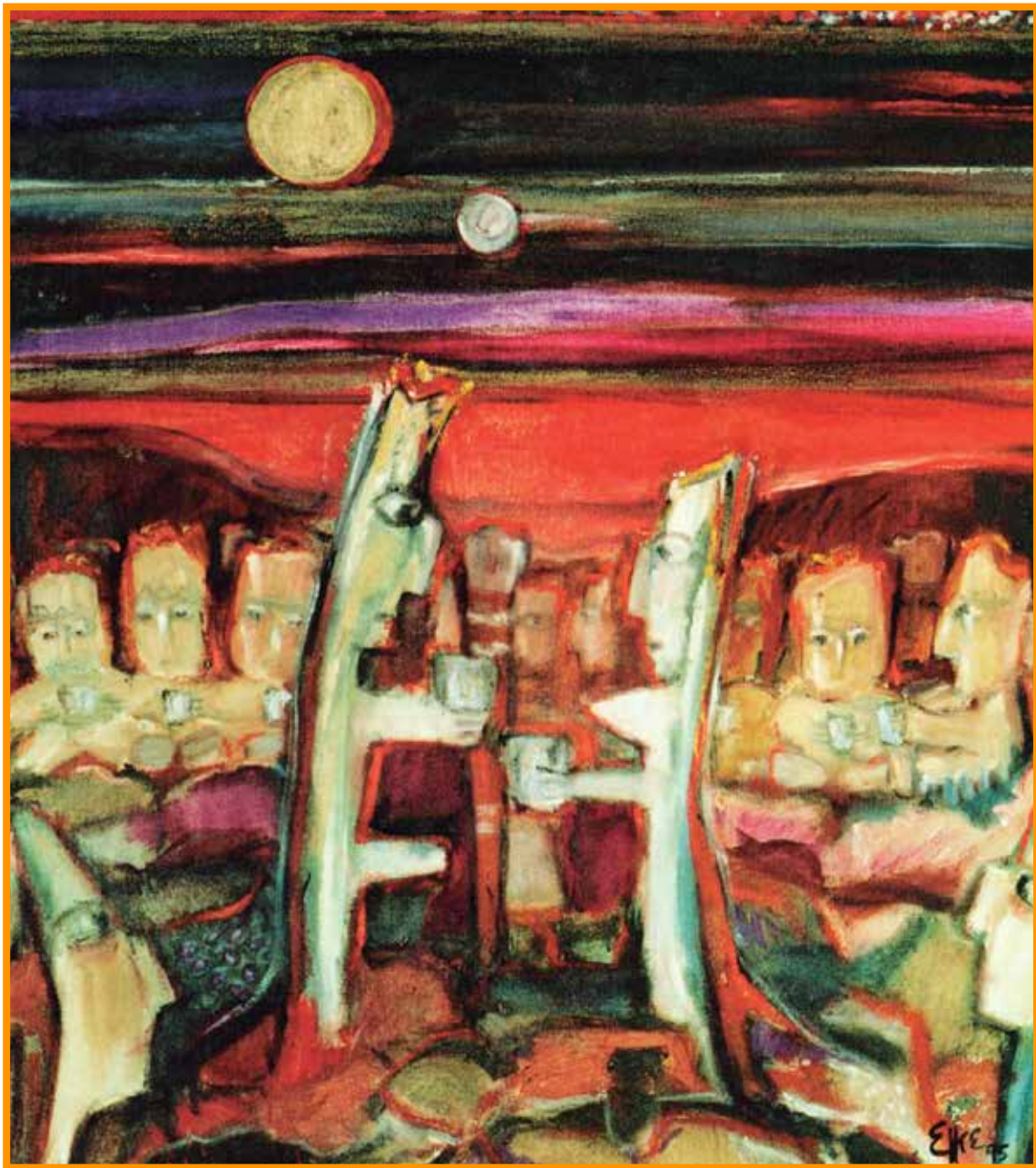
*A Constitutional Review of the Responsibility
for Environmental Damage in the
Argentinean New Civil Code*

Marcelo Alberto López Alfonsín* y Adriana Norma Martínez**

* Doctor en Derecho. Universidad de Buenos Aires.
E-mail: mlopezalfonsin@yahoo.com.ar

** Magíster en Ambiente Humano. Universidad Nacional de Luján.
E-mail: info@anmart.com.ar

Lex



Ceremonia. Colección privada en Lima. Óleo (110x100 cm), año 1998. Elke McDonald

RESUMEN

Se pretende abordar el tema de la responsabilidad por daño ambiental desde una visión innovadora, desde una mirada de la obligación constitucional de recomponer el ambiente. Solamente luego de establecer las bases, alcance y finalidad desde la perspectiva constitucional se estará en condiciones de abordar la cuestión ambiental en el nuevo Código Civil, atendiendo el marco competencial que se establece en el sistema federal argentino, en donde conviven normas de fondo con normas procesales y las leyes especiales de presupuestos mínimos de protección ambiental.

Palabras clave: *daño ambiental, Código Civil, Constitución, medio ambiente.*

ABSTRACT

It aims to address the issue of liability for environmental damage from an innovative vision, from a viewpoint of the constitutional obligation to repair the environment. Only after establishing the bases, scope and purpose from a constitutional perspective will be able to address environmental issues in the new Civil Code, following the Argentinean federal system, where co-exist standards background with procedural rules and special laws on minimum requirements for environmental protection.

Key words: *environmental damage, Civil Code, Constitution, Environment.*

1. Introducción. El ambiente como categoría del Derecho Constitucional

Se entiende por “ambiente” a la sistematización de diferentes valores, fenómenos y procesos tanto naturales como sociales que condicionan, en un determinado tiempo y espacio histórico, la vida y el desarrollo de organismos vivos, en una simbiosis integradora de relaciones de intercambio del hombre con los demás seres vivos, de los individuos entre sí, como también entre los diferentes recursos naturales renovables y no renovables. Es decir, que puede ser definido como “aquel sistema global constituido por elementos naturales, artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural, que rige y condiciona la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”¹.

El ambiente como bien jurídico puede ser considerado como bien colectivo, y así se distingue entre el “macrobién”, constituido por el ambiente global o sistema ambiental, y los “microbién”, que son sus partes o elementos integrantes del sistema.²

Siguiendo esta línea argumental, parte de la doctrina³ advierte que el ambiente puede entenderse en forma restrictiva o amplia. Para la primera postura, está integrado por el conjunto de elementos físicos que rodean —o entre los cuales se desenvuelve— la existencia de las personas. Así, la tierra, el aire, el agua, la flora, la fauna y todos aquellos objetos materiales que son obra del hombre conforman el ambiente, sean elementos de carácter natural o artificial. Mientras que para la segunda concepción —amplia—, el ambiente abarca también las circunstancias y condiciones físicas, sociales, culturales y económicas bajo las cuales se desenvuelve la vida humana.

¹ Ricardo L. Lorenzetti. *La protección jurídica del ambiente*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1997, p. 1463.

² Antonio Benjamín. “Funcao ambiental, Dano ambiental, Prencao, reparacao e represso”. *Revista Dos Tribunais* (1993), p. 60.

³ Gregorio Badeni. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2004.

La preocupación colectiva por el ambiente constituye un rasgo definitorio de nuestra época, que fue trasladado al ordenamiento jurídico. El Derecho tiende a representar las inquietudes de la comunidad; por ello, en materia ambiental se ha alcanzado un acelerado grado de desarrollo. Ese rápido desenvolvimiento exige revisar el punto de partida y cada uno de los sucesivos pasos en la consolidación de este nuevo paradigma.

La conservación de la naturaleza, en términos globales, es uno de los principales conflictos que atañen actualmente a toda la humanidad. A principios de la década de 1970, se da a conocer un importante informe elaborado bajo los auspicios del denominado “Club de Roma” sobre los límites del crecimiento. Esta entidad, formada por un grupo de personalidades del mundo científico, económico e industrial, unidas por la preocupación común acerca de la creciente amenaza implícita en los fenómenos de nuestra época para la evolución de la existencia humana, encargó a un equipo de investigación del MIT (Massachusetts Institute of *Technology*) la elaboración de un documento acerca de los problemas del ambiente y los recursos energéticos.

El trabajo, realizado sobre la base de la dinámica de sistemas de Jay W. Forrester, tomaba en consideración cinco parámetros o subsistemas: 1) incremento demográfico, 2) crecimiento industrial, 3) recursos naturales, 4) producción de alimentos y 5) contaminación del ambiente. De la investigación se desprendía que de proseguir el sistema vigente de crecimiento económico, una catástrofe planetaria podría producirse a mediados del siglo XXI. El estudio concluyó con la recomendación de una detención inmediata del ritmo de crecimiento, propugnando el “crecimiento cero” (*zero growth*). En estas coordenadas, bajo la sombría resurrección de la vieja y cuestionada “Ley de Malthus”, es que debe situarse la aparición de la inquietud ecológica. La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) convoca así a una Conferencia Internacional sobre Ambiente Humano, que se desarrolló en Estocolmo (Suecia) en junio de 1972, y en cuya declaración final aparece por primera vez el reconocimiento del derecho al ambiente sano como un derecho humano. En dicho documento se promueve, además, la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).⁴

En 1975 se publicó un segundo informe del “Club de Roma”, a raíz de una investigación dirigida por los científicos yugoslavos Pestel y Mesarovic, que, aunque en un tono de menor pesimismo, convalidaba las principales conclusiones del primero. Para evitar el desastre, se abogaba por un marco internacional de cooperación que planificara a largo plazo el uso de los recursos naturales de acuerdo a una ética sobre el crecimiento económico limitado y orgánico.

Un año después, en 1976, se da a conocer el tercer informe del “Club de Roma”, en el que un grupo de científicos dirigidos, en esa oportunidad, por el Premio Nobel de Economía

⁴ Su sede está situada en Nairobi, Kenya.

Jan Tinbersen, advertían que resultaba imprescindible un nuevo orden internacional que garantizara el fin de las grandes desigualdades entre países y un sistema de planificación general de la utilización de los recursos naturales.

En 1982, la Asamblea General de la ONU aprueba un documento que se denomina “Carta de la Tierra”, y una resolución de la misma establece la creación de la Comisión Mundial del Medio Ambiente, a la que le solicita, en un plazo de cinco años, la elaboración de un documento sobre la situación ambiental a nivel global.

En 1987, la llamada “Comisión Brutland⁵” publicó un documento titulado “Nuestro Futuro Común”, en el que se recomendaba la confección de una nueva carta o declaración universal sobre la protección ambiental y el desarrollo sustentable. No puede soslayarse otro antecedente de vital importancia en la historia del debate internacional sobre el ambiente y el desarrollo, que es, sin duda, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro —1992—, en donde se consolida un nuevo concepto para armonizar esta relación: el desarrollo sustentable.

En este contexto, se inicia en nuestro país el proceso de constitucionalización del Derecho ambiental. Solo después de establecer las bases, alcance y finalidad del mismo desde la perspectiva constitucional se estará en condiciones de abordar la cuestión ambiental en el nuevo Código Civil, atendiendo el marco competencial que se establece en nuestro sistema federal, en donde conviven normas de fondo con normas procesales y las leyes especiales de presupuestos mínimos de protección ambiental, conforme al mandato constituyente de 1994.

Asimismo, corresponde aclarar que, toda vez que el derecho a un ambiente sano forma parte de la tercera generación de derechos humanos —derechos de incidencia colectiva— se considera relevante proceder a la conceptualización de estos últimos, a efectos de determinar claramente sus características.

2. El proceso de constitucionalización de los derechos de incidencia colectiva en general.

La nueva dimensión de la democracia participativa, donde la relación del hombre con su entorno ha ampliado el espectro de la protección a la vida y a sus bienes esenciales, produce una categoría jurídica que desató una polémica entre los administrativistas y los procesalistas, pero que cuenta, en definitiva, con protección constitucional: los llamados “intereses difusos o colectivos”.

Los administrativistas los descalificaban, restándole todo tipo de protección jurídica, por no encontrar cabida en la clásica trilogía de Jellinek: “derecho subjetivo – interés legítimo – interés simple”. En efecto, los intereses difusos no están en cabeza de un sujeto determinado,

⁵ Recibe el nombre de quien la presidió, la entonces Primer Ministro de Noruega Gro Harlem Bruntland.

sino que se encuentran diseminados entre todos los integrantes de una comunidad. Frente a esta circunstancia, los procesalistas insistían en la necesidad de proteger la lesión ambiental con una acción de amparo colectivo que pueda ser ejercida legítimamente por cualquier habitante, tal como lo han adoptado las legislaciones de numerosos países.

La enorme ramificación y acentuada complejidad de las relaciones sociales y económicas actuales ha provocado una amplia gama de nuevas manifestaciones, algunas de carácter negativo, que a menudo lesionan o amenazan intereses fundamentales del individuo, o comprometen bienes del patrimonio común, o legítimos intereses de determinadas categorías sociales. En todos los casos, su precisa caracterización se ve dificultada porque pertenecen a una serie no detallada de personas, o bien de muy difícil o imposible determinación y que, además, no se hallan necesariamente unidas por un vínculo jurídico previo y concertado.

Morello, Hitters y Berizonce⁶ agrupan básicamente a estos intereses —sin pretender agotar su enumeración— en tres categorías:

- 1) Los relacionados con la ecología y la protección del ambiente;
- 2) Los vinculados a la defensa del consumidor; y
- 3) los referidos a los valores espirituales y culturales.

Con acierto señalan que los intereses difusos reposan en la noción de solidaridad social, provocando la unión de los individuos con fines de defensa, sin descartar la congregación grupal espontánea u ocasional, haciendo valer sus derechos de afectación que sufren como miembros de la colectividad o como titulares de un interés no ya particular o determinado, sino difuso, pero entrañablemente ligado a su esfera de desarrollo vital y a su libertad.

Al respecto, Héctor A. Mairal⁷ recordaba que las teorías jurídicas se construyen sobre la base de las instituciones existentes y adecuándose a estas, no a la inversa. El interrogante no será, entonces, qué grado de protección jurídica le corresponde a una determinada concepción de derecho subjetivo, como si dicha concepción fuera un dato tomado de la naturaleza de las cosas e independiente del intérprete. La pregunta es cuál es la noción de derecho subjetivo que mejor se aviene con el grado de protección jurídica que se considera, en este momento y para nuestra sociedad, preferible desde el punto de vista axiológico.

Los derechos humanos de tercera generación han sido consagrados para corregir las graves injusticias que sufre la humanidad. La doctrina los ha calificado como “derechos

⁶ Augusto Morello; Juan Carlos Hitters; Roberto Omar Berizonce. “La defensa de los intereses difusos”. En *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, 1982.

⁷ Héctor A. Mairal. *Sobre legitimación y ecología*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1984.

colectivos”, ya que los beneficios que derivan de estos cubren a toda la colectividad y no solo a individuos en particular. También los ha denominado “derechos de la solidaridad” por estar concebidos para los pueblos, grupos sociales e individuos. Finalmente, otro sector ha preferido nombrarlos “derechos de la humanidad” porque su objeto son bienes jurídicos que pertenecen al género humano, no solo a las generaciones presentes sino también a las futuras. La reforma constitucional de 1994 ha introducido en el Derecho argentino con la mayor jerarquía legislativa, esto es, a través de su consagración expresa en la Ley Suprema, los llamados “derechos de incidencia colectiva”, dentro del capítulo segundo de su parte dogmática denominado “Nuevos Derechos y Garantías”. Con esta denominación se incorporan también en el nuevo Código Civil. El artículo 240 establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles, que “debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva” (...) “no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”. Así, la norma dispone que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes propios debe ser armónico con los derechos de incidencia colectiva.

Este paso fundamental en la constitucionalización de los “derechos de tercera generación” o “de la solidaridad” se ha dado en perfecta sintonía con el reconocimiento por parte del Derecho comparado de la trascendencia de la temática ambiental a partir de mediados de la década de 1970. En efecto, en los últimos años, la inmensa mayoría de las Leyes Fundamentales, tanto a nivel nacional como en el derecho comparado, ha venido otorgando expresa jerarquía constitucional a esta moderna categoría jurídica, también denominada “derechos públicos subjetivos”, en palabras de Humberto Quiroga Lavié.

El derecho a gozar de un ambiente sano, que conjuntamente con el derecho al desarrollo, a la paz, a la libre determinación de los pueblos, al patrimonio común de la humanidad, y, finalmente el considerado por algún autor “megaderecho humano al desarrollo sustentable”,⁸ constituyen la pléyade de derechos humanos de tercera generación, que atraviesa y afecta todo el espectro jurídico, llegando a crear una nueva concepción político-filosófica: el Estado Social, Económico y Ambiental de Derecho.

Es relevante delimitar el alcance de los derechos de incidencia colectiva. Estos existen, con naturaleza propia, cuando un grupo más o menos determinado de personas protagonizan, en cabeza de cada uno de sus integrantes, relaciones con terceros que les generan perjuicios vinculados a un objeto no susceptible de apropiación exclusiva, o en relación con diversos bienes susceptibles de apropiación exclusiva, pero cualitativamente idénticos⁹.

⁸ Mario Peña Chacón. “La transversalidad del Derecho ambiental y su influencia en el instituto de la propiedad y otros derechos reales”. *Revista Jurídica Lex – difusión y análisis*, 96, vol. VII (junio 2003), edición especial de octavo aniversario, México; y en *Revista Digital de Derecho Ambiental* del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, segunda edición, abril 2004, Paraguay, www.idea.org.py/rda

⁹ Humberto Quiroga Lavié. *El amparo colectivo*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1998.

En suma, la incidencia colectiva está estrechamente vinculada con el grado de afectación, ello por cuanto, en estos supuestos, la afectación atañe a una pluralidad de sujetos, es decir, se trata de una afectación “transindividual”. La titularidad de los derechos colectivos, subjetivamente no recae sobre un individuo en particular, sino que, por el contrario, pertenece a un colectivo de personas. No se trata de un grupo determinado de sujetos sino de dificultosa o imposible individualización, en el que sus integrantes están vinculados por una relación jurídica específica. Cada uno será titular del derecho en una especie de “cuota parte”; en otros términos, es un bien indivisible y no fraccionable, por ende, es adjudicable en cuotas a cada uno de sus titulares.

Adoptar como punto de partida la terminología “derechos de incidencia colectiva” permite aseverar que estos son derechos fundamentales¹⁰, y en consecuencia, sostener: 1) que existen derechos fundamentales subjetivos como también derechos fundamentales colectivos; 2) que los derechos de incidencia colectiva deben contar con un elemento que los constituya y determine; 3) que estas prerrogativas no son sinónimo de un colectivismo que arrasa con los tradicionales derechos subjetivos; 4) que no resultan equiparables a obligaciones constitucionales que consisten en políticas dependientes de la discrecionalidad del Estado; 5) que ha quedado superada la antigua trilogía “derecho subjetivo-interés legítimo-interés simple”, así como su correspondiente gama de protección judicial y administrativa y 6) que pueden existir colisiones entre derechos subjetivos y derechos de incidencia colectiva, o bien, entre los propiamente colectivos que se resolverán en la “dimensión del peso”.¹¹

3. La constitucionalización del ambiente

Tomando la cuestión ambiental como punto de partida, los ordenamientos jurídicos han tratado de reglamentarla desde diversos ángulos. Argentina incorporó, como se ha señalado, una cláusula ambiental en su reforma constitucional de 1994. La propia Ley Suprema ha definido una determinada situación jurídica, en términos que lo hacen identificable o discernible para el intérprete que a su vez ha contemplado —o no ha excluido— la consideración de esta como un derecho, a partir de la entrada en vigor de la norma que lo enuncia: la propia Constitución. En consecuencia, el derecho que preexiste a la ley no podrá ser desnaturalizado

¹⁰ Si bien utilizamos la voz “derechos fundamentales” es por razones prácticas, ya que a nuestro entender existe una diferencia entre estos y los derechos humanos. Siguiendo a Pérez Luño, entendemos por “derechos humanos” el “(...) conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”, y por derechos fundamentales “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en mayor parte de los casos en su normativa constitucional (...) Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho”. Antonio Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 13ª edición. Madrid, España: Tecnos, 1984.

¹¹ Andrés Gil Domínguez. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 131.

por esta, sin incurrir en una inconstitucionalidad, toda vez que implica, quebrar su núcleo esencial¹².

La constitucionalización del ambiente es, sin duda, producto de un proceso de culturización, es decir, la consagración de valores relevantes de la sociedad de forma tal que puedan ser proyectados por los órganos del Estado como políticas y planes de la administración, además de garantizar su reconocimiento como derecho y, como corolario, su protección. Se trató de un nuevo paso, la conquista de los denominados “derechos de tercera generación”, en una operación que no difiere sustancialmente de la que acaeció tiempo atrás con la recepción de los derechos sociales.¹³

La propia definición de ambiente que ya señalamos ha ido evolucionando hacia distintos contenidos a partir del sistema de relaciones entre el hombre, la sociedad y la naturaleza. Las estrechas vinculaciones entre estos elementos es a tal punto interdependiente que, como señala Gallopin,¹⁴ “el conjunto de las relaciones humanas inciden sobre el sistema ecológico natural, y el conjunto de los efectos ecológicos generados en la naturaleza inciden sobre el sistema social”.

Repetimos: el derecho al ambiente sano es un derecho humano fundamental.¹⁵ Destaca Ferrajoli¹⁶ que,

desde una definición formal o estructural, los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o individuos con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva —de prestaciones— o negativa —de no sufrir lesiones— adscrita a un sujeto por una norma jurídica, y por *status* la condición de sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.

Al respecto, la Declaración de Estocolmo de 1972 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano señalaba que: “(...) el hombre tiene derecho fundamental a la libertad y a la igualdad, dentro de condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar. Asimismo, tiene el deber fundamental de proteger y de mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras”.

¹² Javier Jiménez Campo. *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*. Madrid, España: Trotta, 1999.

¹³ Augusto M. Guevara Palacios. “Algunos aspectos del medio ambiente en el Derecho Constitucional comparado”. Suplemento “Actualidad” de la *Revista Jurídica Argentina La Ley* (agosto 2004).

¹⁴ Gilberto Gallopin. *Enfoques alternativos en la evaluación del impacto ambiental*. San Carlos de Bariloche: Fundación Bariloche, Departamento de Recursos Naturales y Energía, CIFCA, 1977.

¹⁵ STC 227/1988, del 29 de noviembre de 1988.

¹⁶ Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, España: Trotta, 2004, p. 37-38.

La concepción del derecho a un ambiente sano como un derecho-deber fue receptada en la primera parte del artículo 41, a partir de los calificativos “sano y equilibrado”, como también en el compromiso intergeneracional de su preservación.¹⁷

El constituyente de 1994 previó expresamente dos cualidades que deben exigírsele al ambiente: la sanidad y el equilibrio. La primera calidad acompaña desde sus orígenes a la corriente ecologista. El término “sano” no está exclusivamente ligado a la preservación y no contaminación de los elementos que integran el ambiente. En sentido contrario, el concepto es utilizado de una manera más abarcadora, tal como surge de los debates de la Convención Constituyente. En efecto, este deber se extiende a que los ámbitos construidos por el hombre cumplimenten determinados requisitos mínimos de bienestar. Respecto a la segunda calidad, es preciso destacar que no se trata de una noción que hace referencia al equilibrio natural del ambiente. Lo que se pretende garantizar es el equilibrio de los ambientes transformados por el hombre, lo cual significa que las modificaciones que se produzcan sobre el mismo deberán realizarse en condiciones aceptables, equivalentes a las que resultan de la propia actividad del hombre¹⁸.

Con relación a la proclamación del ambiente en la Ley Fundamental como un derecho-deber, es dable reseñar que el diseño constitucional clásico del demoliberalismo se caracteriza, principalmente, por la organización del poder dividido y limitado, como también por las declaraciones de derechos. Ello explica por qué en las constituciones sancionadas bajo esta corriente, se encuentra ausente el factor coactivo. Sirva de ejemplo nuestra Constitución histórica, que no obstante contemplar varios delitos, tales como el artículo 29 y el antiguo artículo 103 —actual artículo 119—, en lo concerniente a las sanciones remite a la legislación reglamentaria.

Por consiguiente, tampoco es usual advertir en los textos constitucionales deberes positivos, aunque puede mencionarse como una excepción la obligación de todos los ciudadanos de armarse en defensa de la patria y de la Constitución —artículo 21—. Ello por cuanto, el fin último del constitucionalismo demoliberal del siglo XIX era garantizar la libertad de los habitantes, lo que era susceptible de alcanzarse mediante declaraciones y reconocimiento de derechos que, en definitiva, funcionaban como restricciones al poder estatal. Así, la textura de la Constitución se definía claramente por la división del poder y la declaración de derechos.

La reforma constitucional de 1994 se aparta de esta tradición e incorpora deberes constitucionales. Por supuesto, estos debían adicionarse a las obligaciones explícitas que se encontraban establecidas como contracara de los derechos reconocidos en el texto anterior.

¹⁷ Recuérdese que el tema habilitado por el artículo 3º, inciso k) de la Ley N° 24.309 era “preservación del medio ambiente”, de ahí la utilización de este vocablo.

¹⁸ Maximiliano Toricelli. “La idea del constituyente sobre la protección ambiental”. *El Dial*, DC53.

Específicamente, en materia ambiental se dispuso que todos los habitantes de la Nación tienen el deber de preservar el ambiente, sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.

De este modo, resta determinar si esta incorporación de deberes constitucionales implica un cambio de perspectiva acerca de la defensa de los derechos humanos. Se torna dificultoso responder a esta interrogante teniendo en cuenta, únicamente, las normas sancionadas en 1994. Sin embargo, debe destacarse que existe en aquellas una posibilidad de desarrollo legislativo que no se agota con las leyes constitucionales u orgánicas complementarias de la reforma, sino de la delimitación del alcance de los derechos y las garantías que vayan instituyendo las normas reglamentarias, así como la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que contribuya a afianzar el contenido obligacional de la reforma, a efectos de dotar de una verdadera operatividad a los derechos declarados. Y, sobre todo, la nueva perspectiva dependerá de un cambio de paradigma social, en el que se privilegie la responsabilidad entendida como capacidad para responder frente a terceros, con conductas de “hacer” y de “no hacer”. Sin duda, se trata de un importante desafío para este siglo de los derechos humanos, relacionado con la capacidad de las democracias para transformar las normas declarativas en derechos efectivamente operativos.¹⁹

En otro orden de ideas, es trascendental mencionar que la noción de “desarrollo sustentable” fue incorporada al lenguaje del Derecho Internacional en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro —1992— en la frase: “(...) y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (...)”.

Sin perjuicio de ello, la novedad más importante de la cláusula constitucional la trae la expresión “apto para el desarrollo humano”. La Constitución Argentina es la primera en el mundo que recoge este novísimo concepto, en consonancia con la moderna y progresista visión de los informes del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) elaborados a partir de 1990. Así, el desarrollo humano es el verdadero paradigma constitucional ambiental.²⁰

Otra particularidad relevante es la inclusión del daño ambiental dentro del texto constitucional. Expresamente, la última parte del primer párrafo establece que el daño ambiental conllevará prioritariamente la obligación de “recomponer”, es decir, que una vez que se produce el perjuicio aparecerá el deber de recomposición, lo que significa que las cosas deberán volver al estado anterior en el que se encontraban, siempre que resultare posible. Esto, en modo alguno, implica excluir la reparación del menoscabo causado. En igual sentido, la

¹⁹ María Angélica Gelli. “Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994”. LL 1995-C.

²⁰ Para ampliar: Marcelo López Alfonsín. “El desarrollo humano como mandato constitucional”. *Revista RAP*, 432, Año XXXVI.

Ley General del Ambiente²¹ en principio exige recomponer, no obstante puntualizar que, si no fuera técnicamente factible, se aplicará una indemnización sustitutiva, determinada por la justicia ordinaria y depositada en el Fondo de Compensación Ambiental creado por la misma norma.

En una primera aproximación que ampliaremos más adelante, puede afirmarse que el daño ambiental se relaciona con el principio organizativo del sistema ambiental, y existe cuando esa afectación es apta para impactar sobre la vida. Por tanto, no puede identificarse el daño ambiental con cualquier lesión a un recurso ambiental. En forma genérica, daño al ambiente es toda disfunción ambiental que se traduce en una lesión o menoscabo al derecho de incidencia colectiva a que no se altere en modo perjudicial la calidad de vida o el equilibrio ambiental.

Se trata de una nueva concepción del daño, por lo que la normativa aplicable a la reparación de los perjuicios ocasionados sobre los derechos subjetivos no resulta eficaz. Aceptado y adoptado este estándar, deben articularse los medios idóneos para obtener —dentro de límites racionales y compatibles con los intereses involucrados— el cese de los procesos que conlleven en sí mismos el peligro de generar un perjuicio, a efectos de frustrar la amenaza de daño que potencialmente implican.

Con base en lo expuesto, pueden distinguir en esta instancia introductoria de la cuestión dos especies de daños ambientales: 1) el daño a la persona, en el que las disfunciones ambientales pueden traducirse en un perjuicio a un “microbién” que integra el patrimonio de una persona o en un menoscabo a su salud, y 2) el daño al ambiente en sentido estricto, donde las disfunciones ambientales pueden producir una lesión al ambiente como “macrobién”, sin que medie daño inmediato a personas determinadas o a su patrimonio. Existe un perjuicio al ambiente, como bien jurídico autónomo, sin soslayar que la destinataria final de la tutela es la persona humana, ya que el derecho al ambiente sano integra —como ya lo hemos remarcado— el elenco de los derechos humanos fundamentales.

Como correlato, y atendiendo a la clasificación de los daños en directos e indirectos, puede señalarse que existe un daño ambiental directo, constituido por cualquier tipo de degradación física, química o biológica relevante del ambiente, que no debe confundirse con la lesión a bienes particulares. Abarca el deterioro al entorno o hábitat, el menoscabo al paisaje, y el perjuicio al patrimonio cultural. Se trata del daño al bien colectivo, no resarcible en la concepción tradicional, pero actualmente indemnizable, para los miembros de la comunidad. En tal supuesto, existe una protección inmediata al ambiente. Por su parte, el menoscabo recae sobre la persona y su patrimonio. Se trata así de una protección mediata sobre el ambiente en sentido estricto.

²¹ Ley N° 25.675, publicada en el B.O. del 28/11/2002.

En otras palabras, cuando se ocasiona un perjuicio generalmente se está en presencia de un supuesto de responsabilidad individual producido por uno o varios sujetos individualizados, o por cosas pertenecientes a una o varias personas también determinados. Sin embargo, en materia de daños ambientales puede suceder que el sujeto que lo lleva a cabo no esté individualizado entre los integrantes de un grupo de posibles responsables. En este caso, hay que considerar dos situaciones: 1) un autor indeterminado dentro de un grupo determinado y 2) un autor indeterminado dentro de un grupo indeterminado. En la temática ambiental, cabe hacer una distinción basada en el tipo de responsabilidad si la causa del menoscabo es individual aunque ignorada o, si el perjuicio es ocasionado colectivamente —siendo la causa del mismo grupal—, se trata de daños colectivos. Ahora bien, cualquiera sea el origen de estos perjuicios lo cierto es que pueden ser sufridos por algunos particulares determinados, por la colectividad o, por ambos conjuntamente.²²

No puede dejar de advertirse que cuando se encuentran lesionados o amenazados derechos de incidencia colectiva, la tutela judicial efectiva no puede hallarse en un clásico proceso individual. La condición de “colectivos” son el punto de inflexión que modifican sustancialmente las figuras procesales tradicionales, poniendo de manifiesto una nueva realidad jurídica basada en el fenómeno de lo transindividual.

Una protección eficaz de esta tipología de derechos trae consigo la incorporación de los procesos con igual carácter, constituyendo estos últimos el mecanismo indispensable para consagrar el valor justicia.

La tarea de implementar un proceso colectivo no es sencilla porque el perfil del proceso individual, marcado por el significado de la legitimación y la extensión de la cosa juzgada se encuentra profundamente arraigado en la visión que sobre el mismo se ha desarrollado desde una perspectiva cultural. El proceso colectivo presenta modificaciones radicales respecto del individual, antes de su iniciación —amplitud en materia de legitimación—, durante su tramitación —el número de personas que forman parte del grupo puede ser abierto—, y después de dictada la sentencia de fondo —alcance subjetivo de la “res iudicata”²³. Esta tarea es aún hoy, a más de 20 años de la reforma constitucional, una asignatura pendiente.

Por otro lado, el párrafo segundo del artículo 41 establece una obligación de amplio alcance: la de “proveer” a la protección de este derecho por parte de “las autoridades”.

En similar sentido, el artículo 45.2 de la Constitución Española de 1978 refiere a “los poderes públicos”. Esto implica que el deber constitucional recae sobre todas las autoridades públicas, tanto desde el plano horizontal —competencias— como vertical —jerarquías—. El

²² Tomas Hutchinson. “El daño ambiental colectivo”. *Anales*. Nueva serie, 39 (2008).

²³ Claudia B. Sbdar. “Tutela efectiva del ambiente”. LL 2009-A, p. 1043.

Estado se encuentra obligado a proveer los medios necesarios para la protección de los valores enunciados en el precepto constitucional, es decir, que deberá proveer a: 1) la protección de este derecho, 2) el uso racional de los recursos naturales, 3) la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y 4) la información y la educación ambientales.

Por su parte, en el tercer párrafo del artículo 41 se consagra la distribución de competencias entre la Nación y las provincias en materia legisferante, con la finalidad de implantar las bases de un auténtico “federalismo de concertación”, por el que ya se había pronunciado la doctrina, tema que será abordado en otro punto del presente trabajo.

En el cuarto párrafo de la cláusula ambiental constitucional se establece la prohibición de introducir en el territorio nacional residuos actual o potencialmente peligrosos y los radiactivos. No obstante, vale aclarar que dicha prohibición desde el ámbito legislativo ya estaba prevista a través de la Ley N° 24.051²⁴ de residuos peligrosos, que es anterior a la reforma constitucional, por lo cual implica una tarea adicional de interpretación que sin duda menoscaba el objetivo primordial de la misma, que es el de resguardar al ser humano así como a su entorno ambiental de los peligros que generan los residuos radiactivos tanto en lo inmediato como en el futuro.

Desde una perspectiva general, puede aseverarse que el balance de la constitucionalización del ambiente es altamente positivo. No solo por el contenido del derecho reconocido con fuerza normativa en la Ley Fundamental, desde el enfoque de los derechos humanos, sino también porque coadyuva a marcar el eje desde la materia constitucional a las diversas ramas del Derecho, sean estas públicas o privadas. El ambiente es en sí mismo un objeto de estudio transdisciplinario, y exige múltiples visiones jurídicas, pero sin perder la perspectiva global que debe dar el Derecho constitucional para la adecuada interpretación jurídica.

La protección eficaz del ambiente no depende exclusivamente de los aspectos normativos, ni de la actuación de los poderes públicos; por el contrario, es indispensable que esta tutela legal se complemente con el activismo judicial ejercido en pos de la salvaguarda de ese derecho, por el diseño de las políticas públicas y, finalmente, por el accionar de cada habitante en su carácter de parte integrante del ambiente.

A esta misma dirección apunta la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al respecto en el *leading case* “Mendoza”²⁵, el Máximo Tribunal sostuvo:

El reconocimiento de *status* constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño

²⁴ Ley N° 24.051, publicada en el B. O. el 17/1/1992.

²⁵ CSJN, Fallos 329:2316, “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros” (2006).

ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente.

En síntesis, el paradigma constitucional ambiental toma especialmente en cuenta el interés colectivo, para garantizar el individual. Así, en aras de salvaguardar relevantes valores comunitarios —entendiendo como bien tuitivo la propia naturaleza— permite limitar derechos individuales. Por ello, el ya mencionado artículo 240 del nuevo Código Civil se encuadra en perfecta sintonía. Vale señalar que, en similar sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional español²⁶ al admitir el valor “calidad de vida” y, como una derivación lógica de este, la necesaria tutela del ambiente, como criterios legitimadores para imponer restricciones al derecho de propiedad y demás actividades económicas lesivas para dichos bienes constitucionales.

Así, la cláusula ambiental constitucional y el nuevo Código Civil suponen un idéntico planteamiento positivo al establecer directrices básicas de acción tendientes no solo a proteger y defender, sino también a mejorar y, cuando corresponda, restaurar el ambiente. Constituye una concepción concreta de la interacción del hombre y la naturaleza, a través de la cual se consideran los sujetos históricos que operan en un determinado medio en el que estos desarrollan su personalidad.²⁷ Este es el marco constitucional en el que deben encuadrarse las normas de desarrollo infraconstitucional, sean estas las de presupuestos mínimos de protección ambiental o la legislación de forma o de fondo, siempre en concordancia con el paradigma ambiental constitucional como mandato a los poderes constituidos.

4. El desarrollo constitucional: los presupuestos mínimos de protección ambiental

La reforma constitucional de 1994 trajo consigo un cambio radical en el federalismo argentino, toda vez que a partir de la incorporación del tercer párrafo del nuevo artículo 41 se produce una modificación trascendental en el esquema de reparto de competencias en materia ambiental entre la Nación y las provincias, lo que comprende la distribución de roles y de responsabilidades entre las autoridades de un régimen federal con distintos órdenes gubernamentales.

El deslinde de competencias que efectúa la cláusula constitucional se enmarca en un modelo por demás novedoso, que exige una exégesis pormenorizada a fin de alcanzar

²⁶ STC 227/1988, del 29 de noviembre de 1988.

²⁷ Antonio Enrique Pérez Luño. “Art. 45. Medio Ambiente”. En AAVV. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV. Director Alzaga Villamil, O. Madrid, España: Editorial Cortes Generales, 1996.

su comprensión global. Se trata de un sistema peculiar que engendra una nueva forma de distribución de las facultades legislativas permitiendo la incorporación de normas provinciales “complementarias” a los estándares mínimos que el Congreso de la Nación establece para todo el territorio nacional.

En lo que a la materia ambiental estrictamente respecta, el punto neurálgico de la cuestión se encuentra en el tercer párrafo del artículo 41, que expresa: “Corresponde a la Nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”. Estas normas —introducidas como una nueva categoría por el constituyente reformador— deberán ser interpretadas de acuerdo con los principios generales aplicables a la división de competencias entre la Nación y las provincias que surgen de los artículos 1º y 121 del texto constitucional.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la Nación posee una competencia de excepción ya que resulta de una delegación expresa, hecha a su favor por parte de las provincias. Los Estados locales tienen una competencia general, conformada por todas las atribuciones remanentes, o sea todas aquellas que no le han sido expresamente reconocidas a la Nación. A mayor abundamiento, la Ley Suprema también prescribe que la competencia nacional tiene jerarquía superior a la provincial, por lo que se considera suprema.²⁸

Sostenemos que la visión federal se ha ampliado en varios aspectos de nuestro derecho sustantivo a partir de la última reforma constitucional. Justamente, con anterioridad a la misma, las normas dictadas por la Nación en materia ambiental, en principio, no resultaban aplicables en las jurisdicciones provinciales, salvo que estas adhirieran en forma expresa a dicha reglamentación nacional. En cambio, a partir de 1994, el Congreso de la Nación está facultado²⁹ para sancionar leyes de “presupuestos mínimos” de aplicación en todo el territorio del país, sin necesidad de adhesión alguna por parte de las provincias.

En este contexto, la habilitación que le otorga el constituyente al Gobierno Federal en materia ambiental se viabiliza a través del concepto jurídico indeterminado de “presupuestos mínimos de protección”. Por ende, la determinación precisa del contenido de dicho concepto se torna de vital importancia, ya que constituye la llave que habilitará —o no— la competencia

²⁸ María Eugenia Di Paola, y Sabsay Daniel Alberto. “El federalismo y la nueva ley general del ambiente”. LL 2003-A, p. 1385.

²⁹ Consideramos que esta facultad es propia del Poder Legislativo por considerarse esta reglamentación normativa propia de dicho poder al tratarse el derecho al ambiente sano de un derecho fundamental. La necesidad de una ley en sentido formal surge del estándar impuesto por la Opinión Consultiva N° 6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una opinión en sentido más amplio de “normas” a ser dictadas también por el Poder Ejecutivo es sostenida por Daniel Sabsay.

normativa federal, y esta determinación deberá responder necesariamente a una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico desde la perspectiva constitucional.³⁰

La definición de dicho concepto ha sido proporcionada por el legislador al señalar que:

Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.³¹

A mayor abundamiento, es relevante señalar que el Consejo Federal del Medio Ambiente³² —COFEMA—, integrado por las autoridades ambientales provinciales y la autoridad nacional en la materia, se pronunció sobre el alcance y el contenido que deben tener las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental. Estos deben ser entendidos como:

(...) el umbral básico de protección ambiental que corresponde dictar a la Nación y que rige en forma uniforme en todo el territorio nacional como piso inderogable que garantiza a todo habitante una protección ambiental mínima más allá del sitio en que se encuentre. Incluye aquellos conceptos y principios rectores de protección ambiental y las normas técnicas que fijen valores que aseguren niveles mínimos de calidad. La regulación del aprovechamiento y uso de los recursos naturales constituyen potestades reservadas por las provincias y por ello no delegadas a la Nación. En consecuencia, el objeto de las leyes de presupuestos mínimos debe ser el de protección mínima ambiental del recurso y no el de su gestión, potestad privativa de las provincias.³³

A través del precepto constitucional solo se delegó a la Nación la facultad de dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental.³⁴ Siendo que en todo lo demás, las provincias conservaron sus atribuciones para dictar normativa complementaria en resguardo del ambiente e incluso se reservaron facultades para extender el piso de protección fijado por la normativa federal. Ello obedece, a que en cada Estado local existen necesidades particulares que requieren soluciones específicas. Es clave, entonces, adentrarse en la problemática ambiental y la relación Nación-provincias, en particular en cuanto a las

³⁰ Rodrigo Vera. “Ley de Bosques Nativos: ¿supera el test de constitucionalidad que le presenta el federalismo argentino?”. LL, 2008.

³¹ Ley N° 25.675, artículo 6°.

³² Su acta constitutiva fue incorporada como anexo a la Ley N° 25.675.

³³ COFEMA (Consejo Federal del Medio Ambiente), Resolución N° 92/2004, artículo 1°.

³⁴ Para ampliar: José Alberto Esaín. “Hacia la consolidación de un Derecho Ambiental autónomo y expansivo (Resumen de los últimos diez años del Derecho Ambiental argentino)”. *Revista de Derecho Público*, 2 (2013).

cuestiones de dominio y jurisdicción federal y local. En este punto, la cláusula introducida en el ya analizado tercer párrafo del artículo 41 Constitucional por la reforma de 1994 y el último párrafo del artículo 124 de la Constitución Nacional, en virtud del cual se reconoce a las provincias el “dominio originario” de los recursos naturales existentes en su territorio, son las llaves maestras.

En nuestra opinión, la facultad del Congreso de la Nación de dictar los “presupuestos mínimos de protección ambiental” y las correspondientes a las provincias de sancionar las normas “necesarias para complementarlas” no implican, en modo alguno, contradicción con la declaración del “dominio originario” por parte de estas últimas en relación con sus propios recursos naturales.

Bidart Campos³⁵ ha afirmado que el paradigma ambiental constitucional implica hoy que la norma o las normas —sea a través de una legislación marco o de diversas leyes regulatorias para cada aspecto en particular— de presupuestos mínimos a dictar por la Nación son un piso al que las provincias quedan habilitadas para colocar un techo más alto para complementarlas, en virtud de la potestad de estas de extender la protección ambiental en sus territorios.³⁶ Por supuesto, esto no supone que los Estados locales puedan sancionar reglamentaciones complementarias de leyes nacionales de protección ambiental cuando estas tengan que ver con materias objeto de los códigos de fondo, como el caso del Código Civil. El artículo 75, inciso 12 —exartículo 67, inciso 11— es muy claro en este punto. Es evidente que esta competencia federal de legislación no significa que pueda centralizar su jurisdicción en materia ambiental. Máxime cuando la reforma de 1994 enuncia un principio general de amplia significación y trascendencia, en las palabras de Sabsay,³⁷ al asignarle a las provincias la facultad de disponer de sus recursos naturales y sus ambientes. Se pregunta este autor cómo se complementan ambas facultades, y responde: “Es que la facultad de dictar normas básicas ha sido delegada a la Nación por las provincias, *siempre que la misma no importe un vaciamiento de tal dominio*”. Para nosotros, aquí se encuentra la clave de bóveda de la cuestión analizada.

Cabe recordar que el constituyente reformador fue habilitado para tratar la totalidad de la cuestión ambiental bajo el rótulo de “preservación del medio ambiente” en virtud del inciso k) del artículo 3º³⁸ de la Ley Nº 24.309³⁹ con una limitación expresa: cualquiera fuera el alcance

³⁵ Germán Bidart Campos. *El artículo 41 de la Constitución y el reparto de competencia entre el Estado y las provincias*. Dj, 1997.

³⁶ En similar sentido. María Angélica Gelli. “La competencia de las provincias en materia ambiental”. LL, 1997.

³⁷ Daniel Sabsay. “El nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias Nación – provincias”. Dj, 1997.

³⁸ Ley Nº 24.309, artículo 3º.- “Se habilitan también para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación: (...) K) Preservación del medio ambiente. Por habilitación de un artículo nuevo a incorporar en el capítulo segundo de la primera parte de la Constitución Nacional (...)”.

³⁹ Ley Nº 24.309, publicada en el B.O. del 31/12/1993.

que le diera el constituyente al contenido temático autorizado, este debía estar circunscrito a un solo artículo a ser incorporado en el Capítulo II de la Primera Parte de la Constitución Nacional⁴⁰. Debe tenerse presente esta limitación preconstituyente fijada por el Congreso de la Nación —de conformidad con el artículo 30 de la Ley Fundamental— pues jugó un rol muy importante al momento de la redacción definitiva de la cláusula ambiental del artículo 41, máxime cuando la misma fue el resultado del consenso de 124 iniciativas parlamentarias presentadas por los 305 convencionales constituyentes.

El texto definitivo aprobado se decidió en la Comisión de Redacción —la cual actuó de hecho como una especie de “filtro” previa a la discusión plenaria de cada tema— de la Convención Constituyente.⁴¹ Fue allí donde se produjo un fuerte debate entre los defensores del proyecto —que en definitiva recogió el consenso de los miembros de la comisión originaria— y algunos integrantes del órgano redactor, que impulsaban una modificación al anterior artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional —actual artículo 75, inciso 12—, incluyendo entre las atribuciones del Congreso de la Nación la de “dictar un Código Ambiental” junto al resto de la legislación común.⁴² Aquí es importante notar no solamente lo que la Carta Magna dice, sino también lo que omite decir. En efecto, en muchas iniciativas presentadas de reformas del texto constitucional se incluía dentro del tema habilitado ya mencionado la atribución del Congreso de “dictar un Código Ambiental”, es decir, sumar esta temática a la legislación de fondo o común, en forma equivalente a los Códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería. A estos cuatro cuerpos se les había agregado en la reforma de 1957 el del Trabajo y Seguridad Social, y en 1994 se le adicionó “en cuerpos unificados o separados”, por lo que se infiere que el cuerpo consideró que estaba facultado para reformar el anterior artículo 67, inciso 11 Constitucional. Este intento fracasó, y el plenario de la Convención Constituyente finalmente sancionó el texto del nuevo artículo 41, desechando así la modificación que había sido fundada bajo el tema habilitado como “actualización de las facultades legislativas”.

Más allá de la técnica legislativa elegida, no destacable precisamente por su rigor, es clara la voluntad del constituyente de 1994 de no incluir esta materia con los mismos alcances que los códigos de fondo, lo que refuerza la interpretación de “legislación de base”, o “ley marco” que se propugna.

⁴⁰ Ver el análisis de dicha norma en: Alberto R. Dalla Vía. *Constitución de la Nación Argentina comentada*. La Plata, Buenos Aires: Librería Editora Platense, 1994 y; Alberto R. Dalla Vía, y Alberto García Lema. *Nuevos derechos y garantías*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni, 2008.

⁴¹ En similar sentido actuó la Comisión de Negocios Constitucionales en la histórica Convención de Santa Fe de 1853, integrada entre otros por Benjamín Gorostiaga y José María Gutiérrez.

⁴² El antecedente legislativo de dicha iniciativa puede rastrearse en el denominado “Código Blanco”, una iniciativa parlamentaria del legislador homónimo que presidía entonces (1993) la Comisión de Recursos Naturales y Conservación del Medio Ambiente de la Cámara de Diputados de la Nación.

Lo apuntado anteriormente es muy importante al momento de la interpretación constitucional, por cuanto reiteramos que los textos deben ser valorizados tanto por lo que dicen como por lo que omiten o se abstienen de enunciar. Este criterio hermenéutico es clave para afrontar la perspectiva del desarrollo legislativo infraconstitucional posterior a la reforma de 1994. Tal como se advertía, es evidente que la voluntad del legislador constitucional está mucho más próxima a la “legislación de base”, propia del Derecho constitucional español que de una delegación provincial de poderes en el gobierno federal, lo cual ratifica la posición —con la cual concordamos— en cuanto a la afirmación del federalismo ambiental producida con la reforma de 1994 es un “federalismo de concertación”.

En tal sentido, la ya mencionada Resolución N° 92/2004 del Consejo Federal de Medio Ambiente estableció que toda interpretación que se realice sobre el contenido de protección ambiental debe tener carácter sumamente restrictivo, lo que significa que su objetivo debe mantener una relación directa y concreta con la finalidad de protección ambiental sin desvirtuar las competencias reservadas a las provincias, vaciando de contenido a los artículos 122 y 124 de la Constitución Nacional, este último quizás el aporte más sustantivo de la reforma al fortalecimiento del federalismo argentino.

5. La obligación constitucional de recomponer el daño ambiental

El artículo 41 de la Ley Fundamental introduce en el marco constitucional la noción de “daño ambiental” y lo hace desde una lógica novedosa para nuestro ordenamiento jurídico interno. Adviértase que en este, todo el régimen de daños fue pensando desde sus orígenes a partir de la idea de reparación. Sin embargo, el dispositivo constitucional establece que “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”. Es decir que dejando a un lado la lógica reparativa, se postula la recomposición de los perjuicios como una obligación primaria, esto es, que una vez acaecido el daño ambiental, aparece el deber de volver las cosas al estado anterior en el que se encontraban.

A partir de 1994, pues, y atento los términos de la norma constitucional, se planteó el desafío de la redefinición de la función general del derecho privado y sus aportes a la tutela ambiental: la opción entre sostener la aplicación de normas generales y confiar en su aptitud para la resolución de la cuestión de la recomposición de este particular daño, o diseñar nuevas normas especiales que la contemplen y regulen. El constituyente reformador difirió la regulación del tema al legislador ordinario, como corresponde a una norma de desarrollo constitucional, y el Congreso de la Nación optó en el año 2002 por el segundo criterio, sancionando una legislación específica.

La cuestión no se agota aquí; muy por el contrario, los constituyentes dejaron la puerta abierta para que el legislador profundizara aún más esta idea. En este contexto, tiene un rol

protagónico la Ley General del Ambiente. Esta se trata de una normativa mixta⁴³ que aparte de establecer los presupuestos mínimos de la política ambiental, donde aparece fuertemente la idea de prevención y precaución, regula algunas cuestiones de Derecho de fondo, tal es el caso del daño ambiental. Sobre este último dispone la Ley N° 25.675: “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción” —artículo 28—. Es que debe señalarse una vez más que, ante el acaecimiento del daño, recomponer el ambiente ha sido el imperativo constitucional, y que el énfasis en la materia siempre ha sido y será la evitación de la producción de tales daños, ya que la obligación de recomponer “no es sino un aspecto del deber de proteger el ambiente”, puesto que “las nociones de protección y conservación están necesariamente incluyendo esta anticipación, aunque también incluyen, cuando la prevención falla, la reparación o restauración”.⁴⁴

En otro orden de ideas, no puede soslayarse que la problemática del daño ambiental no solo impacta modificando el deber de reparación por el de recomposición, sino que pone en cuestión dos de los presupuestos básicos de atribución de responsabilidad en el tradicional derecho de daños. Concretamente, estamos haciendo referencia a la posibilidad de comprobar el nexo causal y la idea de existencia de un gravamen cierto o probable para que entre en funcionamiento el andamiaje propio del derecho de daños, dado que en la arquitectura vigente solo los daños ciertos son resarcibles.

Entonces, el conflicto aparece básicamente cuando se vincula el daño al ambiente con el derecho genérico de daños. Besalú Parkinson⁴⁵ ha explicado este problema, en forma categórica, a través de lo que denominó la “metamorfosis de la responsabilidad civil”. En este orden de ideas, enseña que el desarrollo del sistema de responsabilidad civil ha evidenciado, que en el marco político, social y económico del codificador Vélez Sársfield, los daños eran producidos por el ser humano. Dentro de esta concepción, la responsabilidad civil funcionaba como una sanción dado que la conducta del hombre generaba una indemnización: solo se responsabilizaba al autor cuando era culpable —ya sea que la culpabilidad se originara por una conducta determinada o por la vigilancia de las cosas—. No obstante, este sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa no pudo subsistir cuando aparecieron los problemas derivados de la transición de la economía agrícola a la producción industrial. Ello por cuanto

⁴³ Di Paola, María Eugenia y Sabsay, Daniel. “Coordinación y armonización de las normas ambientales en la República Argentina”. *Revista de Derecho de Daños*, 3 (2008). Dirección: Lorenzetti, Ricardo Luis y Mosset Iturraspe, Jorge, 1ª ed. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 137/162. Los autores entienden, que corresponde calificar a la Ley General del Ambiente como “una ley mixta”, ya que regula aspectos relativos a los presupuestos mínimos sobre protección ambiental, como así también vinculados al daño ambiental. Esto significa que el Congreso Nacional ha sancionado normas de diversa índole en función de las categorías que el artículo 41 establece en sus distintos párrafos, y que en consecuencia, en un caso constituyen normas de presupuestos mínimos, pasibles de complementación por parte de las provincias, y en el otro, normativa en materia de responsabilidad por daño ambiental, de competencia nacional”.

⁴⁴ Eduardo R. Grasetti. *Estudios ambientales*. Buenos Aires: Heliasta, 1998.

⁴⁵ Aurora V. S. Besalú Parkinson. *Responsabilidad por daño ambiental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

este nuevo orden económico introduce un nuevo supuesto de daño: aquel que nace con el uso de herramientas industriales de producción. Esta situación fue gestionada por la responsabilidad civil, a través de lo que se conoce como la “teoría del riesgo” basada en una responsabilidad objetiva y en la idea de resarcimiento. Ya no se requiere comprobar la culpa del autor, por el contrario alcanza con probar el hecho, el perjuicio y la relación de causalidad que existe entre ambos.

Este escenario vuelve a modificarse cuando el progreso científico y tecnológico torna necesario atribuir responsabilidad a quienes realizan actividades susceptibles de generar daños. Así se añade lo que se consideran manifestaciones típicas del impacto de la era tecnológica, básicamente accidentes ocasionados por la circulación de automóviles, la responsabilidad profesional, el daño informático, entre otros. Esta nueva tipología de daños no encuadra ni en el sistema tradicional de responsabilidad por culpa, ni en el esquema de responsabilidad objetiva por daños causados por el riesgo o vicios de las cosas.

Ya en el siglo XXI se introduce una nueva categoría: los daños graves e irreversibles. En esta hipótesis la reparación carece de sentido, cobra vital importancia la prevención dado que de lo que se trata es de actuar para que el daño no se produzca. Bajo esta lógica, el sistema de responsabilidad se convierte en una herramienta trascendental para tutelar el medio ambiente.

En forma similar, Francois Ewald⁴⁶ hace hincapié en la existencia de tres paradigmas correspondientes a etapas históricas diferentes. El primero, titulado de la “responsabilidad”, aparece en el siglo XIX, estructurado a partir de la figura del sujeto responsable tiene como función primordial la sanción y reparación del daño. Los elementos determinantes son la acción humana y la antijuridicidad, por ende alcanza con probar la autoría y el efecto dañoso. El segundo paradigma es el de la “solidaridad” gestado a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, cuyo disparador fueron los accidentes de tránsito. Esta categoría es gestionada desde la perspectiva de su repartición, entendiendo la responsabilidad como un hecho social. Por consiguiente, se postula un régimen de prevención colectiva de riesgos centrada en la noción de “solidaridad”, que tiene como principal figura a los seguros. Lo determinante es el daño cierto y la relación causal, con el atenuante de la probabilidad —adecuación de la vinculación causal—. Finalmente, el paradigma de la “seguridad” irrumpe hacia fines del siglo XX con la aparición de los daños graves e irreversibles. Estos ponen en evidencia la imposibilidad de canalizarlos a través de los sistemas de responsabilidad —individuales o colectivos— diseñados a partir de la previsibilidad, ya que se trata de riesgos posibles e impredecibles que se mueven en el campo de la incertidumbre.

⁴⁶ Francois Ewald. “*Le retour du malin génie. Esquisse d’une philosophie de la précaution*”, publicado en “*Le principe de précaution Dans la conduite des affaires humains*, sous la direction de Oliveir Godard, Editorial de la Maison des Sciences de l’homme, París, Francia, 1997. Cit. por María Valeria Berros. “Algunas reflexiones para re-observar el problema ambiental”. *Revista Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, 7 (2009). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Buenos Aires, 2009.

En nuestra opinión, el daño ambiental propiamente dicho es definido por el artículo 27 de la Ley General del Ambiente en los siguientes términos: “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”.

El legislador utilizó la expresión “alteración negativa relevante” como requisito determinante para que quede configurado el daño al ambiente. Esto implica que no toda alteración que se produzca sobre el ambiente puede ser considerada dañina, sino que se exigen dos condiciones: que sea “negativa” y que sea “relevante”.

De esto se desprende que no toda acción u omisión que modifique el ambiente es considerada antijurídica, ello por cuanto el derecho a un ambiente sano como todos los restantes derechos que componen el plexo normativo deben ser interpretados en forma armónica. Es decir que esta prerrogativa fundamental no reviste el carácter de absoluta sino que tiene que ser compatibilizada con otros derechos de igual jerarquía.

En estas coordenadas, constituye “daño ambiental”, en principio, toda disfunción ambiental, que se traduce en una lesión o menoscabo al derecho o interés individual o colectivo a que no se alteren de modo perjudicial las condiciones de vida: que no se altere el equilibrio ecológico.

El punto neurálgico es determinar que se entiende por modificación negativa del ambiente; a tal efecto, la razonabilidad ocupa un rol protagónico. Se ha considerado⁴⁷ que la transformación negativa está relacionada con la alteración de la capacidad de mantener una calidad de vida aceptable y un equilibrio biológico adecuado, excluyéndose entonces aquellos daños que no poseen un efecto sustantivo.

Para que el daño sea “relevante”, es necesario que tenga cierta gravedad; por el contrario, cuando el perjuicio es insignificante no acarrea ningún tipo de responsabilidad. Esto está íntimamente vinculado con el principio constitucional de razonabilidad y la regla general de la tolerancia, basada en la percepción social y los límites de aceptación. Según Peña Chacón,⁴⁸ “el daño ambiental jurídicamente relevante es aquel que entra en la categoría de intolerable; por lo tanto, no es cualquier daño el que interesa al Derecho ambiental, sino únicamente aquel cuya magnitud, importancia o relevancia es tal que llega a afectar necesariamente su objeto de tutela, sea la vida, la salud y el equilibrio ecológico”.

⁴⁷ Néstor Cafferatta. “Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo. Ley 25.675”. *RCJ*S, 2, año V, (Marzo-Abril, 2003).

⁴⁸ Mario Peña Chacón. *Responsabilidad y reparación ambiental*. Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2005.

También resulta importante, aun cuando pueda parecer obvio que no toda alteración de un recurso natural constituye un daño ambiental,⁴⁹ y es oportuno diferenciar a esta categoría jurídica del daño ecológico. El hombre ha alterado desde siempre su ambiente, y aquello que hoy parece natural es en realidad una naturaleza cultivada. El daño ambiental para ser considerado tal supone un deterioro sustancial o durable del funcionamiento ecológico del recurso natural en cuestión, por ejemplo la pérdida para un ecosistema de servicios ecológicos suministrados por una especie, o la pérdida de capacidad de regeneración, como señala Briceño.⁵⁰

Siguiendo a Cafferatta, es de destacar que el daño ambiental posee las siguientes características: 1) no es un daño común, 2) es bifronte ya que afecta intereses individuales y supraindividuales, 3) es complejo, 4) de relación causal difusa, 4) se vincula con aspectos técnicos o científicos de difícil comprensión, 5) es en determinados supuestos “anónimo”, 6) es colectivo, y 7) es el único daño civil constitucionalizado.⁵¹

Por otra parte, el artículo 28 de la Ley General del Ambiente textualmente prescribe:

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.

El Congreso de la Nación en su rol de legislador ordinario, siguiendo los mismos lineamientos que el constituyente de 1994, incorporó en esta ley de desarrollo constitucional la “recomposición” como obligación primaria respecto del daño ambiental. Una vez que el perjuicio se encuentra materializado, aparece el consecuente deber de recomponer las cosas al estado anterior en el que se encontraban. Por supuesto siempre que exista la posibilidad efectiva de llevarlo a cabo, en caso contrario, si no fuera técnicamente posible la recomposición, se postula la compensación económica. Por consiguiente, queda claro que la recomposición es la regla y la indemnización ocupa un lugar excepcional o subsidiario.

El término más adecuado para denominar a este tipo de reparación que implica el “restablecimiento al estado anterior” al que alude el mencionado artículo 28 es la *restitutio*

⁴⁹ Sería tan superfluo esto como volver al debate presocrático entre Heráclito y Parménides, acerca de si un hombre se puede bañar dos veces en un mismo río, una discusión de naturaleza metafísica que excede el objeto de estudio del Derecho.

⁵⁰ M. Briceño. “El daño ecológico. Presupuestos para su definición”, citado por Adriana N. Martínez. “Responsabilidad civil por daño ambiental”. En *Ambiente y recursos naturales*, ed. Beatriz Silvia Krom. Buenos Aires: Editorial Estudio, 2008.

⁵¹ Néstor Cafferatta. “Responsabilidad civil por daño ambiental”. En *Tratado de la responsabilidad civil*, Trigo Represas, Félix A. y Lopez Mesa, Marcelo, eds. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2006.

in pristinum, ya que el mismo denota que esta no solo abarca la restitución de las cosas a su estado anterior —la “reparación in natura” o la “reparación quo ante”— sino que engloba la prevención de daños futuros, mediante la adopción de medidas correctoras, como señala Sánchez.⁵²

Ante la dificultad que involucra volver las cosas a su idéntico estado anterior, el legislador entiende que la reparación pueda realizarse volviendo las cosas al *cuasi status quo ante*.⁵³

A su vez, el dispositivo legal señala que la indemnización deberá ser depositada en el Fondo de Compensación Ambiental que la misma norma crea. Se trata de una derivación lógica del carácter difuso del daño ambiental que impide identificar un único titular y un patrimonio concreto que se torne beneficiario de la compensación económica, como ocurre en el tradicional daño individual.

La Ley General del Ambiente crea el mencionado fondo en el artículo 34,⁵⁴ donde expresamente puntualiza que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y la finalidad principal será garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos, la atención de emergencias ambientales, como también la protección y conservación de los sistemas ecológicos.

A título seguido, los artículos 29⁵⁵ y 31 abordan los supuestos de responsabilidad. El primero, apunta que la exención de responsabilidad únicamente podrá alegarse cuando se compruebe que a pesar de haber adoptado todas las medidas necesarias a fin de evitar el perjuicio y no mediando culpa concurrente del responsable, los daños fueron consecuencias del accionar de un tercero por el que no debe responder.

La norma no alude al dueño o guardián de la cosa que origina el daño, como lo hacía el artículo 1113 del Código Civil introducido por la Ley N° 17711, sino genéricamente a “la

⁵² Sánchez, A. J. “La *restitutio in pristinum* como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente”. Citado por Martínez, Adriana N. “Responsabilidad civil por daño ambiental”. En *Ambiente y recursos naturales*, ed. Beatriz Silvia Krom. Buenos Aires: Editorial Estudio, 2008, p.129.

⁵³ M. Eugenia Di Paola. “El daño ambiental”. En *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, eds. Daniel A. Sabsay y Pablo L. Manili. Buenos Aires. Editorial Hammurabi, 2010.

⁵⁴ Ley N° 25.675, artículo 34.- “Créase el Fondo de Compensación Ambiental que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente. Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado. La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial”.

⁵⁵ Ley N° 25.675, artículo 29.- “La exención de responsabilidad solo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa. Se presume *iuris tantum* la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas”.

exención de responsabilidad”. Sin embargo, la responsabilidad del artículo precedente es la del que “cause el daño ambiental” al que se hace objetivamente responsable, pero le concede excusas propias de la responsabilidad subjetiva. La expresión “objetivamente” implica que el propósito fue abarcar tanto la ejecución de un hecho que por culpa o negligencia ocasione un daño a otro —artículo 1109, Código Civil en su antigua redacción— como también a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado —artículo 1113, Código Civil en su antigua redacción—. No obstante, la liberación de responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva del artículo 29 de la Ley General del Ambiente es distinta de la del mencionado artículo 1113 del Código Civil. Ello por cuanto el primero exime de responsabilidad por daños causados con las cosas, al dueño o guardián que demuestre que: a) no hubo culpa de su parte, b) la culpa fue de la víctima o de un tercero por quien no debe responder —en el caso que el perjuicio hubiera sido ocasionado por el riesgo o vicio de la cosa—, y c) la cosa fue usada contra su voluntad o presunta del dueño o guardián. En cambio, en el supuesto del daño ambiental de incidencia colectiva, el artículo 29 exime de responsabilidad a quien demuestre que se adoptaron todas las medidas destinadas a evitarlo de su parte y que no hubo culpa concurrente, así como que la culpa fue exclusivamente de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.⁵⁶

El segundo —artículo 31 de la Ley General del Ambiente— establece la variable de responsabilidad solidaria, al disponer que:

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

A lo largo del análisis de la responsabilidad civil que hemos esbozado, y que sirve del columna vertebral del régimen, es primordial mantener siempre como premisa que en materia de daño ambiental estamos frente a una obligación constitucional. Como bien señala Bidart Campos: “Es tradicional el estudio de un curso de obligaciones dentro del Derecho Civil, pero no es común hacerlo en el derecho constitucional. (...) De modo, pues, que resaltar la trascendencia fundamental de las obligaciones constitucionales que frente al titular de los derechos tienen los sujetos pasivos es una forma imprescindible de realimentar el movimiento ecuménico por los derechos de la persona humana (...)”.

⁵⁶ Mario F. Valls. “El daño ambiental de incidencia colectiva que norma la Ley 25.675”. *El Dial*, p. 2-3.

Las obligaciones constitucionales provienen —directa o indirectamente, expresa o implícitamente— de la Constitución, y la Constitución es suprema. La misma supremacía que nos sirve para decir que los derechos que la Constitución reconoce alcanzan el nivel máximo de ella, nos lleva a afirmar que las obligaciones que impone tienen idéntico rango y, por consiguiente, cuando se deja de cumplir un deber que la Constitución manda cumplir, o se hace lo que la Constitución obliga a no hacer, aparece una violación a la Constitución y a su supremacía⁵⁷.

6. El régimen de responsabilidad por daño ambiental y el nuevo Código Civil. Nuestra posición

Por ello, los contornos definitivos que alcance la responsabilidad por daño ambiental tienen que inexorablemente partir de esta matriz. Las visiones o los abordajes a esta temática que no se encuadran en este presupuesto lógico están condenadas a ser tachadas de inconstitucionales.

Con base en lo expuesto, se pueden distinguir claramente dos especies de daños ambientales:

a) Daño al ambiente: Las disfunciones ambientales pueden producir un perjuicio al ambiente, como el ya definido “macrobién”, sin que medie daño inmediato a personas determinadas o a su patrimonio. Aquí existe un daño al ambiente como bien jurídico autónomo.

b) Daño a la persona: Las disfunciones ambientales pueden traducirse en un perjuicio a un “microbién” —en los términos ya señalados— que integra el patrimonio de una persona o en perjuicio de su salud. En este sentido se considera daño ambiental a aquel sufrido por una o varias personas determinadas, en su propia persona como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental, o en sus bienes cuando estos forman parte del ambiente, o bien cuando estos resultan dañados como consecuencia de la agresión al ambiente.

Como correlato de lo expuesto, y atendiendo a la clasificación de los daños en directos e indirectos, puede también señalarse dos tipos:

a) Daño ambiental directo: cualquier degradación física, química o biológica relevante del ambiente, sin confundir con la lesión a bienes particulares. Es del daño al bien colectivo, no resarcible en la concepción tradicional.

b) Daño ambiental indirecto: son las consecuencias que el menoscabo al bien ambiente irradia sobre la persona y su patrimonio.

En este sentido, nos parece muy adecuado el encuadre del tema que hace el caso “Sagarduy,

⁵⁷ Germán J. Bidart Campos. *Las obligaciones en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 9-10.

Alberto Omar *c/ COPETRO s/ daños y perjuicios*”, que marca la evolución normativa en la materia hasta la actualidad: “Las normas que presidieron la subsunción normativa en la causa “Almada” fueron las contenidas en los artículos 2618 y 1113, segundo párrafo, segunda parte, amén de los textos constitucionales en juego —anteriores a 1994— y una serie de normas dispersas en el orden nacional, provincial y municipal que tenían por objeto la tutela de alguno de los elementos del ambiente. En ausencia de un régimen normativo autónomo y especial que regulara esos nuevos problemas, hubo que recurrir a las normas prealudidas. A partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, han quedado plasmados en ella los hoy denominados derechos humanos de tercera generación, entre los cuales se enmarca el derecho al ambiente sano. A partir de la mentada jerarquización es que nos encontramos, no ya con una protección indirecta del medio ambiente a través del derecho de propiedad, entre otros, sino con que el mismo resulta protegido en sí, por imperio de lo dispuesto en el artículo 41 de nuestra Ley Fundamental. (...) Al hablar de responsabilidad ambiental, no se considera la respuesta o reparación de perjuicios susceptibles de apreciación pecuniaria que se han causado a determinadas personas, sino que por el contrario se está atendiendo a la reparación del daño que sufre el ambiente en sí mismo. Nuestra legislación se refiere concretamente a la responsabilidad ambiental que aquí consideramos en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente N° 25.675 (...). La Constitución Nacional se refiere al tema en el artículo 41 en el que expresa que ‘el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley’. Vemos que la obligación establecida en la Constitución quedaba subordinada al dictado de una ley que abordara específicamente el tema. Es así entonces que la Ley N° 25.675, en el capítulo de daño ambiental, complementa lo dispuesto en la Constitución Nacional, a través de los artículos 28, 29 y 31”. Coincidimos plenamente con esta posición, aun después de sancionado el nuevo Código Civil, en lo referido al daño ambiental colectivo.

7. A modo de colofón

El Título V —Otras fuentes de las obligaciones del Libro Tercero— Derechos Personales, del nuevo Código Civil, establece el régimen general de la responsabilidad civil. Corresponde concluir cómo incide la nueva normativa respecto de cada una de las especies de daño ambiental.

Para nosotros, el sistema jurídico sustantivo de responsabilidad por daño ambiental está sometido a un cuádruple régimen normativo:

- El régimen de responsabilidad especial por daño ambiental de incidencia colectiva de la Ley N° 25.675, que mantiene toda su vigencia como régimen especial.

- El régimen de responsabilidad especial por daño ambiental por utilización de residuos (Leyes N° 24.051, 25.612 y 25.670), que completa el régimen especial de responsabilidad por daño ambiental en dicha materia.
- El régimen de responsabilidad civil por daño indirecto, en especial con eje y soporte en el artículo 1757 (responsabilidad objetiva por actividades riesgosas).
- El régimen de responsabilidad civil por daño indirecto en relaciones de vecindad, conforme el artículo 1973 (inmisiones).

Entendemos que este cuádruple abordaje cumple con la manda constitucional y se encuadra en la obligación de recomponer el daño ambiental con carácter prioritario, conforme la voluntad del constituyente de 1994 al constitucionalizar este deber⁵⁸ y derivarlo al régimen especial que tuvo que completar el Congreso de la Nación como legislador ordinario a partir de año 2002 con la sanción de las leyes de presupuestos mínimos —entre ellas la Ley General del Ambiente—, al cual se sumará el nuevo Código Civil una vez que se produzca su entrada en vigencia el próximo 1 de Agosto de 2015, conforme a la Ley N° 27.077.⁵⁹

A los fundamentos expuestos, sumamos que no existe oposición entre los lineamientos establecidos por el nuevo régimen de responsabilidad civil y la Ley General del Ambiente. En efecto, partiendo de las funciones de la responsabilidad establecidas en el artículo 1708 (prevención y reparación), tanto la prelación de normas —indisponibles o no— establecida por el artículo 1709, la imposición del deber de evitar causar daño y la adopción de medidas tendientes a la evitación de que se produzca y/o agravar el daño ya producido (artículo 1710), en confluencia con la extensión de las disposiciones sobre responsabilidad a la prevención del daño (artículos 1710 y 1711), a su reparación (artículos 1716/ 1736) y a la sanción pecuniaria disuasiva (artículos 1714 y 1715), así como la amplitud y nitidez del concepto de daño (artículo 1737) constituyen un marco adecuado para la articulación del sistema general de la responsabilidad civil con el especial de la responsabilidad por daño ambiental, coadyuvando a dar adecuada cobertura a las variadas implicancias de la reparación y la recomposición de ambas especies de daño, tal como la definimos *ab initio*.

Por último, merece ser repetido que este cuádruple régimen de responsabilidad tiene su anclaje constitucional, además del primer párrafo de la cláusula ambiental constitucional, en el

⁵⁸ Entendemos que en esta interpretación se complementa también el deber de preservación ambiental en cabeza de todos los habitantes. En un sentido análogo, Bidart Campos ya señalaba: “No es estéril reafirmar que el garantismo y el control son herramientas que, al menos indirectamente y de modo general, tienden a dar cobertura integral a la Constitución. Y si bien se los ha mirado siempre más bien en su cara protectora de la persona y de sus derechos, cabe admitir que también son capaces de operar para que las obligaciones constitucionales se satisfagan, aun cuando tales obligaciones no sean recíprocas de un correlativo derecho personal”, en *ibidem* nota 38, p. 97.

⁵⁹ Ley N° 27.077, publicada en el B.O. el 10/12/2014.

artículo 75, inciso 12 de la Ley Fundamental, por cuanto estamos ante una facultad delegada por las provincias al Congreso de la Nación en una materia de fondo. Estamos persuadidos de que los caracteres de la responsabilidad por daño ambiental colectivo nunca podrán ser regulados en una norma de presupuestos mínimos⁶⁰ con los alcances que ya señalamos en el punto anterior, pues se estaría violentado el esquema competencial de nuestro federalismo.⁶¹

Hemos pretendido abordar este complejo tema de la responsabilidad por daño ambiental desde una visión innovadora; por ello, marcamos desde un principio que lo hacíamos con una mirada desde la obligación constitucional de recomponer el ambiente. En este sentido, no caben dudas que la Ley General del Ambiente ha establecido un régimen normativo autónomo y especial que regula la recomposición del daño ambiental directo y del daño ambiental colectivo o de incidencia colectiva.

Es que, como enseña Peña Chacón, la transversalidad de la protección jurídica del ambiente implica que sus valores y sus principios nutran e impregnen el entero ordenamiento jurídico, que su escala de valores llegue a influir necesariamente en la totalidad de las ramas de las ciencias jurídicas. “Los institutos clásicos del derecho han sido afectados por la axiología ambiental”.⁶² Por ello, las respuestas y soluciones deben ser convergentes tanto del ámbito del Derecho público como del Derecho privado, sin desconocer que el deslinde entre ambas ramas tradicionales aparece cada vez más borroso.

La originalidad del vocablo “recomposición” incluido por el constituyente de 1994 obliga aún más a repensar la cuestión. Es insoslayable, como señala Krom, que “la capacidad autogenerativa del ecosistema ha sido considerada como una variable de relevancia para determinar la existencia del daño ambiental. Así, la simple alteración del ambiente permitiría su autorregeneración mientras que el daño ambiental no posibilitaría la propia capacidad reconstitutiva de los ecosistemas”.⁶³ El desafío resulta, pues, apasionante para todos los operadores jurídicos. Hemos intentado aportar nuestra visión en el presente trabajo, pues Pigretti tiene razón una vez más: “Los esfuerzos de los tratadistas han sido maravillosos, pero el molde está por romperse, a fuerza de aplicarlo como está”⁶⁴.

⁶⁰ Más allá de la denominación que el legislador le otorgue a estas normas de desarrollo constitucional, muchas de ellas tienen el carácter “mixto” ya señalado, esto es, contienen normas que se encuadran en los alcances de los presupuestos mínimos y otras de carácter fondal e incluso a veces procedimental.

⁶¹ Para ampliar: López Alfonsín, Marcelo Alberto. “Federalismo y gobernabilidad ambiental”. *Revista Debates de Actualidad de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, 203, Año XXV (Julio 2010 / Junio de 2011).

⁶² Mario Peña Chacón. “La transversalidad del Derecho ambiental y su influencia en el instituto de la propiedad y otros derechos reales”. *Revista Jurídica Lex – Difusión y Análisis*, 96, Año VII (Junio de 2003); y en *Revista Digital de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental*, segunda edición, abril de 2004 en www.idea.org.py/rda/.

⁶³ Beatriz Silvia Krom. “La responsabilidad minero-ambiental”. En *La responsabilidad por daño ambiental*. Buenos Aires: Ciencias Jurídicas, 1998.

⁶⁴ Pigretti, Eduardo A. “La nueva responsabilidad ambiental”. *ED, Suplemento de Derecho Ambiental*. 12/7/2011, p. 2.

Será tarea de todos los operadores jurídicos, pues, velar por el carácter ordenador que le atribuimos a la cláusula ambiental constitucional como columna vertebral tanto del Derecho público como del Derecho privado, hoy ya sin lugar a dudas constitucionalizado.

REFERENCIAS

- Badeni, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2004.
- Benjamín, Antonio. “Funcionamiento ambiental, Daño ambiental, Prevención, reparación e indemnización”. *Revista Dos Tribunales* (1993).
- Berros, María Valeria. “Algunas reflexiones para re-observar el problema ambiental”. *Revista Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, 7 (2009).
- Besalú Parkinson, Aurora V. S. *Responsabilidad por daño ambiental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- Bidart Campos, Germán. *El artículo 41 de la Constitución y el reparto de competencia entre el Estado y las provincias*. DJ, 1997.
- Bidart Campos, Germán J. *Las obligaciones en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1987.
- Cafferatta, Néstor. “Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo. Ley 25.675”. *RCyS*, 2, año V, (Marzo-Abril, 2003).
- Cafferatta, Néstor. “Responsabilidad civil por daño ambiental”. En *Tratado de la responsabilidad civil*, Trigo Represas, Félix A. y Lopez Mesa, Marcelo, eds. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2006.
- Dalla Vía, Alberto R. *Constitución de la Nación Argentina comentada*. La Plata, Buenos Aires: Librería Editora Platense, 1994.
- Dalla Vía, Alberto R. y García Lema, Alberto. *Nuevos derechos y garantías*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni, 2008.
- Di Paola, María Eugenia y Sabsay, Daniel Alberto. “El federalismo y la nueva ley general del ambiente”. LL 2003-A.
- Di Paola, María Eugenia y Sabsay, Daniel. “Coordinación y armonización de las normas ambientales en la República Argentina”. *Revista de Derecho de Daños*, 3 (2008).
- Di Paola, M. Eugenia. “El daño ambiental”. En *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, eds. Daniel A. Sabsay y Pablo L. Manili. Buenos Aires. Editorial Hammurabi, 2010, p. 218-231.

- Esaín, José Alberto. “Hacia la consolidación de un Derecho Ambiental autónomo y expansivo (Resumen de los últimos diez años del Derecho Ambiental argentino)”. *Revista de Derecho Público*, 2 (2013).
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, España: Trotta, 2004.
- Gallopin, Gilberto. *Enfoques alternativos en la evaluación del impacto ambiental*. San Carlos de Bariloche: Fundación Bariloche, Departamento de Recursos Naturales y Energía, CIFCA, 1977.
- Gelli, María Angélica. “Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994”. LL 1995-C.
- Gelli, María Angélica. “La competencia de las provincias en materia ambiental”. LL, 1997.
- Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- Grasetti, Eduardo R. *Estudios ambientales*. Buenos Aires: Heliasta, 1998.
- Guevara Palacios, Augusto M. “Algunos aspectos del medio ambiente en el Derecho Constitucional comparado”. Suplemento “Actualidad” de la *Revista Jurídica Argentina La Ley* (agosto 2004).
- Hutchinson, Tomas. “El daño ambiental colectivo”. *Anales*. Nueva serie, 39 (2008).
- Jiménez Campo, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*. Madrid, España: Trotta, 1999.
- Krom, Beatriz Silvia. “La responsabilidad minero-ambiental”. En *La responsabilidad por daño ambiental*. Buenos Aires: Ciencias Jurídicas, 1998.
- López Alfonsín, Marcelo. “El desarrollo humano como mandato constitucional”. *Revista RAP*, 432, Año XXXVI.
- López Alfonsín, Marcelo Alberto. “Federalismo y gobernabilidad ambiental”. *Revista Debates de Actualidad de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, 203, Año XXV (Julio 2010 / Junio de 2011).
- Lorenzetti, Ricardo L. *La protección jurídica del ambiente*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1997.
- Mairal, Héctor A. *Sobre legitimación y ecología*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1984.
- Martínez, Adriana N. “Responsabilidad civil por daño ambiental”. En *Ambiente y recursos naturales*, ed. Beatriz Silvia Krom. Buenos Aires: Editorial Estudio, 2008.
- Morello, Augusto; Hitters, Juan Carlos; Berizonce, Roberto Omar. “La defensa de los intereses difusos”. En *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, 1982.

- Peña Chacón, Mario. “La transversalidad del Derecho Ambiental y su influencia en el instituto de la propiedad y otros derechos reales”. *Revista Jurídica Lex – Difusión y análisis*, 96, vol. VII (junio 2003).
- Peña Chacón, Mario. *Responsabilidad y reparación ambiental*. Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2005.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. “Art. 45. Medio Ambiente”. En AAVV. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV. Director Alzaga Villamil, O. Madrid, España: Editorial Cortes Generales, 1996.
- Pigretti, Eduardo A. “La nueva responsabilidad ambiental”. *ED, Suplemento de Derecho Ambiental*. 12/7/2011.
- Quiroga Lavie, Humberto. *El amparo colectivo*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1998.
- Pérez Luño, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 13º edición. Madrid, España: Tecnos, 1984.
- Sabsay, Daniel. “El nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias Nación – provincias”. Dj, 1997.
- Sbdar, Claudia B. “Tutela efectiva del ambiente”. LL 2009-A.
- Toricelli, Maximiliano. “La idea del constituyente sobre la protección ambiental”. *El Dial*, DC53.
- Valls, Mario F. “El daño ambiental de incidencia colectiva que norma la Ley 25.675”. *El Dial*, p. 2-3.
- Vera, Rodrigo. “Ley de Bosques Nativos: ¿supera el test de constitucionalidad que le presenta el federalismo argentino?”. LL, 2008.

Recibido: 17/09/2015
Aceptado: 21/10/2015