

## DAÑO AMBIENTAL

GRACIELA N. MEISINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ

### I. CONTAMINACIÓN Y DERECHO AMBIENTAL

La revolución industrial fue la causa primordial de la contaminación del aire y del agua, sumada a la etapa agrícola que había agregado desechos derivados del uso de insecticidas, malos olores, basuras... Si bien la industrialización elevó considerablemente el nivel de vida del hombre, al incrementar el consumo aumentaron los contaminantes producidos por cada individuo; al mismo tiempo la demanda de uso exigió mayor producción industrial y consecuentemente el incremento de los residuos industriales<sup>1</sup>.

El motivo más importante de polución es el crecimiento demográfico de los últimos doscientos años, producido como resultado del progreso económico y de la ciencia médica que permitió al hombre vivir más tiempo; se estima que el índice de población se duplica cada cinco años, calculándose que llegará a seis mil millones para el año 2000<sup>2</sup>.

La "Sociedad del Futuro Mundial", que hace anticipos sobre lo que puede ocurrir en los próximos años, viene pronosticando desde hace

<sup>1</sup> Las Naciones Unidas estiman en un informe que, la población llegará a seis mil millones a fin del siglo. Si bien se anticipa que la humanidad crecerá en una tasa anual del 1,8% entre 1985 y 1990, las tasas varían considerablemente de una región a otra. Traducido esto a incrementos anuales significa que se agregan dieciocho millones de personas en África, nueve millones en América Latina, quince millones en el este de Asia incluyendo Australia y Nueva Zelanda, y siete millones en los países desarrollados.

<sup>2</sup> Los seres humanos y la población en vías de rápido crecimiento consumen cada vez mayor cantidad de energía total producida sobre el planeta. Si la población humana aumenta demasiado, los hombres tendrán que convertirse en herbívoros en lugar de carnívoros, porque no se dispondrá de suficiente energía para matarla en las cadenas alimentarias más largas, necesarias para criar animales cuya carne sirve de alimento.

tiempo sobre los problemas de la polución: para fines del siglo que viene una sola ciudad podría llegar a tener más de cien millones de habitantes; con la aplicación de la nueva tecnología, las poblaciones irremediablemente deberán crecer hacia abajo como ya lo han hecho hacia arriba, para poder acomodar más gente en un nuevo mundo subterráneo<sup>3</sup>.

Al comienzo del movimiento ecológico se atribuyó la protesta a alarmistas o excéntricos, pero las sociedades más desarrolladas han comprendido que la supervivencia importa regular legalmente los efectos de la tecnología, convirtiéndose en una cuestión básica de la política<sup>4</sup>.

La prospectiva en el tema de la contaminación ambiental —y su consecuente influencia en el derecho de daños— está dada por el paso de la era industrial a la tecnología limpia, el cambio de una sociedad industrial a una sociedad de la información<sup>5</sup>.

En tanto llegue esa era denominada por Toffler "tercera ola" signada por el ordenador (que reemplazará hasta los medios de locomoción de la era industrial), debemos concientizarnos de los riesgos del daño ambiental, y preguntarnos si el actual sistema de responsabilidad civil es suficiente para atender su reparación.

El ambiente considerado como totalidad, como integralidad es objeto de una nueva rama del Derecho que es el "derecho ambiental".

Persuadidos de la imposibilidad de encontrar soluciones en el sistema de responsabilidad civil, un grupo de juristas con criterios o principios distintos justificaron una disciplina propia. Sus sostenedores afirman y propugnan su independencia en el entendimiento de que el derecho ecológico forma una ciencia distinta que no podría encasillarse ni en el derecho público ni en el privado, pues este último rige relaciones particulares entre los individuos. Como dice Figretti, "el sistema de responsabilidad civil no fue pensado para atender las relaciones del hombre con la naturaleza"<sup>6</sup>.

El derecho ambiental se estructura sobre principios propios<sup>7</sup> —recién en formación— y consiste en la novísima rama de la ciencia jurídica nacida en los prolegómenos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Hábitat Humano, celebrada en Estocolmo en junio de 1972.

<sup>3</sup> Diario La Nación del 21-I-1987.

<sup>4</sup> Leth, David - Ernst, Morris, *Control Legal de la Nueva Tecnología*, Marymar, 1974, pag. 7.

<sup>5</sup> Naichitt, Jeta, *Atmósferas*, Métre, Madrid, 1983, pag. 47.

<sup>6</sup> Figretti, Eduardo, *Derecho Ambiental*, Depalma, Buenos Aires, 1980: "La responsabilidad civil es patrimonial, de hombre a hombre. Por tal razón es difícil concebir la existencia de los denominados intereses difusos, acciones de clases o acciones ecológicas, que suponen una interrelación del hombre con el grupo social y que, en consecuencia, superan la relación patrimonial individual".

<sup>7</sup> Boffi Boggaro, Luis María, *Trazado de las Obligaciones*, T. VI, Astrea, Buenos Aires, pag. 446.

Cano dice: "No estoy significando con tal afirmación que las normas legales que ahora son materia del derecho ambiental hayan empezado a ser adoptadas recién en esa oportunidad, algunas de ellas son en Argentina un siglo más antiguas pues aparecen en el Código Civil y en otras leyes finiseculares, pero el derecho ambiental como disciplina científica ha nacido en el momento en que se comprendió que el entorno era un conjunto, un todo, cuyos diversos elementos interaccionan entre sí. Ésta es una novedad física y también sociológica sólo percibida y entendida en la última década"<sup>8</sup>.

El bien jurídico tutelado por este derecho del ambiente es la *calidad de vida*, no sólo referida a la idea de comodidad y de buenos servicios, sino que en sentido amplio incluirá dentro de este derecho los aspectos relativos a la alimentación, los del consumidor en general y de especialidades medicinales en particular. Lo mismo acontece en lo referente al valor de los órganos humanos, el derecho al deporte, a la información y a los aspectos culturales.

El medio ambiente comprende la recíproca influencia e interrelación entre una serie de elementos (los recursos naturales, el patrimonio histórico, artístico, urbanístico, paisajístico, entre otros) que en su conjunto constituyen un valor distinto de la suma de sus componentes singulares, tendientes a satisfacer las necesidades humanas de educación, información, salubridad, paz, etcétera.

Los principios del derecho ambiental —según Figretti— han dejado de ser tales en algunos países iberoamericanos por haber sido incluidos en la legislación positiva. "La nómina de ellos —enunciativa— contiene las siguientes menciones: a) eticismo y solidaridad humana (incorporados a las Constituciones de Perú, Cuba y art. 45 de la Constitución de España); b) enfoque sistémico de la biosfera; c) participación pública; d) interdisciplina; e) responsabilidad del contaminador; f) protección, mejora, defensa y restauración de la biosfera; g) uso racional del suelo; h) coordinación de actuaciones; i) ordenamiento ambiental; j) calidad de vida (trabajo y ocio); y k) cooperación internacional"<sup>9</sup>.

## II. GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO

El derecho a la preservación de un ambiente sano está reconocido por el derecho internacional general y convencional, y, en particular por

<sup>8</sup> Cano, Guillermo, "Introducción al derecho ambiental argentino", C.L., 154-115.

<sup>9</sup> Figretti, Eduardo y otros, *La Responsabilidad por Daño Ambiental*, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, pag. 26.

la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ley 28.054, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por ley 23.313 de 1986, ambos con rango constitucional por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

Antes de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la conservación del medio ambiente ya estaba implícito en nuestra Constitución Nacional, en el preámbulo y en particular en los artículos 14, 14 bis y 33, este último por el que se otorga a las provincias la facultad y el deber de proteger la integridad territorial. Atento a este reconocimiento tácito la doctrina reclamaba permanentemente la consagración expresa en la Carta Magna.

Felizmente, la reforma de 1994 lo proclama enfáticamente como derecho y como deber en el nuevo artículo 41:

"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras y tienen el deber de preservarlo".

Es indudable que se impone a todo habitante en doble calidad: de derecho "...gozan del derecho..." y como obligación "...tienen el deber de preservarlo...".

Se consagra así como un verdadero derecho subjetivo, entendido éste como la prerrogativa dada por el derecho objetivo al hombre y garantizada por las vías de derecho, de disponer de un bien reconocido como de su pertenencia, ya sea como suyo o siéndole debido (Dabín). El derecho a un ambiente sano es un *derecho personalísimo*, y como tal es inalienable, intransferible, absoluto, inviolable, vitalicio...<sup>10</sup>.

Como consecuencia de este reconocimiento el eje vector del derecho ambiental debe pasar por la *protección de la persona humana* <sup>11</sup>.

Se dan en este tema concordancias manifiestas y tendencias en la sanción de la Constitución Nacional de 1994, referidas a la persona humana, ya que al mismo tiempo que atiende la calidad de vida, lo hace no sólo desde el ambiente, sino consagrando sus derechos como consumidor.

En la era tecnológica los riesgos de empresa consisten justamente en la degradación del medio ambiente, especialmente los daños por residuos

<sup>10</sup> Goldenberg, Hildón H., "Daños a los derechos de la personalidad", en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Dr. Jorge Mosser Durvasse*, La Heca, Buenos Aires, 1993, pág. 326 y del mismo autor: *Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, págs. 219 y sigs.

<sup>11</sup> Masina de Estrella Gutiérrez, Graciela M., "Daños a la persona en la responsabilidad profesional", en *Las Responsabilidades Profesionales, obra colectiva en homenaje al profesor Dr. Luis O. Anónimo*, Platense, La Plata, 1993, pág. 197.

peligrosos y la prestación de servicios defectuosos que provocan daños al usuario<sup>12</sup>.

Entiendo que en el caso de la degradación del ambiente, la empresa es responsable por un factor objetivo de atribución, que es justamente el denominado "riesgo de empresa" que tiene su fundamento en el riesgo provecho<sup>13</sup>.

Los criterios economicistas de costos no pueden prevalecer sobre la protección de la persona humana en toda su proyección<sup>14</sup>.

El Derecho vela para que el ambiente sirva al hombre y para que el crecimiento de las empresas garantice el futuro, lo que se denomina *desarrollo sostenible*.

La Declaración de Río de Janeiro sobre este tema recomienda a los Estados "desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la legislación respecto a las víctimas de contaminación y otros daños ambientales", instándolos a "cooperar de manera más decidida para elaborar nuevas leyes internacionales, por los efectos negativos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control en zonas situadas fuera de su jurisdicción" (principio 13). Asimismo el principio 15 dice: "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". Todo esto es prevención del daño ambiental.

Resulta prudente que en el derecho argentino vigente la ley 24.467 sobre Pymes (pequeñas y medianas empresas) haya encarado su reconversión en "consonancia con la preservación del medio ambiente y los standards internacionales que rijan la materia, estimulando la utilización de tecnologías limpias compatibles con un desarrollo sostenible"<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, 1994, dijeron al respecto: "En el derecho argentino vigente, la actividad riesgosa es factor de atribución en distintas hipótesis atinentes al denominado riesgo de empresa, v.gr., las de responsabilidad por transporte de personas o de mercaderías, por accidentes laborales, y por prestación de servicios en el ámbito del derecho del consumo" (unánime).

<sup>13</sup> En las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil —Mar del Plata, 1995—, sustenté mi disidencia con el despacho minoritario, en tanto éste entendió que la actividad industrial no es fundamento autónomo de responsabilidad. Por mi parte considero que —al igual que en el derecho italiano— la actividad industrial es un factor de atribución objetivo; el provecho que obtiene la empresa justifica por sí misma la responsabilidad, obrantemente si ha causado un daño al ambiente (ver en Cap. XII B, la "teoría del riesgo de empresa").

<sup>14</sup> Segundas Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, 1992, despacho unánime de la Comisión 2, "Daño ambiental".

<sup>15</sup> La recomendación de la ley 24.467 fue aprobada como de valor positivo en el reciente Congreso en Homenaje al 50º Aniversario de las Naciones Unidas. "Problemática de los riesgos derivados de la responsabilidad civil: su prevención y tratamiento", organizado por la Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, junio de 1996.

### III. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS ECOLÓGICOS O AMBIENTALES

Si bien coincide en la necesidad de protección ambiental de los sistemas vitales, los procesos ecológicos esenciales, la diversidad genética, la preservación de las especies y de los ecosistemas como objetivos del derecho ambiental, considero que en cuanto al *daño ambiental o ecológico*, se debe aplicar el sistema de reparación de daños que surge del Código Civil, con el enriquecimiento que la doctrina ha aportado y alguna reforma puntual como proponen los Proyectos de Unificación Legislativa Civil y Comercial.

Desde las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Mar del Plata en 1983 que tuvieron como tema de la comisión: "Derecho a la preservación del medio ambiente, responsabilidad por daño ecológico" se declaró que: "La reparación de los daños y perjuicios producidos por la degradación del medio ambiente se rige por los principios generales de la responsabilidad civil" (rec. 3b).

En principio se debe establecer si "daño ambiental" o "daño ecológico" responden al mismo concepto. Según Carlos M. Clerc<sup>16</sup> el ambiente comprende a la ecología por ser más amplio pues aparte de la biosfera está compuesto también por los recursos naturales inertes: la tierra, las aguas (hidrosfera), los minerales (litosfera), la atmósfera y el espacio aéreo, los recursos geotérmicos y fuentes primarias de energía, lo que magnifica su campo con relación a la ecología. Ese criterio aconseja utilizar el término "daño ambiental" por ser comprensivo del ecológico.

Hay coincidencia en que la degradación ambiental enrola en la categoría de *daño intolerable*<sup>17</sup>. Hoy el derecho de daños entiende que se trata fundamentalmente de los denominados riesgos de empresa, comprendiendo en ellos tanto los que producen la polución así como los perjuicios al consumidor y a los trabajadores a través de los daños laborales. En definitiva, con un enfoque moderno podemos hablar del débil del Derecho frente al profesional o experto<sup>18</sup>. Los débiles jurídicos ante la polución somos todos los habitantes de una determinada región, víctimas de esos daños anónimos e inevitables que nos trae el progreso —como decía Orgaz—.

<sup>16</sup> Clerc, Carlos M. - Pigretti, Eduardo. *La Responsabilidad en el Derecho Ambiental*, págs. 71 y sigs.

<sup>17</sup> Segundas Jornadas Marplatenses..., cit., conclusión unitaria.

<sup>18</sup> La XV Jornada Nacional de Derecho Civil —Mar del Plata, 1985— sustentaron que "...resulta urgente armonizar las legislaciones sobre el medio ambiente en el ámbito internacional, y particularmente en el marco del Mercosur".

Pero el Derecho no se desentiende de las consecuencias del crecimiento económico y le pone los límites para que ese desarrollo sea en lo posible sin daños a terceros<sup>19</sup>. Por ello fue variando a medida de los tiempos su esquema de responsabilidad civil.

Tradicionalmente ella se interpretaba como la respuesta a:

- un daño ya ocasionado en la persona o en los bienes de otro;
- cuando se lesionaba un derecho subjetivo de la víctima;
- exigiéndose la antijuridicidad que podría estar dada por el incumplimiento contractual o la comisión de un ilícito (delito o cuasidelito).

Hoy la modificación del esquema del derecho de daños nos permite afirmar como tendencias:

- que se da tanta importancia a la prevención como al daño ya verificado;
- que no es necesaria la lesión a un derecho subjetivo sino que se llega a admitir el menoscabo a un interés serio no contrario a Derecho;
- que se concede el resarcimiento, en algunos casos, de daños causados sin ilicitud en el obrar; y
- fundamentalmente en este tema del daño ambiental, que se reconocen los intereses legítimos e incluye los denominados intereses difusos.

#### a) La prevención del daño ambiental

Se pone el acento en la prevención y evitación de los daños, antes que éstos comiencen a verificarse; la Comunidad Europea y sus directivas ha puesto en marcha programas de información al consumidor, consultas, en definitiva educación...

En nuestro país se resalta la necesidad de acciones preventivas con un nivel de eficacia apropiado a cada circunstancia.

El artículo 41, 2da. parte de la Constitución Nacional proclama:

"Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales".

<sup>19</sup> Las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil —Mar del Plata, 1990— recomiendan: "Dentro de las medidas de prevención, debe incorporarse en una futura legislación el estudio del impacto ambiental como requerimiento previo a la autorización de la actividad industrial con potencialidad contaminante".

El artículo 42 de la Constitución Nacional contiene, también, normas precisas para la protección de la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores de bienes y servicios.

Esta consagración constitucional, contempla también los mecanismos adecuados para hacer efectiva la prevención del daño ambiental.

#### *b) Acciones*

Para evitar el daño ambiental son procedentes las denuncias del daño temido como acción de fondo contemplada en el Código Civil y mecanismos procesales:

a) La primera está prevista en el artículo 2499 del Código Civil que dice: "Quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas procesales".

b) Las acciones procesales preventivas, las medidas cautelares que establece cada régimen procesal provincial o nacional.

c) La acción de amparo ha sido expresamente reconocida en la Constitución Nacional de 1994:

Artículo 43: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley".

La acción de amparo se reconoce "...contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor...".

La Constitución garantiza paralelamente los derechos de la persona frente a la contaminación ambiental y al consumidor, reafirmando, una vez más, la prioridad que el derecho de nuestro tiempo asigna al ser humano, frente al avance de la tecnología.

Junto a este reconocimiento legal a la prevención del daño posible, advertimos que la lesión al derecho subjetivo como recaudo ineludible de la acción ha dejado paso al derecho preventivo, sin necesidad de esperar que haya un derecho subjetivo conculcado.

#### *c) Legitimados activos*

Tradicionalmente la responsabilidad civil era un conflicto entre personas individualizadas; hoy se ha ampliado la nómina de actores y la legitimación concierne a:

- el afectado,
- el representante del pueblo (ombudsman en la Capital Federal),



- el Ministerio Público,
- las asociaciones, entidades cívicas que nuclean a la comunidad, tendientes a la protección de los intereses difusos: ésta es la novedad de nuestro tiempo.

Morello y Stiglitz sintetizan las nuevas categorías de legitimados activos, que responden a:

*Intereses difusos:* los que tiene una comunidad para conservar —por ejemplo— su flora, su fauna, la calidad de su entorno... Los "intereses difusos" son supraindividuales, pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela del interés de un sujeto en particular sino el provecho general o grupal.

*Intereses colectivos:* los que detenta un grupo determinado de habitantes, por ejemplo los consumidores, la colectividad de determinado barrio, que pretenden evitar un daño a su interés.

Actualmente se reconocen estas acciones difusas o colectivas que pueden coexistir con un derecho particular conculcado.

El artículo 43 de la Constitución Nacional reconoce expresamente a los legitimados activos colectivos y difusos cuando expresa: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Otro importante encuentro de civilistas en materia de daño ambiental tuvo lugar en Mar del Plata en 1992 en las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros que, con la presidencia de los Dres. Roberto M. López Cabana y Carlos Parellada, dictaminaron: "En materia de daño ambiental es manifiesta la necesidad de acciones preventivas, con un nivel de eficacia apropiado a cada circunstancia".

#### IV. DAÑO AMBIENTAL

Cuando la lesión o el menoscabo han comenzado a verificarse, los legitimados activos (particulares o colectivos) pueden requerir la cesación o la reparación del daño, esta última en especie como determina el artículo 1083 del Código Civil, restableciendo las cosas a su estado anterior, o, dinerariamente para recomponer el perjuicio ya inferido.

La degradación del ambiente (que constituye un daño intolerable) puede significar para la persona un perjuicio a su patrimonio o un mal a sus derechos, facultades, en suma, a la persona misma.

Sé-pone en esta instancia en juego las normas y principios relativos a la responsabilidad civil contenidas en el Código, más el enriquecimiento aportado por la doctrina autoral y los fallos judiciales.

La finalidad del sistema de responsabilidad civil tiene justamente su fundamento en recomponer la situación de deterioro como lo prevé el artículo 1083, recurriendo a la función satisfactoria en dinero si la primera no fuera posible.

Este principio tiene ahora, a partir de la sanción de la nueva Constitución Nacional un reconocimiento en la ley suprema, el artículo 41 dice: "El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley...".

Aun antes de la recepción expresa en la Carta Magna del derecho a un ambiente sano, se encontraba fundamento en el Código Civil en el artículo 2618 que nos habla de "Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruido, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no debe exceder la norma tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas".

Aída Kemelmajer de Carlucci<sup>20</sup> entiende que la norma funciona tratándose de vecinos, pero vecindad no significa que los inmuebles deban ser colindantes sino que se requiere contigüidad, lo que implica cierta proximidad física que permita la inmisión. La acción por inmisiones no sólo compete al propietario sino también al poseedor, al tenedor, al usufructuario, al usuario y a cualquiera que tenga la cosa con obligación de responder por ella (arts. 1110, 1085, Cód. Civ.).

La jurisprudencia comienza a legitimar a cualquier habitante para reclamar la prevención<sup>21</sup> y aun la cesación del daño pero ¿sucede lo mismo respecto a la reparación? Agrega la jurista "aun admitiendo la tesis restrictiva de que el daño reparable debe ser personal y lesionar un derecho subjetivo o un interés legítimo, la pregunta sería si cualquier habitante —a quien la Constitución Nacional reconoce el derecho personalísimo de vivir en un ambiente sano— no ve lesionado un interés legítimo para accionar, cuando ese derecho se ve conculcado".

El requisito de certeza que debe cumplir el daño indemnizable pone un límite a los legitimados activos, efectivamente: "un habitante de Jujuy

<sup>20</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La responsabilidad civil por el daño ambiental", *separata de Anales del Circulatorio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año 1991.

<sup>21</sup> Un fallo ejemplar en la materia fue dado por la Sala II, Cám. 1.ª Apel. de La Plata en autos: "Almada, Hugo Néstor c/ Copetto S.A. y otros s/ daños y perjuicios"; "Trasu, Margarita c/ Copetto S.A."; "Blau, Juan J. c/ Copetto S.A." del 9-11-1993, con voto del Dr. Francisco Héctor Bonseroni. Es un pronunciamiento clave en el que se aplican los mandatos consagrados en la nueva Constitución Nacional sobre todo en lo que hace a la tutela y el amparo de los intereses colectivos y difusos.

ningún daño cierto sufre por la contaminación de la ciudad de Comodoro Rivadavia. En definitiva está legitimado todo el que acredita un daño personal cierto<sup>21</sup>.

Pero un interrogante aún mayor sólo respondido por la moderna corriente procesalista de los intereses difusos concierne a ¿es posible que el patrimonio cultural, ecológico, arquitectónico, que es de todos, pueda no ser cuidado por nadie? El moderno derecho procesal contesta que en la prevención debe legitimarse a aquellos que ostentan un interés, aunque no sea exclusivo, se ampara al interés difuso, el que no pertenece a ningún grupo ni es exclusivo de una persona, sino de todos.

Cuando el daño se genera a un particular, la respuesta está dada por las normas vigentes y la extensión del resarcimiento abarca todas las consecuencias que estén en adecuada relación de causalidad. Si, por el contrario, el daño es colectivo o difuso y la reparación es pecuniaria, no queda claro cuál es la persona de derecho que tiene un crédito de indemnización. La solución más justa, interpretamos que está en darle a esa retribución pecuniaria la finalidad de reparar si fuera posible, o retribuir de alguna manera a la comunidad dañada por el perjuicio sufrido. Si no es posible destinarlo a compensar de esa manera, la doctrina entiende que debe remitirse a un fondo de garantía que serviría a su vez de resguardo ante demandados insolventes.

Los *legitimados passives* también se han ampliado en este tema; se admite que se puede demandar:

- a quien degrade el ambiente;
- al Estado cuando autoriza o consiente la actividad u omite ejercer el poder de policía;
- a los funcionarios públicos, en su caso, por incumplimiento de sus funciones en el marco del artículo 1113 del Código Civil.

Un problema que se presenta en la contaminación ambiental concierne al desconocimiento del verdadero autor del daño, presumiéndose muchas veces la concurrencia de algunos o varios de los agentes contaminantes. En tal caso se podrán en marcha los mecanismos previstos para el supuesto de *daño colectivo*<sup>22</sup>.

Respecto al *factor de atribución*, la doctrina entiende que, según los casos, puede tratarse de un fundamento subjetivo, u objetivo. Me inclino personalmente por reclamar en todos los casos por este último factor de atribución basado en la teoría del riesgo, ya que estamos frente a actividades riesgosas con utilización de cosas, como son las que generan las empresas contaminantes<sup>23</sup> (art. 1113, 2da. parte, 2do. párr., Cód. Civ.) y,

<sup>21</sup> Estos conceptos fueron todos receptados en las II Jornadas Registres de Responsabilidad Civil y Seguros, 1992, comisión sobre "Daño ambiental".

<sup>22</sup> Conclusiones de las VI Jornadas Registres de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junin, 1994.

por otra parte, sería prácticamente imposible reclamarle a la víctima que pruebe el dolo o la culpa del que generó el riesgo<sup>24</sup>.

Para los supuestos excepcionales que se contaminen con culpa, ésta debe presumirse por daño producido por efecto de las cosas. (art. 1113, 2da. parte, 1er. párr., Cód. Civ.). Son cosas, por aplicación del artículo 2311 del Código Civil, la energía, las fuerzas naturales susceptibles de apropiación (fuerza solar, frigorías, energía calórica, las vibraciones, etc.).

Ya en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983, se propició dar entrada a la responsabilidad objetiva de la segunda parte del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil por los daños producidos al medio ambiente con intervención de cosas, y se proclamó la responsabilidad colectiva cuando no pudiera identificarse al autor del daño dentro de un grupo (rec. 6º y 6º a).

Los últimos años han sido trascendentes en materia de reconocimiento de los derechos de la persona, tanto es así que muchas de las páginas de este libro, en su primera edición, han quedado desactualizadas, por el reconocimiento legal a los reclamos que en los encuentros científicos demandábamos, tanto en daño ambiental como en la protección del consumidor, en el reconocimiento que los derechos inalienables del ser, a su vida, a su integridad física.

Y es que nada menos que la Constitución Nacional con su reforma de 1994 vino a consagrar estos derechos personales, amén de las leyes menores que se dictaron en la misma dirección. Todas ellas permiten conectar la *protección del ambiente y la protección al consumidor*.

En realidad la nueva base normativa está protegiendo a la persona de las distintas hipótesis atinentes al denominado riesgo de empresa como la contaminación ambiental y la prestación de servicios en el ámbito del derecho del consumo.

Así, las nuevas normas constitucionales:

- 1. Tienen por finalidad preservar la *calidad de vida*.
- 2. Atienden a la *prevención* antes que al *daño*.
- 3. Ubican al medio ambiente y al consumidor como víctimas dignas de protección frente al riesgo empresarial.
- 4. Reconocen la posibilidad del reclamo individual o colectivo.

Las otras leyes dictadas en los últimos años en la Argentina son congruentes con estos principios. Podrá aceptarse su normativa o criticarlas parcialmente por algunas de sus soluciones, pero lo que es indudable que todas tienden a la protección del hombre garantizando aquéllas.

<sup>24</sup> Las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil —Mar del Plata, 1986— confirman que "la responsabilidad civil derivada de daños ecológicos es objetiva".

La ley 24.240 tiene por finalidad la protección de la salud. El estatuto del consumidor protege la vida, la salud, y la integridad contra los accidentes del consumo.

Se relaciona con otras leyes dictadas en los últimos tiempos que tienden a preservar el normal funcionamiento de los mercados en condiciones de transparencia, competitividad, lealtad y calidad.

Se integra con la Ley de Defensa de la Competencia 22.282 y la Ley de Lealtad Comercial 22.802.

Otras normas específicas que integran la protección del consumidor y el medio ambiente son: la ley 24.065 que regula la prestación del servicio público de transporte y la distribución de electricidad; ley 24.076 sobre prestación de gas natural; decreto 1185/92 de prestación de las telecomunicaciones; decreto 999/92 que reglamenta el servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales; y ley 24.051 de Residuos Peligrosos.

#### V. LEY 24.051 DE RESIDUOS PELIGROSOS

Anterior a la reforma constitucional de 1994 ya manifiesta "se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y los radiactivos" (igual art. 41, Const. Nac.).

La ley 24.051 define al *residuo peligroso* como "todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general" (art. 2°). Parece acertada la definición porque ella localiza la categoría de "peligroso" desde la óptica de la causación del daño. El decreto 83L/93 conceptúa al residuo como "todo material que resulte de desecho o abandono".

Se incluyen:

- a) los residuos enumerados en el Anexo I de la ley (corrientes de desechos),
- b) los que resulten de explosivos, líquidos inflamables, sólidos inflamables, sustancias o desechos susceptibles de combustión, explosivos, inflamables, corrosivos, tóxicos descriptos en el Anexo II,
- c) las sustancias que dan origen a otra que posea características de peligrosidad,
- d) los residuos patológicos (art. 19, ley 24.051).

Se excluyen:

- a) los residuos domiciliarios,
- b) los radiactivos,
- c) los derivados de las operaciones normales de buques.

La *responsabilidad civil* emergente de los daños causados con residuos peligrosos tiene estas características:

a) Se consagra el residuo peligroso como una "cosa riesgosa" a los efectos del artículo 1113, 2da. parte, 2do. párrafo del Código Civil, encuadrándose en la responsabilidad objetiva.

b) Los sujetos responsables: el generador es responsable independientemente de su calidad de dueño o guardián. "Generador de residuos es quien lo produce" (art. 14), y resulta "responsable en calidad de dueño de los mismos" (art. 22). Esta responsabilidad "no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento" de los residuos (art. 46) ni frente a terceros por la transferencia de dominio (art. 46).

Se consideran "guardianes" del residuo peligroso, a los efectos del artículo 1113, 2da. parte, 2do. párrafo del Código Civil, el transportador de los residuos y el titular de la planta de tratamiento y disposición final (arts. 31 y 44).

c) Las eximentes de responsabilidad objetiva contienen un agravamiento a las dispuestas por el respectivo artículo 1113 del Código Civil "El artículo 47 de la ley 24.051 contiene una nueva exigencia, cual es la demostración que de su parte empleó el debido cuidado y atendió todas las circunstancias del caso con el objeto de evitar la acción del extraño"<sup>24</sup>.

Esta es la nota más destacada de la responsabilidad que dispone la ley 24.051, ya que, "para que la culpa del tercero pueda ser invocada útilmente, debe ser inevitable, vale decir, constituir un caso fortuito"<sup>25</sup>.

La Ley de Residuos Peligrosos establece pautas de seguridad para los generadores (arts. 14 a 21) y los transportistas (arts. 23 a 32).

La Ley de Unificación Legislativa de 1967 en la redacción del artículo 2619 del Código Civil extiende a toda persona que pueda ser perjudicada, aunque no se trate de vecinos, el ejercicio de la acción prevista en el artículo 2618 del mismo Código, que se refiere a la indemnización por molestias ocasionadas por humo, olores, calor, luminosidad, ruidos, vibraciones o "daños similares". La vetada ley con el artículo 2619, daba entrada en la normativa del Código Civil al reclamo por daño ecológico, legitimando activamente a todo sujeto que "pueda ser perjudicado".

## VI. POLÍTICA INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Con posterioridad a la Conferencia de Estocolmo, e inmediatamente después, en octubre de 1972, se realizó una reunión de jefes de Estado y

<sup>24</sup> Jacobo, Gabriel - Rouges, Carlos, *Regímen Legal de los Residuos Peligrosos (Ley 24.051)*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 76.

<sup>25</sup> Alberini, Atílio A. - Arenal, Oscar - López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

de Gobierno celebrada en París (Cumbre de París). Se formula una Declaración Política en la que se recoge la preocupación por el medio especialmente en el seno de organizaciones internacionales<sup>27</sup>.

Declara once principios formulados ya por los ministros del Medio Ambiente reunidos en Bonn en 1972, de los que se destacan: la necesidad de acciones preventivas, la responsabilidad del contaminador y el nivel de acción apropiado.

El 18 de diciembre de 1971 se firmó en Bruselas un Convenio Internacional de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos, creando un capital de garantía para hacer frente a los daños causados por la contaminación ambiental de hidrocarburos, complementario del Convenio por daños que reconocen el mismo origen, celebrado en Bruselas en 1969.

En los considerandos se expresa que la firma del Convenio ha surgido como toma de conciencia del peligro de contaminación que crea el transporte marítimo internacional de hidrocarburos a granel y con el fin de lograr una indemnización adecuada a las víctimas de daños provocados por los derrames de hidrocarburos<sup>28</sup>.

El Convenio Internacional por Responsabilidad Civil (año 1969) por daños causados por la contaminación de hidrocarburos constituye un avance considerable al incluir dentro de su régimen, tanto a los daños producidos a los Estados contratantes por la contaminación, así como los costes de las medidas preventivas adoptadas en cualquier lugar para evitar o limitar los accidentes.

El Convenio de 1971 establece un fondo de garantía que se destina a la indemnización cuando el responsable es insolvente o por cualquier otro motivo no pueda hacer frente a ella, revistiendo entonces el carácter de subsidiaria. El recurso creado por el Convenio no sólo se aplica a las indemnizaciones de daños causados por la contaminación ambiental sino también a los gastos para prevenir o evitar los daños ecológicos causados por los hidrocarburos.

Como la responsabilidad se basa en un factor objetivo de atribución, la indemnización es tarifada con un tope de cuatrocientos cincuenta millones de francos.

<sup>27</sup> Mateu Isturiz, José F. y otros, *La Protección de los Consumidores y el Medio Ambiente en la Comunidad Económica Europea*, Tivium, Madrid, págs. 127 y sigs.

<sup>28</sup> Los daños producidos por la contaminación ambiental que tienen su origen en los hidrocarburos son una preocupación constante por la frecuencia con que se producen y la magnitud alcanzada por los perjuicios. Dice *La Nación* en una editorial del 23-I-1983 bajo el título "Contaminación en el Atlántico Sur" que un investigador del Instituto Antártico Argentino ha encontrado altas concentraciones de compuestos químicos derivados del petróleo, en las aguas del Atlántico Sur. Las sustancias en cuestión son peligrosas porque se presentan como cancerígenas aun en concentraciones pequeñas.

En la Declaración de Río "Eco 92" se suscribió por los países latinoamericanos el siguiente compromiso —entre otros—: "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible".

Y en cuanto a las obligaciones de los Estados signatarios: "...Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos...".

El lema que asumieron los países comprometidos propiciaba un *progreso sin contaminación* y se encargaba a los órganos con poder de decisión, la elaboración de un programa de acción en materia medio ambiental.

No podemos dejar de advertir que el daño ecológico sería parcialmente tratado si lo enfocamos desde un punto de vista solamente nacional. No debemos olvidar que la defensa del medio ambiente, por su misma naturaleza, exige una acción conjunta. El hecho de que la contaminación no se detenga en las fronteras, unido a que la política ambiental de un país puede suponer graves perjuicios para el vecino, es una de las razones de su internacionalidad.

Estos principios dieron nacimiento —entre otros tratados— a la política comunitaria del medio ambiente que consta en la Declaración del Consejo de Comunidades Europeas de diciembre de 1973.

El primer programa de acción en materia de medio ambiente ha fijado como objetivos: prevenir, reducir y suprimir —en la medida de lo posible— la contaminación ambiental; mantener un equilibrio ecológico satisfactorio; evitar toda explotación de los recursos y del medio natural; orientar el desarrollo hacia una mejora en las condiciones del trabajo y del marco de vida; buscar soluciones afines con terceros Estados; los costas no pueden prevalecer sobre la protección de la persona humana en toda su proyección.

Falta en nuestro país una urgente armonización de las legislaciones provinciales y de los países del Mercosur. El Tratado de Asunción, fundacional del Mercosur, contempla la "preservación del medio ambiente" (Prelámbulo).

## VII. LAS POSIBILIDADES ASEGURATIVAS DEL DAÑO AMBIENTAL

Las exigencias de que la víctima sea resarcida efectivamente aconsejan que, junto con la atribución objetiva de responsabilidad, sea implantado el seguro forzoso para las actividades de alta siniestralidad, articulado con fondos de garantía y con mecanismos de pronto pago<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> VI Jornadas Benemérita de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junio 1994 y



Para facilitar el régimen de seguro forzoso sería conveniente la fijación de criterios cuantitativos para la atribución objetiva del deber de reparar, sobre la base de topes, tablas o baremos, u otro mecanismo idóneo, sin perjuicio de su ampliación cuando concurriera un factor de atribución subjetivo.

La doctrina nacional entiende que el seguro es una herramienta efectiva para la prevención, indemnización y recomposición del daño ambiental, pero las soluciones que brinda son necesariamente limitadas. Ello porque no puede constituirse técnica ni fácticamente, un fondo de primas suficientemente importante para satisfacer el costo de eventuales reparaciones.

Los siniestros derivados del daño ambiental revisten gran intensidad y la única manera posible de conciliar seguro y siniestralidad resulta de la limitación cuantitativa de la indemnización prometida.

Alrededor de los años '70 en la Comunidad Europea se asiste a la toma de conciencia de los graves riesgos de la contaminación, lo que lleva a las compañías aseguradoras a establecer sus recomendaciones en los contratos de seguros de responsabilidad civil de la explotación empresarial siempre y cuando ellos fueran accidentales.

La garantía del seguro enmarcado en la aleatoriedad del siniestro requiere que la contaminación de la empresa provenga de accidentes, es decir, que resulten por ejemplo de la corrosión imprevista de los materiales. Como dice Lambert-Faivre<sup>30</sup> "debe estar estrictamente mantenida la exigencia de la imprevisibilidad del hecho causal desde el punto de vista del seguro: nosotros diríamos —agrega Lambert-Faivre— su carácter aleatorio". La contaminación aceptada y conocida por la empresa no es asegurable en derecho... los aseguradores serían en tal caso los cómplices financieros de los contaminadores impenitentes, a despecho de las políticas de preservación del entorno.

En Francia el 1° de julio de 1977 fue creado el "Grupo de Aseguramiento de Riesgos de Contaminación y otros atentados al entorno", denominado GARPOL.

GARPOL funcionó desde 1977 hasta 1989 en que se transformó —con cuarenta y nueve empresas aseguradoras— en el grupo denominado ASSURPOL, que a su vez tiene catorce sociedades de reaseguro. Este sistema de pool opera repartiendo los riesgos y las primas a prorrata de la participación de cada sociedad. Tiene una capacidad financiera de ciento treinta millones de francos.

Compro en Homenaje al 50° Aniversario de las Naciones Unidas, Universidad del Museo Social Argentino, junio 1985.

<sup>30</sup> Lambert-Faivre, *Yvonas, Risques et Assurance des Entreprises*, 3° ed., Pichon Dalloz, Paris, 1981, págs. 667 y sigs.

Un importante sector de la doctrina reunido en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil —Mar del Plata, 1983— propuso en lo que hace a la tendencia socializadora de los daños: "debe implementarse la cobertura asegurativa obligatoria del riesgo de responsabilidad civil por contaminación ambiental, debiéndose también prever la creación de un fondo de garantía y el reconocimiento a la víctima de un derecho propio a la indemnización".

Se recomienda en las reuniones de expertos, sobre la conveniencia de establecer fondos de garantía y *pool* de aseguradoras y fondos de indemnización: "para evitar, entre otras eventualidades, las insolvencias de las compañías aseguradoras, resulta prudente formar fondos de garantía".

"Atento la magnitud del posible daño al medio ambiente cabe propiciar la formación de fondos de indemnización con aportes de las empresas que puedan afectar al ambiente por sus actividades, de manera que permitan encarar la reparación y recomposición debidas"<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Recomendación del Congreso en Homenaje al 50º Aniversario de las Naciones Unidas, *cit.*