

CONCIENCIA Y RESPONSABILIDAD *

MARCELA FABIANA LICCIARDI

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente la problemática ambiental ha quedado circunscripta a ser tratada por el derecho administrativo considerándose esencialmente como una rama de este derecho, sobre todo por el alcance colectivo y de interés público de su objeto, “el medio ambiente”, que determina el papel preponderante del Estado en la adopción de medidas preventivas represivas para resolver los problemas ecológicos.

Sin embargo, la valoración del medio ambiente, entendido como parte integrante de los bienes de la naturaleza, determina que sea un bien que puede ser gozado, utilizado y disfrutado por sujetos individuales, y es por eso que puede ser entendido como objeto específico de relaciones jurídicas patrimoniales, por cuanto se puede concretar al espacio físico de que hace uso cada persona, en relación con el medio ambiente que la rodea, y en que se desarrolla la vida del hombre. Por tanto, las agresiones del medio ambiente ocasionan perturbaciones y afectaciones a los sujetos que viven, trabajan y están en interrelación con el medio en que se produce la afectación, no como ente abstracto sino como realidad específica y concreta de cada individuo en relación con las cosas.

La expresión “daño ambiental” es ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de impacto ambiental, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un derecho subjetivo y legítima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado.

* Trabajo premiado en el “IV Concurso de Ensayos Ignacio Wiñizky sobre Derecho Ambiental”, año 2004.

La composición del ambiente puede convencionalmente subdividirse en:

a) ambiente natural, que a su vez se compone de: i) recursos naturales, que son los elementos de la naturaleza útiles al hombre (atmósfera, tierra y suelo, aguas, flora, fauna y yacimientos minerales, paisajes naturales, energía primaria); ii) fenómenos naturales, que no son útiles, pero que pueden tener consecuencias económicas y sociales nocivas respecto de los cuales la legislación puede contener normas preventivas: terremotos, sequías, inundaciones, ciclones, epidemias, epizootias, plagas vegetales, incendios de bosques, etcétera;

b) ambiente cultivado, en el que la acción humana induce la producción de la naturaleza, compuesta por producciones agrícola, pecuaria, silvícola y piscícola;

c) ambiente creado o fabricado por el hombre: producción manufacturera, edificios, productos agroquímicos y farmacéuticos, alimentos, asentamientos humanos, medios de transporte (carreteras, ferrocarriles, aeropuertos, etc.). Dentro de esta categoría está incluido el medio ambiente sensorial, ruidos, olores, sabores (agua dorada), paisajes de belleza estética contruidos por el hombre, etcétera.

La acción u omisión humana que recaiga sobre cualquiera de los sectores previamente enumerados puede deteriorar el ambiente en perjuicio del hombre, por lo que toda la legislación y específicamente la ambiental deben adoptar normativas preventivas y correctoras. Se debe preservar y proteger el medio ambiente natural, el cultivado, y el creado (el medio ambiente urbano, el laboral, el carcelario; en definitiva, el medio ambiente social), no sólo para transmitirlo en buenas condiciones a las generaciones futuras, sino para nuestra propia generación, implementando de inmediato la responsabilidad y solidaridad intrageneracional. Esto lo traemos a colación teniendo en cuenta que las interpretaciones de la normativa vigente sólo han puesto énfasis en la solidaridad para el futuro.

La ecología se encarga del estudio de las relaciones del hombre con su medio y entorno y el ecosistema del planeta, y no sólo la relación enunciada, sino también la incidencia de factores que el hombre introduce, que apriorísticamente no sólo perturban la relación natural sino que los enfrenta con factores de riesgo de vida.

Indudablemente, cuando la Constitución Nacional reclama la protección integral de la familia y el derecho de acceso a una vida digna, está reconociendo y garantizando, además, el “entorno natural”, pues de lo contrario, el precepto constitucional no sería más que una mera utopía.

II. DAÑOS POR EL RIESGO O VICIO DE LA COSA

Conforme al art. 1113 del Código Civil, tras la reforma de 1968, cuando el daño es causado “por el riesgo o vicio de la cosa, la responsabilidad es objetiva: como se prescinde de la noción de culpabilidad, el ‘dueño o guardián’ no se puede liberar del deber de reparar que se le asigna, mediante la prueba de no haber habido culpa de ello”.

La ley no habla de cosas *riesgosas*, sino de *riesgo de la cosa*.

Interesa mencionar que el art. 45 de la ley 24.051 de Residuos Peligrosos incorpora la idea de cosas riesgosas al remitirse a una nómina de residuos alcanzados por ella. Para interpretar el régimen del Código Civil, a través del art. 1113, hay que tener presentes estas directivas:

a) No ha sido formulada una categoría rígida de cosas *riesgosas*, debiéndose ponderar en cada caso si, en razón de haber quedado la cosa fuera del control del guardián —por su riesgo o vicio— y desempeñando un papel activo, causó un daño en violación del deber de no causarlo.

b) Hay *vicio* en la cosa cuando tiene un defecto —ostensible u oculto— que la hace impropia para el destino que se le da (arg. art. 2164, CCiv.). Es decir: el daño deriva directamente del efecto, como si un vehículo lo provoca a un peatón al romperse la barra de dirección fallada.

c) En todos estos casos el daño es causado por la cosa, pues sobresale una causa física y la acción humana aparece sólo de manera mediata.

Cuando el daño se origina con la cosa, ella tiene una relación mayor con la acción humana, no rige la teoría del riesgo sino que hay una simple inversión de la carga de la prueba de la culpa. La teoría del riesgo prescinde de la noción de culpa: en el daño con la cosa, la culpa sólo se presume.

d) El art. 1113 del Código Civil vigente no menciona la *actividad riesgosa*, que implica un concepto distinto del *riesgo de la cosa*: una actividad puede ser riesgosa en sí misma, por las circunstancias en las que se desarrolla, sin que sea menester que el daño resultante derive de la intervención de cosas (p. ej., ciertas actividades laborales que provocan enfermedades profesionales por posiciones forzadas del cuerpo del trabajador).

1. Fundamentos de la asignación del riesgo

El sistema de atribución de responsabilidad objetiva, resultante del Código Civil, del Código de Comercio y de leyes especiales, aplica —según los casos— la teoría del riesgo en sus dos versiones: en la de riesgo *creado* y en la de *riesgo provecho*. En términos generales, las distintas situaciones pueden ser agrupadas así:

a) Cuando se trata de *daños causados por la cosa*, la responsabilidad del *dueño o guardián* resulta combinadamente: (1) de la *creación* del riesgo, porque cuando es usada una cosa con *riesgo o vicio* se incrementa el peligro potencial de que se produzcan daños; (2) del *provecho* que se obtiene de la cosa al *servirse* de ella (art. 1113, 1ª parte, CCiv.).

b) En otros casos la *creación* del riesgo resulta de la *mera introducción* de una cosa en la comunidad, y se independiza de la situación actual en cuanto al dominio o la guarda de ella.

c) En la *actividad riesgosa* la *creación del riesgo* deriva de la realización de esa actividad.

d) En la responsabilidad contractual objetiva que tiene a su cargo uno de los contratantes, pueden influir tanto la *creación del riesgo* como el *provecho* que obtiene de su actividad.

e) La responsabilidad del productor aparente proviene del *riesgo provecho*.

III. EL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO Y LA NUEVA LEY GENERAL DEL AMBIENTE

La Ley General del Ambiente (LGA) dedica un capítulo especial a la temática de daño ambiental colectivo, que el Poder Legislativo Nacional ha sancionado en virtud del art. 41, párrafo primero.

Debemos tener en cuenta que el art. 41 de la Constitución Nacional ha incluido en su texto las nociones de patrimonio histórico y cultural, involucrando a estos conceptos en la noción de ambiente. La LGA adopta claramente esta postura al englobar en el concepto de ambiente no sólo a los recursos naturales y ecosistemas, sino también a los bienes o valores colectivos. La jurisprudencia se ha mostrado conteste a esta interpretación en el fallo “Municipalidad de Tandil v. La Estrella s/daños y perjuicios”, C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª, 22/10/96, ED 171-373, JA 1997-III-24, en el cual reconoció que al dañar el complejo escultórico “Las Nereidas” y una fuente sitios en la ciudad de Tandil se estaba produciendo un daño moral colectivo y que éste debía ser resarcido a la comunidad.

Asimismo, es reconocida por la mencionada ley la responsabilidad del generador *ex ante* y *ex post*, en cuanto a que el principio de responsabilidad señala que debe afrontar los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio del sistema de responsabilidad ambiental que corresponda. Este principio ya ha sido considerado por la jurisprudencia en el fallo “Barragán”, por el cual se estableció que Autopistas Urbanas SA y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires deben adoptar medidas necesi-

rias para lograr una sustancial reducción de la contaminación sonora proveniente de la Autopista 25 de Mayo.

La LGA crea un Fondo de Compensación Ambiental en su art. 34. En primer lugar, cabe destacar que se trata de un fondo público que, basándose en la figura del Estado como tutor o curador del ambiente (*trustee*, en los términos de la doctrina del fideicomiso público o *Public Trust*), debe cuidar no sólo el ambiente, sino también velar por su protección y su restauración a favor del beneficiario de la fiducia, que es el público en general.

El juicio por daño ambiental. La LGA presenta en su texto diversos aspectos fundamentales en relación al juicio por daño ambiental. Éstos se relacionan básicamente con los siguientes conceptos: factor de atribución, legitimación activa y pasiva, jurisdicción, prueba, efectos de sentencia y reparación. Cada una de las nociones mencionadas implica una multiplicidad de temas y consideraciones que superarían el alcance del presente artículo.

Factor de atribución. Frente a la necesidad de dar respuesta a un tema que afecta a la sociedad en su conjunto y en consonancia con la tendencia actual proveniente del derecho civil, receptada también por el derecho administrativo, la responsabilidad por daño ambiental es considerada en el marco de la responsabilidad objetiva, desprovista de la necesidad de aspectos subjetivos de atribución. Ésta había sido ya la tendencia presente en diversos precedentes, entre los cuales podemos mencionar los casos “Copepro”, “Maceroni” y “Subterráneos”. Respecto del caso “Copepro”, en apretada síntesis, el relato de los hechos es el siguiente: los accionantes vecinos de la planta industrial de Copetro (productora de carbón de petróleo) iniciaron juicio por daños y perjuicios como damnificados directos de la contaminación proveniente de las emanaciones de polvillo que se desprendía del producto expuesto al aire libre. Dicho polvillo no sólo afectaba o ponía en peligro la salud de los vecinos (sustancia cancerígena) sino que también había afectado de manera considerable sus viviendas (ambiente cultural en nuestra época). También solicitaron la orden judicial de cesación de la contaminación.

El mencionado caso tuvo un tortuoso trámite de aproximadamente diez años, llegando a intervenir también la Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego de haber pasado por las distintas instancias de la Provincia de Buenos Aires. Su larga duración fue, quizás, motivada por tratarse de una materia novedosa para los no especialistas en aquel momento y por la insuficiencia de los instrumentos jurídicos adecuados que contemplaran la materia en análisis, lo que diera motivo a diversos planteos y medulosas resoluciones sobre legitimación activa y pasiva respecto de los intereses difusos, principio de congruencia, facultades del juez en la adopción de medi-

das preventivas tendientes a evitar daños futuros, y en producción y análisis de la prueba, cosa juzgada y, finalmente, la normativa aplicable para la resolución de ambos casos con imputación de responsabilidad objetiva de la demandada. Si bien en nuestros códigos civil y rituales existían normas adecuadas para la resolución de los conflictos planteados, no puedo soslayar que dichos institutos legales no fueron pensados por los codificadores para la cada vez más compleja problemática ambiental. La normativa referida fue pensada para la resolución de conflictos intersubjetivos o de vecindad o para los daños de derechos subjetivos.

Fue mérito de la doctrina y de la jurisprudencia de nuestro país el *aggiornamento* de la vieja normativa al nuevo desafío ambiental y, en estos casos que comento, quedaron reflejados en plenitud en los medulosos considerandos de las sentencias dictadas tanto por la Cámara Civil y Comercial como por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

La LGA señala claramente que la ruptura del nexo causal sólo podrá acaecer cuando “a pesar de haberse tomado todas las medidas destinadas a evitar el daño, 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” (art. 29). Observemos entonces cómo la LGA toma claramente los aspectos de la responsabilidad objetiva ya presentes en el art. 1113 del Código Civil, sumándole otras condiciones a la exención de la responsabilidad, cuales son el haber tomado las medidas destinadas a evitar el daño y asimismo la imposibilidad de culpa concurrente del responsable.

Legitimación activa. En forma coherente con los criterios existentes en la Constitución Nacional, la LGA presenta como legitimados activos para iniciar acciones sobre daño ambiental al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental. También otorga dicha capacidad al Estado nacional, provincial y municipal. Finalmente, considera también como legitimado a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción (art. 30, LGA).

En cuanto a las limitaciones procesales de la legitimación activa, la norma señala que una vez que la acción por daño ambiental ha sido interpuesta, no pueden intervenir los restantes como titulares de la acción, pero sí como terceros. Esta posibilidad de litisconsorcio, una vez iniciada la acción por parte de un legitimado, podría presentar dificultades en la práctica en los supuestos en los cuales una causa iniciada no sea impulsada, durmiendo en los anaqueles de los tribunales. Esto exigirá, por ende, una conducta responsable por parte de quienes inicien las acciones por daño ambiental colectivo, teniendo en cuenta la relevante tarea que frente a la sociedad esto importa.

Asimismo, la LGA señala que la acción por daño ambiental no obsta la potestad de solicitar, mediante la acción de amparo, la cesación de actividades generadoras del daño ambiental colectivo. Ahora bien, es menester destacar que la acción por daño ambiental colectivo requiere lógicamente, para que el daño sea remediado, que haya cesado previamente la actividad que lo originó. No obstante ello, la LGA, con la finalidad de evitar posibles dilaciones en la cesación del daño ambiental, expresamente establece la posibilidad de coexistencia con la acción por daño ambiental de una acción de amparo para obtener el cese de las actividades que generaren el daño colectivo.

Legitimación pasiva. En cuanto a los destinatarios de la acción por daño ambiental colectivo, existen dos aspectos de la LGA que merecen ser destacados. En primer lugar, la determinación de la responsabilidad solidaria frente a la sociedad de quienes hubieren participado en la comisión del daño ambiental colectivo (art. 31).

Asimismo, la LGA establece que si el daño fuera ocasionado por una persona jurídica, la responsabilidad se extenderá a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación (art. 31 *in fine*). Ésta ha sido una tendencia presente en el ámbito del derecho penal ambiental, más específicamente en materia de residuos peligrosos. De todas formas, constituye una innovación en materia de responsabilidad por daño ambiental.

Jurisdicción. Los tribunales en los cuales deben interponerse las demandas por daño ambiental colectivo son, de acuerdo con el art. 32 de la LGA, los correspondientes a las reglas ordinarias de la competencia.

Esto implicaría, en un principio, que la jurisdicción civil sería la correspondiente mientras no existan fueros ambientales específicos. Ahora bien, en el supuesto de suscitarse un conflicto entre el Estado y los particulares, éste podría plantearse ante los tribunales contencioso administrativos. En cuanto al lugar de radicación de la demanda y la preeminencia de la jurisdicción local, la jurisprudencia ha sido conteste en el relevante caso "Roca, Magdalena v. Buenos Aires, Provincia de, s/inconstitucionalidad", por el cual se reconoció que correspondía a la justicia local resolver un conflicto entre una norma local y un tratado internacional.

Medidas de urgencia y pruebas. Sabidas son las dificultades que ofrece la prueba en el proceso ambiental. Justamente, la LGA ha sido vetada por el PEN en los aspectos en los cuales reconocía la presunción *iuris tantum* del autor del daño ambiental si existían infracciones a las normas ambientales administrativas. Ahora bien, no obstante no existir inversión de la carga de la probatoria en esta materia, cabe mencionar que debido a las dificultades presentes en los aspectos probatorios del daño ambiental, sería

sumamente auspicioso tomar en cuenta la *teoría de las cargas probatorias dinámicas*. Dicha teoría presenta una concepción flexible en este sentido, considerando que quien debería probar es “aquella parte que se encuentre en mejores condiciones técnicas, económicas, jurídicas o fácticas”.

Efectos de la sentencia. La LGA determina que la sentencia favorable en esta materia hará “...cosa juzgada y poseerá efecto *erga omnes*, a no ser que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias” (art. 33). Este artículo no hace más que poner de manifiesto el doble rol del juez, en sus faces reparatoria y preventiva.

Entendemos que el alcance de la voz “cosa juzgada” abarca tanto su aspecto formal como material, impidiendo que vuelva a tratarse en el mismo proceso o en uno posterior la cuestión decidida. En este sentido, la LGA ha seguido los pasos de la ley 11.723 de la Provincia de Buenos Aires, que establece que las sentencias desfavorables al accionante por falta de prueba no harán cosa juzgada respecto de acciones en pos de la defensa jurisdiccional del medio ambiente.

La consagración del daño ambiental colectivo (o *per se*) diferenciado del daño al individuo o a sus bienes implica un viraje de suma relevancia, en consonancia con el paradigma de la sustentabilidad, vinculado al ambiente como bien común que debe protegerse, trascendiendo y responsabilizando a todos los habitantes por el uso de los recursos y el ambiente al que accedan.

IV. EL ART. 2618 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA CALIDAD DE VIDA

El art. 2618 del Código Civil ha producido una trascendente renovación en 1968 en la categoría de daño resarcible, pues introdujo las molestias derivadas del ejercicio de actividades económicas que gozan de autorización administrativa y que, dado su nivel de intensidad, se tornan inaceptables para el diario convivir de la vecindad.

Se trata de los llamados daños ambientales, que pueden afectar a personas determinadas, pero que por sobre todo, provocan en el hábitat comunitario una situación que, en forma continuada y casi imperceptible, va afectando la salud de las personas y de las generaciones venideras.

La idea preliminar de esta situación es que la autoridad administrativa —nacional, provincial o municipal— al conceder la autorización para su funcionamiento, ejerza desde el poder estatal una minuciosa investigación del impacto ambiental —porque de eso se trata— de la actividad a desarrollar, regionalización, medición de ruidos, olores, etcétera.

Una segunda función es la de controlar que, una vez habilitada la actividad económica, funcione no sólo dentro de los márgenes en que ella se

efectivizó, sino que además se adapte constantemente a los nuevos descubrimientos en materia de salud y tecnología en la manufacturación de bienes y servicios. Fuera de este marco eminentemente administrativo, aparece el art. 2618 del CCiv. como una nueva herramienta de control a cargo de los jueces. Está bien que ello ocurra, pues resulta relevante para el Estado de derecho que los jueces ejerzan ese control. Nace así el control judicial de un nuevo daño categorizado jurídicamente como reparable: las molestias.

Caracterización jurídica de las molestias. En su caracterización hay tres institutos que el magistrado debe necesariamente evaluar:

a) El primero de ellos es el emprendimiento económico en la generación de bienes y servicios como motor de la economía capitalista de acumulación privada, en el cual no sólo se obtienen beneficios individuales, sino que se debe generar crecimiento económico y desarrollo con distribución social de riquezas, tal como lo pregonaban Adam Smith y David Ricardo.

b) El segundo, que dicho emprendimiento privado o estatal se realice acorde con las normativas administrativas dictadas por el Estado en su función de permisibilidad, adjudicación y contralor. Esto es trascendente, pues determina la calificación de actividad ilícita (requisito de aplicación del art. 2618, CCiv.), ya que de lo contrario estaríamos en otra área del derecho de daños (cuasidelitos, delitos, reparabilidad por riesgo del art. 1113, CCiv., etc.), incluso hasta la configuración de un delito del derecho penal.

c) La tercera herramienta es el instituto del ejercicio abusivo del derecho (art. 1071, CCiv.), pues supone que aun cumpliendo los dos requisitos descriptos anteriormente —permisibilidad administrativa y utilidad social del emprendimiento— puede crearse la situación de un exceso, aunque no llegue a configurar la antijuridicidad, sino que en la meritación judicial constituye un supuesto de intolerabilidad para la vida y la salud de determinada o determinadas personas que no deben asumir este sacrificio extra respecto de los demás miembros de la sociedad.

Del juego armónico de estos tres instrumentos jurídicos surge entonces la idea de las molestias como jurídicamente relevantes para integrar la categoría de daño resarcible.

Función judicial de control y prevención. El art. 2618, CCiv., determina la posibilidad de indemnización o la cesación de tales molestias.

Sin embargo, esta reacción del ordenamiento jurídico requiere una actividad jurisdiccional de suma trascendencia. El juez no sólo debe detectar (a través de las pruebas de las partes) la existencia de las molestias, sino que además debe determinar si éstas adquieren la categoría jurídica resarcible, lo que simultáneamente implica establecer las condiciones de toleran-

cia presentes y futuras; como vemos, dos cuestiones de una importancia vital en el desarrollo del derecho de daños y su conjunción con la actividad económica.

No sólo abarca el resarcimiento individual del daño, sino fundamentalmente también lo relativo a su prevención y continuidad.

El primero (resarcimiento) implica determinar cuantitativamente la indemnización por las molestias sufridas, incorporadas a la categoría de daño resarcible acaecido.

La cuantificación es un tema sumamente conflictivo y debe pensarse en términos de resarcimiento económico por el daño sufrido. La solución adoptada ha sido sobre la base de las atribuciones del art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es decir, una medición judicial mentada en consideraciones no de técnica económica, sino de equidad, experiencia y usos y costumbres tribunalicios. Otro tema de trascendencia social es el de la cesación o disminución de las molestias, modificando las condiciones de explotación en el emprendimiento económico, lo cual es sin duda una de las facetas nuevas del "rol de los jueces" que muy poco se ha utilizado.

La pauta de apreciación del límite de tolerancia debería fijarse en la posibilidad efectiva que la naturaleza tuviera para poder neutralizar y/o transformar a esos desechos industriales.

Si la naturaleza puede degradarlos en sustancias inocuas, nos encontraríamos con que hubo uso de los recursos naturales.

Si no puede degradarlos, estaríamos frente a un abuso y/o destrucción de esos recursos. De hallarnos en este último supuesto, dicho daño debería ser resarcido por efecto de la responsabilidad civil.

V. LA OBLIGACIÓN DE RECOMPONER EL DAÑO AMBIENTAL

El tema de los seguros ambientales es un tema nuevo en Argentina, que surge a partir de tres leyes de reciente aparición donde se lo menciona. Ellas son: la ley nacional 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios, la 25.670 de Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de los PCB, y la LGA.

Estas leyes exigen a algunas empresas un seguro ambiental, lo que ocasiona un problema, el cual consiste en que todas las empresas contaminantes o que generan situaciones ambientales riesgosas tienen que prever los daños que puedan causar sobre el ambiente. La lógica es: si la sociedad se beneficia consumiendo un producto que daña o pone en riesgo al ambiente, el empresario debe calcular e incorporar al precio del producto ese riesgo. Esto, para que no lo pague el resto de la sociedad que decide no consumir o

minimizar el consumo del mencionado producto. Asimismo, se le brinda información al mercado sobre cuál es el verdadero valor del producto que se consume y el consumidor puede decidir si el producto “vale lo que cuesta”.

De esta forma, los seguros ambientales y las leyes que los exigen en nuestro país generan un marco de reglas que brindan mayor información a los mercados y libertad a los consumidores y usuarios.

En pos de un sistema de responsabilidad que se vea acompañado de un respaldo para afrontar la recomposición, la LGA plantea la obligatoriedad de los seguros ambientales en su art. 22. Ahora bien, dadas las peculiaridades del daño ambiental en cuanto a su prolongación en el tiempo, el seguro ambiental ofrece también características que representan algunos escollos para su implementación práctica.

En cuanto al alcance de la cobertura, podemos considerar que si bien existen diversos tipos de seguros por daño ambiental (*all risk*: abarcan lo que no está expresamente excluido; *named peril*: cobertura restrictiva que se circunscribe a lo específicamente establecido), la doctrina señala que aun cuando la remediación o *clean up* no estuviera incluida expresamente en la póliza, la tendencia mayoritaria entiende que sí está cubierta. Esto se basa en una interpretación amplia de los daños producidos por la empresa aseguradora, que comprendería también los gastos de remediación porque se trata de un perjuicio a un tercero.

Otro aspecto fundamental es la noción de siniestro, ya que ello determinará desde qué momento la compañía aseguradora se hace cargo de la cobertura respectiva.

Asimismo, en vinculación a la valuación del daño, existen serias dificultades en cuanto a la imposibilidad de cuantificar *ab initio* las grandes sumas indemnizatorias que luego pueden presentar las sentencias judiciales, frente a la ausencia de límites o cifras de compensación prefijadas. En este último sentido, cabe traer a colación la experiencia del derecho internacional, en el cual existen topes indemnizatorios que permiten a las compañías aseguradoras cuantificar el riesgo.

Ante las mencionadas peculiaridades y dificultades, las compañías de seguros optaron por construir *pools* en distintos países de Europa y en EE.UU. En cuanto a la realidad del mercado asegurador en la República Argentina, a las mencionadas problemáticas debemos sumar la situación crítica de la economía que a todas luces, influye en las dificultades que también experimente el mercado asegurador en estas latitudes. Este escenario presenta diversas opciones de contratación de seguros, ya sea a través de la contratación de pluralidad de aseguradores o de un asegurador local con respaldo o reaseguro de empresas extranjeras de seguros. Cabe

asimismo mencionar que la LGA presenta la opción, por vía facultativa, para que el interesado pueda constituir un fondo de reparación del daño. Dicho fondo es privado y ha sido equiparado por la doctrina a los fondos de garantía.

Con relación al medio ambiente, existen dos grandes tipos de riesgos:

El primero es el riesgo ambiental por una emergencia o por una situación accidental; un ejemplo de este tipo de riesgo lo constituye un camión que transporta una sustancia peligrosa y sufre un accidente derramando la sustancia. Los seguros ambientales contra este tipo de riesgo ya funcionan correctamente en los países desarrollados y, en el nuestro, hay varias empresas que han contratado pólizas en el exterior.

Estos seguros requieren de planes y de la continuidad del control por parte del seguro. Es decir, requieren sistemas y mecanismos de monitoreos constantes a fin de evitar o al menos minimizar la posibilidad de que se produzcan daños.

El segundo riesgo que todavía no se sabe cómo asegurar es el riesgo por lo que un producto pueda causar en el futuro o por el daño oculto que una empresa ha generado hasta el presente. Un caso paradigmático de los daños que un producto puede causar en el futuro es el de los asbestos. En los años '70, en los que fueron un gran descubrimiento, se utilizaron ampliamente en la construcción por su gran propiedad aislante. Hoy en día, sabemos que los asbestos son altamente contaminantes y existe gran cantidad de juicios por efectos hacia la salud de la población ocasionados por la exposición a asbestos.

Hay varias compañías aseguradoras que están ofreciendo seguros ambientales. Un seguro está compuesto por el valor del bien asegurado y por el riesgo de que la aseguradora tenga que pagar el monto asegurado. Se hace una ecuación sobre la base de posibilidad de que ocurra un accidente y cantidad de dinero que tiene que abonar la compañía aseguradora en una situación accidental. A partir de esto surge el problema de que las primas son muy caras porque no hay datos estadísticos sobre la probabilidad de la ocurrencia de accidentes. Por eso hasta ahora la mayoría de las empresas aseguradas son aquellas que tienen la certificación ISO 14.000, porque se cree que al contar con un buen sistema de gestión ambiental, se minimizan los riesgos de accidente, de esta manera tienen primas accesibles y se pueden asegurar.

La ley 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios dice que todo transportista deberá asegurar la recomposición de los posibles daños ambientales que su actividad pudiere causar. Al darle una primera leída esto parece sencillo, pero cuando uno empieza a desmenuzarlo, se complica; por ejemplo, las emisiones de CO₂ de los ca-

miones son gases de efecto invernadero que contribuyen al calentamiento global, ¿cómo se puede cuantificar y recomponer ese daño? La misma ley dice que las personas físicas y jurídicas responsables o titulares de plantas de almacenamiento, tratamiento y disposición final de residuos deberán asegurar la recomposición de los posibles daños ambientales que su actividad pudiera causar. La Ley General del Ambiente 25.675, en su art. 4º, establece el principio de responsabilidad. Esto quiere decir que cualquier persona que ocasione un daño sobre el ambiente debe recomponerlo. Hasta este punto no aparece la figura del seguro, pero sí nos marca la responsabilidad que tendrá que cumplir después.

Hay un esquema que exige que se vuelva todo al estado anterior al daño y, en caso de que no se pueda hacer, se deposite dinero en el Fondo de Compensación Ambiental, que se dedicará a recomponer diferentes daños ambientales que tendrá que cumplir después el seguro.

Varias empresas en nuestro país ya tienen seguros ambientales, pero no se usan como *marketing* porque se teme que el hecho de estar ambientalmente asegurado haga pensar a la población que se lo está porque esta empresa es más contaminadora o más susceptible de sufrir accidentes que otra. Por lo que no se usa al seguro ambiental como un elemento de *marketing* mientras que sí se lo hace con las normas ISO 14.000, por ejemplo.

Las empresas que tienen certificado ISO 14.000 están asesorándose en este tema de los seguros ambientales para cumplir las exigencias de dicha norma con respecto al aseguramiento del riesgo ambiental.

La actividad productiva, industrial, económica cumple un doble rol en la sociedad: por un lado, favorece el crecimiento, el desarrollo industrial, crea puestos de trabajo, constituye el eje de la transformación productiva por ser portadora de la incorporación y difusión del progreso técnico, pero por otro lado, debe ser instrumento de un desarrollo sustentable, en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el art. 41 de nuestra Carta Magna.

El deber preventor es una obligación inherente a la actividad empresarial; éste se materializa a través de la organización, planificación ambiental en el proceso de producción y servicios, como así también en todo el ciclo de vida del producto, con la finalidad de reducir los impactos negativos sobre la sociedad, es decir, limitar la *externalidad* (transferencia de efectos adversos producidos o generados por la empresa hacia la comunidad). Una forma de mitigar las consecuencias dañosas al ambiente es la adopción por parte de la organización de las normas internacionales de normalización ISO 14.000, que pretenden garantizar el uso de *tecnologías limpias* “a través de un adecuado planeamiento de políticas ecológicas y posterior seguimiento de su cumplimiento por medio de auditorías de expertos ambientales”.

Si bien las normas ISO tienen carácter voluntario, éstas pueden ser obligatorias cuando se trata de preservar la salud pública, proteger al consumidor o al medio ambiente, garantizar la seguridad de las personas, etcétera. Las normas ISO tratan de conciliar los intereses de los fabricantes, consumidores, gobiernos, comunidad científica, etcétera.

Son mundialmente conocidas la serie ISO 9.000, sobre control de calidad, que apuntan al cliente (relación productor-clientela); mientras que la serie ISO 14.000 prevé una relación más amplia, va orientada hacia la protección del entorno. Están involucrados en su diseño la tutela de los *intereses difusos o colectivos* que, si bien no están contemplados en forma expresa, surgen implícitamente del objetivo final de la norma.

Como hemos señalado, las normas ISO cumplen un rol preponderante en materia de *prevención* de daños. La inversión por parte de la empresa en los mecanismos que impone la normalización favorece el proceso productivo y la internalización de costos, disminuyendo o evitando el *impacto ambiental* ocasionado por la contaminación derivada de desechos industriales con las dificultades propias de su *reparabilidad y/o su recomposición*.

VI. CONSTITUCIÓN NACIONAL

Los derechos de la tercera generación son un intento democrático de fin de siglo tendiente a la recuperación de ámbitos de libertad ya perdidos, increíblemente, por los abusos cometidos en nombre de la libertad y la autonomía de la voluntad.

El derecho ambiental ha irrumpido en el mundo del derecho con una fuerza inconmensurable, observándose con nitidez las actuales funciones de la responsabilidad por daños: la función reparadora o resarcitoria frente al daño ya producido, la función de prevención frente al peligro de daño y la función punitiva.

La Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, reconoce expresamente en el art. 41 el derecho que tienen todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano; en consecuencia, el régimen de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente constituye una solución fundamental dentro del sistema de tutela ambiental. Justamente por eso, el propio art. 41 en su primer párrafo *in fine* dispone que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer.

La afectación del ambiente, con detrimento para toda la colectividad, constituye de por sí una actividad contraria a derecho, es decir, antijurídica, lo cual resulta inclusive del propio texto constitucional actual —art. 41, CN—, ya que existiendo un derecho al medio ambiente sano, que es un bien

de incidencia colectiva y también individual, la ilicitud surge por sí sola de la mera circunstancia de la violación de ese bien.

Luego de la reforma constitucional de 1994, la cuestión atinente al medio ambiente y sus medios o instrumentos de protección compromete al mismo derecho público, aun cuando la noción misma de daño quede emplazada, por su misma naturaleza, en el ámbito del derecho privado.

La doctrina ha señalado, aun antes de la incorporación del derecho humano al medio ambiente en las normas fundamentales, que éste es un derecho natural humano, protegido por la garantía constitucional del art. 14 bis de la Constitución Nacional, relativa a la seguridad social integral de cada individuo. Esta seguridad está involucrando, además de la protección integral de la familia, las jubilaciones y la vivienda, el derecho a la salud y el ambiente

Antes de la introducción del nuevo art. 41 en la ley suprema, las provincias, en virtud del art. 121 de la Constitución Nacional, se reservaban su jurisdicción exclusiva en materia ambiental. Dicha jurisdicción incluía las potestades legislativa, administrativa (de ejecución y/o gestión) y judicial en dicha materia.

A partir de la reforma constitucional de 1994, las provincias argentinas delegaron en forma expresa a la Nación la facultad de establecer normas de presupuestos mínimos en materia ambiental.

Esta nueva atribución de la Nación, delegada en forma expresa por las provincias, introduce una novedad en el sistema constitucional argentino. Tal novedad radica en la naturaleza limitada de la competencia legislativa otorgada a la Nación.

La Nación no puede, por lo tanto, establecer un régimen completo ambiental, sino que debe limitarse en su objeto al establecimiento de mínimos ambientales que las provincias complementarán de acuerdo a las necesidades, requerimientos y políticas en la materia. Por otra parte, tal delegación competencial no implica una alteración de las jurisdicciones provinciales.

La mención contenida en el texto a las “generaciones futuras” posee sin duda especial trascendencia, ya que se trata de un derecho intergeneracional caracterizado como de “cuarta generación”, que participa de una constelación de derechos de sujeto colectivo, entre los que pueden incluirse, entre otros, al goce de los adelantos científicos y tecnológicos de la humanidad, a la paz, al desarrollo y a un medio ambiente adecuado para una armónica relación del hombre con la naturaleza.

El art. 41 refiere principalmente al denominado “derecho a una mejor calidad de vida”. Se incluyen en este artículo otros derechos como ser a la defensa del ecosistema, el derecho de los pueblos al desarrollo, al progreso,

a la explotación de los propios recursos, a la paz, a la autodeterminación, a la integridad territorial, etcétera.

La necesidad de protección del medio ambiente humano como asunto de interés político es de reciente data. Se produce a causa de la enorme preocupación suscitada por la contaminación en los países industrializados. Se piensa en un modelo de desarrollo que tenga en cuenta la preservación de los recursos naturales vitales para el ser humano, no sólo como autoprotección de la actual generación, sino como un deber de ésta hacia las futuras.

Indudablemente, cuando la Constitución Nacional reclama la protección integral de la familia y el derecho de acceso a una vivienda digna, está reconociendo y garantizando, además, el “entorno natural”, pues de lo contrario el precepto constitucional no sería más que una mera utopía. Es decir, esto debe contemplar desde un sentido trivial o paisajístico esencial, como gozar de aire puro, aguas limpias, inadmisibilidad de olores desagradables, etcétera.

Éste es un derecho inalienable e imperturbable y, por ende, no puede ser afectado con el pretexto del bienestar para la sociedad toda, como se hace en la actualidad.

Debe adoptarse un criterio amplio en cuanto a la legitimación activa en defensa del derecho al ambiente sano. La constitucionalización de bienes jurídicos de naturaleza colectiva implica que la noción de afectado que menciona el art. 43 de la Constitución Nacional se refiere no sólo al titular de un derecho subjetivo sino también al miembro de un grupo de interés.

Las actuales funciones de la responsabilidad por daños son la función reparadora o resarcitoria, la función de prevención y la función punitiva.

El art. 41 de la Constitución Nacional consagra el principio de precaución e impone al Estado, en todos sus niveles, el deber de proveer a esa finalidad y le confiere las facultades correspondientes.

A los efectos de la tutela precautoria es preciso contar con instrumentos que tiendan a extremar los deberes de conducta cuando el carácter novedoso de una técnica hace prever un daño de suficiente entidad, aun a falta de plena evidencia científica sobre la existencia del daño en sí o sobre la relación de causalidad entre conducta y daño temido.

El derecho a la salud es un derecho indiscutible de los hombres ya que este bien jurídico tiene que ver con el derecho a la vida y el desarrollo de cada persona. El art. 33, CN —existente antes de la reforma de 1994—, afirma y afirmaba que la salud es tutelada como derecho fundamental del individuo e interés de la comunidad. La salud es protegida, en vía primaria, incondicionada y absoluta, como modo de ser de la persona.

A partir de la reforma de la Constitución de 1994, se amplía esta variable admitiendo la existencia de un derecho a un ambiente sano.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el derecho a la salud, como derecho humano de segunda generación, se encuentra enlazado con el derecho a la vida y, como tal, es el primer derecho humano que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos 310:112).

Ha dicho además que la propia Constitución Nacional, a través del art. 75, inc. 22, ha otorgado rango constitucional a diversos tratados relativos a los derechos humanos, en los que se reconoce, ya sea en forma expresa o implícita, que la salud es un derecho humano, que engendra determinadas responsabilidades.

De allí la necesidad de que el tránsito entre la declaración constitucional, que promueve la tutela del derecho protector de la salud y su consecución efectiva —acceso al goce ejercicio—, requiera de la reflexión de los gobernantes, a los fines de que se adopten en forma urgente y sin dilaciones cada una de las medidas necesarias que permitan que este derecho fundamental tenga una adecuada protección, evitando —por lo tanto— decisiones tardías o arbitrarias que no hacen otra cosa que perjudicar, amenazar o lesionar el derecho a la salud y a una mejor calidad de vida de todos aquellos afectados en su bienestar físico.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece en su art. 27: “La Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural, que contemple su inserción en el área metropolitana. Instrumenta un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueve: La preservación y restauración de los procesos ecológicos esenciales y de los recursos naturales que son de su dominio (...) La regulación de los usos del suelo, la localización de las actividades y las condiciones de habilidad y seguridad de todo espacio urbano, público y privado”.

En cuanto a la información, es importante señalar que no sólo debe ser accesible a los efectos de que la población pueda ser informada, tomar decisiones y dar opinión sobre los problemas ambientales que puedan afectarla directamente, sino que además es trascendente que el Estado provea información haciendo lo que corresponda para producirla en los casos en que no exista, a efectos de que la racionalidad de las decisiones pueda ser puesta efectivamente en marcha.

VII. CONCLUSIÓN

Es evidente que la LGA es un avance claro y notorio en materia de responsabilidad ambiental; sin embargo, no podemos deslindar responsabilidades en dicha ley en lo que respecta a una toma de conciencia individual, como así también colectiva.

Es desde el hogar mismo y en especial desde el nivel inicial en donde deberíamos infundir el respeto y valoración de un ambiente sano. El mejor modo de prevenir es mediante el conocimiento de las graves consecuencias que acarrea la contaminación, como así también reconociendo las demandas sociales, contribuyendo a mejorar la calidad de vida.

Creando una conciencia de que el problema no es justamente cómo descontaminar sino que no contaminar será el primer paso para mejorar la situación, de lo que se deduce que el medio ambiente sano es responsabilidad de todos.

En esta época en la que hay una pérdida total de valores y un gran descreimiento frente a la actuación de la justicia, resultaría fundamental, y en esto hago hincapié, priorizar la salud y la importancia de un ambiente sano y relegar a un segundo plano los mezquinos intereses económicos, como recomienda a los Estados la Declaración de Río de 1992, privilegiando la prevención y asumiendo un criterio de realidad económica.

Desde mi punto de vista, la LGA es completa, clara y coherente, pero como en toda ley, lo realmente importante es que sea operativa, que la cumplan todos los que deben velar por su cumplimiento. Si las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas que realicen actividades riesgosas para el ambiente deben contratar un seguro, sería excelente que quienes se encargan de habilitar tales emprendimientos verifiquen que se cumpla con todos los requisitos antes de que comiencen a funcionar, cumpliendo además con la obligación de la evaluación previa del impacto ambiental; la prevención, como en todos los aspectos de la vida, es esencial.

Si no existe conocimiento de cómo no contaminar, mal podríamos recomponer el medio ambiente, como lo establece nuestra Carta Magna; si el ciudadano no tiene conocimiento del derecho que lo asiste, mal podría intentar un reclamo frente a su derecho lesionado, una vez más, no por reiterativo deja de ser importante la toma de conciencia.

La construcción de una conciencia ambiental, de una conciencia ciudadana conjuntamente con tareas educativas sería un gran avance hacia el concepto de que no es fundamental descontaminar sino que resulta de radical importancia el principio: "no contamine y, si lo hace, hágase responsable".

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- BRAILOVSKY, Antonio Elio, www.ambienteecologico.org, "Se olvidaron del Riachuelo".
- CORBATA, Carlos José, La preservación del Ambiente en la Constitución Nacional, *Análisis de las sesiones 13 y 14 de la Constituyente de Santa Fe. Artículo 41 de la Constitución de la Nación Argentina*, en www.justiniano.com.
- DÍAZ ARAUJO, Mercedes, diario La Ley, nro. 250, *Artículo 41 de la Constitución Nacional: La jurisdicción local y federal en materia ambiental*, 31/12/2001, LL 2002-A-1278).
- Doctrina judicial, La Ley, año XVI, nro. 24, *Las normas ISO 14.000 como herramienta de prevención de daños. La adaptabilidad de la empresa a las nuevas normas internacionales (ISO)*, 10/5/2000.
- Entrevista al Dr. Augusto Paz sobre seguros ambientales, publicada en www.gerenciaambiental.com.
- GHERSI, Carlos Alberto, *Teoría general de la reparación de daños*, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- LEIVA, Claudio F., www.aaba.org.ar, VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Responsabilidad en el siglo XXI, ponencia nro. 33: "Las actuales funciones de responsabilidad civil en daño en materia ambiental".
- OYUELA ESTRADA, Raúl - AGUILAR, Soledad, diario La Ley, suplemento de derecho ambiental, año X, nro. 4, "El principio o enfoque precautorio en el derecho internacional y en la Ley General del Ambiente".
- ROUGES, Carlos, www.eldial.com, Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental: "El agua, el ambiente y la soberanía", El Calafate, provincia de Santa Cruz, Argentina, 2004: Los casos "Pinini de Perez y Almada v. Copetro" bajo la óptica de la legislación ambiental actual en materia de daño ambiental.
- SABSAY, Daniel A. - DI PAOLA, María Eugenia, "El daño ambiental colectivo y la nueva Ley General del Ambiente", publicado en ADLA, boletín informativo año 2003-17-1/9.
- SCHROH, María Beatriz, *En defensa de nuestro planeta*, vol. 312, Editorial policial. www.laopinion-rafaela.com.ar, "Daño ambiental, ignorancia y soberbia", 5/2/2004.
- VII Congreso Internacional de Derecho de Daños: Responsabilidades en el siglo XXI. Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, nro. 50, octubre 2001.