

EL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO

por Juan Carlos Cassagne

SUMARIO:

I. CARÁCTER PÚBLICO O PRIVADO DEL DERECHO AMBIENTAL. II. LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL. III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A UN AMBIENTE SANO. 1. El núcleo del derecho al medio ambiente. 2. El deber legal de preservación ambiental. Prohibiciones. IV. LA CONFIGURACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO. EL PARALELISMO DE INSTITUCIONES AFINES Y LAS CATEGORÍAS AMBIENTALES. 1. Diferentes tipos de daño ambiental. 2. El daño ambiental colectivo. El factor de atribución: la alteración ambiental negativa relevante como concepto jurídico indeterminado. 3. La obligación de recomponer. La constitución del Fondo de Composición Ambiental. La legitimación para accionar judicialmente. a) La obligación de recomponer. b) La constitución del Fondo de Compensación Ambiental. El seguro ambiental y el fondo de restauración ambiental. c) la legitimación para accionar en sede judicial y otras cuestiones vinculadas a la acción por recomposición del daño ambiental colectivo. d) Carácter prescriptible de la acción.

I. CARÁCTER PÚBLICO O PRIVADO DEL DERECHO AMBIENTAL

Poco tiempo después de sancionarse la reforma constitucional de 1994, nos ocupamos de este tema en un artículo que titulamos “Sobre la protección ambiental”¹. De allí en más ha pasado mucho agua bajo el puente y, tanto la evolución operada en la doctrina y en la jurisprudencia, como en la novísima Ley General del Ambiente (LGA), demuestran que se han cumplido muchos de los vaticinios que entonces formulamos.

El problema fundamental radica en el hecho que se pueden llegar a dejar de lado los objetivos que persigue el derecho ambiental, desde la óptica del derecho público, como consecuencia de una visión que pone el acento en la reparación de los daños al medio ambiente y a las personas que los padecen, en forma individual o colectiva, sobre la base de la teoría objetiva del riesgo del derecho civil (extendido a responsabilidades regidas antaño por el criterio de la culpa, como factor subjetivo de atribución de responsabilidad).

Ello explica el creciente interés de la doctrina privatista por estudiar esta problemática ampliando la perspectiva del derecho civil pasando a ocuparse también de distintos aspectos jurídicos que, en rigor, apuntan más al interés público que al privado.

Al propio tiempo, como el desarrollo del derecho procesal condujo a una extraordinaria ampliación del círculo de legitimados para promover acciones judiciales, la problemática ambiental ha sido también objeto del abordaje de los procesalistas que, mediante la técnica de la protección de los intereses difusos o colectivos han rebajado la protección prioritaria que tenían los derechos subjetivos y los intereses legítimos, al punto tal que hoy día resulta difícil establecer –en el contencioso administrativo- la línea divisoria entre una acción de base objetiva (pretensión de ilegalidad o ilegitimidad) con una mínima legitimación subjetiva (interés legítimo) y la acción popular, para la cual se encuentran legitimados todos los habitantes del país.

¹ CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre la protección ambiental”, LL, 1995-E, 1217.

Lo notable y en cierto modo extraño, es que esta última proyección, que puede significar la muerte de la justicia subjetiva y del derecho privado, se haya extendido en el derecho ambiental (y con menos énfasis en el campo de los derechos del consumidor) a las relaciones entre particulares no regidas tradicionalmente por el derecho administrativo cuya protección judicial nunca encontró justificación ni andamiaje a través de las acciones populares, propias del derecho público (en España se las denomina acciones públicas porque el accionante encarna algo así como la representación del interés público como único requisito de admisibilidad al proceso).

Y no obstante que en nuestro trabajo anterior insinuamos una postura favorable al reconocimiento del derecho ambiental como una disciplina especial, bien que con una relativa y limitada autonomía, actualmente, a la vista de la evolución operada en concordancia con la posición que sustenta la doctrina española más autorizada², creemos que es necesario efectuar una básica disección que muestre el lado público, por una parte, y las fuentes propias del derecho privado, por la otra, (cuyos aspectos están regulados, respectivamente, por el derecho civil y por el derecho administrativo). Veamos por qué pensamos de este modo.

En primer lugar, el derecho civil apunta fundamentalmente a proteger los intereses privados de las víctimas (y sólo de un modo excepcional el interés público que, en cualquier caso, tiende a prevalecer, con las debidas garantías constitucionales). Sus recetas son algunas veces insuficientes (por limitarse a las relaciones de vecindad y algunos supuestos de responsabilidad colectiva, inaplicables al derecho público –v.gr. art. 1118 CC-) y otras resultan excesivas, como la tendencia que procura aplicar analógicamente la teoría del riesgo creado al derecho administrativo (art. 1113 CC)³.

Por el contrario, pertenece al derecho administrativo, tal como lo reconoce el propio Código Civil, en su art. 2311, el conjunto de las normas y actos emanados del poder de policía estatal que consagra restricciones al dominio privado (en una de las escasas normas en que se refiere al derecho administrativo) impuestas por razones de interés público, lo cual comprende todo género legítimo de prohibiciones o actos de estímulo (ayudas públicas). Es obvio entonces que si el propio Código Civil reconoce la separación de las instituciones públicas y privadas en ésta como en otras materias, no puede hacerse un menjunje o cóctel doctrinario mezclando lo público con lo privado o lo que es aún peor, trasladando al derecho privado técnicas procesales que encuentran su sentido y justificación sólo en el derecho público.

En tal sentido, el Derecho Administrativo mira siempre al conjunto de las partes involucradas en cualquier relación jurídica con el Estado (y a veces también entre particulares, cuando está en juego el interés público) bajo el prisma de los intereses de la comunidad y los criterios de las llamadas justicia legal y distributiva.

La realización del bien común es el objetivo básico y central que persigue el Derecho Administrativo lo cual se logra a través del equilibrio de intereses, dando a cada uno lo suyo, según los criterios de justicia del derecho público, en los que la conmutación y/o compensación juegan un papel subordinado. Estas razones son precisamente las que explican por qué en el derecho ambiental (regido hoy día básicamente por el derecho constitucional en sus principios básicos y abarcado por el derecho administrativo en su faz

² MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, ed. Trivium, Madrid, 1991, p. 95, sostiene que el derecho ambiental es sustancialmente un derecho público.

³ Ver al respecto: Marcelo J. LÓPEZ MESA, "La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 27/29, p. 435 y ss. y PERRINO, Pablo E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

pública o colectiva) prevalece el objetivo de la preservación de daños al medio ambiente y la recomposición "in natura" del daño ambiental antes que la compensación o reparación dineraria de los perjuicios. En este marco de principios no encuentran justificación las denominadas licencias para contaminar y la fórmula conocida como la del que contamina paga sólo encuentra sentido en el plano de la justicia legal (como una contribución o colaboración para las obras de bien común vinculadas a la recomposición "in natura")⁴.

En suma, el derecho ambiental constituye una rama del Derecho Administrativo que, por sus peculiaridades, configura una suerte de derecho administrativo especial, con principios y técnicas de derecho público⁵. Esto no impide que otros derechos como el civil puedan regular la reparación de los daños causados a las personas privadas de rebote (par ricochet) como consecuencia de daños provocados al medio ambiente.

Lo expuesto no es óbice para que los juristas que cultivan otras ramas del derecho se ocupen de la problemática ambiental así como los publicistas llevaron a cabo, a veces, el análisis de instituciones privadas, bajo la óptica y con los principios del derecho civil y/o comercial (v.gr. las sociedades anónimas de capital estatal). Pero, en cualquier caso, el estudio de la problemática ambiental requiere el conocimiento de los principios y fines del derecho público, sin perjuicio de que existan instituciones y aspectos regulados por el derecho civil. En este sentido, hay que advertir que la interrelación entre ambos derechos no es automática y que, en algunos casos, deben prevalecer la norma y las técnicas del derecho administrativo habida cuenta de la primacía que corresponda asignar al interés público aunque siempre en el marco de las garantías constitucionales (v.gr. la garantía de que todo sacrificio impuesto por razones de utilidad pública debe ser compensado conforme al art. 17 CN).

II. LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL

El actual proceso de deterioro obedece a varios factores, que, al combinarse, han generado la situación que padecen, con mayor o menor magnitud, todos los países del mundo. Uno de ellos radica en el hecho de que si todo desarrollo industrial provoca siempre algún daño al ambiente la disyuntiva política (desarrollo económico vs. preservación ambiental) resulta difícil de resolver y generalmente se inclinó por la opción desarrollista, afectando la calidad de vida de la futura población. En segundo lugar, hay que tener en cuenta la propia naturaleza de los bienes y recursos naturales (muchos de ellos no renovables) que sufren daño a raíz, principalmente, de las actividades industriales o de una masiva utilización, por parte de los particulares, de los instrumentos y productos que fabrican las empresas. El problema que aquí se plantea es la complejidad y el alto costo de las operaciones de recuperación o saneamiento, a lo que se une, todavía, el tiempo que a veces ello demanda (v. gr. limpieza y saneamiento de un curso de agua). Y, por último, otro de los factores significativos que han conducido al actual deterioro del ambiente es, indudablemente, la inexistencia de una política ambiental por parte de los Estados y, en algunos casos, la ausencia de medidas administrativas de aplicación y ejecución de las normas vigentes. Este vacío, que fue reemplazado por una anarquía sin precedentes, donde cada individuo se convirtió en un sujeto impune del daño a la naturaleza, es el que vino a cubrir el moderno derecho ambiental.

Para complicar aún más el análisis de este panorama irrumpió, en el centro del

⁴ Este principio se encuentra recepcionado en el art. 28 de la LGA.

⁵ BOTASSI, Carlos Alfredo, *Derecho Administrativo Ambiental*, ed. Librería Editorial Platense, La Plata, 1997, ps. 91-92, afirma que ninguna otra rama del derecho se vincula tan intensamente al Derecho Ambiental como el Derecho Administrativo.

debate, la cuestión ideológica, ya que no faltaron sectores que atribuyeron (y aún hoy lo hacen) la responsabilidad por la degradación del ambiente al sistema capitalista. Sin embargo, el deterioro ambiental ha corrido parejo y en ciertos casos ha sido más intenso en aquellos países donde gobernó el socialismo (v. gr. el accidente de Chernobyl) lo cual demuestra que la agresión al ambiente no es el efecto de un sistema determinado sino de la imprevisión, impericia y falta de solidaridad. En suma, el Estado, como comunidad superior que es, no supo ver ni advertir la magnitud del problema que se estaba generando en el ambiente.

El proceso de deterioro que hemos descrito, después de alcanzar su punto culminante, ha comenzado a detenerse dando origen a un proceso de signo inverso que procura el saneamiento del ambiente, tanto con medidas positivas tendientes a restablecer la situación de los bienes y recursos dañados como a través de políticas preventivas que estimulan la realización de actividades de conservación de los recursos naturales.

El aporte de los juristas especializados en Derecho Ambiental es hoy día más necesario que nunca como consecuencia del crecimiento constante de la legislación protectora del medio ambiente.

Hay quienes creen que una de las características singulares que posee el derecho ambiental es su naturaleza multidisciplinaria⁶ (en lo que excede al Derecho). Esta opinión implica confundir la ciencia jurídica que se ocupa del ambiente con el fenómeno o problemática ambiental, que siempre demanda la estrecha colaboración entre técnicos y juristas para modelar el sistema normativo. Una consecuencia extrema que deriva de esa creencia ha llevado muchas veces a los técnicos a prescindir de los juristas en la elaboración de las recetas normativas, lo que entraña un grave peligro para la seguridad jurídica.

III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A UN AMBIENTE SANO

Se ha dicho que la protección del medio ambiente tiene dos sentidos⁷. De una parte, la configuración de la política ambiental con sus contenidos sectoriales y diferentes técnicas; de otra, traduce un sentido más general y teleológico que hace que la finalidad tuitiva del ambiente se infiltre en todas las actividades públicas o privadas, lo que plantea una serie de problemas interpretativos, como es el relativo a la jerarquía y dimensión de peso de otros valores y principios frente a los que informan la protección ambiental.

En Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, el análisis de la problemática jurídica ambiental tiene su punto de partida en el artículo 41 de la Constitución nacional, sin perjuicio de la legislación que complementa dicha norma básica, la cual prescribe:

"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. 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. Corresponde a la Nación

⁶ JAQUENOD DE ZSOGON, Silvia, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Madrid, 1991, p. 350.

⁷ LÓPEZ, Ramón Fernando, en el *Tratado de Derecho Comunitario*, dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA – GONZÁLEZ CAMPOS – MUÑOZ MACHADO, T. III, Madrid, 1986, p. 503.

dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

Al efectuar la disección constitucional lo primero que se advierte es la configuración de un derecho al medio ambiente (derecho a un ambiente sano, equilibrado, etc.) a favor de todos los habitantes. Es obvio que este derecho, al igual que los consagrados en el art. 14 de la Constitución Nacional, se encuentra sometido a las leyes que reglamentan su ejercicio (salvo que tuviera operatividad per se) y si bien, conforme a una reiterada doctrina y a la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, no se conciben los derechos absolutos, la ley, al reglamentar los derechos constitucionales, no puede degradarlos ni alterar su esencia (art. 28, Constitución Nacional).

Con todo, no puede hablarse de una fórmula meramente declarativa, carente de efectos en el plano de la realidad jurídica, ya que su eficacia opera y se proyecta desde diversos ángulos al centro de la problemática jurídica en cuanto:

- a) Informa el ordenamiento jurídico al cual penetra como factor determinante en materia interpretativa respecto de la legislación, reglamentos y actos administrativos;
- b) su violación habilita la impugnación de aquellas leyes o actos de la Administración (de contenido general o individual) que cercenen el derecho al ambiente sano, equilibrado, etcétera;
- c) genera la responsabilidad estatal por las conductas lesivas del derecho ambiental que ocasionen daños a las personas;
- d) amplía el círculo de los legitimados para promover la acción de amparo, al incluir al Defensor del Pueblo y a las asociaciones de defensa ambiental registradas conforme a la ley (la cual determina los requisitos y las formas de su organización)⁸.

1. El núcleo del derecho al medio ambiente

Del análisis del precepto constitucional se desprende que el núcleo del derecho al medio ambiente se configura por dos circunstancias:

- a) El derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano. Mientras la primera parte se asemeja a la fórmula existente en la Constitución de Portugal (art. 66.1) la última guarda similitud con el precepto contenido en el art. 45 de la Constitución Española de 1978;
- b) que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Se trata de una cláusula excesivamente genérica ya que el criterio rector para regir la trascendencia de una actividad productiva en el futuro no puede ser otro que la configuración del daño ambiental el cual requiere de una doble valoración: Incidencia actual y proyección futura.

2. El deber legal de preservación ambiental. Prohibiciones

⁸ Art. 43, parte 2°, Constitución Nacional.

La norma constitucional también prescribe el deber de preservar el medio ambiente a cargo de todos los habitantes. Si bien esta cláusula no permite determinar por sí misma los sujetos obligados -pues como todo deber opera en dirección genérica-⁹ el precepto constituye la norma de habilitación de la competencia del Congreso para reglamentar dicho deber.

Correlativamente, el art. 43 de la Constitución Nacional impone a las autoridades una serie de deberes: 1) la utilización racional de los recursos naturales (al igual que la Constitución Española, art. 45); 2) la preservación del patrimonio natural, cultural y de la diversidad biológica; 3) la información¹⁰, lo que contribuye a favorecer la participación ciudadana¹¹ y 4) la educación ambiental.

El incumplimiento de estos deberes puede generar la responsabilidad del Estado y de los funcionarios (en la medida que haya daño) aun cuando las respectivas conductas no fueran directamente exigibles pues, de admitirse la exigibilidad, el particular tendría a su cargo la determinación del contenido del deber, convirtiéndose en legislador.

Al propio tiempo la norma constitucional establece la interdicción de ingresar "al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos", cuyas respectivas definiciones corresponden a la legislación ambiental¹².

IV. LA CONFIGURACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO. EL PARALELISMO DE INSTITUCIONES AFINES Y LAS CATEGORÍAS AMBIENTALES

1. Diferentes tipos de daño ambiental

En primer término, corresponde distinguir los daños provocados al medio ambiente en si mismo de aquellos que afectan la salud o los bienes de las personas que son causa del menoscabo de un patrimonio concreto¹³. Los primeros, que son los que interesan al objeto de este estudio, se hallan sometidos a las normas y principios del derecho constitucional (en sus elementos básicos) y del derecho administrativo, mediante la regulación que establecen las leyes y reglamentos dictados en ejercicio del poder de policía o potestad legislativa ambiental, mientras que los segundos se encuentran sustancialmente regidos por el derecho civil sin perjuicio de las regulaciones penales o de derecho público.

La circunstancia de no advertir esta distinción es la causa de la mayor parte de las confusiones existentes que suelen extrapolar las concepciones más extremas de cada rama del derecho (trasladando la responsabilidad objetiva por riesgo del derecho civil y la acción popular del derecho público al ámbito de las acciones entre particulares).

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Madrid, 1991, ps. 33-34; ver también GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Madrid, 1987, p. 359, donde puntualiza que mientras el deber tiene carácter abstracto la obligación se refiere a un bien determinado.

¹⁰ Para MARTÍN MATEO el derecho a la información supone la previa adopción del principio de la transparencia y la paulatina eliminación de los secretos públicos (*Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Madrid, 1994, p. 163).

¹¹ Ampliar en: BRAIBANT, Guy y otros, *Le contrôle de la Administration et la protection des citoyens*, Paris, 1977.

¹² Ley 24.051 (Adla, LII-A, 52).

¹³ DE MIGUEL PERALES, Carlos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, ed. Civitas, Madrid, 1994, ps. 87-88; GOMIS CATALA, Lucía, *Responsabilidad por daño al medio ambiente*, ed. Aranzari, Alicante, 1998, p. 64, cit. por CAFFERATA, Néstor A. en "Daño Ambiental Colectivo y Proceso Ambiental Colectivo (Ley 25.675)", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año V, n° 2, Buenos Aires, 2003, p. 52.

En efecto, en el derecho civil, la responsabilidad objetiva por riesgo se ha convertido prácticamente en el eje de la responsabilidad por daño ambiental privado. Al no existir el factor subjetivo de atribución de responsabilidad el causante del daño debe responder aunque no exista culpa de su parte pudiendo sólo liberarse de responsabilidad si demuestra que el daño obedeció a la culpa de la víctima (lo cual es prácticamente imposible o al menos de muy difícil probanza) o de un tercero por quien no debe responder.

De ese modo, el derecho civil, en materia de responsabilidad por daño ambiental¹⁴, ha dado una vuelta de tuerca completa al sistema de responsabilidad y a sus fundamentos, imponiendo al dueño o industrial una suerte de carga o garantía de soportar los daños producidos por el riesgo o vicio de las cosas¹⁵, incluso por las actividades riesgosas.

El peligro de esta tendencia es doble. Por una parte, implica una socialización de la responsabilidad sobre una base totalmente objetiva, en la que la responsabilidad surge prácticamente del daño (y de la relación de causalidad, en la que se sostiene una tendencia a establecer la solidaridad entre los partícipes, sin acotar o tasar la responsabilidad). Ello es, simplemente, la consecuencia de que el derecho civil antes que mirar el efecto global de una concepción sobre el conjunto mira preferentemente el interés de la víctima del daño (este último desde una óptica individualista, dada la inexistencia de topes o criterios para limitar o distribuir la responsabilidad sobre el universo de los que provocan los daños (v.gr. las personas que provocan daños al ambiente con las emanaciones de gases que provocan los motores de los automóviles). Es evidente también que en esta concepción hay, más que justicia conmutativa, una suerte de justicia *sui generis*.

De otra parte, la transformación de la responsabilidad personal o individual en una especie de responsabilidad colectiva en materia ambiental, poco contribuye al objetivo esencial y primero de la política ambiental que consiste en preservar el medio ambiente y evitar la producción de daños ambientales, de difícil recomposición ulterior¹⁶. Más aún, la concepción que cuestionamos provoca una serie de enfrentamientos entre las personas e instituciones que desarticulan y desmenuzan los intereses de la sociedad, en vez de armonizarlos. Los conflictos son así inevitables y el grado de litigiosidad aumenta a niveles desproporcionados, con dos riesgos adicionales representados por la fabricación de pleitos artificiales (una suerte de negocio del pleito, realizado con intenciones extorsivas o meramente crematísticas) y por la conflictividad social y política.

Esto es lo que está aconteciendo en la realidad y es probable que muchos, incluso de buena fe, no quieran verlo por razones ideológicas o profesionales o hasta meramente doctrinarias.

En este ámbito, la solución de esta problemática, que puede llevar a la virtual extinción de las fuentes de trabajo y a desalentar el espíritu de iniciativa o la realización de actividades riesgosas, quizás se encuentre en la institución de un sistema de seguro de riesgo ambiental, con factor objetivo de atribución pero con indemnizaciones tasadas para hacer previsible los riesgos y las actividades industriales de investigación o incluso profesionales, todo ello sin perjuicio del funcionamiento de las instituciones que consagra el derecho administrativo ambiental para prevenir los daños al medio ambiente y recomponerlos "in natura".

¹⁴ Véase al respecto: TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T. III, ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 533 y ss.

¹⁵ Art. 1113 CC.

¹⁶ Sobre las dificultades que plantea la recomposición del medio ambiente, ver: HUTCHINSON, Tomás, *Daño Ambiental*, Tº II, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, ps. 137-139.

2. El daño ambiental colectivo. El factor de atribución: la alteración ambiental negativa relevante como concepto jurídico indeterminado

La LGA ha regulado, en diversos artículos, el llamado daño ambiental de incidencia colectiva o simplemente, daño ambiental colectivo (art. 30). Como se verá seguidamente, ambas denominaciones son sinónimas ya que aluden a daños provocados “al ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos” (art. 27) o al “daño ambiental colectivo...para obtener la recomposición del ambiente dañado” (art 30), haciéndose referencia inclusive a la “reparación frente a la sociedad” (art. 31). Se trata, en suma, de una responsabilidad administrativa en la que el Estado actúa como representante de la sociedad, siendo el Estado Nacional y las Provincias administradores de los aportes que realicen los sujetos responsables de la carga ambiental (art. 34).

En concordancia con ello, el art. 29, 2° parte de la LGA prescribe que la responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa.

El factor de atribución de responsabilidad por daño ambiental colectivo es el incumplimiento, por acción u omisión, del deber de preservar y/o recomponer el ambiente negativamente (argumento del art. 27 de la LGA), deber que, como hemos señalado antes, tiene base constitucional.

Se trata de un factor de atribución de tipo objetivo en el sentido de que prescinde de la culpa o del dolo como presupuestos de la responsabilidad. Sin embargo, la idea es similar a la de la falta de servicio que la Corte Suprema adoptó, a partir del caso “Vadell” con apoyo en el artículo 1112 CC, para fundar la responsabilidad¹⁷ por lo que no cabe hacer aplicación, en esta clase de responsabilidad a la teoría del riesgo creado¹⁸ que reposa en una justificación diferente y cuyo grado de objetividad es mayor pues, en los hechos, el factor de atribución viene a derivar del propio daño ya que el riesgo es un elemento independiente de la acción u omisión que provoca el daño.

Por esas razones no resulta congruente con el sistema de responsabilidad por daño ambiental colectivo la adopción de similares causas¹⁹ exonerativas de responsabilidad que la 2° parte del art. 1113 CC prescribe para liberar al demandado (culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder).

A su vez, antes de ser vetado por el Poder Ejecutivo, el régimen que la LGA consagraba para la configuración del daño ambiental se articulaba con una presunción *iuris tantum* de responsabilidad.

La presunción *iuris tantum* (la cual, como es sabido, admite prueba en contrario) consiste en suponer la responsabilidad del autor del daño ambiental si “existen infracciones a las normas ambientales administrativas”²⁰. Va de suyo, entonces, que si el causante ha cumplido con todas las normas del poder de policía ambiental, no se configura dicha presunción sino, implícitamente, una presunción favorable a la legalidad de su actuar.

¹⁷ Cfr. LINARES, Juan Francisco, “En torno a la responsabilidad civil del funcionario público”, LL, T° 153, p. 602, sección Doctrina y nuestro *Derecho Administrativo*, T° I, 7° ed., ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 537 y ss. En el año 1985 la Corte Suprema adoptó nuestra tesis en el caso “Vadell” (*Fallos*, 300:2036). Véase al respecto: PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio”, ED 185-785.

¹⁸ Vid: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 9° ed. ampliada y actualizada, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 405 y ss.

¹⁹ Art. 29, 1° parte de la LGA.

²⁰ Tal como lo preceptuaba el art. 29, 2° parte de la LGA, vetado por el Poder Ejecutivo.

¿Pero qué sucede en punto a la responsabilidad administrativa si quien provoca el daño ambiental ha cumplido con todas las normas ambientales?

La respuesta a este interrogante está dada por la prescripción contenida en el art. 27 en cuanto indica que la responsabilidad por daño ambiental colectivo también se genera por el acto lícito del causante. A nuestro juicio, se trata de una norma inconstitucional habida cuenta que siendo una carga pública no respeta el principio constitucional de igualdad (art. 16 CN) ni la garantía de la propiedad, toda vez que la norma impone un sacrificio especial por acto lícito sin indemnización (art. 17 CN). La paradoja en este supuesto, es que la indemnización constitucional debida y la compensación ambiental vengán a coincidir por el simple hecho de que el monto del sacrificio especial es el valor de la contribución al Fondo de Compensación Ambiental. Es evidente pues que ello implica una norma confiscatoria ya que, en definitiva, el Estado termina trasladando su responsabilidad por la legislación ambiental deficiente en cabeza de los particulares en vez de asumirla como propia, dividiendo la carga de recomponer los daños ambientales producidos por sus errores, aquiescencias o criterios establecidos para determinar los riesgos ambientales tolerables.

El segundo presupuesto que tipifica la responsabilidad por daño ambiental colectivo viene dado, en la LGA, por un concepto jurídico indeterminado que se circunscribe a una “alteración ambiental negativa relevante” (art. 27). En este sentido, la doctrina del derecho administrativo ha desarrollado la concepción de los conceptos jurídicos indeterminados como opuesta a la de los actos discrecionales²¹. Siendo, entonces, el concepto jurídico indeterminado un supuesto de remisión legal que no admite opciones o variantes discrecionales va de suyo que su configuración o no resulta, en principio, la única opción posible, la cual viene a constituir, mediante una suma de elementos reglados y criterios de justicia, una regla que escapa tanto a la discrecionalidad administrativa como a la judicial.

Para que se configure el concepto jurídico indeterminado de “alteración ambiental negativa relevante” se requiere formular algunas precisiones básicas. La primera es que su determinación responde a un haz de conceptos vinculados a los recursos del ambiente, al equilibrio de los ecosistemas, los bienes o valores colectivos (v.gr. art. 27 LGA) lo cual conduce al establecimiento de pautas para establecer los riesgos ambientales soportables o mínimos, al desarrollo sustentable de las actividades humanas, especialmente las industrias. Ello exige que se establezcan los índices soportables de contaminación ambiental que una comunidad está dispuesta a tolerar por sus habitantes (v.gr. nivel de polución) sin grave riesgo para sus vidas y patrimonios.

Obsérvese que el calificativo “relevante” está indicando un grado mayúsculo de alteración del ambiente y no una mera alteración que naturalmente viene produciendo el ciclo industrial a partir del maquinismo, situación que no parece haberse superado en la era tecnológica.

La segunda precisión se refiere a que, por la propia función que cumple como gestora de los intereses generales o del bien común, la competencia para discernir tales pautas y, por ende, la configuración o no de una alteración ambiental negativa relevante corresponde a la Administración y no a los jueces, los cuales, sin embargo, tienen a su cargo llevar a cabo el control de legalidad y de razonabilidad de las normas ambientales y de los actos administrativos de aplicación.

Por fin, corresponde distinguir entre “daño ambiental colectivo” e “impacto ambiental”. Este último se refiere a aquellas alteraciones concomitantes de determinada actividad sujetas a las medidas razonablemente preventivas, mitigadoras y correctivas que deben implementarse a tales fines. El daño ambiental deriva en principio de acciones que degradan

²¹ Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo* cit., T° I, p. 231 y ss.

en forma relevante el ambiente y los recursos naturales en contravención de las normas aplicables, mientras que el impacto supone modificaciones en el ambiente debidamente identificadas y previstas por el interesado, además de conocidas y auditadas por la autoridad administrativa.

En lo que concierne a los efectos de los impactos, las normas aplicables los diferencian de los daños cuya consecuencia jurídica principal lo constituye en la obligación prioritaria de recomponer. En cambio, los impactos ambientales generan la obligación de adoptar las medidas necesarias para que éstos tengan lugar dentro de parámetros de alteración ambiental razonables y de conformidad con una gestión ambientalmente responsable.

3. La obligación de recomponer. La constitución del Fondo de Compensación Ambiental. La legitimación para accionar judicialmente

a) la obligación de recomponer

El deber genérico de preservar el ambiente se descompone, al menos, en dos facetas específicas constituidas por: a) la obligación de evitar el daño ambiental y realizar acciones positivas o negativas para mantener “un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano...” (art. 41 CN) y b) por la obligación de recomponer frente a la ocurrencia del llamado daño ambiental (art. 41 CN), en obvia referencia al daño ambiental colectivo.

El criterio para determinar cuándo se está en presencia de un daño ambiental colectivo es eminentemente técnico y no puede ser cubierto con interpretaciones subjetivas ni discrecionales²².

Como se ha visto, el art. 41 de la Constitución Nacional reformada en 1994 introduce un precepto que, si bien consagra, prioritariamente, la obligación de recomponer el daño ambiental, reserva a la ley el contenido y las formas que configura dicha obligación, dirigida fundamentalmente a los particulares causantes del daño²³, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera caberle al Estado por aplicación de los principios generales que fundamentan la reparación patrimonial.

Corresponde advertir, asimismo, que la cláusula constitucional asigna un rango de prioridad a la recomposición del ambiente por sobre la indemnización pecuniaria²⁴, la que no se encuentra referida de un modo expreso en el citado art. 41 de la Constitución Nacional.

En este sentido, el criterio de la LGA, al reglamentar la obligación de recomponer, comprende la restitución de las cosas al estado anterior (como lo prescribe el art. 1083, CC). Sin embargo, nada impide que de no ser ello posible *in totum*, se adopten (art. 34, 2° parte) aquellas medidas razonablemente sustitutivas o equivalentes que tiendan a la recomposición, al menos en forma progresiva, del daño ambiental común (v. gr. plantación de árboles en nuevas autopistas) o en acciones antipolutorias que hagan que los daños anormales que sufren los habitantes se transformen en molestias consideradas normales,

²² La jurisprudencia ha señalado que no todo daño a la naturaleza comporta un daño antijurídico y que resulta necesario compatibilizar o acomodar la protección del ambiente con otros bienes igualmente valiosos (v.gr. necesidades de comunicación) para la comunidad (en el caso “Louzan, Carlos c/ Ministerio de Economía s/ acción de amparo”, resuelto por la sala I de la Cámara Federal de San Martín, con fecha 26/07/93 publicado en ED, 156-59).

²³ TAWIL, Guido Santiago, “La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”, en obra colectiva *Estudios sobre la reforma constitucional*, Juan Carlos Cassagne (director) Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 57.

²⁴ GAMBIER, Beltrán – LAGO, Daniel, “El medio ambiente y su reciente recepción constitucional”, separata *Revista El Derecho, Temas de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1995, p. 27.

dentro de los límites de contaminación que determine la legislación²⁵.

b) la constitución del Fondo de Compensación Ambiental. El seguro ambiental y el fondo de restauración ambiental

El art. 28 de la LGA prescribe que en el supuesto de que la recomposición del daño ambiental colectivo no sea técnicamente factible, nace la obligación de indemnizar a cargo del causante del daño. Esta indemnización, en el sistema de la LGA, la fija sólo la justicia ordinaria interviniente y su monto pasa a integrar el Fondo de Compensación Ambiental.

Más adelante, otro artículo de la LGA, crea dicho Fondo de Compensación Ambiental (art. 34) previéndose que será administrado pro la autoridad competente de cada jurisdicción. Su finalidad es la de garantizar “la calidad ambiental, la prevención y mitigación de aspectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales y, asimismo, la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente”.

Esa ampulosa enumeración de destinos del Fondo, que bien podría haberse circunscripto a un par de conceptos básicos, no ha tenido consecuencias en la realidad en virtud de que aún no se ha dictado la ley especial que reglamenta su integración, composición, administración y destino (art. 34, 3º parte). Mientras esto no ocurra es evidente que, al menos en este aspecto, la LGA, carece de operatividad dado que todo el sistema de recomposición del daño ambiental colectivo se basa en la constitución del Fondo de Compensación Ambiental.

De otra parte, el art. 22 de la LGA prescribe la obligación de contratar un seguro ambiental para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que “en su tipo pudiese producir” toda persona física o jurídica que realice actividades riesgosas para el ambiente así como la posible integración de un fondo de restauración ambiental, el cual no ha sido aún reglamentado. Es evidente que esta reglamentación entraña una cuestión compleja y difícil pues requiere instrumentar un sistema de seguros cuyo costo dependerá de las posibilidades económico-financieras de cada industria u operador existiendo grandes dificultades para determinar el riesgo asegurable en la medida en que no se establezcan criterios tasados o límites para la extensión de la responsabilidad objetiva.

En este sentido, se puede decir, parafraseando a mi colega VANOSI, que la legislación no puede contener un “catálogo de ilusiones” sino, en cualquier caso, un sistema posible, en materia ambiental, adaptado a la realidad del país.

c) la legitimación para accionar en sede judicial y otras cuestiones vinculadas a la acción por recomposición del daño ambiental colectivo

En cuanto a la legitimación, concebida como la aptitud para ser parte en un proceso concreto²⁶, el art. 30 de la LGA, en línea con lo preceptuado en el art. 43 CN, establece que se encuentran legitimados para demandar la recomposición del ambiente dañado (daño ambiental colectivo) los siguientes sujetos: a) el afectado, b) el Defensor del Pueblo y c) las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental. La norma agrega que quedará legitimada la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción (sic), disposición que resulta superflua o sobreabundante habida cuenta que el concepto de “afectado” es abarcativo del supuesto que describe.

²⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre la protección ambiental” cit., p. 1221.

²⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tº I, ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 450 y CASSAGNE, Juan Carlos, “La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo” ED, 120-979.

Tal como está diseñada esta especie de legitimación para promover la acción de recomposición por daño ambiental es evidente que no configura una acción popular (con legitimación abierta a todos los ciudadanos) dadas las limitaciones subjetivas que prescribe, las cuales son taxativas.

En cambio, para promover un amparo, cuya pretensión procesal consista en la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo, el art. 30 *in fine* de la LGA consagra la acción judicial a favor de “toda persona”, instituyendo de este modo una acción popular o pública.

Sobre el punto, cabe recordar que, conforme a la doctrina, el reconocimiento de la acción popular sería inconstitucional²⁷, en la inteligencia de que la atribución de promover la acción pública a favor de cualquier persona viola el principio representativo (art. 22 CN) al arrogarse la representación de los derechos del pueblo, es decir, del conjunto de la Nación.

A su vez, la LGA sienta dos principios llamados a tener una enorme repercusión en el plano de la responsabilidad por daño ambiental colectivo, a saber: a) el principio de concentración procesal que establece la interdicción de promover otras acciones similares una vez que fuera deducida una determinada demanda por daño ambiental, sin perjuicio de la intervención como terceros (art. 30, 2° parte²⁸) y b) la regla de la solidaridad cuando no sea posible la determinación precisa del daño provocado por cada sujeto responsable (art. 30, 3° parte).

d) Carácter prescriptible de la acción

Finalmente, hay que agregar a todo lo expuesto, el carácter prescriptible del derecho a demandar la recomposición del daño ambiental colectivo. Así lo imponen la seguridad jurídica y la necesidad pública de no generar riesgos futuros imposibles de todo cálculo racional. Quienes sostienen la imprescriptibilidad de este tipo de acciones no piensan en que ello introduce una grave cuña en la certeza y la estabilidad de las inversiones privadas. De otra parte, se aplican al caso, en forma análoga, las normas del Código Civil que prescriben tanto el principio de que los derechos reales y personales se pierden por la prescripción (art. 3947) como el plazo de dos años establecido para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual (art. 4037), el cual, si bien se ha considerado demasiado breve para estas situaciones²⁹, no está muy lejos de los plazos que se han fijado en la legislación comunitaria europea (tres años) para diversas acciones por daño ambiental.

²⁷ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., “La legitimación en las acciones contra el Estado”, LL, 1986-C, p. 899 y ss. Esta opinión del Maestro fue compartida por BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, en su *Derecho Ambiental*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 141-142, respecto a las acciones promovidas entre particulares. Es también la postura que exponemos en diferentes trabajos.

²⁸ La doctrina ha criticado la inclusión de estas reglas procesales sosteniendo que ellas exceden el contenido de los “presupuestos mínimos” que consagra el art. 41 de la CN; cfr. LAGO, Daniel H., “La Ley General del Ambiente (ley 25.675) y sus reglas procesales. Reflexiones sobre su constitucionalidad”, JA 2003-III-1272 y ss.

²⁹ Véase: HUTCHINSON, Tomás, op. cit., ps. 299-300.