

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo

(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

### TEMA:

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL

INTRODUCCIÓN: En el presente informe es sobre jurisprudencia acerca del tema de la responsabilidad civil por daño ambiental, tocando temas como los principios del derecho ambiental, el delito ambiental, acciones preventivas, aspectos constitucionales, la legitimación ambiental, el daño ambiental, entre otros.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

### DOCTRINA

La Defensa del Medio Ambiente.....	3
Principios del Derecho Ambiental.....	3
El Delito Ambiental.....	4
La Legimitación en Material Ambiental.....	6
La Responsabilidad por Daños al Ambiente.....	7
Inaplicabilidad del esquema tradicional de la Responsabilidad Civil.....	12
Acción Preventiva.....	13
Responsabilidad Objetiva.....	14
Aspectos Constitucionales.....	16
Orientaciones.....	16
a) Nivel interno (dentro de cada país).....	16
a-1) Perspectiva patrimonialista.....	16
a-2) Perspectiva personalista.....	17

Legitimación Ambiental.....	18
Análisis del Instituto Jurídico.....	19
La responsabilidad por el daño ambiental como responsabilidad civil.....	22
De la adaptación del derecho civil a la configuración de un sistema autónomo de responsabilidad por el daño ambiental. .	24
Un nuevo tipo de daño: el daño ambiental.....	25
La responsabilidad civil por el daño ambiental.....	35
Daño económico y daño ambiental.....	38
Políticas de prevención, control y sanción.....	42
Especialidades en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente.....	43
a. El daño indemnizable.....	44
b. El tipo de responsabilidad.....	45
c. La antijuridicidad.....	46
d. La relación de causalidad.....	46
e. La legitimación activa.....	47
f. La reparación.....	48
g. Prescripción de la acción.....	49
Características generales Responsabilidad Ambiental.....	49
Imputación de carácter objetiva.....	51
Inversión de la carga de la prueba.....	52
Solidaridad.....	52
Legitimación activa amplia.....	54
Medidas cautelares.....	54
Desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad por daño ambiental en Costa Rica.....	55
Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación. 56	
Acción pública por contaminación.....	57
FUENTES CITADAS:.....	60

**DOCTRINA**

***La Defensa del Medio Ambiente***

[AGUILAR, G y IZA, A]<sup>1</sup>

**Principios del Derecho Ambiental**

El Derecho Ambiental Internacional ha desarrollado los principios necesarios para establecer importantes parámetros en la defensa legal del ambiente. Existen una serie de megaprincipios del Derecho Ambiental dentro de los que se encuentran la ubicidad que indica que todos los sujetos somos usuarios normales del ambiente, es decir, el Derecho Ambiental no se dirige a un grupo específico sino a la colectividad. La sostenibilidad que se asocia directamente con el desarrollo sostenible, la globalidad que hace una reflexión entre la necesidad de relacionar las ciencias naturales y sociales con los sistemas terrestres. La solidaridad que es vital para la tutela del ambiente porque opera en una dimensión entre países e intergeneracional. La subsidiaridad que va asociado al aforismo "pensar globalmente, actuar localmente" y responde a la necesidad de actuar ante los problemas ambientales. También de acuerdo con el autor existen una serie de postulados funcionales del Derecho Ambiental dentro de los que se ubican: la planificación relacionada con la necesidad de ordenamiento territorial, la prevención para que se evite el daño, el pago dirigido al deber del contaminador de pagar por su acción, y la participación asociada al derecho a la información y la educación.

Los principios de impacto directo en las legislaciones nacionales de América Latina, son:

El principio precautorio. Principio 15 de la Declaración de Río que establece "cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

El principio de quien contamina, paga. Principio 16 de la Declaración de Río que establece "las autoridades nacionales deberían de procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales".

El principio de responsabilidad. Se presenta bajo dos formas: a) como responsabilidad frente a daños causados por efecto de la contaminación ambiental a personas físicas y sus bienes y a personas jurídicas y sus bienes de parte de personas similares, y, b) como responsabilidad del Estado por contaminación ambiental que afecte tal medio ambiente de otro Estado, produciéndose un daño significativo. En la primera existen varias convenciones que se refieren a la responsabilidad civil por daños ocasionados a personas o bienes de terceros; y con respecto a la segunda la responsabilidad estatal aparece expresamente establecida sólo en determinados tratados.

### **El Delito Ambiental**

El carácter interdisciplinario del medio ambiente nos lleva a diversos mecanismos jurídicos de protección, involucrando tanto al derecho público como al derecho privado.

La tipificación del delito ambiental no ha sido tarea fácil para los estudiosos del Derecho Ambiental, ya que éste está creado no solo bajo preceptos jurídicos sino bajo conceptos científicos, sociales y hasta económicos.

El vocablo ambiente ya ha sido definido por diferentes legislaciones ambientales en Centroamérica, así como una serie de conceptos como contaminación atmosférica, biodiversidad, cambio climático, contaminador, evaluación de impacto ambiental que facilita la labor de los juristas. Sin embargo, es aquí especialmente donde la característica de multidisciplinario del Derecho Ambiental pone a prueba su implementación.

Será necesario que el propio legislador, muchas veces ante la complejidad de los casos, recurra no solo a los textos jurídicos nacionales sino a los pronunciamientos de organizaciones internacionales y directrices del Derecho Ambiental Internacional.

No todos los factores naturales deben estar sometidos a la tutela específica que realiza el denominado Derecho Ambiental. Sólo aquellos que tengan una decisiva importancia para el ser humano y el resto de seres y sean susceptibles de intervenciones teniendo las siguientes características<sup>6</sup>:

- Trascendencia básica para la vida en cuanto que sin ellos sería imposible la existencia animada de la biosfera;
- Comportamiento dinámico en cuanto se integran en los distintos sistemas naturales de los que forman parte, interaccionando a su vez entre sí;
- Posibilidad de que la incidencia sobre ellos de conductas humanas que son fundamento económico excedan de su capacidad de

autorregeneración:

- Énfasis consiguiente preventivo y subsidiariamente represivo y compensador de las disposiciones públicas que regulan las conductas implicadas.

### **La Legitimación en Material Ambiental**

La efectiva aplicación del Derecho Ambiental requiere un acceso efectivo a los procesos judiciales y administrativos incluyendo la posibilidad de recibir compensación por daño ambiental o restablecimiento al estado anterior, estas acciones irán dirigidas a la defensa del derecho fundamental al ambiente sano y para la recuperación y defensa misma del recurso natural. Un importante componente del acceso a la justicia es la interpretación de la legitimación, que evoluciona en materia ambiental desde la tradicional legitimación directa subjetiva hasta una legitimación ampliada a toda persona con el derecho a un ambiente sano.

En otras latitudes, esta legitimación es conocida como "locas standi o standing to sUe". Una definición limitada de esta legitimación podría impedir a los grupos interesados utilizar las herramientas legales disponibles. Por otra parte, una definición muy general del concepto podría hacer la administración de justicia improductiva. El papel del poder judicial en la promoción de la participación pública y en la defensa de este derecho cuando es violado, es especialmente importante. En casos específicos, el poder judicial debe determinar no solo si el mencionado derecho ha sido respetado sino también si el nivel de participación ha sido el adecuado.

La legitimación en el Derecho Ambiental está directamente relacionada con la habilidad de una persona para mostrar tal

interés legal en un asunto como para permitirle llevar un caso a la Corte. Lo que constituye un interés legal suficiente en un acto o en una desatención administrativa determinará cuáles casos serán llevados a las Cortes. En la defensa y protección del ambiente es fundamental el derecho de acceso a la información y el derecho de participar en los procesos de toma de decisiones. En esta misma orientación debe atenderse el derecho de acceso a la justicia. El Derecho Ambiental Internacional ha insertado importantes instrumentos jurídicos en las legislaciones nacionales.

Cuando un derecho se considera vulnerado, el poder jurisdiccional se busca mediante una acción que debe tener las siguientes características:

- Una norma vigente que tipifique el delito;
- Identificación de las partes es decir la identidad del accionante con el sujeto a quien la norma acuerda el derecho (legitimación activa) y del accionado con el obligado por ello (legitimación pasiva);
- Interés en la intervención del órgano jurisdiccional para evitar, resarcir o recomponer un perjuicio contrario a derecho.

La legitimación ambiental se plantea en relación a todas las ramas del derecho, puesto que el Derecho Ambiental abarca las relaciones normadas por todo el espectro jurídico en cuanto esas relaciones condicionan el ambiente. Los jueces deben considerar la legitimación ambiental enfocando la realidad ambiental.

### **La Responsabilidad por Daños al Ambiente**

La efectividad como reto del Derecho Ambiental ha sido reconocida por el principio 11 de la Declaración de Río que proclama el deber de los Estados de promulgar leyes efectivas sobre el medio ambiente. El Derecho Ambiental conlleva al tema de la responsabilidad de restaurar el daño ocasionado, y al efecto existen mecanismos en instancia civil, penal, administrativa y constitucional. La posibilidad de desarrollar una instancia procesal especializada para la materia ambiental no ha sido totalmente reconocida o aceptada en Centroamérica.

Retomando el tema del daño ambiental, la naturaleza objetiva de la responsabilidad conduce a que el daño deba ser reparado con independencia de la culpa o el dolo de quien lo produjo, vale decir, que aún frente a un obrar diligente se debe reparar los daños ambientales. En Centroamérica, al no existir fueros especiales ambientales, según la naturaleza de la pretensión (civil, penal, administrativa, y en los casos que corresponda constitucional) se rigen de acuerdo a la competencia de los tribunales.

Los litigios por daños causados al medio ambiente difieren de los litigios por daños tradicionales, en los que asiste a las víctimas el derecho de presentar denuncia ante las instancias administrativas o judiciales competentes con el fin de salvaguardar sus intereses privados. Habida cuenta de que la protección del medio ambiente constituye un interés público, el Estado (con la sociedad civil) es el responsable primero de la acción que debe llevarse a cabo si el medio ambiente resulta dañado o corre el riesgo de serlo. Sin embargo, ante lo limitado de los recursos públicos disponibles para ese fin, cada vez está más extendida la noción de que la ciudadanía en su conjunto debe sentirse responsable del medio ambiente y ha de poder actuar para protegerlo, en determinadas circunstancias.

La responsabilidad ambiental tiene por objeto obligar al causante de daños al medio ambiente a pagar la reparación de tales daños. La reglamentación ambiental establece normas y procedimientos destinados a preservar el medio ambiente. En ausencia de un régimen de responsabilidad, el incumplimiento de las normas y procedimientos vigentes sólo puede entrañar una mera sanción de carácter administrativo o penal. En cambio, si se incorpora a la normativa el concepto de responsabilidad civil, los causantes de la contaminación también correrán el riesgo de tener que asumir los gastos de restauración o compensación por los daños que hayan provocado. La importancia del instituto de la responsabilidad civil como instrumento básico para la protección del ambiente, es explicada, entre otras razones por la escasa efectividad de la normativa ambiental, básicamente de índole administrativa. Algunos los ven como el medio necesario para asignar los gastos necesarios en la restauración del medio ambiente.

La aplicación de la responsabilidad civil conlleva la consecución del conocido axioma quien contamina paga, ya que es difícil conseguir una reparación in natura de los daños ambientales. Independientemente de la existencia de sanciones administrativas y penales, la responsabilidad civil es un mecanismo jurídico cuya finalidad fundamental es reparadora: determinará sobre qué patrimonio y en qué medida deben recaer las consecuencias de un acto humano o simplemente un hecho.

El principio de quien contamina paga se consagró en la Declaración de Río en 1992 y enuncia que "las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales".

La responsabilidad ambiental es obligar al causante a reparar el daño causado, deriva del principio del Derecho Ambiental de quien contamina paga. Es un principio económico y constituye la vía más eficiente para asignar los costos de la prevención de la contaminación y de las medidas de control introducidas por las autoridades públicas en los países miembros para promover el uso cíclico de los escasos recursos ambientales y para evitar distorsiones en el comercio y las inversiones internacionales.

El daño al medio ambiente es un daño continuo, que pasa inadvertido hasta que ya es irremediable, porque, como acertadamente se ha dicho, la contaminación del aire y del agua, la erosión, la tala de bosques y destrucción de otros tipos de vegetación, la matanza indiscriminada de animales y el exceso de explotación de los recursos marinos, reflejan la actividad humana contemporánea hacia el medio natural.

No todas las formas de daño ambiental, sin embargo, pueden remediarse por medio de un régimen de responsabilidad. Para que este sea efectivo tiene que haber uno o más actores identificables, el daño tiene que ser concreto y cuantificable, y se tiene que poder establecer una relación causa-efecto entre los daños y los presuntos contaminadores.

Los daños al medio ambiente han requerido una nueva dimensión de los mecanismos de responsabilidad del derecho civil, una novedosa visión de sus instituciones para atender la problemática ambiental. Así una vieja institución, la responsabilidad civil extracontractual, aplicada a un novísimo problema, el deterioro del medio ambiente, han de ser revisados y adaptados a la solución de esta problemática tan compleja, conjugándolas con nuevas técnicas en el campo jurídico, como los intereses colectivos o difusos y las acciones populares, ya que son los mecanismos de

legitimación en la defensa del derecho al ambiente.

En el plano procesal, hay instrumentos efectivos contemplados como regla general en los ordenamientos jurídicos para atenuar el daño ambiental e identificar la responsabilidad. Con justificada y demostrada necesidad para evitar un mal mayor, las medidas cautelares cumplen un rol preventivo vital. La aprobación oportuna de medidas cautelares permiten detener la conducta que impacta negativamente el ambiente o un recurso concreto y cumplen una función probatoria trascendental para la evolución de un caso ambiental concreto.

La defensa del ambiente y el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés legítimo que ha de ser protegido y defendido por el sistema jurídico, teniendo su reflejo, de esta forma, en una tutela judicial efectiva. La posibilidad de exigir el respeto de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que emanan de la normativa ambiental, a través de instancias judiciales claras y expeditas, constituye un elemento fundamental de participación de la comunidad. Es este el mecanismo que permitirá hacer exigibles las obligaciones ambientales impuestas por la normativa vigente cuando no se produzca su acatamiento voluntario. La experiencia de los países donde las acciones judiciales en defensa del medio ambiente están en etapas de mayor desarrollo, demuestra que el reconocimiento legal de este tipo de acciones y su real ejercicio constituye un complemento eficaz de las labores de política administrativa desarrolladas por la autoridad pública.

Cabe mencionar la labor exhaustiva en el desarrollo del Derecho Ambiental que realiza el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y organizaciones no gubernamentales, entre ellas los Centros de Derecho Ambiental a nivel nacional, que permean desde el nivel global hasta los procesos regionales, mediante declaraciones, reuniones y capacitación de abogados y jueces. Al

efecto, los esfuerzos comprenden una mejor implementación del principio de participación ciudadana y los principios de responsabilidad ambiental para construir la habilidad de los actores en el cumplimiento efectivo de este fundamental principio que es determinante para la construcción progresiva del Derecho Ambiental.

La responsabilidad ambiental además de atraer el Principio de quien contamina paga frente al daño ambiental, necesariamente debe construirse en otros principios de Derecho Ambiental en una forma más amplia contemplando las situaciones en que el riesgo está presente pero el tiempo es oportuno para prevenir o evitar el daño consecuente. La responsabilidad en la prevención es un tema vital para la consecución de los fines del Derecho Ambiental, ya que no se tiene que esperar al momento en que el daño está causado, sino que más bien las tendencias son fortalecer cada vez más la capacidad de respuesta y prevención del ordenamiento jurídico en la tutela del ambiente. Al efecto la tutela constitucional tiene mecanismos muy efectivos con vía rápida y expedita, el reclamo de estos derechos, el seguimiento de procesos decisorios y la oportuna acción, constituyen una gama activa de elementos en la defensa del ambiente, en primera instancia para atraer la prevención antes del daño, y en caso de que se haya causado, ejercer los derechos de reclamo por restauración o indemnización.

### ***Inaplicabilidad del esquema tradicional de la Responsabilidad Civil***

[PÉREZ VARGAS, V]<sup>2</sup>

El Derecho ha tenido una posición coherente, ante el desafío ecológico.

Es cierto que la responsabilidad civil más que sancionadora es reparadora. El llamado "Derecho de Daños" ha tenido como orientación tradicional la reparación pecuniaria.

"Sin embargo, el amplio campo de la prevención de los daños no es ajeno al derecho civil. Ejemplos de esto son las normas relativas al cese de molestias entre vecinos para evitar daños futuros y en general las medidas cautelares.

El esquema de la responsabilidad civil tradicional ha caído en desuso, no solamente porque ahora se trata de prevenir y evitar el daño, más que de repararlo económicamente, sino principalmente porque hay perjuicios que no son negociables, en los que la compensación económica no compensa realmente el perjuicio.

De aquí surge la necesidad de pensar en una acción preventiva, capaz de impedir el daño antes de que éste se produzca.

### **Acción Preventiva**

Todo ciudadano afectado debe tener el poder de reaccionar jurídicamente contra todo el que con ruido, humo, basura, radicaciones, desechos industriales (que superen los límites de tolerabilidad) lesiones el ambiente e impida que éste sea un ambiente sano. Son necesarias las armas jurídicas preventivas.

Una de las respuestas ha sido en otros países (como en Perú, lo mismo que en la jurisprudencia Italiana) la de establecer acciones de orden inhibitorio, o sea, acciones preventivas.

En la jurisprudencia italiana hay varias sentencias donde se afirma que los daños a la salud deben ser indemnizados, pero también deben ser prevenidos con una estrategia de defensa a ultranza

contra toda iniciativa hostil (Así: BUSNELLI, BARGAGNA, 1986). Se afirmó la existencia de un derecho al ambiente saludable.

Los daños ambientes deben ser frenados antes de que ocurran.

De acuerdo con estas ideas, el Juez no siempre impondrá una inhibición absoluta de la actividad contaminante, sino que podrá adoptar las medidas más aptas para adecuar la intervención a las peculiaridades del caso concreto de modo que pueda reducirse el fenómeno a los límites de la tolerabilidad (aunque una sentencia napolitana de febrero de 1983, sostuvo que si el juez considera prioritaria la producción, puede consentir la contaminación, previa indemnización al propietario. Para Busnelli éste es un ejemplo de como las argumentaciones jurídicas pueden enmascarar una impotencia de algunos jueces frente a los nuevos problemas.

Convendría, en todo caso, establecer a nivel legislativo que el Juez tiene la posibilidad de ordenar la cesación de los hechos potencialmente susceptibles de causar un daño al ambiente o la paralización de la actividad generadora del daño, siempre que éste se encuentre verosímelmente acreditado. Sobre el punto existe un proyecto en la Asamblea Legislativa.

### **Responsabilidad Objetiva**

Es sabido que la responsabilidad civil puede ser de dos formas:

a) con culpa (o responsabilidad subjetiva) en los casos de dolo, imprudencia, negligencia, impericia o falta.

b) sin culpa (o responsabilidad objetiva). llamada también responsabilidad por riesgo creado (regulada particularmente en el

artículo 1048 del Código Civil, lo mismo que en la Ley General de Administración Pública).

El principal ejemplo de responsabilidad objetiva es el Artículo 1048 del Código Civil:

"... El que explota una mina, fábrica, establecimiento de electricidad... y si una persona muere o fuere lesionada por una máquina motora, un ferrocarril, tranvía y otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora estará obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por FUERZA MAYOR, o por la propia falta de la persona muerta o lesionada".

"La reparación cabe cuando haya daños a personas y no a cosas, lo cual es una gran limitación, pues los daños causados a las cosas seguirían los principios de la responsabilidad subjetiva"(20)

Esta segunda forma, si bien tenía antecedentes en la antigua Roma, se desarrolla como consecuencia de la industrialización y hoy se agrava con el desarrollo tecnológico.

Es posible pensar que la responsabilidad OBJETIVA, o responsabilidad sin culpa, llamada comúnmente por riesgo creado, se ajusta mejor al problema ecológico.

Es interesante recordar que el Código Civil peruano, en su artículo 1970 hace responder civilmente a todo el que tenga un objeto peligroso realice actividades peligrosas.

Ya no se trataré de buscar un culpable, sino de determinar un responsable.

"En materia de energía atómica muchas legislaciones han adoptado la responsabilidad objetiva, incluyendo a nuestro país (Ley Básica de la Energía Atómica, N-4383 de 18 de agosto de 1969), aunque con límites indemnizatorios realmente ridículos (100.000 colones por persona y un millón por accidente).

### **Aspectos Constitucionales**

La Licenciada Madrigal, varias veces aquí citada, ha abogado por la existencia de una disposición constitucional donde se eleve el ambiente a este rango, con lo cual sería más fácil orientar el ordenamiento en función de la protección de los recursos naturales.

### **Orientaciones**

#### **a) Nivel interno (dentro de cada país)**

##### **a-1) Perspectiva patrimonialista**

El ambiente como objeto de un derecho de propiedad colectiva  
Se ha utilizado el concepto de "cosas comunes", de origen romano. No se pone, sin embargo, el énfasis en el criterio francés tradicional de su extracomercialidad y ausencias de valor económico, pues es el aro que el ambiente lo tiene en forma muy directa al incidir sobre la calidad de vida y sobre la productividad en general. La nota que se ha afirmado es que al ser común, es de todos: el Estado juega un papel solamente de representante de los intereses comunes, pero al ser de todos, se abre un amplio panorama para la legitimación activa, que es uno de los problemas que se ha planteado la doctrina jurídica.

El más acabado desarrollo de esta perspectiva ha sido elaborado por Paolo Maddalena (en su obra *Danno pubblico ambientale*). Para este autor el ambiente es un bien en sentido jurídico, puesto que no es la apropiabilidad lo que hace jurídica a una cosa.

Afirma, en oposición a Giannini, que se trata de un bien material, sobre el cual hay una especie de propiedad colectiva. Afirma este autor: "Ciertamente, los derechos de la colectividad no puede ni deben ser considerados en forma totalitaria, como derechos de una entidad abstracta, sino como derechos de una pluralidad de ciudadanos, que conservan todos su individualidad"

Este planteamiento del ambiente como derecho real colectivo abre amplio panorama (sobre titularidad, legitimación, resarcimiento, prevención, etc). Para este autor, el derecho al ambiente no es un derecho de la personalidad, o un derecho humano.

#### **a-2) Perspectiva personalista**

El ambiente como valor de la personalidad, el derecho humano al ambiente sano

Mi criterio, es el de que es necesario trascender la perspectiva patrimonialista, para pasar a una visión personalista: que el ambiente no sea mero objeto de un derecho real de todos, sino que sea visto como un derecho de la personalidad, como un valor del que es titular cualquier persona.

La razón justificante de esta perspectiva puede encontrarse en moderna perspectivas filosóficas, donde "la circunstancia" (Véase Ortega y Gasset) no es algo ajeno a mi yo. El ambiente está en nosotros, como está la Vida con mayúscula también. Es cierto que literalmente ambiente es lo que nos rodea; pero es que es acaso posible hacer esta separación cuando se tiene conciencia de la indisoluble relación entre el yo y la circunstancia.

Así como el derecho a la intimidad es un derecho a que se me respete cierto ámbito (ambiente) en el que no puede interferir los demás, no sólo físicamente, puesto que el derecho a la intimidad

no es solo al ambiente cerrado de cuatro paredes.

Igualmente, el derecho al ambiente sano es un derecho a que no se afecte el ámbito donde tengo que sobrevivir, respirar, caminar, ver... Más que un derecho real sobre el paisaje es un derecho a disfrutar del paisaje y a reclamar judicialmente cuando se me perjudique. Más que un derecho real sobre el cielo claro es un derecho de la persona a que ese cielo no sea contaminado, entre otras cosas, por estar en juego su propia salud y su propia vida.

### ***Legitimación Ambiental***

[SALAZAR CAMBRONERO]<sup>3</sup>

Se requiere contar con una legislación acorde con la realidad, para alcanzar un verdadero equilibrio entre el desarrollo de nuestro país y la protección de los recursos naturales y el ambiente. Sin embargo nuestro país no cuenta con la normativa que permita una respuesta jurídica adecuada a estos problemas.

Una posible solución es dotar a los ciudadanos de mecanismos que les permitan velar por la protección de su salud y del ambiente. Dentro de estos mecanismos tan necesarios es que se ubica el instituto jurídico de la legitimación, de gran necesidad en la protección ambiental.

Se realiza en esta parte de este trabajo, un análisis del instituto jurídico; se incluye un análisis de legislación comparada respecto a la normativa ambiental vigente en otros países, concluyendo con el planteamiento de posibles soluciones para su integración a la normativa ambiental de nuestro país.

### **Análisis del Instituto Jurídico**

La legitimación es definida en el Derecho Administrativo como: "la consideración especial que tiene la ley, dentro de cada proceso, a personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de la pretensión procesal; y en virtud de cuya consideración exige, para que la pretensión sea examinada en cuanto al fondo'que sean dichas personas las que figuren como partes en el proceso."

El jurista costarricense doctor Víctor Pérez ha incluido en sus investigaciones una distinción entre "legitimación" y "capacidad", al respecto dice que ambas son figuras que generalmente la doctrina ha confundido, sin embargo, son figuras diversas. La capacidad, continúa, es un término que hace referencia a cualidades intrínsecas y abstractas del sujeto; la legitimación, en cambio, designa una determinada posición del sujeto que tiene relevancia jurídica en relación con los presupuestos de hecho de ciertas normas. Legitimación " se refiere a la posición del sujeto determinado con referencia a particulares relaciones jurídicas o a definidas situaciones jurídicas" más precisamente, con referencia al objeto y al otro sujeto del acto o de la relación.

El licenciado Gonzalo Retana Sandí, también, dice que no basta con tener capacidad para ser parte y procesal a efectos de que los tribunales amparen a una persona en sus pretensiones, se requiere además que esa persona, si es la actora, tenga "calidad o legitimación, que sea titular de lo que reclama; o si se trata del demandado que sea el verdadero obligado."

En Derecho Procesal llámase legitimatio ad causam la demostración de la existencia de la capacidad invocada, que es activa cuando se refiere al actor, y pasiva en cuanto al demandado. O sea, es la

capacidad para estar en juicio. Continúa el licenciado Retana explicando que la "legitimación es considerada como una condición de la acción, no como un presupuesto procesal, ya que por lo general, sólo al decidirse el caso puede examinarse si en realidad el actor es titular de lo que afirma le ha sido lesionado, o si la parte demandada es la autora y responde de ello." Nuestros Tribunales han dicho que "Para que el órgano judicial pueda ampararle el derecho lesionado a una persona que lo reclama, ésta debe demostrar por el medio idóneo su condición de sujeto legitimado para accionar, desprendiéndose de tal circunstancia: el derecho, el interés y por lógica consecuencia el demandado en el proceso es el obligado en la prestación reclamada, pues de lo contrario a falta de uno de esos requisitos la sentencia que llegare a dictarse no alcanzaría el grado de estimatoria, siendo en consecuencia un fallo inválido e ineficaz".

Nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) establece en el artículo 10 la legitimación al decir que estará legitimado activamente el lesionado en su derecho subjetivo o en su interés; y pasivamente, (art. 11) la entidad autora del acto o la disposición a que se refiere el juicio. Así vemos que el legitimado activamente debe tener un interés legítimo y directo para poder accionar.

El interés legítimo se ha dicho debe estar relacionado a que se le esté perjudicando –al legitimado– por un acto administrativo que le perjudica a él directamente. Este principio incluso se ha pedido en países como Estados Unidos, por ejemplo, al resolver la petición planteada por Sierra Club vs. Morlón, que demandaba, como miembro de una corporación con un interés especial en la conservación y en el buen mantenimiento de los parques y bosques nacionales, que no se permitiera el desarrollo de un proyecto turístico en Mineral King Valley que se encuentra en la Sierra Nevada de Tulare County, California. El Sierra Club alegaba que la

creación de un parque de diversiones dentro de ese Parque Nacional podría acarrear posibles daños ambientales y estéticos, deteriorar la ecología del área y contravenir lo dispuesto en leyes federales y regulaciones sobre la preservación de los parques nacionales, los bosques y refugios silvestres. La Corte resolvió denegando que el Sierra Club como organización pudiera demandar. Se requería que el actor mantuviera que los daños alegados estaban dentro de la categoría de "daño de hecho" (injury in fact) que requiere más que un posible daño: la determinación concreta de un daño y haber sido sufrido el daño quien demanda, "injury in fact" significa sufrir un efecto directo en el uso personal del área cuestionada. En este caso, la petición planteada por Sierra Club no alegaba que el complejo por construirse afectara al Club o sus miembros en forma determinada, por lo que la petición se desechó. O sea, que Sierra Club podría plantear la petición de suspensión de las actividades alegando que uno de sus miembros –usuario del parque– podría ser perjudicado en el disfrute del ambiente natural del parque. Sierra Club no consideraba necesario que se determinara la persona afectada, ya que el impacto de los cambios en el ambiente del Mineral King vendrían a afectar indiscriminadamente a cualquier ciudadano. En el caso de Sierra Club, éste consideró que alegar una violación individualizada o determinada como daño era superflua, ante la existencia de un interés público que debía ser protegido primordialmente y que en este caso era la protección de los recursos naturales, en beneficio de los ciudadanos.

En Estados Unidos puede demandar quien alegue que se le ha violado su derecho a disfrutar de un ambiente sano. Por ejemplo, en la resolución judicial *Scrap vs. U.S.* la Corte Suprema estableció que: unos estudiantes que usaban los bosques y ríos del área de Washington D.C. para acampar o montañear habían sufrido una perturbación en su derecho al disfrute de un ambiente sano, por causa de una perturbación que tenía su origen en el consumo y uso de bienes no degradables, los cuales producían contaminación al no

poder deteriorarse.

La regla que ha surgido parece ser que se permite incluso la legitimación para alegar violaciones a intereses no económicos, como el paisaje, la protección de objetos naturales o históricos o la vida salvaje o natural. "Los ciudadanos pueden mantener o llegar a las Cortes Federales por legitimación expresa que existe en la Federal Water Pollution Control Act, the Clean Air Act, the Noise Act y otros estatutos".

Después de resolver juicios como el comentado –Sierra Club vs. Morlón– los tribunales norteamericanos han reconocido la existencia de otros daños, que no sea el económico propiamente dicho, para plantear una demanda. En la resolución Data Processing Service se estableció que el interés alegado como violado "podría reflejar valores estéticos, de conservación o recreacionales, tanto como valores económicos." Sin embargo, la ampliación de las categorías de daño que podrían ser alegadas en soporte de la demanda, es algo diferente al requerimiento, aún existente, de plantear la petición alegando haber sufrido un daño o haber sido lesionado el mismo actor.

### ***La responsabilidad por el daño ambiental como responsabilidad civil***

[GONZÁLEZ MÁRQUEZ]<sup>4</sup>

El derecho al medio ambiente adecuado ha sido incorporado en las legislaciones y aun en los textos constitucionales de varios países, pero mientras en muchos de ellos se han establecido mecanismos jurídicos tendientes a evitar que se produzcan daños al

ambiente, en muy pocos se han establecido los instrumentos necesarios para que el daño sea reparado cuando éste se actualiza. En el ámbito del objetivo de la prevención, el derecho ambiental ha elaborado instituciones<sup>356</sup> tales como el ordenamiento ecológico del territorio, la evaluación del impacto ambiental, el estudio de riesgo, los estándares, los sistemas de permisos y licencias, y aun los llamados instrumentos de carácter económico y los mecanismos de autorregulación.

En cambio, desde la perspectiva de la reparación del daño, los sistemas jurídicos de varios países han recurrido a la adaptación del derecho civil, del derecho penal y del derecho administrativo, pero pocos son los países en los cuales se han puesto en vigor disposiciones jurídicas específicas relativas a la responsabilidad y reparación del daño ambiental, como a continuación se analizará. Incluso, en algunos sistemas jurídicos, la defensa del derecho al medio ambiente adecuado sigue colocándose en el ámbito de la protección constitucional de los derechos fundamentales, en el cual la reparación del daño no resulta ser el objetivo fundamental.

No obstante lo anterior, la responsabilidad por el daño constituye hoy por hoy uno de los principales paradigmas del derecho ambiental, motivo de análisis en diversos foros ambientales y objeto de pronunciamientos, la mayoría de los cuales desafortunadamente se colocan en el ámbito del soft law, tales como las Declaraciones de Estocolmo y Río, las recomendaciones de la OCDE y el propio Tratado de Libre Comercio de América del Norte y su Acuerdo paralelo en Materia Ambiental.

Si bien, siguiendo los principios trazados en esos instrumentos jurídicos internacionales, varios países del mundo han intentado establecer sistemas de responsabilidad por el daño ambiental, cabe distinguir entre aquellos cuyas legislaciones se refieren a la

reparación de los daños que una afectación al ambiente provoca en las personas o su patrimonio (daño civil por influjo ambiental) de aquéllos en los cuales la legislación ambiental se ocupa claramente de la reparación del daño causado al bien jurídico medio ambiente.

**De la adaptación del derecho civil a la configuración de un sistema autónomo de responsabilidad por el daño ambiental**

Si nos referimos a los efectos que el daño ambiental puede tener sobre las personas o sus patrimonios, es decir al daño civil por influjo medioambiental, entonces podemos sostener que la responsabilidad por el daño ambiental ha sido regulada, de manera indirecta, por los sistemas jurídicos tanto de los países que pertenecen a la tradición jurídica romano-germánica como de los que se consideran incluidos dentro del common law, que han consagrado en sus legislaciones de carácter civil las figuras de la responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva o sin culpa. Por ejemplo, en algunos países de América Latina los códigos civiles y de procedimientos civiles se ocupan de esta materia, y en Europa el problema fue inicialmente afrontado mediante la aplicación de la responsabilidad civil objetiva; sin embargo, salvo en pocas excepciones, esas legislaciones giran en torno a la protección de intereses individuales y a la reparación del daño mediante el pago de una indemnización, por lo que no resultan eficientes cuando se intenta aplicarlas a la protección del bien jurídico medio ambiente, que tiene que ver con la protección de los llamados intereses jurídicos difusos y en donde es primordial prevenir el daño, y en su caso recomponer el medio ambiente dañado, antes que obtener una indemnización pecuniaria.

Ahora bien, si nos referimos a la reparación del daño ambiental puro, entonces podemos decir que son muy pocos los países en los

que se observa una tendencia a legislar específicamente en materia de responsabilidad por el daño ambiental a través de la construcción de regímenes singulares diferentes en su contenido a los códigos civiles tradicionales. Esta tendencia se encuentra, sin duda, influida por las Declaraciones de Estocolmo (1972) y de Río (1992), así como por otros instrumentos del derecho internacional público.

En efecto, aunque en muchos países cuando se trata de entablar una acción por daños al ambiente, siguen siendo aplicables las reglas contenidas en las legislaciones civiles, una revisión sucinta del derecho comparado muestra, tanto en los de tradición jurídica romano-germánica como en los de derecho no escrito, una creciente tendencia hacia la configuración de regímenes jurídicos complementarios o sustitutivos, en verdad autónomos respecto de las reglas clásicas de la responsabilidad civil objetiva, como se verá a continuación.

### ***Un nuevo tipo de daño: el daño ambiental***

[GARCÍA MINELLA]<sup>5</sup>

Nuestra expresión sobre este punto será breve y se limitará a profundizar la legitimación para obrar en materia de daño ambiental, pues este tema será particularmente trabajado por Walter Pelle.

Como hemos dicho antes, a partir de la reforma constitucional de 1994 se genera una concepción desde la cual el hombre es parte del medio ambiente y por lo tanto se concibe la posibilidad de prevenir y resarcir el daño ambiental -independiente de la

afección individual-. En este caso la Constitución nacional define un nuevo y particular tipo de daño. Diferente al normado por nuestro Código Civil (art. 1068). Es por ello que las reglas de reparación no podrán equipararse a las que otorgan protección a los derechos subjetivos, simplemente porque este tipo de daño conculca otro tipo de prerrogativas, que han sido bautizadas por el constituyente reformador de 1994 como "derechos de incidencia colectiva".

Es en este contexto, en el del subsistema de derechos humanos de tercera generación, donde el legislador y en consecuencia el intérprete habrán de elegir nuevos postulados acordes a este paradigma. Pues no olvidemos que no estamos dentro de la estructura del derecho subjetivo, sino pensando al ambiente desde el esquema de derecho-deber. Esto implica entre otras cosas hablar de nuevas formas de acceso a la tutela de este bien jurídico particular: el medio ambiente.

Así es interesante ver como la jurisprudencia va llegando a reconocer amplia legitimación a los ciudadanos para actuar en justicia estos derechos de incidencia colectiva.

Largo ha sido este tránsito, hubo retrocesos, se esbozaron nuevas interpretaciones y se delinearon distintas posturas.

En torno a este último punto podemos decir que la doctrina nacional ha sentado tres posturas sobre los alcances de la legitimación que confiere el art. 43 de la Constitución nacional: restringida, amplia y amplísima.

En la primera se enrolan entre otros, Barra y Palacio de Caeiro, quienes entienden que en momentos de interponer una acción de amparo (por estos derechos) habrá que acreditarse un derecho subjetivo.

La postura amplia (mayoritaria), entiende que además del afectado por un derecho subjetivo, también puede accionar quien hubiere sufrido un perjuicio en un interés legítimo llamado así de incidencia colectiva. En ella se enrolan Germán Bidart Campos, Néstor Sagüés y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La postura amplísima entiende a los derechos de incidencia colectiva como verdaderos derechos, cuya estructura difiere de la prevista para los derechos subjetivos. Se habla de derechos de titularidad colectiva, cuya afectación implica un agravio o lesión social. Ello lleva a ampliar la legitimación en pro de la tutela de la legalidad ambiental (art. 41 infine CN). Encontramos aquí pocos constitucionalistas que se enrolen en ello; quienes la adscriben son Eduardo P. Jiménez y Andrés Gil Domínguez.

Nos enseña Maximiliano Toricelli que en el fallo "Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional" emanado de la Corte Suprema de Justicia de la nación, el dictamen del procurador deja dudas en cuanto al reconocimiento de una acción popular al sostener que hay que admitir la legitimación de las asociaciones por cuanto se funda "no sólo en el interés difuso en que se cumplan la Constitución y las leyes", pero a renglón seguido intenta despejar las mismas al afirmar que las asociaciones han actuado como titulares de un derecho de incidencia colectiva y en cumplimiento de sus finalidades de creación.

Es importante destacar aquí el giro operado en la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la postura asumida en materia de legitimación a partir del caso "Friends of the Earth v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc. (US 120 S.Ct.693) (2000)". En el particular, "si bien el caso fue a la Corte para decidir si la cuestión debatida era o no abstracta, ella aprovechó la oportunidad para referirse a la legitimación procesal. No tenía la

obligación de tratar la cuestión de la legitimación, pero el hecho de que así lo hizo, sugiere que la Corte quiso modificar la dirección que las opiniones del ministro Scalia habían impreso a la jurisprudencia de dicho tribunal. (...) La Corte estableció que la lesión sufrida por el actor (y no el daño al ambiente), es lo que le otorga legitimación procesal; y señaló además que los demandantes pueden ser lesionados por percepciones razonables de peligro derivadas de incumplimiento, aun cuando esos incumplimientos no dañen al ambiente. (...) Reenvió el caso al tribunal inferior para que éste reexaminara si la cuestión era abstracta o no, utilizando la correcta formulación de dicha doctrina. Sin perjuicio del resultado del caso en esta cuestión, la decisión de la Corte es una fuerte señal de retorno a la postura liberal en materia de legitimación procesal adoptada en "Sierra Club vs. Morton". Quizás, y tan importante como esto último, es que la Corte está adoptando una actitud favorable a las acciones ciudadanas y a receptar los valores ambientales largamente sostenidos por el público". Regresando a lo nuestro, es bueno señalar al respecto que con posterioridad a la reforma constitucional argentina -tanto nacional como provincial (Buenos Aires)- la Corte de nuestra provincia tuvo oportunidad de expedirse en un caso de materia ambiental, que le llegara a despacho por la interposición de un recurso extraordinario que la demandada -Copetro S.A.- impetrara contra la resolución del a quo. Hacemos referencia a este fallo, dado que ha constituido un hito en la jurisprudencia provincial en materia ambiental, que supera en forma trascendente, las "tristes" doctrinas restrictivas que leíamos en materia de legitimación en causas ambientales.

Así las cosas, si bien el Tribunal Superior de la provincia de Buenos Aires tomó conocimiento y resolvió cuestiones de competencia, prueba y prescripción, se expidió también sobre el carácter de la legitimación para obrar en materia ambiental, acentuando particularmente el rol que debe asumir la judicatura en

esta temática.

En el fallo de mención, dijo el ministro de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, Dr. Eduardo Petligiani que ... Ante la obligación de amparar intereses llamados de pertenencia difusa, concretados en el caso de la defensa del medio ambiente, más específicamente el habitat que alberga a un sector de la comunidad, pronto advenimos que como señala Bidart Campos, comentando un fallo de este Tribunal, la titularidad personal de un derecho o un interés legítimo no desaparece cuando el derecho o el interés son compartidos por y con otros, o con y por todos los demás que se hallan en igual situación (ED, 142.357). Es en definitiva el interés legítimo de cada reclamante el que conforma con los demás, en la suma de todos y cada uno de ellos ese. interés de pertenencia difusa, o más que, difusa, extendida, en tanto su invocación y consecuente concreción posibilita individualizar el universo al que se extiende. (...) La reforma constitucional operada en 1994 en el plano nacional ha conferido a estos intereses emanados de derechos de incidencia colectiva (como los menciona su arl. 43 párr. 2) o de pertenencia difusa, una explícita protección, legitimando a toda persona afectada para ello conforme el nuevo texto de los arts. 41 y 43.

El magistrado hizo cita en su voto, del pensamiento esbozado por Enrique Lozano y Corbi, quien refiere -entre otras cosas- que el ciudadano integrado en ese "populus", al sentirse dañado -en ese carácter- precisamente tiene verdadero interés en proteger ese derecho colectivo lesionado, ese bien común perjudicado, que a él, tan directamente atañe. Mas este interés, nada tiene que ver con los vínculos que el particular pueda haber articulado con su familia o con su comunidad, organizada en cuanto tal, sino que -recalcamos- se trata de una prerrogativa que el accionante enarbola como ciudadano afectado en sus propios intereses. El ciudadano se constituye aquí en sujeto de derecho, porque puede

litigar, pero se decide a hacerlo porque él se ha sentido dañado en algo propio -suyo-, que le pertenece como ciudadano y que el ordenamiento jurídico creado por él, protege. Por ello, este ciudadano asumirá la iniciativa del proceso popular, y en ese contexto solicitará una sanción para aquel o aquellos que hayan trasgredido su derecho como ciudadano. Es decir, tutela los derechos colectivos porque son también suyos.

Es pertinente mencionar también que en el caso comentado, se demandó a una planta industrial que trabajaba con coque de petróleo, en un polo petroquímico, a pocos metros del lugar en que se encontraba emplazado un barrio. Allí vivían los demandantes, quienes le reclaman a la empresa por los daños y perjuicios que ésta les ha causado, en particular en su propiedad y en su salud.

¿Por qué es relevante esta cuestión? Bien, es claro que se reclama -en principio- por la violación de un derecho subjetivo, a partir de lo que el Sr. Almada y otros vecinos pretenden, no sólo el cobro de una indemnización por el daño a la salud, la contaminación ambiental generada a partir del accionar del demandado, sino también el cese de las emisiones contaminantes.

Tanto la primera instancia como la Corte de la provincia se expidieron en el sentido de admitir la indemnización, pero también fueron más allá del reclamo original. El juez de primera instancia no sólo condenó a Copetro al pago de la indemnización sino también al cese en la emisión de los elementos contaminantes. Asimismo falló el a-quo, sosteniendo que en caso de que la empresa se dispusiese a implementar algún proceso científico-técnico por el cual se continuara con la explotación de la industria, el mismo debería ser puesto a consideración del perito interviniente en la causa previamente a su puesta en marcha. Luego de aprobado, podría -entonces sí- implementarse, no obstante se imponía a tal fin, la realización de un programa de control de las emisiones.

Ambas partes apelaron la resolución: la actora por el monto indemnizatorio y la demandada por la violación de derechos constitucionales tales como la defensa en juicio, juez natural, ejercicio de la industria lícita, derecho de propiedad, etcétera.

Por su parte, el tribunal de Alzada, no sólo confirma el fallo sino que aumenta el monto indemnizatorio y dispone que un perito designado por la Facultad de Ciencias Exactas de la Universidad de La Plata informe sobre los límites de concentración permisibles de benzo alfa pireno, que en áreas urbanas estatuyen otras legislaciones, los que difunden organizaciones vinculadas a la salud a nivel mundial y los que surgen de estudios recientes a fin de compararlos con la pericia agregada en autos.

Cabe preguntarnos a esta altura del análisis ¿qué actitud tomó la empresa demandada ante esta nueva postura de la Cámara? Obviamente apeló, y así tuvo oportunidad de expedirse la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires.

Dos cuestiones son relevantes respecto del tratamiento de la legitimación en este fallo: la primera la amplitud otorgada a esta última y la segunda el rol de la magistratura en los procesos ambientales. En este sentido el ministro Juan C. Hitters votó: "...derecho ambiental, que requiere justamente de una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos". Por su parte al momento de tratar la cuestión traída a debate sobre la mutación generada durante la litis por la propia judicatura (es decir trasladar el reclamo individual del demandante a comprobación del daño colectivo -en el que está incluido el individual-) el Dr. Eduardo Pettigiani formuló las

siguientes valoraciones: "...En cuanto a la supuesta trasmutación de las pretensiones individuales originarias en una acción popular con quiebra del principio de congruencia y exceso de jurisdicción denunciados, creemos que con más precisión cabría afirmar nos encontramos frente a la necesidad de trocar esa aspiración inicialmente personal en una tutela compartida, de raigambre solidarista, ya que por su parte la protección singular sólo será efectiva si se extiende al conjunto, del cual el sujeto forma parte como de un todo inescindible, en tanto por otra parte la justicia no podría admitir un recorte al bien común basado en una economía procesal más emparentada con un excesivo rigorismo formal que con la vocación de satisfacer el derecho material dotándolo de un sentido finalista".

Finalmente -nobleza obliga- diremos que esta cuestión no terminó aquí. Los demandantes apelaron la sentencia dictada por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, invocando las violaciones a los derechos mencionados supra.

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al momento de fallar, de alguna manera confirma el fondo respecto de todos los argumentos ambientales, entendió que el fallo de la Cámara de Apelaciones ha violado el principio de congruencia, no porque haya fallado en exceso a lo solicitado por las partes al disponer el cese de la contaminación, sino porque la Cámara de Apelaciones no respetó la decisión anterior de no disponer el cierre de la planta industrial. Lo cierto es que no se planteó en ningún momento restricción alguna al derecho de ejercer industria lícita, sino el cese de la contaminación ambiental.

Estos son los argumentos utilizados por el procurador general de la nación al momento de efectuar su dictamen al cual adhiere la Corte en pleno anulando el fallo y mandando a dictar uno nuevo con arreglo a lo expuesto. Ello cerró la cuestión confirmando en lo

principal la sentencia recaída en la segunda instancia y revocó la accesoria de intimación de cierre del establecimiento industrial, en caso de incumplimiento del mandato judicial.

Al anotar el fallo de la Corte Suprema Augusto Morello y Néstor Cafferata entienden que se confirman por el Superior Tribunal de Justicia de la Nación, las tendencias progresistas que se avizoran, en el tratamiento jurisdiccional de estas cuestiones. Todo ello porfiando por la dimensión social en el rescate del valor solidaridad.

Asimismo, explican que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación, en cuanto confirma en lo principal lo resuelto por los tribunales inferiores, constituye un precedente de relevante valor jurisprudencial, porque se registra como la primera sentencia pasada en autoridad de "cosa juzgada", condenatoria en sede civil, por daños y perjuicios ambientales, emitida por nuestro Máximo Tribunal de justicia. Detallan los eminentes juristas que asimismo se consagra como principio, la idea de competencia de carácter local (de hecho, prueba y derecho público local) que reviste la cuestión ambiental en tanto la Corte no revisa en el caso lo resuelto por la justicia provincial, por considerarla ajena, como regla, y por su naturaleza, a la instancia del art. 14, ley 48.

Nosotros compartimos este criterio, que ya había sido insinuado en un precedente anterior de nuestra Corte Suprema.

Del análisis profundo de esta jurisprudencia y de la lectura de la presentación de este proyecto en la legislatura nacional, es casi imposible no imaginar que el precedente citado no ha influido al momento del dictado de la ley general del ambiente.

La primera pregunta que surge es, no obstante el influjo

jurisprudencial, ¿la ley general ambiental en su art. 30, adopta una postura amplia o restringida respecto de la legitimación?

Para comenzar diremos que ante la posible concreción de un daño ambiental colectivo, según la norma, los sujetos legitimados para accionar son: el afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental (arl. 43 CN). y el estado (nacional, provincial, y municipal) lato sensu.

En este esquema entendemos por afectado al habitante, el afectado en un derecho de incidencia colectiva y no en un derecho subjetivo. Por dos cosas: 1. Se hace referencia a un daño ambiental colectivo y no a un daño individual; 2. El primer párrafo in fine del art. 30, reconoce una legitimación disímil para la acción de recomposición o de indemnización, habilitando a la persona directamente damnificada residente en la jurisdicción donde acaeció el hecho.

Observamos que la ley amplía la legitimación que concede la Constitución nacional en su art. 43, en consonancia con lo normado en el art. 20.2 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

Ello pues, desde la Carta Magna provincial también se habilita al Estado en sentido lato, para interponer acción de amparo contra todo acto u omisión de los particulares.

Si pensamos que los antecedentes que dieron origen al remedio procesal fueron justamente los inversos, resulta al menos dificultoso comprender el rol del estado en el contexto planteado por la ley. Pero si aceptamos que estamos ante derechos humanos de tercera generación, y que éstos han sido concebidos para limitar el obrar del hombre en pro del ambiente, concretando una calidad de vida que nos sumerja en un desarrollo sustentable, no parecerá

extraño, ni se revelará como ingenuo pensar que es necesario dotar al estado de herramientas de protección contra acciones u omisiones que -lesionen o amenacen en forma actual o inminente, arbitraria o ilegalmente- se generen en el sector privado. En particular porque el estado es el garante principal de la calidad de vida que habrán de gozar las generaciones que están por venir.

Todo el cuadro analizado se ve reforzado cuando leemos el último párrafo del art. 30 cuando se prevé que toda persona podrá mediante acción de amparo solicitar la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo. Ello si bien no es exacto se acerca bastante a los niveles de legitimación para actuar de los derechos de incidencia colectiva que le hemos acercado al lector en páginas precedentes.

Si bien lo expuesto expresa un aspecto positivo de esta normativa, de la lectura del artículo que estamos tratando se observa una técnica legislativa, al menos desordenada, dado que se trata la legitimación en materia de amparo, posteriormente se plantea una ampliación de la legitimación para las acciones de recomposición e indemnización, y finalmente se hace referencia a la posibilidad de peticionar el cese de actividades generadoras de daño a través de la acción de amparo. Lo expuesto puede dar oportunidad para abrir a debate la cuestión de legitimación en materia de daño ambiental, y es por tal razón que hubiéramos preferido una estructura jurídica más depurada, más prístina.

### ***La responsabilidad civil por el daño ambiental***

[Pérez]<sup>6</sup>

La responsabilidad civil, define Mazeaud, es una sanción que consiste en la obligación de aquel que ha causado daño a otro de

reparar ese daño. La falta es elemento constitutivo de la responsabilidad, concebida desde el punto de vista de la doctrina francesa, con sus componentes de error, dolo y culpa. Para su determinación hay que establecer la intención del actor, su diligencia, etc.; mientras que la doctrina alemana mantiene la "responsabilidad objetiva". El derecho ambiental se orienta definitivamente por el enfoque de la responsabilidad objetiva, que consiste en la obligación de indemnizar y reparar el daño, independientemente de la falta (dolosa o culposa) del causante del hecho dañoso. Complemento indispensable de la teoría de la responsabilidad es la cuestión del nexo de causalidad entre la acción y el daño causado.

El Principio 13, en concordancia con el Principio 10, de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, proclama:

Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

Esta declaratoria destaca lo poco que se ha avanzado en el tema de la responsabilidad y la compensación en veinte años, desde Estocolmo en 1972, como lo hace notar Kiss<sup>154</sup>. El Principio 22 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano, anima a los Estados a trabajar en las normas internacionales "sobre responsabilidad y compensación de las víctimas de contaminación y otros daños ambientales en áreas externas a su jurisdicción, causados por actividades dentro de la jurisdicción y control de tales Estados".

En realidad son muchas las dificultades prácticas para la aplicación de estos principios. Resulta significativo que los ejemplos citados son los mismos tres o cuatro casos. El más conocido, denominado Trail Smelter, entre Estados Unidos y Canadá, se inició en 1926 y el laudo final fue pronunciado en 1941. Las otras reclamaciones ambientales internacionales más comunes, citadas por Leoro, han sido:

- Canal de Corfú, entre Albania y la Gran Bretaña.
- Lago Lanoux, entre Francia y España.
- Represa de Gut, entre Canadá y Estados Unidos.
- Explosión de la bomba nuclear de Estados Unidos cerca de Bikine y Eniwetok, entre Estados Unidos y Japón.
- Río Mura, entre Yugoslavia y Austria.
- Caída de bombas termonucleares en Palomares, España, entre este último país y Estados Unidos.
- Salinidad del Río Colorado, entre México y Estados Unidos.

El proyecto de Convenio Internacional sobre Medio Ambiente y Desarrollo aborda la responsabilidad de los Estados y de los particulares por daños ambientales, en un marco que tiene general aceptación doctrinal en la actualidad. En efecto, considera principalmente dos aspectos: el incumplimiento (breach) de los términos del Convenio –podría decirse, de la normativa ambiental internacional– y el daño ocasionado en áreas ubicadas fuera de la jurisdicción del Estado donde se ha originado la contaminación o la acción dañosa, independientemente de si se han incumplido o no provisiones internacionales ambientales. Esto se refiere principalmente a daños accidentales. Los títulos de los demás artículos que tratan este tema son: Art. 49. Cesación, restitución y compensación; Art. 50. Consecuencias del fracaso en la prevención del daño; Art. 51. Excepciones; Art. 52. Remedios civiles; Art. 53. Recursos en la legislación doméstica y no discriminación; Art. 54. Inmunidad de jurisdicción; y, Art. 55.

Daño ambiental en áreas externas a la jurisdicción nacional.

### **Daño económico y daño ambiental**

En el estudio de la responsabilidad en el derecho ambiental, resulta importante distinguir entre el daño económico y el daño ambiental, aunque finalmente los esfuerzos se orienten a reconducir el uno al otro, puesto que en casos en que es imposible la restauración, no cabría otra forma de efectuar los cálculos correspondientes. El daño económico trae consecuencias de hecho, al impedir que determinadas personas puedan utilizar ciertas especies o ecosistemas para su beneficio y constituye un enfoque antropocéntrico. La evaluación de este daño incluye la valoración misma de los recursos naturales destruidos o degradados y los aspectos específicos, como los costos de las operaciones de limpieza necesarias luego de las contaminaciones; la pérdida de ingresos de los empresarios, agricultores, campesinos, pescadores, etc., e incluso las pérdidas económicas por daño a lugares de esparcimiento. Esta evaluación se realiza básicamente según parámetros monetarios. La evaluación del daño económico procede cuando es posible restablecer artificialmente las características del ecosistema. Por ejemplo, en derrames de hidrocarburos, cuando cabe reponer al ecosistema mediante tecnologías especializadas. En este caso, se trata de una compensación al daño económico proporcional al costo de reposición del ecosistema, cuantificable en términos económicos. En esta clase de daños a ecosistemas, el costo de reposición puede considerarse como un valor determinable.

El daño ecológico es el que afecta al ecosistema y a las especies. Este daño puede representar o no hacia futuro consecuencias de índole económica directa o indirecta, que difícilmente pueden calcularse en términos monetarios. Las especies no comerciales y áreas prístinas de considerable valor ecológico o científico

tienen muy poco o no tienen un valor en el mercado. Igualmente, la extinción de ciertas especies comerciales y no comerciales del ecosistema del que formaban parte es difícilmente cuantificable en términos monetarios.

La recuperación del ecosistema puede producirse en muchos casos solo a través de mecanismos de la naturaleza y del propio ecosistema, lo cual no permite que el otro mecanismo de evaluación, esto es, el de costo de reposición, sea útil, pues esos mecanismos no dependen de una actividad propia del ser humano, que pueda cuantificarse. Además, existirán casos en que ni actividades humanas, ni mecanismos naturales conocidos puedan volver al ecosistema a la situación previa al daño.

En este caso, aparentemente, no tendría sentido la evaluación del costo de reposición en términos monetarios, al ser irreversible el daño causado. Los costos sociales de la extinción de especies o de la destrucción de ecosistemas únicos y de gran diversidad pueden convertirse en pérdidas económicas enormes. La prueba de esta pérdida resulta casi imposible, por la dificultad de cuantificarla en el momento en que se produjo el daño. Una indemnización puramente monetaria, en estos casos, no va a servir para reponer el ecosistema dañado; aunque podría tener alguna utilidad como método de persuasión para el futuro.

Lo que sí procedería de forma emergente es la búsqueda de mecanismos para remplazar o restaurar los recursos que se perdieron, tratando de regresar a la situación anterior al momento del daño, siempre y cuando sea posible; por ejemplo, cuando una especie puede ser criada en cautiverio y luego liberada en habitat adecuados. Con este objetivo en mente, es posible que el daño pueda compensarse con base en el costo de reposición de estos elementos del medio natural que fueron destruidos o degradados.

La Clean Water Act y la Outer Continental Shelf Lands Act de Estados Unidos establecieron en los años setenta que cualquier Estado federal dentro del cual se produzcan este tipo de hechos podría reclamar por los costos de recuperación, remplazo o restauración de recursos naturales, dañados o destruidos por la contaminación.

Tradicionalmente, las legislaciones han reconocido indemnización tan sólo para daños directos a la persona o la propiedad, mas no para daños a los recursos ambientales, cuando éstos no pertenecen al dominio privado. Esto permite, a lo más, la compensación por los daños económicos directos que se reconocen a las personas o instituciones que logran probar que sufrieron, como consecuencia de la contaminación, un daño actual y económico. Otras partes con menores intereses directos no han tenido, bajo esos criterios, un sustento legal para reclamar una indemnización. Esto es aún más claro en acciones que se han propuesto por la destrucción de fauna silvestre, toda vez que en la mayoría de los sistemas legales, hasta la aprobación del Convenio de la diversidad biológica, no tenían un dueño legal reconocido.

En la indemnización de perjuicios se comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante, exceptuando los casos en que la Ley la limita al daño emergente. En palabras de Claro Solar:

El valor de la indemnización debe ser, por tanto, igual a la pérdida o perjuicio que el acreedor experimenta con motivo de la no ejecución total o parcial, o la demora en la ejecución; y esta pérdida o perjuicio consiste en dos hechos diferentes que la indemnización debe comprender: una disminución real del patrimonio del acreedor, a que se ha dado el nombre de daño emergente; y la privación de una ganancia o utilidad que el acreedor tenía el derecho de alcanzar en virtud de su crédito, llamado por eso lucro cesante.

En resumen, en términos económicos, el daño emergente es la pérdida que se experimenta y el lucro cesante, la ganancia que se deja de percibir. En el daño al ecosistema, la evaluación del daño emergente debe incluir al menos una compensación por el daño ecológico –el ecosistema degradado o destruido, y lo que cuesta su recuperación, restauración o reposición– y el daño económico que experimentan los afectados directos, como podrían ser los dueños de un hotel a orillas del mar, cuyas playas se vieron afectadas por el derrame de hidrocarburos, y otros semejantes, y los costos de limpieza o reparación necesarios. Igualmente, la evaluación del lucro cesante debe volver a tomar en consideración el daño ecológico. No obstante, como ya se señaló, una evaluación de ecosistemas destruidos y lo que esto significa en el futuro para el ser humano, o de especies comerciales y no comerciales que se extinguen, es sumamente difícil de establecer en términos monetarios. El daño económico incluirá como lucro cesante lo que dejan de percibir los individuos o comunidades que aprovechan esas especies o dependen de ese ecosistema. Tampoco debe olvidarse el daño, incalculable en términos económicos, infligido a la comunidad entera, por la pérdida del medio ambiente libre de contaminación en que tenía derecho de vivir.

La ley norteamericana Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA) establece responsabilidad de "perjuicios por daños a, destrucción de, o pérdida de recursos naturales, incluyendo los costos razonables de evaluación de tales perjuicios, destrucción o pérdida resultantes de tal derrame". Considera "los costos ... en la restauración, rehabilitación o remplazo o la adquisición del equivalente de cualquier recurso natural dañado, destruido o perdido como resultado del derrame de una sustancia peligrosa". Esta ley ordena que las regulaciones federales sobre la materia deben establecer los daños directos y los indirectos, tomando también en consideración el valor de

reemplazo, el valor de uso y la capacidad de los recursos o ecosistemas a recuperarse. El Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente (1993) del Consejo de Europa, "intenta suministrar una compensación adecuada por el daño resultante de actividades peligrosas para el medio ambiente. Incluye el daño por el menoscabo del medio ambiente, así como el daño a las personas y la propiedad, así como los costos de las medidas emprendidas para prevenir el daño".

### **Políticas de prevención, control y sanción**

Deberían estar muy claros los principios de políticas públicas ambientales de prevención, control y sanción. Los dos principios más importantes son sin duda la prevención –por encima de la represión penal– y la organización política y social de autogestión ambiental.

En el tema del derecho penal ambiental, en la investigación de los antecedentes y conceptos generales, resulta indispensable concretar el enfoque aplicable para evitar el fenómeno del tecnofascismo a que se refiere Gortz-Bosquet: "...la ecología también puede ser utilizada para la exaltación de la ingeniería aplicada a los sistemas vivientes", y especialmente cuando dice: "...la autorregulación natural solo puede ser reemplazada por un poder reglamentario. Este ejemplo, nada utópico, tiene por finalidad ilustrar el siguiente principio del ecologismo (si no de la ecología): más vale dejar a la naturaleza que corregirla al precio de una sumisión creciente de los individuos a las instituciones, de los hombres al poder de otros hombres. Porque lo que los ecologistas reprochan a los ingenieros de sistemas no es de violar a la naturaleza (ella no es sagrada), sino que al hacerlo ponen en vigencia nuevos instrumentos de poder".

Si se puede estar de acuerdo con Ilich en que "el equilibrio ecológico no será restablecido más que si reconocemos que solo la persona tiene finalidades, que solo ella puede trabajar a realizarlos", lo procedente sería llevar la gestión ambiental al lugar donde el desequilibrio se produce: por una parte, a la administración pública, en el control de sus grandes obras públicas; a su legislación, en algunas normas potenciales o actualmente no sustentables; y al seno de sus diferentes entidades y dependencias; por otra parte, a las comunidades y los grupos humanos, adecuando leyes como la de municipalidades, para hacer de los cabildos instrumentos activos de la conservación de la naturaleza y del ambiente; y a través de disposiciones legales que promuevan la autogestión ambiental por medio de información a los ciudadanos y su participación, "para que tengan la última palabra en la decisión acerca de si ésta o aquella forma del desarrollo energético, ha de ser o no la que finalmente se prefiera" y la educación que haga de "la conservación una causa cívica y unir a sus defensores en un frente unido en contra de los cientos de amenazas de invasión que aparecen año tras año", en palabras de William O'Douglas, quien fue ministro juez de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

***Especialidades en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente***

[PALAO MORENO,G]<sup>7</sup>

La amplitud a la que estamos haciendo referencia es perfectamente trasladable a los supuestos de responsabilidad que nos ocupan. Por lo tanto la *lex loci delicti commissi* estaría llamada a regular, en principio, la mayoría de extremos relativos al ilícito por daños

medio-ambientales. De esta forma, nuestro análisis podría limitarse a la enumeración realizada. Sin embargo, en nuestra opinión, esta cuestión posee ciertas particularidades en esta materia. Consecuentemente, por su importancia en casos de responsabilidad civil por daños al medio ambiente con una naturaleza internacional, a continuación haremos referencia a alguno de estos aspectos de forma concreta.

No obstante, antes de realizar dicho estudio queremos dejar constancia que en nuestra opinión, esta particularidad y relevancia harían conveniente introducir un precepto de origen convencional que las concretase, así como diferenciase entre las cuestiones puramente de fondo de aquellas procesales (y por lo tanto reguladas por la *lex fori*). Tal y como ya se ha hecho en otros Convenios de La Haya en relación a otros supuestos de responsabilidad extracontractual.

#### **a. El daño indemnizable**

El concepto de daño al medio ambiente se nos muestra como una cuestión de gran importancia a la hora de establecer su régimen de responsabilidad. Sin embargo, se trata de una cuestión que depende del propio concepto que adoptemos de medio ambiente. Noción que, como ya señalamos en su momento, no posee un significado unívoco ni en los ordenamientos estatales, ni en la regulación o proyectos de regulación de origen internacional.

Esta circunstancia hace que consideremos imprescindible contar con una definición única de daño al medio ambiente desde el plano convencional, ya que se trata de un extremo de vital importancia para lograr un tratamiento uniforme de la materia desde la perspectiva del DIPr. En este sentido, ya subrayamos cuando abordamos el problema calificadorio (y ahí nos remitimos), la necesidad de una calificación autónoma del mencionado término si

se llegara a realizar el anunciado Convenio de La Haya (tal y como hace el Convenio de Lugano de 1993).

**b. El tipo de responsabilidad**

Este es un extremo que será regulado por la lex caúsete y que posee una gran importancia en supuestos de naturaleza transfronteriza. Ello se debe, entre otros motivos, dado que la presencia de diferentes concepciones sobre este elemento en los Estados implicados en un caso de responsabilidad medio-ambiental (por culpa o de naturaleza objetiva) puede motivar una determinada inclinación en la localización del locus delictis. Además, L. GARAU JUANEDA considera que una divergencia como la señalada podría ocasionar la aplicación cumulativa de la lex loci actus y la lex causae.

No obstante, en esta materia coinciden la mayoría de ordenamientos estatales, así como los textos de origen internacional: la responsabilidad derivada de daños al medio ambiente es de tipo objetivo. Así sucede, en prijer lugar, tanto en la mayor parte de los ordenamientos de nuestro entorno, como en nuestro Derecho. Junto a ello, y en segundo lugar, tanto la normativa comunitaria, como la convencional determinan el carácter objetivo de la mencionada responsabilidad.

La coincidencia a la que estamos haciendo referencia posee un notable interés desde la perspectiva del sistema español de DIPr. En primer lugar, se aceptará pacíficamente la aplicación de la lex causae para determinar la naturaleza de la responsabilidad en un gran número de ocasiones. En segundo lugar, cuando analizamos el problema de la localización del locus delicti en aquellos casos de contaminación que denominamos «a distancia», concluimos que la naturaleza y función de la responsabilidad civil por daños al

medio ambiente, entre otros motivos esgrimidos, nos permitía optar por la ley del lugar donde se había producido el resultado perjudicial como ordenamiento llamado a regular tales supuestos de responsabilidad.

**c. La antijuridicidad**

La existencia del daño no resulta suficiente para que nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual por daños al medio ambiente. Junto al mismo es necesario que se trate de un comportamiento antijurídico. Esto es, un acto contaminante que supone una violación del principio alterum non laedere™. No obstante, en algunas ocasiones los Estados permiten un cierto nivel de contaminación, emitiendo las correspondientes autorizaciones administrativas al efecto. Hecho que transforma tales actos contaminantes en comportamientos jurídicamente válidos. A este respecto tiene una gran importancia práctica la eficacia que pudieran tener las mencionadas autorizaciones cuando las mismas han sido emitidas por una autoridad extranjera. Sobre todo cuando se pretende que desplieguen sus efectos en Estados en los que su existencia no implica que se trate de un acto lícito. Extremo que, dada su relevancia y complejidad, será analizado de forma individualizada más adelante.

**d. La relación de causalidad**

La determinación del nexo de causalidad entre el comportamiento y el evento es uno de los extremos más problemáticos en relación a los supuestos de responsabilidad que nos ocupan (a pesar de encontrarnos ante un supuesto de responsabilidad de tipo objetivo), por lo que los ordenamientos exigen dicho nexo, así como tratan de facilitar su prueba.

Se trata de una cuestión regida por la *lex causae* que tiene una vital importancia para aquellos supuestos que poseen una naturaleza transfronteriza (en los que la agresión al medio ambiente no sólo se puede extender en el tiempo, sino que también en el espacio) dado que en los mismos se complica aún más su prueba (así como la obtención de cualquier tipo de información). Por lo que sería interesante contar con normas de origen convencional que facilitaran la mencionada prueba para tales casos (estableciendo presunciones favorables al sujeto perjudicado), así como el acceso a la información de los particulares.

**e. La legitimación activa**

Sobre esta cuestión (materia también regulada por la ley del delito<sup>286</sup>) existen grandes diferencias entre los ordenamientos estatales, siendo una cuestión problemática debido, ajuicio de P. BOUREL<sup>287</sup>, a la diversidad de intereses en presencia. Así, no sólo tendrán interés en la reparación del daño las víctimas directas sino también, como señala M. DESANTES REAL, la sociedad en general. Idea que se trasluce claramente de los supuestos de accidentes catastróficos a los que hemos hecho mención en otros apartados (como los asuntos Bhopal, Montedison, Amoco-Cádiz o Aegean Sea) pero que también se encuentra presente en cualquier daño producido al medio ambiente. Por lo tanto, la cuestión se plantea en términos de si junto al individuo se deben permitir acciones colectivas, promovidas bien por entes públicos o por asociaciones (conocidas en algunos ordenamientos como *class actions*), frente al causante del daño al medio ambiente.

Como acabamos de apuntar, la soluciones que encontramos acerca de los sujetos con legitimación activa, y en concreto la posibilidad de entablar acciones colectivas (posibilidad inexistente en nuestro ordenamiento), son bien diferentes en un plano comparado,

siendo una cuestión ampliamente estudiada por la doctrina<sup>29</sup>. Por otra parte, por lo que respecta al plano internacional-privatista, decir que se trata de una cuestión regulada por la ley del delito no soluciona gran cosa, dado que los interesados buscarían la aplicación del sistema de DIPr que más les conviniera, haciendo uso del forum shopping que posibilita el artículo 5.3 del Convenio de Bruselas de 1968. Precisamente esto es lo que sucedió en el mencionado caso Bier, en el que los demandantes holandeses (entre los que se encontraba la Fundación Rheinwater) deseaba litigar ante sus tribunales dado que su ordenamiento permite este tipo de acciones colectivas (entre otros motivos), al contrario del Derecho francés.

Consecuentemente, sería interesante contar con una solución de origen convencional que uniformizara la respuesta, tal y como se destaca en la Nota elaborada por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya. A este respecto, <sup>2</sup>son, fundamentalmente, las alternativas: dejar que sea la ley aplicable al fondo de la controversia la que determine tal posibilidad, o establecer una norma material que garantice tal derecho<sup>292</sup>. Desde luego, consideramos que la segunda opción sería la más adecuada desde el punto de vista de la protección del medio ambiente. Con ello se lograría, además, una deseable uniformidad que desterraría los problemas a los que nos llevaría su simple inclusión en un listado de materias reguladas por la ley del delito.

#### **f. La reparación**

La determinación de la cuantía y modo de la indemnización (esto es, si ha de ser específica o in natura o por equivalente) también es un extremo llamado a ser regulado por la *lex causae*<sup>TM</sup>. No obstante, como señala M. VIRGOS SORIANO, puede que tenga alguna incidencia el Orden Público de la ley foro (limitando la cuantía o

prohibiendo la aplicación de la ley extranjera siempre y cuando fuera incompatible con el mismo) si la reparación que establece dicha normativa tuviera un carácter punitivo.

Por otra parte, si se tratara de medidas de tipo provisional o preventivo, P. BOUREL, sugiere la elaboración de normas de conflicto específicas que concedieran la opción entre la ley del Estado donde se realiza la actividad contaminante, y la ley del foro como ordenamiento del Estado donde deben adoptarse tales medidas.

#### **g. Prescripción de la acción**

Sobre este particular también difieren las diversas respuestas legislativas. Hecho que aconsejaría una norma material de fuente internacional que uniformizara la respuesta. Ante su falta, cobra un destacado interés desde la perspectiva del DIPr su naturaleza jurídica. Ya que se trata de una materia que puede ser considerada como sustantiva (regulado por tanto por la ley del delito) o procesal (disciplinado por la lexfori). Al respecto, nos alineamos con la postura mantenida al inicio de este apartado de considerar la prescripción un extremo que entra en el ámbito de aplicación de la lex causae, tal y como hacen los Convenios de La Haya sobre responsabilidad civil ya mencionados.

#### ***Características generales Responsabilidad Ambiental***

[PEÑA CHACON]<sup>8</sup>

Todo régimen de responsabilidad ambiental debe estar basado en los principios del derecho ambiental "Contaminador Pagador", "Preventivo", "Precautorio" y "Corrección a la fuente".

El fin del régimen será siempre preventivo, disuasorio, represivo y compensatorio, obligando al contaminador o degradador a restaurar e indemnizar si fuera el caso el daño causado, entendiendo que el daño indemnizable debe necesariamente ser significativo, pues no todos los cambios en la calidad o cantidad de los recursos naturales deben considerarse daños y dar lugar a responsabilidad.

Su efectividad estará sujeta a la clara identificación del agente contaminador, a la cuantificación del daño acontecido, y al establecimiento del vínculo causa- efecto entre el daño ocurrido y el presunto agente creador del mismo. Lógicamente funcionará mejor en los casos donde la fuente de la contaminación sea identificable (accidentes industriales) y pierde su eficacia en los casos de contaminación generalizada de carácter difuso, donde es imposible vincular los efectos negativos sobre el ambiente con las actividades de determinados agentes (efectos del cambio climático o lluvia acida).

El objetivo siempre será asegurar la descontaminación del ambiente dañado, la restauración en la medida de lo posible a la situación anterior al hecho dañoso, y la indemnización a los sujetos que sufran menoscabo tanto patrimonial como extrapatrimonial en sus derechos subjetivos.

Lo ideal es que el sistema de responsabilidad ambiental abarque no solo los daños acaecidos contra el ambiente incluyendo la biodiversidad, sino que también concomitante abarque los daños tradicionales, aquellos que recaen sobre la esfera de los particulares, patrimoniales y extrapatrimoniales, y que derivan del hecho degradador o contaminador del ambiente.<sup>56</sup> Es ideal que el régimen incorpore de una manera eficiente y efectiva, y bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, la cuantificación

del daño moral ambiental y del daño moral colectivo, cuando este ocurre.

### **Imputación de carácter objetiva**

En materia de responsabilidad ambiental, no es de aplicación la responsabilidad de carácter subjetiva, o sea, aquella en donde el damnificado debe probar el nexo de causalidad (omisión a un deber de cuidado) entre la acción de un agente dañino y los perjuicios sufridos.

En su lugar, opera la responsabilidad objetiva, en la cual, la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante del mismo, y por consiguiente, la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. En este tipo de responsabilidad no es necesario probar la culpa del causante, sino, sólo el hecho de que la acción u omisión causó el daño. De esta forma, el agente dañino asume todos los daños derivados de su actividad, cumpla o no, con el estándar de diligencia.

La responsabilidad ambiental objetiva encuentra su asidero en las teorías clásicas del riesgo creado y riesgo provecho<sup>58</sup>, por cuanto quien asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todos los daños causados por dicha peligrosidad, incluyendo si la conducta es lícita, de esta forma, la asunción de riesgo de una actividad intrínsecamente peligrosa no podría bajo ninguna circunstancia corresponder a la víctima ni a la sociedad, sino a los responsables de la misma.

El ordenamiento parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, siendo las únicas causas eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, caso fortuito, consentimiento del

demandante, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

### **Inversión de la carga de la prueba**

Como consecuencia lógica del sistema de responsabilidad objetivo, se da de la inversión de la carga de la prueba, siendo responsabilidad de quien realiza la actividad riesgosa desmeritar los hechos que se le imputan. Esto ocurre por la ventaja que le acarrea al agente contaminante, de poseer mayor conocimiento en cuanto a las posibles consecuencias de las acciones producidas por sus actividades.

De esta forma, el demandante solo tiene que demostrar que el agente, al cual se le achaca el daño ocurrido, pudo haber causado los daños, recayendo entonces en el demandado, la demostración que la causa real del siniestro ambiental fue otra.

El fundamento de la inversión de la carga de la prueba se basa en que la producción de la carga probatoria se le debe atribuir a aquella de los partes del proceso, que dadas las circunstancias del caso, pueda aportar a menor coste, evidencia suficiente para convencer al juzgador de la existencia de una relación de causalidad entre el hecho generador y el daño acontecido, y por lo general , suele ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado, probar los hechos relativos a la existencia u ausencia de la relación causa-efecto entre el hecho generador y el daño acontecido.

### **Solidaridad**

La responsabilidad ambiental debe ser de carácter solidario. De esta forma, lo ideal es que todos y cada uno de las personas

(físicas o jurídicas) que participaron, tanto en la creación del riesgo, como en la consecución de los daños, respondan por igual a la hora de compensar e indemnizar el daño acontecido.

Existirá el problema en muchos casos, sobre todo cuando existan varias fuentes contaminantes, de determinar e individualizar el grado de participación de cada uno de los sujetos en el daño causado al ambiente, pero lo cierto es que, siendo la responsabilidad de carácter objetivo basado en el riesgo creado, todas los agentes que participaron, ya sea en menor o mayor medida en su creación, deben responder por el mismo, independientemente que luego de compensar el ambiente e indemnizar a las víctimas", les asista acción de regreso contra las otras empresas o sujetos que participaron del mismo en mayor o menor grado.

De igual forma, los gerentes y directores de las personas jurídicas con poder de decisión sobre las mismas, deben responder solidariamente junto con la empresa que representan, a la hora de la compensación al ambiente.

Al respecto, legislaciones europeas tales como las de Finlandia, Países Bajos, Reino Unido, Suecia, Suiza y España prevén la posibilidad de responsabilizar a los directores y gerentes por las actuaciones realizadas por la empresa la cual administran y representan; a la vez también se considera en algunas casos de manera teórica, la responsabilidad de la empresa matriz respecto a sus filiales, si existe por parte de la primera un control real sobre las actuaciones de las últimas.

Es importante señalar que gran parte de las agresiones que sufre el medio ambiente las provoca el mismo Estado a través de la Administración Pública, tanto en su accionar, como en el omitir controlar y vigilar las actividades sometidas a licencia y concesión. Por ello, todo sistema de responsabilidad civil

ambiental debe de contemplar conjuntamente con los particulares, la responsabilidad solidaria de las administraciones públicas.

### **Legitimación activa amplia**

Ningún régimen de responsabilidad estaría completo sin un acceso claro y directo por parte de los perjudicados a la reclamación del daño acontecido. Siendo la tutela del ambiente un típico caso de los denominados intereses difusos, el acceso a las acciones administrativas y judiciales, para la reparación del daño ambiental debe ser abierto a todos y cada uno de los sujetos.<sup>61</sup> Siguiendo esa misma línea, el artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica establece "Toda persona tiene el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado". De igual forma, deben tener acceso a la justicia ambiental los grupos de interés que velen por los intereses de las colectividades. De suma importancia es que las Organizaciones No gubernamentales cuenten con acceso directo a los procesos por responsabilidad ambiental, pues no solo representan los intereses de sus agremiados y de la colectividad, sino que por lo general cuentan con suficiente sustentó económico, técnico, científico y jurídico, con el fin de llevar este tipo de procesos hasta sus últimas consecuencias.

### **Medidas cautelares**

Todo régimen de responsabilidad, en especial en materia ambiental, debe contemplar la posibilidad de solicitar por parte del denunciante medidas cautelares.

Las medidas cautelares cobran vital importancia en la aplicación

del derecho ambiental, debido a la complejidad inherente al daño ambiental. El principio preventivo y precautorio son un vivo ejemplo de la relevancia que tiene en esta materia la prevención del daño al ambiente.

Las medidas cautelares en general, y especialmente tratándose de prevenir daños ambientales, no deben ser taxativas, lo cual faculta al juez a tomar aquellas necesarias para cada caso en específico, pudiendo de esta forma innovar y crear medidas cautelares, siempre que cumplan con dos requisitos fundamentales, el *fomus boni iuris* o juicio de probabilidad o verosimilitud, y *periculum in mora* o la valoración del daño de difícil o imposible reparación.

Los juzgadores deben gozar de amplias facultades para adoptar todo tipo de medidas de carácter general y urgente, para garantizar la protección y conservación de la naturaleza, la belleza escénica y los recursos naturales en general, incluso promovidos a través de grupos organizados, tomando en cuenta el interés de la colectividad y el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

### **Desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad por daño ambiental en Costa Rica**

Es por medio de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia que el sistema jurídico costarricense ha evolucionado en el tema de la responsabilidad civil ambiental, por ello la importancia de su detallado estudio.

Para efectos didácticos se dividió tal desarrollo en tres etapas. La primera fase analiza la situación anterior al año 1993, periodo donde se consolidan dos sistemas de responsabilidad, polarizados

cada uno en el Derecho Privado y en el Derecho Público. Una segunda etapa muestra los avances que se dan entre los años 1993 al 2000, periodo donde nacen a la vida jurídica una serie de leyes especiales en materia ambiental las cuales poseen un sistema de imputación de la responsabilidad de carácter objetivo. Se finaliza con un tercer periodo, en el cual se analizan y exponen dos sentencias emanadas de distintas salas de la Corte Suprema de Justicia, donde se consolida la responsabilidad objetiva como principio general del derecho ambiental, de aplicación obligatoria en materia de daños al medio ambiente.

### ***Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación***

[BAQUEIRO ROJAS]<sup>9</sup>

Es principio universalmente aceptado que el que obrando ilícitamente causa un daño, debe repararlo.

El Código Civil para el Distrito Federal, que es de aplicación en toda la República en asuntos del orden federal, establece dos tipos de responsabilidad para el causante de daños; uno, proveniente de culpa o dolo, esto es con la intención de causar daño o no tomar las precauciones necesarias para impedirlo, es la llamada responsabilidad subjetiva, dentro de cual cabe el no cumplimiento de las disposiciones legales o reglamentaria, por cuya violación se llega a producir un daño; y otro, la llamada responsabilidad objetiva o riesgo creado, en que independientemente de culpa o violación de un precepto, se produce un daño sólo por el uso de mecanismos peligrosos o sustancias peligrosas por sí mismas, por su naturaleza inflamable, explosiva o tóxica o por causas análogas, aunque no se obre ilícitamente. Si se causa daño a un tercero debe repararse.

La reparación del daño causado debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior alterada, cuando el daño es sobre los bienes del ofendido o en una indemnización pecuniaria, cuando no es posible el restablecimiento de la situación anterior como en los casos de afectación a la salud, la integridad corporal o la privación de la vida.

Para la cuantificación de los daños corporales causados a terceros, el Código Civil para el Distrito Federal, remite a la Ley Federal del Trabajo que señala la indemnización por pérdida de la vida o de algún miembro corporal.

Los daños patrimoniales deben repararse restableciendo las cosas al estado que tenían antes y en lo pecuniario implican tanto el valor de las cosas dañadas, como lo que se deja de obtener por ellas lícitamente, es decir, daños y perjuicios. Los daños morales se dejan a la prudente apreciación de los jueces.

Un caso especial, en cuanto al monto de las indemnizaciones, lo constituye la limitación de éstas cuando la causa se deba a la actividad nuclear o radiactiva, la que por decreto del 29 de diciembre de 1974, publicado en el DO el 31 del mismo mes, limita a cien millones de pesos el importe total de las reparaciones.

### **Acción pública por contaminación**

Por lo que a los funcionarios públicos se refiere, si causan un daño en ejercicio de sus funciones deben repararlo y el Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus empleados. Esta responsabilidad estatal es subsidiaria cuando los responsables en lo personal carezcan de bienes.

Además de la acción civil en contra de los funcionarios públicos,

se da acción pública o popular para que cualquier interesado denuncie ante la Secretaría de la Contraloría, al funcionario omiso en el cumplimiento de sus obligaciones, para que se inicie un procedimiento disciplinario administrativo por incumplimiento de sus obligaciones, entre ellas no atender las denuncias por violaciones a las disposiciones de la LGEEPA, en cuyo caso la autoridad deberá investigar y hacer del conocimiento del denunciante en plazo de treinta días, las medidas tomadas para evitar la contaminación denunciada. A solicitud del afectado deberá la autoridad formular un dictamen técnico como prueba de los daños causados que servirán de base a la reclamación del afectado.

Para poder establecer la responsabilidad del autor del daño, es necesario probar la relación de causa-efecto, entre la acción culposa, dolosa o ilícita y el daño sufrido, para poder obtener la reparación.

En los casos de contaminación, esta relación no es fácil de probar, sobre todo si hay un lapso entre el hecho contaminante y el daño. Ello dificulta toda acción judicial, pues no es fácil, ni está al alcance de los particulares demostrar la relación entre el daño y la actividad industrial contaminante. Es por eso que se ha creado en la experiencia jurídica de otros países una presunción de responsabilidad de los contaminadores. Es clásico el caso de Japón, donde los perjudicados hubieron de recurrir a acciones de tipo político, por medio de manifestaciones públicas, cuando algunas fábricas vertían desechos contaminantes a las corrientes de agua que al desaguar en el mar afectaron la pesquería; pero fue sólo hasta la aparición de la llamada enfermedad nimamata, producida por cadmio y mercurio provenientes de una planta industrial, fijados en peces y mariscos y luego consumidos por los pescadores, que se dio acción a los particulares en lo personal, para demandar daños y perjuicios contra la industria causante de

los vertimientos, que al llegar al mar entraban a la cadena alimenticia de peces y mariscos, y se tomaron medidas administrativas para prevenir esta contaminación.

En Estados Unidos de América, los tribunales aceptaron la acción de los particulares para obligar a las autoridades administrativas a actuar en contra de los contaminadores, y a éstos, a indemnizar a los perjudicados por actos que no implicaban culpa, pero causaban daños aún sin intención. Es de citarse la resolución judicial que permitía oponerse a la determinación discrecional de las autoridades administrativas "pues los organismos oficiales tienen intereses y puntos de vista que se oponen a los sectores sociales que deberían proteger". Este criterio permitió impedir establecer una estación de bombeo de petróleo en Santa Bárbara, California, la tala de bosques en zonas reservadas y la construcción de carreteras que afectaban parques públicos.

En el ámbito internacional existen tratados que tienen fuerza vinculante para subditos y gobiernos, por los cuales se establece el principio de que el que contamina paga. Es obligación de los miembros de las Naciones Unidas, derivada de la Convención relativa al Derecho del Mar, establecer en sus leyes la forma de asegurar una pronta indemnización por los daños causados por la contaminación en el medio marino, por personas bajo su jurisdicción, sean particulares u órganos del Estado. El mismo principio ha sido reconocido en las convenciones internacionales de Bruselas en 1968, por Desperdicios y Otros Contaminantes Arrojados por Barcos o Aeronaves y la de Oslo, 1972. Lo mismo se reconoce en la Convención de Helsinski, relativa a los Ríos por Contaminación Originada en Tierra.

**FUENTES CITADAS:**

- 1 AGUILAR Grethel, IZA Alejandro. Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica. Unión Mundial para la Naturaleza. Oficina Regional para Mesoamérica /UNCN. San José Costa Rica 2005. Pp. 122-126
- 2 PÉREZ VARGAS Victor. El derecho al ambiente sano y la responsabilidad civil por daño ambiental. Revista Estudiantil Hermeneutica, No 7, 1995. Pp 21-27.
- 3 SALAZAR CAMBRONERO, Roxana. Legitimación Ambiental. Revista judicial, Costa Rica, Año VX, No. 52, Diciembre 1990. Pp. 87-92
- 4 GONZÁLEZ MÁRQUEZ, Juan José. La responsabilidad por el daño ambiental en México. El paradigma de la reparación. Universidad Autónoma Metropolitana. Primera Edición. Mexico 2002. Pp. 115-118
- 5 GARCÍA MINELLA, Gabriela. Derecho ambiental: su actualidad de cara al tercer milenio / coordinado por Eduardo Pablo Jiménez.- Primera Edición. Buenos Aires: Ediar, 2004. Pp. 109-119.
- 6 PÉREZ Efraín. Derecho Ambiental. Editorial Mc Graw Hill. Serie Jurídica. Colombia, 2000. Pp. 127-132.
- 7 PALAO MORENO Guillermo. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente(Aspectos internacionales). Editores: Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia. 1998. Pp 125-132.
- 8 PEÑA CHACON MARIO. Daño, Responsabilidad y Reparación del Medio Ambiente. Investigaciones Jurídicas S.A. Primera Edición. 2006. Pp. 47-59.
- 9 BAQUEIRO ROJAS Edgard. Introducción al Derecho Ecológico. Universidad Nacional Autónoma de México. OXFORD University Press. 2004. Pp.83-85.