

U.N.E.D.

SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS

*EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y
LOS DERECHOS HUMANOS:
APROXIMACIONES PARA UNA
REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO
AMBIENTAL*

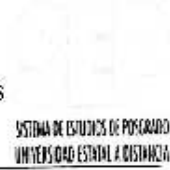
AUTOR: Diego Avendaño Laje

SAN JOSE, COSTA RICA

2011



UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA
VICERRECTORÍA ACADÉMICA
ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO



**ACTA DE DECLARATORIA
N°03-2011**

El Coordinador de la Maestría en Derechos Humanos declara al (la) estudiante:

DIEGO AVENDAÑO LAJE
Pasaporte: 022-843-827

MÁSTER EN DERECHOS HUMANOS

Quien se acogió al Reglamento de Trabajos Finales de Graduación, bajo la modalidad de:

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN
APROBADO CON DISTINCIÓN**

Además, hace constar que su expediente contiene los documentos académicos y declara que el (la) postulante cumplió con todos los demás requisitos del plan de estudios correspondientes.

Firmada en Mercedes de Montes de Oca,
a 15 días del mes de julio del año dos mil once.

DR. DANIEL CAMACHO MONGE
PROFESOR INVESTIGADOR
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS

DR. FRANCISCO BARAITONA RIERA
COORDINADOR
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS

DR. VÍCTOR HUGO FALLAS ARAYA
DIRECTOR
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO



Agradecimientos

A mi *Padre*, quien si bien ha dejado de existir físicamente al inicio de mis estudios ante la UNED, me ha acompañado y apoyado en todo momento...y siempre lo hará.

A mi *Madre*, por su amor incondicional y por ser omnicomprensiva en mi existencia.

A mi *Familia y Amigos*, por compartir la esencia del ser, en tanto son y están.

A mis *Compañeros* del Juzgado Civil y Comercial de 5ta. Nominación de la 2da. Circunscripción del Poder Judicial de Córdoba, por creer y confiar en mí.

Al *Pueblo Costarricense*, por hacerme sentir que Costa Rica es mi lugar en el mundo.

TABLA DE CONTENIDOS

Capítulo I

Abordaje metodológico

1. Planteamiento del problema y justificación	2
2. Objetivos	4
2.1. Objetivo general	4
2.2. Objetivos específicos	4
3. Preguntas	5
3.1. Pregunta general	5
3.2. Preguntas específicas	6
4. Delimitaciones espaciales y temporales	7
5. Marco teórico	8
6. Formulación de hipótesis	15
7. Diseño de investigación	16

Capítulo II

Derecho a un ambiente sano

1. Relación entre los derechos humanos y el medio ambiente	19
2. Los instrumentos internacionales y el derecho a un ambiente sano	23
3. El Derecho a un ambiente sano como Derecho Humano	28

Capítulo III

Daño Ambiental

1. Alcance y clasificación	34
2. Características	36
3. Problemática en torno al daño ambiental	37
4. Prevención y reparación	40

Capítulo IV

El Daño ambiental y su valoración económica

1. Es posible asignar un valor al medio ambiente?	45
2. Métodos de valoración económica	49
2.1. Método basado en los costes por reposición	50
2.2. Métodos basados en la función de producción	52
2.3. Método del coste de viaje	53
2.4. Método de los precios hedónicos	55
2.5. Método de valoración contingente	57
3. Algunas consideraciones sobre los métodos económicos	58

Capítulo V

El proceso judicial por daño ambiental

1. La opinión de los Magistrados locales	62
2. Aspectos procesales de la acción por daño ambiental	66
3. El principio precautorio	71
3.1. La equidad intergeneracional	71
3.2. Generalidades	75
3.3. Aspectos prácticos	79
4. Hacia una sentencia integralmente reparadora	81
5. Valoración económica: Criterios y directrices	97
6. Efectividad de la decisión jurisdiccional	100
6.1. Consejo de Defensa de Estado c/ Empresa Cia. Industrial Puerto Montt	101
6.2. Mendoza Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros	103
6.3. Algunas consideraciones sobre los fallos comentados	110
Conclusiones	113
Anexo I	116
Anexo II	118
Bibliografía	124

RESUMEN

El Daño ambiental hoy es una realidad que lamentablemente puede observarse alrededor de todo el mundo. Incluso las consecuencias del mismo se están haciendo presente de un tiempo a esta parte. Por tal motivo constituye una temática actual. Asimismo, los Derechos Humanos han ido evolucionando en gran medida en las últimas décadas.

Frente a este estado de situación, resulta atinado abordar el tema del derecho a un ambiente sano como derecho humano. Lo cual constituye una nueva perspectiva sobre ambos temas que contiene importantes consecuencias desde un punto de vista jurídico.

Sin perjuicio del principio de prevención, el cual merece un análisis y abordaje diferencial, la figura del Juez adquiere una decisiva relevancia en el camino tendiente a obtener una sentencia integralmente reparadora del daño ambiental, en tanto éste importa una agresión a un derecho humano (el de vivir en un ambiente sano).

En dicho camino el Magistrado deberá afrontar distintos obstáculos y asumir una postura jurídica y procesal específica a los fines que el daño ambiental sea debidamente reparado. Por tanto la actividad del Poder Judicial en este ámbito constituye el elemento fundamental de la presente investigación la cual tiene como finalidad arrimar elementos útiles para afrontar esta trascendental tarea judicial.

SUMMARY

Today the Environmental Damage is a reality that lamentably can be observed all around the world. Even the consequences of it are visible since a long time ago. That is why it constitutes a current subject matter.

Likewise, the Human Rights have been developing in the last decades. So is very important to approach the Right to a Healthy Environment's topic as Human Right. This constitutes a new perspective on both topics that it contains important consequences from a juridical point of view.

Although prevention's principle deserves a differential boarding, the Judge's figure acquires a decisive relevancy in order to obtain an integrally repair environmental damage's judgment, because this damage is an aggression to a human right (of living in a healthy environment). In that way the Judge will have to confront different obstacles and assume a juridical and procedural specific position to obtain an environmental damage's repairment.

Therefore the activity of the Judicial Power in this area is the most important matter of the present investigation, which has a specific purpose: shows useful elements to confront this transcendental judicial task.

“...Será posible otro consenso? Pese a todo, creo que si. La tecnología del siglo XXI será demasiado destructiva y no encontrar otro consenso significaría tanto como apostar a la desaparición de la especie. En definitiva, pese a muchos datos inquietantes en contra, no creo pertenecer a una especie con genes tan deteriorados que le hayan hecho perder su pulsión de supervivencia...”¹.

¹ Zaffaroni, Eugenio R.; citado por García Minilla Gabriela; “La ley general del ambiente”; en Jiménez, E.P. (coord.); “Derecho ambiental. Su actualidad de cara al tercer milenio”; Buenos Aires; Ed. Ediar; 2004, pag. 20

Capítulo I

Abordaje Metodológico

1. Planteamiento del problema y justificación

La degradación al entorno natural es un tema que hace tiempo se ha instalado en nuestra sociedad, quizás impulsado por el desarrollo económico el cual ha sido entendido (erróneamente) como opuesto a una correcta protección del medio ambiente, solo por el hecho de no lograr internalizar (aquellos que incurren en dicho error) el concepto de desarrollo sostenible.

Independientemente de los grandes desastres derivados de la actividad humana en contra de la naturaleza, diariamente puede observarse una incipiente cantidad de actividades (en aumento) que producen contaminación y degradación al entorno natural. Quizás no con un impacto ambiental acentuado, pero no por ello dejan de ser perjudiciales al medio ambiente, y de esa forma, perniciosas para nuestro entorno y calidad de vida.

En consecuencia surge así un punto de conflicto entre la actividad humana y el medio ambiente, siendo urgente determinar un equilibrio que propenda a reconocer y garantizar los derechos y deberes que como seres humanos poseemos. Va de suyo que frente a tal situación, aparecen los Derechos Humanos como eficaces parámetros para dirimir la cuestión. En tanto el entorno natural en el cual habitamos es esencial para nuestra vida,

nuestro desarrollo y también nuestra supervivencia, se erige el derecho a un ambiente sano como verdadero derecho de todo ser humano en general, comprendiendo las generaciones futuras. De allí deriva la importancia de la temática analizada, en tanto un ataque al medio ambiente puede no ser funesto en sus consecuencias en los tiempos en que se produce, y provocar sus efectos negativos en las próximas generaciones. Así es como el daño ambiental y su reparación se convierten en ejes temáticos que exceden el mero análisis indemnizatorio a la luz del derecho común, en tanto el mismo importa un verdadero gravamen a un derecho humano.

Por ello resulta no solo pertinente, sino también actual, abordar distintas aristas del proceso judicial en donde se ventila el daño ambiental, a los fines de establecer criterios y directrices tendientes a lograr sentencias que sean integralmente reparadoras de aquel, haciendo uso de las dispersas herramientas legales existentes, pero por sobre todo, teniendo en cuenta el derecho vulnerado (derecho a un ambiente sano). Para tales efectos corresponde partir de la base que la protección al medio ambiente es responsabilidad de todos y que la misma puede ejercerse, entre otras formas, mediante el inicio de las acciones judiciales pertinentes, remedio procesal válido para defender un derecho de raigambre constitucional e integrante del abanico de los Derechos Humanos: el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado.

En este rumbo, el Juez se erige como el actor imprescindible en dicha labor, debiendo asumir nuevas facultades-deberes derivados de la legislación ambiental específica, redoblando esfuerzos a los

finde de arribar a sentencias judiciales que importen una justa y correcta recomposici3n de entorno natural atacado, debiendo por ende ingresar, analizar y valorar cuestiones f3cticas y t3cnicas que no le resultan del todo familiar, pero si necesarias en aras a la protecci3n del bien jur3dico referido.

2. Objetivos

2.1 Objetivo General

Sobre la base de los conceptos jur3dicos asumidos como ejes tem3ticos (derechos humanos, da1o ambiental, valoraci3n econ3mica del da1o ambiental y proceso judicial ambiental), determinar los criterios y directrices necesarios a los fines que la valoraci3n econ3mica y reparaci3n del da1o ambiental en el proceso judicial sea consecuente con el derecho vulnerado (Derecho a un ambiente sano), en tanto integra 3ste 3ltimo el abanico de los Derechos Humanos; todo ello a los fines de lograr una sentencia integralmente reparadora.

2.2. Objetivos Espec3ficos:

a) Determinar la relaci3n existente entre los Derechos Humanos y el Medio ambiente.

b) Discriminar los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que prevén o regulan el medio ambiente y el derecho a un ambiente sano.

c) Conceptualizar el daño ambiental, determinando su alcance y clasificación, a los fines de abordar la problemática que gira en torno al mismo.

d) Diferenciar la prevención y la reparación en materia ambiental, estableciendo la importancia de cada una de ellas desde la perspectiva del proceso judicial.

e) Describir los métodos de valoración económica del daño ambiental, analizando las posibilidades de asignar un valor al medio ambiente.

f) Determinar los aspectos más importantes del proceso judicial ambiental tendientes a lograr una sentencia judicial integralmente reparadora del daño al medio ambiente.

g) Analizar el rol del Juez en el proceso ambiental.

3. Preguntas

3.1 Pregunta General

Cuáles son los criterios y directrices de valoración económica y reparación del daño ambiental necesarios a los fines que el

proceso judicial respectivo concluya con una sentencia integralmente reparadora del Derecho Humano a un ambiente sano?

3.2. Preguntas Específicas

a) El Derecho a un ambiente sano y saludable constituye un Derecho Humano?

b) Cuáles son los instrumentos internacionales que prevén y regulan el Derecho a un ambiente sano y saludable?

c) Qué es el Daño Ambiental y cuáles son sus alcances, características, como así también la posible prevención y reparación del mismo?

d) Cuáles son los métodos de valoración económica del Daño Ambiental?

e) Cuáles son los aspectos más importantes del proceso ambiental tendientes a lograr una sentencia judicial integralmente reparadora del daño al medio ambiente?

f)Cuál es el rol que debe asumir el Juez en el proceso ambiental?

4. Delimitaciones espaciales y temporales

Si bien el objeto de la investigación resulta contemporáneo y actual, deviene imposible efectuar un abordaje omnicomprensivo, por tanto existen limitaciones tanto espaciales y temporales en cuanto a doctrina, legislación y jurisprudencia relacionada.

Respecto de la primera, resulta necesario receptor aquella que resulte pertinente a la problemática planteada, fundamentalmente de América Latina y España, publicadas a fines del siglo pasado y comienzos del presente.

En cuanto a legislación y jurisprudencia, teniendo en cuenta la diversidad de ordenamientos jurídicos y la actualidad del “tema ambiental”, desde el punto de vista espacial, se analizará primordialmente la de la República Argentina, pero ello sin soslayar los antecedentes legislativos y jurisprudenciales más representativos de América Latina.

Temporalmente, se limita la investigación a los últimos diez años.

No obstante ello, y en cuanto a los instrumentos internacionales, se tomarán todos aquellos que resulten pertinentes a la materia sin importar la fecha de sus suscripción.

5. Marco teórico

El problema planteado en la presente investigación contiene distintos enfoques teóricos y doctrinarios derivados justamente de los diferentes ejes temáticos comprendidos. Por ello, puede afirmarse que la teoría y doctrina relacionada con los derechos humanos, el daño ambiental, la valoración económica de éste y el proceso judicial ambiental es vasta y ha sido desarrollada extensamente en estas últimas décadas. Todos los conceptos jurídicos aludidos han sido objeto de análisis por diferentes autores y distintos tribunales judiciales. Sin embargo, lo que se propone es un abordaje de los mismos desde una perspectiva especial.

En este sentido, y conforme se desprende de los objetivos propuestos, resulta necesario mixturar e interrelacionar los conceptos citados a los fines de determinar los criterios y directrices de valoración económica y reparación del daño ambiental tendientes a obtener una sentencia integralmente reparadora del derecho a un ambiente sano.

En tal faena, no puede soslayarse la relación existente entre los Derechos Humanos y el Derecho a un ambiente sano. Ello así, desde el momento en que la violación o trasgresión a un derecho humano, amén del daño particular a la o las personas determinadas del caso concreto, importa un gravamen a los seres humanos como especie (en función de la propia naturaleza jurídica del derecho atacado). Entonces, determinar si el derecho a un ambiente sano constituye un derecho humano, reviste vital importancia a los fines de la investigación realizada en el presente trabajo, fundamentalmente

por las consecuencias jurídicas que ello trae aparejado. En dicho rumbo, comparto la posición que lo afirma, como la expuesta por Mercedes Franco del Pozo (2000), quien partiendo de la base de los derechos de tercera generación, efectúa un análisis desde la perspectiva ambiental, llegando a la conclusión que efectivamente ha nacido un nuevo derecho humano. Asimismo, e independientemente de otras posturas contrarias a la aquí asumida, cabe recalcar la vinculación entre estos dos conceptos que se desprende de distintos instrumentos internacionales, los cuales efectúan desde simples referencias hasta verdaderas regulaciones del derecho a un ambiente sano y equilibrado a través de la óptica de los derechos humanos (Primera Conferencia Mundial sobre medio ambiente o Declaración de Estocolmo, efectuada en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en la referida ciudad sueca entre el 5 y 16 de junio de 1972, La Carta Mundial de la Naturaleza, llevada a cabo diez años después de la Declaración de Estocolmo en 1982 por decisión de los Estados mediante Resolución 37-7 de la Asamblea de las Naciones Unidas, El Informe Nuestro Futuro Común o también llamado Informe Brundtland, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1987, Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible o Cumbre de la Tierra, desarrollada en Río de Janeiro en 1992, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, que se desarrolló en Viena en el año 1993, entre otros).

Resulta también ilustrativa la perspectiva brindada por Sofía Bordenave y Romina Picolotti (2002), quienes partiendo de cómo los problemas ambientales han cambiado la forma de relacionarnos con la

naturaleza, definen dicho concepto desde la degradación ambiental (producto de actos voluntarios realizados tanto por Estados como por particulares que provocan daños ambientales y afectan derechos humanos) y las modificaciones ambientales (son los cambios profundos y permanentes de los hábitats naturales causados por intervención humana susceptibles de generar violaciones de derechos humanos).

Asimismo, siguiendo Peña Chacon y Fournier Cruz (2004), a diferencia de los derechos humanos de primera y segunda generación, al día de hoy, los derechos humanos de tercera generación no han sido tratados con la misma complejidad, ni en los documentos internacionales ni en las respectivas legislaciones nacionales. Se trata de derechos colectivos, pues los beneficios que derivan de ellos cubren a la colectividad y no solo al individuo en particular. La doctrina les ha llamado derechos de la solidaridad por estar concebidos para los pueblos, grupos sociales e individuos en colectivo. Otros han preferido llamarles “derechos de la humanidad” por tener por objeto bienes jurídicos que pertenecen al género humano, a la humanidad como tal, entendiendo por esta, no solo a las generaciones presentes sino que también a las generaciones futuras. Al tratarse de derechos colectivos no pueden ser monopolizados o apropiados por sujetos individuales, pues como exponen los citados autores, pertenecen al género humano como un todo.

De lo expuesto surge con claridad otro concepto de relevancia en la presente investigación: El Daño ambiental, en tanto se erige como el elemento agravante y violatorio del derecho a un ambiente sano, el cual como se expresó, integra los denominados derechos humanos de tercera

generación. A los fines de su abordaje deviene útil tomar la definición esbozada por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente conceptualizándolo como un cambio que tiene un impacto adverso considerable sobre la calidad de un particular ambiente o alguno de sus componentes, incluyendo sus valores utilitarios y no utilitarios y su capacidad para soportar una calidad de vida aceptable y sustentable y un equilibrio ecológico viable. Para luego analizar las especiales características del concepto jurídico bajo lupa, siguiendo los lineamientos de Manuel Castañon del Valle (2006) quien considera que el daño ambiental es un daño bifronte, donde los daños ecológicos y personales van intrínsecamente unidos y deben ser reparados a la sazón. Cosa distinta es el sujeto activo que pueda tener la legitimación para reclamar la reparación o indemnización del daño, según afecte a la esfera personal o colectiva, pero estamos hablando del concepto de daño ambiental y no de la legitimación para reclamarlo y en lo que a nociones se refiere, no debe existir una separación irreconciliable entre las dos caras de una misma cosa (daño ambiental: daño ecológico + daño personal), pues sería desnaturalizar un significado que en si afecta a dos realidades distintas pero indivisibles.

Sin perjuicio de ello, y a los fines de la presente investigación, es necesario avanzar aún más y analizar las distintas teorías que encaran la posibilidad de asignarle un valor al medio ambiente, obviamente a los fines de su reparación (teorías antropocéntricas y ecocéntricas). En este punto, Diego Azqueta Oyarzun (1994 y 2002) y Carlos de Miguel (2003), asumen la temática del derecho ambiental y su valoración desde una

perspectiva contable, desarrollando in extenso la teoría económica del bienestar, abordando los distintos métodos de valoración económica tales como los costes de reposición, la función de producción, el coste de viaje, los precios hedónicos y la valoración contingente. Si bien, como lo reconoce el autor citado en primer término y otros organismos (Prysmá – 2009), la valoración económica del daño ambiental puede no resultar completa e integral, pero deviene útil e ilustrativa a los fines de proceder a su reparación. Por otro lado, si bien puede parecer prima facie, que la asignación de un valor económico al medio ambiente responde mas bien a un espíritu capitalista (corriente que justamente ha sido denunciada como una de las responsables de la degradación ambiental), la determinación de un “precio” al medio ambiente (y con ello, al daño provocado al mismo) constituye una herramienta que sirve para establecer un principio de reparación indemnizatoria cuando resulte imposible la reparación in natura o in natura substituta.

Luego del abordaje de los conceptos hasta aquí aludidos, respecto de los cuales se asume una concepción teórica definida, se abre una nueva etapa en la que resulta esencial aplicar los mismos de una forma mas práctica (apreciándose de esa manera las distintas consecuencias de la teoría asumida): el proceso judicial por daño ambiental.

Así las cosas se asume a la competencia en los términos expuestos por José Alberto Esaín (2008), quien la concibe como marco o ámbito en el que los Magistrados pueden (y deben) legítimamente ejercer su correspondiente potestad jurisdiccional o iuris dictio (decir el derecho). No obstante, como un proceso judicial por daño ambiental reúne distintos y

diferentes intereses en conflicto, puede ocurrir que las reglas de atribución de competencia (la materia, el territorio, el fuero, el turno, etc.) no resulten clarificadoras de la cuestión y generen discrepancias entre los Jueces respecto a los factores de atribución de la misma. Máxime cuando, como ocurre en la república Argentina, no existe una competencia específicamente ambiental, coexistiendo dos fueros judiciales (el federal y el ordinario). Entonces, siendo que los conflictos de competencias son resueltos por el superior común (en los casos más complejos, el superior máximo del Poder Judicial – Corte Suprema de Justicia de la Nación), los principios jurisprudenciales fijados al efecto (juntamente con la legislación en la materia) constituyen elementos de gran relevancia en el asunto. No solo para solucionar el conflicto de competencia, sino también para evitar una indebida denegación de acceso a la justicia (ambiental) como derecho de raigambre constitucional y partícipe también de la naturaleza de derecho humano.

Por otro lado, en el ámbito del proceso judicial por daño ambiental, el principio precautorio reviste trascendental importancia. En este sentido, conforme lo explicitado por Néstor A. Cafferatta (2004), puede afirmarse que la obligación general de no dañar hace surgir inmediatamente la obligación de reparar el daño una vez que éste haya acaecido. Sobre este supuesto se construyó, casi con exclusividad, la doctrina clásica, más preocupada por resarcir el daño ya producido que por prevenirlo. Solo en las últimas décadas se ha comprendido que puede lograrse una mayor efectividad del derecho cuando el acento se coloca más en la prevención que en la reparación. Si bien es cierto que la represión lleva implícita una vocación de

prevención, ya que pretende evitar mediante la amenaza de una sanción que se produzcan daños, a menudo la coacción a posteriori se torna ineficaz. Una vez que se han producido las consecuencias nocivas la represión difícilmente compensa los daños más graves y en muchos casos el dañador prefiere pagar una multa o una indemnización que cesar en su conducta. Por ello, la tendencia en la actualidad es prevenir que el daño se produzca, adquiriendo especial relevancia la tutela preventiva. Aquí los remedios preventivos proceden cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos que ya ha comenzado a originar una determinada actividad, con el fin de paralizar el daño, deteniendo su desarrollo. Tiene por objeto el daño todavía no provocado, pero que podría posteriormente ser causado si la actividad prosiguiera; actuando entonces después que el daño ha empezado a ocasionarse, para combatirlo obstaculizando su producción, atacándolo en su causa. Así surge el principio precautorio, el cual constituye una nueva dimensión tutelar en la responsabilidad civil que incrementa el deber de diligencia para asegurar la prevención de riesgos que puedan ocasionar efectos calamitosos. De lo expuesto se advierte la importancia en la aplicación del mismo, siendo por tanto una temática de desarrollo relevante.

Por último, y como corolario, se aborda el tema de la sentencia judicial integralmente reparadora del daño ambiental. Para ello, vale partir de la base propuesta por Antonio Cabanillas Sánchez (1996) quien luego de definir la protección jurídica del medio ambiente, ahonda en los distintos tipos de responsabilidad derivadas del daño ambiental sobre la base del distinguo entre daño ecológico puro y daño individual. Por otro lado, resulta de

trascendental importancia la referencia al rol del Juez en el dictado de la sentencia. En dicho punto, conforme lo expone José Alberto Esaín (2008), el Juez pasa a tener otros perfiles, muta en los contenidos que su actividad desarrollará porque será esencial que esté preparado para alojar entre sus trámites procesales casos o conflictos con contenidos nuevos, derivados de los derechos de tercera generación que son de interés compartido de la sociedad. Surge así la teoría del Juez activista, dejando atrás la idea de un Magistrado como simple espectador del proceso judicial ambiental.

En definitiva, estimo que el marco teórico asumido, establece las pautas necesarias a los fines de lograr el principal cometido de la presente investigación: exponer algunas aproximaciones tendientes a lograr una reparación integral del daño ambiental.

6. Formulación de hipótesis

Se adoptan las siguientes hipótesis de investigación, a saber:

a) El derecho a un ambiente sano integra los denominados derechos humanos de tercera generación.

b) El daño al medio ambiente importa un gravamen individual y colectivo por su propia naturaleza y en función de la naturaleza del bien jurídico atacado (derecho humano a un ambiente sano).

c) No es posible asignar un valor económico al medio ambiente per se, sino solo a los fines de la reparación indemnizatoria del mismo.

d) Las herramientas legales con que cuenta el Juez son importantes a los fines de lograr arribar a una sentencia integralmente reparadora del daño ambiental, no obstante lo determinante en ello lo constituye el rol que asume el juzgador.

7. Diseño de la investigación

A los fines que el lector pueda interpretar debidamente el alcance de la presente investigación, corresponde en esta instancia abordar lo relativo al diseño asumido. En este sentido, a los efectos de evacuar las preguntas formuladas y cumplir con los objetivos adoptados, se intentó como primer paso, abordar los ejes temáticos ya explicitados (derechos humanos, daño ambiental, valoración económica de éste y proceso judicial ambiental). Ello con la intención de definir conceptualmente los mismos, sus características, su importancia, la problemática que gira en su entorno, para así establecer el estado de situación de los citados conceptos al momento de la investigación y con las delimitaciones espaciales y temporales supra expuestas.

Ahora bien, como la causa final no ha sido simplemente describir los conceptos aludidos, sino intentar desentrañar las relaciones y

conexiones existentes entre los mismos desde la perspectiva del daño ambiental a los fines de efectuar una aproximación de los criterios y directrices necesarios para la valoración económica y reparación del daño ambiental en el proceso judicial (objetivo general), corresponde dejar sentado que el diseño adoptado es de carácter no experimental, transeccional y correlacional-causal (Hernández Sampieri – 2006).

En dicho rumbo se han abordado diferentes teorías doctrinales como también así jurisprudenciales, tendientes a poner de manifiesto la relación existente entre los conceptos o variables en torno a los cuales gira la presente investigación, como así también intentando correlacionar conceptos jurídicos con otros de neto corte económico (como por ejemplo los métodos de valoración económica del daño ambiental). Teniendo como norte el objetivo general y los específicos ya expuestos, y previo esbozar una base teórica jurídica-doctrinal concisa, sobre la misma se ha pretendido extraer aproximaciones y conclusiones desde una perspectiva particular y determinada: la reparación integral del daño ambiental.

Para ello ha resultado necesario inmiscuirse en el proceso judicial, pero no desde un punto de vista estrictamente jurídico-procesal, sino más bien desde una visión subjetiva y relacionada al rol que asume el Juez en dicho proceso. En dicho rumbo, no solo ha resultado por demás gráfico e ilustrativo analizar la posición adoptada por los Magistrados en diferentes casos jurisprudenciales a los cuales se alude, sino también observar la postura asumida o que podrían asumir los Jueces de primera Instancia de la segunda

Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba, Argentina (conforme cuestionario que se incluye en el anexo de la presente investigación).

Independientemente del gravamen que implica cualquier daño al medio ambiente, como así también las dificultades que existen en cuanto a su prevención, valoración y reparación, entiendo que es posible obtener sentencias judiciales integralmente reparadoras del daño ambiental. Esa es la causa eficiente que me ha motivado en esta investigación. Queda pendiente la siguiente pregunta ¿podré disuadir al lector a este respecto?

Capítulo II

Derecho a un ambiente sano

1. Relación entre los derechos humanos y el medio ambiente

No es un misterio que las relaciones entre el ser humano y la naturaleza han cambiado. En el contexto mundial, se aprecia una sobre explotación de los recursos naturales, todo lo cual (se ha comprobado) traerá importantes consecuencias a las generaciones futuras. Ante esta realidad, el derecho está haciendo esfuerzos importantes, creando instituciones capaces de conciliar el progreso y el desarrollo, con la protección del derecho a la vida y a vivir en un medio ambiente sano y adecuado.

Quizás de los desafíos teóricos más relevantes que ha debido abordar el derecho como ciencia, es tratar de dar respuesta al siguiente interrogante: ¿Es el derecho a vivir en un medio ambiente sano y adecuado un derecho humano reconocido como tal?

Partiendo de la base que los derechos humanos se han convertido en un parámetro clave para el desarrollo de un Estado tanto así, que existen importantes consensos en la necesidad de su reconocimiento de tal suerte que, poco a poco, se han ido consagrando formal y cronológicamente en un proceso que no se ha detenido. Ya desde hace algunos años se habla de la primera, segunda y tercera generación. Recientemente se apunta incluso, a una cuarta generación de derechos humanos. En este contexto, puede

afirmarse que la preocupación por el medio ambiente es relativamente reciente, y su proceso para ser reconocido como derecho humano todavía no ha concluido. La doctrina especializada más relevante hace ya algún tiempo viene señalando que es un derecho humano y propone su reconocimiento formal.

Para poder llegar a determinar la relación derechos humanos – medio ambiente, resulta necesario hacer un poco de historia. En dicho rumbo, cuando se refiere a derechos humanos, surge como imperativo la Declaración Universal de 1948. En la misma se proclamaron los derechos de primera y segunda generación, estos son, los derechos civiles y políticos por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales por el otro. Varios años después se comenzó a hablar de los derechos de tercera generación, los cuales surgieron con motivo de nuevos acontecimientos y exigencias sociales, dentro de los cuales se incluyó el derecho a un ambiente sano. No obstante, al día de la fecha, no toda la doctrina es conteste en considerar a dicho derecho como un derecho humano. Sin perjuicio de ello, y sin intenciones de simplificar demasiado el tema, considero necesario efectuar un análisis lógico y básico al respecto.

En este sentido, puede afirmarse que el ambiente o medio ambiente incluye a todas aquellas condiciones ambientales que hacen posible nuestra existencia y subsistencia (digna) en este mundo, fundamentalmente los recursos naturales que nos brindan lo necesario para vivir. Mientras no se notaron fehacientemente las consecuencias del menoscabo al ambiente, se hizo uso y abuso de los recursos naturales. Pero cuando surgieron los efectos de dicha actividad humana pernicioso al ambiente (efecto invernadero,

destrucción de la capa de ozono, etc.), surge el derecho ambiental como forma de proteger nuestro entorno natural.

Ahora bien, si estamos de acuerdo en que el medio ambiente nos brinda las condiciones necesarias para disfrutar de nuestra existencia (haciendo incluso posible ésta), surge de manera evidente que sin un ambiente sano y adecuado no es posible disfrutar de los otros derechos que, como seres humanos, poseemos. Desde esta perspectiva simple y básica, entiendo que se demuestra la relación de los derechos humanos con el medio ambiente. Entonces, siendo el medio ambiente una condición de nuestra propia existencia, solo en un medio ambiente sano será posible el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, lo cual erige al derecho a un ambiente adecuado, como verdadero derecho humano.

Siguiendo a lo expuesto por Franco del Pozo (2000), puede afirmarse que el medio ambiente es condición sine qua non de nuestra propia existencia. Sin unas condiciones ambientales adecuadas no podemos sobrevivir, careciendo de sentido los demás derechos. Resulta obvio defender el derecho de la persona a disfrutar de un ambiente en condiciones óptimas para su desarrollo, el derecho a disfrutar de un ambiente sano en definitiva. Las generaciones pasadas disfrutaron de tal derecho sin necesidad que el mismo fuera reconocido y expresado, pero es muy discutible que las venideras piensen lo mismo. Y no solo las venideras, también la generación presente comienza a sufrir las consecuencias de la incidencia del hombre en el planeta Tierra.

La autora aludida, amén de ratificar que el derecho a un ambiente sano y saludable es efectivamente un derecho humano, lo ubica dentro de la tercera generación, con fundamento en los siguientes principios, a saber:

a) Indivisibilidad e interdependencia: En tanto resulta indiscutible la notoria influencia que ejerce el medio ambiente en el disfrute del resto de los derechos humanos garantizados o en proceso de configuración. En dicho rumbo, no puede soslayarse que el derecho al medio ambiente extiende y refuerza el significado del derecho a la vida en el sentido de una vida digna, es decir, una vida que se desenvuelva en condiciones ambientales aptas, saludables, que propicien el desarrollo humano, para poder hablar realmente de vida y no de supervivencia.

b) Solidaridad: Es el principio que define los derechos de tercera generación. La libertad y la igualdad respectivamente, fueron los valores que orientaron los derechos de primera y segunda generación. Y la solidaridad resulta el fundamento de los de tercera generación, derechos que aspiran a realizar no solo la libertad y la igualdad de los seres humanos, sino la igual libertad para todos ellos, tanto los presentes como los futuros.

c) Solidaridad intergeneracional: El derecho de las generaciones futuras resulta, para algunos, controvertido en tanto supone conferir derechos a personas que aún no han nacido, ni siquiera han sido concebidas. Pero siguiendo el hilo lógico de lo hasta aquí expuesto, resulta meridianamente claro la existencia del mismo, comprendiendo una necesaria

garantía de un debido disfrute del medio ambiente, tal y cual lo hicieron las generaciones pasadas y lo hacemos las actuales.

Por tanto, si se tiene presente que un ambiente insano puede redundar en el deterioro de la calidad de vida y de la salud de todos los seres vivos (incluidos los seres humanos), a contrario sensu, un ambiente sano solo puede coadyuvar a una vida digna, quedando así patente la naturaleza de este derecho a un ambiente sano y saludable.

2. Los instrumentos internacionales y el derecho a un ambiente sano

Si bien no existe un documento internacional que en forma precisa y determinante establezca que el derecho a un ambiente sano sea un derecho humano, puede afirmarse que en la segunda mitad del siglo pasado comenzó a tomarse conciencia que el estado óptimo de las condiciones medioambientales son imprescindibles para la propia existencia del hombre. Y con motivo de esa toma de conciencia se fueron sucediendo distintos documentos e instrumentos que se refirieron al medio ambiente y su estrecha conexión con los derechos humanos, a saber:

a) Primera Conferencia Mundial sobre medio ambiente o Declaración de Estocolmo, efectuada en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en la referida ciudad sueca entre el 5 y 16 de junio de 1972. Las Naciones manifestaron su preocupación por el creciente deterioro del medio ambiente como

consecuencia de una desmedida explotación de los recursos naturales en pos del tan deseado desarrollo económico. Así es como en la misma, se expresó que "...El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras..."². También, teniendo presente la necesidad que los Estados regulen jurídicamente el entorno natural, se afirmó que "...A fin de lograr una mas racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo, de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de toda su población..."³. Por ello puede afirmarse que la Declaración de Estocolmo constituyó el disparador de una corriente constitucional progresista, marcada por la inclusión en los textos supremos nacionales de nuevos derechos, obviamente relativos a una vida digna. Esta nueva generación de derechos se caracteriza por proteger el interés difuso y por tener la finalidad de un desarrollo compatible con la preservación de recursos para generaciones futuras. Sin perjuicio de ello, quizás el mayor defecto fue que no se previeron los mecanismos de control necesarios para hacer efectivos los principios contenidos, careciendo también de fuerza vinculante.

b) La Carta Mundial de la Naturaleza, llevada a cabo diez años después de la Declaración de Estocolmo, se lleva a cabo en 1982 por

² Art. 1 Declaración de Estocolmo

³ Art. 13 Declaración de Estocolmo

decisión de los Estados mediante Resolución 37-7 de la Asamblea de las Naciones Unidas. Si bien es no vinculante, el gran logro fue que adoptó una perspectiva cosmológica del medio ambiente, conteniendo el germen de lo que hoy se consideran principios fundamentales del Derecho Internacional del Medio Ambiente, como así también estableciendo un primer esbozo de lo que hoy se conoce como desarrollo sostenible.

c) El Informe Nuestro Futuro Común o también llamado Informe Brundtland, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1987. Es conocido por ese nombre, en razón de haber sido elaborado por la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo que estaba presidida por quien luego sería primer Ministro de Noruega: Gro Hardem Brundtland. Las Naciones Unidas encomendaron a dicha comisión la elaboración de un informe acerca de la situación del mundo en relación a la problemática ambiental, y de propuestas políticas a adoptar para revertir el manifiesto proceso de deterioro del entorno vital. La tarea demandó alrededor de dos años y arrojó como resultado, la demostración de los nexos existentes entre la pobreza (producto de una deficiente distribución de la riqueza mundial), la degradación de los recursos y la contaminación. Ello, dando cuenta que las naciones mas vulnerables pecan de contar con políticas de Estado idóneas para atender adecuadamente la creciente afectación de sus ecosistemas, resultando víctimas de los avances poco solidarios de un intercambio comercial internacional avasallante. A partir de este informe surge el concepto de desarrollo sostenible, entendiéndose por aquel que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para

satisfacer sus propias necesidades. Asimismo, otro aporte importante fue la determinación que el desarrollo sustentable demanda considerar los vínculos entre lo económico y lo ambiental, pero teniendo en cuenta además el factor social.

d) Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible o Cumbre de la Tierra, desarrollada en Río de Janeiro en 1992. En dicho evento se trazaron los lineamientos que dieron inicio al proceso de transición hacia un nuevo régimen internacional en materia ambiental. Los principios emanados, son verdaderamente relevantes y reflejan en gran medida la preocupación mundial por atender no solo la problemática de la afectación ambiental considerada en si misma y en forma abstracta, sino aquella que está necesariamente vinculada a la interrelación entre países pobres y países ricos. Proclama la cooperación con espíritu de solidaridad para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la tierra⁴, reconociéndose la mayor responsabilidad que cabe al respecto a los países de vanguardia aunque admitiéndose el deber de adoptar medidas internacionales. También se consagra la exigencia de evaluación de impacto ambiental para todo emprendimiento con entidad eventual para afectar al medio, y se obliga a la aplicación por parte de los Estados, del criterio de precaución, que resulta rector en la interpretación de los conflictos ambientales. En este sentido se expresó que "...Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica

⁴ Principio 7

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...”⁵. No obstante, no se prevé en la misma los medios precisos para hacer efectivos los principios a los cuales se arribó.

e) Conferencia Mundial de Derechos Humanos, que se desarrolló en Viena en el año 1993. Si bien no se hace referencia al derecho humano al medio ambiente, se vincula el derecho al desarrollo con el medio ambiente, reconociendo que el vertido ilícito de determinadas sustancias puede atentar contra los derechos a la vida y a la salud. Por ello se expresa que “...El derecho al desarrollo debe realizarse de manera que satisfaga equitativamente las necesidades en materia de desarrollo y medio ambiente de las generaciones actuales y futuras. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce que el vertimiento ilícito de sustancias y desechos tóxicos y peligrosos puede constituir una amenaza grave para el derecho de todos a la vida y la salud...”⁶.

f) Informes presentados por la Relatora especial Mme. Zhora Fatma Ksentini en el marco de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en los años 1992, 1993 y 1994. En los mismos se advierte que el daño ambiental tiene efectos directos en el disfrute de otros derechos humanos, tales como el derecho a la vida, a la salud, a un satisfactorio nivel de vida, alimento suficiente, vivienda, educación, trabajo, cultura, no discriminación, dignidad y el armonioso desarrollo de su propia personalidad, seguridad de la persona y la familia, desarrollo y paz. En

⁵ Principio 15

⁶ Párrafo 6 bis

estos informes se estudia exhaustivamente la conexión entre derechos humanos y medio ambiente.

g) La Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente desarrollada en 1999. Tuvo tres ejes temáticos: el derecho al medio ambiente como derecho humano, acción pública y tutela del medio ambiente, y desarrollo, cultura y medio ambiente, obteniéndose un documento de carácter declarativo.

Los instrumentos supra aludidos, cuya enumeración ha sido solo enunciativa, ponen en el tapete la estrecha vinculación entre los derechos humanos y el medio ambiente. Por ello, mas allá de la carencia de un reconocimiento expreso a nivel internacional, no puede soslayarse que el derecho a un ambiente sano y saludable reviste el carácter de un verdadero derecho humano, que debe ser protegido y garantizado como tal.

Y justamente esta afirmación tendrá (o debería tener) una importante gravitación en la función jurisdiccional de los Magistrados en los procesos ambientales que se ventilan ante ellos.

3. El Derecho a un ambiente sano como Derecho Humano

En función de lo expuesto, puede advertirse que entre el Derecho a un ambiente sano y los Derechos Humanos, existe una íntima conexión que va más allá de una simple declaración en tal sentido.

Siguiendo a Mario Peña Chacon e Ingrid Fournier Cruz (2004), a diferencia de los derechos humanos de primera y segunda generación, al día de hoy, los derechos humanos de tercera generación no han sido tratados con la misma complejidad, ni en los documentos internacionales ni en las respectivas legislaciones nacionales. Se trata de derechos colectivos, pues los beneficios que derivan de ellos cubren a la colectividad y no solo al individuo en particular. La doctrina les ha llamado derechos de la solidaridad por estar concebidos para los pueblos, grupos sociales e individuos en colectivo. Otros han preferido llamarles “derechos de la humanidad” por tener por objeto bienes jurídicos que pertenecen al género humano, a la humanidad como tal, entendiendo por esta, no solo a las generaciones presentes sino que también a las generaciones futuras. Al tratarse de derechos colectivos no pueden ser monopolizados o apropiados por sujetos individuales, pues como se expuso, pertenecen al género humano como un todo.

De acuerdo a la teoría de los derechos humanos, estos derechos de tercera generación, están dentro de la categoría de derechos de síntesis, pues para que se hagan efectivos es necesario que en ellos se sinteticen los de primera y segunda generación, en una interconexión necesaria. Quiere decir esto, que únicamente se puede tener acceso al medio ambiente sano cuando el hombre sea libre, se respete su vida, el Estado garantice su educación, su salud, etc. También algunos han caracterizado a la tercera generación de Derechos Humanos con el calificativo de “Soft Rights” o derechos blandos, por carecer de atribuciones tanto de juricidad como de coercitividad. Lo anterior encuentra su justificación por la escasa positivización

de los mismos en las Constituciones Políticas de los distintos Estados, lo que en cierta medida los ha convertido en categorías axiológicas superiores que forman parte de los Principios Generales del Derecho, que ayudan a interpretar, integrar y delimitar el ordenamiento jurídico. La tarea de incorporarlos dentro de las distintas constituciones ha sido lenta, siendo el derecho al ambiente y el derecho al desarrollo los únicos que han tenido eco en una gran cantidad de cartas fundamentales.

El derecho a un ambiente sano ha sido encasillado por la doctrina dentro de la tercera generación de derechos humanos. Contiene una serie de principios que inundan la totalidad del sistema jurídico, de ahí que se hable de su transversalidad. Tiene por objeto la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico. Vela por la conservación de los recursos naturales, el paisaje y los bienes culturales. El derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho subjetivo concebido para todos y cada uno de los sujetos, oponible a cualquiera (Estado y/o particular) y con posibilidad de ser ejercitado a nombre de cualquiera por formar parte de los denominados "intereses difusos".

A los fines de advertir la dimensión, desde la perspectiva de la presente investigación, derivada de la inclusión del derecho a un ambiente sano como uno de los derechos humanos, puede esbozarse otra clasificación en cuanto a éstos últimos, a saber: Por una parte, los derechos que el Estado debe respetar y proteger, y por otra, los que el Estado debe promover o proveer. Si bien ambos son fundamentales en la vida de un Estado

de Derecho, solo cuando éste los respeta y protege, podrá así promover y proveer a los derechos humanos.

Siguiendo esta clasificación, los derechos civiles y políticos o derechos de primera generación formarían parte de los Derechos Humanos que el Estado debe respetar y proteger, por tratarse de derechos intrínsecos a la naturaleza humana. Respecto a estos derechos, la función del Estado es reconocerlos, respetarlos y protegerlos. Se trata de derechos que son anteriores a la conformación del mismo Estado y que por tanto éste debe reconocer como derechos fundamentales y encomendar a los Poderes Públicos su tutela.

Por otro lado, los derechos de segunda y tercera generación entrarían dentro de la categoría de los derechos que el Estado debe promover o proveer. Se trata de derechos humanos que necesitan o dependen de los sistemas sociales o políticos. A manera de ejemplo, el derecho a la educación o a la asistencia sanitaria universal, son consecuencia de un desarrollo civilizatorio y por tanto requieren necesariamente de la intervención del sistema social y político del Estado.

No obstante, surge la duda respecto al lugar que debería ocupar el derecho al ambiente dentro de esta categoría. El medio ambiente precede al hombre, al Derecho y al mismo Estado. Por ello el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado como derecho fundamental no depende de los sistemas sociales y políticos, al no ser forjado por el actuar humano sino por la misma naturaleza. Lo mismo sucede con el derecho a la vida, el cual también precede al Estado. En este sentido el rol del Estado

respecto al derecho al ambiente lo es de dar reconocimiento, respeto y protección; y en caso que se provoque un daño al mismo, proveer a su reparación.

El desarrollo de la preocupación ambiental ha sido consagrado en normas positivas constitucionales y supranacionales, como primera culminación de la etapa de “toma de conciencia” y de la necesidad de establecer reglas de juego y pautas de aplicación para los Magistrados a quienes sean llevados los asuntos. Queda entonces la internalización en la comunidad del significado de este derecho y de la necesidad de la vigencia de sus normas, como tarea ímproba a desarrollar a través de la educación, la difusión, la acción de gobierno y las decisiones de la justicia. El control y la preservación de los recursos naturales deben necesariamente surgir de una aplicación programada de medidas coherentes y razonables de contenido económico, jurídico y político. Asimismo, en donde existe gran cantidad de población con necesidades básicas insatisfechas (derechos humanos relegados), el problema debe tener la justa apreciación que tienda a satisfacerlas al mismo tiempo que incorpore la protección ambiental a las decisiones políticas y económicas. No es incompatible la necesidad de desarrollo con la preservación del medio ambiente. Constituye un error plantear la cuestión como una dicotomía. El acierto reside en establecer una armonía entre ambas cuestiones, mediante el dictado de normas serias y razonables, acordes a la realidad en la que serán aplicadas.

Sobre la base del contexto supra aludido, surge de manera meridiana la importancia de la temática que se aborda en la presente investigación: la

reparación integral del daño ambiental entendida como una agresión a un derecho humano.

Capítulo III

Daño Ambiental

1. Alcance y Clasificación

Previo avanzar sobre la temática bajo lupa, corresponde hacer algunas referencias a conceptos jurídicos básicos, solo a los fines de precisar la materia de estudio. Así las cosas, y en función de la vaguedad de la que está impregnado nuestro idioma, aun cuando nos esforzamos por especializarlo cada día mas, incluyendo vocablos de neto corte técnico, resulta difícil no enfrentarse constantemente a problemas derivados de la falta de precisión en cuanto al significado de las palabras utilizadas. Este no es el caso de excepción, siendo por ello que se prefiere brindar una aproximación básica, más que una definición, todo ello en virtud que determinar qué debe entenderse por daño ambiental es una cuestión sumamente compleja. En dicho rumbo, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente ha definido al daño ambiental como “...*un cambio que tiene un impacto adverso considerable sobre la calidad de un particular ambiente o alguno de sus componentes, incluyendo sus valores utilitarios y no utilitarios y su capacidad para soportar una calidad de vida aceptable y sustentable y un equilibrio ecológico viable...*”⁷. Por ello José Juan González Márquez (2003) ha afirmado que “...*el daño ambiental es aquel que se dirige al conjunto del medio natural,*

⁷ UNEP. Liability and compensation regimes related to environmental damage: Review by UNEP Secretariat for and Expert Meeting, 13th-15. Borrador Geneva p. 27.

que es considerado como patrimonio colectivo, o alguno de sus componentes afectándolos de tal manera que interrumpe las funciones que estos desempeñan en un sistema determinado, independientemente de sus repercusiones sobre las personas o cosas...”.

Ahora bien, sobre esta base teórica puede avizorarse una primera cuestión de relevancia en el tema que nos ocupa: las distintas dimensiones del daño ambiental. En este sentido, se desprende con meridiana claridad que un evento dañoso a nivel ambiental puede provocar dos tipos de daños bien definidos: Por un lado, el daño a la salud o patrimonio de los particulares que habitan o hacen uso del medio ambiente contaminado o afectado, y por el otro el daño al medio ambiente mismo o a alguno de sus elementos (fauna, flora, cauces de agua, lagos, mares, suelos, aire, etc.).

De esta forma aparece una importante división, de fundamental importancia en el objeto de estudio del presente: El daño ambiental se puede clasificar asimismo en, a saber:

- Daño Individual: Menoscabo o perjuicios en la salud o patrimonio de una persona o un conjunto de ellas, pudiendo por ello ser individual o colectivo respectivamente.

- Daño ecológico puro: Es la afectación al medio ambiente o sus elementos, entendido no como una posesión concreta, sino como universalidad que constituye nuestro entorno.

Dicha clasificación puede observarse desde un punto de vista práctico en el siguiente ejemplo: Frente al derrame de petróleo en una costa marítima, el daño que ello ocasiona, si bien evidente, puede describirse a

grandes rasgos en los siguientes: Por un lado, el perjuicio al entorno o ecosistema existente en la zona del derrame, que importa la afectación de peces, flora y fauna costera; pero del mismo modo dicho evento pernicioso puede afectar a una comunidad de pescadores o incluso a una actividad comercial como lo es el turismo de la zona en cuestión. Así aparecen los dos tipos de daños expuestos, el ecológico propiamente dicho (primer caso) y el individual que puede tener una incidencia colectiva.

En definitiva, ambos tipos de daño integran lo que se denomina el daño ambiental y pueden derivar de un único hecho o evento.

2. Características

Resulta clarificador manifestar que *“...el daño ambiental es un daño bifronte, donde los daños ecológicos y personales van intrínsecamente unidos y deben ser reparados a la sazón. Cosa distinta es el sujeto activo que pueda tener la legitimación para reclamar la reparación o indemnización del daño, según afecte a la esfera personal o colectiva, pero estamos hablando del concepto de daño ambiental y no de la legitimación para reclamarlo y en lo que a nociones se refiere, no debe existir una separación irreconciliable entre las dos caras de una misma cosa (daño ambiental: daño ecológico + daño personal), pues sería desnaturalizar un significado que en si afecta a dos realidades distintas pero indivisibles...”*⁸.

⁸ Castañon del Valle, Manuel; Valoración de Daño Ambiental; PNUMA; serie de documentos sobre Derecho Ambiental; Edición 2006; pag. 35

Puede advertirse, luego de esta precisa referencia, la especial naturaleza que posee el daño ambiental, en tanto difiere del daño común o tradicional fundamentalmente porque suele afectar a un número indeterminado de personas, produciendo generalmente consecuencias de manera progresiva en el tiempo y espacio (que suele provocar ciertos problemas con la certeza y actualidad del daño entendido en su sentido tradicional), llegando a afectar a generaciones futuras.

Todo ello, ha sido debidamente advertido por el profesor Vázquez García (2004), quien ha determinado las características propias del daño ambiental, a saber: a) Es irreversible; b) Es acumulable; c) Es difuso, tanto por la forma de exteriorizarse como por la forma en que se determina la relación causa-efecto; d) Es colectivo, pues puede presentar una pluralidad de autores, de víctimas o de ambos; e) Es consecuencia de los procesos tecnológicos; f) Se presenta en dos ámbitos al afectar los derechos subjetivos de individuos determinados y el interés común de la sociedad.

3. Problemática en torno al daño ambiental

Conforme lo expuesto precedentemente, ya ha hecho acto de presencia en el mundo jurídico esta nueva tipología de daño bajo lupa, debiendo recalcarse la diferente naturaleza que el mismo posee frente a los daños tradicionales expresamente regulados por el derecho común o civil. Si bien es cierto que los ataques y menoscabos al entorno natural han

comenzado hace muchos años, lo cierto es que las consecuencias de dichos eventos dañosos se están apreciando (cada vez en mayor medida y en formas más virulentas) en nuestra época. Lamentablemente, en función de cómo se han sucedido los hechos, no ha habido una evolución legislativa en cuanto al tema, siendo por ello que generalmente se ha intentado resguardar y reparar el daño ambiental sobre la base de las normativas propias a la responsabilidad civil, lo cual ha traído y sigue trayendo, innumerables problemas y obstáculos.

Así las cosas, conforme lo expusiera el Dr. José Juan González Márquez (2003), a través de un examen comparativo de la legislación vigente en América Latina, solo existen disposiciones normativas aisladas y dispersas que han intentado regular mínimamente la cuestión bajo lupa, introduciendo principios orientativos, pero sin brindar parámetros fácticos y jurídicos precisos y concretos de los que se pueda echar mano para lograr una correcta y justa reparación del daño ambiental deslindando debidamente las responsabilidades a tales efectos.

En dicho derrotero, cabe expresar que la ausencia de una legislación autónoma y acorde a la propia naturaleza del daño ambiental, resulta la mayor problemática existente a este respecto, lo cual provoca la necesidad de acudir a los principios normativos propios de la materia civil, y en dicha faena se pueden advertir los siguientes obstáculos, a saber:

- a) El Daño Ambiental puede no ser cierto, entendido como indeterminado.
- b) El Daño Ambiental puede no ser actual, en tanto que las consecuencias de la gran mayoría de ataques al entorno natural comienzan a

exteriorizarse luego de pasado un lapso de tiempo, o incluso luego de varios años, siendo muy difícil determinar precisamente cuál y cuanto ha sido el mismo.

c) En el daño ambiental es difícil determinar el nexo causal, en tanto puede ocurrir que los actores del mismo sean varias personas (físicas y/o jurídicas) que hayan coadyuvado a provocarlo. En este punto, la problemática se agrava, desde el momento en que resulta sumamente dificultoso establecer cuál o cuáles conductas o hechos han sido la causa eficiente del daño, y más cuando éste se exterioriza luego de un largo período de tiempo.

d) La asimetría en la información respecto del daño ambiental, atenta en contra de su integral reparación, en tanto que las personas al tener un diferenciado acceso a la misma arribarán a distintas conclusiones en cuanto a la dimensión del daño ambiental de que se trata.

e) El plazo de prescripción de la acción por daño ambiental podría atentar en contra de la efectiva reclamación del mismo, en tanto como se expuso supra, muchas veces la exteriorización del mismo aparece largo tiempo después de provocado.

f) La única reparación correcta del daño ambiental, es la reparación in natura, la cual generalmente no es posible, verbigracia: Si la contaminación de un cauce de agua dulce provoca la extinción de una especie de la fauna o la flora, resulta imposible proceder a la reparación del daño ambiental en la forma precedentemente expuesta, debiéndose recurrir a la

indemnización respectiva, la cual, como se analizará infra, posee a su vez, otras complicaciones.

g) Cuestiones procesales relacionadas con el daño ambiental, tales como la legitimación para su reclamo (tanto activa como pasivamente), el sistema de las cargas de la prueba (quien está en mejores condiciones de probar, el que contamina o el sujeto perjudicado por la contaminación) y los efectos de la sentencia (individuales o erga omnes).

Sin perjuicio de lo expuesto, y como se verá infra, deberá ser el Juez quien redoble sus esfuerzos a los fines de evitar que la ausencia de legislación específica, sumado a la existencia de cierta problemática como la detallada, no pueden erigirse en óbice al momento de fallar un proceso por daño ambiental, no solo por la propia naturaleza de la función del Magistrado, sino también por las características que posee el bien jurídico en cuestión (entorno natural) como fundamento de un verdadero derecho humano.

4. Prevención y reparación

Sin perjuicio del objeto de la investigación, entiendo necesario hacer una breve referencia a los dos momentos o estadios relacionados con el daño ambiental, esto es la prevención y la reparación del mismo; para luego encarrilar el análisis respecto de ésta última.

Por tanto, se debe partir de la base que en cuanto al medio ambiente, lo óptimo es lograr un desarrollo sostenible, entendido como aquel

que permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras. Para tan importante fin, resulta primordial la prevención del daño ambiental, lo cual no significa necesariamente la prevención de la contaminación del entorno natural. En este sentido, contaminar no implica necesariamente la provocación de un daño ambiental, en tanto el límite, desde ya sutil, está dado por el desarrollo sostenible de la actividad humana que irrumpe en el medio ambiente. Por tanto, un debido control de dichas actividades, se impone como una necesidad en aras a la protección de nuestros hábitats naturales.

Ahora bien, la realidad nos enseña que resulta menos pernicioso prevenir que reparar, máxime cuando la reparación en lo que al daño ambiental se refiere, resulta muchas veces imposible materializarla in natura, conforme lo expuesto en puntos posteriores.

En cuanto a la prevención, la misma debiera comenzar con una verdadera concientización social respecto del verdadero sentido, alcance y efectos del daño ambiental, recalcando fundamentalmente que el mismo afecta y destruye progresivamente nuestro entorno, lo cual provoca un verdadero menoscabo a los que habitamos el mismo. Es necesario hacer entender que todo ataque al medio ambiente redundará negativamente en las presentes generaciones y también en las futuras. Sin tener intenciones de ingresar en el terreno propio de la filosofía del derecho, es sabido que el “derecho”, entendido como el sistema de normas que regula la interferencia inter-subjetiva, recibe una mayor aceptación por parte de los destinatarios y por ende, un mayor cumplimiento de las reglas que lo integran, en tanto haya una conciencia

subyacente de su obligatoriedad intrínseca, mas allá de las articulaciones procesales y sustanciales tendientes a su cumplimiento coactivo.

Por ello, logrado cierto nivel de concientización en torno a la protección de nuestro entorno, resulta insoslayable fijar pautas claras y precisas que integren una política ambiental que tienda a su protección y desarrollo sostenido.

En este sentido, e independientemente de las distintas normas legales que pudieren establecerse, resultaría conveniente que en la etapa de prevención y frente a un proyecto que pudiere tener cierto impacto ambiental, se exija mínimamente, los siguientes ítems, a saber:

a) Determinación precisa de los actores del proyecto, aumentando el análisis de los mismos cuando se trata de personas jurídicas; todo ello a los fines de evitar la ausencia de responsables en caso de daño ambiental.

b) Estudio preventivo y por entidad oficial, del impacto ambiental del proyecto bajo lupa, con expresa determinación de la gravedad de los eventuales daños, su alcance en caso de surgir los mismos (desde un punto de vista espacial), si el eventual daño podría ser reversible o no, probabilidad de ocurrencia del mismo, separación temporal entre el hecho dañoso y su manifestación, etc.

c) Otorgamiento de fianza o contratación de seguro o cualquier otro medio de caución que brinde garantías suficientes de que, en caso de ocurrencia del daño, el mismo pueda ser debidamente reparado, ya sea in natura, o bien mediante indemnización pecuniaria.

No obstante lo expuesto, resulta menester reafirmar que los requisitos supra detallados constituyen solo la estructura básica de una correcta prevención del daño ambiental, a lo cual también corresponde adicionarle un profundo análisis desde un punto de vista económico, en aras a lograr un justo equilibrio entre el desarrollo sostenible y el crecimiento económico de la región respectiva.

Ahora bien, ya sea por la deficiencia de la etapa preventiva, o bien por la inexistencia de la misma, ante la manifestación del daño ambiental, aparece el concepto de “reparación” del mismo.

En este sentido, y conforme se expresara precedentemente, el daño ambiental está compuesto por el denominado daño individual y el daño ecológico puro o propiamente dicho, pudiendo ambos, como es sabido, derivar de un mismo y único evento dañoso. Ya sea uno u otro, si de “reparación” del daño se trata, lo óptimo y también lo lógicamente correcto y justo, es que la misma sea de manera integral, logrando colocar a la víctima del evento perjudicial, en la misma situación anterior al daño.

En consecuencia, existen tres formas de reparación el daño: La reparación in natura, que consiste en lograr la restauración del elementos dañado. La in natura sustituta, que tiende a buscar la reparación de otro bien dañado en sustitución de aquel que no puede ser restaurado. Y la reparación indemnizatoria, que es la propia de la responsabilidad civil y que tiende a sustituir el daño efectivamente inflingido por una suma de dinero equivalente al valor del bien o elemento afectado, la cual importa una redirección de la reparación al ámbito monetario, reduciéndose la misma a una

indemnización pecuniaria como medio sustituto de reparación del daño ya ocasionado (todo ello cuando no pueda siquiera restablecerse las propiedades básicas del componente afectado).

Siguiendo a José Juan González Márquez (2003), vale rescatar que *“...el fin tradicional de la responsabilidad civil es indemnizar al perjudicado obligando al responsable del daño a pagar los costos de cualquier pérdida resultado de ese daño, pero el problema fundamental que suscita la reparación de los daños ambientales, es el de su expresión en términos de economía monetaria. Así, cuando los daños al medio ambiente se traducen en un daño a la integridad física de las personas o a sus bienes (daño civil por influjo medioambiental), el método de evaluación de daño no plantea ninguna especialidad en relación con los existentes en el plano general de la responsabilidad civil, pero cuando se trata de lo que hemos denominado daño ecológico puro, resulta muy difícil establecer cual es el valor del medio ambiente dañado...Al respecto, se ha dicho que la valoración de daño ambiental resulta una tarea imposible que únicamente admite valoraciones por aproximación basadas en el estado general de la ciencia, es decir, en lo que razonablemente se puede dar como conocido...”*.

Capítulo IV

El Daño Ambiental y su valoración económica.

1. Es posible asignar un valor al medio ambiente?

Sobre la base de lo ya expuesto, se advierte fácilmente la dificultad que presenta la valoración del daño bajo estudio, en tanto resultan inaplicables (por insuficientes) los parámetros integrantes de la teoría de la responsabilidad civil, fundamentalmente por la naturaleza del elemento dañado (medio ambiente). Por ello, y en cuanto a este respecto, Carlos de Miguel (2003) ha tomado una postura definida, expresando que *“...la valoración económica se fundamenta en la teoría económica del bienestar, basada en las preferencias de los individuos y en la posibilidad de sustitución entre bienes para alcanzar la combinación que mejor satisface nuestras necesidades. Ante cambios en la provisión de un determinado bien o servicio, se calcula en términos monetarios, las pérdidas o ganancias de bienestar. Por ejemplo, ante cambio negativo en la calidad del agua se determina la cantidad de dinero que nos compensaría por la pérdida de bienestar causada por esa degradación (variación compensatoria) o la que nos colocaría en una situación equivalente a la que teníamos antes del evento ambiental (variación equivalente)...”*.

Entonces, cómo hacer para valorar algo que no se puede comprar ni vender, que no se puede comercializar, que en definitiva, no se encuentra dentro de ningún mercado mercantil? La respuesta no es sencilla,

pero resulta clarificador partir de la siguiente premisa: El medio ambiente, si tiene “valor”, lo que ocurre es que carece de precio. Por ello, es menester analizar y profundizar en el tema para dilucidar cuál es ese valor y, en su caso, traducirlo al mismo a una expresión monetaria; todo ello a los fines de lograr establecer un valor económico a los ataques o menoscabos sufridos por el medio ambiente.

En este rumbo, vale recordar que doctrinariamente se ha entendido, conforme lo expuesto por David Pearce (1976), que el medio ambiente cumple al menos cuatro funciones que son valoradas positivamente por la sociedad, sirviendo de fundamento para afirmar que el mismo efectivamente posee un valor, a saber: “...1) *Forma parte de la función de producción de gran cantidad de bienes económicos (procesos productivos que consumen agua de una determinada calidad, aire, etc.). El medio ambiente, y los recursos naturales en general forman la base sobre la que se apoyan muchos procesos productivos, que serían impensables en su ausencia. Ahora bien, el medio ambiente no solo participa en los procesos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios económicos ofreciendo unos insumos muchas veces esenciales: también recibe como retorno muchas cosas que en estos procesos se generan. Esta es su segunda función;* 2) *El medio ambiente actúa, en efecto, como un receptor de residuos y desechos de todas clases, producto tanto de la actividad productiva como consuntiva de la sociedad. Hasta un cierto límite, y gracias a su capacidad de asimilación, puede absorber estos residuos (que de esta manera son liberados sin coste), y transformarlos en sustancias inocuas o, incluso, beneficiosas: es el caso de*

algunos fertilizantes orgánicos, por ejemplo; 3) Proporciona en tercer lugar, bienes naturales (paisajes, parques, entornos naturales...), cuyos servicios son demandados por la sociedad. Entra a formar parte, pues, de la función de producción de utilidad de las economías domésticas; 4) Finalmente, constituye un sistema integrado que proporciona los medios para sostener toda clase de vida. Esta función es tan esencial que muchos autores la consideran parte integrante de la propia definición de medio ambiente...”.

Ahora bien, acreditada la existencia de un valor del entorno natural, resulta necesario asumir una postura precisa respecto del origen de dicho valor o, expresado de otra forma, cuál será la perspectiva para arribar a aquel. Es decir, el mismo resulta o deriva de la naturaleza intrínseca del medio ambiente o, por el otro lado, se desprende de la relación con el ser humano? Si bien los autores no se han puesto de acuerdo al respecto, la mayoría de ellos ha asumido una postura antropocéntrica (y no ecocéntrica), esto es, considerar que es el ser humano quien da valor a la naturaleza, a los recursos humanos y al medio ambiente en general, no en forma caprichosa sino en función del bienestar que dichos elementos le irrogan o importan en su desenvolvimiento como tal. Bienestar que podrá tomarse como un parámetro económico para valorar al medio ambiente en términos monetarios, de manera tal que un medio ambiente sano importará un mayor bienestar, el cual se reducirá en forma proporcional en función de los ataques o menoscabos que sufra aquel (vgr.: contaminaciones, degradaciones, etc.).

Ello importa, siguiendo a Diego Azqueta Oyarzun (1994), que *“...se trata de valorar lo que se supone para el bienestar de la persona*

contar con un medio ambiente mas atractivo y limpio. Con ello, se intenta proporcionar una información relevante (y por supuesto no excluyente), que puede ser de utilidad a la hora de asignar unos recursos escasos: bien sea teniendo en cuenta el impacto ambiental de determinadas inversiones, las líneas prioritarias de esfuerzo en la mejora del medio ambiente, o la subvención implícita en aquellas esferas de producción (energía eléctrica, agricultura) que no suelen incorporar el coste ambiental en el precio de sus productos...”.

Ahora bien, como lograr asignarle un valor económico al medio ambiente en función del bienestar humano? La tarea no es sencilla ni tampoco se encontrará exenta de críticas. No obstante ello, y siempre teniendo presente que la vía que se utilice a tal fin no será perfecta, sino una aproximación o quizás, una referencia de valoración (en estricto sentido económico), resultará útil intentar obtener la misma información que revelaría la persona sobre sus preferencias en un hipotético “mercado ambiental”. Esto es, intentar determinar, sobre la base de distintos métodos, el valor económico del entorno natural y sus componentes en un imaginario mercado mercantil en donde los seres humanos demandan bienes y servicios ambientales en función de la directa relación de los mismos con su propio bienestar, que como se ha expresado, es considerado por varios autores como un correcto parámetro económico.

En dicho derrotero, resulta pertinente aclarar que se prescindirá de todo juicio de corte axiológico, esto es, se evitará asignarle valores éticos o morales (no corresponde determinar si la metodología utilizada es buena o mala), circunscribiéndose el análisis a la obtención de un valor

económico. Asimismo, corresponde expresar que dicho valor económico es de referencia, a los fines de poder arribar a una valoración del daño al medio ambiente, y no para fijar un precio monetario a los bienes y servicios ambientales y el bienestar humano, en tanto el derecho humano a un ambiente sano y saludable no tiene precio económico, en tanto deriva de la propia dignidad del ser humano como tal.

2. Métodos de valoración económica

Conforme lo expuesto por Diego Azqueta Oyarzun (2002), corresponde partir de la base que *“...los métodos que el análisis económico proporciona para la valoración del medio ambiente buscan descubrir qué importancia concede la persona a las funciones que éste desempeña. El problema estriba en que, normalmente, y dado el hecho de que estos bienes, o muchas de sus funciones, carecen de mercado, la persona no revela explícitamente lo que para ella significa el acceso a sus servicios. Ha de buscarse, por tanto, algún camino que descubra este valor. Una primera posibilidad aparece cuando se constata que muchos de los bienes o servicios ambientales se combinan con otros bienes normales y corrientes, para producir determinados bienes y servicios o para generar directamente un flujo de utilidad. A partir de esta base es posible analizar como revelan las personas su valoración de los bienes ambientales, estudiando su comportamiento en los mercados reales de los bienes con los que están relacionados (preferencias*

reveladas): ésta será la posibilidad en la que se apoyarán los llamados métodos indirectos de valoración... Cuando es imposible establecer este tipo de vínculos, el analista no tiene mas remedio que acudir a los métodos directos..., y que se basan en lo que las personas afirman al respecto (preferencias declaradas)...”.

En definitiva, a lo que debe tenderse es a obtener el “valor económico total” del medio ambiente analizado, entendido aquel como el valor total de los flujos de bienes y servicios, presentes y futuros que provee, siendo para lo cual necesario valerse de métodos y herramientas que habiliten un cálculo económico de los mismos.

Al solo efecto informativo, corresponde hacer referencia a alguno de ellos tomando como base lo expuesto por Diego Azqueta Oyarzun en sus obras ya citadas.

2.1. Método basado en los costes de reposición

Consiste en calcular los costes necesarios para reponer a su estado original todos aquellos activos afectados negativamente por un cambio en la calidad de un recurso natural o ambiental. Esto importa que los costes de reposición indican el esfuerzo necesario para recuperar el valor integral de un bien que se había perdido: la sociedad recobra el valor íntegro del activo que se había visto perjudicado por la pérdida de la calidad ambiental. Mediante este método se intenta determinar el valor económico del daño al

entorno natural o medio ambiente determinado, analizando cuánto cuestan las inversiones necesarias para neutralizar los perjuicios ya ocasionados. Aspecto positivo: En tanto mediante este método se efectúa un cálculo del costo a los fines de reestablecer el ámbito afectado a su estado anterior al evento dañoso, a través de su aplicación se puede lograr una concreta devolución al activo ambiental afectado de su valor original. Aspecto negativo: La aplicación de este método puede incurrir en una sobre y/o una sub estimación del valor de la pérdida del bienestar de las personas afectadas, prescindiéndose del análisis de otras circunstancias que pueden reestablecer el bienestar afectado, incluso mejorándolo. vgr.: El Sr. A posee un automóvil, el cual es rayado como consecuencia del actuar negligente de su vecino, Sr. B. Frente a tal hecho, el Sr. B le ofrece reparar el daño ocasionado, solicita asesoramiento a un taller mecánico, y le ofrece al Sr. A que lleve su rodado a dicho taller a los fines de reparar el rayón ocasionado. Ahora bien, de esta forma, el daño inflingido al automotor queda debidamente reparado, en tanto se le devuelve su valor original. No obstante, puede ocurrir que el Sr. A no le interese tener un rayón en su automotor, y que esté más preocupado en lograr hacer una rectificación al motor del mismo. De esta forma, podría ocurrir que el Sr. A prefiriera recibir el dinero en efectivo, no para reponer su rodado al estado anterior, sino para efectuar la rectificación pretendida, incluso habiendo estado dispuesto a recibir una suma menor, todo ello para lograr lo que ansiaba aún mas, la rectificación y no la reparación del rayón.

2.2 Métodos basados en la función de producción

Puede ocurrir que una agresión al medio ambiente provoque una alteración en su función de producción de bienes y servicios (ej.: la productividad de la tierra agrícola depende, entre otras cosas, de la calidad del aire; entonces una concentración excesiva de ozono troposférico puede ocasionar una merma en la cosecha respectiva), o en su función de producción de utilidad (ej.: lo relativo a la calidad del agua potable, cualquier contaminación al origen de dicho elemento básico, afectará la su "utilidad"). Mediante este método se analiza cuáles son los cambios que se producen en la capacidad del recurso natural considerado para seguir desempeñando sus funciones, calculándose el valor presente neto del flujo de servicios perdido para los agentes afectados. Una posibilidad de aplicación sería la de calcular el rendimiento de una determinada actividad productiva bajo determinadas condiciones ambientales, y compararlo con el rendimiento de esa misma actividad cuando cambian (ej.: comparar el rendimiento neto de una parcela dedicada al cultivo de soja bajo dos concentraciones de ozono diferentes).

Aspecto positivo: Resulta de sencilla aplicación, y en razón de tener una función "comparativa", sus resultados son de fácil apreciación y comprobación.

Aspectos negativos: Puede arrojar resultados insuficientes, no solo por resultar difícil el análisis de todos los elementos necesarios para obtener una valuación correcta e integral, sino también porque los afectados pueden no ser solo los directamente perjudicados o beneficiados en primera instancia. vgr.: un vertido de efluentes contamina el agua, reduciendo la capacidad de producción

piscícola del río y elevando el precio del pescado en el mercado local, con la consiguiente pérdida del excedente de los consumidores. El consumidor ante la pérdida de la calidad del agua potable, adquiere agua mineral generando un beneficio extraordinario a los dueños de las plantas embotelladoras. Asimismo, puede ocurrir que el agente afectado tome una serie de medidas defensivas a los fines de recuperar la productividad de sus recursos. Entonces, ante un aumento de la contaminación atmosférica, el agricultor afectado podría modificar la composición de cultivos o intensificar la utilización de otros insumos a los efectos de mantener la productividad de la tierra. Si realiza tales tareas, probablemente afecte el bienestar de los consumidores -cambios de precios al variar la oferta-, al de los productores de otros insumos –al aumentar la demanda-, al de sus competidores –mayor demandada por sus productos-, etc.

2.3 Método del coste de viaje

Se utiliza para valorar los servicios recreativos que proporciona la naturaleza, cuando la persona tiene que trasladarse a un entorno particular para disfrutarlo. Así es que, si bien en general no se paga una entrada para acceder a un espacio natural determinado, el disfrute de sus servicios no es gratuito, en tanto la persona realiza una serie de gastos para poder hacerlo, incurre en unos costes de viaje, de desplazamiento. Entonces, computando estos gastos, se podría analizar como varía su demanda del bien

ambiental, ante cambios en este coste de disfrutarlo, y cualquier otra variable relevante. (ej.: Una zona de caza es afectada por contaminación o desarrollo, entonces mediante la aplicación de este método se puede obtener el valor del daño en función del costo que implica a los cazadores trasladarse a un lugar similar para realizar la caza respectiva). A los fines de la utilización del presente método, corresponde estimar en qué medida se demandan los servicios del bien objeto de estudio (determinado paraje o entorno natural) por parte de las personas, el coste de acceder al lugar (mediante el cálculo de la gasolina por kilómetro, amortización y mantenimiento del vehículo, estacionamiento, etc.; pudiendo computarse en forma alternativa el valor del pasaje en tren o micro).

Aspectos positivos: Método relativamente sencillo de utilizar, y si de lo que se trata es de comparar ordenes de magnitud y de conocer las características esenciales de la función de demanda del bien o servicio ambiental, ofrece una información sumamente relevante. Aspectos negativos: Como ocurre en todos los métodos analizados, mientras más ajustado y específico sea el análisis, mayores serán las reservas respecto de los resultados obtenidos. Ello así, en tanto que la unidad de medida que se utiliza para la aplicación del método es variable (se incluyen los visitantes asiduos y los ocasionales), no se distingue si las visitas son por el día o semanales o quincenales y en su caso si son de una semana o de quince días de corrido o alternadas a lo largo del año.

2.4 Método de los precios hedónicos

Previo a analizar este método, cabe afirmar que existen relaciones de complementariedad entre algunos bienes ambientales y determinados bienes privados, de manera tal que el bien ambiental pasa a ser (en estos casos) una característica del bien privado que, obviamente, tiene un valor en tanto que como atributo, permite satisfacer alguna necesidad humana. De esta forma, los precios hedónicos intentan descubrir todos los atributos del bien que explican o integran su precio, discriminando la importancia cuantitativa de cada uno de ellos (se atribuye a cada característica del bien su precio implícito). Si bien este método tiene muchas aplicaciones, en el ámbito del medio ambiente resulta sumamente interesante a los fines de determinar el valor de ciertos bienes ambientales que revisten el carácter de atributos de ciertos bienes privados que sí se comercializan en el mercado, pudiendo así establecerse el valor de aquellos, en función del precio de "mercado" del bien privado. vgr.: Cuando se adquiere una vivienda no solo se están comprando una serie de metros cuadrados de una determinada calidad, sino que también se está escogiendo un entorno que tiene una serie de características, tanto con respecto al barrio, como con respecto al medio ambiente en términos muy generales, características ambientales y por tanto de gran interés. Si se encontraran dos viviendas iguales en todas sus características, excepto en una (el nivel de ruido), la diferencia de precio entre ellas reflejaría el valor de éste atributo que en principio, carece de valor explícito en el mercado. Aspectos

positivos: Desde el momento que este método tiene una referencia directa con valores de mercado, los resultados que arroje serán derivados de aquellos y por tanto fácilmente demostrables y comprobables. En este método no es necesario establecer un procedimiento para “crear” un valor del bien ambiental, sino que el mismo se calcula sobre la base del valor de mercado del bien privado del cual, aquel, es uno de sus atributos. Aspectos negativos: Puede ocurrir que los resultados arrojados no reflejen correctamente el valor del bien ambiental, en función de no existir movilidad de las personas dentro del mercado analizado (las personas deben tener la capacidad económica para poder elegir distintas cantidades de dicho bien, de manera tal de poder optar entre viviendas afectadas por distintos niveles de contaminación ambiental, incluso con la posibilidad de cambiarse a otra zona donde el nivel de contaminación sea distinto; es decir que los costes de transacción no deben ser prohibitivos). Cuando ello ocurre, los bienes de mercado no reflejan el cambio producido en cuanto a los distintos atributos ambientales de los bienes privados. Otra cuestión negativa la constituye la renta per cápita, como variable fundamental a la hora de estimar la función de este método, en tanto el poder adquisitivo de las personas resulta de vital importancia a la hora de establecer la disposición a pagar de las personas por ciertos bienes privados provistos de determinadas características ambientales. Por otro lado, este tipo de método refleja el valor que los usuarios del bien privado que se ve afectado por la modificación en la calidad del bien ambiental correspondiente, proyectan en el mercado del primero, reflejando por tanto un valor de uso (ej.: un parque natural tiene valor de uso para aquellos que lo visitan por esparcimiento,

deporte, estudio, etc.), no quedando contenidos todos los posibles valores de no-uso (o valor de existencia, siguiendo con el ejemplo anterior, sería el valor que tiene un parque natural para aquellos que no lo visitan, por el simple hecho de su existencia, suponiendo que la destrucción del mismo importaría un menoscabo a su bienestar) que el recurso pudiera tener.

2.5 Método de valoración contingente

Constituye un método de valoración directa en tanto supone la inexistencia de una relación entre los bienes ambientales y los bienes normales y corrientes, en tanto el recurso ambiental que se analiza tiene un valor de no uso. En estos casos, y en tanto no se puede determinar en el comportamiento de las personas con respecto al bien privado, el valor que implícitamente le otorga al bien ambiental, resulta necesario preguntarle a las personas directamente respecto al valor que ellas le asignarían a determinados recursos ambientales. En éste tipo de método, corresponde partir de encuestas, entrevistas o cuestionarios mediante el cual el analista construye un mercado simulado para el bien ambiental objeto de estudio y trata de averiguar el precio que pagaría el entrevistado por el mismo. Generalmente, se estructuran en tres bloques: el primero contiene la información relevante sobre el objeto de valoración, el segundo se dirige a intentar averiguar la disposición a pagar (o, en su caso, la compensación exigida) de la persona por el mismo, y el tercero indaga sobre algunas de las características socioeconómicas mas

relevantes de acuerdo al problema objeto de estudio (renta, edad, estado civil, nivel de estudios, etc.). En tanto se trata de un método de valoración, resulta de extrema importancia que la entrevista contenga una pregunta precisa y concreta respecto a cuál sería el valor que el entrevistado le asigna a determinado bien o recurso ambiental, requiriéndole que exprese cuanto estaría dispuesto a pagar por el mismo, ya sea para mantenerlo, para mejorarlo en cuanto a su calidad o cualquier otra modificación positiva que se proponga, o sobre la compensación exigida para renunciar a ello. Aspectos positivos: Resulta un método que se caracteriza por la inmediación de la información, la misma se obtiene en forma directa de las personas, las cuales responden a la pregunta precisa del valor asignado a determinados bienes o recursos ambientales, ampliando el horizonte a los valores de no uso (no contemplados o incluidos en los métodos indirectos). Aspectos Negativos: Derivan fundamentalmente de la posibilidad de que las respuestas brindadas por las personas entrevistadas no reflejen la verdadera valoración que se le confiere al recurso analizado, como así también que las mismas no sean correctamente interpretadas por el encuestador.

3. Algunas consideraciones sobre los métodos económicos

Ahora bien, el breve análisis de los métodos económicos de valoración que precede, brinda una nueva perspectiva en la tarea de valuar un bien o servicio ambiental determinado.

A los fines de apreciar la aplicación de los mismos a un caso concreto, resulta útil y gráfico efectuar una breve referencia a un estudio ambiental relativo al valor de admirar los elefantes (John A. Dixon, Louise Fallon Scura, Richard A. Carpenter y Paúl B. Sherman – 1994). Según el mismo, los elefantes son recursos naturales únicos que son valorados por diversas razones: el marfil de sus colmillos puede ser comercializado: son vistos y fotografiados como una parte única de la vida salvaje, son la encarnación de recursos genéticos únicos con algún valor simplemente porque ellos existen. Las estimaciones monetarias del valor económico total de los elefantes requerirían sumar estimaciones de todas esas categorías valorativas. Mientras que el valor del marfil puede ser medido por transacciones en el mercado, las otras dos categorías o beneficios –su observación y su valor de existencia- no pueden ser cuantificados de una manera sencilla, dado que no existen mercados fácilmente ubicables para esos bienes y servicios.

El valor de apreciación de los elefantes puede ser estimado utilizando el método de costo de viaje. Los safaris a Kenya para ver y fotografiar elefantes se han hecho muy populares. Mientras que observar elefantes en su hábitat natural es una oportunidad única de vacaciones, los costos de entrada a los parques y reservas son habitualmente muy bajos y no hay estimaciones correctas del valor de tal oportunidad. Para bienes sin sustitutos próximos, tales como la rara oportunidad de ver un elefante en su medio salvaje, el excedente del consumidor (la diferencia entre el beneficio total derivado de la experiencia de observación y los gastos de admisión)

escapa a una apreciación de mercado y debe, en consecuencia, ser estimada por otros medios.

El estudio aludido utilizó el procedimiento de viaje como reconocimiento de que la gente llegada de diferentes lugares enfrenta diferentes costos para la misma oportunidad de ver elefantes. Por otro lado, en tanto que observar elefantes es solo una parte de la experiencia total del safari (aunque es una parte muy importante), no todo el valor de un safari puede atribuirse a los elefantes. Aislar la contribución de los elefantes al valor total del safari motivó una encuesta, en la cual se preguntó a los participantes como asignar el valor total del safari en cinco categorías: 1. Observar, fotografiar y aprender sobre vida salvaje; 2. Alojamiento, acompañantes y servicios, conductores; 3. Observar y aprender sobre África y sus culturas; 4. Descanso, relajación y compras; 5. Otras experiencias. Los entrevistados asignaron el 50% del valor total a la categoría 1 (observar la vida salvaje de todos los tipos). Asimismo, los encuestados fueron invitados a asignar el valor de observación de diversos tipos de animales que ellos esperaban ver en un safari: 1. Animales feroces (león, tigre, leopardo); 2. Observar grandes cantidades de casos de variedad de la vida salvaje; 3. Observar elefantes africanos; 4. Aprender sobre ecología y conducta animal; 5. Otros. Los encuestados asignaron 25% a la categoría 3 (observar elefantes). Los resultados de estas dos encuestas sugieren que observar elefantes significa alrededor de un octavo, o 12,6% del 'valor' de un safari promedio.

Quizás no sea probable utilizar alguno de los métodos analizados en un proceso judicial como único medio de prueba, en tanto que

los parámetros jurídicos para considerar un elemento probatorio como plena prueba pueden no resultar totalmente compatibles con los principios económicos que informan a aquellos. Sin perjuicio de ello, y como se podrá apreciar infra, en la búsqueda de una decisión jurisdiccional que repare integralmente el daño ambiental, resultará muy beneficioso para el Magistrado, hacer uso de nuevos criterios, buscar nuevos horizontes, incluir nuevos análisis, todo ello a los fines precedentemente expresados, siendo los métodos de neto corte económico buenos recursos de valoración en dicho rumbo que, integrados con otros elementos, podrán ser argüidos debidamente como fundamento de una decisión judicial.

Capítulo V

El proceso judicial por daño ambiental

1. La opinión de los Magistrados locales

Como puntapié inicial, se recabó información de los Magistrados correspondientes a la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba, respecto de distintas aristas que integran el proceso judicial por daño ambiental⁹. Ello a los fines de analizar aquellos puntos que pueden generar mayores conflictos a la hora de arribar a una sentencia integralmente reparadora del daño ambiental.

De las respuestas otorgadas puede advertirse que los Jueces aludidos son contestes en considerar que en función del bajo nivel de conciencia de la cuestión ambiental, las causas relacionadas con el daño al mismo resultan escasas. Ello genera que, frente a los pocos procesos judiciales por daño ambiental, los jueces asuman un rol mas activo, pero quizás no por estrategia, sino mas bien por la importancia de la temática y la novedad de dichas causas.

En cuanto a la relación entre el derecho a un ambiente sano y los derechos humanos, en general los Magistrados coincidieron en la siguiente consigna: la administración de justicia, el poder de imperio y la jurisdicción que el Estado les asigna por su función, les impone el deber de

⁹ Sobre la base del cuestionario que se transcribe en el Anexo I de la presente investigación.

garantizar el debido proceso. El respeto al mismo constituye, según los citados, el más importante de los derechos humanos que, debido a su función, deben honrar. En dicho rumbo, también coincidieron en general que el derecho a un ambiente sano constituye un derecho humano, como tantos otros derechos cuyo ejercicio se ventila por ante los Tribunales a su cargo. No obstante, la falta de una debida concientización acerca del mismo, limita inexorablemente su ejercicio por parte de la comunidad, circunstancia que provoca que sean pocas las causas que se inicien al respecto. Ejemplifican la situación haciendo referencia a la cuestión de violencia doméstica y familiar: En los últimos años se ha iniciado una importante campaña de lucha contra la misma lo cual ha repercutido en los Tribunales, en tanto han aumentado las causas donde se ventilan dichas situaciones. No ha sucedido lo mismo con la cuestión ambiental, aun cuando advierten que los distintos acontecimientos naturales acaecidos en los últimos tiempos, está provocando un cambio de visión: es necesario cuidar y proteger el medio ambiente.

Respecto al rol del juez en un proceso de daños, entienden que asumirlo en forma activa no es una facultad sino un verdadero deber impuesto por la ley. El juez en el proceso de daños debe ser un juez activo, salirse de la estructura dispositiva del proceso civil. Y quizás ese sea el mayor obstáculo, en tanto la ley les impone este nuevo rol para este determinado tipo de procesos. Teniendo en cuenta que no existe un fuero específicamente en materia ambiental, sino que éste es absorbido por el fuero civil, el cual se encuentra informado por principios generales tal como el dispositivo, el de bilateralidad y otros, resulta dificultoso asumir este nuevo rol

(activista), el cual en muchos casos es resistido por las propias partes. En materia ambiental el Juez debe encontrar el equilibrio entre el nuevo rol activo y el límite de su actuación extra petita o ultra petita. La clave para ello justamente radica en la materia que se ventila, esto es, la cuestión del daño ambiental el cual no solo genera un perjuicio particular, sino que como todo daño ecológico, tiene consecuencias para toda la comunidad (no solo local, sino también nacional, e inclusive internacional), tanto actual como futura. En general entienden que los mayores obstáculos son dos: Uno de ellos es justamente precisar en la práctica en qué consiste el rol activo que impone la ley, y el otro es la falta de recursos humanos (internos y externos al tribunal) para poder asumir dicho rol en debida forma.

En cuanto a los métodos de valoración económica del daño ambiental, aparece la cuestión relacionada a la falta de recursos humanos técnicos. En este sentido, los métodos de valoración mas conocidos y por ende, usualmente aplicables, derivan de las ciencias económicas; ámbito que supera en muchos casos los conocimientos técnicos jurídicos necesarios para ejercer la judicatura. El Poder Judicial de Córdoba carece de un equipo técnico especializado en la cuestión ambiental, aún cuando los profesionales de las ciencias económicas y de otras ramas del conocimiento científico dependientes del mismo se esfuerzan por colaborar en los procesos ambientales. Por otro lado, frente a un daño ambiental concreto, existe la posibilidad de requerir el auxilio de otras instituciones oficiales especializadas, pero se corre el riesgo de obtener información contaminada desde el punto de vista político (ello debido a que dichas instituciones al ser “oficiales”, dependen

del Poder Ejecutivo del Estado). Entonces, una de las mejores posibilidades frente a dicho panorama de situación, es requerir informes y asesoramiento a las instituciones académicas nacionales, las cuales, si bien dependen del Ministerio de Educación, mantienen su autonomía funcional. No obstante, ello ha provocado que las distintas Universidades especializadas en la materia a las cuales puede acudir, se encuentren abarrotadas de pedidos de asesoramientos, lo cual atenta en contra de la celeridad y acrecienta la posibilidad de agravamiento del daño ambiental ya producido.

Por último, existe coincidencia absoluta por parte de los Magistrados, que el fin último de la sentencia en el proceso ambiental, es lograr la reparación integral del daño. No obstante, también coinciden que resulta dificultoso lograrlo. En este sentido, entienden que lo más difícil es lograr que la sentencia en el proceso por daño ambiental trascienda el daño particular, y se proyecte a la efectiva reparación del daño ecológico propiamente dicho. En casi la totalidad de casos, el proceso se inicia con la interposición de una demanda particular tendiente a obtener una indemnización por un daño específico, el cual tiene relevancia ambiental (por ejemplo, el desecho de elementos tóxicos como fertilizantes, en la cuenca de un río que provoca daños en los fundos existentes a la ribera de ese mismo río). Entonces, desde el inicio, el reclamo se asemeja más a una cuestión netamente de corte civil, aun cuando el Magistrado no puede soslayar las consecuencias que dicho daño ocasiona y puede ocasionar, al medio ambiente. Por lo tanto, se debe intentar evitar que la sentencia en esos casos, se limite exclusivamente a la reparación civil del daño sufrido por el accionante, intentando que la misma sea reparadora también del

daño ambiental que el evento ha generado o puede generar. Ello solo se puede lograr, asumiendo un rol activo en el proceso ambiental, condenando a quien ocasiona el daño a repararlo civil y ambientalmente. Por tanto adquiere fundamental trascendencia la etapa de la ejecución de sentencia, debido a que el proceso ambiental no se agota con la resolución final condenatoria de una suma monetaria o a la realización de determinados actos tendientes a la reparación, sino que corresponde al Juez el debido contralor del efectivo cumplimiento de la sentencia. Esto es, que la indemnización ordenada para reparar el daño ecológico (más allá del netamente civil) sea debidamente destinada a dicha reparación y que las actividades dispuestas a tales fines sean efectivamente realizadas.

Las consideraciones efectuadas por los Magistrados resultan ricas en contenidos para analizar, siendo por ello que a continuación se abordarán aquellos tópicos que, según el criterio del suscripto, resultan determinantes a los fines de lograr el objetivo principal: una sentencia integralmente reparadora del daño ambiental.

2. Aspectos procesales de la acción por daño ambiental

Para ingresar al tema precedentemente expuesto, debe suponerse la existencia de una actividad degradante del medio ambiente, la provocación de un daño al mismo, y un reclamo judicial a los fines de su reparación. Sobre esta base fáctica, resulta menester reiterar que la

provocación de un daño al entorno natural, puede ocasionar dos menoscabos distintos entre sí: por un lado, el daño al medio ambiente en sí mismo, y por el otro, el perjuicio a un individuo o grupo de ellos en su patrimonio o salud, como consecuencia disvaliosa directa del daño apuntado en primer término.

En razón que, como ya se ha expresado, a nivel latinoamericano no existe una reglamentación propia y específica que regule como materia autónoma al daño al medio ambiente, solo pueden encontrarse disposiciones legales dispersas que intentan reencauzar las normas comunes de la responsabilidad civil a los casos judiciales de reparación del perjuicio al medio ambiente, pero sin lograr brindar una regulación integral del tema.

No obstante ello, pueden fijarse unas primeras bases procesales a los fines de la introducción judicial del reclamo por daño ambiental, a saber:

a) Competencia: En función de lo expuesto, y partiendo de la base que a nivel latinoamericano no se ha creado un fuero específico, resultan competentes los Tribunales Ordinarios conforme las reglas de competencia relativas a la responsabilidad civil (extra-contractual). vgr.: Ley General del Medio Ambiente (25675), Argentina, art. 32.

En este tema resulta relevante expresar que desde el punto de vista del daño ambiental, es factible asimismo el inicio de dos tipos de acciones: la tendiente a la reparación del perjuicio ocasionado, como así también la acción derivada del derecho procesal-constitucional que persigue la cesación del daño acaecido, como lo es la acción de amparo. En este último caso, y en función del control de constitucionalidad de carácter difuso existente

en Argentina, la competencia judicial se amplía notablemente, pudiendo interponérsela (en general) por ante cualquier Tribunal, en tanto tiene como finalidad lograr el efectivo ejercicio de derechos constitucionales (en el caso, los derivados del derecho a un ambiente sano y equilibrado) previstos en la Constitución Política.

La competencia que ejercita el Poder Judicial en materia ambiental se inscribe dentro de una estructura institucional que posee un rol de enorme trascendencia. El poder llegar a la justicia para lograr la defensa del bien jurídico ambiente es uno de los roles de mayor alcance, ya que es correlato del deber que los habitantes poseen de defensa del ambiente. Aparece así el derecho de acceso a la justicia, el cual ha sido definido por Elvira Méndez Pinedo (1998) como *“...el derecho humano mas básico y fundamental de todo Estado Social de Derecho, ya que consiste en el ejercicio de las acciones procesales necesarias para la defensa de los derechos sustantivos. Los nuevos derechos adquiridos en la sociedad moderna pueden ser caracterizados como derechos sociales y plantean un problema fundamental a la hora de garantizar su eficacia, sobre todo si afectan a intereses generales o difusos...”*.

Entonces el acceso a la justicia por parte de ciudadanos, ya sea individualmente u organizados en asociaciones en defensa de la calidad del ambiente, se presenta como un ejercicio sumamente importante de participación pública en el control de las acciones de autoridades o particulares que afectan, o pueden afectar, el ambiente así como también la efectiva aplicación de las normas ambientales. Así José Alberto Esaín (2008) ha

afirmado que “...el derecho genérico a la tutela judicial efectiva se fusiona con la estructura de la sostenibilidad para generar este derecho de acceso a la justicia en materia ambiental, el que surge como un elemento clave de la gobernabilidad en nuestros tiempos. El mismo derecho cuenta con un alcance específico en materia ambiental, lo que provoca una apariencia de mayor amplitud que en su modalidad genérica. Esto se produce en realidad porque estamos ante contenidos específicos. Esto provoca un cambio enorme en la competencia de los tribunales judiciales los que actuarán de otro modo cuando ante ellos aparezca un conflicto ambiental. Así esta jurisdicción sufre este cambio...”. Por tales motivos, en materia ambiental dicho instituto se encuentra establecido como un principio explícitamente recogido por el legislador argentino en el art. 32 de la ley general del ambiente, estableciendo que “...La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o alcance...”.

b) Legitimación activa: En general puede afirmarse que en este punto, las distintas legislaciones latinoamericanas aplican el principio de que “el interés es la medida de la acción”, siendo por ello que se encuentra activamente legitimado a demandar por daño ambiental toda persona física o jurídica que se vea afectada por una degradación al entorno natural en su doble faceta, ya sea individual como colectivamente. Por ello se ha legitimado activamente a los afectados, al Defensor del Pueblo, a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, al Estado (Ley General del Ambiente, Argentina, art. 30), a cualquier persona legalmente calificada como un

representante apropiado de los intereses de la colectividad (Ley del Medio Ambiente, Bolivia, art. 102), a las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a las personas naturales directamente afectadas (Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, Chile, art. 28), a las personas naturales, jurídicas o grupos humanos vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa (Ley de Gestión Ambiental, Ecuador, art. 43), etc.

c) Prescriptibilidad de la acción: En el ámbito del derecho común (civil), el principio es el de la prescriptibilidad de las acciones, lo cual importa que todas las acciones prescriben por el transcurso de un determinado período de tiempo de inactividad, la cual es entendida como desinterés en su ejercicio, castigando dicha inacción con la prescripción, todo en aras de la seguridad jurídica. Ahora bien, no obstante resultar aplicables dichas normas legales a la cuestión del daño ambiental, corresponde tener presente las propias y especiales características del mismo. En dicho rumbo, se advierte que es generalmente progresivo, acumulativo y de efectos sinérgicos, siendo por ello que pretorianamente se ha afirmado la imprescriptibilidad de la acción por daño ambiental. Ello así, en tanto se ha entendido que el menoscabo al entorno natural constituye una afectación que se verifica constantemente y reviste carácter actual, todo lo cual enerva el comienzo del plazo de prescripción.

Sin perjuicio de ello, debe efectuarse una interpretación equilibrada entre las expresas disposiciones aplicables (las propiamente ambientales y las subsidiarias derivadas del derecho común) y la especial

naturaleza del daño bajo lupa. Todo ello, desde el momento en que la imprescriptibilidad de las acciones constituye una excepción (de interpretación restrictiva, como toda excepción), pero sin perder de vista el norte de la cuestión apoyado en la naturaleza jurídica del daño que se pretende reparar, los mecanismos para tales fines y el principio precautorio en este tema (in dubio pro ambiente).

Si bien existen varias cuestiones procesales amen de las expuestas, la idea es intentar focalizar la dirección del presente análisis a la luz de una visión judicial, esto es, fundamentalmente bajo el prisma de la función jurisdiccional del Juez que debe resolver una acción por la cual se reclama un daño ambiental. Por tales motivos, y teniendo en cuenta lo expuesto, bajo la consigna de “aspectos procesales” quedarán en el tintero varios temas de gran importancia, pero que por la propia naturaleza del presente, exceden la idea de sentar unas “aproximaciones” de carácter general en la materia.

3. El principio precautorio.

3.1 La equidad intergeneracional.

Retomando la relación existente entre los Derechos Humanos y la temática ambiental, resulta pertinente recalcar una certeza: el estado de la naturaleza condiciona la vida humana, no sólo a escala individual, sino comunitaria y social. Como contrapartida, es la actividad humana la que

primordialmente condiciona este “estado” de la naturaleza. De éste simple razonamiento se derivan tres aseveraciones importantes: la degradación ambiental afecta el bienestar de las personas (vulnerando severamente los derechos humanos), esta degradación es causada por la conducta humana (lo que genera responsabilidad y obligación de reparar) y finalmente los problemas ambientales, generan situaciones que permanecen en el tiempo.

Las violaciones a derechos humanos originadas en problemas ambientales revisten una extrema gravedad ya que en la mayoría de los casos se trata de conductas o actividades sistemáticas, que afectan a grupos de personas o comunidades enteras, con continuidad en el tiempo y efectos que se multiplican y trascienden su origen, vulnerando múltiples derechos humanos. Son en especial los sectores más desposeídos, y por ende más expuestos, quienes soportan, casi sin oponer resistencia, las consecuencias de la degradación ambiental. Esta falta de reacción es atribuible a diversas razones, tales como: el desconocimiento imperante en torno a las consecuencias de la problemática ambiental; la escasa información disponible sobre situaciones potenciales o actualmente peligrosas, la no percepción de las víctimas de degradación ambiental como víctimas de violaciones de derechos humanos y la dificultad de acceder a la justicia. Gran parte de estos abusos se originan en consideraciones de provecho económico que importan un profundo desprecio por los derechos y la vida de las personas.

De ello se deriva la trascendencia de la función jurisdiccional en el ámbito de la reparación del daño ambiental, tanto desde el inicio con el acceso a la justicia, cuanto en el desarrollo del proceso ambiental

a los fines de lograr arribar a una sentencia que tienda a una efectiva reparación del daño ya provocado.

Para ello corresponderá tener presente, entre otras cosas, que la mayor parte de los daños ambientales son permanentes y difícilmente subsanables. Por esta razón los pilares del derecho ambiental que operan en este sentido son el principio de prevención y el principio precautorio. Este último específicamente regula la manera en que se debe actuar cuando la ciencia no da respuestas definitivas, entonces cuando la realización de una actividad genere dudas razonables acerca de la posible existencia de un perjuicio ambiental, la falta de certeza científica no podrá ser argumentada para justificar la realización del hecho potencialmente peligroso. La aplicación del principio precautorio, cuando existen elementos para suponer la violación o la posibilidad de violación de derechos humanos, es de vital importancia ya que los potenciales damnificados no siempre se encuentran en condiciones de afrontar los gastos que implican la realización de análisis e investigaciones científicas.

El principio precautorio cumple así una función protectora para las posibles víctimas al invertir la carga probatoria, y es por ello que debe ser considerado como criterio rector en el ámbito de las medidas cautelares, y por tanto, cuando surge un riesgo de daño irreparable a personas y/o medio ambiente, mediante la cautelar corresponde prevenir la acción amenazante hasta que se lleve a cabo la total consideración de los hechos principales.

Asimismo, la importancia del principio precautorio se acrecienta cuando se advierte que el daño ambiental (en general) no consuma

sus efectos en el presente, sino que estos se continúan y en ocasiones se agravan con el tiempo. El agotamiento y/o eliminación de los recursos no renovables; el deterioro del agua, el aire y los suelos; la pérdida de recursos culturales son algunos de los problemas que soportarán las generaciones futuras. Problemas originados por la conducta actual, sobre la base de decisiones tomadas, en muchos casos, con absoluta conciencia del daño que se está causando, que atentan contra la vida o la calidad de vida, producen efectos que no tienen posibilidad de mensurarse en el tiempo y terminan convirtiéndose en hipotecas de muerte que han de pagar las generaciones del futuro que en nada participaron de su gestión.

Así es como surge la *teoría de la equidad intergeneracional*, la cual recoge estas razones y parte de una premisa: cada generación es garante y usuaria del patrimonio común, natural y cultural. En tal sentido debe asumir la responsabilidad, moral y jurídica por la custodia de este patrimonio.

La equidad intergeneracional debe ser incorporada a las decisiones políticas y jurídicas en las que se implican cuestiones ambientales, a través de la adopción de criterios que tengan en cuenta la protección de los derechos de las generaciones futuras. En definitiva, dadas las características del daño ambiental, en los casos en que existan violaciones a los derechos humanos provocadas por problemas ambientales, deben incorporarse al razonamiento y decisión judiciales los principios del derecho ambiental para garantizar el pleno goce del derecho de acceder a la justicia, y con ello lograr una efectiva reparación.

3.2. Generalidades

La prevención de los daños comienza a ocupar un lugar privilegiado en la preocupación del jurista moderno. La obligación general de "no dañar" hace surgir inmediatamente la obligación de reparar el daño una vez que este haya acaecido. Sobre este supuesto se construyó, casi con exclusividad, la doctrina clásica, más preocupada por resarcir el daño ya producido que por prevenirlo. Solo en las últimas décadas se ha comprendido que se logrará una mayor efectividad del Derecho cuando el acento se coloque más en la prevención que en la reparación.

Si bien es cierto que la represión lleva implícita una vocación de prevención, ya que pretende evitar mediante la amenaza de una sanción que se produzcan daños, a menudo la coacción a posteriori se torna ineficaz. Una vez que se han producido las consecuencias nocivas la represión difícilmente compense los daños más graves y en muchos casos el dañador preferirá pagar una multa o una indemnización que cesar en su conducta. La tendencia en la actualidad es prevenir que el daño se produzca. En particular, cuando se ponen en juego intereses colectivos o difusos de una comunidad, como ocurre en el derecho ambiental, adquiere especial relieve la tutela preventiva.

Siguiendo a Augusto M. Morillo y Gabriel A. Stiglitz (1987), los remedios preventivos proceden cuando "*...se trata de contrarrestar los efectos lesivos que ya ha comenzado a originar una determinada actividad, con el fin de paralizar el daño, deteniendo su desarrollo. Tiene por objeto el*

daño todavía no provocado, pero que podría posteriormente ser causado si la actividad prosiguiera; actuando entonces después que el daño ha empezado a ocasionarse, para combatirlo obstaculizando su producción, atacándolo en su causa, en su raíz...". Sin embargo esta prevención no es solo deseable en el derecho ambiental, sino en general en un derecho de daños realmente moderno.

El deber de no dañar involucra la prevención, ya que los daños deben ser evitados, y de allí que en el moderno derecho de daños se autoricen mecanismos jurisdiccionales de tutela preventiva para evitar la realización posible del daño dando una solución ex ante. Claro está que las características propias del daño ambiental hacen que sea allí donde la prevención de los daños encuentre el ámbito más adecuado para germinar.

Como es sabido dentro de la etiqueta general de la prevención de daños pueden identificarse dos principios diversos desarrollados en el derecho ambiental: el de prevención y el de precaución.

El principio de prevención es definido en el art. 4 de la ley 25.675¹⁰ afirmando que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. La misma norma conceptúa el principio de precaución afirmando que la ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública. Este último principio, señala Néstor A. Cafferatta (2004), es un nuevo principio de la

¹⁰ Adla, LIII-A, 4.

responsabilidad civil sustentado en la función preventiva para neutralizar los riesgos de daños. El principio precautorio o de cautela será entonces una nueva dimensión tutelar en la responsabilidad civil incrementando el deber de diligencia para asegurar la prevención de riesgos que puedan ocasionar efectos calamitosos.

La diferencia esencial entre ambos principios radica en la certeza o falta de certeza científica ante la producción del daño. Es decir, en el principio de prevención se ignora si, en un caso concreto, el daño va a producirse o no, pero no se duda de la peligrosidad de una determinada cosa o actividad. Por otro lado, en el principio de precaución todavía existe incertidumbre científica sobre la relación causal entre una determinada tecnología y el daño que se sospecha fundadamente que puede ocurrir. Mientras que el principio de prevención encierra una conducta racional frente a un peligro cierto y mensurable por la ciencia, en el ámbito de la precaución se enfrenta un terreno de incertidumbres.

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, adoptada en Río de Janeiro en 1992, lo definió al principio de precaución en su artículo 3 apartado 1 estableciendo que "*...cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible...*". Por su parte la Comisión mundial sobre la

ética del conocimiento científico y tecnológico (COMEST)¹¹, órgano asesor de la UNESCO, ha propuesto la siguiente definición operativa de este principio: *"...cuando la actividad humana puede conducir a un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, diversas medidas pueden ser tomadas para evitar o disminuir la posibilidad de ese daño..."*. Conforme a la Comisión, que un daño sea moralmente inaceptable para los humanos o el ambiente implica que amenace la vida humana o la salud, seria y efectivamente en forma irreversible o sea inequitativo para las presentes o futuras generaciones o impuesto sin la adecuada consideración de los derechos humanos de aquello que son afectados. El juicio de plausibilidad debe estar basado en análisis científicos que deberían ser continuos por lo que las acciones elegidas se encuentra sujetas a revisión. En cuanto a la incertidumbre puede ser aplicada pero no necesariamente limitada a la causalidad o a los límites de los posibles daños.

Las acciones e intervenciones deben ser tomadas antes que el daño ocurra y deben buscar evitar o disminuir el mismo. Estas acciones deben ser proporcionales a la gravedad de los potenciales daños con consideración de las consecuencias positivas y negativas y con valoración de los efectos morales que puede acarrear tanto la acción como la inacción. La elección de la acción a tomar puede ser incluso el resultado de un proceso participativo.

¹¹ <http://www.most.go.th/comest/index.htm>

3.3. Aspectos prácticos

Mas allá que en el ámbito del derecho ambiental, resultan evidentemente mas provechosas las soluciones ex ante que las ex post, la medida precautoria, como antesala del procedimiento de daños, adquiere una gran importancia a los fines de evitar un mayor agravamiento del perjuicio ya acontecido.

Ahora bien, desde un punto de vista procesal o adjetivo, existe una gran gama de medidas precautorias tendientes a garantizar las resultas del proceso judicial, a los fines que la decisión que a su respecto disponga el Juez, no sea virtualmente de cumplimiento imposible o devenga en abstracto. En el ámbito del derecho tradicional de daños, mediante las cautelares, se pretende garantizar que quien resulte condenado, en su caso, pueda ser obligado coactivamente al cumplimiento de la sentencia mediante la cual, por ejemplo, se dispuso el pago de una determinada indemnización monetaria.

Si bien dicha finalidad ha de mantenerse en el proceso por daño ambiental, no debe soslayarse la naturaleza bifronte que posee, siendo por ello necesario ampliar dicho horizonte asignándoles a las mismas una función mas amplia, mediante el marco normativo denominado "*medidas cautelares innominadas*".

Entonces, no solo procederá por ejemplo un embargo preventivo sobre bienes de la parte demandada a los fines de garantizar el efectivo pago de una probable indemnización, sino también aquellas medidas

tendientes a evitar que el daño al entorno natural sea mayor, disponiendo el cese de las actividades contaminantes, o en su caso un debido control de las mismas bajo las pautas de un desarrollo sostenible, quedando para la instancia de la sentencia, la determinación de la existencia del daño, su extensión, valuación y forma de reparación del mismo, en su caso.

Para ello corresponderá sopesar, correctamente, el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, combinándolo con una caución o fianza que habilite a ordenar una cautelar que tienda, no solo a garantizar el efectivo cumplimiento de una probable condena indemnizatoria, sino también a evitar un agravamiento del daño ya acaecido. vgr.: Frente a un caso por el cual se demanda la reparación de daños ambientales a una determinada empresa dedicada a la cremación de cuerpos sin vida en función de la contaminación a la atmósfera por emisión de gases tóxicos (y con ellos olores nauseabundos), podría resultar procedente no solo la indisponibilidad de ciertos bienes registrables de titularidad de dicha empresa (para garantizar la posible y futura indemnización ordenada mediante sentencia), sino también la implementación por parte de la empresa demandada de un sistema de control de los gases que emanan de las cámaras crematorias que evite las emisiones tóxicas, dentro de un plazo prudencial y bajo apercibimiento de prohibir la continuación de las cremaciones en caso de incumplimiento, como así también la imposición de una sanción pecuniaria (astreintes, multas, etc.) para disuadir de conductas evasivas de la orden judicial.

En definitiva, la finalidad de estas medidas no debe ser la “sanción”, sino mas bien la prevención y, en su caso, la disminución o no

agravamiento del impacto ambiental derivado del perjuicio al entorno objeto del proceso judicial.

Asimismo, y dentro del marco de un proceso judicial, debe aceptarse también que este tipo de medidas de prevención pueden ser dispuestas por el Juez durante la tramitación del proceso. La circunstancia que se haya hecho una referencia a las mismas como estadio anterior a la acción propiamente dicha, ha sido al solo efecto de recalcar la gravitación que éstas tienen en la preservación y protección del medio ambiente. Despachar una medida de este tipo en los inicios del proceso judicial, en el cual transcurrirá un período de tiempo prolongado antes de arribarse a una resolución definitiva, obviamente que podrá resultar absolutamente beneficioso, en tanto que el paso del tiempo sin la toma de las medidas pertinentes, seguramente agravarán el daño que pudiere existir en el entorno natural.

4. Hacia una sentencia integralmente reparadora

Como ya se ha expuesto, el daño ambiental es en principio, el infligido a un patrimonio colectivo, de carácter natural, pero que no impide que algunas de sus manifestaciones puedan ser valoradas en términos económicos. Así es que, la contaminación de un río implica pérdidas cuantificables en relación con la disminución de la pesca y con ello de las capturas de los pescadores, pero lo que realmente interesa es la disminución, no valorable, de la biodiversidad. Similar situación acaece respecto del incendio

de un bosque, aunque las consecuencias en dicho caso pueden ser mas graves en función del incremento del efecto invernadero, pero dejándose aclarado y bien expresado que la totalidad de los daños ecológicos no solo son distintos, sino también superiores a la suma de los perjuicios ocasionados a los particulares, siendo relevante dicha cuestión a los fines de poder arribar a una decisión jurisdiccional de reparación integral del daño ambiental.

En dicho rumbo, y teniendo presente las especiales características del objeto de estudio, corresponderá primeramente, en caso que así haya sido demandado, discriminar el reclamo por el daño individual del efectuado respecto del daño ecológico puro, en tanto requerirán de un análisis diferenciado a los fines de arribar a una decisión reparadora de los mismos.

En cuanto a los daños individuales, resulta aplicable sin mayores inconvenientes, las reglas normativas de la responsabilidad civil, en tanto importan menoscabos a la salud y/o patrimonio de persona o personas determinadas.

Distinto es el caso del daño ecológico, frente al cual corresponde analizar inmediatamente, el ámbito de las perturbaciones ambientales producidas (podrán ser localizadas o difusas) y el alcance y gravedad de los perjuicios que las mismas han provocado (ordinarios o extraordinarios). Si bien todas las degradaciones al entorno natural repercuten negativamente en forma global, en algunos casos puede limitarse el ámbito de difusión de sus consecuencias, como sería el caso de la recuperación de hábitats, limpieza de suelos, depuración de aguas, etc. En otros supuestos, aquello es posible pero en parte, como el caso de la captación por los árboles

del CO₂ atmosférico; y en otros es directamente imposible, como la eliminación de residuos radioactivos de alta intensidad.

El primer obstáculo que puede presentarse, es la deficiente actividad probatoria ejercida en el proceso a los fines de acreditar las *circunstancias fácticas* supra mencionadas. En este aspecto, resulta provechoso hacer uso de las facultades otorgadas a los fines de disponer medidas probatorias de oficio, y así lograr determinar los extremos fácticos ya apuntados. Ya sea echando mano de medidas para mejor proveer, o bien haciendo uso de las facultades inquisitorias que en el ámbito del proceso por daño ambiental se ha reconocido a la Magistratura, todo ello manteniendo un adecuado equilibrio con el principio dispositivo que rige el procedimiento civil y en cumplimiento de la normativa legal vigente en la materia, respetando el carácter de orden público de la legislación respectiva.

En este sentido, el Juez debe asumir una nueva postura, un rol de juez director, dejando de lado el concepto iusprivatista individualista del daño resarcible para proceder a ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes confieran a los efectos de abordar y resolver justamente los litigios sobre cuestiones colectivas que involucran al interés público y tienen trascendencia institucional.

Entonces, fijado y establecido el daño ambiental, sus características, alcance y efectos de la mejor manera posible, corresponde introducirse en el análisis de la valoración del daño respectivo, para lo cual deberá partirse de la premisa que dicha valoración debe efectuarse bajo la consigna de la “reparación integral” del mismo.

En este estadio, surge un nuevo interrogante: Por un lado, es sabido que en cuanto al daño civil tradicional, en razón de los principios procesales que informan el procedimiento civil (de corte dispositivo), dicho daño debe ser reclamado y probado a los fines que la Judicatura pueda expedirse respecto del mismo. No obstante ello, idéntica situación deberá darse respecto del daño ecológico puro? Esto es, el Juez solo estará habilitado a expedirse en la medida del reclamo y prueba a su respecto?

Entiendo que la respuesta es parcialmente negativa, en tanto como se expuso, el Juez debe asumir una postura activa acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos. Esto implica que, presentada la demanda judicial por daño ambiental, mas allá de lo alegado y probado por las partes, corresponderá investigar debidamente la base fáctica, disponiendo las medidas que sean necesarias para la determinación precisa del daño, sus efectos y alcances, sin descuidar la bilateralidad del proceso, es decir, poniendo a disposición de las partes lo actuado de oficio para su observación y control. Piénsese que la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social siendo por ello necesario que los jueces insuflen una particular energía para hacer efectivos sus mandatos constitucionales.

Ahora bien, distinto es el tema de lo relacionado con la “ultra y extra petita”: El principio procesal de congruencia prescribe que el Juez no puede fallar más allá de lo pedido por las partes o una cuestión no requerida por ellas. Entonces el tema bajo lupa se oscurece aún más; será posible que el

Juez pueda expedirse respecto de un daño ecológico puro cuando en el proceso judicial pertinente solo se ha reclamado un daño individual derivado de una degradación ambiental? La respuesta no resulta nada fácil, sin embargo puede brindarse un principio de solución. Si tomamos como premisa inicial solo la posibilidad que el Juez decida sobre un daño ambiental que, desde un punto de vista difuso o colectivo, no ha sido reclamado, debe aceptarse una respuesta negativa. No obstante, podría aceptarse la posibilidad que, ante un caso como el expuesto, el Juez en ejercicio de sus funciones inquisitorias en cuanto se trata del entorno natural o medio ambiente, tome medidas tendientes a acreditar la existencia de un daño ecológico, las someta al debido control de partes, y en caso de determinarse el mismo, ordene medidas a los fines de restaurar el entorno degradado, disminuir el menoscabo e incluso disponer la debida reparación. Obviamente que esta posibilidad, implicará un mayor esfuerzo por parte el Tribunal pertinente, en tanto deberá advertir la posibilidad de un daño ecológico en el origen del proceso, a los efectos de poder tomar las medidas conducentes a su acreditación y alcance en una etapa del proceso que permita cumplimentar con la bilateralidad procesal y garantice el debido derecho de defensa en juicio, disponiendo la incorporación al proceso de los posibles afectados (tales como las asociaciones pertinentes, vecinos próximos al lugar del evento dañoso, incluso al Estado mismo) a los efectos que hagan valer sus derechos y así validar una decisión que importará obviamente el tratamiento de los derechos de las “partes” del proceso. vgr.: Se demanda a una empresa constructora reclamando los daños ocasionados con motivo de una edificación, a un fundo vecino. Una vez interpuesta la demanda y como

medida previa a imprimirle el trámite legal, podría disponerse la determinación del impacto ambiental de dicha obra. Y para el caso que el resultado de la misma establezca la posible existencia de un daño ecológico, disponer el trámite legal con la citación como “terceros interesados” de los restantes vecinos del inmueble donde se construyó la obra, de asociaciones con gravitación en la protección del entorno natural, incluso al mismo Estado correspondiente. De esta manera, el Juez atraerá al proceso a personas o grupo de ellas, interesadas en la protección del medio ambiente, en la etapa procesal oportuna, pudiendo las mismas expedirse respecto de la posibilidad del daño ambiental, incorporando formalmente la cuestión al proceso, y habilitándolo al Juez a expedirse al respecto en el momento de sentenciar, disponiendo entre otras medidas y a modo de ejemplo, la remoción de restos de hormigón esparcidos, su traslado a un lugar habilitado para tales fines, el rellenado de socavones para el emparejado del área, replantación de los elementos forestales devastados, etc.

Siguiendo con el presente análisis, corresponde avanzar aún más. Entonces, si en el proceso judicial se ha efectuado debidamente el reclamo por daño ecológico, como así también se ha determinado su existencia, gravedad, alcance y efectos, el Juez deberá por tanto ordenar su reparación, para lo cual podrá disponer:

a) La restitución de los recursos naturales y servicios a su estado básico o anterior al daño (reparación in natura). Si bien es la solución óptima, no es tan sencilla como parece, en razón que la recomposición del ambiente al estado anterior exige disponer de criterios científicos capaces de

calcular el grado de reconstitución del medio ambiente dañado, los cuales deberían encontrar recepción legislativa que garantice su aplicación efectiva, y de esa forma lograr que el estándar de reparación que se establezca en cada caso concreto se corresponda con el estándar de calidad ambiental que en ultima ratio defiende cada sistema jurídico. No obstante ello, esta medida de restauración que, como se dijo, resulta ser la óptima, ha tenido recepción en la legislación latinoamericana en forma prioritaria. Por todo ello, el Juez, en caso de admitir la demanda por daño ambiental, deberá buscar la forma de disponer la reparación in natura en tanto la misma es la reparación integral por antonomasia, y así lograr que el entorno natural degradado se restablezca a su estado anterior, siendo esta obviamente la solución mas lógica, coherente y justa.

b) Reparación in natura sustituta: En aquellos casos en los que no es viable una restauración del entorno ambiental a su estado anterior al daño, puede buscarse la reparación de otro bien dañado en sustitución de aquel que no puede ser restaurado. Sin perjuicio que este tipo de restauración no ha sido mayoritariamente acogido en la legislación latinoamericana, entiendo que su aplicación conlleva una cuestión no menor, y que es la determinación del o de los entornos naturales que deberían ser restaurados en sustitución de aquel al cual se le ha inflingido un daño ambiental irreversible. Por ejemplo: Una actividad contaminante en la cuenca del río de la Plata ha provocado la extinción de una especie de fauna autóctona. Dicho daño resulta irreversible, siendo por ello que se dispone en sustitución la limpieza y neutralización de contaminantes de la cuenca de un río afluente del río de la

Plata, degradado por otra actividad humana distinta, diferenciada e independiente de la precedentemente expuesta. No obstante, resulta una forma de reparación mas lógica que la indemnización, en tanto que se utiliza para la condena lo que se denomina “moneda ambiental”, de manera tal que si un daño al medio ambiente resulta irreversible, con motivo del proceso judicial iniciado a su respecto, se podría ordenar la restauración de otro menoscabo al entorno, reestableciendo en definitiva al medio ambiente en su conjunto. Mediante esta forma de reparación se evita tener que “reducir” al entorno natural a un valor monetario económico, disponiendo la sentencia judicial una reparación en la misma “especie” del daño que se ventila en dicho proceso judicial.

c) Indemnización: En aquellos casos en los que no es posible la restitución del ambiente al estado que guardaba antes que se produjera el daño (o también en forma subsidiaria a la reparación in natura), debe optarse por la solución prevista en la teoría clásica de la responsabilidad civil, determinando el valor de la indemnización correspondiente en términos monetarios. Sin intenciones de generar una especie de concientización pesimista sobre el tema, debe partirse de la base que este tipo de reparación siempre será deficiente por dos motivos: en primer lugar, en razón que la reparación optima es la in natura por medio de la cual se garantiza restaurar el medio ambiente al momento anterior de la generación del daño; y en segundo lugar debido a que no resulta nada sencillo expresar el valor de un daño ambiental a nivel dinerario, y si se lograra, queda un asunto pendiente de gran importancia: que la utilización de la indemnización tenga efectivamente efectos

beneficiosos en la mejora del medio ambiente (afectación de la misma). Este tema es de gran relevancia, debido a que si se dispone una condena monetaria, resulta necesario establecer el destino que se le dará a la misma, y la instrumentación pertinente para que ella sea utilizada fehacientemente en la “reparación” del entorno degradado.

Asimismo, y para el caso de resolverse judicialmente una condena indemnizatoria, existe una cuestión previa no menos complicada: la valoración del daño ambiental.

En este sentido, Lucía Gomis Catalá (1996) ha expuesto que *“...por definición, los recursos naturales se encuentran fuera del mercado (hors de marché), no se producen, no se consumen, están desprovistos de un precio: qué cuesta una ría no contaminada?, qué cuesta un área concreta de una zona de amortiguamiento de una reserva ecológica?, qué cuesta una especie en vías de extinción?, qué cuesta el riesgo de daño potencial que puede provocar el atentado a cualquiera de estos elementos naturales?...En cierta medida, evaluar el daño significa atribuirle un valor patrimonial y gestionarlo. Negar su evaluación para no patrimonializarlo implica la ausencia de conceptualización jurídica y económica de los atentados ambientales: en tal caso, la colectividad no tendrá mas remedio que asumir impasible la totalidad de la carga, probablemente la pérdida irreversible de los recurso naturales afectados...”*.

Por tales motivos, y siendo que en general los ordenamientos jurídicos dejan librado a la “sana crítica racional” de los jueces la determinación del valor del daño ambiental, sin establecer parámetros

objetivos para dicha tarea, frente a un proceso de este tipo, los Magistrados se encontrarán con el dilema de establecer el o los métodos para dicha valuación, todo ello a los fines de lograr arribar a una sentencia que prevea una reparación integral.

Así las cosas, y suponiendo que se encuentra determinado el daño ambiental, sus alcances y efectos (que como se expresó, no constituye un problema menor), el Juez probablemente se encontrará con dos obstáculos a los fines de la valuación: En primer lugar, que cualquiera sea el o los métodos utilizados, ninguno de ellos podrá determinar el valor real, justo y concreto del daño (no por asumir una postura negativa, sino simplemente porque el objeto que se pretende valorar no tiene un precio de “mercado”). Y en segundo lugar, la forma de introducir el o los métodos utilizados válidamente en el proceso judicial pertinente.

En el Capítulo IV, se esbozó una idea de algunos de los métodos de valoración del daño ambiental de neto corte económico, a los cuales me remito *brevitatis causae*. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que en el proceso civil por daños, existe libertad probatoria, lo cual importa que las partes podrán hacer uso de todos los medios de prueba que no se encuentren expresamente prohibidos, pero ello debe ser matizado con las especiales características del medio ambiente, que como tal, resulta de difícil valoración económica. Es por ello que, más allá de los elementos probatorios tradicionales, resultará necesario echar mano de métodos no convencionales (por lo menos en los Tribunales Judiciales) a los efectos de lograr valorar el entorno degradado, todo con una finalidad precisa: Arribar a una decisión

jurisdiccional que revista el carácter de reparadora en forma integral del daño acaecido.

Ahora bien, y sin perjuicio de la actividad probatoria de las partes en dicho sentido, el Órgano Jurisdiccional no puede limitarse a dirigir el proceso, sino que su participación debe ser activa para lo cual podrá disponer las medidas necesarias para una mayor aproximación al verdadero y real daño provocado al entorno natural y su correlativa valoración económica. Para ello, no solo se podrán solicitar informes a entidades oficiales avezadas en la cuestión ambiental, sino también requerir los dictámenes periciales a los auxiliares de la justicia para tales fines. Sea cual fueran las medidas o métodos que ordene el Juez interviniente, corresponderá revestirlos de la formalidad necesaria para lograr su inserción conforme a derecho en el proceso judicial respectivo para así habilitar que los mismos puedan ser invocados como elementos probatorios al momento de resolver. Esto importa que el Juez, en su ya ardua tarea, no solo deberá dilucidar la forma de arribar a una valoración del medio ambiente perjudicado lo mas justa que sea posible, sino que también deberá invertir grandes esfuerzos en la tarea necesaria para que su incorporación formal al proceso resulte jurídicamente válida, respetándose los principios procesales que rigen en la materia que tienen como norte la protección de los derechos de las partes, traducidos fundamentalmente en el debido derecho de defensa en juicio. Por ejemplo, requerir como medida para mejor proveer, dictamen pericial a un especialista en medio ambiente (vgr.: ingeniero en recursos naturales), determinando en forma precisa y concreta los puntos de pericia, disponiendo las medidas necesarias para el debido control

de partes, y haciendo conocer a las mismas su oportuna incorporación al proceso.

La ordenación de distintas medidas a los fines de determinar con precisión el daño al medio ambiente no debe ser asumida por el Juez para suplir la negligencia probatoria de una de las partes, sino como respuesta a su propia función y en cumplimiento de la facultad-deber que en el materia rige en función de las especiales características de la cuestión debatida, ya expresada oportunamente.

En dicho derrotero, el Juez también se enfrentará a otro obstáculo: Al momento de analizar el litigio, lo deberá hacer a la luz del sistema de responsabilidad civil tradicional? La pregunta es, quizás, un tanto capciosa, en razón que son las propias reglas de derecho civil las que rigen la cuestión, con las modificaciones introducidas por las leyes que regulan específicamente el tema ambiental.

Se debe tener presente que se está ante un proceso judicial, en donde los principales protagonistas son las partes, por tanto no debe resultar inocua para el Juez la actitud o tesitura que las mismas hayan asumido dentro del procedimiento, fundamentalmente respecto de la parte demandada, a quien se le reclama el resarcimiento de un daño al medio ambiente. En este sentido, vale manifestar que en el sistema tradicional de la responsabilidad, el principio general es la culpabilidad como factor de atribución, estableciéndose la responsabilidad objetiva solo como excepción, todo lo cual tiene una gran incidencia en el ámbito de la prueba y de la actividad procesal a cargo del demandado. En el terreno del daño ambiental,

en general las legislaciones latinoamericanas han adoptado el principio “el contaminador paga”, mediante el cual se intenta invertir el principio general del ámbito civil tradicional en lo relativo al factor de atribución, disponiendo una progresiva objetivación del mecanismo de la responsabilidad por daños al medio ambiente.

Ello se asemeja a lo que en el derecho argentino se denomina “el sistema de las cargas probatorias dinámicas”, mediante el cual se invierte la carga probatoria a aquel que se encuentra en mejores condiciones de probar, y si no lo hace, crea una presunción en su contra que habilita al Juez a tomar la misma como fundamento de su decisión. En síntesis: en el ámbito del daño ambiental, la responsabilidad no se impone solo en caso de culpa en la producción del daño, siendo por ello que por aplicación del principio “el que contamina paga”, el sistema de imputación se amplía objetivamente, asimilándose al sistema de la responsabilidad por el riesgo creado propio de la responsabilidad civil.

La aplicación de este principio tiene como finalidad no solo simplificar el proceso de daños evitando que el demandado se limite a negar los hechos, en tanto deberá esforzarse por demostrar que él no ha ocasionado daño alguno; sino también de esta forma disuadir a posibles contaminadores, en el sentido de ponerlos en conocimiento que en este ámbito, el que “contamina, debe pagar”.

Ahora bien, la aplicación de esta metodología debe efectuarse mediante un criterio compatibilizador con los principios procesales que informan el procedimiento civil. Por más que ya se ha manifestado en

innumerables oportunidades, nunca debe perderse de vista que el proceso por daño ambiental se rige por las pautas y reglas legales propias del daño civil tradicional, con las modificaciones que dispersamente han sido acogidas legalmente en los distintos ordenamientos jurídicos. Encontrar el justo equilibrio a los fines de una reparación integral, es tarea exclusiva del Juez, surgiendo obligadamente la siguiente pregunta: cómo hacerlo?

Lamentablemente, y como ya se ha advertido, desde un punto de vista legislativo, el Juez solo cuenta con algunas herramientas dispersas para afrontar dicha situación (fundamentalmente las facultades inquisitorias otorgadas legalmente en forma genérica), sin que existan parámetros normativamente previstos para utilizar como guía o punto de partida a los efectos de la determinación del daño ambiental. En definitiva, el Juez deberá hacer uso de su “sana crítica racional” (sistema que tampoco se encuentra extensivamente legislado) y así lograr arribar a una decisión que intente resultar integralmente reparadora, tarea harto difícil.

En este punto, e intentado proveer alguna otra herramienta para el Juez, resulta interesante hacer una breve referencia a la legislación italiana en la cual se brindan una serie de criterios mínimos que configuran el modelo que se ha denominado “reparación en equidad”. En dicho rumbo Lucía Gomis Catalá (1996) ha expresado que *“...cuando el juez sea incapaz de precisar la cuantificación del daño determinará el importe en vía equitativa, teniendo en cuenta la gravedad de la culpa individual, el coste necesario para la restauración y el beneficio conseguido por el transgresor a consecuencia de su comportamiento lesivo de los bienes ambientales. La jurisprudencia italiana*

también ha jugado un papel innovador al considerar que el juicio de equidad no supone establecer ‘a ojo’ la cuantía de la reparación sino una ponderada contemplación de todas las circunstancias del caso. Así, aparte de los criterios mencionados, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo 1990 advierte que la evaluación en equidad del daño puede efectuarse, si es necesario, teniendo en cuenta ‘el trastorno que la muerte de un animal puede provocar sobre el equilibrio del medio ambiente’, en la medida en ‘que el mismo constituye un componente vital de dicho equilibrio’ y, por último, autoriza al Juez a considerar ‘las estimaciones indemnizatorias establecidas para cada animal salvaje en las disposiciones administrativas regionales’. En relación con este último aspecto, hay que tenerse presente que el Juez goza de un margen de maniobra extraordinario contrarrestado únicamente por las investigaciones y pruebas presentadas sobre una materia que no le es en absoluto familiar, por tanto, cualquier orientación que aporte, por mínima que sea, una evaluación legal preestablecida le será siempre de gran utilidad...”.

La cuestión no es de tratamiento sencillo, en tanto entiendo que un sistema legal que disponga indemnizaciones a tanto alzado (à forfait) no constituye la panacea en el ámbito del daño ambiental, fundamentalmente porque cada litigio judicial tiene sus connotaciones propias que exigen ser analizadas en particular y también desde el momento que un sistema de indemnizaciones rígido como el ut supra aludido puede provocar que se incentive encubiertamente, como consecuencia y previo “estudio de costo-beneficio”, a provocar daños al entorno natural en tanto los mismos resulten económicamente convenientes (es decir, que una actividad contaminante sea

analizada desde el punto de vista de su beneficio, a la luz de las indemnizaciones ya pautadas legalmente, de manera tal que los particulares se vean incentivados a efectuar ciertas actividades degradantes en tanto la indemnización que por ellas deberían pagar resulta menor al beneficio que las mismas podrían redundarles, haciendo surgir de esa forma una especie de “derecho a contaminar”).

Por otro lado, resulta un sinsentido pretender relevar al Juez de su función jurisdiccional, la cual es valorar la litis bajo estudio, determinando la aplicación del derecho al caso concreto, condenando al demandado o rechazando la acción. No resulta ajustado a derecho pretender (solamente) la existencia de un listado de daños ambientales previamente tarifados mediante legislación vigente, en tanto que los mismos también tendrían sus aspectos negativos, porque tal como lo expone Lucía Gomis Catalá (1996) *“...la rigidez que entraña el modelo de la evaluación legal à forfait deja mucho que desear en términos de ‘justicia ambiental’: si la reparación in natura del daño ecológico se configura como una reparación relativa, mas alejada de la realidad parece mostrarse la compensación económica atendiendo a determinadas cantidades previamente establecidas. Ello no obsta, sin embargo, a que los baremos económicos constituyan un instrumento valioso para el Juez o la Administración cuando los mismos posean un mero valor orientativo, que no es poco...”*.

Entiendo que lo óptimo en la materia, es lograr un punto medio, de manera tal que los Magistrados puedan ejercer debidamente sus funciones, pero proveyéndoles de parámetros o criterios básicos que sirvan de

punto de partida para la correspondiente valoración y que se encuentren revestidos de la formalidad legislativa. Esto importa, brindarle al Juez una variada gama de herramientas legales de las cuales pueda echar mano para analizar correctamente el foco litigioso, pudiendo arribar a una decisión que, en su caso, disponga una indemnización integralmente reparadora del daño ambiental.

5. Valoración económica: criterios y directrices

Tal como se expuso precedentemente, el Juez hoy por hoy carece de criterios legales a partir de los cuales comenzar a analizar un caso de daño al medio ambiente, y así construir la decisión jurisdiccional respectiva. Sin perjuicio de ello, y en función que el Magistrado Judicial no puede excusarse por ausencia de legislación aplicable al caso concreto, sobre la base de la normativa existente en la materia y aplicación mediante del sistema de la sana crítica racional, el Juez debe analizar el proceso judicial por daño ambiental con las herramientas que hoy posee. Por tanto, y sin tener intenciones de cristalizar criterios de valoración del daño ambiental (lo cual, a su vez, sería imposible por la dinámica social y tecnológica que dicha cuestión contiene), pueden esbozarse una serie de directrices a tener en cuenta para un análisis integral de la valoración económica de la degradación al entorno natural; a saber:

a) Determinación del daño ambiental en su aspecto fáctico: alcance, zona o zonas afectadas, elementos y servicios naturales menoscabados, degradación de la biodiversidad, damnificados directos e indirectos (en su salud, patrimonio, psiquis, etc.), magnitud, gravedad, grado de irreparabilidad, consecuencias del mismo, posibilidad de reparación in natura, coste necesario para la restauración, etc.

b) Proyección del daño a futuro: posibilidad de restauración a estado anterior, consecuencias irreversibles del daño ya producido, existencia de afectados colectivos o difusos (generaciones futuras), prolongación de los efectos perjudiciales del evento dañoso.

c) Características del agente contaminante: actividad que desarrolla, valor del proyecto o actividad contaminante, rentabilidad (o beneficio) de la misma para el propio contaminante y para la zona afectada, accionar doloso o culposo, posibilidad de prever el daño ocasionado, existencia de seguro, etc.

d) Características de la zona afectada: Desde un punto de vista humano, social, paisajístico, con especial detenimiento en la relación económica y/o cultural y/o afectiva de la sociedad con el o los recursos o elementos naturales afectados, grado de sensibilidad social que existe respecto del valor e importancia de los bienes ambientales.

e) Principios específicos: reparación integral (en función del daño, prescindiendo de la gravedad del hecho), in dubio pro ambiente, contaminador-pagador, principio de proporcionalidad (entre los hechos que

causan el daño, el grado de responsabilidad que cabe a la persona del demandado y el monto de la indemnización compensatoria del mal causado).

Como se expuso, las supra aludidas son pautas que pueden hacer las veces de disparadores a los efectos de apreciar integralmente el daño al medio ambiente ocasionado, ello pues siempre que el análisis sea omnicomprensivo y no atomístico, bajo las pautas procesales pertinentes, a la luz de la sana crítica racional y con el debido respeto del derecho de defensa en juicio, teniendo como norte, arribar a una sentencia que resulte integralmente reparadora del daño ocasionado.

En definitiva, y no habiéndose establecido legalmente los criterios a seguir por el Juez en un proceso por daño ambiental, surge la necesidad de establecer ciertos parámetros en forma apriorística, que de alguna manera contemplen las diferentes aristas que puede presentar un caso de daño ambiental, para que el mismo pueda ser apreciado, valorado y analizado integralmente. Los criterios precedentemente expuestos tienden simplemente a poner en el tapete aquellas cuestiones fácticas, técnicas, sociales, culturales y económicas que necesariamente deben ser tenidas en cuenta a los efectos de tener una aproximación del verdadero valor de los bienes y recursos ambientales. Mientras no existan criterios legales en tal sentido, el Juez deberá en cada caso concreto, no solo establecer los criterios de valoración, sino también fundarlos debidamente a los fines de poder asentar sobre los mismos, una decisión jurisdiccional válida y reparadora del daño respectivo.

6. Efectividad de la decisión jurisdiccional

De lo hasta aquí expuesto, se advierte la relevante función del Juez en su desempeño judicial relativa a la reparación del daño ambiental. Labor para la cual el Juez debe asumir nuevos roles, más activos, en función de tener que analizar, valorar y en su caso, disponer la reparación de un bien jurídico con características propias y especiales. No obstante ello, y luego que a lo largo del proceso judicial se determine cuál ha sido el daño, su alcance, sus consecuencias, se lo valore debidamente y en función de los criterios propios para lograr una visión integral del mismo, queda pendiente una cuestión no menor: Cómo disponer su reparación? Cómo lograr la efectividad de la sentencia?

Ya se expuso cuáles son las distintas tipologías de reparación, entonces, a los fines que la decisión jurisdiccional que intente establecer una reparación integral sea fehacientemente efectiva, será necesario que la misma contenga precisa y bien establecida la forma de reparación del daño respectivo, y no solo con una expresa alusión de si es in natura o de carácter indemnizatorio, sino una detallada determinación de procedimientos, plazos, directivas y demás elementos cuya efectiva aplicación se traduzca en una eficiente reparación del menoscabo al entorno natural, el cual, como tal constituye el fundamento del derecho a un ambiente sano y saludable para todos.

En dicho rumbo, a continuación se analizarán dos casos jurisprudenciales en los cuales se aprecia una importante y acentuada voluntad judicial en lograr la tan mentada efectividad de la decisión jurisdiccional.

6.1. Consejo de Defensa de Estado c/ Empresa Cía. Industrial Puerto Montt¹².

Con fecha 02 de abril de 2004, se confirmó la resolución del Juzgado de Letras de la localidad de Puerto Montt, República de Chile (con algunas reformas solo referidas a los montos indemnizatorios), por la cual se había hecho lugar a la demanda de reparación e indemnización de perjuicios por daño ambiental iniciada por el Consejo de Defensa de Estado en contra de la Empresa Compañía Industrial Puerto Montt S.A.

En dicho proceso se reclamó a la parte demandada los daños ocasionados con motivo del inicio del proyecto Cascada Chile, el cual consistía en la construcción y operación de un complejo maderero en Bahía Ilque. Sin perjuicio que dicho proyecto no llegó a concretarse, con motivo de la realización de algunos trabajos preliminares se produjeron daños de consideración a dos sitios arqueológicos ubicados en la bahía aludida, los cuales habían sido descubiertos al realizarse la línea de base del Estudio de Impacto ambiental.

¹² Recuperado de www.achidam.cl/Achidam_jurisprudencianac.html, contiene referencias al fallo de 1ra. Instancia del Juez de Letras, Rol.: 612-99 y a la sentencia de la Corte de Apelaciones, Rol.:11652; ambos de la ciudad de Puerto Montt, República de Chile.

En definitiva, se acoge favorablemente la acción, disponiéndose la reparación del daño ambiental ocasionado. Si bien se condenó a la demandada al pago de una indemnización monetaria, también se dispuso la realización por parte de la misma de ciertas acciones tendientes a recomponer el entorno natural dañado a una calidad similar a la que tenía antes del evento dañoso. De tal guisa, el Órgano Judicial ordenó:

a) Impedir toda obra física que implique alteración de la superficie y subsuelo en que se encuentran los sitios arqueológicos, salvo aquellas que digan relación con excavaciones arqueológicas sistemáticas;

b) Impedir el tránsito de vehículos en el camino abierto (que provocó el daño);

c) Cercado de protección de los perímetros de los sitios arqueológicos;

d) Señalización mediante letreros que indiquen la condición de monumento arqueológico protegido legalmente;

e) Estabilización de los taludes con miras a impedir la erosión pluvial, fluvial y por desplazamiento de materiales;

f) Estabilización y fijación de la base del curso de agua;

g) Cobertura de los sectores alterados con material estéril;

h) Desarrollar acciones de investigación y difusión relacionadas con los sitios arqueológicos.

Mediante este caso, se advierte que el Órgano Judicial interviniente, dispuso en forma expresa la manera de hacer efectiva la resolución condenatoria a los fines que la misma no quede reducida a una

mera expresión de deseos, estableciendo debidamente las medidas necesarias para restaurar (en lo posible) el entorno natural perjudicado.

6.2. Mendoza Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros¹³.

La Corte es llamada a pronunciarse frente a una demanda que es interpuesta por un grupo de vecinos domiciliados en diferentes lugares de la cuenca Matanza-Riachuelo que persigue la obtención de "una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación de la cuenca". El reclamo va dirigido en contra de los gobiernos nacional, de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires y contra cuarenta y cuatro empresas situadas a proximidad de la cuenca. La demanda funda principalmente la pretensión en la falta de cumplimiento de los tres niveles de gobierno citados, de sus obligaciones en relación con la protección de sus recursos naturales al no haber cumplido con las disposiciones ambientales vigentes, dado que desviaron fondos específicos hacia objetivos ajenos a la solución de la problemática ambiental denunciada y por no ejercer sus facultades de control e implementar políticas preventivas idóneas al respecto. Al mismo tiempo se demanda a las empresas por realizar vuelcos directos al río de residuos peligrosos sin que se hayan llevado a cabo previamente las medidas necesarias para impedir o minimizar las consecuencias de ese

¹³ Caso judicial sometido a competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Se hace referencia a los siguientes fallos emitidos por el mas Alto Tribunal Judicial: fecha 23/02/07, publicado en DJ 2007-I,1073; fecha 20/03/07, cita fallos Corte 330:1158; fecha 08/07/08, cita fallos Corte 331:1622; fecha 06/04/10, cita on line AR/JUR/4187/2010; fecha 17/02/11, cita on line AR/JUR/422/2011. Todos recuperados de la página www.laleyonline.com.ar.

proceder. Los actores solicitan la creación de un "Fondo de Asistencia y Remediación Ambiental" como medida innovativa y/o autosatisfactiva, solicitud que fundan en el art. 34 de la ley 25.675¹⁴ (Ley General del Ambiente). Ello, junto a otras medidas encaminadas a lograr la satisfacción en tiempo oportuno de lo reclamado. Dirigen igualmente su mirada hacia el Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, al requerir que se le ordene la reanudación y finalización de todos los trabajos previstos en su plan de gestión.

En ese marco los vecinos hacen un planteo que contiene dos esferas de daños. Por una parte, el resarcimiento por la producción de daños de tipo individual que se habrían ocasionado de resultas de la situación ambiental existente, por otra parte, se pretende la protección de un bien de incidencia colectiva que es el ambiente.

La Corte Suprema se declara competente, en función de lo dispuesto por el art. 117¹⁵ de la CN, solo para entender en lo relativo a los daños de incidencia colectiva; entendiendo que las reclamaciones individuales deben ser reformuladas por los demandantes ante los tribunales que resultaren competentes.

A lo largo de la tramitación del proceso judicial de cita (desde su inicio hasta la sentencia definitiva inclusive), la Corte Suprema ha tomado una serie de medidas que fijan importantes criterios en la materia, a saber:

¹⁴ Adla, LXIII-A, 4

¹⁵ Art. 117 CN: En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

a) Equidad intergeneracional: En primer lugar, considera que tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el caso sub examine se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, entiende que debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de años irreversibles, corresponderá analizar el resarcimiento respectivo. Luego señala los motivos que generan un cometido reforzado de parte de los jueces para hacer que se cumpla lo estipulado en el art. 41 CN¹⁶. El razonamiento se apoya en la noción de derecho-deber que presenta esta prerrogativa, que hace que quien produce un daño al medio ambiente como bien colectivo lo está causando a sí mismo. Aquí se pone igualmente el acento a la noción de equidad intergeneracional contemplado en la mencionada cláusula constitucional que es tomada de la Declaración de la Conferencia de Río (ECO 92) que queda estampada en la Constitución Nacional cuando al calificar al ambiente manifiesta que debe ser apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

b) Fondo Especial en materia ambiental: Respecto de la solicitud de un fondo especial, la Corte Suprema entendió que no contaba con información suficiente para hacer lugar al mismo. La Ley General del Ambiente

¹⁶ Art. 41 CN: Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

crea un Fondo de Compensación Ambiental en su artículo 34. El mismo, según lo expresa la norma, deberá ser administrado por la autoridad de cada jurisdicción con la finalidad de prevenir efectos nocivos para el ambiente, preservar al mismo y sus elementos, y atender las emergencias ambientales. La ley también asigna a las autoridades la facultad de determinar que dicho fondo podrá contribuir a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado. Finalmente la citada ley señala que una norma especial establecerá la organización y administración de dicho fondo.

c) Facultades ordenatorias e instructorias: Toma las resoluciones que en primer lugar hacen a la determinación de su competencia originaria y luego a una serie de requerimientos que son dirigidos en primer término a las empresas y después a los Estados. Las primeras deben informar sobre aspectos que permitirán conocer el modo como cumplen con las obligaciones que se derivan del marco jurídico vigente, en particular de la ley 25.675 (Ley General del Ambiente), la que en adelante es tomada como pauta principal para la fijación de las obligaciones a cargo de cada una de las categorías de demandados —personas privadas y personas públicas, en ese orden—. Aparece la necesidad de que las empresas cuenten con plantas de tratamiento y la obligatoriedad de los seguros ambientales. Asimismo se las emplaza a éstas para que en un plazo de treinta días informen sobre los líquidos que vuelcan en el río. A los estados, dentro del plazo señalado, se les exige la presentación de un "plan integrado basado en el principio de progresividad". A ello se agregan los diferentes instrumentos previstos en la

Ley General del Ambiente: ordenamiento ambiental del territorio; control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, estudio de impacto ambiental de las empresas involucradas; programas de educación y de información pública ambiental.

Por otro lado, invocando el principio según el cual la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la recomposición ambiental y resarcimiento colectivo, los cuales consisten en un mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados¹⁷. De esta forma, determina en forma precisa los pasos a los fines de lograr un cumplimiento efectivo de lo resuelto y evitar así que la resolución emanada no se agote en una mera sentencia declarativa.

d) Participación ciudadana: Convoca a las partes a una audiencia pública en la sede de la Corte a los efectos de que informen oral y públicamente sobre todo lo solicitado por el mas Alto Tribunal, difiriendo la decisión sobre las medidas cautelares, para después de la audiencia referida. De esta forma la Corte Suprema tiende al cumplimiento del principio 10 de la Declaración de la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992. Ello debido a que el logro de soluciones que persigan las exigencias del desarrollo sustentable necesita de amplios consensos, y para ello se deben concretar los canales de participación más adecuados. La materia ambiental y la gestión de los recursos naturales han permitido, a lo

¹⁷ Ver Anexo II

largo de las últimas décadas, una cada vez más importante presencia ciudadana en todas las decisiones que atañen a estas dos cuestiones. La legislación y las prácticas de las democracias más desarrolladas así lo demuestran. Esto ha sido posible gracias a un rol muy activo de la sociedad civil, liderado en gran parte por organizaciones no gubernamentales. Asimismo se ha producido a través de ciertos mecanismos como las audiencias públicas y la administración coparticipada, entre muchos otros, que han procurado la creación de espacios propicios para la concreción de distintos tipos de participación. Y en dicho sentido se encuentra regulada la participación ciudadana en la Ley General del Ambiente, en tanto el art. 2 de la misma determina entre los objetivos de la política ambiental nacional; "...c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión...". Asimismo, también se establece que "...toda persona tiene derecho a opinar en procedimientos administrativos que se relacionan con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general..." (art. 20). En otra de las disposiciones se impone la necesidad de acudir a estos procedimientos de "consultas o audiencias públicas" para autorizar actividades que "puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente". También deberán asegurarse estas instancias, según el legislador, "...en los procedimientos de evaluación del impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio..." (art. 21). En relación con este último el art. 10 expresa que: "...El proceso de ordenamiento ambiental, teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, (...) y, promover la participación social en las decisiones fundamentales

del desarrollo sustentable...". En suma, la ley presenta un esquema muy amplio para la participación ciudadana, ya que las disposiciones mencionadas integran una suerte de sistema abarcativo de un abanico de posibles institutos adecuados para el cumplimiento de esa finalidad.

e) Intervención de terceros interesados: Por un lado, la Corte Suprema entiende apropiado contar con elementos cognoscitivos y técnicos a fin de dictar el pronunciamiento que impone el asunto, siendo por ello que ordena la intervención de la Universidad de Buenos Aires a fin de que, con la actuación de los profesionales universitarios que cuenten con los antecedentes y conocimientos necesarios y apropiados en orden a las diversas temáticas ambientales, proceda a emitir un informe técnico sobre la cuestión ambiental. Por otro lado, estima ajustado a derecho que las asociaciones y fundaciones que en sus estatutos tienen objetos relacionados con la protección del medio ambiente se encuentren legitimadas para intervenir como terceros en una acción tendiente a recomponer el ambiente ante la existencia de contaminación, pues ejercen el derecho que les asiste para accionar en cumplimiento de una de las finalidades de su creación, lo cual permite concluir que no defienden un interés general y difuso de que se cumpla con la Constitución Nacional y las leyes, sino intereses legítimos para que se preserve un derecho de incidencia colectiva. Asimismo, deja constancia que quienes son actores en una causa en la cual persiguen el dictado de una medida cautelar innovativa y autónoma invocando la condición de afectados en forma directa por el daño a la salud que padecen con motivo de la contaminación ambiental imperante en la zona que habitan, no están legitimados para intervenir en otro

expediente en pos de la tutela del medio ambiente como bien de incidencia colectiva, en tanto por aplicación de la legislación vigente (art. 30 de la ley 25.675) se excluye la facultad de promover una nueva demanda o reclamación cuando la pretensión ha sido introducida con anterioridad por algunos de los titulares reconocidos en ese texto legal.

6.3. Algunas consideraciones sobre los fallos comentados

De acuerdo a lo expuesto, puede apreciarse que en estos casos jurisprudenciales los Tribunales intervinientes adoptan un rol distinto al que puede observarse en los procesos de neto corte civil por daños y perjuicios. En los casos citados, y a los fines de lograr una sentencia integralmente reparadora del daño ambiental, el Órgano Judicial va mas allá, dictando sentencias que no solo prevén la condena por daño ambiental, sino que establecen en forma precisa y circunstanciada un plan de acción o programa de prevención y reparación del daño ya ocasionado.

Entiendo que ésta es la única forma de arribar a una sentencia integralmente reparadora del daño ambiental, y por tal motivo importa necesariamente que el Magistrado redoble esfuerzos, ya que no será suficiente elaborar una fundamentada doctrina judicial a los fines de basamentar la decisión de hacer lugar a una demanda por daño ambiental, sino que deberá asumir una perspectiva a futuro y, sobre la base de conocimientos técnicos en la materia, establecer el modo o la forma en que esa condena se

hará efectiva. Todo ello a los efectos de una concreta y efectiva reparación del daño al medio ambiente ya producido, evitando desde ya mayores consecuencias negativas del mismo.

Por otro lado, estimo de suma importancia la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la participación social en los temas relacionados al medio ambiente, lo cual se observa desde el momento en que fijó audiencias públicas y habilitó la intervención de terceros interesados en el proceso. Mas allá que ello implicó el cumplimiento de normativas de fondo y adjetivas, entiendo que el efecto mas importante que provocó fue justamente la concientización social sobre el debate relacionado al daño al medio ambiente. Ello desde el momento en que el más Alto Tribunal de Justicia de Argentina, mediante las decisiones adoptadas respecto de los temas supra aludidos, provocó una especie de debate popular. El seguimiento del caso no solo fue realizado por las publicaciones editoriales jurídicas, sino que fue incluido en todos los medios masivos de comunicación. Con ello se obtuvo un efecto multiplicador en la concientización sobre el tema, lo cual ha sido (amen de los criterios rectores sentados en la materia) uno de los mayores logros obtenidos mediante una decisión jurisdiccional.

Entonces, cuando el Órgano Judicial asume un rol activista en la materia ambiental integrando las medidas estrictamente técnico-jurídicas con otras tendientes a lograr una mayor concientización en la población, un mayor compromiso ciudadano, una mayor intervención de distintos organismos de defensa de los Derechos Humanos y Ambientales, también logrará por

añadida una mayor efectividad de la resolución judicial a la que en su oportunidad arribe.

En síntesis, y como se ha expresado supra, la función judicial en el tema requiere un redoblado esfuerzo y un gran cúmulo de responsabilidades, si lo que se pretende es arribar a una decisión que prevea una reparación integral del daño ambiental ventilado y que la misma, sea efectiva en su cometido. Solo así logrará que la acción judicial respectiva se erija en una herramienta útil y accesible al justiciable como elemento de defensa de un derecho básico y natural (que puede ser afectado directa y/o indirectamente por la actividad del hombre), como lo es el relativo a un ambiente sano y equilibrado.

Conclusiones

De acuerdo a lo expuesto a lo largo de la presente investigación, puede afirmarse que en los casos de actos agresivos contra el medio ambiente, las indemnizaciones, cuando se obtienen, generalmente son parciales y no llegan a cumplir la función jurídica de reparación de los daños causados. Esto ocurre como consecuencia de una visión asistemática y parcial de este tipo de situaciones que no contempla la dimensión y el carácter específico del daño ambiental. Por otro lado, cuando se producen daños ambientales la posibilidad de retrotraer las cosas a su estado anterior se vuelve dificultoso o casi imposible. Esto otorga al derecho ambiental un fuerte carácter preventivo y la reparación de los daños causados debe incorporar también este elemento. La reparación debe contemplar los daños que los damnificados sufrieron de la manera más completa posible, incluyendo no sólo las pérdidas patrimoniales directas sino también aquellas relacionadas con los efectos a largo plazo que el daño pueda ocasionarles. Asimismo, en estos casos, no pueden excluirse de las reparaciones la recomposición de los ambientes dañados, de otra manera el foco causante de violaciones de derechos humanos permanece y genera nuevas e inocentes víctimas.

Los daños al medio ambiente, amen de revestir una extrema gravedad per se, importan una verdadera violación a los derechos humanos ya que en la mayoría de los casos se trata de conductas o actividades sistemáticas, que afectan a grupos de personas o comunidades enteras, con continuidad en el tiempo y efectos que se multiplican y

trascienden su origen, vulnerando múltiples derechos esenciales. Son en especial los sectores más desposeídos, y por ende más expuestos, quienes soportan, casi sin oponer resistencia, las consecuencias de la degradación ambiental, gran parte de estos abusos se originan en consideraciones de provecho económico que importan un profundo desprecio por los derechos y la vida de las personas.

Frente a este contexto y desde un punto de vista legislativo (nacional e internacional), el derecho ambiental ha tenido a lo largo de estos últimos años un gran desarrollo, pero no resulta suficiente teniendo en cuenta la importancia de la cuestión, la dimensión de la problemática suscitada en torno al mismo y la urgencia en la protección al entorno natural. Efectivamente, el derecho ambiental seguirá avanzando y contemplando nuevos horizontes como es propio en la dinámica de la materia que regula, no obstante el peligro que dicho ordenamiento jurídico devenga inefectivo, está latente. Su desarrollo debe ser incentivado y acompañado no solo con políticas ambientales y el correlativo accionar del Estado, la comunidad debe tomar cartas en el asunto concientizándose de la importancia del tema ambiental y las probables y funestas consecuencias.

Así es como el Poder Judicial se erige como uno de los mecanismos imprescindibles en la defensa del medio ambiente, en tanto que una correcta recepción jurisprudencial de los reclamos ambientales no solo propenderá a su protección, sino también producirá un efecto disparador no solo en la sociedad (concientización) sino también en los restantes Jueces (creación de precedentes jurisprudenciales).

En dicho rumbo los Magistrados no tendrán un recorrido sencillo, sino mas bien espinoso y arduo. No contarán con una variada gama de herramientas legales para afrontar, valorar y resolver los litigios derivados del daño ambiental, pero por la propia función jurisdiccional que invisten deberán apelar a la sana crítica racional, siempre guiada por el sentido común, nutriéndose de otros elementos quizás no tan familiares en la ciencia del derecho, pero necesarios en esta especial rama jurídica. Todo ello en aras de arribar a una decisión judicial integralmente reparadora del daño ocasionado, echando mano para ello de un agudo sentido crítico y de valoración del objeto del litigio. Obviamente que todo ello implicará mayores y prolongados esfuerzos, pero en la medida en que con ellos se logre hacer “justicia” protegiendo y preservando el entorno natural, también se estará consolidando un futuro para las próximas generaciones y un bienestar para las actuales.

Al fin y al cabo, el medio ambiente es el medio natural de vida del género humano, siendo esencialmente lógico que se tienda a su protección, ello no en función de una retórica optimista, sino más bien de la propia naturaleza y condición humana.

ANEXO I

Cuestionario remitido vía mail a los Magistrados de la 2da. Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba

Cuerpo del mail

“Estimado Sr. Juez en lo Civil de la 2da. Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba: En mi carácter de Funcionario Judicial (Secretario a cargo de la secretaría nro. 10 del Juzgado Civil y Comercial de 1ra. Instancia y 5ta. Nominación de la segunda Circunscripción Judicial de Córdoba), me dirijo a V.S. a los fines de solicitarle tenga a bien colaborar respondiendo el cuestionario que en forma adjunta le remito. Me encuentro realizando una investigación relacionada al proceso judicial ambiental, ello con motivo de estar cursando una Maestría profesional en Derechos Humanos por ante la U.N.E.D. (Costa Rica). El cuestionario que le adjunto contiene ocho preguntas de las cuales las primeras tres, son de carácter cerrado, y por tanto debe optar por una de las respuestas posibles. En cuanto a las restantes, son preguntas abiertas, en las que su opinión al respecto será de gran valor para la investigación supra aludida. Asimismo, todas las preguntas fueron formuladas para que Ud. las evacue en función de su investidura, siendo por ello procedente tomar como parámetro para contestarlas el ejercicio mismo de su judicatura. Por otro lado, debo expresarle que las respuestas serán confidenciales y anónimas, y por tanto no se comunicarán datos individuales. Agradezco su colaboración y aprovecho para enviarle un muy cordial saludo”

Documento adjunto: “Preguntas”

1) Desde su función como Magistrado, cuál considera que es el nivel social de conciencia respecto de la cuestión ambiental?

Alto Moderado Bajo Nulo.

2) Cual es el porcentaje de procesos judiciales, sometidos a su decisión, en los cuales se ventilen cuestiones relacionadas al daño ambiental?

Alto Moderado Bajo Nulo

3) Cuál es el porcentaje de procesos judiciales ambientales, sometidos a vuestra intervención, en los que haya asumido un rol más activo u oficioso?

Alto Moderado Bajo Nulo

4) Considera que el derecho a un ambiente sano constituye un derecho humano? Porqué?

5) Estima que es posible asumir un rol activo en el proceso de daños? Porqué? En su caso, cuáles son los límites u obstáculos para asumir dicho rol? Cuáles son sus pro y contras?

6) Cuáles son los métodos de valoración económica utilizados o que utilizaría, a los fines de cuantificar el daño ambiental? En su caso, determine el fundamento legal para el uso de los mismos.

7) Considera que es posible dictar una sentencia integralmente reparadora del daño ambiental? Porqué?

8) Estima pertinente efectuar alguna observación relacionada a la temática del cuestionario?

ANEXO II

Considerando nro. 17 de la sentencia dictada el día 08/07/08, cita fallos Corte 331:1622

“...17) Que por la presente sentencia la Autoridad de Cuenca queda obligada a cumplir el siguiente programa:

I) Objetivos:

El programa debe perseguir tres objetivos simultáneos consistentes en:

- 1) La mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca;
- 2) La recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos);
- 3) La prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción.

Para medir el nivel de cumplimiento de esos objetivos la Autoridad de Cuenca deberá adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición que se encuentran disponibles e informar al tribunal competente para la ejecución de esta sentencia en un plazo de 90 (noventa) días hábiles. El incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

II) Información pública.

Organizar, en un plazo de 30 (treinta) días hábiles, un sistema de información pública digital vía internet para el público en general, que de modo concentrado, claro y accesible, contenga todos los datos, informes, listados, cronogramas, costos, etc., actualizados, que fueron solicitados en la resolución de fecha 22 de agosto de 2007.

El incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

III) Contaminación de origen industrial.

- 1) la realización de inspecciones a todas las empresas existentes en la cuenca Matanza-Riachuelo en un plazo de 30 (treinta) días hábiles;

2) la identificación de aquellas que se consideren agentes contaminantes, mediante el dictado de la resolución correspondiente;

3) la intimación a todas las empresas identificadas como agentes contaminantes que arrojan residuos, descargas, emisiones a la Cuenca Matanza-Riachuelo, para que presenten a la autoridad competente el correspondiente plan de tratamiento, en un plazo de 30 (treinta) días hábiles contados a partir de la fecha de la notificación de la resolución de la Autoridad de Cuenca que se contempla en el punto anterior;

4) la consideración y decisión dentro del plazo de 60 (sesenta) días hábiles por parte de la Autoridad de Cuenca sobre la viabilidad y, en su caso, aprobación del plan de tratamiento a que se refiere el punto anterior;

5) la orden para las empresas cuyo plan no haya sido presentado o aprobado, luego de la resolución de la Autoridad de Cuenca que así lo establezca, de cese en el vertido, emisión y disposición de sustancias contaminantes que impacten de un modo negativo en la cuenca. El dictado de la resolución que así lo disponga no podrá exceder el plazo de 180 (ciento ochenta) días contados a partir de la presente;

6) la adopción -por parte de la Autoridad de Cuenca- de las medidas de clausura total o parcial y/o traslado. Estará facultada para extender el plazo o proponer alguna otra medida cuando se acredite que existe imposibilidad económica de pagar los costos de tratamiento o cuando exista una situación social de gravedad;

7) la puesta en conocimiento -por parte de la Autoridad de Cuenca- de las líneas de créditos existentes y disponibles para las empresas, a tales efectos;

8) la presentación en forma pública, actualizada trimestralmente, del estado del agua y las napas subterráneas, además de la calidad del aire de la cuenca;

9) la presentación en forma pública, detallada y fundada del proyecto de reconversión industrial y relocalización en el marco del Acta Acuerdo del Plan de acción conjunta para la adecuación ambiental del polo petroquímico de

Dock Sud, las empresas involucradas, población afectada, convenios firmados, etapas y plazos de cumplimiento;

10) la presentación en forma pública del estado de avance y estimación de plazos de las iniciativas previstas en el Convenio Marco Subprograma Federal de Urbanización de Villas y Asentamientos precarios - Saneamiento de la Cuenca Riachuelo-Matanza - Primera Etapa, del 21 de noviembre de 2006.

El incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en cada etapa, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

IV) Saneamiento de basurales.

Respecto de la tarea de saneamiento de basurales prevista en el Plan Integral Matanza-Riachuelo, la Autoridad de Cuenca deberá:

1) Asegurar en un plazo de 6 (seis) meses la ejecución de:

a) las medidas necesarias para impedir que se sigan volcando residuos en los basurales -legales o clandestinos- que serán cerrados;

b) las medidas para implementar el programa de prevención de formación de nuevos basurales a cielo abierto presentado ante esta Corte;

c) las medidas para erradicar las habitaciones sobre los basurales y posteriormente impedir la instalación de nuevas habitaciones sobre los mismos.

2) Ordenar la erradicación, limpieza y cierre en el plazo de 1 (un) año, de todos los basurales ilegales relevados por la Autoridad de Cuenca.

3) Concretar el plan de Gestión Integral de los Residuos Sólidos Urbanos (GIRSU) presentado ante esta Corte, con particular énfasis en la construcción de los centros integrales GIRSU.

El incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en cada etapa, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

V) Limpieza de márgenes de río.

Respecto de la tarea de limpieza de márgenes del río prevista en el Plan Integral Matanza-Riachuelo, la Autoridad de Cuenca deberá informar en forma pública, de modo detallado y fundado:

1) la finalización de la etapa de desratización, limpieza y desmalezado de los cuatro sectores individualizados en el Plan Integral Cuenca Matanza-Riachuelo, incluyendo los plazos de cumplimiento y los presupuestos involucrados;

2) el avance de las obras para transformar toda la ribera en un área parqueada, de acuerdo a lo previsto en el Plan Integral Cuenca Matanza-Riachuelo, incluyendo los plazos de cumplimiento y los presupuestos involucrados.

VI) Expansión de la red de agua potable.

Respecto de la tarea de expansión de la red de agua potable prevista en el Plan, la Autoridad de Cuenca deberá informar públicamente, de modo detallado y fundado, sobre el plan de ampliación de las obras de captación, tratamiento y distribución a cargo de AySA (Aguas y Saneamientos Argentinos) y del Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (Enohsa), con particular énfasis en la información relativa a las obras que debían ser terminadas en 2007; a las obras actualmente en ejecución; al inicio de la ejecución de las obras de expansión de la red de agua potable en el período 2008/2015. En todos los casos deberán incluirse los plazos de cumplimiento y los presupuestos involucrados.

El incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en cada etapa, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

VII) Desagües pluviales.

Respecto de la tarea de desagües pluviales prevista en el Plan Integral Matanza-Riachuelo, la Autoridad de Cuenca deberá informar públicamente, de modo detallado y fundado, sobre el plan de obras de desagües pluviales, con particular énfasis en la información relativa a las obras que debían ser terminadas en 2007; a las obras actualmente en ejecución; y al inicio de la ejecución de las obras para expandir la red de desagües pluviales en el período 2008/2015. En todos los casos, deberán incluirse los plazos de cumplimiento y los presupuestos involucrados.

El incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en cada etapa, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

VIII) Saneamiento cloacal.

Respecto de la tarea de saneamiento cloacal prevista en el Plan Integral Matanza-Riachuelo, la Autoridad de Cuenca deberá informar públicamente, de modo detallado y fundado, sobre el plan de ampliación de las obras a cargo de AySA (Aguas y Saneamientos Argentinos) con particular énfasis en la información relativa a las obras que debían ser terminadas en 2007; a las obras actualmente en ejecución, especialmente sobre las previstas para la construcción de la primera etapa de la planta depuradora Berazategui y sus emisarios, sin perjuicio de lo que oportunamente resuelva esta Corte en las causas M.60.XLIII; M.61.XLIII; M.72.XLIII; M. 2695.XXXIX; y M.2714.XXXIX "Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas S.A."; y al inicio de la ejecución de las obras de expansión de la red cloacal en el periodo 2008/2015, detallando las obras contempladas en la construcción de la planta de tratamiento denominada Capital, Ciudad Autónoma o Riachuelo y sus emisarios. En todos los casos deberán incluirse los plazos de cumplimiento y los presupuestos involucrados.

El incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en cada etapa, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

IX) Plan Sanitario de Emergencia.

Atento al incumplimiento de los informes especificados a fs. 1445/1445 vta. y 1446 y teniendo en cuenta las observaciones oportunamente formuladas por las Facultades de Medicina y de Farmacia y Bioquímica, de la Universidad de Buenos Aires, con referencia al aspecto sanitario del Plan Integral de la Cuenca Matanza-Riachuelo se requiere a la Autoridad de Cuenca que:

1) En un plazo de 90 (noventa) días realice mapa sociodemográfico y encuestas de factores ambientales de riesgo a los efectos de:

a) determinar la población en situación de riesgo;

b) elaborar un diagnóstico de base para todas las enfermedades que permita discriminar patologías producidas por la contaminación del aire, suelo y agua, de otras patologías no dependientes de aquellos factores y un sistema de seguimiento de los casos detectados para verificar la prevalencia y supervivencia de tales patologías;

c) elaborar un Sistema de Registro y Base de Datos -de acceso público- de las patologías detectadas en la Cuenca;

d) especificar las medidas de vigilancia epidemiológicas adoptadas en la zona de emergencia.

2) Cumplidos los requerimientos del punto 1 deberá, en un plazo de 60 (sesenta) días elaborar y poner en ejecución programas sanitarios específicos para satisfacer las necesidades de la población de la Cuenca.

El incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en cada etapa, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca...”.

Bibliografía

Azqueta Oyarzun, Diego. (1994) Valoración Económica de la calidad ambiental; Ed. McGraw-Hill.

Azqueta Oyarzun, Diego. (2002) Introducción a la Economía Ambiental; Ed. McGraw-Hill Profesional.

Beltrán, Miguel. (2000). El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de investigación. García Manuel et all compiladores. Alianza Editorial. Tercera edición. Madrid.

Bordenave, Sofía y Romina Picolotti. (2002). Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente – Informe sobre Derechos Humanos y medio Ambiente en América. Recuperado de <http://www.cedha.org.ar/docs/doc93-spa.htm>.

Cabanillas Sánchez, Antonio. (1996). La reparación a los daños al medio ambiente. Aranzadi Editorial. Navarra. España.

Cafferatta, Néstor A. (2004). Principio precautorio y derecho ambiental. La Ley, 2004-A, 1202.

Camacho Monge, Daniel. (2002). Fundamentos de Sociología. Editorial Universidad Estatal a Distancia. Novena reimpresión. San José.

Castanion del Valle, Manuel. (2006). Valoración de Daño Ambiental. PNUMA. Serie de documentos sobre Derecho Ambiental. Edición 2006.

Cayuso Susana G. y Verónica Ientile – Coordinadoras- (2009). Constitución de la Nación Argentina comentada. La Ley. Buenos Aires. Argentina.

Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. (2004). Sexto Certamen de Ensayo sobre Derechos Humanos. El Derecho Humano a un ambiente sano. México. Recuperado de <http://www.bibliojuridica.org/presenta.htm>.

Consejo de Defensa de Estado. (2004). Cumplimiento de la legislación ambiental y reparación de daños al medio ambiente – Ponencia de taller de capacitación. Santiago. Chile.

Cossari, Maximiliano N.G. (2008). Los daños y perjuicios y el principio de precaución en la jurisprudencia reciente. Publicado en: DJ 23/04/2008, 1053-DJ 2008-I, 1053.

de Miguel, Carlos. (2003). Valoración Económica de la Degradación Ambiental. Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina – Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental. Septiembre 2003. Buenos Aires. Argentina.

Dixon, John A., Louise Fallon Scura, Richard A. Carpenter y Paul B. Sherman. (1994). Análisis Económicos de Impactos Ambientales. El valor de admirar elefantes. Edición Latinoamericana. Fuente Gardner Brown, Jr. y Wes Henry. (1989). The Economic Value of Elephants. LEEC Paper 89-12. London. IIED/The London Environmental Economics Center.

Esain, José Alberto. (2008). Competencias Ambientales. El Sistema federal ambiental. Fuentes. Distribución y alcances de las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales. Presupuestos mínimos de protección. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.

Franco del Pozo, Mercedes. (2000). El derecho humano a un ambiente adecuado. Cuaderno Deusto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao. España.

Garrido Cordobera, Lidia M.R. (2004). La cuantificación de daños. Un debate inconcluso. Publicado en: LA LEY 2007-D, 1204-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 819.

Goldenberg, Isidoro H. y Cafferatta, Néstor A. (2002). El principio de precaución. Jurisprudencia Argentina, 2002-IV-1442.

Gomis Catalá, Lucía. (1996). Responsabilidad por daños al medio ambiente. Publicación Elcano (Navarra). Aranzadi.

González Márquez, José Juan. (2003) La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina. PNUMA. Serie de documentos sobre derecho ambiental. Edición 2003.

Hernández Sampieri, Roberto; Carlos Fernández-Collado y Pilar Baptista Lucio. (2006). Metodología de la Investigación. Ed. McGraw-Hill. Cuarta edición. México.

Jarque, Gabriel Darío. (2010). Gestión Judicial de conflictos ambientales. Induvio Editora. Buenos Aires. Argentina.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. (2006). Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA). Publicado en: Acad.Nac. de Derecho 2006 (julio), 1.

Méndez Pinedo, Elvira (1998). La protección de consumidores en la Unión Europea. Marcial Pons. Madrid.

Mertehikian, Eduardo. (2010). Arbitraje y resarcimiento del daño ambiental ¿Es posible su combinación en el derecho argentino?. Publicado en LA LEY 30/09/2010, 1.

Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel A. (1987). Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia. La Ley, 1987-D, 364.

Pastorino, Leonardo F. (2005). El Daño al Ambiente. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.

Pearce, David. (1976). Environmental Economics. Longman. Londres. UK.

Peña Chacón, Mario e Ingrid Fournier Cruz. (2004). Derechos Humanos y Medio Ambiente. Revista Lex Difusión y Análisis, año VIII, agosto 2004, número 110, México. Revista Digital de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, número 4, noviembre de 2004, Paraguay, www.idea.org.py/rda/.

Prysmas – Calidad y Medio Ambiente. (2009). Metodologías de Valoración Económica de los Daños Ambientales. Recuperado de http://www.cma.gva.es/comunes_asp/documentos.

Rosatti, Horacio D. (2004). Derecho ambiental constitucional. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina.

Sabsay, Daniel Alberto. (2006). La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la Cuenca Matanza-Riachuelo. Publicado en: LA LEY 2006-D, 280.

Tripelli, Adriana B. (2008). La protección internacional del ambiente en el siglo XXI. Lexis Nexis. Buenos Aires. Argentina.

Vals, Mario F. (2008). Derecho Ambiental. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.

Vázquez García. (2004). La responsabilidad por Daños al Ambiente. Memorias del Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. México.