

Voces: DERECHO ADMINISTRATIVO ~ RESPONSABILIDAD OBJETIVA ~ RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ~ RESPONSABILIDAD SUBJETIVA ~ CULPA ~ RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ DERECHO AMBIENTAL ~ DERECHO DE PROPIEDAD ~ DAÑO AMBIENTAL ~ MEDIO AMBIENTE ~ BIEN JURIDICO PROTEGIDO ~ BIODIVERSIDAD ~ CONTAMINACION AMBIENTAL ~ DELITO ECOLOGICO ~ ECOSISTEMAS ~ IMPACTO AMBIENTAL ~ INTERESES DIFUSOS ~ LEGITIMACION ~ DERECHO COMPARADO ~ RECURSOS NATURALES ~ RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO ~ DERECHO A LA JURISDICCION ~ LEY GENERAL DEL AMBIENTE ~ FONDO DE COMPENSACION AMBIENTAL

Título: El daño ambiental colectivo

Autor: Hutchinson, Tomás

Publicado en: LA LEY 23/11/2009, 23/11/2009, 1 - LA LEY2009-F, 1265

Cita Online: AR/DOC/393/2009

Sumario: I. Diferentes tipos de daño ambiental. — II. El daño ambiental colectivo o daño ecológico. — III. Conclusión.

Abstract: En los temas ambientales la función del Estado debe resultar robustecida, ante el espontaneísmo de las fuerzas del mercado que han causado, como es sabido, los problemas que hoy padece el ambiente y que no podrán ser resueltas simplemente por contraataques igualmente espontáneos. Para ser eficiente y eficaz, debe fortalecerse el Estado, pero todo parece indicar que esta criatura es una especie en vías de extinción, en tanto que las fuerzas del mercado hasta ahora se pavonean ostentándose como la gran dictadura del porvenir.

I. Diferentes tipos de daño ambiental

Cabe distinguir los daños provocados al ambiente en si mismo de aquellos que afectan la salud o los bienes de las personas que son causa del menoscabo de un patrimonio concreto [\(1\)](#). Los primeros, que son los que voy a analizar someramente en este trabajo, se encuentran sometidos a las normas y principios del Derecho constitucional (en sus elementos básicos) y del Derecho administrativo, mediante la regulación que establecen las leyes y reglamentos dictados en ejercicio del poder ordenador o de la potestad legislativa ambiental [\(2\)](#).

II. El daño ambiental colectivo o daño ecológico

1. Apreciaciones preliminares

En la sociedad masificada actual se presentan nuevas técnicas industriales peligrosas y grandes manifestaciones dañosas. Las soluciones comunes del instituto de la responsabilidad no siempre dan respuesta a los nuevos problemas, como típica consecuencia de la inadecuación de aquellas en determinados sectores que en diversos modos inciden sobre los bienes de relevancia colectiva. Uno de los ejemplos más típicos y representativos lo constituye el ambiente, donde nos solemos encontrar con una víctima de tipo plural: la comunidad o la colectividad o grupos de ésta.

En general cuando se habla de los daños producidos al ambiente desfilan antes nuestros ojos acontecimientos de magnitud como la eliminación de residuos nucleares o el uso de agentes químicos en la guerra, etc., no obstante los daños ambientales que son consecuencia de accidentes sólo constituyen una pequeña parte de los que se producen hoy en día en el mundo. Las emisiones de instalaciones industriales y de vehículos de motor contaminan la atmósfera y provocan la muerte de los bosques; las aguas residuales de las ciudades y las agrarias degradan las aguas superficiales y subterráneas. Las sustancias peligrosas depositadas en el pasado contaminan el suelo. El daño ecológico surge cuando se llevan a cabo actividades que implican un deterioro del ambiente en cuanto tal, entendido como bien de titularidad colectiva. La emisión de gases, polvos y humos, así como los vertidos industriales, constituye la causa más frecuente de estos daños ambientales. Ello no sólo ocurre con los grandes accidentes ecológicos, sino que los daños ocasionados por estas actividades, que no constituyen accidentes en sí, son menos espectaculares, pero, en contrapartida, son más frecuentes y por ello más necesitados de medidas de reparación [\(3\)](#).

Cuando se produce un daño normalmente nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad individual

—producido por uno o varios sujetos individualizados o por cosas pertenecientes a uno o varios sujetos también determinados—, más en materia de daños ambientales puede ocurrir que el sujeto dañador no esté individualizado entre los componentes de un grupo de posibles responsables. Pueden darse, en este caso dos situaciones: a) autor indeterminado dentro de un grupo determinado; y, b) autor indeterminado dentro de un grupo también indeterminado. Estamos ante lo que ha dado en llamarse la responsabilidad colectiva. Cabe decir que la doctrina distingue entre ese tipo de responsabilidad (la causa del daño es individual aunque ignorada) y el daño causado colectivamente (la causa del daño es grupal); se trata de los daños causados colectivamente (4). Ahora bien, cualquiera sea la causa de los daños estos pueden ser sufridos por algunos particulares determinados o por la colectividad o por ambos conjuntamente. A los daños al ambiente sufridos colectivamente me voy a referir.

El tratamiento de la cuestión va a ser efectuado desde el punto de vista de la degradación ambiental en relación a la colectividad, sin analizar si el daño ha sido causado por un individuo determinado o ignorado o si son producidos grupalmente (ignorados o no sus autores). No vamos a detenernos a analizar si siendo plural la intervención hay: a) causalidad conjunta o común (varios individuos cooperan al resultado dañoso); b) causalidad acumulativa (varios individuos actúan de tal forma que sus conductas, independientes entre sí, habrían producido el mismo daño de haber actuado aislados, pero se atribuye a todos y cada uno el resultado final); o c) causalidad disyunta o alternativa (la consecuencia final se atribuye a uno u otro de manera excluyente).

El problema, como puede colegirse, no lo encontramos cuando el daño es producido por el Estado a un particular; sino que lo que habremos de determinar es si el daño al ambiente, en general, es un daño que merece reparación, que es, por cierto, la esencia de la responsabilidad, ya que el daño sólo es merecedor de reparación cuando implica la lesión de un interés jurídicamente protegido (5).

Existen dificultades para delinear el régimen jurídico de este tipo de responsabilidad, por eso lo único que voy a intentar es precisar sus líneas maestras y los aspectos característicos de ella, que la diferencian de la responsabilidad general.

2. Concepto

A. En doctrina

Cuando no está disciplinado legalmente el daño ambiental, como ocurre en algunos ordenamientos (6), no se hace fácil su configuración, fundamentalmente porque los fenómenos que afectan al ambiente se caracterizan muy a menudo por su gran complejidad. CABALLERO (7), sostiene que es daño ecológico todo daño causado directamente al medio ambiente en cuanto tal, independientemente de sus repercusiones sobre las personas y sobre los bienes. Si se atendiera a tal concepto, debería eliminarse una masa considerable de daños causados a las personas y a los bienes por "nuisances". Por otra parte, cabe señalar que no es razonable pensar que toda modificación de la naturaleza implica necesariamente un daño (8).

Como dice CABANILLAS SÁNCHEZ admitir la existencia de los daños ecológicos, es reconocer que al lado del daño material, corporal o moral causado al hombre o a sus bienes, existe una nueva categoría de daños causados al ambiente (9). Sin duda, a partir de la reforma constitucional de 1994, semejante categoría de daños es reconocida por nuestro derecho positivo (art. 41 C.N.), pero aunque no lo fuera, no sería una razón para rechazar sistemáticamente tal teoría. La originalidad del daño ecológico, la complejidad de los problemas del ambiente que suscita su desconocimiento, merecen que los juristas lleven a cabo un esfuerzo de imaginación, aunque no dejemos de pensar que siempre ese daño está referido al ser humano.

PRIEUR (10) hace una distinción que me parece importante, y que coincide con la diferenciación que en su momento adopté (11), aunque no exactamente con la terminología. Así diferencia entre los daños por contaminación, que serían sufridos por patrimonios identificables y particulares (o públicos), y los daños ecológicos propiamente dichos, sufridos por el medio natural en sus elementos inapropiados e inapropiables y que afectan al equilibrio ecológico en tanto que el patrimonio es colectivo (aunque también podría considerarse estatal, como hace la legislación italiana). A menudo un mismo accidente entraña los dos tipos de daños. De esa manera pone en evidencia la especificidad del daño ecológico.

Al hablar de una especie de bienes colectivos pareciera que retornáramos a los orígenes pretorianos del Derecho romano, pues debe verse que el daño causado a esta clase de bienes, es un daño en sentido jurídico. Por

ello paradójicamente en el mundo actual globalizado económicamente y donde el individualismo se ha exacerbado, volvemos, como a la época romana a la función social del Derecho y a los bienes colectivos.

La doctrina colombiana, especialmente la administrativa, ha entendido que el daño ecológico "... es más un daño a las relaciones del ecosistema que a las cosas, debido a que provoca la ruptura de ciertos equilibrios ambientales con profundas consecuencias al medio y largo plazo. El daño ambiental incluye el concepto de riesgo o peligro, caso en el cual el mecanismo de la responsabilidad debe fundarse en medidas preventivas que cesen en sus efectos potencialmente nocivos, permitiendo incluso la indemnización de los costos de reparación del daño probable, situación que se regula en el ámbito del derecho administrativo..."(12).

Cabe destacar que el Tribunal Constitucional ha considerado "... que el daño al ecosistema, así ello se haga en desarrollo de una explotación lícita desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de conducta antijurídica (arts. 80 y 95.8 C. P.)"(13).

Con esa base, puede deducirse que la jurisprudencia constitucional colombiana lo que hace es afirmar el daño ecológico, como un daño de carácter público al definirlo antijurídico (14). Luego, cabe deducir que en la jurisprudencia constitucional citada se plantea la base para la configuración de la responsabilidad por daños ecológicos dentro del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado. La definición del daño al ecosistema como daño antijurídico responde a la orientación dada por el constituyente de 1991, según el cual el principio de responsabilidad se funda en la idea de la antijuridicidad. No obstante, debe aclararse que ni los artículos 79 y 80 de la C. P., ni las leyes existentes (ley 23 de 1973 o decreto n° 2811/1974) en materia de protección de la naturaleza, determinan en modo alguno la naturaleza del daño o de la responsabilidad que pueda imputarse cuando éste se produce.

Además, debe señalarse que en la jurisdicción ordinaria, la responsabilidad por daño ecológico se ha fundado en la tesis de los problemas de vecindad o del daño anormal. El daño puede ser el resultado: a) tanto de causas objetivas, como de causas subjetivas (es aplicable en el régimen de la responsabilidad por culpa o falla del servicio, como en el de la responsabilidad por riesgo); b) La configuración de la responsabilidad fundada en la existencia de este daño exige dos condiciones: que se trate de un daño antijurídico; y, que el daño causado sea imputable a una persona de derecho público; c) Su fundamento constitucional se encuentra en lo prescrito en el artículo 90, con base en el cual se articulan los principios de responsabilidad, solidaridad e igualdad; y, d) Debe existir un título jurídico con base en el cual se atribuya a una acción, o a una omisión, o a un deber del Estado la responsabilidad por el daño causado (15).

En el derecho brasileño la doctrina científica sostiene "... una bifurcación del daño ambiental: de un lado, el daño público contra el medio ambiente, que es un bien de uso común del pueblo (art. 25 C. Federal), de naturaleza difusa, asignado a un número indefinido de personas, siempre debiendo cobrarse por acción civil pública o acción popular y siendo la indemnización destinada a un fondo; por otro lado, el daño ambiental privado, que da lugar a la indemnización dirigida a la recomposición del patrimonio individual de las víctimas (16).

Aparece como una concepción patrimonial del daño ecológico. En su primera manifestación, en lugar de definirse, se busca atribuir los intereses que subyacen a la naturaleza y a sus componentes en cabeza de todos los ciudadanos (17); en tanto que, en su segunda manifestación, no se trata del daño ecológico propiamente, sino de los daños patrimoniales que se pueden reproducir como consecuencia de la contaminación que se produzca (18).

Sin embargo, cierta doctrina ha llegado a considerar como características del daño ecológico (19) a: "... i) Su anormalidad, que existe donde haya modificado las propiedades físicas y químicas de los elementos naturales en tal magnitud, que éstos parecen, parcial o totalmente, bien sea en sus propiedades o en su uso; ii) Su periodicidad, no basta la eventual emisión contaminadora, y; iii) Su gravedad, debiendo ocurrir la trasgresión de aquel límite máximo de absorción de las agresiones que pueden soportar los seres humanos o elementos naturales"(20).

En términos parecidos se expresa la doctrina del derecho ambiental de Costa Rica, cuando manifiesta que "... el daño ambiental se define como una acción o actividad que produce una acción desfavorable en el medio natural. Esta acción provoca un cambio en la condición de los recursos afectados, pasando de un estado de conservación a otro más deteriorado. Por lo anterior, es pertinente que al realizar la valoración del daño se conozca el estado de conservación del recurso antes y después de la alteración. El causante del daño será responsable por el cambio

ocasionado al recurso natural, en lo que sea atribuible a su actividad" (21).

Tal noción es útil en la medida en que se refiere al daño a la naturaleza o a sus componentes, que se produce como consecuencia de la alteración o cambio en las condiciones de los mismos. Además, cabe decir que la definición es condicional en la medida en que se concreta teniendo en cuenta en estado de conservación de la naturaleza o componente afectado. Dicho criterio se abre paso en el derecho internacional como elemento de contraste de los daños ecológicos, para lo cual será necesario conocer no sólo el estado actual, sino el proceso evolutivo de desarrollo de la naturaleza, de los ecosistemas o de sus componentes, porque no se puede achacar a la acción humana efectos que pueden ser el resultado de procesos biológicos propios de la naturaleza, y que sólo resultan acelerados por efecto de la acción o de las actividades del hombre (nuevamente estamos en un terreno de difícil asimilación para el derecho, y de constantes incertidumbres para la ciencia).

B. Derecho positivo

a. Derecho comparado

Dentro de la legislación española, puede considerarse como la más completa a la definición consagrada en el artículo 4.2.a de la Ley 3.^a del 27 de febrero de 1998, de la intervención integral de la administración ambiental de Cataluña, donde se concibe a la contaminación como "...la introducción directa o indirecta, mediante la actividad humana, de sustancias, vibraciones, radiaciones, calor o ruidos en la atmósfera, en el agua o en el suelo que puedan tener efectos perjudiciales para la salud humana o para el medio ambiente, o que puedan causar daños a los bienes materiales o deteriorar o perjudicar el disfrute u otros usos legítimos del medio ambiente" (22).

En el derecho colombiano, en su momento en el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables (CNRNR, Dcto. 2811 de 1974), se definió la contaminación (23) (dimensión material del daño ecológico) como "... la alteración del ambiente con sustancias o formas de energías puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la Nación o de los particulares". Luego, en el Decreto 1875 de 1979 el legislador colombiano definió "... por daños por contaminación, las pérdidas o perjuicios causados por los efectos y consecuencias señalados anteriormente e incluyen los costos de las medidas preventivas y las pérdidas o perjuicios causados por tales medidas preventivas" (art. 1.º). Para la doctrina, en realidad no se está definiendo el daño ecológico (en dado caso, se aproxima más al concepto de contaminación), sino que se está determinando cuantitativamente la base para la imposición de las tasas ambientales que surgían par ala época cuyos recursos se destinaban tanto a la prevención de los daños, como a la recuperación del ambiente, o de los recursos naturales, afectados por la contaminación (24).

Después de las anteriores definiciones, el legislador colombiano fue reduciendo el posible concepto de daño ecológico, y de la contaminación, al comprender solamente aquellos eventos en los que se afecte "... el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes" (art. 42.c Ley 99 de 1993).

En la legislación chilena, la Ley 19.300 de Bases Ambiental, establece en su artículo 2.º que legalmente se debe entender como daño ambiental "...toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes" (25).

Para el Convenio del Consejo de Europa —aunque sobre responsabilidad civil— por los daños ocasionados por actividades peligrosas para el ambiente, el daño es toda pérdida o daño que resulte de la alteración del medio ambiente (art. 2.7.c). La Comisión Europea define el daño como "...toda alteración, degradación o deterioro importante, física, química o biológica del ambiente (26). En tanto, en el derecho internacional de los derechos humanos se define el daño ecológico (sólo en su dimensión moral) (27).

La ley italiana n° 349 de 1986 dice que el daño surge cuando se altera, deteriora o destruye en todo o en parte el medio ambiente. Según el art. 18.1 de la citada ley, el hecho productor del daño sólo es considerado injusto en el caso de violación de disposiciones legales o resoluciones adoptadas con base a la ley. De esa manera se establece una tipicidad del ilícito ambiental. Por ello no todo daño al ambiente es considerado resarcible, sino sólo cuando es injusto. El sistema elegido por el legislador italiano reduce el daño ambiental a la exclusiva agresión a un bien público inmaterial (28) insusceptible de apropiación, perteneciente al Estado-persona, que monopoliza la acción resarcitoria (29).

b. En la Ley General del Ambiente en nuestro país

La Ley General del Ambiente (LGA) ha regulado el llamado daño ambiental de incidencia colectiva o daño ambiental colectivo (art. 30) (30). Ambas denominaciones son sinónimas y aluden a daños provocados "... al ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos" (art. 27).

3. El objeto de este tipo de responsabilidad

La finalidad de este régimen de responsabilidad no es obtener un resarcimiento de una persona en relación al patrimonio de otra; su objeto es, en principio, la preservación de la naturaleza (31). La recomposición es para restablecer el estado anterior del ambiente. Se trata de un daño al ambiente en sí mismo, independiente de las consecuencias dañosas que puede generar en la persona o los bienes de un particular. Puede no limitarse a la mera recomposición ya que puede haber otro tipo de indemnizaciones o resarcimientos.

En materia ambiental deben receptarse intereses más amplios que los individuales, porque el daño al ambiente necesariamente los excede. El ambiente está sujeto a degradaciones en masa. Este daño colectivo o comunitario no consiste, por cierto, en una simple suma de daños individuales, sino que es un daño actual y concreto desde el punto de vista de la colectividad que lo sufre (32); el daño, que es único, afecta simultánea y coincidentemente al grupo que lo padece. Esta cuestión afecta a la calidad de vida que debe asegurarse a toda la sociedad (33).

Un gran maestro del Derecho Público, como lo fue DUGUIT, decía hace años que el hombre tuvo conciencia de su vida colectiva antes de poseerla sobre su vida individual, pues la ciudad originaria no fue otra cosa que una reunión de familias unidas por intereses comunes y que el detentador del poder público tiene más deberes que derechos, siendo el principal asegurar el orden y la paz (34).

4. La cuestión planteada

La cuestión que analizo en este punto se va a centrar en determinar cuál debe ser la respuesta del orden jurídico, ante la situación que se crea cuando el deterioro ambiental afecta no a una persona determinada sino a la comunidad. Creo que estamos frente a un conflicto valorativo que afecta la base misma del sistema de responsabilidad tal como lo concebimos hasta ahora. Los interrogantes a plantearse son varios, por ello debemos replantearnos algunas cuestiones: el aspecto preventivo (tan importante en el caso de los daños ambientales); el problema del acceso a la justicia (¿Quiénes pueden iniciar el reclamo?); el tema de la reparación, entre otros.

No cabe duda que ante el agravio de los intereses colectivos (o de una comunidad que habita un determinado lugar) difícilmente puedan solucionarse con la teoría clásica de la responsabilidad (sus requisitos y extremos), que está fundamentalmente pensada en la protección individual. Estos fenómenos de la vida colectiva ponen en juego intereses supra-individuales o colectivos, los que deben solucionarse con un cambio de enfoque y, consecuentemente, con técnicas adecuadas.

Parece fundamental contar con una definición jurídica de daño ecológico (daño al ambiente colectivo), pues tal concepto va a regir el proceso de determinación del tipo y campo de aplicación de las correspondientes medidas de recomposición y, consiguientemente, los costos que pueden llegar a recuperarse por esa vía.

Sin embargo, sigue sin haber acuerdo acerca del objeto del daño ecológico, el grado a partir del cual un impacto puede considerarse daño y quién tiene derecho a decidir sobre estos aspectos. Ello ocurre porque la configuración del daño ambiental colectivo depende, lógicamente, de la noción que se adopte sobre el ambiente, y en este punto, tampoco hay concordia, porque hay doctrinarios que se inclinan por considerar que sólo deberían incluirse en este concepto la vida animal y vegetal y otros componentes de la naturaleza, así como las relaciones entre ellos, mientras que otras opiniones son favorables a la inclusión de objetos de origen humano si son importantes para el patrimonio cultural de un pueblo, y otros tienen una concepción aún más amplia (35).

5. Configuración del daño ecológico

Es importante distinguir entre perjuicio y contaminación, como pieza inicial para extraer los elementos físicos que se derivan de la afectación del ambiente y poder comprenderlos en la configuración de una posible definición jurídica del daño ecológico. En ese sentido, para "...algunos el perjuicio será el efecto nocivo resultante de la contaminación [...] para otros aquél término es más amplio que aquel de la contaminación; engloba todas las formas de degradación del medio natural, traducida por una adición de sustancia contaminante o por una

sustracción" (36). Pero, también, puede englobarse en una misma noción los elementos de los dos conceptos dando como resultado la siguiente definición de perjuicio ecológico: "...perjuicio es toda agresión de origen humano contra el medio físico o biológico, natural o artificial, en torno al hombre..." (37).

Al identificarse a la contaminación con todas las formas de deterioro ambiental, debe comprenderse que comprende a aquellas que en el tiempo vayan siendo reconocidas científica y técnicamente como productoras de perjuicios tanto a las personas, como al entorno ambiental en conjunto: en la actualidad se advierte de nuevas fuentes de contaminación, acústica y lumínica (38). No obstante, esta afirmación es discutible, dado que dichos fenómenos siempre han existido, sólo que en la actualidad el estado de conocimientos de la ciencia y de la técnica ha permitido establecer o determinar la naturaleza de los daños producidos, o si se quiere, la magnitud de la contaminación, por tales fuentes de contaminación, aunque sigue sin poder alcanzarse la estimación de la reparación de los perjuicios ecológicos derivados de las mismas (39).

Es necesario albergar un sistema equilibrado donde los daños ecológicos sean reconocidos en su magnitud, pero sin que ello implique una desestabilización económica de los Estados, lo que "significa, desde la perspectiva de la economía en general, que en un crecimiento continuado de la economía debe desviarse una parte de los recursos económicos del país, en continuo aumento, para garantizar un nivel de emisiones dado en una reestructuración fundamental de la estructura productiva y tecnológica" (40).

En síntesis, es posible que se vislumbre la tensión que existe entre el ambiente social (propios de los sistemas de producción y de la economía) y el ambiente natural, lo que de manera ejemplar ha sido representado por RIVERO en los siguientes términos: "El hombre no vive solamente del aire puro y del agua fresca. El ambiente social a costa del ambiente natural, es otro el aire puro y del agua fresca. El ambiente social a costa del ambiente natural, es otro componente de la calidad de vida, y los dos frecuentemente entran en conflicto" (41).

Pero más allá del problema político, la configuración como concepto jurídico (42) -político (e incluso económico) relevante del daño ecológico, debe afrontar como su más pesada carga la superación del pensamiento científico y social general que entiende la problemática ambiental y del daño ecológico como un "asunto de la naturaleza y de la técnica, de la economía de la medicina", lo que se debe a la concepción según la cual "los daños al medio ambiente y la destrucción de la naturaleza causada por la industria, con sus diversos efectos sobre la salud y la convivencia de los seres humanos (que sólo surgen en las sociedades muy desarrolladas), se caracterizan por una pérdida del pensamiento social" (43). La superación del pensamiento científico tradicional y de la política ambiental programática, pero poco efectiva, debe ser reforzada con el establecimiento de un régimen de responsabilidad por daños ecológicos, donde se reconozca la importancia que juega en el progreso de nuestras sociedades la conservación del ambiente, la preservación de los recursos naturales, la biodiversidad (44).

La ley 25.675 (LGA) modifica el régimen de responsabilidad del Código Civil para lo que denomina daño ambiental de incidencia colectiva, como ya lo habían hecho la ley 24.051 de residuos peligrosos (artículos 45 /48) (45) y la ley 25.612 de gestión integral de residuos industriales (artículos 40/43) para esos residuos. La LGA tipifica como daño ambiental de incidencia colectiva a toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos (artículo 27).

6. La obligación de recomponer el daño ambiental

A. La disposición constitucional

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

El criterio para determinar cuando se está en presencia de un daño ambiental colectivo es eminentemente técnico y no puede ser cubierto con interpretaciones subjetivas ni discrecionales (46).

El artículo 41 de la Constitución Nacional introduce un precepto que, si bien consagra prioritariamente la obligación de recomponer el daño ambiental (47), reserva a la ley el contenido y las formas que configurarán

dicha obligación, dirigida fundamentalmente a los particulares causantes del daño, sin menoscabo de la responsabilidad que pudiera caberle al Estado por la aplicación de los principios generales que fundamentan la reparación patrimonial.

El daño al ambiente colectivo generalmente no tiene un valor mercantil, pero lo tiene desde otros puntos de vista (p. ej. la extinción de una especie o la pérdida de un paisaje pintoresco). Por eso la Constitución habla de recomposición. El fin de esa responsabilidad es la recomposición ambiental.

B. La regulación de la LGA

a. Alcance de la recomposición

El criterio de la LGA, al reglamentar la obligación de recomponer, comprende la restitución de las cosas al estado anterior (como lo prescribe el art. 1083 Código Civil). Sin embargo, nada impide que de no ser ello posible in totum, se adopten (art. 34, parte 2ª) aquellas medidas razonablemente sustitutivas o equivalentes que tiendan a la recomposición, al menos en forma progresiva, del daño ambiental común (p. ej., plantación de árboles en nuevas autopistas) o en acciones antipolutorias que hagan que los daños anormales que sufren los habitantes se transformen en molestias consideradas normales, dentro de los límites de contaminación que determine la legislación (48).

La ley instituye un juicio universal que permite resolver la recomposición del ambiente dañado en un solo proceso (artículo 30) (49). Se asemeja, en esto, a la acción por clase, con la aclaración de que la pretensión que norma dicho proceso es indivisible. Ese juicio universal ejerce fuero de atracción sobre las acciones personales posteriores que pidan la recomposición e impone características especiales a la cosa juzgada.

De esa forma, se ha reglamentado la obligación prioritaria de recomponer que establece el artículo 41 de la Constitución Nacional, imponiendo en el que causare el daño la obligación de restablecer las cosas al estado anterior, que es una de las soluciones del código civil (art. 1083).

Por lo menos, para la reparación del daño de incidencia colectiva, la interpretación estrecha que el artículo 28 de la ley hace del artículo 41 aludido es clara y simple (50), coincidiendo con la interpretación del convencional NATALE en la Asamblea Constituyente, pero no fue la única que se intentó en ese ámbito.

Para el caso de que la reparación del daño ambiental de incidencia colectiva no fuera técnica mente factible y el juez fijase una indemnización sustitutiva, se la depositará en el Fondo de Compensación Ambiental que la misma ley crea (artículo 28) (51). La ley se limita a ordenar el depósito.

No identifica la LGA al sujeto beneficiado por la indemnización; debe inducirse. Puede interpretarse que la indemnización aludida compensa a la comunidad el daño colectivo indeterminado e irreversible que se le causó y que los representantes legales de la comunidad que la ley designa para accionar son quienes ella legitima y la autoridad competente de cada jurisdicción que administra el Fondo lo hace en nombre la comunidad.

No determina bases para fijar la indemnización. Ello autoriza a interpretar que compensa indirectamente a la colectividad con actividades y obras ambientales destinadas a garantizar la calidad ambiental, la prevención y la mitigación de los efectos nocivos. Está claro que no compensa directamente ese daño, ni constituye una reserva para atender reclamos individuales ni es una acción por clase en este aspecto.

Esa compensación complementa la indemnización que autoriza la legislación vigente. Toda persona está inserta en un ambiente que coincide espacialmente con el de otros y está legitimada para accionar judicialmente en defensa de su derecho al uso y goce. Esa está inserción es, precisamente, la que genera lo que llamamos derecho ambiental. Por lo tanto, quien acredite haber sufrido un daño, sea o no de incidencia colectiva, (no sólo personas privadas, sino también los Estados y las comunas) tendrán derecho a su propia indemnización.

En consecuencia, los juzgadores deberán identificar cual es la indemnización que corresponde derivar al Fondo de Compensación Ambiental cuando la reparación el daño especial de incidencia colectiva que norma la ley 25675 no sea técnicamente factible y cual es la que corresponda por el daño de incidencia personal causado a las personas particulares, los Estados y las comunas (ley 25675, artículo 28, in fine).

b. Extensión de la responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva

Declara la LGA que el que cause ese daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción (artículo 28). El uso de la palabra "objetivamente" permite suponer que se refiere no sólo a la ejecución de un hecho que por culpa o negligencia ocasione un daño a otro, (Código Civil, art. 1109) sino también a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado (Código Civil, art. 1113) [\(52\)](#).

Pero la liberación de responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva del artículo 29 de la ley 25.675 [\(53\)](#) es distinta de la del artículo 1113 del Código Civil [\(54\)](#).

7. El factor de atribución

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

Se trata de un factor de atribución basada en la falta de servicio, si se basa en una acción del Estado o de una omisión habiendo en este caso un deber expreso (o razonablemente implícito de actuar), o de la responsabilidad por culpa si había sólo un deber genérico de actuar (aplicación analógica art. 1074 Código Civil) [\(55\)](#). Resulta congruente con lo expuesto, la adopción de similares causas exonerativas de responsabilidad que la 2.ª parte del artículo 1113 del Código Civil, que prescribe para liberar al demandado culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

La presunción iuris tantum (que, como es sabido, admite prueba en contrario) consiste en suponer la responsabilidad del autor del daño ambiental si "existen infracciones a las normas ambientales administrativas" [\(56\)](#). Conclusión: si el causante ha cumplido con todas las normas del poder de policía ambiental, no se configura dicha presunción, sino implícitamente, una presunción favorable a la legalidad de su actuar.

¿Qué sucede en cuanto a la responsabilidad administrativa si quien provoca el daño ambiental ha cumplido con todas las normas ambientales? La respuesta a este interrogante esta dada por la prescripción contenida en el artículo 27 (LGA) en cuanto indica que la responsabilidad por daño ambiental colectivo también se genera por acto lícito del causante. A mi juicio, se trata de una solución de dudosa constitucionalidad, como dice CASSAGNE, "...habida cuenta que siendo una carga pública no respeta el principio constitucional de igualdad (art. 16 C.N.) ni la garantía de la propiedad, toda vez que la norma impone un sacrificio especial por acto lícito sin indemnización (art. 17 C.N.). La paradoja en este supuesto, es que la indemnización constitucional debida y la compensación ambiental vengán a coincidir por el simple hecho de que el monto del sacrificio especial es el valor de la contribución al Fondo de Compensación Ambiental. Por eso, dice que ello podría implicar una solución confiscatoria [\(57\)](#) ya que, en definitiva, el Estado termina trasladando su responsabilidad por la legislación ambiental deficiente en cabeza de los particulares, en vez de asumirla como propia, dividiendo la carga de recomponer los daños ambientales producidos por sus errores, aquiescencias o criterios establecidos para determinar los riesgos ambientales tolerables" [\(58\)](#).

El segundo presupuesto que tipifica la responsabilidad por daño ambiental colectivo lo establece la LGA, que lo circunscribe a una "alteración ambiental negativa relevante" (art. 27), por lo que, para que se configure o no, resulta, en principio, una única opción posible, la cual vendría a constituir, mediante una suma de elementos reglados y criterios de justicia, una regla que escapa a la discrecionalidad administrativa.

Para que se configure esa "alteración ambiental negativa relevante" [\(59\)](#) se requiere formular algunas precisiones básicas. La primera es que su determinación responde a un haz de conceptos vinculados a los recursos del ambiente, al equilibrio de los ecosistemas, los bienes o valores colectivos (p. ej., art. 27 LGA) lo cual conduce al establecimiento de pautas para establecer los riesgos ambientales soportables o mínimos, al desarrollo sustentable de las actividades humanas, especialmente las industrias. Ello exige que se establezcan los límites soportables de contaminación ambiental que una comunidad esta dispuesta a tolerar por sus habitantes (p. ej., nivel de polución) sin grave riesgo para sus vidas y patrimonios.

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

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

Por fin, corresponde distinguir entre daño ambiental colectivo e impacto ambiental. Este último se refiere a aquellas alteraciones concomitantes de determinada actividad sujetas a las medidas razonablemente preventivas, mitigadoras y correctivas que deben implementarse a tales fines. El daño ambiental deriva en principio de acciones que degradan en forma relevante el ambiente y los recursos naturales en contravención de las normas aplicables, mientras que el impacto supone modificaciones en el ambiente debidamente identificadas y previstas por el interesado, además de conocidas y auditadas por la autoridad administrativa.

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

III. Conclusión

He tratado de analizar la responsabilidad ambiental colectiva desde un enfoque ius administrativista, pensando en la necesidad de la ordenación del ambiente por el Estado para protegerlo. Dos cuestiones que sólo se pueden analizar desde la perspectiva del Derecho administrativo.

En los temas ambientales la función del Estado debe resultar robustecida, ante el espontaneísmo de las fuerzas del mercado que han causado, como es sabido, los problemas que hoy padece el ambiente (60) y que no podrán ser resueltas simplemente por contraataques igualmente espontáneos. Para ser eficiente y eficaz, debe fortalecerse el Estado, pero todo parece indicar que esta criatura es una especie en vías de extinción, en tanto que las fuerzas del mercado hasta ahora se pavonean ostentándose como la gran dictadura del porvenir.

Si Hobbes viviera, ocultaría avergonzado su rostro por haber reproducido en el filacterio de la portada del Leviatán la frase "Non est potestas super terram quae comparetur ei" (61) refiriéndose al Estado moderno. No hay poder sobre la tierra que se le compare, decía. Hoy está lejos de ser así. Al debilitarse esa figura política, el Derecho, generado en su seno y bajo su manto nutricio, también mengua sus alcances.

Esas fuerzas del mercado imponen su propia cultura, incluidos valores y modos, lenguaje y velocidades (62). Sus objetivos son obtener el mayor volumen de utilidad en el menor tiempo posible, con el mínimo costo posible, con la menor inversión posible y con la mayor sostenibilidad de sus tendencias crecientes, es decir, mantener y acrecentar esas asíntotas de ganancias durante el mayor tiempo posible para no caer en lo que el premio Nobel de economía Paul Samuelson llamó los rendimientos decrecientes. Para esas fuerzas la naturaleza y sus bienes se convierten en recursos (63).

Esas fuerzas de mercado poseen dos brazos dicotómicos: el mercado que pertenece al campo de la economía, en tanto que fuerzas se inscribe en el campo del poder, de la política (64).

El ambiente, como ha empezado a entenderse y asumirse no sólo no es de algunos, ni siquiera es de todos, sino que es para todos; para todos los seres vivos como partes y extensión de sí mismos en sincronía e incluso transgeneracionalmente. Al resultar renuente esta concepción ambiental para otorgar atribuciones de utendi, fruendi y abutendi sobre los elementos naturales, al resistirse a entenderlos y legitimarlos como meros recursos económicos, entró en choque, en contradicción, con las fuerzas de mercado y con sus propios objetivos.

Si el Derecho no sirve para proteger, mantener y asegurar la existencia plena de la vida, pierde su razón de ser. No es posible sustituir a la maquiavélica razón de Estado por una nueva razón de mercado más aberrante e injusta aún. Y en esa senda mucho tiene que hacer el Derecho administrativo que debe mantener una coordinación entre la lucha de los derechos (de segunda y tercera generación vs. los de primera).

Porque la actuación administrativa en el Estado asistencial, que crea, organiza y atiende sectores cada vez más ligados a la propia unidad mínima existencial del individuo, para el que la ley constituye el marco de despliegue

de toda su conducta, es distinta de la actuación administrativa puramente de intervención, para la que la ley constituye la norma habilitante de la injerencia que ella produzca en la conducta de los particulares. En la primera la ley supone norma de comportamiento; en la segunda presupuesto de decisión.

Por ello los que, al analizar las prerrogativas y exorbitancias que se acuerdan al Estado y que el Derecho administrativo estudia, pretenden que desaparezcan esos instrumentos de actuación estatal, calificando —superficialmente— al Derecho administrativo de autoritario, sin distinguir uno y otro supuesto, o no han entendido nada de esta disciplina (y quizás tampoco de la vida —como el extranjero de Camus) u obran de mala fe.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) DE MIGUEL PERALES, Carlos, La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 87/88; GOMIS CATALÁ, Lucía, Responsabilidad por daño al medio ambiente, ed. Aranzadi, Alicante, 1998, p. 64, cit. por CAFFERATTA, Néstor, Daño ambiental colectivo y proceso ambiental colectivo (Ley 25.675), Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año v, n° 2, Buenos Aires, 2003, p.52.

(2) Los segundos, si el Estado es el responsable del daño, también se rigen por el Derecho administrativo. Ver, HUTCHINSON, Responsabilidad pública, cit., en MOSSET ITURRASPE, Jorge-HUTCHINSON, Tomás-DONNA, Edgardo, Daño ambiental, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. II pp. 15 y ss.

(3) Conf. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio; La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, en "Ponencias" del I Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Sevilla, 1995, p. 150.

(4) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, El daño colectivo en Derecho de Daños, ed. La Rocca, 1989, p. 440.

(5) Sentencia del Tribunal Constitucional español, n° 64/1984, del 4/11/1984.

(6) CABALLERO, Francis, Essai sur la notion juridique de nuisance, LGDJ, París, 1987, p. 293.

(7) CABALLERO, "Essai", cit., p. 293.

(8) "La vida vegetal es regularmente positiva para existencia humana, pero no es, obviamente un bien cuya positividad quepa afirmar a todo evento, sin considerar su acomodamiento con otros bienes igualmente valiosos...". Cam. Fed. Martín, "Louzán, Carlos" del 26-VII-93, ED 156:52.

(9) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., La responsabilidad., cit., p. 152., quien dice que tal categoría de daños no existe en Derecho positivo, pero que no hay razón para rechazar sistemáticamente la idea.

(10) PRIEUR, MICHEL, Droit de l'environnement, París, 1991, pp. 729—730.

(11) HUTCHINSON, Responsabilidad pública, cit., t. II, pp. 31 y ss.

(12) ARÉVALO RONCANCIO, Hernán, Responsabilidad medioambiental: el daño al medio ambiente, en Universitas, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, n.° 97, diciembre de 1999, p. 311. Esta definición puede objetarse desde dos puntos de vista: en primer lugar, si el daño se define por la afectación a las relaciones del ecosistema, se está refiriendo solo a aquellos eventos en los que se causan efectos nocivos en los procesos ecológicos, lo que es contradictorio, porque también los bienes o cosas que están en el ecosistema forman parte del todo que se denomina naturaleza. Por lo tanto, la definición queda limitada porque si se quiere comprender la afectación del equilibrio ecológico, es necesario integrar tanto los efectos de los sistemas, como la interacción de los agentes que componen los mismos. En segundo lugar, debe decirse que una cosa es definir el daño y las consecuencias perjudiciales que se produzcan, pero otra cosa es determinar las causas que lo provocan. Es necesario, pues, para la determinación de tales causas establecer un concepto del cual se deriven éstas: una de cuyas hipótesis en las que se funda en la actualidad en el derecho comparado, el de la tesis del riesgo, aunque puede creerse que hallar la base de la responsabilidad en dicho postulado puede suponer que se dote de carácter excepcional al daño ecológico, ya que sólo puede imputarse en el evento en que se produzcan circunstancias potencialmente perjudiciales (se recuerda que la simple interacción entre el hombre, entre al sociedad como sistema y la naturaleza genera efectos nocivos, por lo cual la idea no es dotar de excepcionalidad, sino establecer condiciones de imputación que se ajusten a criterios en los cuales se pueda determinar con

mediana certeza que un daño ecológico se ha producido).

(13) Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1995, del 16 de octubre de 1996, "M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1., 3.º, 6.º, 8.º, 10.º, 11, 12, 15 de la Ley 140 de 1994". Referencia: D-1239.

(14) No debe olvidarse, como lo sostiene la doctrina, que el daño antijurídico presenta como rasgos característicos: a) la "... lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar (conf. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo. General y colombiano, 13.ª ed., Bogotá, Temis, 2002, p. 442.

(15) Se ha señalado que el Estado no puede convertirse en asegurador universal de todo daño ecológico que se produzca en el territorio nacional, porque sería trasladar la carga de los costes de protección de la naturaleza de los directos implicados, empresas, al Estado, y al final a los ciudadanos por medio de sus contribuciones fiscales con las que será necesario financiar buena parte de tales costes; por otra parte, tampoco la idea es condicionar los planes de desarrollo, ni los de ordenamiento que sean desarrollados por el Estado; por el contrario, son dos los objetivos que se pueden lograr de establecer la responsabilidad del Estado: de una parte demandar de la Administración Pública la integración dentro del desarrollo de sus funciones, y en la legislación de criterios ecológicos de prevención, que orienten tanto la actividad económica, como productiva del país. Adicionalmente, es necesario que los planes de desarrollo, de ordenamiento y que los presupuestos públicos integren los costes de protección de la naturaleza en todas las actividades que demanden el gasto, la disminución, la alteración o la modificación bien sea de los ecosistemas, de componentes de la naturaleza o de bienes ecológicos concretos (de flora y fauna).

(16) KRELL, Andreas Joachim, Concretização do dano ambiental. Objeções à teoria do "risco integral". Para DE VIANA BANDEIRA, Evandro F., O dano ecológico nos quadros da responsabilidade civil, "... en la indagación sobre el contenido del concepto 'daño ambiental', tendríamos que considerar que el mismo, por un lado, aparece como un fenómeno físico —material, por otro lado puede integrar un hecho jurídico calificado por una norma y cuya inobservancia parece ligarse a un daño antijurídico derivado de la violación de un interés jurídicamente protegido". Para cierto sector de la doctrina, el "...daño ambiental es sumamente malo porque rompe el equilibrio del ecosistema, causando una situación de total peligro a todos los elementos suyos, pues el medio ambiente es caracterizado por la dependencia mutua y por la acción recíproca de los varios seres que lo constituyen, de manera que los resultados de cada acción contra la naturaleza son añadidos a todos los daños ecológicos ya producidos. Es exactamente lo que se deduce de la lectura de dos textos legales [...] 'Ambiente es el conjunto de sistemas físicos, químicos, biológicos y sus relaciones con los factores económicos, sociales y culturales con efecto directo o indirecto, mediato o inmediato, sobre los seres vivos y la calidad de vida de los hombres' (Ley Portuguesa de Bases del Ambiente, n.º 11-87, atr. 5.º núm. 2); 'Para los fines previstos en esta Ley, entiéndase por: [...] Medio Ambiente, el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite, obliga y rige la vida en todas sus formas" (cit. por BRICEÑO. ANDRÉS MAURICIO, El daño ecológico. Presupuestos para su definición en Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, t. V., pp. 97).

(17) Se habla de uso común del pueblo, que es una definición local del patrimonio común de la humanidad expresado en la Declaración de Río de Janeiro de 1992.

(18) Quedaría, en esa forma, inciertos los términos en que se expresa el daño ecológico, lo que da a entender que por ahora en el ordenamiento jurídico de Brasil, sólo opera una concepción limitada de la responsabilidad por los daños ecológicos, lo que no obsta para abonar la articulación de la atribución colectiva de los intereses ecológicos, con la existencia de una acción popular o colectiva en virtud de la cual proceda tanto la declaración de defensa, como la exigencia de obligación de reparación.

(19) Para otros autores como DANTAS DE CARVALHO, Michel, Responsabilidade civil do estado por danos ambientais, en KRELL, Concretização, cit., "... para verificar, en el caso concreto, la incidencia de un daño ambiental, la cuestión crucial sería "entender la amplitud de la alteración necesaria del medio ambiente, fundada en su elevación a extremos, dado que el simple derribo de un árbol para la construcción de un hospital generaría el

deber de resarcir" (cit. por BRICEÑO, El daño, cit., p. 98).

(20) Aquí es donde se define en concreto al daño ecológico como aquél hecho contaminador en virtud del cual se alteran, modifican o suprimen las propiedades físicas, químicas y biológicas de la naturaleza o de sus elementos, cuya extensión temporal no se limita al momento de su manifestación, proyectándose en el futuro. Se trata del hecho contaminador que supera los límites de admisibilidad y/o absorción que la naturaleza y el hombre pueden incorporar a sus procesos biológicos. El elemento principal de esta definición (construida a partir de las características esbozadas) se encuentra en el tercer pilar referido a la extensión material del daño, en la medida en que su valoración es cualificada, dado que se propone establecer con base en los límites o niveles que sean admisibles o de absorción constatables tanto en la naturaleza, como en los seres humanos. El problema será que la determinación de la admisibilidad o de la absorción queda sometida a los progresos de la ciencia o de la técnica lo que para el mundo jurídico puede ser sinónimo de falta de certeza y de incertidumbre que torne en eventual la naturaleza de aquellos daños que no puedan ser constatados científicamente.

(21) De acuerdo con BARRANTES MORENO, Gerardo, Evaluación económica-ecológica. La doble dimensión del daño ambiental. en Revista Gerente, n.º IV, [publi_revistas@nación.com.cr], hay "... una diversidad de acciones que pueden provocar alteraciones a la condición de los recursos naturales: contaminación, introducción de organismos exóticos, deforestación, quemas e incendios, extracción, modificación del régimen hídrico, usos abusivos del suelo y construcciones. Cada una puede afectar uno o más recursos a la vez, de modo que al evaluar los impactos generados, es necesario establecer la diversidad de recursos afectados así como las características de los mismos que se han visto afectadas".. Para esta misma doctrina, los componentes principales del daño ambiental son: "... el daño biofísico (evaluación ecológica) y el daño social (evaluación económica). El daño biofísico se refiere a las afectaciones hechas en el medio natural que ocasionan un deterioro de las características del recurso natural. El daño social está relacionado con las afectaciones a la sociedad manifiestas (manifestadas) en la pérdida de beneficios derivados del recurso natural afectado".

(22) Este mismo autor, señala que "...el la legislación autonómica encontramos aún mayores precisiones como sucede, por ejemplo, en el art. 30.I de la Ley 3.ª del 27 de febrero de 1998, general protección al medio ambiente del país Vasco, donde se habla de "formas de energía", incluida la acústica y vibratoria y, curiosamente, la referencia a las vibraciones ha desaparecido en la nueva definición estatal de contaminación que ofrece el artículo 2.i de la Ley 16 del 1º. de julio de 2002, de prevención y control integrados de la contaminación que, sin embargo, es idéntica a la anterior en todo lo demás", SANTAMARÍA ARINAS, Contaminación electromagnética y derecho ambiental: las pautas de la política comunitaria y el modelo italiano, en Ponencia en el curso efectos de los campos electromagnéticos sobre el medio ambiente, Laredo (Cantabria) agosto de 2001.

(23) Como factores de la contaminación, la misma norma prescribe que la "... contaminación puede ser : a) física, química o biológica; b) La degradación, la erosión y el revenimiento de suelos y tierras; c) Las alteraciones nocivas de la topografía; d) Las alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas; e) la sedimentación en los cursos y depósitos de agua; f) Los cambios nocivos del lecho de las aguas; g) La extinción o disminución cuantitativa o cualitativa de especies animales o vegetales o de recursos genéticos; h) La introducción y propagación de enfermedades y plagas; i) La introducción, utilización y transporte de especies animales o vegetales dañinas o de productos de sustancias peligrosas; j) La alteración perjudicial o antiestética de paisajes naturales; k) La disminución o extinción de fuentes naturales de energía primaria; l) la acumulación o disposición inadecuada de recibos, basuras, desechos y desperdicios; m) el ruido nocivo; n) El uso inadecuado de sustancias peligrosas; o) La eutricación, es decir, el crecimiento excesivo y normal de flora en lagos y lagunas; p) La concentración de población urbana rural habitacional que atente contra el bienestar y la salud. Presidencia de la República de Colombia. Decreto Ley 2811 de 1974.

(24) HENAO PÉREZ, Responsabilidad, cit., p. 142.

(25) Revista Perspectiva, año 6, n.º 120, 15 de enero de 2002, en [www.institutoliberal.cl/p_120.html]. La fórmula que utiliza el legislador chileno aunque simple, parece más próxima al concepto del daño ecológico en la medida en que lo refiere a la afectación al medio ambiente o de alguno de sus componentes. Sin embargo, se refiere al medio ambiente, concepto que como tal, hoy en día puede comprenderlo todo o nada, pero que se torna

en la actualidad en el criterio definidor de las relaciones entre el hombre, la sociedad y la naturaleza (de ahí que se hable de las relaciones de hombre con el entorno cuando éste de define). Es necesario, por lo tanto, que se discuta si el medio ambiente se refiere a todo el cúmulo de relaciones entre al sociedad y la naturaleza, en cuyo casos el daño ecológico sería un elemento residual; por el contrario, si el medio ambiente es expresión de la naturaleza y de sus componentes, el daño ecológico será el objetivo principal de defensa de la ley, para lo cual debe concretarse qué se entiende por tal daño.

(26) SURZUR, Anne (RED), La responsabilité des dommages a l'environnement en Europe, European Information Service, Bruselas, 1993, p. 8.

(27) Esta hipótesis se presentó cuando se aplicó la Convención Europea de los DDHH con ocasión del caso de la

fábrica de productos químicos de Seveso.

(28) "...no es el daño a un solo individuo afectado por el evento lesivo, que reclamará eventualmente un daño a la salud o a los propios bienes materiales, no es el daño provocado por el ente obligado a la reducción en compensación, no es una suerte de daño moral (CARAVITA, Beniamino, Il danno ambientale, in Diritto pubblico dell'

ambiente, ed. Il Mulino, Bologna, 1990. p. 367.

(29) La doctrina italiana critica esta solución. Ver ALPA, Guido, La natura giuridica del danno ambientale in Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile, a cura de PERLINGIERI, Napoli, 1991, pp. 107 y ss.

(30) "Producido el daño ambiental colectivo,..[]. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo".

(31) El art. 41 de la Constitución nacional dice: "...El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer..." y, a su vez, el art. 28 de la LGA, que dice: "El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria...".

(32) VIGNOCCHI, Gustavo, Rilevanza e tutela degli interessi diffusi, Milán, 1978, p. 261.

(33) MORELLO, Augusto M.-STIGLITZ, Gabriel A., El valor de la vida humana como costo de garantía colectiva

para la prevención del daño a la persona, en MORELLO-STIGLITZ, Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, ed Platense, La Plata, 1986, pp. 1 y ss.

(34) DUGUIT, León, Soberanía y Libertad, ed. Nueva Biblioteca Filosófica Tor, Buenos Aires, 1943, p. 89.

(35) En el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por actividades peligrosas para el ambiente, la acepción de medio ambiente es bastante amplia: incluye recursos naturales abióticos y bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción de los mismos factores, los bienes que componen el patrimonio cultural y los aspectos característicos del paisaje (art. 2.10).El criterio para determinar el grado de impacto a partir del cual se puede hablar de daño ambiental es establecido por la propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos, al definir el deterioro ambiental como cualquier degradación física, química o biológica importante del medio ambiente, siempre que no se considere daño a un bien (art. 2 d). Ver Comunicación de la Comisión de las Comunidades al Consejo y al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social. COM (93) 47 final, Revista de Derecho Ambiental, 1993, n° 11, pp. 139 y ss).

(36) RÈMOND-GOUILLOUD, Martine, Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement, Paris, Presses Universitatives de France, 1989, cita n. ° 21, p. 40. En la doctrina, se entiende que "hay contaminación cuando la composición del estado del agua o del aire (considerado en su doble cualidad de gas y vehículo en sí) son directamente o indirectamente modificados por el hecho de la actividad del hombre, en tal medida que se prestarían menos fácilmente a todas las reutilizaciones a las cuales podrían servir en su estado natural, o en

algunos de entre ellos". Definición elaborada por KEY, M., *Étude générale de la pollution des eaux en Europe*, recogido por MARTIN GILLES, J., *Le droit à l'environnement: de la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, Publications Periodiques Specialisees, París, 1981, p. 3 (Col. Droit et Economie de l'Environnement).

(37) Se considera que la idea misma de agresión es la que se traduce en el juicio desfavorable que opera en forma de modificación del ambiente, concluyéndose que es "... daño ecológico todo daño causado directamente al medio tomado, en tanto que independientemente de sus repercusiones sobre las personas y sobre los bienes CABALLERO, F., *Essai*, cit., p. 6 y 289 a 293

(38) Para SANTAMARÍA ARINAS, René Javier, *Contaminación electromagnética y derecho ambiental*, cit. "...Cuando una entidad biológica se expone a un campo electromagnético no sólo se produce calentamiento, sino también una interacción entre la potencia del campo y la corriente eléctrica y las cargas del tejido corporal. El denominado efecto biológico es el resultado de esa interacción y puede ser agudo o a corto plazo y crónico o a largo plazo. El riesgo de lesiones podría provenir del desencadenamiento de alguno de los siguientes procesos: alteración de la estabilidad eléctrica del organismo, polarización celular, formación de radicales libres. Así las cosas, no es de extrañar que se haya relacionado a los campos electromagnéticos con numerosas enfermedades".

(39) En materia de contaminación electromagnética, por ejemplo, se demuestra la existencia de "...importantes desavenencias detectadas en la comunidad científica internacional sobre los posibles efectos de los campos electromagnéticos, comienzan, precisamente, en la elección de magnitudes significativas. La opción oficial por la SAR es objeto de numerosas críticas por basarse en una metodología anticuada que es incapaz de verificar los posibles efectos no térmicos de los campos electromagnéticos para los seres vivos. A partir de esta constatación, parece inevitable la discordancia tanto en relación con la apreciación de los riesgos asociados a los campos electromagnéticos como en relación a las medidas de seguridad a adoptar frente a ellos". SANTAMARÍA ARINAS, René Javier, *Contaminación*, cit.

(40) Aunque para BECK, ULRICH, *Teoría política del crecimiento en la sociedad del riesgo*, JORGE NAVARRO (trad.), Paidós, Barcelona, 1998, p. 79, título original: *Risikogesellschaft auf dem weg in eine andere mederne*. dicho modelo "encierra el peligro de un desarrollo en su conjunto contraproducente del sistema industrial". Ahora bien, el mismo autor considera que puede, desde el ámbito político, favorecerse la reinstalación del Estado intervencionista, como puede verse en ob. cit., p. 87. Para MARTIN GILLES, J., *Rapport introductif*, en *actes du colloque. Le dommage écologique en droit interne et comparé*, *Economica*, París. 1991, p. 9 los "...progresos de las ciencias llamadas duras han desde ese punto de vista, permitido grandes avances haciendo que se tome conciencia de la amplitud del fenómeno [...] pero ellas han, al mismo tiempo, ampliado también el margen de incertidumbre poniendo en evidencia su variedad y complejidad. Por no tomar más que algunos ejemplos, ¿cómo traducir los fenómenos jurídicos del proceso de regeneración del medio natural que, con frecuencia, se degrada? ¿Los nuevos 'equilibrios' se constituyen ellos mismos en 'buenos' —y por referencia a cuáles criterios— más que aquellos a los que han remplazado? ¿puede saberse con precisión suficiente cuál es el perjuicio consecuencia de las lluvias ácidas? ¿Cómo saber a partir de qué momento, y en qué medida, el riesgo vinculado a la destrucción de la capa de ozono se materializará —puede estar ya materializado— en un daño?

(41) CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, cit., p. VIII.

(42) El reconocimiento jurídico del daño ecológico obedece a la creciente intervención dada por el Estado a la protección del ambiente, a su conservación y a su restauración, DE KLEMM, Cyrille, *Les apports du droit comparé*, en *Actes du colloque Le dommage écologique en droit interne et comparé*, cit., p. I43.

(43) BECK, *La lógica del reparto de la riqueza y del reparto de los riesgos*, en *La sociedad del riesgo. Hacia la nueva modernidad*, cit., p. 3I. En otro escrito este mismo autor expresa que el "ingreso a la sociedad del riesgo tiene lugar en el momento en el cual los peligros decididos, y con ello producidos socialmente, rebasan o superan los sistemas de seguridad vigentes de los cálculos de riesgo del Estado providencia: los riesgos atómicos, químicos, ecológicos y de la tecnología genética no son —a diferencia de los riesgos del industrialismo temprano—: a) Limitables ni espaciales ni temporalmente; b) Imputables con forme a las reglas vigentes de causalidad, culpa, garantía; c) Compensables o capaces de ser asegurados. O para decirlo con un ejemplo: los

damnificados de Chernobyl aún no han nacido todos el día de hoy, pasados muchos años después de la catástrofe". BECK, "De la sociedad industrial a la sociedad de riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e industrialización ecológica", Revista de Occidente, n.º 150, 1993, p. 15.

(44) De acuerdo con estos argumentos, del derecho de la reparación del daño ecológico puede considerarse como un progreso del derecho del ambiente entero si permite poner los mecanismos automáticos de regulación al servicio de los intereses que hasta ahora no habían sido defendidos por la reglamentación, MARTÍN GILLES, Rapport introductif, cit., p. 13.

(45) La LRP innovó en forma sustancial respecto del sistema de responsabilidad del Código Civil, pues si bien remite primariamente a él, introdujo posteriormente ciertos cambios: agravando la responsabilidad objetiva del art. 1113, e introduciendo el concepto de obligación de seguridad, que, en la práctica, crea un sistema de responsabilidad bien distinto del regulado en el Código Civil (por ello puede decirse que el régimen de responsabilidad establecido en la LRP resulta complementario del contenido en el Código Civil. El art. 45 de la LRP, parte de la presunción iuris tantum (pues admite prueba en contrario), de que todo residuo peligroso es una cosa riesgosa y remite al segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil. Tal norma atribuye la calidad de cosa riesgosa a un objeto determinado: el residuo peligroso. En realidad, la ley ha sido más amplia pues no sólo establece la responsabilidad objetiva, fundamentalmente derivada del riesgo de la cosa (art. 45) sino también de la actividad (art. 48).

(46) La jurisprudencia ha señalado que no todo daño a la naturaleza comporta un daño antijurídico y que resulta necesario compatibilizar o acomodar la protección del ambiente con otros bienes igualmente valiosos (p.ej., necesidades de comunicación) para la comunidad (en el caso de "Carlos Louzan vs. Ministerio de Economía s/ acción de amparo", resuelto por la Sala I de la Cámara Federal de San Martín, del 26 de Julio de 1993 publicado en ED, 156-59).

(47) La cláusula constitucional asigna un rango de prioridad a la recomposición del ambiente por sobre la indemnización pecuniaria (GAMBIER, Beltrán-LAGO, Daniel, "El medio ambiente y su reciente recepción constitucional", separata Revista El Derecho, Temas de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1995, p. 27).

(48) CASSAGNE, Sobre la protección ambiental, ambiental", LA LEY, 1995-E, 1221.

(49) "Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo".

(50) "El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción...". La interpretación que hagan los jueces, en el caso que entendiesen que la LGA no puede disminuir genéricamente la obligación prioritaria de recomponer que impone la Constitución Nacional, alterará la solución.

(51) "En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder".

(52) El artículo 1113 citado exime de responsabilidad por daños causados con las cosas, al dueño o guardián que demuestre que: a) De su parte no hubo culpa; b) La culpa fue de la víctima o de un tercero por quien no debe responder si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa; y, c) La cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.

(53) Para el daño ambiental de incidencia colectiva, el artículo 29 de la ley 25.675 exime de responsabilidad a quien demuestre que: Se adoptaron todas las medidas destinadas a evitarlo; a) De su parte no hubo culpa concurrente; b) La culpa fue exclusivamente de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

(54) El art. 29 no alude al dueño o guardián de la cosa causante del daño, como hace el artículo 1113 del código civil en el caso similar, sino genéricamente a "La exención de responsabilidad...", pero la responsabilidad

que trata la ley en el artículo precedente, es la del que "cause el daño ambiental" que el art. 28 al que hace objetivamente responsable, pero le permite excusas propias de la responsabilidad subjetiva.

(55) Ver HUTCHINSON, T., Los daños causados por el Estado, Revista JUS n° 36 (1984) p. 65; ÍD. Responsabilidad pública, cit., t. I pp. 431 y ss; ÍD, La responsabilidad estatal por omisión en cuestiones ambientales, en Daño ambiental, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 71 y ss.

(56) Tal como lo preceptuaba el artículo 29, 2.^a parte de la LGA, vetado por el Poder Ejecutivo.

(57) La doctrina tradicional (ver, por todos, BIDART CAMPOS, Germán, Manual de Derecho Constitucional argentino, Ediar, Buenos Aires, 1972, p. 286) enseña que, al decir la Constitución que la confiscación queda prohibida y no puede subsistir bajo ningún otro título, toda privación arbitraria de la propiedad se equipara a la confiscación y es inconstitucional. Para esta doctrina, privación arbitraria equivale a falta de indemnización. No parece, sin embargo, haber sido el concepto de nuestros padres fundadores. Al discutirse el tema en la Convención constituyente de 1853, ZAVALÍA pidió que se aclarara que la confiscación que quedaba prohibida era la general (ver, SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, voz "confiscación" en Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1955, t. III, pp. 822/32), a lo que se opuso GOROSTIAGA, sosteniendo que era innecesario, pues por confiscación de bienes se entendía únicamente la general, pues cuando son particulares, tienen nombres especiales —multas, comisos, etc.— (ver Vanossi, Jorge, La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución argentina y en su jurisprudencia, Buenos Aires, 1970. Por lo tanto, no aparece tan clara la violación constitucional.

(58) CASSAGNE, Juan C., El daño ambiental colectivo, en Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, t. V., p. 171.

(59) Que CASSAGNE, El daño, cit., p. 171 califica de "concepto jurídico indeterminado".

(60) Y no sólo el ambiente, también las cuestiones financieras han sufrido un gran colapso mundial por la falta de regulación, como se ha visto recientemente

(61) HOBBS, Thomas, Leviatán or the Matter, From and Poser of a Commonwealth Ecclesiastical an Civil. 1651. Part. One. Fondo de Cultura Económica, México DF, 1989, portada.

(62) Y si no basta ver lo que ha ocurrido en Argentina en la década del noventa pasada.

(63) Esto es, en un valor económico fungible, en tanto que la concepción ambiental y su derecho aspiran a ver esos "dones" como una extensión indisoluble del ser humano o viceversa y por tanto no han de ser parte del comercio a secas, sino satisfactor del que no se ha de extraer más que lo indispensable para mantener la supervivencia humana y la del resto de la creación.

(64) El mercado en sí, el comercio, la especulación, el lucro, la producción en serie, la utilidad o la rentabilidad por ellas mismas, desempeñan su papel, sano y, digamos, primigenio, en el ámbito económico. Pero en tanto se convierten en fuerzas y por tanto oponibles y con vocación de imponerse, obviamente a las de la sociedad en general, ingresan al campo de las luchas por el poder, al escenario de la política, del gobierno, de las instituciones, del derecho y de las conductas. Ambos brazos, resultan vasos comunicantes, lo cual no es culpa de determinado país sino de los tiempos, en la medida que "don mercado" crece, "don gobierno" decrece, se contrae.