

La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Por Pablo Lorenzetti ¹

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Breves nociones sobre daño ambiental. 3.- Las “funciones” de la responsabilidad civil. 4.- Función preventiva. 5.- Colofón.

1.- Introducción.

El objeto de esta breve nota se centra en analizar las disposiciones que destina el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a la regulación de las “funciones” del sistema de responsabilidad civil o Derecho de Daños.

En particular, se arriesgarán algunas ideas vinculadas al impacto que esta teoría general puede producir en relación a los daños ambientales.

Como cierre de este aporte se arrimarán algunas conclusiones preliminares vinculadas al modo en que la codificación de los preceptos analizados contribuirá a afrontar con un mayor grado de efectividad los conflictos jurídicos que presenta la problemática del daño ambiental.

2.- Breves nociones sobre daño ambiental.

Parece importante en estas palabras iniciales, y aunque más no sea a modo de repaso de conceptos de tipo general, la referencia de algunos datos característicos y específicos que presenta el daño ambiental²; los cuales actuarán luego como fundamento y explicación del entramado particular que desplegarán las funciones de la responsabilidad civil aplicadas a este tipo de daño.

En primer lugar, entonces y como dato no menor, el ambiental es el único daño que posee una referencia directa en la norma de mayor jerarquía de nuestro Estado de Derecho.

Así, el artículo 41 del texto constitucional dispone, en su parte pertinente, que *“El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”*.

¹ Abogado. Especialista en Derecho Ambiental por la UBA. Especialista en Derecho Ambiental y Globalización por la Universidad de Castilla La Mancha – Toledo (España). Especialista en Derecho de Daños y Contratos por la Universidad de Salamanca (España). Miembro de la Fundación “Justicia para Todos – Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina”. Miembro del Comité Académico de Fundación Expoterra.

² Para ampliar: Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) - Catalano, Mariana y Gonzalez Rodriguez, Lorena (Coordinadoras). “Derecho Ambiental y Daño” (Obra Colectiva). Edit. La Ley, 2009.

Claramente emana del texto constitucional que la tutela del medio ambiente opera como una especie de presupuesto o prerequisite del ejercicio y del disfrute de los demás derechos fundamentales reconocidos por la carta magna³.

Ha sostenido en este sentido la jurisprudencia que *“El derecho ambiental debe tener mayor peso por grado sobre los derechos de propiedad o de industria, por ejemplo, y ese efecto irradia del texto constitucional, e influye en su interpretación, en sede judicial o administrativa sobre el contenido y alcance de estos derechos (López Ramos, “Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica del Simposio de Jueces y fiscales de América latina”, 23 y 24 de septiembre de 2003)”*⁴.

Se recuerda también que las disposiciones contenidas en el art. 41 de la Constitución Nacional resultan, en principio, plenamente operativas y deben ser aplicadas de modo directo, más allá de las especificaciones, ampliaciones o reglamentaciones incluidas en la normativa infraconstitucional que sucesivamente se ha dictado o pueda dictarse a futuro.

Así lo ha sostenido, de modo prácticamente unánime, tanto la doctrina como la jurisprudencia⁵.

Esta situación invita a predicar y enfatizar el carácter de orden público de la normativa protectoria del medioambiente: *“Las normas ambientales son de orden público y no son susceptibles de negociación o renuncia entre particulares; por su explícita fuente constitucional tampoco el Estado puede soslayar su cumplimiento consagrando excepciones particulares o provocando derogaciones singulares de disposiciones de alcance general. Por el contrario, la protección del entorno configura una obligación del Estado. Este orden público ecológico es la base ideológica que legitima y exige todas las medidas de control, regulación, vigilancia y prohibición de esas actividades, es decir, la llamada policía administrativa en lo ambiental”*⁶.

Se detecta entonces una característica importante que diferencia a las regulaciones ambientales de las del Derecho Común.

Mientras que las primeras, como se adelantó, se presentan como de orden público y no pueden ser dejadas de lado por los particulares; las disposiciones contenidas en el Código Civil son -en términos generales y salvo excepciones⁷- supletorias de la voluntad de las partes⁸, quienes pueden modificarlas de acuerdo a sus intereses.

³ Tal circunstancia -de evidente carácter revolucionario para el derecho común decimonónico, individualista y liberal que ha sido plasmado en nuestro Código Civil vigente- fue advertida por los redactores del Proyecto de 2012 al incluir, por ejemplo, las prerrogativas contenidas en los arts. 14, 240 y cc del texto.

⁴ STJ de la Provincia de Río Negro. “Domínguez, Mariana y otros s/ amparo s/ apelación”. 27/04/09.

⁵ En la jurisprudencia, ver entre otros: - CSJN. “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”. 20/06/2006. En LL 11/07/2006, 4. - Cámara de Apelaciones CyC de Mercedes, Sala II, “SPAGNOLO, César c/ Municipalidad de Mercedes. 19/03/09. En LLBA 2009 (junio) , 491.

⁶ Cámara 7a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba. “Chañar Bonito S.A. c. Municipalidad de Mendiolaza”, 14/12/2005. En LLC 2006 (julio), 749.

⁷ Entre ellas, la normativa contenida en los microsistemas que persiguen como objeto la tutela de ciertos colectivos de “débiles jurídicos”. Por ejemplo, el artículo 65 de la ley 24.240 dispone que: *“La presente*

Este enfoque o visión constitucional de los derechos que, en principio, se presentan como de índole privada, ha sido propiciado por la doctrina y receptado claramente por la Comisión Redactora del nuevo Código, en los Fundamentos de dicho documento y en los siguientes términos:

“Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina⁹”.

En conclusión, al momento de intentar resolver un caso sobre daño ambiental, se impone hacerlo bajo el prisma impuesto por el bloque de constitucionalidad que rige en nuestro Estado de Derecho.

El daño ambiental es bicéfalo o bifronte¹⁰ y, por tanto, los perjuicios individuales y los colectivos son las “dos caras de una misma moneda”.

En esta línea, entonces, para supuestos de perjuicios ambientales individuales o de rebote, concurrirán a regular la situación todos y cada uno de los dispositivos contenidos en la normativa ambiental que se adapten a la individualidad del daño y también aquellos instrumentos previstos en el derecho común que fueren aplicables al caso particular.

A modo de colofón del presente título, el daño ambiental presenta una serie de particularidades que lo apartan de las características del daño clásico, lo cual justifica la búsqueda de soluciones diferentes¹¹.

Las ideas que se han plasmado en los códigos decimonónicos que rigen en la mayoría de nuestros países no son útiles para tratar adecuadamente el problema de los daños ambientales con sus tan particulares características.

En todo caso, esas normas impregnadas del carácter liberal propio de la época en que fueron dictadas y en las que la autonomía de la voluntad y la responsabilidad por culpa se esgrimen en pilares básicos del ordenamiento, deben ser al menos repensadas y readaptadas a las exigencias del tipo de perjuicios que aquí tratamos.

ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial”.

⁸ En el ámbito contractual, artículo 1.197 del Código Civil: *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.*

⁹ Texto de los Fundamentos disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com>.

¹⁰ Catalano, Mariana: “La bifrontalidad del daño ambiental en la práctica”, RRCYS, Año X, N° 8, agosto de 2008, p. 53.

¹¹ Ver en la jurisprudencia, entre otros: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. “Almada, Hugo N. c. Copetro S. A. y otro; Irazu, Margarita c. Copetro S. A. y otro; Klaus, Juan J. c. Copetro S. A. y otro”. En LLBA 1998, 1314 - LLBA 1998, 943.

3.- Las “funciones” de la responsabilidad civil.

Ya en aproximación al tópico central, se invita a reflexionar acerca del modo en que nuestro ordenamiento jurídico reacciona -o debería reaccionar- frente a la posibilidad o probabilidad de ocurrencia de un evento dañoso.

Es decir, pensar si la función del Derecho de Daños se agota en indemnizar a la víctima de un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial, o bien si es necesario también idear soluciones que se alojen en un instante o estadio anterior al acaecimiento del perjuicio.

La premisa de indemnizar pecuniariamente las consecuencias inmediatas o mediatas -según el caso- que genere un evento dañoso, en un principio tuvo un carácter netamente sancionatorio para el dañador y luego fue girando hacia la idea de reparación de la víctima de un daño injustamente sufrido¹².

Ha logrado generalizada acogida la interesante postura sustentada por Yvonne Lambert Faivre, en cuanto a que la responsabilidad civil ha evolucionado desde una deuda de responsabilidad hacia un crédito de indemnización¹³.

Aún hoy, cierta doctrina con argumentos por demás valederos, concibe a esta función del derecho de la responsabilidad civil como la principal y hasta como la única; alegando básicamente que el resto de las derivaciones que comentaremos más adelante aparecen como impropias del sistema¹⁴.

En la actualidad existe un consenso prácticamente generalizado en cuanto a que la responsabilidad civil entendida sólo como un mecanismo tendiente al resarcimiento de daños ya acaecidos es insuficiente.

Por el contrario, se propicia la introducción de mecanismos y técnicas que, desde el Derecho de Daños -con todo lo que ello implica-, vayan dirigidas concretamente a la evitación de perjuicios probables o previsibles y también a la sanción de aquellos agentes que actúen a través de conductas cuya gravedad merezca una reacción adicional.

Es ésta la línea que han seguido los autores del nuevo Código al incluir dentro del Título V, Capítulo Primero, Sección Primera, dedicada a regular las disposiciones generales sobre la responsabilidad civil, la normativa contenida en el artículo 1.708: *“Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva”*.

¹² Sagarna, Fernando. “La responsabilidad civil en el último año del siglo XX. Síntesis de una evolución”. LA LEY 2000-D, 1000. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 437.

¹³ “La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad hacia un crédito de indemnización”. En Alterini – Lopez Cabana. “Derecho de Daños (y otros estudios)”. Edit. LL, 1992. Pág. XIII.

¹⁴ Es procedente aquí el recuerdo de las valiosísimas e interesantes reflexiones vertidas por el querido profesor español Eugenio Llamas Pombo, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, en el marco de los Cursos de Especialización en Derecho impartidos en dicha casa de estudios durante el año 2.009; según las cuales el maestro englobaba a las funciones preventiva y punitiva de la responsabilidad civil como uno de los grandes “mitos” del sistema de Derecho de Daños.

Se trata de un interesante punto de partida que se diferencia claramente del Código vigente, dentro del cual no existe artículo alguno que se le asemeje.

De este modo, se amplían las funciones del Derecho de Daños, agregándose a la par de la faz resarcitoria o reparatoria, las funciones preventiva y disuasiva o punitiva.

Vale destacar que todo el articulado posterior, que desarrolla el contenido de este primer artículo, es aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, superándose de esta manera la distinción que actualmente mantiene el Código vigente.

La ampliación de las funciones de la responsabilidad civil revitaliza el sistema y lo torna mucho más compatible con los caracteres del daño ambiental.

Esto es así debido a que, tal como se adelantara en la presente nota, en materia de perjuicios ambientales nos encontramos generalmente frente a situaciones continuadas en el tiempo e irreversibles en sus efectos.

El fin último del resarcimiento del daño, cual es el de volver las cosas al estado anterior a la producción del mismo (art. 1.083 del Código Civil anterior), resulta de cumplimiento imposible en la mayoría de los casos.

Sin perjuicio que se han escrito interesantes trabajos sobre el tema y se han esbozado certeras teorías al respecto¹⁵, no existen aún reglas claras que permitan determinar la entidad o la cuantía de determinados perjuicios a los efectos de traducirlos en un monto indemnizatorio que resulte razonable.

¿Cuánto vale la extinción de una especie de aves o de elefantes? ¿Qué valor tiene la afectación del paisaje por la construcción de un complejo habitacional que altera notablemente el hábitat? ¿Qué precio le asignamos a la destrucción de un inmueble perteneciente al patrimonio histórico de la ciudad que ha sido demolido para construir un edificio? ¿Qué monto indemnizatorio debe abonarse a raíz de la tala indiscriminada de miles de hectáreas de bosques para, en su lugar, sembrar cultivos transgénicos?

Todos estos interrogantes y dificultades teóricas y prácticas han enderezado los esfuerzos, en materia ambiental, hacia la búsqueda de mecanismos de anticipación del daño.

Por tal motivo es que podría juzgarse como sumamente valorable la inclusión dentro del Proyecto de las funciones preventiva y sancionatoria o punitiva de la responsabilidad civil; las que serán profundizadas a continuación.

¹⁵ - Martín Mateo, Ramón, "Valoración de los daños ambientales". En Revista de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, diciembre de 2003. - Cafferatta, Néstor. "Cuantificación del daño ambiental". - Peretti, Enrique. "El juez ante la indemnización por daño ambiental. Criterios de valoración". Ambos textos en Cafferatta, Néstor (Director) - Pacheco Barassi, Leandro (Coordinador Editorial) - Lorenzetti, Pablo; Rinaldi Gustavo; Zonis, Federico (Colaboradores). "Summa Ambiental". Edit. Abeledo Perrot, 2011. Tomo III; Págs. 1829 y 1842.

4.- Función preventiva.

Sostiene la jurisprudencia que *“Se deben instrumentar las herramientas que en una clara actitud de "evitación" sean capaces de lograr que se obtenga el objetivo apuntado en el artículo 41 C.N. "El derecho ambiental debe tener un carácter eminentemente preventivo por motivos funcionales y teleológicos" y "desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la preferencia por los instrumentos de actuación "ex ante", frente a los instrumentos "ex post", origina dudas serias sobre la utilidad del instituto de la responsabilidad"”¹⁶.*

En los Fundamentos del nuevo Código se dice que: *“En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que **la prevención es prioritaria y precede a la reparación**, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la “tragedia de los bienes comunes”, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos”.*

La figura de la “tragedia de los bienes comunes” ha sido muy estudiada en el Derecho Ambiental. Es que ante la ausencia de incentivos para proteger algo que no es de nuestra propiedad sino que es de todos, nadie lo cuida con demasiado ahínco.

Bajo este paradigma es que el Código, luego de exponer sobre cuáles serán las funciones específicas de la responsabilidad civil, desarrolla la función preventiva entre los artículos 1.710 y 1.713.

El primero de los dispositivos citados aporta lo siguiente: *“Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.*

Este deber genérico de prevención del daño impuesto por el artículo transcrito enmarca de modo certero el principio de prevención contenido en el art. 4º de la ley 25.675 y torna exigible a toda persona, dentro del sistema de Derecho de Daños en general -y del Derecho de Daños Ambiental en particular-, una conducta consistente en la evitación de perjuicios.

Claro está que la frase *“en cuanto de ella dependa”*, debiera entenderse como la exigibilidad de acciones que se encuentren al alcance o dentro de la esfera de control de la persona, excluyéndose aquellos comportamientos que resulten de cumplimiento imposible o que impliquen conductas irrazonables o “heroicas”.

¹⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II. “Spagnolo, César Antonio c. Municipalidad de Mercedes s/amparo”. 19/03/2009. En LLBA 2009 (junio), 491.

En cuanto a la procedencia de mecanismos de prevención del daño ambiental por sobre los estrictamente resarcitorios, lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Causa Mendoza: “... *la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento*¹⁷”.

En la misma línea, la ley general del ambiente N° 25.675 consagra la plena aplicación de los principios preventivo y precautorio (at. 4°) y la prioridad de la recomposición del daño ambiental, colocando al resarcimiento mediante indemnización en una posición subsidiaria y solo para el caso en que no resulte técnicamente factible la recomposición (art. 28). El desarrollo jurisprudencial y doctrinario de estos conceptos ha sido tan abultado como riguroso¹⁸, de modo que no nos extenderemos al respecto.

Por su parte, el último de los incisos del artículo 1.710, al imponer el deber de no agravar el daño ya producido, refleja también una idea consolidada en materia ambiental.

Luego de este “deber genérico de evitación”, el Código avanza un poco más e incluye una serie de dispositivos de tinte más bien procesal (artículos 1711 a 1713) que regulan el ejercicio y la tramitación de la denominada “acción preventiva” que nace frente a un hecho u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño.

Ingresando al estudio de estos dispositivos, podría decirse que el art. 1711 exige la previsibilidad de la producción del daño ya que nos encontramos aquí en el campo de la prevención.

Por el contrario, y recordando que las normas analizadas forman parte de la teoría general de la responsabilidad civil, no se ha previsto regulación alguna en el Código respecto al principio precautorio en materia ambiental¹⁹, el que opera frente a daños o riesgos imprevisibles, generados en el campo de la incerteza científica.

En este punto no se ha seguido la posición adoptada por la Comisión III de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán en octubre de 2011, según la cual “*El principio precautorio es un principio general del Derecho de Daños que*

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/06/2006, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”. En LL 11/07/2006, 4 - LL 2006-D, 281 - DJ 2006-2, 706 - LL 29/06/2006.

¹⁸ Ver, por todos: Cafferatta, Néstor (Director) – Cafferatta, Néstor; Lorenzetti, Pablo; Rinaldi, Gustavo; Zonis, Federico (Coautores). “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Ambiental”. Edit. La Ley, 2012. Tomo I; Capítulos “II – Principios de Derecho Ambiental” y “III – Daño Ambiental”.

¹⁹ Ver, entre otros: - Cafferatta, Néstor: “El principio precautorio (o la certeza de la incerteza)”. En “Biodiversidad, Biotecnologías y Derecho. Un crisol para la sustentabilidad”. Aracane Editrice, Roma, 2010, Págs. 47-66. – Sozzo, Gonzalo; Berros, María Valeria. “Principio Precautorio”. En Revista de Responsabilidad Civil y Seguros; La Ley, 2001-2011-III, Pág. 28. - Falbo Aníbal. “El principio precautorio del Derecho Ambiental y sus funciones cautelares y de interpretación”. Lexis Nexis, 2005-4-506.

impone el deber de adoptar medidas adecuadas con el fin de evitar riesgos de daños potenciales a la vida, la salud y el ambiente”.

También la operatividad del artículo 1.711 presupone la antijuridicidad en la conducta de aquel que tiene a su cargo el deber de prevención.

Ahora bien, cabe reflexionar si este requisito debe ser entendido del modo tradicional; esto es una antijuridicidad subjetiva y formal, a la manera en que lo ha reglado el Código vigente, siguiendo en este punto los preceptos del derecho penal²⁰.

Vale destacar que en materia ambiental esta postura resulta insuficiente, al punto que parte de la doctrina propicia la inexigibilidad del requisito de la antijuridicidad formal para la procedencia del daño²¹, resultando además completamente irrelevante la autorización administrativa previa para la activación del sistema de responsabilidad por daño ambiental²².

Podría pensarse que esta situación queda subsanada si se recurre al texto de los Fundamentos presentados por la Comisión, según el cual se entiende por cumplido el requisito de la antijuridicidad con la mera violación al deber genérico de prevención consagrado en el art. 1710.

El razonamiento resulta convincente debido a que si el Proyecto introduce un deber expreso de prevenir, la sola omisión de tal exigencia torna operativa la acción preventiva regulada en el art. 1711, independientemente de que la actividad o proyecto cuenten con autorización administrativa o no conculque norma alguna prevista por el resto del ordenamiento jurídico.

Se responde, en conclusión, aún por daños causados a través de actividades perfectamente lícitas²³ y autorizadas administrativamente.

Por último, el artículo en análisis no exige la procedencia de ningún factor de atribución, lo cual resulta acertado ya que la tutela inhibitoria prescinde totalmente de este requisito de la responsabilidad civil. No puede imputarse ningún comportamiento subjetivo u objetivo -entendido este último en el sentido tradicional de los factores objetivos de atribución- al agente por un daño que todavía no se causó pero que sí puede producirse en el futuro.

El artículo que sigue, 1.712, legitima para iniciar o promover la acción preventiva a *“quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”.*

²⁰ El art. 1066 del Código Civil dispone que *“Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales, o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiera impuesto”.*

²¹ Ver posición de Zavala de Gonzalez, citada por Besalú Parkinson, Aurora en *“El daño socialmente tolerable y el medio ambiente. Implicaciones básicas de la teoría del riesgo permitido”.* En RCyS1999, 65.

²² Ver, entre otros: Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II. *“Pinini de Pérez, María del Carmen c. Copetro S. A”* 27/04/1993. En LL 1994-A, 8; DJ1994-1, 741.

²³ Artículo 27 de la LGA: *“El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva...”*

Si de Derecho Ambiental se trata, claro está, el dispositivo debe ser releído bajo los preceptos procesales contenidos en la normativa microsistémica.

La única condición que exige el Código radica en la acreditación de un “*interés razonable*” -en nuestro caso- respecto a la prevención de daños ambientales.

Este concepto jurídico indeterminado debiera ser interpretado, ante la duda, del modo en que mejor favorezca la tutela del bien colectivo ambiental y, aplicando la máxima del “*in dubio pro naturaleza*”²⁴, propendiendo siempre a la apertura legitimatoria como puerta de entrada al proceso judicial en defensa de los derechos fundamentales, principal garantía del acceso a la justicia.

Por último, dentro del articulado dedicado a la función preventiva, el Código dispone que “*La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad*” (artículo 1.713).

En base a ello, el juez puede exigir al legitimado pasivo acciones o abstenciones concretas tendientes a la evitación de daños previsibles.

Se habilita al magistrado a adoptar estas decisiones a pedido de parte o también de oficio.

En materia ambiental, la última de las facultades mencionadas posee su correlato en lo normado por el artículo 32 de la ley 25.675, según el cual se otorga la posibilidad a los jueces para que, en pos de la tutela del bien colectivo, adopten “*las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general*”.

Se trata del “activismo judicial” predicado para este tipo de casos, amplia y razonablemente ejercitado por cada uno de los jueces que a lo largo y a lo ancho de nuestro país han debido enfrentarse a casos vinculados a la tutela del ambiente²⁵.

La última parte del artículo 1.713 introduce una pauta interesante que también ha sido muy utilizada por nuestra jurisprudencia: el juicio de ponderación²⁶.

Cuando de “casos difíciles” se trata²⁷, es usual que se presenten contradicciones entre los principios y normativas que concurren a regular determinada situación. Ante estos conflictos el juez debe razonar y necesariamente preferir unos a otros para la aplicación al caso concreto.

²⁴ En la jurisprudencia: - Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Brasil (voto del Dr. Antonio Herman Benjamin). Recurso Especial Nº 883.656 - RS (2006/0145139-9) “Alberto Pasqualini REFAP S.A c/ Ministerio Público do Estado do Rio Grande do Sul”. 9/03/2010. - STJ de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. “Estancias Violeta S.R.L. c. Techint S.A.C.I.”. 10/08/2006. En LLPatagonia 2007 (abril), 914.

²⁵ Ver, por todos: Cafferatta, Néstor (Director) – Cafferatta, Néstor; Lorenzetti, Pablo; Rinaldi, Gustavo; Zonis, Federico (Coautores). “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Ambiental”. Edit. La Ley, 2012. Tomo I; Capítulo “V – Procesos Colectivos Ambientales”.

²⁶ Alexy, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Traducción de Ernesto Garzón Valdéz. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

²⁷ Calabresi, Guido – Bobbitt, Philip. “Tragic Choices”. Edit. W. W Norton & Company, 1978.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación claramente ha hecho suyas estas ideas al fallar, entre otros precedentes, el caso “Salas”²⁸: *“La aplicación del principio precautorio -art. 4º, ley 25.675- implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un **juicio de ponderación razonable**, por lo que no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras”*.

En esta línea, y conforme lo faculta el artículo 1.713, el juez privilegiará la preeminencia de la prevención, la cesación y la recomposición por sobre la reparación de los daños ambientales. Asimismo tendrá necesariamente presente el carácter colectivo del bien que está protegiendo. Todo ello, puede hacerlo de oficio e independientemente de lo que las partes aleguen en sus pretensiones ya que así se lo imponen los mandatos constitucionales a los que está sometido.

Por último, ponderando los intereses y principios en pugna, el magistrado pensará no sólo en las partes formales del litigio sino en todos aquellos integrantes del grupo que serán afectados por la sentencia y, aún más, en las generaciones venideras que también estarán alcanzadas por la decisión y a las cuales el juez está obligado a tutelar por imperativo constitucional. Su decisión debe ser “atemporalmente convincente”²⁹.

Se trata de un instrumento útil que, desde el proceso de codificación y sumado a cada uno de los institutos y principios propios de la materia, contribuirá a reafirmar la sólida evolución que ha operado ya dentro del microsistema de Derecho Ambiental en cuanto a la evitación de daños irreversibles.

6.- Colofón.

A modo de cierre de este breve aporte, interesa dejar sentado que el sistema general de responsabilidad civil que diseña el Proyecto contribuirá seguramente a convertirlo en un instrumento mucho más útil y eficiente para resolver los intrincados conflictos que nos plantea la realidad actual.

Sin dudas que a través de la teoría del Derecho de Daños plasmada en el Proyecto se “recodifican” una serie de elementos propios y característicos de los microsistemas con el claro objeto de “oxigenar” los institutos clásicos.

Es decir, que no se deroga la normativa específica -ley de defensa del consumidor o ley general del ambiente, por ejemplo-³⁰, sino que se traen al Código ciertos principios y mecanismos propios de dicha legislación que permitirán encarar de modo más eficaz estos problemas a través del sistema general.

En materia ambiental la estrategia reseñada se presentará como de suma relevancia ya que se proveerá al intérprete o al operador jurídico -a la par de los que ya tenemos

²⁸ “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”. 26/03/2009. En LL 08/04/2009, 11; LL 2009-B, 683; LL 06/11/2009, 5.

²⁹ Peretti, Enrique. “La Sentencia Ambiental. Su Eficacia”. En Revista de Derecho Público – 2009/2. Derecho Ambiental. Rubinzal – Culzoni. 2009. Pag. 331.

³⁰ De hecho, el artículo 1.709 del Proyecto prevé el orden de prelación para aquellos supuestos en que concurran a regular un caso concreto las disposiciones del Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil.

regulados en la normativa especial- de un menú con elementos mucho más concretos y certeros a la hora de resolver las cuestiones vinculadas a este tipo de daños.

Hasta el momento la jurisprudencia -tal como lo mencionamos- ha recorrido un camino importantísimo en la tutela de los bienes ambientales; echando mano, fundamentalmente, a los principios regulados en el artículo 4 de la ley 25.675 y a las especiales características del daño ambiental insertas a partir del artículo 27 de la misma norma.

Sin embargo, era necesaria una “refuncionalización” del sistema general de responsabilidad civil a los efectos que el Derecho Ambiental pueda recurrir a dicha herramienta.

En este marco, entonces, se impone una especie de “volver a las fuentes” e intentar resolver estos conflictos con institutos mucho más aptos que los que hoy tenemos. De lo contrario, continuaremos en el mismo sendero y seguiremos debatiendo en los congresos científicos acerca de la falta de implementación del Derecho Ambiental o del “Estado Teatral” de esta rama jurídica³¹.

La propuesta del nuevo Código, intenta recorrer ese camino y provee de un sistema de responsabilidad civil cuya única función ya no es la resarcitoria o indemnizatoria sino que, por el contrario, promueve enfáticamente la prevención de los daños y ofrece una acción específica y exigible de tutela inhibitoria, con reglas, caracteres y efectos claros.

Así, no solo de principios y valores vivirá el Derecho Ambiental. Reiteramos que toda esta evolución ha sido muy destacable y ha alcanzado resultados por demás elogiables.

Sin embargo, en tantísimas ocasiones todo este bagaje llega tarde y además es visto por aquellos que se encuentran frente a la posibilidad de causar un daño como una especie de “soft law” que fácilmente pueden eludir ya que no habrá demasiadas consecuencias negativas al respecto en el corto plazo.

Es necesario, entonces, que los operadores del Derecho Ambiental tengan a disposición y utilicen razonablemente una teoría del Derecho de Daños funcional y apta para lograr el objetivo final que se persigue a través de la normativa protectoria: propender a un desarrollo mucho más sostenible, con equidad para la población actual y también con solidaridad para las generaciones futuras.

³¹ Benjamin, Antonio Herman. “O Estado teatral e a implementação do direito ambiental”, en Benjamin, Antonio Herman V. (ed.), *Direito, Água e Vida*, Vol. 1, São Paulo, Procuradoria Geral de Justiça-Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2003.