

## La responsabilidad por daño ambiental

Néstor Cafferatta<sup>1</sup>

La responsabilidad ambiental tiene distintas dimensiones. Ya se ha hablado de la responsabilidad administrativa ambiental, y de la responsabilidad penal ambiental. Esta presentación va a centrarse, fundamentalmente, en la responsabilidad por daño ambiental, que es una especie de Derecho de daños.

Lo primero que se debe tener en cuenta es que el concepto de daño ambiental varía de acuerdo a la noción de ambiente que se tenga y que se adopte. Si se adopta una noción restringida, como la que identifica al ambiente con el patrimonio natural o con los recursos naturales, o incluso la de algunos autores como la de Ramón Martín Mateo que ve en la noción de ambiente o en la de Derecho ambiental la tutela de bienes naturales —elementos de titularidad común y de características dinámicas—, concretamente, el aire y el agua, factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra; que piensan que el suelo es objeto de otra disciplina como la del ordenamiento global territorial o el derecho urbanístico, es indudable que el concepto a seguir va a ser una doctrina que, como en el caso de Jorge Bustamante Alsina, en Argentina, califica de daño ecológico. El daño ecológico es el que recae sobre bienes del patrimonio natural, es decir, sobre recursos naturales, el que afecta al agua, al suelo, la flora, la fauna y al aire.

En cambio, si se adopta una noción de ambiente más amplia, como aquella que incluye al paisaje o a los bienes del patrimonio cultural, sin lugar a dudas se va a poder enmarcar tanto el daño al ambiente como a los recursos naturales e, incluso, a los recursos que podemos calificar de culturales o bienes y valores colectivos, y, aún más, el daño al equilibrio ecológico, dentro del concepto de daño ambiental. De manera que, lo que debemos preguntarnos es ¿qué es el ambiente?, para poder, una vez adscritos a una de estas posturas, restringida o amplia, avanzar en el concepto de daño ambiental.

Ya se mencionó que el daño ambiental es una especie de Derecho de daños, pero no es un daño común; es de difícil comprobación, muchas veces anónimo, que está vinculado a situaciones de co causación o de causalidad plural. Puede ser irrelevante desde el punto de vista individual y, sin embargo, muy importante desde lo colectivo, comunitario o supra individual. Es un daño que no cumple con ninguno de los requisitos del Derecho de daños clásico.

El daño jurídico, el resarcible, el reparable, tiene que cumplir con una serie de requisitos que enseña la doctrina: debe ser cierto, concreto, directo, personal, diferenciado. El daño ambiental no cumple con ninguno de estos requisitos, pues es indirecto o reflejo, impersonal, muchas veces incierto, hasta hipotético o conjetural, es de causalidad difusa, es decir, presenta para el operador jurídico un desafío enorme de redefinición, actualización de los conceptos clásicos del derecho de daño porque el instrumental jurídico tradicional “disfunciona” frente a la problemática del daño ambiental.

La doctrina civilista enseña que son presupuestos de la responsabilidad por daño, en primer lugar, la “antijuridicidad” o la ilicitud; segundo, el factor de atribución o de imputabilidad que puede ser objetivo o subjetivo; tercero, la relación de causalidad;

---

<sup>1</sup> Investigador la Universidad del Salvador, dependiente del Instituto de Medio Ambiente y Ecología, **IMAE**, Vicerrectorado de Investigación. Titular extraordinario de Cátedra de Régimen Jurídico de los Recursos Naturales de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

y, cuarto, el daño. En realidad, este cuarto requisito o presupuesto de responsabilidad por daño es el primero de todos, porque si no hay daño no se puede ingresar dentro de la materia.

He visto en las Leyes Generales del Ambiente, también denominadas Leyes de Base o Leyes Orgánicas, de América latina y el Caribe un concepto de daño ambiental, creo adoptado por primera vez en Cuba, y después en el resto, que plantea que es toda lesión, menoscabo, deterioro. Se utilizan distintas palabras pero significado común: lesión, menoscabo, deterioro, disminución, perjuicio, “significativo”, “inferido al ambiente o alguno de los elementos que lo integran”. Algunas agregan que esa alteración significativa o relevante, debe ser además, “antijurídica” o “ilícita”.

Voy a reflexionar sobre estos requisitos, en primer lugar, el de “antijuridicidad”. Hace tiempo que en la doctrina argentina se dice que este requisito ha sido superado por la ciencia jurídica, en el sentido de que no es necesario que concurra la antijuridicidad formal porque basta con la antijuridicidad “material”, es decir, basta con el “acto injusto”. El Derecho de daños sanciona el acto injusto, y el acto injusto es el acto antijurídico desde el punto de vista material, es el que contraría el sentido y la finalidad del ordenamiento jurídico en general; no es necesario que exista una “falta” o “contravención” a las leyes administrativas o a las ambientales, en general para que actúe u opere el ámbito de la responsabilidad por daños.

La relación de causalidad es, probablemente, el “talón de Aquiles” de la responsabilidad por daño. Para empezar, hay que decir que la relación de causalidad es un concepto diferente en el derecho del que se utiliza en las ciencias duras, las ciencias de la naturaleza. Jorge Mosset Iturraspe destaca que el enfoque científico no necesariamente coincide con el jurídico. En realidad, la relación de causalidad, o el nexo de causalidad en el derecho, es un nexo de imputabilidad. El profesor Isidoro Goldenberg dice que la relación de causalidad es un juicio de probabilidad retrospectivo, en abstracto; objetivo, es un juicio de idoneidad. Por otra parte, la culpabilidad es un juicio de previsibilidad en concreto, atendiendo a las circunstancias de tiempo, lugar y personas.

El nexo causal responde a la siguiente pregunta: tal hecho, ¿es de por sí, apto o idóneo, normalmente, en forma regular, para producir este hecho dañino? La relación de causalidad es lo que la doctrina denomina la prognosis póstuma o lo que el Código Prusiano llamaba el *quod plerumque fit*, es decir, un juicio de regularidad, lo que ocurre normalmente, “según el curso normal y ordinario de las cosas”. Siendo la relación de causalidad un juicio de probabilidad, desde el punto de vista del derecho, es una posibilidad que se acerca a la certeza. El derecho no exige certeza absoluta, se basa, fundamentalmente, en sistemas de reproches y de responsabilidad frente a la conducta positiva o negativa del sujeto de derecho.

El daño ambiental contiene una problemática propia inherente a la cuestión medioambiental; cierto grado de “incerteza” o “incertidumbre”. Hace tiempo que, aún dentro del campo de las ciencias duras o de las ciencias de la naturaleza, se ha abandonado la idea del determinismo, de la relación de causalidad absoluta, de causalidad cierta e indubitable. A partir de la física cuántica, ha cambiado el concepto de la relación de causalidad y se ha incorporado el de azar, la estocástica. Ilya Prigogine, Premio Nobel de Química en 1977, adquirió fama a nivel científico por haber incorporado al azar a la relación de causalidad. Él comenta que hemos pasado de una lógica de relación causal “del reloj” a una lógica de relación causal “de las nubes”. Asimismo, dice que la relación de causalidad en las ciencias de la naturaleza ha perdido el sentido lineal de causa-efecto, es decir, “dado tal causa se produce tal efecto”. Para

él, la relación de causalidad se ha transformado en una suerte de relación de causalidad circular, en virtud de la cual lo que era causa se transforma en efecto y lo que era efecto se transforma en causa. En consecuencia, si las ciencias físicas y las de la naturaleza nos están enseñando que hay que tener en cuenta elementos de incerteza, no hay razón por la cual en el ámbito de la responsabilidad por daños y, en particular, por daño ambiental, se exija una relación de causalidad absoluta, indubitable, lejos de la idea de la probabilidad.

Al respecto, hubo un caso “aceite de colza” en el Superior Tribunal de Justicia de España, en 1992; una empresa introdujo 2% de anilina en aceite de colza y produjo una intoxicación masiva que llevó a 330 muertes y 15000 personas enfermas, afectadas por la presencia de un tóxico en menor escala, la anilina. La mezcla de estos productos sólo genera un caso que finaliza con una condena penal basada en estadísticas, porque la relación de causalidad es un juicio de probabilidad que, en muchas ocasiones, se traduce en un coeficiente universal de experiencia.

El Código Civil Argentino, en el artículo 901, define las consecuencias directas o inmediatas como aquellas que acostumbran suceder según el curso normal y ordinario de las cosas; ese es el concepto de relación de causalidad. La causalidad adecuada es un juicio de probabilidad en abstracto, objetivo, de manera tal que se determina el responsable del hecho e incluso la extensión de la reparación.

Lo cierto es que el Derecho ambiental tiene hoy en día soluciones incluso singulares en materia de relación de causalidad. Por ejemplo, los casos por daño ambiental son los llamados casos arduos, ríspidos, difíciles o complejos desde el punto de vista procesal. Dada esta situación, se han generado una serie de teorías en materia de relación de causalidad que tratan de aligerar la carga de la prueba, de suavizar la exigencia de prueba con respecto a la relación de causalidad, porque se sabe que puede fracasar todo el sistema de responsabilidad si no se prueba el nexo de causalidad entre la actividad presuntamente o potencialmente dañina y el daño. Una de las teorías que se aplica, es la holandesa de la causalidad disyuntiva o alternativa, también llamada “teoría de la responsabilidad colectiva”. En Argentina ya aparece consagrada en la ley 25675. También se la conoce como la teoría de la responsabilidad anónima, la que se cumple cuando existe un grupo presuntamente responsable. En ese caso, la reacción del derecho es tornar responsable a todos solidariamente y darles derecho a repetición. La Ley General del Ambiente de Argentina 25675 dispone, en el artículo 31, que producido un hecho de daño ambiental colectivo cuando hubiera dos o más personas, dos o más industrias y no se supiera el aporte de cada uno de ellos a la producción del daño ambiental, “todos serán responsables solidariamente por la reparación frente a la sociedad”. Esta norma en realidad está basada en la teoría de la causalidad alternativa; trata, de esta manera, de aligerar el régimen de responsabilidad.

Por ejemplo, en una situación de contaminación por hidrocarburos, en la zona donde se generó aparentemente el hecho, o zona de afectación, las empresas tienen lo que se llama una pluma contaminante, que genera una zona de afectación. En el sector afectado por este hecho, basta con ubicar a las dos o tres industrias que manipulan o producen hidrocarburos para considerar que alguna de ellas, debe haber sido la responsable. Si no se conoce el aporte individual de cada una de ellas al daño, la Ley señala es que son todas responsables solidariamente por la reparación del daño ambiental.

También existen sistemas probatorios que tratan de aligerar la carga de la prueba desde la inversión de la carga de la prueba con base en el principio de precaución, pasando por las llamadas pruebas “leviores” o pruebas “*prima facie*”; o bien, sistemas

de presunción de responsabilidad o de causalidad hasta la aplicación de principios procesales tan viejos como *res ipsa loquitur*, es decir, dejar que los hechos hablen por sí mismos, en virtud de la cual se generan presunciones en contra del sujeto al que se le imputa un hecho de responsabilidad por daño ambiental.

Desde hace ya tiempo, la doctrina judicial argentina plantea que el daño ambiental tiene mucho de inasible, de cambiante, como en el caso de los compuestos tóxicos. También, dice que el juez no debe actuar de forma rutinaria, pues debe aplicar un sistema de apreciación especial diferente al clásico. Asimismo, reconoce que el análisis debe ser integral, totalizador, “holístico”, con especial importancia en la prueba de presunciones. Para la doctrina argentina el daño ambiental se prueba con pruebas de presunciones, es decir, se prueba con prueba indirecta, con indicios plurales y concordantes, que generen convicciones, inferencias, deducciones, presunciones, las que, en su conjunto, sirven para justificar la condena o la imputación condenatoria en casos de daño ambiental.

Daño ambiental es una expresión ambivalente que designa, por un lado, el daño al ambiente en sí mismo o el daño ambiental colectivo, lo que, a mi juicio, siguiendo la ley argentina, es toda alteración negativa relevante del ambiente, del equilibrio del ecosistema, de los recursos, de los bienes o valores colectivos. En realidad, la definición de la ley argentina es el fruto del desarrollo de la legislación latinoamericana y caribeña. Esa primera definición que aparece en muchísimas leyes orgánicas del medio ambiente de América Latina —daño ambiental es la lesión, es el menoscabo significativo, relevante, inferido al ambiente o algunos de los elementos que lo integran— en la ley argentina fue fruto de la maduración del avance de la doctrina jurisprudencial y autoral en materia medio ambiental, en inclusive también considera daño ambiental como daño a la salud y un daño biológico.

El daño ambiental produce pérdidas o menoscabos de oportunidades, de expectativas de vida; una disminución de la aptitud vital genérica de la víctima, real o potencial, se dice en la jurisprudencia argentina. De esta manera, reviste la doble naturaleza de daño colectivo e individual.

En Argentina hubo un fallo muy interesante de la justicia contencioso-administrativa de la ciudad de Buenos Aires hace muy poco tiempo. Una empresa de construcción, con el Municipio de la Ciudad haciéndose de la vista gorda, demolió un bien del patrimonio histórico de la ciudad: La casa Millán. Era una construcción de los fundadores del barrio Flores de la ciudad. La empresa constructora, a pesar de que la casa estaba declarada como un bien histórico cultural de la ciudad, la demolieron para hacer un centro comercial. Cuando el Defensor del Pueblo de la ciudad advirtió el hecho, inició una acción de amparo, la cual entró a destiempo. Entonces, promovió una acción de daños y perjuicios. La empresa contestó la demanda diciendo que había salvado el bien del patrimonio cultural y mostrando la puerta de la casa, una pieza muy hermosa y ornamentada, por lo que la empresa consideraba, o al menos eso pretendía, que el bien del patrimonio cultural se había salvaguardado conservando la puerta. El juez hizo lugar a la demanda y fijó, entre otros montos indemnizatorios, el valor del equivalente de unos 350 mil dólares por concepto de daño moral colectivo ambiental. Apelado, recientemente, la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal, confirmó el fallo, en su totalidad.

Estas son las soluciones novedosas que hacen distinto al Derecho ambiental. La relación de causalidad es diferente de la clásica, no debemos alejarnos de las reglas de la sana crítica ni del concepto de causalidad adecuada. Lo único que debemos

hacer es tratar de flexibilizar el requisito de causalidad del concepto de daño, porque, paradójicamente, en palabras del profesor Augusto Morello “es igual pero diferente” que el clásico.

El daño ambiental comprende, además, la amenaza, el riesgo o la lesión. El Derecho ambiental tiene pretensiones regulatorias en la etapa del riesgo, y ella es la que le da potencialidad o ámbito de aplicación al principio precautorio y al de prevención. Por otra parte, tiene “una pretensión de regulación continua”, como lo enseña, magistralmente, Ricardo Lorenzetti, de manera que, una vez ocurrido el daño el régimen de “responsabilidad” por daños pasa por volver las cosas a un estado anterior, restablecer o recomponer. Remediar es lo que tiene urgencia y prioridad en materia de daño ambiental. Ocurrido el daño ambiental, sea *in situ* sea *ex situ*, se debe recomponer o compensar ambientalmente; si no es posible, entonces se deberá recurrir a la pretensión en subsidio, de naturaleza reparatoria o resarcitoria económica, es decir a la indemnización.

Lo que queda claro es que daño ambiental es daño colectivo y como tal tiene un componente de derecho público, más allá de su mixtura. Daño privado y daño público pueden ocurrir al mismo tiempo y sin excluirse. En tal caso, se debe tener presente que el daño ambiental colectivo tiene que ser reparado a través de fondos especiales de reparación. De ninguna manera deberían destinarse rentas generales o desviarse estos fondos, los que deben tener una afectación especial porque corren el riesgo de que nunca se destinen para el fin al que son objeto.

La contaminación ambiental no tiene fronteras; no tiene límites en el tiempo ni en el espacio, ni en las personas, de manera que se presenta como un hecho que puede generar daños progresivos, acumulativos y a futuro. Debido a ello, tiene mucha importancia en el Derecho ambiental el principio o criterio de equidad intergeneracional. Daniel Sabsay plantea que el concepto de “futuridad”, en el Derecho ambiental, es clave en la interpretación de los diversos temas. Ricardo Lorenzetti señala que hay un nuevo sujeto de derecho colectivo protegido, que son “las generaciones futuras”.

De tal manera, el derecho debe actuar con un sentido muy amplio, muy flexible para poder captar una problemática tan diferente y relevante como lo es la ambiental. Se debe tener presente que el Derecho ambiental es un presupuesto del desarrollo humano, porque el daño ambiental produce menoscabo no solamente en las oportunidades y en la expectativa de vida de los individuos y de la comunidad en general, sino que también sella la suerte de una colectividad en términos de futuro.

Uno de los casos más emblemáticos y paradigmáticos en el mundo de contaminación por plomo es el de La Oroya, en Perú. Noventa por ciento de la población de la localidad tiene plomo en la sangre, sin ningún futuro desde el punto de vista de la vida misma y del desarrollo humano. La contaminación se debe a la actividad minera. La situación era tan terrible y severa que el derecho debió actuar con energía y los jueces asumieron un rol activo y de compromiso social, de protección, de juez-parte, como dice Eduardo Pigretti. En dicho caso, hubo una actuación ejemplar del Tribunal Superior de Justicia del Perú.

Otros casos de fallos notables en la materia han sido de la Corte Suprema de Justicia Argentina, en el caso “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños derivados de la contaminación ambiental de la Cuenca Matanza Ricahuelo”, en especial, la resolución de apertura de dicha causa, del 20/06/06, y la sentencia dictada recientemente el 8 de julio de 2008, en relación a las pretensiones

de recomposición y prevención del daño ambiental colectivo. Asimismo, el de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, en el caso Massachusetts c/ EPA, del 10/04/07. El de la Corte Suprema de la India, en los famosos casos M.C. Metha c/ Union India, casos tomados del libro de Ricardo Lorenzetti, *Teoría del Derecho ambiental*. Estos casos nos permiten abrigar nuevas esperanzas en las llamadas “Cortes Verdes”, en las que la cuestión ambiental, ha pasado a ser un tema prioritario en la siempre complicada Agenda Judicial de los Tribunales Superiores de Justicia.