

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AMBIENTALES

(En el Código Civil y Comercial de la Nación)

Néstor A. CAFFERATTA

SUMARIO:

1.- Función preventiva de la responsabilidad ambiental. II.- Función de reparación del daño en la responsabilidad ambiental III.- Función preventiva y resarcitoria por inmisiones inmateriales. IV.- Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil por daño ambiental colectiva e individual, es una especie singular del derecho de daños, que está sometida a una disciplina jurídica que integra disposiciones especiales, propias del microsistema del derecho ambiental -- que se basa en los principios de derecho ambiental enunciados en los artículos 4° y 5° de dicha ley, en especial en las normas contenidas en los artículos 27 y siguientes de la Ley 25675 General del Ambiente -, que se conjuga con las normas previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Vamos a reseñar las disposiciones de referencia, para explicar el sistema legal vigente¹.

Nos adelantamos para señalar que la referida responsabilidad por daño ambiental comprende las dos funciones de la responsabilidad civil establecidas en el artículo

¹ LORENZETTI, Pablo: "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de CCYC de la Nación de 2012", RRCYS, agosto de 2013, Año XV, N° 8, p. 5.

1708 del CCYC, a saber: primero la función preventiva y tan sólo en casos de daño ambiental colectivo calificado, porque se trata del supuesto de daños irreversibles, la función reparatoria, en tanto que para los casos de daño ambiental individual², esta última funciona de la misma manera, que en los supuestos comunes de responsabilidad civil por daños a la persona y sus bienes, pero que en este supuesto especial, tiene por causa la alteración del ambiente.

La función preventiva del daño ambiental incluye la responsabilidad precautoria (art. 4° ley 25675; artículo 58 del CCYC), que constituye la frontera más amplia del derecho de daños ambientales y por supuesto, la responsabilidad preventiva (art. 4, ley 25675; artículos 10, 14, 1708, 1710 a 1713, 1973, del CCYC, entre otros).

La función de reparación del daño sufrido (FUNCIÓN REPARATORIA) incluye además, el restablecimiento al estado anterior, el reintegro específico, o la reparación en especie o in natura, restitución del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, restauración o la reposición, y desde un punto de vista más economicista, individualista o pecuniario, la función resarcitoria o indemnizatoria, (conforme arts. 1716, 1738, 1740 CCYC). Recordemos que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer (art. 41 CN).

De manera que la responsabilidad por daño ambiental tiene numerosas facetas: 1) precautoria; 2) preventiva; 3) de recomposición; 4) de compensación ambiental; 5) indemnizatoria. Toda vez que la Ley 25675 dispone en sus arts. 28 y 34, que cuando no fuera factible técnicamente recomponer, se deberá pagar una indemnización sustitutiva que se integra a un Fondo de Compensación Ambiental, Se entiende por compensación ambiental, la reparación en especie o in natura, por equivalente, ex situ -a diferencia de la recomposición, que presupone la restauración o reparación en especie o in natura, in situ.

² SAUX, Edgardo: "El daño ambiental individual" (para la obra colectiva "Responsabilidad y acciones colectivas", bajo la dirección de Horacio ALLENDE RUBINO y la coordinación de Mariano NOVELLI, Santa Fe, en prensa.

Tienen importancia regulatoria en la materia una serie de normas dispersas en el sistema de responsabilidad civil por daños.

Así por ejemplo, el abuso del derecho (arts. 10 y 14), las relativas a los factores de atribución (arts. 1721, 1722, 1724, 1725, y concordantes), sin dejar de lado que el art. 28 de la ley 25675, General del Ambiente, estatuye claramente un régimen de responsabilidad objetivo. La carga dinámica de la prueba (art. 1735), el concepto de daño resarcible (art. 1737) que tiene por objeto los derechos de incidencia colectiva. La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753), la responsabilidad derivada del hecho de las cosas y actividades riesgosas (art. 1757) y la responsabilidad colectiva y anónima (arts. 1760- 1762, del CCYC). El régimen de inmisiones inmateriales (Art. 1973).

Trataremos de desarrollar estos artículos.

I.- Función Preventiva de la Responsabilidad Ambiental³

La prevención en el Código Civil y Comercial, desde el punto de vista ambiental, tiene diversas regulaciones, que pasamos a considerar.

El régimen jurídico de la prevención en el Código tiene una primera recepción, en la regulación del abuso del derecho⁴. Nos referimos a las reglas contenidas en los artículos 10 y 14 del CCYC.

ARTÍCULO 10.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario

³ PIZARRO, Ramón D.- VALLESPINOS, Carlos G., "Compendio de derecho de daños", Cap. VI. Funciones preventiva y punitiva del derecho de daños, p. 262- 268, Hammurabí, 2014.

⁴ DE LORENZO, M. Federico: "Abuso de derecho y pretérito indefinido", LL, 21 de abril de 2009, p. 1.

para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

ARTÍCULO 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

- a. derechos individuales;
- b. derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Esto nos lleva a la doctrina de la Corte expuesta de manera magistral en HALABÍ⁵, respecto de la clasificación, características, y funcionamiento de los derechos de incidencia colectiva⁶.

⁵ CSJN, 24/02/09, "Halabí, Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional- ley 25873- dto 1563/04 s/ amparo ley 16986", Fallos 332:111, LL, 2009-B, 259.- CATALANO, Mariana – GONZALEZ Rodríguez, Lorena, "Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema", LL, 2009-B, 601.- GELLI, María A, "La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso "Halabí", LL, Suplemento Constitucional, marzo 2009, p. 29.- GÓMEZ, Claudio – SALOMÓN, Marcelo J., "La Constitución Nacional y las acciones colectivas: reflexiones en torno del caso Halabí", LL, Suplemento Constitucional, mayo 2009, p. 41.- RODRIGUEZ, Carlos: "Las acciones colectivas a la luz de un fallo de la CSJN", DJ, 2009, 726.- SABSAY, Daniel A., "El derecho a la intimidad y la acción de clase", LL, 2009-B, 404.- MAURINO, Gustavo – SIGAL, Martín, "Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva", JA, 2009- II, p. 39, fascículo n. 4.- DALLA VIA, Alberto R., "El activismo de la Corte Suprema puesto en defensa de la privacidad", JA, 2009, p. 34, fascículo n. 4.- CASSAGNE, Juan C., "Derechos de incidencia colectiva. Los efectos erga omnes de la sentencia. Problemas de reconocimiento de la acción colectiva", LL, 2009-B, 649.- SAGÚES, Néstor P., "La creación pretoriana del amparo- acción de clase como proceso constitucional", JA, 2009- II, p. 25, fascículo n. 4.- SPROVIERI, Luis E., "Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del fallo Halabí", JA, 2009- II, p. 52, fascículo n. 4.- Que este estándar proporcionado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Halabí, Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional- ley 25.873- decreto 1563/04 s/ amparo ley 16.986" (24/02/2009. Fallos: 332:111), tiene seguimiento jurisprudencial, en los casos "PADEC c/ Swiss Medical S.A" (21/08/2013. P.361.XLIII), "Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A s/ ordinario" (24/06/2014. C. 519.XLVIII.), "Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA s/ ordinario" (24/06/2014. C. 1074. XLVI) y "Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A s/ amparo", fallo del 23/09/2014.

⁶ CATALANO, Mariana: "Los derechos colectivos en el título preliminar del nuevo CCYC de la Nación", JA, 2015-II, fasc. N. 12, p. 49. CONGHOS, Eduardo: "El ejercicio de los derechos

Esta normativa además, es de relevancia para la tutela del ambiente.

El Código Civil y Comercial dispone en el art. 14, que “no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”, lo que reviste una enorme significación jurídica ambiental: primero, porque introduce el texto de ley, el concepto de “ambiente” (pueda afectar el ambiente), segundo, porque la ley regula el abuso del derecho en su doble versión objetiva: cuando afecta derechos individuales (artículo 10) o derechos de incidencia “colectiva” (artículo 14), entendiendo por esta última, aquella que involucra a grupos, clases, categorías o la sociedad en su conjunto.

Por ello se pone límites por causas socio – ambientales (en defensa del ambiente), al ejercicio de “derechos individuales” - propios o subjetivos - sobre bienes de particulares (privados) o inclusive los que tienen por objeto bienes del dominio privado o público del Estado.

El Código Civil y Comercial regula las diversas especies del género abuso del derecho antes señaladas (Artículos 10° y 14°), pero se destaca además que incluye, en especial, un nuevo supuesto de abuso del derecho, que surge de las llamadas, “situación jurídica abusiva” (Artículo 10°, in fine, de la que resulta un ejemplo, la figura normativa del Artículo 11°).

Nos detenemos en estas dos especies genéricas. Una que contraria los fines del ordenamiento jurídico o que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, en contra de los derechos individuales, y la otra en cambio, con caracteres similares, pero que atiende a proteger los derechos de incidencia colectiva, frente a la conducta abusiva.

Específicamente, cuando pueda afectar al ambiente (Artículo 14°, in fine).

individuales sobre los bienes y derechos de incidencia colectiva ambiental”, JA, 2015, III, fasc. N. 5, p. 19.

De lo que resulta legalmente (artículo 14°), que por esta normativa, pueden existir conductas o comportamientos abusivos en el ejercicio de derechos individuales (sobre bienes particulares o bienes del Estado), que alteran negativamente de manera significativa o perjudicial (artículo 27, ley 25675), los derechos ambientales de la colectividad.

Por esta “ventana” que deja abierta el ordenamiento jurídico privado (abuso del derecho)⁷, se cuela tímidamente, el principio de prevención, deber de prevención o acción preventiva (que más adelante desarrolla el mismo Código Civil y Comercial), cuando el artículo 10° dispone que:

“El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

Aparece en esta norma, claramente dispuesto el deber de evitar los efectos nocivos del ejercicio abusivo, la actuación en demasía o perturbación, discordancia, o la ruptura de la armonía, el riesgo cierto o daño ambiental, que presupone un acto abusivo, que afecte el medio ambiente.

Hace tiempo atrás, MOSSET ITURRASPE⁸ nos advertía de esta circunstancia en materia de abuso del derecho respecto de la protección del ambiente. Por ejemplo, en el caso de la industria que contamina o degrada el ambiente, señala este notable jurista, “se abusa del derecho autorizado, que ejercita en violación de los fines que la autorización tuvo en mira. No puede razonablemente hablarse de una “autorización para contaminar”, como regla de una “autorización para dañar” un bien

⁷ LOUTAYF RANEA, Roberto: “Abuso del derecho”, JA, 2015-II, fasc. N. 12, p. 24.

⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge: “El abuso en el pensamiento de tres juristas trascendentes: Risolía, Spota y Llabias. Una actuación concreta: el Abuso y el Derecho Ambiental”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 1997- 16, “Abuso del Derecho”.

preservado por la Constitución. La "autorización" se otorga condicionadamente, en tanto y en cuanto la actividad emprendida no sea dañosa".

Esta reflexión encaja en lo dispuesto en el artículo 1757 del Código Civil y Comercial que establece en materia de hecho de las cosas y actividades riesgosas. "No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención". Tengamos en cuenta, por servir virtualmente para la solución de los conflictos ambientales, lo dispuesto por el artículo 1973 del Código Civil y Comercial, que regla "relaciones de vecindad", molestias intolerables (que excedan el límite de la normal tolerancia), derivadas de inmisiones inmateriales o incorpóreas, "aunque mediare autorización administrativa para aquella".

Ricardo LORENZETTI⁹, explica que "Los códigos tradicionales regulan únicamente los derechos individuales. En el Código Civil y Comercial se reconoce la categoría de derechos de incidencia colectiva (artículo 14) y se introducen criterios para armonizar los derechos individuales con la integridad de lo colectivo mediante la figura del abuso de derecho (artículo 14) y el ejercicio compatible con la sustentabilidad (artículo 240). El paradigma colectivo pone el acento en las relaciones grupales y en los bienes colectivos".

Estamos en el terreno del Derecho Privado Colectivo.

El Título III Bienes, Capítulo I Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, presenta una Sección 3^o, que regula los "Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva. Artículo 240 – Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas de derecho

⁹ LORENZETTI, Ricardo L, Presentación del Proyecto, "Código Civil y Comercial de la Nación", p. 12, Rubinzal Culzoni Editores, 2012.

administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

Reiteramos, la normativa bajo estudio, es la que se refiere a “bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva”. Por los que se establecen límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes.

El ejercicio de los derechos individuales (que tienen por objeto bienes particulares o del dominio público o privado estatal) debe ser: 1) compatible con los derechos de incidencia colectiva; 2) debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público; 3) y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

En los Fundamentos del Proyecto del actual Código unificado se dijo 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 o daños punitivos”.

Se destaca que la Constitución Nacional, consagra en el artículo 41, el derecho al ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano (con lo cual lo adjetiva, como un presupuesto del desarrollo humano), y el desarrollo sustentable. Pero también, establece el “deber de preservarlo”, lo que se condice con los principios de política ambiental, de prevención y precaución, contenidos en el artículo 4° y 5° de la Ley 25675 General del Ambiente.

Dichos principios, obligan al operador jurídico – el juez, la autoridad competente o de aplicación de la normativa ambiental -, metodológicamente, a priorizar el análisis, en la etapa previa al daño (PRE-DAÑO¹⁰), operando sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, tratando de impedir la consumación del daño ambiental.

El énfasis “preventivo” (frente al riesgo cierto) - o “precautorio” (en situaciones de peligro de daño grave o irreversible aun cuando hubiera ausencia de información o de certeza científica), son características salientes del derecho ambiental¹¹.

De lo expuesto, resulta que el Artículo 240 establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles, que “debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva” (...) “no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

La norma dispone que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes propios debe ser armónico con los derechos de incidencia colectiva.

Se introduce a través del artículo 240 en nuestra legislación civil y comercial, el concepto de ambiente y el macro fin del derecho ambiental, que no es otro que la

¹⁰ HIGHTON, Elena I. Reparación y prevención del daño al medio ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?, capítulo XXVIII, Derecho de Daños, Editorial La Rocca, 2º parte, 1993.

¹¹ CAFFERATTA, Néstor Alfredo (Director), “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario”, Néstor A. CAFFERATTA- Pablo LORENZETTI, Gustavo RINALDI, Federico ZONIS (Coautores), Tomo I, p. 229- 303, La Ley, 2012.- BERROS, Valeria: “Reparación, prevención, precaución: una nueva mirada a partir del CCYC”, p. 67, Revista de Derecho Ambiental 43, Julio/ Septiembre de 2015, Abeledo-Perrot. LAGO, Daniel: “La acción preventiva del daño (arts. 1711/1713 del CCYC: su aplicación al daño ambiental” p. 165, Revista de Derecho Ambiental 43, Julio/ Septiembre de 2015, Abeledo-Perrot.

sustentabilidad - que demanda necesariamente una labor de articulación política jurídica.

Por lo expuesto esta norma del artículo 240 (límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes), constituye un todo congruente con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial, en los artículos 1º, 2º, y 3º, relativos a las “fuentes del derecho” y su “aplicación”, “interpretación” y “deber de resolver”, “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte” (fórmula del Derecho Privado Constitucional), “los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”, en relación al instituto del abuso del derecho (artículos 10 y 14), y el deber de prevención, contenido en el sistema de responsabilidad por daños.

Todo el sistema cierra con el régimen de responsabilidad previsto en los artículos 1710- 1715, 1973.

El artículo 240, ordena conjugar, articular o compatibilizar el ejercicio de derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva, en especial con el derecho ambiental¹², lo que tan sólo se logra adecuadamente, si se adoptan medidas de prevención, en la defensa del ambiente, y se remueve o erradica la conducta abusiva.

Se deben anticipar las barreras jurisdiccionales de tutela ambiental, para evitar no sólo situaciones de daño ambiental, sino también de amenazas, riesgo o peligro de daño ambiental, siempre que concurren los presupuestos de admisibilidad de la acción preventiva (o cautelar, en casos de aplicación del principio precautorio, en el ámbito de la especialidad). Evitar causar un daño injusto, no agravar el daño producido, o adoptar medidas razonables para evitar que se produzca un daño o minimizar su magnitud.

¹² LORENZETTI, Pablo: “Código Civil y Comercial de la Nación: compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual”, www.nuevocodigocivil.com, doctrina del 15 de abril de 2016.

El artículo 241 Jurisdicción, establece que: "Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable".

Hemos señalado que el énfasis preventivo es una de las características salientes del derecho ambiental. Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en materia de responsabilidad por daño ambiental, primero es la prevención, y luego, la recomposición (artículo 41 CN, artículo 27 y concordantes, ley 25675), tan sólo cuando el daño ambiental colectivo sea irreversible, entonces se puede recurrir a la indemnización.

El artículo 4° Ley 25675 General del Ambiente, enuncia el principio de prevención, "Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir"¹³

De manera que la introducción de la función preventiva de la responsabilidad por daños en el nuevo Código Civil y Comercial, constituye un gran aporte para la defensa del medio ambiente.

Al respecto, cabe aclarar que se entiende por las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, - según el Artículo 6° de la Ley 25675 General del Ambiente

¹³ Aunque la especialidad va más allá, y establece como refuerzo, en el mismo artículo 4°, uno de los principios más paradigmáticos, de esta novísima disciplina jurídica, de enorme parentesco y función preventiva, nos referimos al Principio precautorio, que ordena: "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

Hemos señalado que el principio de prevención opera sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, tratando de evitar la consumación del daño, en casos de riesgo cierto, real, o comprobado, en tanto que el principio precautorio opera sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, aun en condiciones de riesgo incierto, potencial o sospechado.

“a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio de la Nación, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental”.

El Estado Nacional lleva dictada once (11) normas de presupuestos mínimos de protección ambiental: Ley 25612 Gestión Integral de residuos industriales y de actividades de servicios (29/07/09), Ley 25670 presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBS (19/11/02) – reglamentada por decreto 853/07-, Ley 25675 General del Ambiente (28/11/02), Ley 25688 Régimen de gestión ambiental de aguas (03/01/03), Ley 25831 régimen de libre acceso a la información pública ambiental ((7/01/04), Ley 25916 de Gestión Integral de Residuos domiciliarios (07/09/04), Ley 26562 de presupuestos mínimos de protección ambiental para el control de actividades de quema (16/12/09), Ley 26331 de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos (26/12/07) – reglamentada por decreto 91/09-, Ley 26639 régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial (28/10/2010) – decreto reglamentario 207/2011-, la Ley 26815 de presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales (16/01/2013) y la Ley de protección ambiental para la gestión de envases vacíos de fitosanitarios 27279 (11/10/206).

Estas normas contienen pautas de protección del ambiente, con énfasis preventivo.

Así por ejemplo, la ley 25612, establece entre sus objetivos minimiza los riesgos potenciales de los residuos en la todas las etapas de la gestión integral; reducir la cantidad de residuos que se generan; promover la cesación de los vertidos riesgosos para el ambiente; y nos habla de niveles de riesgo; también dispone el deber de promoción de programas de adecuación tecnológica de los generadores, para reducir la contaminación ambiental, cesar los vertidos riesgosos sobre los recursos naturales, disminuir los riesgos ambientales (artículos 4, 7, 14), asimismo el régimen de responsabilidad civil que contiene dicha ley, no exime al guardián del

residuo industrial de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero por quien no debe responder, "cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso" (artículo 42).

La ley 25670 de PCBS (artículo 11, incisos c) y d) f) artículo 18, se inspira en principios de prevención.

Destacamos el artículo 8 inciso 2), artículos 11, 12, y 13, que regulan la evaluación de impacto ambiental, que constituye para buena parte de la doctrina el instrumento legal de aplicación por excelencia, del principio preventivo. Asimismo, el artículo 28 régimen de responsabilidad, en cuanto dispone que el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción (recomposición, que siempre conlleva una especie de prevención de daños), y el artículo 29 que establece la exención de la responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder.

La ley 25916 de Residuos Domiciliarios presenta como objetivos minimizar los impactos negativos de los residuos sobre el ambiente (artículo 4 inciso c), implementar sistemas de gestión de residuos domiciliarios, para prevenir y minimizar los posibles impactos sobre el ambiente (artículo 6).

Todas las leyes ambientales contienen dispositivos que persiguen la finalidad de prevenir el riesgo, peligro o el daño ambiental.

Entrando de lleno en la cuestión de la función preventiva de la responsabilidad civil por daños, cabe recordar que el Código Civil y Comercial, en el Título V, Otras fuentes de las obligaciones. Capítulo I. Responsabilidad civil. Sección 1ª. Disposiciones generales. Artículo 1708 - Funciones de la responsabilidad, establece

que "las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención y a la reparación"¹⁴.

La Sección 2ª prevé la función preventiva¹⁵.

El principio de prevención constituye una norma básica, esencial, en materia jurídica ambiental¹⁶. Alexander KISS- DINAH SHELTON¹⁷, enseñan que la "regla de oro" del derecho ambiental es la prevención. Nuestra disciplina dice Ramón Martín

¹⁴ PICASSO, Sebastián: "Las funciones del derecho de daños en el CCYC de la Nación", RRCYS, p. 5, Abril 2015, Año XVII, N° 4. Abril 2015. También, "La reforma del derecho de daños", JA, 2012-IV, fasc. N° 13, p. 3.- SOZZO, Gonzalo: "Arquitectura de la responsabilidad civil en el Proyecto de CCYC 2012 (pos- Derecho de Daños)", Revista Derecho de Daños, 2012, 3. GALDÓS, Jorge: "La responsabilidad civil (Parte General) en el Anteproyecto", LL, 2012-C, Sec. Doctrina, p. 1253. ALTERINI, Atilio: "Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil", Tomo 2012-D, Sec. Doctrina, p.1154.

¹⁵ Artículo 1710. 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 razonable 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. ROSENKRATZ, Carlos F, "Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual", en Revista Lecciones y Ensayos, UNBA, 1998, p. 194. BUERES, Alberto: "La responsabilidad por daños en el Proyecto de CCYC de 2012", RRCYS, Febrero 2013, p. 5, Año XV, N° 2.

Artículo 1711 – Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Artículo 1712- Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

Artículo 1713- Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisorio, 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.

¹⁶ CAFFERATTA, Néstor A. "El principio de prevención en el derecho ambiental", Revista de Derecho Ambiental N° 0, Noviembre de 2004, p. 9, Abeledo Perrot. LORENZETTI, Pablo- ZONIS, Federico: "La función preventiva de la responsabilidad y el daño ambiental", en LORENZETTI, Ricardo (Director), Código Civil y Comercial, Comentado, p. 276, Rubinzal- Culzoini, 2015.

¹⁷ KISS Alexander - SHELTON Dinah, "International Environmental Law", p. 6, Graham & Trotman, USA, 1991.

MATEO¹⁸ es esencialmente preventiva. En lo ambiental es gravitante adoptar soluciones tempranas, de anticipación del daño ambiental, porque se sabe que el daño ambiental de producirse lleva a situaciones de daño grave e irreversible o pueden conducir a un desastre, emergencia o estrago ambiental, que es necesario evitar y controlar.

Más vale prevenir que curar.

Históricamente el régimen de la responsabilidad civil estaba pensado para resarcir económicamente el daño, a partir del Código Civil y Comercial, queda expresamente establecido cuál es el juego actual del régimen de daños. Lo que significa un rotundo cambio de rumbo¹⁹.

Lo primero es prevenir, y si no obstante, ocurre el daño, lo siguiente será indemnizar (resarcir) o en el caso del daño ambiental colectivo, recomponer (o compensar ambientalmente).

Esta estructura no tenía cabida en el Código Civil histórico (VELEZ SARFIELD), de base napoleónica, por lo que estaba huérfano de toda apoyatura en el sistema de Derecho Civil tradicional, pensado para resolver intereses propios, personales, directos, diferenciados, fragmentarios, individuales (derechos subjetivos), egoístas, de base económica, individualista, más o menos discretos, pero que no sirven para resolver problemas de la gente de esta centuria, de mayor complejidad, aquellos que atañen a la calidad de vida, el desarrollo sustentable, la defensa de los bienes de la naturaleza, del patrimonio cultural (material e inmaterial), y para la defensa de las generaciones futuras.

¹⁸ MARTÍN MATEO, Ramón: "Tratado de Derecho Ambiental", Volumen I, p. 93, Editorial Trivium, 1era. Edición, año 1992.

¹⁹ Para ampliar, véase: ALTERINI, Atilio: "Contornos actuales de la responsabilidad civil", Cap. XI, p. 339, "Responsabilidad Civil", 3º edición reimpresión, Abeledo- Perrot. ALTERINI- LÓPEZ CÁBANA: "Temas de responsabilidad civil", Ediciones Ciudad Argentina, Cap. I, Atilio A. ALTERINI: "La responsabilidad civil en la Argentina. Estado de la cuestión", p. 11

Por lo que se entiende, que si seguíamos porfiadamente, con esta estructura clásica o tradicional en el Derecho Civil, íbamos a profundizar la tragedia de los bienes comunes (o bienes colectivos), anónimos, que como son de todos no son de nadie en particular, nadie los defiende.

Desde la óptica de la especialidad, todo el instrumental jurídico ambiental está orientado para evitar la consumación del daño. Cuando se actúa después que ocurrió el hecho dañoso la solución tardía es inútil, porque el daño ambiental es expansivo, multiplicador, continuo o permanente, por ello es plausible toda decisión que se ubique ex ante (y no ex post), que opere sobre las causas y las fuentes de los problemas.

El ingreso del principio de prevención al Código Civil y Comercial, fortalece la defensa del ambiente. Aunque hace tiempo se sabe en la doctrina que el Derecho de Daños incluye además de la resarcitoria o indemnizatoria, una función preventiva, es valioso que expresamente se establezca esta regla de funcionalidad del instituto de la responsabilidad civil, en todas sus variantes.

Responde a precedentes jurisprudenciales, doctrina autoral, y las Conclusiones de numerosos Encuentros Científicos de la especialidad de Derecho de Daños, en especial las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de octubre de 2011²⁰ (principio precautorio) y las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de octubre de 2013, en punto a la aplicación de dicho principio, en la temática del Derecho del Consumidor.

Adoptar medidas que eviten o disminuyan la magnitud de un daño, o no agravar el daño si ya se produjo, es una fórmula perfecta para el Derecho Ambiental.

²⁰ XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Conclusiones Comisión n. 3, de octubre de 2011.

Lo mismo se puede decir de las normas contenidas en materia procesal, respecto de la legitimación activa de obrar (para la que basta con acreditar un interés mínimo pero suficiente o razonable), en un ensanchamiento horizontal o envolvente de todos aquellos que se encuentren en la situación de incidencia colectiva, presupuesto de hecho del conflicto social ambiental.

Y de los alcances del contenido de la sentencia preventiva.

Resalta el artículo 1711, en cuanto establece que "La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución". O sea que no es exigible ningún factor de atribución o de imputabilidad (subjetivo u objetivo), para que se dispare el mecanismo de prevención de daños.

Vamos a repasar las normas consagradoras de la función preventiva (deber de prevención del daño), porque siendo la interpretación exegética, literal o por las palabras de la ley, el primer método de hermenéutica jurídica, estamos convencidos de la utilidad de este análisis originario.

"Toda persona tiene el deber", dice el artículo 1709, tras reconocer el artículo 1708, como funciones de la responsabilidad, "la prevención del daño y a su reparación", "en cuanto de ella dependa", fórmula que no es inocua, porque condiciona el deber a la posibilidad, "en cuanto" "dependa" de este sujeto responsable; ahora bien, el deber de prevención tiene una triple dimensión: 1) de evitar causar un daño no justificado; 2) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; 3) no agravar el daño, si ya se produjo.

La acción preventiva procede cuando: a) una acción u omisión antijurídica; b) hace previsible; c) la producción de un daño, su continuación o agravamiento; es decir, que la prevención entra a jugar frente al riesgo cierto, real, comprobado, verificado,

conocido, sabido, o previsible, más aun cuando se trate de la extensión, continuo, prolongación o agravamiento, del daño.

Es previsible y nada se hace, para evitar se produzca el daño, o continúe el daño.

Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ²¹, dice que “se percibe la explicación racional de esa estructura de la norma, a partir de la diversidad de sujetos pasivos alcanzados por cada hipótesis: a) un posible dañador, quien debe evitar dañar a otros o a intereses colectivos, por causación originaria del menoscabo o de su intensificación; b) un tercero que no generó el peligro, pero que puede eliminarlo, desviarlo, o atenuar sus efectos perjudiciales; c) la propia víctima, que no debe agravar el daño experimentado. Sólo que entonces no puede hablarse de un deber jurídico –que necesariamente presupone alteridad- sino de una carga como imperativo del propio interés, cuyo incumplimiento genera efectos desfavorables, acotado el alcance de su derecho indemnizatorio”.

En definitiva, -concluye-, “soportan un imperativo de prevenir daños todos los miembros de la sociedad, pues se encuentran constreñidos. I) A no dañar, II) a impedir perjuicios de proveniencia ajena y III) de ser víctimas, a desplegar gestiones para que los perjuicios sufridos no aumenten”.

Además, le atribuye importancia en que el precepto alude al deber de prevenir daños no justificados (art. 1710, inc. a), lo cual debe interpretarse en el sentido de que la causación o la no evitación de daños debe provenir de una conducta antijurídica.

²¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Tomo I, arts. 1708 a 1723, con la colaboración de Rodolfo GONZÁLEZ ZAVALA, p. 181 y ss., Alveroni Ediciones, 2015.

MONJO- ARGAÑARAZ²², precisan que "el deber de prevención no puede escindirse del juicio de previsibilidad y especialmente, del juicio de evitabilidad, lo que significa que el daño debe haber sido previsible y evitable. La alusión en la norma al referir que toda persona tiene el deber, "en cuanto de ella dependa", a nuestro ver, significa que la prevención del daño debe encontrarse dentro de la esfera de control del sujeto, y el daño o su agravamiento debe haberse podido prever y, además, evitar".

Ahora, están legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención (artículo 1712). Aquel es portador de un interés razonable o atendible, está legitimado activamente de obrar en una pretensión preventiva. Además, como lo señalamos más arriba, se destaca que "no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución" (artículo 1711, in fine). No se habla en este ámbito de factores de atribución.

La función preventiva prescinde de un factor de atribución o imputabilidad. Por lo que no se exige la concurrencia de factor objetivo (arts. 1757, 1758, 1725, 1718 inc. c, 1718 inc. a, 1793, 1757 y 1758, 1723, 1753, 1762). Ni la concurrencia de los clásicos factores subjetivos (culpa o dolo, arts. 1723, 1724), aun cuando la culpa opera en este Código como "norma de cláusula" (art. 1721).

El Código Civil y Comercial en los artículos 10, 14, 1708, 1710- 1715, 1973, fortalece en especial la función preventiva de la justicia²³, los mecanismos de TUTELA CIVIL

²² MONJO- ARGAÑARAZ: "Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva", p. 61, en obra colectiva bajo la dirección de José Fernando MARQUEZ, "Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial", Tomo 1, Zavalia, 2015.

²³ LORENZETTI, Ricardo L. (Director), Código Civil y Comercial Comentado, Tomo VIII, autores notas al artículo 1708: Jorge M. GALDÓS, Pablo LORENZETTI, Federico ZONIS, comentario a los Artículos 1709 a 1715: Jorge M. GALDÓS, Rubinzal- Culzoni, 2015, p. 271, ss.- Además, LORENZETTI, Ricardo L.: "Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación", La Ley, 2016, p. 351, quien señala que la función preventiva o tutela inhibitoria es muy relevante, atribuyéndole un fundamento de eficiencia y, al mismo tiempo, también axiológico. Véase de este extraordinario jurista: "La tutela civil inhibitoria", LL, 1995-C, 1217.- También: "La tutela civil inhibitoria como garantía fundamental", p. 280 y ss., "Las Normas Fundamentales de Derecho Privado", Rubinzal- Culzoni, 1995.- "El sistema de responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?", LL, 1993, D- 1140.- De la amplísima bibliografía sobre la temática, señalamos: SEGUI, Adela: "Responsabilidad civil: La Función preventiva", Cap. XXXIX, p. 864, en "Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial

de la Nación 2012", Abeledo- Perrot. 2012, Julio C. RIVERA (Director).- MEDINA, Graciela (Coordinadora).- "La prevención de daños en el proyecto de CCYC de la Nación", JA, 2012-IV, fasc. N° 13, p. 9.- SOZZO, Gonzalo: "La prevención del daño y la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho de Daños, 2012-3, Proyecto de Código Civil u Comercial, 2012.- ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde: "La tutela inhibitoria contra daños", RCYS, 1999- 1; de la misma autora: "Función preventiva de daños", LL, 2011-E, 116.- NICOLAU, Noemí: "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional", LL, 1996-A, 1245.- ALTERINI- AMEAL- LOPEZ CABANA: "Derecho de obligaciones", Abeledo- Perrot, p. 306, apartado 12.- La prevención del daño: de un ex post a un ex ante.- ANDORNO, Luis O., "El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho italiano", JA, 1995-III.- HIGHTON, Elena: "Reparación y prevención del daño al medio ambiente. ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?", en "Derecho de Daños en homenaje a Félix Trigo Represas", La Rocca, 1993- Tomo 2, p. 795.- VERGARA, Leandro: "La prevención en del derecho de la responsabilidad civil", RCyS, 2003- 252 y ss.- LLAMAS POMBO, Eugenio: "Prevención y reparación: las dos caras del Derecho de Daños", en MORENO MARTINEZ, Juan (coord.), "La responsabilidad civil y la problemática actual", Dykinson, Madrid, 2007, p. 446.- SEGUÍ, Adela: "Responsabilidad civil: la función preventiva", p. 865, Capítulo XXXIX, "Comentarios al Proyecto de CCYC de la Nación de 2012, Abeledo- Perrot, Director Julio C. RIVERA- Coordinadora: Graciela MEDINA, 2012.- PERDÍA, NATALÍ: "La responsabilidad preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", Año XVII, N° 9, septiembre 2015, p. 26.- BERROS, María Valeria, "Reparación, prevención, precaución una nueva mirada a partir del nuevo Código Civil y Comercial", Revista de Derecho Ambiental, N° 43, julio/ septiembre 2015, p. 67.- KIPER, Claudio: "La prevención del daño y el proyectado Código Civil", RCYS, solapa de la tapa, Año XIV, N° 6, junio 2012.- que refiere al artículo 2238 del Código Civil y Comercial.- PREVOT, Juan M., "La prevención del daño en la codificación del Siglo XIX y en el Código Civil argentino", p. 177, en Revista de daños, 2008-2, Rubinzal- Culzoni.- PREVOT, Juan M., "La prevención del daño y la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en Revista de daños, 2012-3, Rubinzal- Culzoni.- MONJO, Sebastián- ARGANARAZ, Mariangel, "Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva", en "Responsabilidad civil en el CCYC", obra colectiva bajo la dirección de José Fernando MARQUEZ, Zavalia, Tomo 1, p. 25, 2015.- ROSATTI, Horacio: "La responsabilidad del Estado por la falta de prevención o precaución", en Revista de daños, 2008-2, p. 99, Rubinzal- Culzoni.- CAFFERATTA, Néstor A. "La prevención en el derecho ambiental", en Revista de Derecho de Daños, 2008-2, p. 441.- SAUX, Edgardo- MULLER, Enrique: "Responsabilidad civil contractual y aquiliana", Universidad Nacional del Litoral, "La prevención del daño", p. 205.- ALTERINI, Atilio A., "Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil", 3° edición, Abeledo- Perrot.- SÁENZ, Luis R., "Las reglas de prelación normativa y las funciones del derecho de daños", p. 111, en colección "Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación, Obligaciones- Derecho de Daños, CALVO COSTA, Carlos- SÁENZ, Luis, Hammurabi, 2015.- VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. "La función preventiva de la responsabilidad civil", LL. ejemplar del 11 de mayo del 2015, p. 1.- FERREYRA VÁZQUEZ, Roberto: "La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material", RCCYC, 2016, abril, p. 3; ídem. RRCYS N° 5, Agosto 2016, Año XVIII, N° 8, p. 5.- CAMPS, Carlos Enrique: "La pretensión preventiva de daños", RCYC, 2015, agosto, p. 3.- PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", Abeledo Perrot, 2004.- MORELLO, Augusto M., "Anticipación de la tutela", Platense, 1996. LÓPEZ HERRERA, Edgardo: "Teoría General de la responsabilidad civil", Lexis Nexis, p. 44.- LÓPEZ HERRERA, Edgardo: "Comentario al art. 1711", en RIVERA, Julio C. -MEDINA, Graciela (directores), "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, La Ley, Buenos Aires, 2015, tomo IV.- LÓPEZ HERRERA, Edgardo: "La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones", Revista de Derecho de Daños, 2002-2, Rubinzal- Culzoni.- MQSSET TIURRASPE, Jorge: "Prevención versus Reparación. Daño a la persona. Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación", p. 7, Revista de Derecho de Daños 2008-2, Rubinzal Culzoni. TRIGO REPRESAS, Félix A. "La prevención y el daño punitivo", p. 27, Revista Derecho de Daños, 2008-2 Rubinzal Culzoni. CAFFERATTA, Néstor A. "Deber de prevención en el CCYC (en relación con el derecho ambiental y los bienes y valores colectivos)", RCCYC 2016 (abril) p. 22, Editorial Jurídica La Ley. FIORENZA, Alejandro: "La competencia objetiva de los jueces santafecinos

INHIBITORIA, la acción preventiva, para anticipar las barreras jurisdiccionales, en forma precoz, temprana, en los albores del conflicto, cuando todo está por hacerse, y nada definitivamente, está dicho.

Este remedio civil inhibitorio que estaba orientado en sus inicios hacia la protección de la posesión y de la propiedad ha evolucionado también con el tiempo, ampliando su ámbito de tutela al abarcar la tutela de los derechos y deberes fundamentales de las personas y de otros bienes de dominio público, como el medio ambiente²⁴
Se persigue evitar la política del hecho consumado.

ZAVALA DE GONZALEZ²⁵, indica que "son presupuestos genéricos para promover una reclamación preventiva: a) una acción u omisión que origina peligro de daño; b) antijuridicidad de la conducta riesgosa; c) previsibilidad del resultado nocivo; d) lesión a un interés razonable del acto; e) la posibilidad de detener el emprendimiento nocivo".

Alberto BUERES²⁶ considera que el Código Civil y Comercial "ha disciplinado con acierto la tutela preventiva (o inhibitoria) -acciones para evitar que un daño se produzca-, tutela ésta que siempre ha existido, desde tiempos pretéritos, y que bien podría ubicarse en el campo de un genérico derecho de daños, como propone por ej., Eugenio Llamas Pombo (a menos que se pretendiera que, conceptualmente, la responsabilidad civil no es la obligación de reparar el daño si no el deber de evitarlo

con relación a la nueva acción preventiva de daños", La Ley Litoral, p. 1, Año 20, número 9, octubre 2016. LORENZETTI, Pablo: "La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo CCYC de la Nación", www.nuevocodigocivil.com, 2015/4. ESAÍN, José: "La función preventiva ambiental en la responsabilidad civil en el nuevo Código unificado", RCCYC 2016, octubre, p.19.

²⁴ CALVO COSTA, Carlos, "La prevención y el actual Derecho de daños", solapa de la tapa, RCyS, Año XVI, N° 5, mayo 2014.

²⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Tomo I, arts. 1708 a 1723, con la colaboración de Rodolfo GONZÁLEZ ZAVALA, p. 211 y ss., Alveroni Ediciones, 2015. "Es necesaria una acción u omisión peligrosa, conectada con la producción, continuación o agravación de un daño".- Además apunta, "la actividad antijurídica debe tornar verosímil la producción, intensificación o continuación del perjuicio injustificado".

²⁶ BUERES, Alberto J. "La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", RCyS, año XV, febrero 2013, p. 5.-

a más del de repararlo). Estimo que este es el sentido de los artículos 1711 y 1712” del Código.

Para Carlos CALVO COSTA²⁷ la finalidad preventiva reconoce como fundamento la consagración del principio ALTERUM NON LAEDERE, al cual la Corte Suprema ya oportunamente considerado de raigambre constitucional e IMPLÍCITO en el art. 19 de nuestra Carta Magna.

En esa tarea de reconstrucción de la unidad jurídica del Derecho Privado, con los principios de derechos humanos y públicos, la prevención es de vital importancia, se trata de pacificar la sociedad, de evitar la producción del daño, en todas las dimensiones, con especial referencia a la cuestión ambiental.

Fernando A. SAGARNA²⁸, apunta que el “bloque de responsabilidad civil, parte de remarcar que sus funciones son la de “prevención” y “resarcimiento”, señalando en primer lugar a aquélla, pues se pone especial énfasis en la EVITABILIDAD del daño prima facie, ex ante (art. 1708). Así el centro de la responsabilidad civil no es solamente el daño, sino también la prevención del daño”.

La transformación de la responsabilidad civil por daños, con la incorporación de la función preventiva, regulada por el Código Civil y Comercial, le da un mayor apoyo al micro sistema de tutela preventiva ambiental, que se enriquece además, con la

²⁷ CALVO COSTA, Carlos: “La nueva responsabilidad en el Proyecto de Código: un paso hacia adelante y un interrogante”, RCyS, año XV, N° 6, junio 2013, solapa de la tapa.

²⁸ SAGARNA, Fernando A., “La necesaria reforma a la Parte General de la “Responsabilidad Civil” en el Código Civil y Comercial de la Nación”, solapa de la tapa, RCYS, N° 19, noviembre de 2014. Del mismo autor, “Principios de responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, RCyS, año XVII, N° 5, mayo 2015. La solapa de las tapas de la Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, incluyen trabajos doctrinarios, que a la manera de editoriales, constituyen verdaderas piezas de reflexión en puntos a cuestiones de derecho de daños, imperdibles por la calidad de sus autores. Ejemplo, “La nueva responsabilidad civil en el Proyecto de Código: un paso adelante y un interrogante”, de Carlos CALVO COSTA, RRCYS, Junio 2013, Año XV, N° 6, “Una nueva dimensión para el principio de no dañar”, de M. Federico DE LORENZO. Del mismo autor: “La historia de la responsabilidad”, entre otros trabajos.

operatividad conjunta de los principios de prevención, precautorio, y de cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

En el debate profundo instalado en la doctrina autoral, respecto del requisito de antijuridicidad, más allá que coincidimos plenamente con la postura de quienes sostienen que “se trata de la antijuridicidad material, esto es: transgredir el ordenamiento considerado in totum, en alguna de sus normas (cualquier tipo o naturaleza) y principios, de los cuales emerja una exigencia de actuación o de omisión” (BESTANI)²⁹, desde el atalaya de lo ambiental, debe interpretarse de esta manera el contenido y el alcance de dicho requisito, toda vez que de resultas de una hermenéutica contraria, más restrictivo o estricto, que implique la adhesión a una “antijuridicidad formal” (VÁZQUEZ FERREYRA)³⁰, se estaría conspirando contra la base misma del microsistema jurídico ambiental.

Desde la especialidad, la responsabilidad por daño ambiental es objetiva (incluso como se ha dicho, ultra-objetiva, por ejemplo en materia de generación de residuos peligrosos, por todo el ciclo de vida del residuo), y comprende la responsabilidad por daños, tanto por actos lícitos o ilícitos, como expresamente lo establece el

²⁹ BESTANI, Adriana: “La antijuridicidad en la acción preventiva del CCYC”, La Ley, 18 de agosto 2016, p. 1. Asimismo, “Acción preventiva y omisión precautoria en el nuevo CCYC”, RCCYC, 2015 (noviembre), p. 111; ídem RCYS, 2016-III, p. 26. BESTANI, Adriana: “Comentario al art. 1711”, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia- BORDA, Alejandro- ALFERILLO, Pascual (coordinadores), CCYC de la Nación, anotado y concordado, Tomo II, Astrea, 2015. Para ampliar en ese sentido, véase, ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, que destaca el carácter injustificado del daño, lo cual debe entenderse como derivado de un obrar sin justificación, apartado IV – Prevención del daño y función punitiva, p. 181, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Tomo I, arts. 1710- 1713, con la colaboración de Rodolfo GONZÁLEZ ZAVALA, Alveroni Ediciones, 2015. GALDÓS, Jorge: “El mandato preventivo una valiosa herramienta procesal de la responsabilidad civil”, en prensa. Véase la jurisprudencia sentada por la CCYC de Azul, Sala II, en fallo del 17 de noviembre de 2016, en los autos: “ESPIL, María Inés y otro s/ APILAR SA y otro s/ daños y perjuicios” (causa N° 60.647), a raíz del fallecimiento ahogado de una persona en la cantera inundada conocida como la Cava de Cerro Leones, en Tandil, en ocasión en que se bañaba en ese lugar en compañía de otros jóvenes, en materia de mandato preventivo a la luz del nuevo CCYC, en especial respecto del requisito de antijuridicidad.

³⁰ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. “La función preventiva de la responsabilidad civil”, LL. ejemplar del 11 de mayo del 2015, p. 1.- FERREYRA VÁZQUEZ, Roberto: “La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material”, RCCYC, 2016, abril, p. 3; ídem. RRCYS N° 5, Agosto 2016, Año XVIII, N° 8, p. 5.-

artículo 27 de la Ley 25675 General del Ambiente, siendo en estos casos, la autorización administrativa despreciable (no importa la autorización administrativa para ello), como lo dispone el artículo 1973 del CCYC, en materia de inmisiones inmatrimoniales o molestias intolerables.

Porque como lo dijo la Corte, no hay derechos adquiridos cuando lo que está en juego es la defensa de la salud pública frente al pretendido ejercicio de la industria o del comercio, ni sembrar con ello la muerte o la enfermedad, derivadas de la contaminación ambiental.

Cabe recordar el memorable fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Podestá y otros c. Provincia Buenos Aires" (Fallos, 31:273), donde señaló: **"ninguno puede tener un derecho adquirido en comprometer la salud pública y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria"** como también "la autorización de un establecimiento está siempre fundada en la presunción de inocuidad", y citando la ley 13, Título 32, parte 3º, señalaba que el hombre puede hacer en lo suyo lo que quiera, pero lo debe hacer de manera que no cause daño a otro³¹.

En el derecho ambiental, se parte de un concepto amplio de daño, que incluye la amenaza o peligro de daño grave o irreversible (precaución), o en situaciones de riesgo cierto de daño (prevención)³².

³¹ LORENZETTI, Ricardo L., "La protección jurídica del ambiente", LL, 1997-E-4, trae a colación este mismo fallo.

³² HENAO, Juan Carlos: "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", p. 187, "Daño ambiental", Universidad Externado de Colombia, Tomo II.- Véase, la nota 11, en p. 17, de la magnífica obra del distinguido jurista, DE LORENZO, M. Federico, "El daño injusto en la responsabilidad civil", Editorial Abeledo- Perrot, 1996, al señalar reflexivamente, que "por lo demás, consideramos que el daño (en sentido lato) puede consistir tanto en la lesión como en la amenaza o puesta en peligro del interés. Pues en este caso, la disponibilidad del bien por el sujeto (núcleo de interés) ha sido alterada. Un hecho que pone en peligro el goce de un bien constituye sin dudas una perturbación, que en rigor significa, por sí misma, un empeoramiento del interés. Todo ello con cita en coincidencia de calificada doctrina italiana, DE CUPIS, Adriano, INVREA, Francesco, BONASI BENUCCI, Eduardo, LIBERTINI, Mario.

La evitación del daño ambiental es clave en nuestra disciplina. Aunque demanda como lo advierte Arturo CAUMONT³³, una redimensión de las categorías del perjuicio, en la teoría general del daño,

Desde el microsistema jurídico ambiental, resulta de suma trascendencia la Ley 25675 General del Ambiente, cuyo artículo 4° consagra entre otros, como aplicables a la cuestión de la responsabilidad civil por daños ambientales, no sólo el principio de prevención, sino también el principio precautorio, el principio de responsabilidad, el principio de equidad intergeneracional y el principio de sustentabilidad, cuyos textos transcribimos seguidamente.

Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.-

Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.-

³³ CAUMONT, Arturo: "Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño", LL, 2013-D, 925. MEKKI, Mustapha: "El rol del perjuicio en el derecho de la responsabilidad civil", RRCYS, Año XVII, N° 5, mayo 2015, p. 5. habla de las funciones modernas de la responsabilidad, y destaca que captadores sensibles, los perjuicios muestran las evoluciones del derecho de la responsabilidad. También pone el acento en la dilución de los caracteres del perjuicio, sujeto a un mundo donde absolutamente reina la incertidumbre. Paralelamente, a una pulverización de los perjuicios individuales, existe un creciente desarrollo de los perjuicios colectivos, dentro de los cuales se inscribe el daño ecológico puro o daño ambiental colectivo, que en cierta manera se trata de una responsabilidad sin víctima, un interés lesionado desprovisto de personalidad jurídica, "no personificado". En punto al talón de Aquiles de la responsabilidad civil por daño ambiental, consultar LORENZETTI, Pablo: "Relación de causalidad como presupuesto del daño ambiental. Nuevos perfiles a partir del CCYC", RCYS, 2016- II, p. 19.

Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

En este punto, la Comisión III de las "XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" llevadas a cabo en Tucumán, octubre 2011³⁴, concluyó que "El principio precautorio es un principio general del Derecho de Daños que impone el deber de adoptar medidas adecuadas con el fin de evitar riesgos de daños potenciales a la vida, la salud y el ambiente"³⁵.

El principio precautorio³⁶ tiene su ámbito operativo pleno en el ámbito del derecho ambiental.

³⁴ TANZI, Silvia Y., "Principios de prevención y precaución. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Tucumán, septiembre de 2011; Breve estudio de las conclusiones de la Comisión N° 3 de Daños", p. 275, Año XIII, N° 11, noviembre de 2011, RRCYS.

³⁵ La Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre este último principio dijo que: "La aplicación del principio precautorio establece que, cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente, lo que no puede confundirse con la idoneidad de la acción meramente declarativa". "El principio precautorio es un principio jurídico del derecho sustantivo". De tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego". "Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional De Energía Atómica". Corte Suprema de Justicia de la Nación, voto del doctor Ricardo LORENZETTI, 26 de mayo de 2010. Fallos: 333:748. El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios. "Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y otro". Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de marzo de 2009 - Fallos: 332:663.

³⁶ BESTANI, Adriana: "Principio precautorio y nuevo Código Civil y Comercial común", p. 129, Revista de Derecho Ambiental 43, Julio/ Septiembre de 2015, Abeledo- Perrot. SOZZO, Gonzalo: "Arquitectura de la responsabilidad civil en el Proyecto de CCYC 2012 (pos- Derecho de Daños)", Revista Derecho de Daños, 2012, 3, destaca la influencia de la precaución en la función de prevención del daño. Nos habla a su vez, de un derecho de daños dialógico, la creación de una acción genérica de prevención del daño en el artículo 1711. También que el fundamento de la función

Adriana BESTANI³⁷ sostiene la postura de “expansión precautoria”, haciendo pue en el principio- deber de seguridad que emana expresamente del art. 42 CN para el derecho de los consumidores pero que se aplica, porque está también subyacente, en el derecho penal, laboral, civil – pensemos nada más en sus arts. 1° y 2° del nuevo Código y su importante significación. Además, destaca que el nuevo Código, supone un reforzamiento de la protección de los bienes, derechos y principios referidos al ambiente y, con ello, también del principio precautorio.

En ese sentido, esta notable autora, llega a afirmar que en el dilema “mecanismos de prevención-precaución v. libertad de trabajo, comercio, industria”, entonces, parece claro que el Código Unificado (CU) privilegia los primeros, en tanto en cuanto garantizan una protección al ambiente, la flora, la fauna, la biodiversidad y todos los demás bienes enunciados en el citado art. 240”.

Aunque no aparece mencionado en el Código Civil y Comercial de la Nación, se observa que la norma contenida en el artículo 58, primer párrafo, en cuanto se refiere a investigaciones en seres humanos³⁸, prevé requisitos que se deben cumplir si dichos métodos preventivos, están envueltos en dudas técnicas, porque la fórmula que utiliza es “cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente”.

De lo que se podría inferir que esta regla está inspirada en el principio precautorio³⁹. En ese sentido, cuando lo que está en juego son cuestiones de derechos humanos

preventiva está dado, por un deber de evitar causar un daño no justificado. SEGUÍ, Adela: “Tutela jurídica privada frente a riesgos de daños ambientales, ¿de la prevención a la precaución?”, RDA 31, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2012.

³⁷ BESTANI, Adriana, “Principio precautorio y nuevo Código Civil y Comercial común”, RDA 43, Julio/ Septiembre de 2015, Abeledo- Perrot.

³⁸ FLAHERTY, Lily y AGUILAR, Rosana L., “Las investigaciones en seres humanos”, EL 7 de febrero de 2014, p. 1.

³⁹ El autor agradece al doctor Miguel Federico DE LORENZO, esta referencia.

vinculados al derecho ambiental o derechos personalísimos⁴⁰ – vinculados con la salud, la intimidad, la dignidad de la vida, la inviolabilidad de la persona, que tienen

⁴⁰ STIGLITZ, Gabriel, en "Pautas para un sistema de tutela civil del ambiente", en especial en el título VI, ap. 12, publicada en la "Revista Ambiente y Recursos Naturales" de Editorial Jurídica La Ley, Volumen II, N° 2, Julio- Septiembre de 1985, p. 39-46, califica "el derecho al ambiente como derecho de la personalidad", sostiene que en este marco el derecho al ambiente, "viene entendiéndose como una ampliación de la esfera de la personalidad humana". "Sucede que si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como parte de sí mismo, como un valor interior sobre el que no puede detentar el dominio". "En fin, en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano, el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos (referencia Resigno, Pietro, POSTIGLIONE, Amadeo). Por dicha razón el derecho al ambiente halla ingreso en el ordenamiento jurídico, como un derecho de la personalidad, atento incluso que otros de ellos hoy indiscutidos (como la integridad física y la salud), se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre. También, predicó la doctrina de referencia, este notable jurista platense, STIGLITZ, Gabriel con MORELLO, Augusto M., en la clásica obra "Tutela Procesal de Derechos Personalísimos e intereses colectivos", p. 101, Editorial Platense, 1986, al ubicar dentro de los derechos de la personalidad, "por naturaleza", el denominado "interés ecológico". Asimismo, se dijo, "siendo la salubridad del ambiente una condición para el desarrollo de la persona, es cada vez mayor la tendencia a reconocer en el derecho al ambiente un autónomo derecho de la personalidad". MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela Nora, "Daño ambiental", publicado en la "Revista Lecciones y Ensayos", de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, 1998/99, N° 72/73/74, p. 164, Abeledo-Perrot, sostiene que "el derecho a un ambiente sano es un derecho personalísimo, y como tal inalienable, intransferible, inviolable, vitalicio". Concurre con una opinión semejante, GOLDENBERG, Isidoro H.: "Daños a los derechos de la personalidad", en Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge MOSSET ITURRASPE, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 336, donde señala que "una evolución ética por el valor solidaridad emplaza la calidad de vida como un derecho personalísimo autónomo, indispensable para el bienestar psico-físico de los individuos. Idem, GOLDENBERG, Isidoro H., "Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación", Buenos Aires, 1993, p. 319. FALBO, Aníbal: "Derecho Ambiental", p. 31, Platense, 2009. También puede verse, de este académico GOLDENBERG, Isidoro H. con nuestro acompañamiento CAFFERATTA, Néstor A. "Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal", p. 22, publicado por Abeledo-Perrot, 2001. Participa de este criterio, VAZQUEZ FERREYRA, Roberto y VÁZQUEZ FERREYRA, DAMONTE Amanda A. de: "Los nuevos derechos de la personalidad: Medio Ambiente e identidad personal, E.D. 7/12/92.- En ese sentido, véase doctrina judicial de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BSAS., Ac. 60094, 19/5/98, "ALMADA, Hugo N. v. COPETRO S.A y otro", Ac. 60251, "IRAZU, Margarita v. COPETRO S.A y otro"; Ac. 60254, "KLAUS, Juan J. v. COPETRO S.A y otro", con nota laudatoria de STIGLITZ, Gabriel A., "Prevención de daños ambientales en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, LLBA, 1998, p. 940; MORELLO, Augusto M, de su obra "La Tutela de los Intereses Difusos..." cit. SCJBA, 19/5/98, "ALMADA, Hugo v. COPETRO S.A.", p. 141 a 165, Fallo in extenso, en Cap. VIII, "Panorama de la jurisprudencia", J.A, 1999-I-227, comentario de MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., "La efectiva prevención del daño ambiental". El ST de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, dijo que el derecho ambiental, se entiende "como una ampliación de la esfera de la personalidad humana, ya que si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio y en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos, es por esta razón que el derecho al ambiente halla su ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, teniendo en cuenta además, que otros de ellos - como la integridad física y la salud- se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre "la categoría de derechos personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno nuevos intereses surgentes

por objeto derechos ambientales ¿resulta aplicable por analogía o extensión, este principio, a casos de daño ambiental en intersección con derechos personalísimos, desde el atalaya del Código Civil y Comercial?

Por lo expuesto, estos artículos 10, 14, 240 y 241, 1710- 1715, 1973, son la columna vertebral del sistema común de derecho ambiental dispuesto por el Código Civil y Comercial⁴¹, toda vez que tratan de regular por un lado, la necesidad de implementar efectivamente las ideas, normativas y regulaciones previstas en leyes especiales de derecho ambiental de presupuestos mínimos (evitando la consumación del daño), y por el otro, llama a todos aquellos que tengan que adoptar decisiones críticas en la cuestión -de colisión de principios- a desarrollar un delicado juicio de ponderación o razonabilidad, en función de los bienes, intereses y derechos en juego, en casos de controversias, en el ejercicio de derechos individuales y derechos de incidencia colectiva.

La interpretación de los artículos 240, 241, 1710-1715, 1973, juega en conjunto con los artículos 10 y 14 del Código Civil y Comercial, que introduce como novedad

de las transformaciones sociales como es el derecho a un ambiente sano y en tanto los derechos de la personalidad son objeto de concreta tutela jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivada de la contaminación ambiental (aun no generando un daño personal y directo a los individuos), son por sí mismas causa de responsabilidad civil del agente, en cuanto confluyan los presupuestos generales de responsabilidad. El ser humano es la figura BASILAR en un medio ambiente conformado por su adyacente natural físico y social, que le presta las condiciones esenciales para alcanzar un desarrollo pleno. Todo acontecer que altere esos factores desequilibrándolos produce un menoscabo en uno de sus derechos fundamentales, lo que aparece agravado cuando la disminución de la función biótica se proyecta no ya sobre el ser humano, sino sobre un conjunto de ellos. Por cierto que esa derivación resulta virtualmente inevitable en razón de las notas de comunicabilidad e indivisibilidad que VISCERALMENTE caracterizan aquel medio".-

⁴¹ ESAÍN, José- FALBO, Aníbal: "El Código Civil y el ambiente", RCCYC, 2015, agosto, p. 19. CAFFERATTA, Néstor A. "La cuestión ambiental en el CCYC", RRCYS, Año XVII, N° 4, abril 2015, p. 304. También, "El Derecho Ambiental en el Proyecto de Reforma" en obra colectiva, "Comentarios al Proyecto de CCYC de la Nación 2012", bajo la dirección de Julio RIVERA, p. 1263, Abeledo Perrot, 2012. CAFFERATTA, Néstor A. "El Derecho Ambiental en el nuevo CCYC", La Ley Suplemento Especial, bajo la dirección de Ricardo L. LORENZETTI, Noviembre de 2014. Además, "El derecho ambiental en el CCYC sancionado", p. 1, RDA, Abeledo Perrot, octubre/ diciembre de 2014.- LORENZETTI, Pablo: "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de CCYC de la Nación de 2012", RRCYS, agosto de 2013, p. 5, Año XV, N° 8.- RODRIGUEZ, Carlos: "Derecho ambiental y CCYC", La Ley, 2 de junio de 2015, Suplemento Actualidad. AR/DOC/1429/2015.

sobresaliente, que la ley no ampara el abuso del derecho “cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”, sin olvidar además, que en el Título Preliminar, artículo 1º, el Código Civil y Comercial adopta un criterio casuístico, según el cual, “los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. Pero que la interpretación de la ley (artículo 2º) debe ser “teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”⁴².

Esto tiene particular importancia, a nuestro juicio, porque el Derecho Ambiental es un derecho especialmente principista (cargado de principios de política ambiental, conforme artículos 4º y 5º de la ley 25675) entre los que se destacan los principios de prevención y precautorio) y VALORISTA (es decir, basado en valores expresos, no siendo un derecho neutro (LORENZETTI), porque persigue fines o contiene “obligaciones de resultado” (PRIEUR), que aparecen establecidos en el artículo 2º de la ley 25675).

II.- Función de reparación del daño en la responsabilidad ambiental

En otro orden, señalamos que el concepto de daño refiere a una lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva⁴³.

Artículo 1716 Deber de reparar - Deber de reparar – La violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

⁴² HIGHTON, Elena: “Título Preliminar del CCYC. Principios generales del derecho argentino”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, 2016.

⁴³ CALVO COSTA, Carlos: “El daño resarcible en el Proyecto de CCYC de la Nación”, JA, 2012-IV, fasc. 13, p. 42.

Artículo 1717 - Antijuridicidad Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada⁴⁴.

Muchos casos de daño ambiental constituyen daños injustificados (antijuridicidad material), a pesar que la actividad dañadora (obra o acción) está autorizada por el poder administrador, o sea lícita, desde el punto de vista formal.

De manera que la introducción por el Código de los conceptos indiscutibles del deber de reparar el daño, basado en el principio constitucional de no dañar al otro (Artículo 19 CN)⁴⁵, contenido en el Artículo 1716, y de la antijuridicidad material por el daño injusto⁴⁶, se adapta prima facie, a supuestos de daño ambiental colectivo (e individuales), en los que por ejemplo, la fábrica, la industria, la actividad en crisis, la conducta generadora de daño ambiental, está autorizada, cuenta con los permisos, autorizaciones, habilitaciones o certificados de aptitud ambiental requeridos por el derecho administrativo, en regla y forma, y no obstante generan una situación de daño ambiental (en ocasiones molestias), que no está justificado, no debe ser soportado por el afectado, damnificado o vecino, por resultar inaceptable o exceder los límites de la normal tolerancia.

El concepto de daño⁴⁷ refiere a una lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un

⁴⁴ PICASSO, Sebastián: "La antijuridicidad en el Proyecto de Código", LL, 30 de agosto de 2013, p. 1. VAZQUEZ FERREYRA, Roberto: "La antijuridicidad en el CCYC", RRCYS, N° 4, abril 2015, Año XVII, p. 38. LORENZETTI, Pablo: "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad por daño ambiental. Su reformulación a partir del CCYC de la Nación", p. 23, Revista de Derecho Ambiental, 43, Julio/ septiembre de 2015, Abeledo- Perrot.

⁴⁵ LEONARDI HERBÓN, Hebe M., "La regla naeminen laedere en el Derecho constitucional", en obra colectiva "La Responsabilidad", Abeledo Perrot, 1995.

⁴⁶ DE LORENZO, Federico Miguel, "El daño injusto en la responsabilidad civil", Abeledo Perrot, 1996.

⁴⁷ Artículo 1737 - Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. Vid. PICASSO, Sebastián: "La reforma del derecho de daños", JA, 2011-IV, fascículo n. 13, p. 3. GALDÓS, Jorge: "La responsabilidad civil (Parte General) en el Anteproyecto", LL, 2012-C. p. 1253. PRÉVOT, Juan M., "La antijuridicidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial

derecho de incidencia colectiva. De esta forma claramente incluye el daño ambiental colectivo⁴⁸ (en cuanto afecta a derechos de incidencia colectiva). También se podría inferir lo dicho, porque la ley menciona el patrimonio sin ninguna referencia adicional, por lo que comprende el patrimonio individual, público, o colectivo.

Que la indemnización comprenda el perjuicio directo o indirecto (y el daño ambiental es indirecto o reflejo), actual o futuro (que en nuestra materia es clave), como la

de la Nación", JA, 2012-IV., fascículo n. 13, p. 29.- SEGUÍ, Adela: "La prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", JA, 2012- IV, fascículo n. 13, p. 9.-

Artículo 1738 – Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida.

Artículo 1739. Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

Artículo 1740. Reparación plena. La reparación debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo L., Director, "Derecho Ambiental y daño", obra colectiva, CATALANO, Mariana- GONZALEZ RODRIGUEZ, Lorena, Coordinadoras, La Ley, 2009. Autores: CAFFERATTA, Néstor A., "Teoría general de la responsabilidad civil ambiental", p. 11, SEGUÍ, Adela, "Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental", p. 93, GARROS MARTINEZ, Maria C., "La legitimación activa y pasiva", p. 163, SAGARNA, Fernando A., "El nexo de causalidad en el daño ambiental", p. 189, SAUX, Edgardo I.- MULLER, Enrique C., p. 215, "Daño Ambiental. Requisitos", p. 215, GALDÓS, Jorge M., "El daño moral colectivo. Su problemática actual", p. 253, SOZZO, Gonzalo, "El daño a los bienes culturales", p. 315, PERETTI, Enrique, p. 369, "La valoración del daño ambiental", en obra colectiva, bajo la Dirección de FALBO, Aníbal J., "Derecho ambiental", Platense, 2009, p. 133. CATALANO, Mariana: "La bifrontalidad del daño ambiental en la práctica", RRCYS, Año X, N° 8, agosto de 2008, p. 53. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad civil por daño ambiental", LL, 1994-C-1056. MOSSET ITURRASPE, Jorge: "El daño ambiental en el derecho privado", en obra colectiva, "Daño Ambiental", p. 82, Rubinzal Culzoni.- ANDORNO, Luis O. "La responsabilidad por daño al medio ambiente", JA, 1996-IV-877. Para ampliar, GOLDENBERG, Isidoro- CAFFERATTA, Néstor "Daño ambiental. Problemática de su determinación causal", p. 7, Abeledo- Perrot, 2001. PASSOS DE FREITAS, Vladimir, "El daño ambiental colectivo y la lesión individual", RDA, 0- 155. BESALÚ PARKINSON, Aurora S., "Responsabilidad por daño ambiental", Hammurabi, 2005.- LOPEZ HERRERA, Edgardo S., "Daño Ambiental. Análisis de la ley 25675", JA, 2006- I, fascículo n. 12, p. 3.

pérdida de chance (calificada jurisprudencia⁴⁹ considera el daño ambiental como un daño a la salud, que provoca pérdidas de chances en los individual, que se resumen en un menoscabo las aptitudes reales o potenciales de la víctima de tener una mejor calidad de vida, o de expectativas de vida), también es relevante para el Derecho Ambiental.

Destacamos que constituyen normativa de aplicación en el Derecho Ambiental, el Artículo 1757⁵⁰ que introduce una reforma en los elementos de la responsabilidad objetiva, en cuanto incluye no sólo las cosas (riesgo o vicio) sino también las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Muchos casos de daño ambiental están ligados a actividades riesgosas o peligrosas⁵¹; así por ejemplo el complejo industrial, o la maquinaria en su conjunto, las partículas que se emiten (material partículas en suspensión), emanan o vierten de los diversos establecimientos industriales, se encuadran en este supuesto de responsabilidad objetiva, en la que no es causal de justificación ni de exención de reproche, la autorización ni el permiso para el uso o la realización de la misma, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

⁴⁹ SCJBA, "Almada, Hugo N. y otro c/ Copetro SA y otro, y sus acumuladas, "Irazú, Margarita c/ Copetro SA y otro", "Klaus, Juan c/ Copetro SA y otro", del 19/05/98, publicada en JA, 1999-I-227, LLBA, 1998-940.

⁵⁰ Artículo 1757- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

⁵¹ GALDOS, Jorge: "Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código", LL, 23 de marzo de 2016, p. 1. También de este notable magistrado, véase "El artículo 1757 del CCYC (el anterior art. 1113 CC), RRCYS, N° 4, abril 2015, p. 176, Año XVII.

De esta forma claramente incluye el daño ambiental colectivo⁵² (en cuanto afecta a derechos de incidencia colectiva). También se podría inferir lo dicho, porque la ley menciona el patrimonio sin ninguna referencia adicional, por lo que comprende el patrimonio individual, público, o colectivo.

Que la indemnización comprenda el perjuicio directo o indirecto (y el daño ambiental es indirecto o reflejo), actual o futuro (que en nuestra materia es clave), como la pérdida de chance (calificada jurisprudencia⁵³ considera el daño ambiental como un daño a la salud, que provoca pérdidas de chances en los individual, que se resumen en un menoscabo las aptitudes reales o potenciales de la víctima de tener una mejor calidad de vida, o de expectativas de vida), también es relevante para el Derecho Ambiental.

Se pone de relevancia que el Artículo 1757⁵⁴ que introduce una reforma en los elementos de la responsabilidad objetiva, en cuanto incluye no sólo las cosas

⁵² LORENZETTI, Ricardo L., Director, "Derecho Ambiental y daño", obra colectiva, CATALANO, Mariana- GONZALEZ RODRIGUEZ, Lorena, Coordinadoras, La Ley, 2009. Autores: CAFFERATTA, Néstor A., "Teoría general de la responsabilidad civil ambiental", p. 11, SEGUÍ, Adela, "Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental", p. 93, GARROS MARTINEZ, Maria C., "La legitimación activa y pasiva", p. 163, SAGARNA, Fernando A., "El nexo de causalidad en el daño ambiental", p. 189, SAUX, Edgardo I.- MULLER, Enrique C., p. 215, "Daño Ambiental. Requisitos", p. 215, GALDÓS, Jorge M., "El daño moral colectivo. Su problemática actual", p. 253, SOZZO, Gonzalo, "El daño a los bienes culturales", p. 315, PERETTI, Enrique, p. 369, "La valoración del daño ambiental", en obra colectiva, bajo la Dirección de FALBO, Aníbal J, "Derecho ambiental", Platense, 2009, p. 133. CATALANO, Mariana: "La bifrontalidad del daño ambiental en la práctica", RRCYS, Año X, N° 8, agosto de 2008, p. 53. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad civil por daño ambiental", LL, 1994-C-1056. MOSSET ITURRASPE, Jorge: "El daño ambiental en el derecho privado", en obra colectiva, "Daño Ambiental", p. 82, Rubinzal Culzoni.- ANDORNO, Luis O. "La responsabilidad por daño al medio ambiente", JA, 1996-IV-877. Para ampliar, GOLDENBERG, Isidoro- CAFFERATTA, Néstor "Daño ambiental. Problemática de su determinación causal", p. 7, Abeledo- Perrot, 2001. PASSOS DE FREITAS, Vladimir, "El daño ambiental colectivo y la lesión individual", RDA, 0- 155. BESALÚ PARKINSON, Aurora S., "Responsabilidad por daño ambiental", Hammurabi, 2005.- LOPEZ HERRERA, Edgardo S., "Daño Ambiental. Análisis de la ley 25675", JA, 2006- I, fascículo n. 12, p. 3.

⁵³ SCJBA, "Almada, Hugo N. y otro c/ Copetros SA y otro, y sus acumuladas, "Irazú, Margarita c/ Copetro SA y otro", "Klaus, Juan c/ Copetro SA y otro", del 19/05/98, publicada en JA, 1999-I-227, LLBA, 1998-940.

⁵⁴ Artículo 1757- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La

(riesgo o vicio) sino también las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Muchos casos de daño ambiental están ligados a actividades riesgosas o peligrosas; así por ejemplo el complejo industrial, o la maquinaria en su conjunto, las partículas que se emiten (material partículas en suspensión), emanan o vierten de los diversos establecimientos industriales, se encuadran en este supuesto de responsabilidad objetiva, en la que no es causal de justificación ni de exención de reproche, la autorización ni el permiso para el uso o la realización de la misma, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

III.- Función preventiva y reparadora por inmisiones inmateriales

Artículo 1973 – Inmisiones. Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediere autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad del uso, el interés general y las exigencias de la producción.

responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

En el Código Comentado de BUERES, bajo la coordinación académica de Elena HIGHTON⁵⁵, se vinculaba el artículo 2618 CC, antecedente inmediato del novísimo artículo 1973 de inmisiones contenido en el Código Civil y Comercial proyectado, con las bases del derecho ambiental, cuyo texto dicho sea de paso, es fruto de la Ley 17711, aunque Vélez, lo había previsto aunque con menor alcance que el actual sistema del referido artículo.

Inicialmente era para molestias que excedían el límite de las incomodidades ordinarias, y las molestias era ruido excesivo proveniente de establecimientos industriales o fabriles vecinos, y se resumía en una indemnización por daños, cuya base sentaba en el Artículo 2619 CC. Luego con la Ley 17711, se ampliaron los supuestos de aplicación de la norma, hablando no sólo de ruido, sino también de humo, calor, olores, luminosidad, vibraciones o inmisiones similares (en realidad esta última terminología, que proviene del derecho romano, es una pequeña novedad que establece el Código), por lo que se entendía que la enumeración era meramente ejemplificativa, no taxativa ni cerrada.

En el Artículo 2618 además, se habla de excesos en la normal tolerancia (antes, incomodidades ordinarias). Y refiere la norma a una serie de estándares o parámetros jurídicos que el Juez deber ponderar razonablemente o tener en cuenta al resolver la cuestión: a) las circunstancias del caso; b) las condiciones del lugar; c) el respeto al uso regular de la propiedad; d) la prioridad del uso; e) las exigencias de la producción.

Todo ello aunque mediare autorización administrativa para aquella. Y como la redacción del Artículo 2618, utiliza desafortunadamente, la palabra o cópula "o", para establecer las amplias facultades del Juez en la cuestión, ordenar el cese o la indemnización de daños y perjuicios, hubo desde entonces una polémica en la

⁵⁵ HIGHTON, Elena / WIERZBA, Sandra, p. 481- 487, en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", bajo la dirección de Alberto J. BUERES, la coordinación de Elena I. HIGHTON, Hammurabí, Vol. 5.

doctrina autoral y jurisprudencial, acerca del carácter de la misma, es decir si se trata de una alternativa o una acumulación.

Con buen criterio el Código Civil y Comercial, en el artículo 1973, modifica el texto en punto a esta cuestión, para establecer que "Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños".

Es decir, adopta una regulación más amplia, moderna, y actual, asignándole a los jueces la facultad de disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación".

A continuación establece que: "Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad del uso, el interés general y las exigencias de la producción". Este artículo parte de la base que el caso es de una sentencia difícil para el juez, por lo que no extraña se refiera a la necesidad de elaborar un juicio de ponderación, tomando en consideración diversos estándares de prudencia, y circunstanciado, en la búsqueda del equilibrio interpretativo.

Uso regular de la propiedad, prioridad del uso (pre- ocupación), exigencias de la producción, y la novedad; el interés general, como cartabón de esta cuestión entre vecinos, que excede el interés de las partes en conflicto. Los conflictos de vecindad, vistos antes como restricciones y límites al dominio, impactan muchas veces sobre terceros, la comunidad en su conjunto, o en definitiva, el interés público colectivo, que debe ser tenido en cuenta por el juzgador al momento de adoptar una decisión final sobre el caso.

Finalmente, no escapa a nuestra consideración que el Código Civil y Comercial introduce modificaciones sustantivas con impactos procesales. Notables autores de la especialidad procesal advierten de estos cambios, siendo elocuente en ese

mismo sentido, la opinión de Carlos CAMPS⁵⁶, Jorge W. PEYRANO, Enrique FALCON, QUADRI, ESPERANZA⁵⁷, entre otros.

Tan sólo destacamos que en materia ambiental, la Ley 25675 General del Ambiente regula incipientemente el proceso colectivo ambiental, e instituye dos acciones específicas de defensa del ambiente: una de ellas con claro objetivo preventivo; nos referimos a la acción de amparo por cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

También cabe mencionar las amplias facultades que el artículo 32 de la ley 25675 atribuye a los jueces, para adoptar "las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general".

Pablo LORENZETTI, en un excelente trabajo publicado en RCYS⁵⁸, pone de resalto que "también, en base al mismo dispositivo, el magistrado se encuentra facultado para disponer aun de oficio y sin petición de parte, "medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria".- Se trata del "activismo judicial" predicado para este tipo de casos, amplia y razonablemente ejercido 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 ambiente".

ADJUDICACIÓN DEL RIESGO PROBATORIO

⁵⁶ CAMPS, Carlos Enrique: "La pretensión preventiva de daños", RCYC, 2015, agosto, 3.

⁵⁷ ESPERANZA, "La acción preventiva en el proyecto de Código Civil y Comercial", en PEYRANO, Jorge W. (Director), ESPERANZA- PAULETTI (coordinadoras), "Nuevas herramientas procesales", Santa FE, 2013, p. 389. PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva: certezas y dudas", ED 207-799. "Noticias sobre la acción preventiva", La Ley Online, AR/DOC/4310/205.- También, "Más sobre la acción preventiva", La Ley Online AR/DOC/4163/2015.

⁵⁸ LORENZETTI, Pablo: "Funciones de la responsabilidad y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XV, N° 8, agosto de 2013, 5.

Por último, las previsiones del Código Civil y Comercial, referidas al reparto de la carga probatoria.

El art. 1734, establece en materia de "Pruebas de los factores de atribución y de los eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes, corresponde a quien los alega". El art. 1735 determina que "Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitirá a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa".

Al respecto, dice Jorge W. PEYRANO⁵⁹, que la distribución del onus probandi, se levantan más como normas de decisión judicial que de derecho probatorio, por lo que, compartiendo la sutil observación que formula Gabriel QUADRI⁶⁰, "si el derecho probatorio, como parte integrante del derecho procesal, aparece regulando la admisibilidad, la ejecutoriedad y la valoración de la prueba en el proceso, las normas de la carga de la prueba viene a quedar emplazadas, justamente fuera de él.- Concretamente, las normas sobre la carga de la prueba no integran el derecho probatorio".

La concepción de las cargas probatorias dinámicas, nacida para flexibilizar la rigidez y estratificación legal del reparto de esfuerzos⁶¹, para adecuarlo en "supuestos

⁵⁹ PEYRANO, Jorge W., "La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema", LL, 2008-C, 748.

⁶⁰ QUADRI, Gabriel H. "Las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1734 y 1735)", JA, 2914-III, fascículo n. 9, p. 14. ROSALES CUELLO, Ramiro-MARINO, Tomás: "Las normas procesales en el nuevo CCYC", JA, 2014-I, fascículo n. 9, p. 3. KIELMANOVICH, Jorge L., "La carga dinámica de la prueba en materia de daños en el proyecto de CCYC de la Nación", RRCYC, columna solapa de tapa. DE LOS SANTOS, Mabel A., "Las cargas dinámicas en el CCYC", LL, 21 de diciembre de 2016, p.1. FALCON, Enrique: "El derecho procesal en el CCYC de la Nación", Rubiznal- Culzoni, 2014.

⁶¹ FALCÓN, Enrique: "Tratado de la prueba", Tomo I, p. 278, Astrea, 2003.

anormales⁶², a las circunstancias de cada caso en concreto y “evitar incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad⁶³, - o que tiende a huir de toda norma genérica e inflexible, con carácter de abstracción, y poder apreciar a la verdad jurídica, con ajuste a las singularidades del caso⁶⁴, produciendo el desplazamiento del ONUS PROBANDI y quien tendrá que probar la existencia o inexistencia de ese hecho será, no ya quien alegue ese hecho, sino sobre la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

Lo fundamental es el dinamismo (QUADRI)⁶⁵.

Jorge PEYRANO- Julio CHIAPPINI⁶⁶ señalan que: son cargas dinámicas porque, según fueren las circunstancias del caso, pueden desplazarse hacia una u otra de las partes.

¡Es notable el avance que significa para el Derecho Ambiental, esta norma en el Código Civil y Comercial! La mayoría de los casos ambientales (litigios masivos), son casos complejos⁶⁷, casos difíciles, de prueba ríspida, de alta tecnología, de manera que resulta a todas luces de aplicación, en casos de ausencia probatoria, la carga dinámica de la prueba.

IV.- Conclusiones

⁶² COLERIO, Juan P., “La relatividad de las reglas de la carga de la prueba”, LL, 1990-B-298.

⁶³ RDORIGUEZ, Claudia B., “La carga dinámica. Según la jurisprudencia”, JS, 2008-II, 1474.

⁶⁴ DE LOS SANTOS, Mabel: “Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentre en mejores condiciones de probar”, JA, 1993-IV-866.

⁶⁵ QUADRI, Gabriel H. “Las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, JA, 2914-III, fascículo n. 9, p. 14.

⁶⁶ PEYRANO, Jorge W.- CHIAPPINI, Julio O. “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en obra colectiva bajo la dirección de Jorge PEYRANO, la coordinación de LÉPORI WHITE, Inés, “Cargas probatorias dinámicas”, p. 17, Rubinzal Culzoni, 2004. PEYRANO, Jorge W. “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, p. 551, “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, p. 565, de la obra “Procedimiento Civil y Comercial 1. Conflictos procesales”, Juris, 2002.

⁶⁷ MORELLO, Augusto M., “Dificultades de la prueba en procesos complejos”, Rubinzal Culzoni, 2004. PEYRANO, Jorge W. “Inserción de las cargas dinámicas en los procesos colectivos”, p. 171, en “Herramientas procesales”, Nova Tesis, 2013. Del mismo autor, “La prueba difícil”, en “Problemas y soluciones procesales”, p. 315, Juris, 2008. “Sobre la prueba científica”, p. 371, en “Problemas y soluciones procesales”, op. cit.

El Código Civil y Comercial, desde el punto de vista de la responsabilidad por daños, constituye una enorme contribución para la defensa del ambiente.

Porque reconoce la doble función del derecho de daños (de la responsabilidad civil por daños): preventivo, y de reparación, poniendo el acento en la evitación del daño, que para el derecho ambiental es un principio básico de política, y para casos de daños consumados, tendrá prioridad absoluta la recomposición.

- 1) Porque comprende en la regulación, el daño ambiental colectivo, que recae sobre derechos de incidencia colectiva y bienes colectivos en la especialidad y la responsabilidad por actividades peligrosas o riesgosas por naturaleza.
- 2) Porque define expresamente las amplias facultades del juez en casos de molestias intolerables derivadas de actividades de vecinos.
- 3) Porque flexibiliza la carga de la prueba, introduciendo la doctrina de las cargas dinámicas probatorias.

Finalmente, una reflexión.

Los artículos 1, 2, 3, 9, 10, 14, 240- 241, 1708- 1709, 1710- 1715, 1973, hunden sus raíces en la Constitución Nacional, (que en la especialidad, encuentra base en el artículo 41, deber de preservación) están inspirados en ideas del Derecho Privado Constitucional⁶⁸, en principios y valores jurídicos fundamentales del ordenamiento, también en la libertad, la buena fe, la paz, la convivencia armónica y sustentable, fraternidad, democracia, solidaridad, cooperación y orden público de coordinación⁶⁹, que resulta imprescindible para la integración en concordia del ejercicio de los derechos individuales, con los derechos de incidencia colectiva. Es un salto de lo

⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo L., "Fundamento constitucional de la reparación de los daños", LL, 2003-C, 1184. GALVO COSTA, Carlos: "La constitucionalización del derecho de daños y el principio de reparación plena", JA, 2016, II, fascículo n. 2, p. 1. Véase, Corte Suprema, 5/8/1986, "Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos", LL, 1987-A, 442, Fallos 308:1160. También, "Gunther, Raúl c/ Ejército Argentino", LL, 1987-A, 442, Fallos 308:1160. Por todos: ROSATTI, Horacio: "El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional", Rubinzal- Culzoni, 2016.

⁶⁹ LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del Derecho Ambiental", p. 40, La Ley, 2008.

individual a lo colectivo, sin que ello implique, denegar, aniquilar, aplastar, o remover derechos individuales.

La introducción del derecho ambiental en el Código Civil y Comercial, y de las normas de presupuestos mínimos ambientales, sirven para unificar (uniformar en la variedad), el régimen jurídico de la responsabilidad por daño ambiental colectivo, que desde su regulación especial en la Ley 25675, General del Ambiente, artículo 27 y ss., necesitaba de la recepción en el Derecho Común Privado, para la mayor comprensión de la misma. Deja entonces su situación de aislamiento normativo, y se integra de manera coherente, con el macro sistema contenido en el Código de Derecho Privado Nacional.

