

DERECHOS REALES: Dominio - Restricciones y límites - Árboles - Poda y curación - Sanidad ambiental

1 - Es excesiva la pretensión de tala de dos árboles de alrededor de cuarenta años, dotados de importante envergadura, que existen en el predio con anterioridad a la construcción tanto del inmueble como de la pileta de natación de la demandante, y que, aunque no se encontraran ubicados dentro de los tres metros legales, igualmente habrían de producir el cono de sombra que parcialmente afecta a la nombrada.

2 - Es apropiada la decisión que, respecto de árboles de importante envergadura ubicados a menos de 3 m. del límite del predio que proyectan sombra sobre el fondo vecino, dispone su poda en toda la extensión que invade el espacio aéreo del mismo, puesto que a las restricciones y límites al dominio privado se siguen las pautas de convivencia que deben presidir toda relación de vecindad, y sin las cuales sería imposible vivir en sociedad.

3 - Si se trata de una enfermedad que no compromete la integridad física de los árboles, ni su entereza y respecto de la cual no hay prueba de que constituya una plaga de las que es preciso erradicar en forma terminante y sin dilaciones, se comprende que, antes que su tala, lisa y llana, corresponde, en primer lugar, intentar su cura. El orden de la vida así lo indica, también -como en este caso- para las especies vegetales.

4 - Los costos del tratamiento para la cura de los árboles deben estar a cargo del dueño del predio en que se localizan, quien está obligado a preservar la sanidad del medio ambiente (art. 2629 CC.), no siendo obstáculo a su realización que ello exija una profusa labor de fumigación en relación directa con la importante masa arbórea de las especies.

5 - Corresponde disponer la tala de los árboles que se encuentran a una distancia menor a la permitida por el art. 2628 CC., si a ello se suma que provocan perjuicios al actor, nunca fueron objeto de cuidado y protección por su dueño, se encuentran enteraños y, por su tamaño, tipo de producto a apli-

(*) Véase comentario de Virginia Greco, Victoria Haidet, Erika Lames, Mariano Churrarín, Marín Vía y Diego Rodríguez.

cairse y costo de la operación, su cura resultaría prácticamente imposible, las plagas que padecen son contagiosas y ponen en peligro la masa arbórea que circunda y en situaciones similares se optó por su tala y reemplazo por plantas sanas para no afectar a otras especies -Del voto en disidencia del Dr. Dalmaso-.

C. CIV. Y COM. MAR DEL PLATA, sala 2ª, 18/11/97 - Guinam S.A. v. Mujica, José M. (*)

2ª INSTANCIA.-Mar del Plata, noviembre 18 de 1997.

1ª.- ¿Es justa la sentencia de fs. 480/485 via.?

2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión.- El Dr. Dalmaso dijo:

1.- A fs. 480/485 via. el magistrado de 1ª instancia dicta sentencia haciendo lugar a la acción promovida por la firma "Quintán S.A." contra José M. Mujica y condenando a este último a que proceda a cortar las ramas de sonidos robles plantados en su propiedad -de calle Quintana n. 553 de esta ciudad- en toda la extensión que invade el espacio aéreo del fondo de la reclamante, bajo apercibimiento de realizar la actora a costa de la obligada, o derivar la cuestión en daños y perjuicios. Impone costas al vencido y difiere la regulación de honorarios. Asimismo, decide hacer lugar -parcialmente- a la reconversión deducida por el demandado contra la actora y, en consecuencia, condena a esta última a proceder a iniciar los trabajos de impermeabilización del muro del cerco medianero y de colocación "más profunda" de los postes del alambrado peritinentes, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 511 del Código ritual. Impone las costas a la vencida y difiere la regulación de honorarios.

A f. 486 apela la accionante y a f. 490 lo hace su contraria. La primera expresa sus agravios a fs. 492/500 via., los que fueron respondidos a fs. 504/15; y la reconviniente hace lo propio a fs. 502/3 via., los que se contestaron a fs. 516/17.

Cuestiona la actora que el a quo no dispusiera efectuar el corte de los dos árboles robles que se

encuentran en el inmueble del demandado en violación a lo prescripto por el art. 2628 CC. y, brindando las razones en que fundamenta su postura (a) distancia inferior a la legalmente permitida; b) perjuicio causado por la proyección del cono de sombra; c) enfermedad de los árboles afectados; d) propagación de la misma a otras especies de su clase -una de ellas en el inmueble del actor-; e) provocación de gastos para contrarrestar los efectos dañosos que ocasionan; f) resultar especies no mantenidas ni cuidadas, etc.), solicita se revoque el decisorio en el sentido que originalmente se pronunciara. Subsidiariamente, reclama que se disponga que el demandado provea a los robles su debida atención fitosanitaria y curación, tema sobre el que también se extiende. Finalmente, ataca la imposición de costas por considerar que existió allanamiento en los términos del art. 70 inc. 1º CP., y comprender su extensión; y, caso contrario, habida cuenta de que el éxito de la reconversión fue parcial, pide se impongan a su contrario por la parte rechazada.

La demandada discute también las costas que se le hiciera soportar, porque considera que jamás se negó al corte de las ramas que invaden la propiedad de la actora. Haciendo referencia a probanzas que respaldarían tal afirmación y señalando los motivos que impedirían llevar a cabo la poda citada, sostiene que emanando la imposibilidad alludida de la conducta de su oponente, las costas le debían ser cargadas con exclusividad.

2. Agravios de la actora

Resaltando sintéticamente lo acontecido en estos actuaciones, estimó adecuado dejar sentado que, alegando que el demandado tiene plantados en su propiedad lindera dos robles a una distancia inferior a la mínima legalmente permitida, los que por su envergadura causan perjuicios a la accionante (proyección de sombra provocada por lo frondoso del follaje, invasión del espacio aéreo, recepción de basuras y hojas, etc.), y señalando que aquéllos se encuentran enteraños, reclama que se condene a su oponente a quitarlos.

Este último, a su turno, para enervar la acción promovida en su contra sostuvo, en lo esencial: a) que no era cierto que los árboles se encontraran a distancia inferior permitida; b) que los mismos se encuentran en estado de descuido y negligencia (arboles bien, afirmó lo contrario); c) que se encuentran

J.A. 1998-I, p. 11

en violación a lo prescripto por el art. 2629 CC.; d) que causen innumerables perjuicios a la actora; e) que den motivo a la recepción, por parte de su oponente, de basuras y hojas; y f) que se encuentren enfermos, extendiéndose, para fundar su defensa, en la explicación biológica de la función de los árboles en la tierra, en el problema mundial de su falla, y en la tipificación de un abuso de derecho por parte del actor con el objetivo que persigue.

Más allá de que innumerables probanzas así lo dejan establecido, se encuentra admitido por el a quo y no impugnado en forma idónea -por lo que debe ser tenido por cierto (arts. 242, 260 y 261 concs. CP)- que los robles en cuestión se hallan plantados a 2,70 m y 2,60 m -respectivamente- de la "línea divisoria" de los fundos y que sus ramas pasan hasta 3,86 m. sobre el terreno de la actora, produciendo conos de sombra sobre el jardín y la pileta de natación, con un volumen calculado en 463,70 m.

Dando aquí por reproducidos los artículos citados a f. 483 por el primer juzgador (2628 y 2629 del Código sustantivo), no caben dudas de que el primero de los requisitos invocados por la actora y negado por la demandada se encuentra cabalmente acreditado: los robles están plantados a una distancia menor a la establecida por el Código de fondo (3 m) y sus ramas se extienden sobre el jardín o patio vecino por 3,86 m.

Por aplicación al subexamen de la jurisprudencia y doctrina mayoritarias doy por admitido que la invocación de la norma mentada resulta insuficiente, por sí sola, para viabilizar la pretensión articulada pues, sabido es, las disposiciones legales, aun las claras, necesitan ser interpretadas porqué, además de su sentido externo y gramatical, tienen otro sentido y profundo que resulta de su confrontación con otros preceptos y con el sistema general de la ley (C. Nac. Civ., sala C., en ED 4-726, ínter 2358; LL 111-487 [JA 1963-III-575]).

Uno de los requisitos esenciales de la acción es el interés; sólo con esta condición -entre otras- se pone en juego la actividad jurisdiccional; interés que no se compadece con la sola invocación de haberse violado un precepto legal (arg. C. Prte Sup., en ED 3-641 [JA 1962-IV-543], fallo 1497 y LL 110-471 [JA 1962-III-593]).

Es menester pues que se ocasione perjuicio

para que proceda el refofo pretendido (C. Nac. Civ., sala C, 13/12/65 en "Sinopoli G. N. V. Doctri. de Sa-laberry, B").

La sentencia en reexamen ha establecido, como viáramos, que el largo de las ramas invade el predio de la actora y que su foliage produce conos de sombra sobre el mismo y lo allí instalado. Si armonizá-mos tal incuestionada conclusión con los elemen-tos que surgieron de la pericia llevada a cabo por el ingeniero Mario Pedro Psicoddi a fs. 205/9 vta. y la documentación que se le agregó a lo que estable-cer la incidencia y magnitud que la circunstancia apuntada (sombra) ocasiona, a diversas horas y en diversos meses, en el inmueble del reclamante, provocando un indudable perjuicio.

Pero, robusteciendo la realidad de este último, las testimoniales veritadas por Ana Patricia Avila, Eugenia Julia Bologna y Luis Alberto Laguna pemi-tien tener por acreditado que la gran caída de hojas de los robles en la propiedad del actor, además de exigir que se las junte y las quemé, da origen a trastornos tales como el atascamiento de filtros y bombas de su planta de natación, así como a las labores y gastos que un uso normal requiere (fs. 384, 424, 439, 440 y 456 C.P.), lo que realiza la entidad del aludido daño y elimina la posibilidad de atribuir al derecho invocado por el actor el carácter de "incausado", "anormal" o "asociati", razón suficiente para concederle protección ("El abuso del derecho y los derechos 'incausados'", Alfredo G. Spota, en JA 1946-II-820 y ss.), dado que si los ámbitos causan perjuicio al vecino, éste puede invocar el art. 2628 CC. ("Restricción al dominio y abuso del derecho", aut. cit. en ED 15-1966-864 y ss., y sus citas doctrinarias).

3. Si bien lo expuesto resulta, a mi criterio, sulficiente para viabilizar la pretensión original, encuen-tro otros motivos que adunan tal conclusión.

En efecto, las probanzas aritméticas demuestran que, mientras el roble que se encuentra en la pro-piedad del actor está en perfecto estado sanitario, ya que se le realizan los adecuados fungicos para control y prevención del *millidium*, los árboles del demandado se encuentran gravemente infectados con el hongo *Oidium sp.* deficiente a la que se suma un importante ataque de hongos negros con manchas marrillas en el torso, correspondientes al género *Sclerotinia sp.* lo que hace que sus hojas se encuentren intensamente comidas y caigan pa-

riedicamente (una por minuto) —colgando de una sección sedosa que la caracteriza—, en el jardín lindante según informa el ingeniero agrónomo Mó-rica Carmen Duplancic en su dictamen de fs. 447/63, con fotografías que ilustran sus dichos, los que culminan resaltando "el lamentable estado fitosanitario en que se encuentran ambos robles, evidenciando que no son cuidados como corres-ponde a los fines de mantener el equilibrio en el ecosistema, evitando la difusión de plagas y enfar-medades a otras especies forestales, arbustivas y ar-bóreas de la zona" (fs. 462 vta. in fine, arts. 457, 462, 473 a cont. y 474 C.P.).

Al reprocha que, sobre la falta de cuidado de sus robles, le afecta al demandado la experta nombra-da, se suma el del ingeniero agrónomo Juan Carlos Puente quien, en su dictamen de fs. 161/3 vta., ade-más de dejar senado que los mismos no eviden-cian haber sido sometidos a ningún tipo de poda ni tratamiento para controlar plagas que asientan, realtando la enfermedad que padecen, desista la probabilidad de contagio que presenta y señala la casi imposibilidad actual de su cura en virtud de las maquinarias necesarias para intentar llevarlo a cabo (pulverizadora de alta presión que mande el producto formando una especie de neblina para que pueda llegar a toda la parte aérea de la planta), las que indudablemente no están al alcance de un propietario en un medio urbano, y el riesgo que esto podría aparecer para personas y animales por la alta toxicidad del producto a emplear (fs. cts. y en esp. f. 163).

4. Entiendo entonces que en el supuesto tráfico se dan los requisitos necesarios para acoger la ac-ción impetrada toda vez que: 1) los robles se en-cuentran a distancia menor a la permitida por el art. 2628 CC.; 2) Provocan perjuicios al actor; 3) Nunca fueron objeto de cuidado y protección por su dueño; 4) Se encuentran enfermos y, por su tamaño, tipo de producto a aplicarse y costo de la operación, su cura resultaría prácticamente imposible; 5) Las pla-gas que padecen son contagiosas y ponen en pe-ligro la masa arbórea que los circunda; y 6) En si-milares situaciones similares se optó por su tala y reemplazo por plantas sanas para no afectar otras especies (ver "Técnica Agrónoma Biológica", f. 385, resp. a la 1ª repreg.; arts. cts.).

Lo expuesto desvirtúa cada uno de los argumen-tos utilizados por el accionado para repeler la pre-tensión de la actora, y si tenemos en cuenta que

para evitar la procedencia de la solicitud inicial, la demandada sólo esgrimió argumentos objetivos —a los que, de más está decir, objetivamente también

noche—, resulta exagerado afirmar que con la tala exigida "se está poniendo en juego el equilibrio ecológico de toda la región y el mundo" (sic) y ante la seriedad y solidez de las conclusiones expuestas en el párrafo anterior, no se advierte interés colec-tivo que deba predominar sobre el legítimo del co-respondiente ("El abuso del derecho y la prohibición de tener árboles a menor distancia que la fijada en el Código Civil", aut. cit. JA 1953-II-19 y ss.), por lo que entiendo que corresponde viabilizar la preten-sión intercedida (argto. C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, causa B-70627, RSD-13-91; Lambias-Al-barini, en "Código Civil anotado", t. IV-A, ps. 435/38 y la Jurisp. allí cit.).

5. El accionamiento establecido precedentemente hace caer en abstracción el segundo agravio de la actora, por lo que no corresponde a su respecto emitir pronunciamiento (esta Cámara y sala, argto. en causas 82373, RSD-887-91, del 14/11/91; 95949, RSD-442-95, del 14/11/295 y otras).

6. La última de sus quejas está referida a la in-posición de costas provenientes del éxito de la re-convención, fundándose en que la misma fue par-cial y que además existió allanamiento de su parte, por lo que corresponde la exención.

El escrito de fs. 248/255 demuestra que este úl-timo extremo no es cierto, toda vez que se con-tuvo la contrademanda, pidiendo su rechazo con costas, lo que hace perder solidez a tal defensa (argto. art. 307 a cont. y 70 C.P.).

Y con relación al primero de los temas, el pro-nunciamiento en revisión se encuentra firme res-pecto a la viabilidad —parcial— de la reconvención. Sabido es que, si bien con la determinación econó-mica en que la misma prospere, por aplicación del principio general establecido en el art. 68 C.P., las costas deben ser soportadas por el vencedor, ya que tal principio no cede aún en supuestos de acci-amiento limitado (esta Cámara y sala, en causa 75.324, RSD-473-89, del 29/12/89; 96.703, RSD-242-96, del 29/6/96 y otros), como en el caso de autos, lo que lleva a desestimar esta impugnación.

7. La crítica de la accionada se limita también a la condena al pago de las costas que se le impu-siera en la otra instancia, haciendo resaltar la fun-

damentación de su ataque en cuestiones que ya han sido superadas (ver supra).

Si se tiene en cuenta que de acuerdo a lo antes dicho la demanda ha prosperado en lo principal, para la atribución de costas resulta aplicable —como difiere en el considerando anterior— el principio ob-jectivo de la derrota, lo que hace que las mismas deban necesariamente ser soportadas por la acci-onada perdedora (argto. y doctr. art. 68 C.P.), lo que lleva a rechazar este agravio.

Voto por la negatva.

El Dr. Osorio dijo:

1. Me permito disentir con mi colega preopinante. Su bien estudiado voto encuadra la cuestión en la normativa aplicable y apunta la flexibilidad que es dable otorgar a la misma a la luz de los actuales criterios referidos a la necesidad de que exista un perjuicio para viabilizar la norma que autoriza el corte de ramas y árboles, pero, entiendo, existen en autos motivos que imponen una solución distin-ta, acaso más próxima a la expresada por el tri-bunal de 1ª instancia en su sententada apelada.

Tres argumentos llevan a la accionante a rechazar medidas contra los dos árboles de mención: a) que se encuentran plantados a menor distancia de la autorizada por el art. 2628 CC.; b) que producen un cono de sombra sobre parte de su jardín y planta de natación, a lo que se suma la caída de hojas en el agua de esta planta; c) que se encuentran atec-tados por un hongo llamado *Millidium*, que puede propagarse a las plantas de su propio jardín.

2. En lo que a esto respecta, el a quo se pronun-cia por el corte de las ramas de los dos árboles plantados en la propiedad de los demandados, en-fundando la extensión que invade el espacio aéreo del fondo de la reclamante. El pronunciamiento viene apelado por la actora y por la demandada. La pr-miera se agravia: 1. En cuanto no se dispone la tala de los mismos; 2. En cuanto se los deja en pie sin disponerse su atención fitosanitaria; 3. Por la apli-cación de costas con respecto a la reconvención por desmoronamiento de tierra y humedades en dos sectores de la mediana. La demandada se agravia de la imposición de las costas por la acción tendiente al corte de las ramas.

3. Entiendo que la remoción lisa y llana de las

árboles no es la solución que mejor se compadece con el entorno, pero también opino que el metro cúbico de las ramas que sobrepasan el cerco medianero no satisface en su totalidad el interés manifestado por la parte actora. Si lo primero peca de excesivo—como veremos— y antifuncional, bordeando las fronteras de lo abusivo, el solo corte de las ramas deja sin consideración específica el renglón relativo a la enfermedad de las plantas, y las molestias y el eventual perjuicio que de ello pueden derivarse para la actora.

4. Iremos por partes.

En primer lugar, y entrando de esta manera a considerar el agravio referido al rechazo de la tala de los robles, ha de decirse que los árboles están, es cierto, plantados fuera de los límites legales, pero también es necesario puntualizar que uno de ellos a solamente 0,14 cm y el otro a 0,30 cm de los tres metros de la línea divisoria de la medianera prescriptos por la ley (conf. art. 2628 CC. y pericia de fs. 205/209; Llambías, "Código...", t. IV-A, p. 435).

Teniéndose en cuenta la flexibilidad que, por vía interpretativa, se ha dado a esta exigencia, puesto que no está en juego un derecho absoluto, corresponde preguntarse si la pretensión de tala no es excesiva (conf. Cám. B. B., n. 14-875, 30/9/52, en JA 1953-II-19, con nota de Spota, A. G., "El abuso de derecho y la prohibición de tener árboles a menor distancia..."; C. Nac. Civ., sala C, 13/12/65, en LL 121-549; Mariani de Vidal, M., "Curso de derechos reales", t. 2, p. 25; Papafio y otros, "Derechos dominio...", p. 108).

Entiendo que sí. Se trata de dos ejemplares de alrededor de cuarenta años, dotados de importante envergadura, que existen en el predio con anterioridad a la construcción tanto del inmueble como de la piletta de natación de la demandante, y que, aun- que se encontraran ubicadas dentro de los tres metros legales, igualmente habrían de producir el como de sombra que patrimonialmente afecta a la nombrada (conf. art. 384 y concc. CPR.).

Entiendo, por eso, que es apropiada la decisión del magistrado de 1ª instancia, que dispone su poda en toda la extensión que invade el espacio aéreo del fundo, puesto que a las restricciones y límites al dominio privado se siguen las patatas de

convivencia que deban presidir toda relación de vecindad, y sin las cuales sería imposible vivir en sociedad. Pautas éstas que han de estar abonadas por las consabidas notas de tolerancia y racionalidad (conf. doct. art. 2618 CC.; Bueres-Highton, "Código Civil...", 5, ps. 482/77).

Abonan este criterio los sólidos fundamentos vertidos por la "Fundación Vida Silvestre Argentina" en sus presentaciones de fs. 132/133 y 424/25, en cuanto apuntan que los dos ejemplares de roble son elementos de un ecosistema, cumpliendo la función vital de oxigenar el área, dar hábitat a otras especies y hacer su aporte para el recreo espiritual del ser humano, al amparo de no poner en peligro la integridad de personas ni de bienes. En igual sentido y marcando la necesidad de proteger las especies arbóreas, obra a fs. 396/412 el informe del Instituto de Derecho Internacional y Comunitario. La Constitución Nacional, por lo demás, ha consagrado el derecho a un ambiente sano y al correlativo deber de preservar el patrimonio natural (conf. art. 41 CN, [1]; Quiroga Lavie, H., "Constitución de la Nación Argentina", p. 204 y ss.).

En segundo lugar, y dando respuesta al segundo agravio—que se hayan dejado los árboles en pie sin disponerse su atención fitosanitaria—, entiendo que la preocupación del apelante es atendible. Los árboles dejan traslucir en sus hojas una enfermedad de tipología micótica que se presenta con mayor insistencia en las temporadas afectadas por sequía y que se acentúa a medida que transcurren los meses del verano (conf. pericia Ing. agrónomo).

Tratándose de una enfermedad que no compromete la integridad física de los robles, ni su entereza, y respecto de la cual no hay prueba de que constituya una plaga de las que es preciso erradicar en forma terminante y sin dilaciones, se comprende que, antes que su tala lisa y llana, corresponde, en primer lugar, intentar su cura. El orden de la vida así lo indica, también—como en este caso—, para las especies vegetales (conf. arts. 163 inc. 5, 375, 384, 474 CPR.).

Podrá decirse—y de hecho así lo sostiene la parte actora y lo recepta mi colega preopinante— que el tratamiento para su cura exige una protusa labor de fumigación en relación directa con la importante masa arbórea de estas especies. Entiendo que ello no puede ser inconveniente para su realización,

2ª cuestión.—El Dr. Dalmaesso dijo:

Corresponde: 1) Revocar el punto primero de la sentencia de fs. 480/485 vta. y hacer lugar a la acción promovida por la firma "Quinán S.A." contra José Manuel Mujica, condonando a este último a que, dentro de los diez días de notificada la presente, proceda a retirar los robles plantados en su propiedad de calle Cunitana n. 553 de esta ciudad, bajo apercibimiento de lo normado por el art. 511 CPR.; 2) Propongo que las costas de alzada se imputen a la accionada vencida (art. 68 CPR.) y diferei la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y concc. ley 8904 [2]).

Así lo voto.

El Dr. Ozeriño dijo:

Corresponde confirmar la sentencia de 1ª instancia en cuanto ordena el corte de las ramas de ambos árboles en toda la extensión que invade el espacio aéreo del inmueble de la demandante, como así también en lo referido a las costas por la acción y la reconvencción a cargo del demandado y de la actora, respectivamente, y condenándose así mismo al demandado para que, en igual plazo que el establecido para la condena, disponga la cura de los referidos ejemplares por intermedio de profesionales idóneos, bajo apercibimiento de realizarse dicho tratamiento a través de terceros y a cargo del obligado, con las respectivas costas en el orden causado (conf. art. 68 CPR.). Las costas de alzada se imponen en un 80% a cargo de la actora y el restante 20% a cargo del demandado (conf. art. 68 CPR.), diferenciándose la regulación de los honorarios por lo dispuesto en el art. 51 y concc. ley 8904.

Así lo voto.

La Dra. Zampini adhirió al voto del Dr. Ozeriño

Por los fundamentos consignados en el precedente acuerdo, por mayoría, se confirma la sentencia de 1ª instancia en cuanto ordena el corte de las ramas de ambos árboles en toda la extensión que invade el espacio aéreo del inmueble de la demandante, como así también en lo referido a las costas por la acción y la reconvencción a cargo del demandado y de la actora, respectivamente, y se condena, asimismo, al demandado para que, en igual plazo que el establecido para la condena, disponga la cura de los referidos ejemplares por inter-

máxime si tampoco a este respecto hay prueba alguna que destaque la imposibilidad física o material de realizar el operativo, cuyos costos, obviamente, estarán a cargo del demandado, obligado—también él— a preservar la sanidad del medio ambiente (conf. arts. 375 CPR.; doct. art. 2629 CC.).

Podrá agregarse—y también esto es argumento de la actora— que la fumigación podría acarrear consecuencias perjudiciales para los seres humanos, dada la toxicidad de los productos a emplear. Pero este argumento cae por su base si se contempla que aún los propios testigos estuvieron prontos y el perito agrónomo Duplancic estuvo en prontos a señalar que la nomenclatura desde hace tiempo a su propio rubro "tratados sistémicos" (conf. fs. 383 vta.), "se realizan los adecuados tratamientos fungicidas para control y prevención del *Mírdium*" (conf. f. 447).

Propongo, pues, que además del corte de las ramas dispuesto por el magistrado de 1ª instancia, se imponga asimismo al demandado la condena a realizar la cura de los árboles, bajo la supervisión profesional idónea y conforme a la modalidad y términos aconsejados por el mismo, bajo apercibimiento de efectuarse dicho tratamiento por un tercero y a cargo del obligado, con arreglo a lo prescripto por el art. 626 y concc. CC.

Por último, en lo atinente al tercer agravio—aplicación de las costas por la reconvencción— he de coincidir con la argumentación del Dr. Dalmaesso, haciendo míos sus términos y pronunciándome, al igual que éste, por la confirmación a este respecto del decisorio y el mantenimiento de las costas por la reconvencción a cargo de la reconvenida (conf. art. 68 CPR.).

5. En cuanto a la apelación del demandado por la aplicación de las costas de la demanda que prospera, corresponde su rechazo, pues las actuaciones no han sido muestra más que de la reiterancia del demandado a acceder a todo requerimiento referido a sus árboles, por lo que, admitido el corte de las ramas—y ahora el tratamiento sanitario de los mismos— la imposición de estas costas resulta inquestionable, también por el principio objetivo de la derrota (conf. art. 68 CPR.).

Así lo voto.

La Dra. Zampini adhirió al voto del Dr. Ozeriño.

medio de profesional idóneo, bajo aperchimiento de realizarse dicho tratamiento a través de terceros y a cargo del obligado, con las respectivas costas en el orden causado (cont. art. 68 CP.). Las costas de alzadas se imponen en un 80% a cargo de la actora y el restante 20% a cargo del demandado (cont. art. 68 CP.), diferenciándose la regulación de los honorarios por la dispuesto en el art. 51 y cons. ley 8904. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 inc. 12 CP.). — Rafael F. Oyarzo — Melida I. Zampini. En disidencia: Raúl O. Dalmasso, (Sec. Mario F. Pinotti).

(1) LA 1995-A-26 - (2) ALJA 1977-B-1502.

(*) DAÑO AMBIENTAL Y RELACIONES DE VE- CINDAD

INTRODUCCION

En este trabajo nos proponemos analizar formas de solución de un tipo de conflicto entre el derecho a la propiedad privada y el derecho a la protección del medio ambiente, desde la perspectiva jurisdiccional y conforme a procedimientos reglados. Para lo cual sugerimos el siguiente orden:

I. Presentación de la hipótesis de análisis (título de la C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª) (1).

II.a) Identificación del conflicto de derechos fundamen-
tales.

b) Caracterización de los derechos colisionarios.

III. Solución del caso.

III.a) La solución del fallo.

b) La solución desde el paradigma codificante. b.1. Desde el Código de Vélez (2). Desde la reforma de la ley 17.711.

c) Solución desde el paradigma de las normas jurun-
damentales. El juicio de ponderación

I. EL CASO.

El conflicto se plantea entre los propietarios de fundos vecinos. Uno de ellos es titular de un fundo en el cual se encuentran dos robles plantados antirreglamentariamente a menos de los tres metros que el Código Civil exige de la línea divisoria (excepciones en 0,14 y 0,30 cm). El otro propietario pretende jurisdiccionalmente la poda de dichos árboles, dado que sus ramas invaden el espacio aéreo de su fundo, causando un cono de sombra sobre la plaza de natación situada en el mismo.

Dichos robles son especies arbóreas antiquísimas (cuerteras años) de importante envergadura y se encuentran en el fundo vecino desde antes de la construcción tanto del inmueble como de la plaza de natación del actor.

II.a) IDENTIFICACION DEL CONFLICTO

El arbitraje de análisis de la temática planteada que elegimos es el del conflicto. La razón de este abordaje obedece a una observación simultánea del mundo jurídico y de la realidad: aumento del número de derechos reconocidos, escasez correlativa de bienes para satisfacer por igual esos derechos, proliferación de conflictos. Aquí el conflicto y la imposibilidad de soluciones que signifiquen la satisfacción acabada de los intereses tutelados, surge la necesidad de decidir. "A veces, eso supone realizar opciones excluyentes, puesto que el derecho no prohíbe algunas conductas... o se trata de bienes que gozan de una protección máxima, no susceptible de restricciones. En otros supuestos... se puede electuar un juicio de ponderación, que es una gradación para dar a cada uno lo suyo. De allí que el juez o el legislador deban considerar cuál es el punto óptimo de equilibrio entre lo que se da a unos y se resta a otros, y cómo ponderar los valores en juego" (2).

El primer paso de una metodología que guía la decisión judicial correcta consiste en la identificación del conflicto a resolver.

La partes proponen la heterocomposición judicial de un conflicto entre dos derechos subjetivos: propiedad privada v. propiedad privada, para el cual Vélez Sarfield hizo la solución a través del régimen de restricciones y límites al dominio. Sin embargo, el caso que tenemos a consideración involucra además un derecho de incidencia colectiva: el derecho a la protección del medio ambiente.

Los dos robles —elemento nuclear del *frama disordinada*— son simultáneamente objeto de dos derechos distintos: del derecho a la propiedad (derecho subjetivo del demandado), y del derecho a la protección del medio ambiente, respecto del cual el propietario tiene un interés directo. Es el derecho a la protección del medio ambiente el que entra en colisión con el derecho a la propiedad del actor.

De tal modo que un conflicto que aparentemente es sólo individual, aparece en razón del objeto del derecho cuestionado, revestido de una perspectiva pública, inusual en las repeticiones de soluciones de problemas dominiales. De acuerdo a la clasificación expuesta por el profesor Ricardo Lorenzelli (3), pueden identificarse los siguientes tipos de conflictos entre el derecho a la propiedad y el derecho a un medio ambiente sano:

* Ejercicio del derecho de propiedad lesiona bienes individuales como consecuencia de actividades ambientales dañosas: en estos supuestos, la persona o el patrimonio resultan dañados en forma indirecta como consecuencia del daño causado al medio ambiente por la actividad simplificada. Por ejemplo, cuando una fábrica contamina el aire con gases tóxicos provocando enfermedades a los vecinos.

* El ejercicio del derecho de propiedad lesiona la bien ambiental. El daño se sitúa a nivel de los bienes colectivos. Siguiendo el ejemplo anterior, esta sola contaminación produce una lesión al bien ambiental, con independencia del daño causado a los particulares.

* Lesión del derecho de propiedad como consecuencia de la protección ambiental. En este caso se restringen facultades inherentes al derecho de propiedad en miras de la tutela ambiental. Vgr. se imponen mediante la calificación por procedimientos administrativos de un bien ambiental deberes al propietario o se restringen las facultades que emanan de su derecho de dominio.

El caso en consideración, observado desde la perspectiva pretensional del actor, encuadra en el segundo tipo.

Todos estos conflictos constituyen ejemplos de lo que en la filosofía del derecho se denominan "casos difíciles". Un caso es difícil cuando los hechos y las normas rela-

vanos permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución" (4). Esto ocurre cuando:

— La norma aplicable es una "cláusula abierta".
— Son aplicables dos o más principios jurídicos en colisión.

— No hay ninguna norma aplicable, produciéndose una laguna legal.

— Hay una norma claramente pertinente, pero su aplicación al caso conlleva a resultados injustos.

El conflicto que nosotros traemos como hipótesis de análisis es un caso difícil porque consiste en una colisión entre principios jurídicos.

b) Caracterización de los derechos colisionarios

El derecho a la propiedad

El derecho de propiedad ha sido reconocido y fuertemente protegido a lo largo de toda la historia de la humanidad, constituyéndose en una piedra angular de las economías.

Es un derecho subjetivo perteneciente a la esfera privada, intransferible por aquel sector que, siendo individual, repercute en los demás surgiendo la necesidad de establecer un límite con las demás esferas privadas y la pública.

El derecho a la propiedad es un *derecho fundamental* de buena constitucional. Las normas fundaméntales se caracterizan porque consustituyen la base del sistema jurídico, cumpliendo como tales diversas funciones (5): preventiva, delimitativa del aspecto material del ordenamiento, generalizadora de otras normas, etc. entre las cuales se destaca su función en la *argumentación jurídica*: constituyen las bases de la argumentación que el juez tiene que realizar para fundar la decisión en un caso difícil. Son *críterios justificantes* de las decisiones judiciales. Se ubican en las fuentes de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico: Constitución Nacional, Tratados Internacionales y Constitucionales.

La propiedad privada ha tenido siempre, en nuestro ordenamiento, un doble régimen jurídico: constitucional y

(1) Véase fallo en comendado, autor: Quiñonez S.A. v. Mujica, José M. v.

(2) Lorenzelli, Ricardo, "El juez y las sentencias judiciales", 11 JURIS A 1039.

(3) Lorenzelli, Ricardo, "Reglas de solución de conflictos entre propietario y medio ambiente", LL 1999-A-1024.

(4) Rodríguez Césari, "La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin", Siglo del Hombre Editores.

(5) Lorenzelli, Ricardo, "Normas fundamentales del derecho privado", Ed. Rubinzal-Cruzán, Santa Fe, 1995, p. 228.

legal. Es decir que el sistema jurídico localizado en torno al derecho de propiedad está constituido por el siguiente material normativo:

a.- Normas fundaméntales

La Constitución Nacional de 1853 consagró en el art. 17 el derecho de propiedad —en consonancia con la ideología dominante—, recordando de garantías. Asimismo, los tratados internacionales hacen referencia a este derecho, aunque con matices diferenciales. La Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), dice: "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social" (art. 21), con lo cual se agrega un elemento normativo de jerarquía constitucional —principio explícito— que reconoce la limitación, en virtud del interés colectivo, al ejercicio del derecho individual de propiedad. Dicho estatuto constitucional ha sido modificado luego de la reforma del año 1994, que agregó la "función ambiental" (6). La función es una delegación que hace el Estado a los particulares, en razón de ser titulares de bienes con una tutela iustitucional, y que consiste en el establecimiento de una finalidad específica (seleccionaría por el constituyente en virtud del principio de alternabilidad y orientadora de todo el sistema jurídico por la fuente constitucional) e imposición de correlativos deberes y derechos en orden a su realización.

b.- Normas legales

Son las reglas jurídicas que conforman el orden público en materia del derecho real de dominio, determinando su naturaleza, contenido, limitaciones y restricciones y medios de tutela. Giran en torno de la cláusula abierta de los arts. 2513 y 2514 (7), complementada por el art. 1071 CC, que establece el carácter relativo del derecho e impone un ejercicio acorde con la finalidad que la ley tuvo en miras al reconocerlo, o con los principios que reconoce el ordenamiento jurídico y se oponen al valor libertad (buena fe, protección al medio ambiente, etc.). A estas menciones deben agregarse las leyes especiales, reglamentaciones, etc., que figuran aspectos parciales del derecho de dominio.

(6) El art. 41 CN, impone el deber de no contaminar, la obligación de recomponer, de resarcir y de no comprometer a las generaciones futuras.

(7) Art. 2513 CC: "Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, de disponer o servir de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular". Art. 2514 "El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo".

(8) Alianza, Manual y Ruiz Manero, Juan, "Sobre principios y reglas", Revista Donsa, p. 101.

(9) Ibidem.

(10) Alexy, Robert, "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, p. 86.

El derecho a la protección del medio ambiente

Es también un derecho fundamental reconocido en el art. 41 CN: "Todos los habitantes gozan del derecho a un medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales...". A nivel de derecho comunitario, el Tratado de Aunción preconiza que el desarrollo económico debe hacerse con la preservación del medio ambiente (art. 1). Dado que el bien jurídico amparado es de máxima protección, y que es un derecho de reconocimiento relativamente reciente (en comparación con la recepción jurídica del derecho de propiedad), está consagrado en las fuentes de mayor jerarquía del sistema y no tiene un desarrollo en los códigos. Por lo que a las normas fundamentales deben agregarse algunas leyes nacionales (ley de protección a la fauna, ley de residuos peligrosos, etc.), leyes provinciales y una gran cantidad de reglamentaciones municipales.

Desde el punto de vista estructural se un principio jurídico y en cuanto a su contenido un derecho a algo, entendiéndose que en este caso su objeto consiste en acciones positivas, tanto fácticas como normativas.

Una diferencia con el derecho de propiedad es su carácter colectivo, porque el bien jurídico es de incidencia colectiva, situándose en la esfera social.

No hay acuerdo dogmático en cuanto a la definición de bien ambiental.

Algunos autores optan por definiciones materiales, enumerativas en tres niveles de generalidad:

a.- Incluyen solamente los recursos naturales abióticos y bióticos (aire, agua, suelo, flora, fauna).

b.- Agregan los bienes del paisaje y los que componen la herencia cultural (bienes culturales) (11).

(11) Al respecto, De Miguel Perles en su obra "La responsabilidad civil por daños al medio ambiente" recepta una definición de medio ambiente que comprende los recursos naturales físicos y abióticos, los bienes que componen la herencia cultural y los aspectos característicos del paisaje (p. 93).

(12) Lorenzetti, Ricardo, "El conflicto...", ob. cit., n. 3.

(13) Lorenzetti, Ricardo, "Normas Fundamentales...", ob. cit., n. 5.

c.- Incorporan también todos los bienes necesarios para una adecuada calidad de vida (vivienda, etc.).

Otros (12) se inclinan por una definición formal y racional, que aprehenda el elemento organizacional inherente al medio ambiente, por ejemplo, la ley brasileña que dice que el medio ambiente es el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, química y biológicas que permiten regir la vida en todas sus formas.

Igualmente se distingue entre el *macrobien* (que puede ser objeto de la definición relacional anterior) y *microbien* que son sus partes (los elementos a partir de los cuales algunos autores construyen una definición material de medio ambiente: patrimonio natural, cultural e histórico).

Nuestros constituyentes han optado por la postura amplia (concordante con b). Nosotros seguimos esa concepción amplia por dos razones: por un lado porque consideramos difícil para el jurista la tarea de exclusión o inclusión por vía de una calificación *a priori*, de diversos bienes de la categoría de "bien ambiental". Pero —lo que es más importante— porque la existencia de una norma fundamental referida al tema ambiental hace que la protección de dicho bien deba ser lo más abarcativa posible, correspondiendo establecer las diferencias en los niveles inferiores y los límites en el desarrollo legal y jurisprudencial de dicha norma fundamental (notese aún la diferencia entre el concepto "constitucional" de propiedad y el concepto "legal" de dominio).

Resulta útil también para la solución del caso plantearlo la diferenciación entre macro y microbienes (los robles son microbienes).

El bien ambiental, concebido como macrobien, presenta los siguientes caracteres (13):

— Individualidad de los beneficios: ello trae como consecuencia la prohibición de la apropiación privada y la imposibilidad de que existan derechos subjetivos.

— Uso común.

— Principio de la no exclusión de beneficiarios: todo

los individuos tienen derecho al uso y no pueden ser ex-
cluidos.

— uso sustancial: el uso del bien debe ser hecho de
tal modo que no comprometa las posibilidades de otros
individuos y de las generaciones futuras.

— *status* normativo: la existencia de un bien colectivo
se identifica por su recepción normativa.

En orden a la pluralidad del derecho, puede ser indivi-
dual o colectiva.

En cuanto a su ejercicio, depende de si se trata de un
problema respecto del cual puede existir un interés difuso
(a la protección ambiental) y un derecho subjetivo (a la
propiedad) o de un macroderecho, que dada las caracte-
rísticas mencionadas anteriormente solo puede dar lugar a
un interés difuso.

En el caso planteado respecto de los robles existe un
derecho subjetivo de propiedad (por parte del demandan-
do) y un interés difuso a la protección al medio ambiente.

III. a) SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CASO

— Decisión de 1ª instancia: se rechaza la pretensión
del actor, por considerarse abusiva.

— Decisión de 2ª instancia: se desestimaron los agravios
del actor (falta del árbol), por considerarse la pretensión
excesiva, pero se ordena la poda de las ramas que inva-
dan el espacio aéreo del fondo vecino y la cura de los
árboles por especialistas a costa del demandado.

— Voto en disidencia: Se acoge la pretensión del actor,

Hipótesis de solución del conflicto

Las soluciones propuestas tienen una estrecha vincu-
lación con los distintos períodos que atraviesa el régimen
jurídico del derecho de propiedad y se enmarcan en pa-
radigmas del sistema jurídico también diferentes

a) 1. La solución del Código de Vélez

El conflicto halla su solución dentro del paradigma co-
dificante cuyas características surgen de un sistema tra-

(14) Orozco Pardo, Guillermo y Páez Alonso, Esteban, "La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico", *Mc
Graw Hill*, p. 11.

(15) *Ibidem*, p. 9.

(16) *Ibidem*, p. 9.

cional, apriorístico-declarativo, cerrado, cuyo material nor-
mativo consiste mayoritariamente en reglas.

El estatuto jurídico de la propiedad es el que Velázquez
en el Código Civil. En este paradigma, la solución tiene
base exclusivamente legal. No se enmarcan referencias
constitucionales más que en los casos de expropiación o
confiscación. El concepto veleziano de propiedad es ab-
soluta. El eje de todo el tema propiedad es su titularidad,
su atribución determinaba a un sujeto concreto (14).

El hacemos un análisis estructural del derecho de do-
minio, distinguiendo una zona central: el *statuto* a partir
del cual parten las facultades que componen el poder del
dominio, y una zona periférica referida a las partes de las
facultades que pueden ser comprindidas o limitadas (15),
contornos en que las únicas limitaciones a las facultades
que integran la zona periférica del derecho están dadas
por las normas correspondientes al capítulo "Restricciones
y límites al dominio", destinadas a compatibilizar el ejer-
cicio de los respectivos derechos de propiedad por las
vecinos. Es este el encaadre que debe darse al caso plan-
teado dentro de este paradigma, y bajo dicha concepción
de propiedad.

Hay una norma, que es una regla jurídica (art. 2628)
que dice que el propietario de una propiedad no puede tener
en ella árboles sino a distancia de tres metros de la línea
divisoria con el vecino y que constituye una limitación de
las facultades dominiales en consideración a las relacio-
nes de vecindad, "en razón de la proximidad de los pre-
dios para haber compatible su disfrute y evitar que deter-
minados usos de una finca perjudiquen el derecho de los
propietarios de las fincas próximas a distanciar de las su-
yas" (16). Hay una violación de la norma (falta del árbol)
por lo que corresponde accionar la pretensión del actor (falta
de los robles. El método para ampar a dicha condición
es el silogístico.

En esta línea se posiciona el voto de la minoría. "Co-
rresponde acoger la pretensión de la actora de que se
tallen dos robles existentes en el fondo vecino, si los mis-
mos se encuentran a distancia menor a la permitida por
el art. 2628".

b) 2. La solución después de la sanción de la ley 17.717

Conforme los cambios que el sistema jurídico experi-

menta, en virtud de las elecciones de nuestros legislado-
res, cambian las soluciones a los conflictos, a pesar de
que los datos fácticos no se alteran.

Con la sanción de la ley 17.717 se introduce en el sis-
tema jurídico (nuevo paradigma) sigue siendo codificante
el instituto del abuso de derecho consagrado en la norma
generada por el art. 1071 en su ítem específica para el dere-
cho de dominio.

El "abuso del derecho" es un concepto jurídico inde-
terminado que hace que la norma que lo consagra sea
una "cláusula abierta" (17).

Dicha técnica de exposición de la norma (que obedece
a la multiplicidad de circunstancias fácticas que condicio-
nan la aplicación de la norma y a la imposibilidad de su
aprehensión por el legislador) cambia la metodología a
través de la cual el juez debe llegar a la solución, ya no
alcanza con el silogismo jurídico, sino que es necesaria
la concretización, el "bienes" de dicha cláusula en el as-
pecto valorativo, lo cual se realiza con los principios jurí-
dicos que son fuente de los valores receptados por el or-
denamiento.

A las reglas jurídicas que ya imponían limitaciones al
titular del derecho debe agregarse esta nueva figura que
también restringe facultades de la zona periférica del de-
recho de dominio. Hasta ahora, las impositivas por vía
del orden público son solamente regulares (comprende
la esfera de actuación de ordenamiento facultades).

Los derechos —entre ellos la propiedad— son relativos,
dicho carácter constituye un límite externo al ejercicio del
derecho.

Se ha producido una mutación en el eje de la tendencia,
que pasa de la titularidad al ejercicio del derecho. El con-
cepto de "abuso" es un límite interno al ejercicio del dere-
cho, que se fija en la conducta del titular del mismo. El
ejercicio del derecho se reputa abusivo cuando contraria
los fines que el legislador tuvo en vistas al conferirlos, as-
cender cuando es contrario a la moral, a las buenas cos-
tumbres, al orden público. En este segundo momento el
concepto de orden público (como conjunto de principios
jurídicos correspondientes a la autonomía de la voluntad), se
utiliza para determinar el carácter abusivo o no del ejer-
cicio de un derecho.

Esto es lo que de acuerdo a nuestro criterio hace el
juez en su voto dictado del caso en segunda instancia:

(17) Una norma puede tener distinto tipo de indeterminaciones. En este caso la indeterminación es axiológica.

utiliza el principio de protección al medio ambiente, no
como un criterio directamente justificante de su decisión,
sino como un principio de carácter público que le permite
"censurar" la conducta abierta del abuso del derecho en este
caso. El ejercicio del derecho de propiedad del actor y
consecuentemente su funcionamiento jurisdiccional (pre-
sión) es abusivo si como consecuencia del mismo vulnera
el derecho al medio ambiente del cual no solo es titular el
demandado sino cada uno de los miembros de la colec-
tividad. Al respecto resulta significativo seguir la argu-
ción del juez cuyo voto es el núcleo de la sentencia. Re-
firiéndose al art. 2628 C.C.: "Entendiéndose en cuanto a la
flexibilidad que, por vía interpretativa se ha dado a esta
exigencia, puesto que no está en juego un derecho abso-
luto, corresponde preguntarse si la pretensión de la ta-
bla no es excesiva... Entiendo que sí". Y después sigue, para
fundar su conclusión, aludiendo al bien ambiental: "Se
trata de dos ejemplares de alrededor de cuarenta años,
datos de importante antigüedad... Los dos ejemplares
son elementos de un ecosistema, cumpliendo la función
vital de oxígeno al área... La Constitución Nacional ha
consagrado el derecho a un ambiente sano y al correlativo
deber de preservar el patrimonio natural".

c) Solución desde el paradigma de las normas funda-
mentales

Al adoptar este paradigma, se reinventan las caracte-
rísticas del sistema, ahora abierto, autorreferencial, in-
determinado-deductivo (se ve el caso a la regla y a la inversa),
no apriorístico, y con bases en las normas fundametales.

Identificado el caso como el de un conflicto de dere-
chos fundamentalmente, es necesario utilizar una meto-
dología que guíe la decisión acorde al tipo de conflicto pre-
sente.

Cuando dos principios entran en colisión (en ese caso
principio propiedad y principio protección medio ambien-
te) uno tiene que ceder ante el otro. Esto no significa que
se excluyan sino que lo que sucede es que bajo ciertas
circunstancias un principio prevalece al otro. Para estable-
cer cuál de los principios prima, es necesario hacer un
juicio de ponderación, es decir, determinar para el caso
concreto cuál es el principio que tiene mayor peso. La
solución de la colisión consiste en que, teniendo en cuen-
ta las circunstancias del caso, se establecen entre los
principios una relación de prelación condicionada. La
determinación de la relación de prelación condicionada
debe consistir en que, tomando en cuenta el caso, se indican
las condiciones bajo las cuales un principio prevalece al

otro. Bajo otras condiciones la cuestión de la prelación puede ser solucionada inversamente" (18).

En el caso dado el principio de protección a la propiedad privada y al medio ambiente tienen la misma jerarquía, al mismo peso considerado en abstracto. Sin embargo, teniendo en cuenta las condiciones bajo las cuales se plantea la colisión puede llegarse —mediante el juicio de ponderación— a establecer que un principio prima frente al otro y formular entonces una regla que decida el conflicto.

Para facilitar la determinación del principio que tiene mayor peso específico en el caso y que por lo tanto tiene que orientar la decisión del juzgador se establecen "ordenes blandos" de principios mediante preferencias *prima facie* en favor de determinados valores o principios (por ej., favor *libertatis* o preferencias de derechos extrapatrimoniales sobre los patrimoniales o de derechos públicos sobre los privados) y a través de una red de decisiones concretas de preferencias, con esto añadimos a un conjunto de fallos jurisprudenciales que coinciden en que bajo las mismas condiciones, un principio precede a otro.

El juicio de ponderación se realiza a través del seguimiento de pautas, que nosotros hemos sistematizado en dos grupos:

A) Pautas genéricas (para el tipo de conflicto)

1.— Regla de la solución menos lesiva o de la menor afectación de los derechos inconstitucionales

Esta regla exige la búsqueda de la alternativa menos afectiva de un derecho fundamental. Si se puede encontrar una solución que permita el cumplimiento de una norma fundamental sin una afectación de otro del mismo rango, debe optarse por ella; si no puede evitarse la afectación, ésta debe ser la menos lesiva posible.

2.— Regla de proporcionalidad

Robert Alexy, la formula de la siguiente manera "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".

3.— Consideración de argumentos empíricos referidos a las peculiaridades del objeto de la decisión y las conse-

(18) Alexy, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, p. 92.

(19) *Ibidem*, 10, p. 101.

(20) *Ibidem*, 348 y ss.

cuencias de las posibles decisiones, a los efectos de determinar el valor de cada principio en el caso concreto. En este supuesto, por ejemplo, deben tenerse en cuenta las características de la especie "robles", para así establecer el grado de afectación que produciría su tala.

B) Pautas específicas (dependen del tipo de derecho en colisión)

1.— Distribución de la carga de la argumentación

"El carácter *prima facie* de los principios puede reforzarse introduciendo una carga de argumentación en favor de determinados tipos de principios" (19).

Esto no quiere decir que dejem de funcionar como tales en la argumentación, sino que en caso de duda, o cuando se den razones igualmente buenas debe preferirse uno sobre el otro.

Esta pauta supone como tarea previa, la calificación de los derechos en juego.

En esta línea consideramos útil la aplicación de la llamada "teoría de las esferas" (20). Dicho marco teórico permite establecer delimitaciones entre los conflictos, distinguiendo tres esferas: la íntima, que es el ámbito de máxima protección jurídica (art. 19 CN.); la privada, integrada por todas aquellas acciones que siendo individuales repercuten sobre los demás, donde la regla de solución de colisiones es la de la reciprocidad y la esfera pública o social, que comprende los actos que el individuo realiza en el medio social, y donde la protección es menor, porque tienen prioridad los bienes públicos.

El conflicto entre el bien ambiental y la propiedad se sitúa en la esfera social, donde para algunos autores, tiene primacía el bien social.

Para nosotros, la ubicación del conflicto propiedad-derecho ambiental en la esfera social determina, no una opción definitiva por el bien social, sino una distribución de la carga de la argumentación en favor del bien colectivo y en contra del individual.

2.— Protección especialmente fuerte de ciertos derechos

Hay algunos derechos que por la índole del bien jur-

dico que resguardan, tienen una protección más fuerte que el resto de los derechos fundamentales, lo cual hace que las reglas genéricas, como el principio de la menor afectación, se apliquen con mayor rigidez, y que se incline la carga de la argumentación en contra de quien quiere restringirlos. El derecho a la protección al medio ambiente es una clase de ellos. Esto se refleja en la construcción de una regla de ciertos instrumentos como "el principio de prevención", o en la mayor rigurosidad en la aplicación de conceptos tales como el de "tolerabilidad" (21).

El juicio de ponderación que, de acuerdo a estas pautas, corresponde a este caso particular es el siguiente:

a) Los derechos en colisión son uno de naturaleza pública—derecho a la protección ambiental— y otro de naturaleza privada—derecho de propiedad—, lo que determina que la distribución de la carga de la argumentación se incline en favor del derecho público, de conformidad con la regla que antes explicábamos.

Es decir, que el actor para resultar victorioso, debió dar razones de mayor peso en favor de su derecho de propiedad que desvirtuaran la preferencia (blanda) que —por vía de la distribución de la carga probatoria— se establece en favor del derecho ambiental; lo cual no hizo.

b) El derecho a la protección ambiental recibe una protección especialmente fuerte por parte del ordenamiento, lo que hace que, como lo mencionamos anteriormente, las afectaciones aceptables sean mínimas.

c) En cuanto a los datos fácticos que debían guiar la ponderación entre los derechos en juego, es menester recurrir a la información que nos suministra la lectura del fallo y a las enseñanzas de la biología y la ecología.

Los robles "son ejemplares de alrededor de cuarenta años, dotados de importante envergadura, que existen en el predio con anterioridad a la construcción tanto del inmueble como de la planta de natación del actor... Son elementos de un ecosistema que cumplen la función vital de oxigenar el área, dar hábitat a otras especies, y hacen su aporte para el recreo espiritual del ser humano al amparo de no poner en peligro la integridad de personas ni de bienes".

Es un árbol de crecimiento lento —que necesita alrede-

(21) La idea de tolerabilidad como concepto significa que en la práctica lo que debe ser soportado no son daños sino meras incomodidades ya que en materia de medio ambiente no hay contaminación suficiente, no contaminación sin gravedad". De Miguel Parales, Carlos, "La responsabilidad civil por daños al medio ambiente", p. 142.

(22) Parosi, Lorenzo, "Enciclopedia argentina de agricultura y ganadería".

dor de treinta años para alcanzar la adultez— originario del continente europeo (22). En la clasificación que hace la ecología, se encuentra entre los recursos naturales renovables a largo plazo.

d) Cabe también agregar que los robles son objeto de un derecho subjetivo de dominio, lo que genera la necesidad de coordinar la protección de los mismos, con el ejercicio de las facultades del titular.

La consagración constitucional de la "función ambiental" ha impuesto una redefinición del contenido del derecho de dominio en los casos en que el objeto del mismo pertenece a la categoría de bien ambiental, más aún cuando se trata de microbienes como en este supuesto. Esto produce una ampliación de la esfera perniciosa del derecho a través de imposición de deberes que emanan directamente de las normas fundamentales (art. 41 CN.) y tales como el de preservar el medio ambiente, el de no contaminar, el de hacer un uso sustentable, recomponer, etc. En el fallo en cuestión se ordena al titular de los robles intentar su cura, lo que refleja la existencia de dicho deber de preservación.

e) La aplicación de la pauta genérica de la "menor afectación de los derechos fundamentales", conduce a evitar que, si bien en el caso, las reglas específicas otorgan la preferencia condicionada al derecho del medio ambiente sano, se lesione el derecho de la propiedad más allá de lo necesario. Esta pauta puede extraerse del voto decisor del caso: "resulta adecuado a las circunstancias del caso, disponer la poda de los robles del fundo vecino en toda su extensión que invaden el espacio aéreo del fundo del actor... Como lo indica el origen de la vida, antes de su tala lisa y llana corresponde en primer lugar intentar su cura e imponer al demandado la condena a realizar la misma".

f) Vinculada con la regla anterior se encuentra la regla de proporcionalidad, que en el caso que tratamos también resulta acogida, porque la afectación del derecho de propiedad es proporcional a la mayor satisfacción del derecho ambiental, llegándose de esta manera al "justo equilibrio" entre los principios en pugna. "Pudiéndose dar solución al interés de la actora en lo que a la invasión de su espacio aéreo se refiere mediante la poda de los robles... resulta inadecuado insistir en pretender su tala...".

En conclusión, la solución a la que nosotros ambamos es coincidente con la decisión del Jefe, pero los materiales jurídicos utilizados y fundamentados, la metodología empleada -Julio de pomaraceri- difiere.

La opción de la argumentación sustancialmente tiene el valor de -enunciar adecuadamente el conflicto -razonar todos los derechos en colisión -dar una base más firme, por la jerarquía constitucional de los criterios justificadas a la sentencia, y proporcionar certeza a la decisión judicial.

* * *

DERECHOS Y GARANTÍAS: Non bis in idem - Principios de progresividad y preclusión - Multitud no atribuible al imputado - Celebración de nuevo juicio

1 - Si bien los pronunciamientos que decretan nulidades procesales no son, como principio, sentencia definitiva, cabe hacer excepción a esa regla general en la medida en que, sobre la base de consideraciones fideles insustanciales, se hayan dejado sin efecto actuaciones regularmente realizadas en un juicio criminal y el apelante haya invocado la garantía de no ser sometido nuevamente a proceso penal por el mismo hecho.

2 - Es admisible el recurso extraordinario si se ha puesto en tela de juicio el alcance que corresponde asignar a las cláusulas constitucionales de la defensa en juicio, del debido proceso adjetivo y de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y la interpretación efectuada ha sido contraria a las previsiones que el recurrente fundó en ellas.

3 - El principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando de ese modo que los procesos se prolonguen indefinidamente.

4 - El principio de progresividad como el de preclusión, obran en el imperativo de satisfacer una dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de ha-

ber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación ante la ley penal.

5 - Los principios de progresividad y de preclusión, que obran a la posibilidad de retrogradación del proceso, son aplicables en la medida en que, además de haberse observado las formas esenciales del juicio, la nulidad declarada no sea consecuencia de una conducta atribuible al procesado.

6 - Los preceptos adjetivos se presumen sancionados en salvaguarda de los derechos fundamentales de los justiciables contenidos en los mandatos de la Constitución Nacional.

7 - La garantía del debido proceso, en la que se integra la del juez natural determinado por las normas sobre competencia, ha sido consagrada fundamentalmente en favor del acusado, por lo que no es válido recurrir al argumento de la incompetencia para adoptar una decisión que importe someterlo nuevamente a juicio.

8 - La garantía del non bis in idem no solo veda la aplicación de la segunda para por un mismo hecho ya penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho.

9 - La garantía del non bis in idem tiene vigencia para el imputado a partir de que éste adquiere el derecho a que se lo declare culpable o inocente del hecho por el que se lo acusa, siempre, claro está, que se hayan observado las formas esenciales del juicio y la causa que determine uno nuevo no le sea imputable.

10 - Constituyen sentencia definitiva las resoluciones cuya consecuencia es el continuar sometido a proceso penal, en los casos en que el recurso extraordinario se dirige a asegurar la vigencia del non bis in idem -Del voto del Dr. Petracchi-.

11 - Si la opción procesal escogida por el fiscal hacia depender la declaración de incompetencia de una cuestión fáctica, establecer la existencia de preclusión, una vez abierto el debate la determinación de dicho elemento del tipo quedaba en manos del juez del hecho -Del voto del Dr. Petracchi-.

12 - En nada conculca la validez del debate que,

no obstante que razones de economía procesal lo tornaban aconsejable que el representante del Ministerio Público se hubiese inclinado por subsistir el hecho en el tipo penal cuyo conocimiento recaía en el juez con la competencia material más amplia, dicho representante no lo hubiera hecho -Del voto del Dr. Petracchi-.

13 - No ocasiona una nulidad absoluta por quebrantamiento de las reglas de competencia, y por ende, de la garantía del juez natural, que el Tribunal con competencia menor haya sido el que estableciera que la configuración fáctica del hecho determinaba que quedara sometido a su conocimiento -Del voto del Dr. Petracchi-.

14 - El proceso penal se integra con una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o de condena, y por ello cada una de esas etapas constituye el presupuesto necesario de la que le sigue, en tal medida que no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que le suceden -Del voto del Dr. Petracchi-.

15 - El respeto de la defensa en juicio supone la observancia de las formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia -Del voto del Dr. Petracchi-.

16 - El principio de progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, pues la preclusión protege aquellos actos que han sido cumplidos respetando las formas que la ley establece -Del voto del Dr. Petracchi-.

17 - La nulidad decretada no respondió a la inobservancia de las formas sustanciales del proceso, sino al intento del representante del Ministerio Público de corregir un error funcional propio a expensas del derecho del imputado a procurar y obtener un pronunciamiento que defina su situación, si el debate se anuló por considerarse que el juez debió declararse incompetente frente a la posibilidad de que el hecho descrito en la requisitoria admitiera una calificación legal más grave, como la propuesta por el Ministerio Público, y cuyo conocimiento no correspondía a la justicia correccional -Del voto del Dr. Petracchi-.

18 - Frustró la vigencia de la garantía constitucional de defensa en juicio la decisión que anuló la

sentencia absolutoria y el declaró procedente, reabriendo el debate sobre una cuestión que ya quedó válidamente resuelta, obligando al imputado a enfrentar nuevamente un juicio, a pesar de que ya se había decidido que el hecho que se le atribuía no había producido el perjuicio propio de la administración fraudulenta ni configuraba el delito de violación de los deberes de funcionario público -Del voto del Dr. Petracchi-.

19 - La alegación de que una decisión judicial ha violado la garantía constitucional contra la doble persecución penal habilita la instancia extraordinaria, pues ese derecho federal solo es susceptible de tutela inmediata -Del voto del Dr. Boggianno-.

20 - La garantía constitucional del non bis in idem protege a los individuos contra la doble persecución por un mismo hecho sin importar los diversos encuadramientos que se puedan aducir respecto de aquel -Del voto del Dr. Boggianno-.

21 - Dado reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada en el art. 18 CN, el derecho de todo imputado a obtener, luego de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que defina su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal -Del voto del Dr. Boggianno-.

22 - Tiene rango constitucional el principio por el cual se veda la aplicación de una segunda pena por un hecho ya penado y el riesgo de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo ha sido por el mismo hecho -Del voto del Dr. Vázquez-.

23 - No toda nulidad decretada por vicios esenciales en el procedimiento implica violación del principio del non bis in idem, ya que de ser así, la sanción procesal caería de todo sentido, en tanto jamás se podría condenar al imputado sin lesión de aquel -Del voto del Dr. Vázquez-.

J.L.A.

CORTE SUP. 15/10/98 - Polak, Federico G.

Buenos Aires, octubre 15 de 1998. - Considerando: 1. Que contra el pronunciamiento del Sup. Trib. de Just. de la Prov. de Rio Negro que anuló la sentencia absolutoria y al debate precedente, reabrió en el juicio correccional seguido a Federico