

Comisión n° 12, Interdisciplinaria: “Derechos e intereses de incidencia colectiva”

RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR CON OTRAS RESPONSABILIDADES CIVILES

Autor: Manuel Alberto Pizarro*

Resumen

El derecho ambiental de carácter invasivo, transversal, ha replanteado y modificado con un verdadero giro copernicano la concepción del daño.

El concepto del daño ambiental si bien reconoce el tronco común del daño en general lo conceptualiza como una alteración relevante que modifica negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

La diferencia es clave como lo es también el factor atributivo de responsabilidad ya que en el daño colectivo ambiental es siempre objetivo.

El riesgo potencial que la actividad pueda ocasionar al ambiente es elemento integrante del factor objetivo de atribución de la responsabilidad por daño ambiental.

Invito pues a compartir, debatir y reflexionar sobre estos conceptos.

I. Introducción

Sin lugar a dudas, una de las mayores atenciones que al ciudadano concita por estos días es la interrelación con sus semejantes, con el resto de los seres vivos y con el entorno en el cual se desarrolla la vida.

Entre una de las nociones básicas con las que convive la sociedad actual y que adquiere día a día a través de la educación formal o informal o del conocimiento inmediato del deterioro progresivo del ambiente, se encuentra el denominado daño ambiental, sin embargo es necesario definirlo y fundamentalmente conocer principios de la denominada política ambiental que lo informan.

Establecido lo anterior, el desarrollo del tema planteado en la presente ponencia nos lleva a considerar tres ejes fundamentales que nos permitirán arribar a un somero análisis, a un delineamiento grueso, sobre la responsabilidad por daño ambiental y el principio de precaución como elemento diferenciador con otras responsabilidades civiles.

II. Desarrollo

* Profesor Adjunto por Concurso y Responsable de Cátedra. Recursos Naturales Régimen Jurídico – Facultad de Ciencias Jurídicas – Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”.

A. De la definición del Derecho Ambiental a la responsabilidad por daño ambiental.

El primer eje de la presente ponencia está basado en recordar cual es la definición acerca de lo que entendemos como Derecho Ambiental y dentro de éste el denominado Derecho Ambiental Constitucional.

En materia de definiciones de derecho ambiental hay variadas en su mayoría uniformes pero también las hay también discordantes, por eso particularmente me he inclinado y decidido, sin desconocer la entidad y enjundia mayor o menor de las definiciones de los doctrinarios del derecho ambiental, por describir al derecho ambiental desde lo que considero como la palabra del pueblo, representado en su máxima expresión ciudadana y democrática por sus representantes cuando ejercen el poder constituyente originario o derivado y lo plasman en el texto constitucional.

Adscribo entonces decididamente a la definición del art. 41 de la Constitucional Nacional reformada en el año 1994: “...*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente, sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer de las generaciones futuras y tienen el deber de preservarlo...*”.

El derecho ambiental forma parte de esos derechos que algún sector de la doctrina ha denominado derechos de tercera generación o como bien define nuestra carta magna derechos de incidencia colectiva.

Recuérdese brevemente la existencia de los derechos de primera generación a los derechos básicos y personalísimos a la vida, a la libertad, a la identidad; o por caso los derechos de segunda generación denominados políticos, sociales, económicos, culturales; y así arribamos al concepto de los derechos de tercera generación el de los usuarios y consumidores, el de la competencia, el derecho ambiental, los denominados derechos difusos, entre otros.

A la par este derecho, también resulta necesario enfatizar, no es omnímodo sino que también implica deberes como desarrollaremos seguidamente.

Es tal la naturaleza compleja y abarcativa del Derecho ambiental que ese derecho se le reconoce a un nuevo sujeto de derecho que aún no existe como tal, que aún no ha nacido, que viene crear un giro copernicano al derecho civil clásico y que son las denominadas generaciones futuras, nótese que ni siquiera estamos hablando de personas que encontrándose concebidas el derecho civil les reconoce los derechos de las personas por nacer supeditado a los derechos del nasciturus.

Es que las generaciones futuras se ubican en un espacio temporal en el cual lo único que está definido es que sucederá en el futuro, éste nuevo sujeto de derecho, como centro de imputación de nomás al decir del recordado jurista Carlos Cossio, reconoce tal entidad desde el mismo enunciado del art. 41 de la CN: “...*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente, sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer de las generaciones futuras y tienen el deber de preservarlo...*”.

Y aquí me permito introducir una pequeña digresión, y es que en las diferentes charlas que tenido la oportunidad de dar, o en artículos que he escrito y en el ámbito de mi cátedra siempre he dejado a modo de reflexión la siguiente pregunta: al no especificar parámetros de tiempos, ni alcances e introducir el art. 41 de la CN las generaciones futuras y los principios de equidad intergeneracional y de solidaridad de la Ley General

del Ambiente; este derecho, esa manda de utilización racional de los recursos naturales que se nos impone ¿pertenece solo a generaciones futuras de habitantes de la Nación Argentina o puede ser más amplia?, enfatizo ello pues la Constitución en su texto no lo distingue.

Desde el otro costado bifronte, surge normado el deber de preservar el ambiente, el cual se impone a los habitantes a partir del citado art. 41 de la CN, dimanada también de la Ley General del ambiente, de las denominadas leyes de presupuestos mínimos: por caso la de gestión integral del agua, la de protección de bosques, la ley de protección de glaciares y periglaciares.

Y aquí cabe hacer una afirmación del Derecho Constitucional Ambiental especialmente en los arts. 41 y 43 de la CN, dimanada el sistema de responsabilidad por daño ambiental.

B. El sistema de responsabilidad por daño ambiental

Dicho lo anterior, y ya adentrado al segundo eje de esta ponencia, abordaremos el eje de la responsabilidad por daño ambiental, para lo cual habrá de recordarse que justamente esa dimensión de la responsabilidad esta consagrada en el mismo texto constitucional, en el art. 41 cuando dispone: “...*El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley...*”.

Y es valido recordar una vez más que ha sido la CSJN la cual en el *leading case* “Mendoza, Beatriz” la que ha dejado sentado que: “...*El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994...*”.

Esta operatividad del derecho ambiental y de la obligación de resarcir el daño ambiental, sigue la doctrina que en tal sentido el tribunal cimero de la nación ha acuñado desde el Fallo *Siri* –más allá claro está de la naturaleza de la garantía individual afectada que trato el fallo-, basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente.

Sin embargo aquí hago una salvedad antes de avanzar, pues no desconozco que existe un corriente doctrinaria integrada por juristas de notable enjundia que no participan del criterio de considerar al daño ambiental como una parte del derecho de daños en general.

Quienes adscriben a ésta corriente de la doctrina, ponen el acento en afirmar que las reglas de la responsabilidad civil reconocen una naturaleza individualista y economicista y nada tienen que hacer en el campo de la responsabilidad colectiva ambiental.

Particularmente dejo sentada mi humilde disidencia con esta parte de la doctrina y adscribo decididamente a otra gran parte de los juristas y doctrinarios del derecho ambiental, que partiendo de una idea de ver a la naturaleza como un todo partimos de la idea de entorno o medio ambiente en el cual coexisten de manera armónica: el ser humano, las comunidades, el resto de los seres vivos, los recursos naturales, el patrimonio cultural y arquitectónico, etc.

Lo cierto es que si entiendo que desde el ensayo que pretendo compartir acerca de la teoría del derecho clásico daños que todos conocemos, se impone una mirada mas adecuada a la realidad del daño ambiental y de la legislación específica que la rige la cual con base además en normas del Código Civil, que aún se encuentra vigente, especialmente los arts. 1109, 1113, 2499, 2618, artículos que entre otros ha armonizado el sistema de responsabilidad civil por daño con el sistema de responsabilidad por daño al ambiente.

1) Concepto de Daño Ambiental

No podemos avanzar en la ponencia sino no nos preguntamos y respondemos al interrogante ¿Cuál es el concepto de daño ambiental ?.

En el derecho comparado latinoamericano, la República de Chile o la República Dominicana por caso, el daño ambiental está definido como toda pérdida, menoscabo o disminución que se infiera al medio ambiente. Del mismo modo, con mayor o menor profundidad, así lo definen la legislación de la República Federativa de Brasil y la República de Perú.

Por mi parte, sin temor a pecar de defensor a ultranza de la normativa nacional, tengo para mí que en este punto la definición más completa y sistémica es que la establece el art. 27 de la Ley General del Ambiente de nuestro país.

Allí se define el daño ambiental como: “... *toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos...*”.

¿Por qué afirmo que ésta es la definición más completa y sistémica?, entiendo que ello es así pues el citado art. 27 de la LGA define claramente el daño ambiental como una consecuencia de hechos o actos lícitos o ilícitos, con detrimento, no sólo del medio ambiente en su conjunto, daño ecológico, a sus recursos, al patrimonio natural, que afecta el agua, aire, suelo, fauna, flora, pero además aquel menoscabo que recae en los "bienes o valores colectivos"; incluyendo de esta forma también al *patrimonio cultural*, al decir de la reconocida jurista mendocina Aida Kemelmajer de Carlucci la denominada herencia cultural.

A la par se presenta la necesidad de precisar el concepto de daño relevante al ambiente; por ello se requiere del auxilio de otras ciencias para evaluar la magnitud del daño, se requiere de una necesaria interdisciplina, se requiere del manejo de estándares tolerables, con una similitud del concepto normal tolerancia que contiene el art. 2618 del CC en materia de las denominadas inmisiones inmateriales.

2) Daño individual ambiental y Daño Colectivo Ambiental

Despejado ello, nos queda determinar cual es la normativa aplicable frente al daño ambiental individual y frente al daño ambiental colectivo o por caso cuando se presentan como negativos y relevantes estos dos tipos de daño por una causa o concausa común.

Para una gran parte de la doctrina, si nos enfrentamos al daño ambiental individual, el que se liquida a favor de la persona dañada, se rige, en principio por los artículos 2618 y 1113 del Código Civil.

Obviamente, cuando la culpa está probada también se aplica el artículo 1109, desde que según esta norma “...todo el que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio...”.

De ello concluyen en que si existe daño individual ambiental la normativa a aplicar es la regulada por del código civil y si es colectivo el daño se aplica la Ley General del Ambiente excluyendo una de otras ambas normativas.

En efecto no solamente en gran parte de los casos se presentan por diferentes causas daños al ambiente en general y a la par daños al patrimonio individual de las personas que en ese lugar del impacto negativo y relevante sufren ese daño; sino que la misma ley general del ambiente prevé al tratar el tema legitimación en materia ambiental la legitimación individual al normar esta en el artículo 30 dispone que ante la producción del daño ambiental colectivo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho acaecido en su jurisdicción.

Y fíjense que interesante, la misma LGA otorga una legitimación especial, fáctica a favor de la sociedad, específicamente dice el art. 31: “...Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad...”, ello sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable.

3) Factor atributivo de la responsabilidad por daño ambiental

Para no extenderme en demasía en la presente ponencia solo voy a recordar que otra de las características esenciales del daño ambiental es el factor atributivo de responsabilidad, el cual bien podemos decir que siempre es objetivo, responde al principio contaminador pagador.

Ahora bien también habrá de decirse que el concepto contaminado-pagador no debe quedar exclusivamente reducido a una cuestión de pura capacidad económica ya que de ser ello así, se llegaría al absurdo de admitir que quien tenga esa capacidad (merced a la obtención de sustanciales ganancias) siga contaminando total puede pagar

Es por ello, que el concepto clave que desarrollaré seguidamente se presenta a partir de que se presenta a mi juicio en el ámbito de la preexistencia del daño o su manifestación concreta, el umbral del concepto de que quien crea el riesgo al ambiente y una vez producido el daño éste debe pagar.

Y no es acaso este factor de responsabilidad objetiva el que receipta el citado art. 2618 del CC, o los principios que dimanen de la responsabilidad civil extracontractual o por caso el supuesto del art. 1113 segundo párrafo del código de fondo creado a partir del denominado riesgo de la cosa.

4) La reparación del daño ambiental

De lo anterior y con basamento en el art. 41 de la CN y en la legislación específica se sigue que en materia de responsabilidad por daño ambiental, tiene una enorme prevalencia la prevención sobre la reparación.

Y aun cuando esta prevalencia no resulte del todo ajena a la moderna corriente doctrinaria en materia de responsabilidad civil con institutos tales como las tutelas inhibitorias o las multas civiles, lo cierto es que en materia ambiental el *operar ex ante es la regla* ya que acaecido el daño la reparación del perjuicio es de casi imposible reparación.

Desde el enunciado mismo del art. 41 de la CN se establece que: “...*el daño ambiental genera prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley...*”, mientras que la Ley General del Ambiente en su art. 28 específicamente contiene el factor de atribución objetivo de responsabilidad por daño ambiental al referir: “...*El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción...*”.

Esto tiene como consecuencia la preferencia a la reparación *in natura o in pistrinum* del derecho español por sobre la reparación en especie.

Esa vuelta o reposición de las cosas al estado anterior, ha sido abordada en la profunda obra del tratado de responsabilidad civil de autoría y pluma de los Dres. Trigo Represas y del Dr. López Mesa, para estos dos preclaros autores esa reposición con fundamento en los arts. 1083 y 1113 debe estar contenida en el art. 2618 del CC es decir en la vuelta a la normal tolerancia.

Aquí ante esta particular situación, en materia jurisprudencial se ha abierto un interesante campo, primigenio pero que puede abrirse camino hacia la denominada *compensación por sustitución de obras*, es decir el juez ordena, previa determinación de necesidades, que obra beneficiosa para el medio ambiente debe construir el responsable del daño para compensar de esta manera el daño irreparable que ha causado al ambiente.

Entonces a modo de síntesis puedo decir que a mi juicio la reparación del daño ambiental reconoce como orden prioridad una naturaleza preventiva, precautoria, de recomposición, compensatoria y por último indemnizatoria.

C. El Principio Precautorio

Por último, habré sucintamente de referir el tercer eje que he propuesto desarrollar en esta ponencia, y es el análisis del principio o instituto propio del derecho ambiental que se erige como elemento diferenciador con las responsabilidades civiles, ese principio es el denominado precautorio o de precaución.

¿Qué es un principio?, mejor formulada la pregunta, cuando un enunciado, un postulado, una afirmación, aun aquellas con notas distintivas de proposición (es decir un hacer, un no hacer o un dejar hacer o un no dejar hacer en tales o cuales circunstancias) puede considerarse un principio.

Los principios sirven como criterio orientador del derecho para el operador jurídico, en si representan el soporte básico del ordenamiento, en la caso ambiental, y prestan a éste su verdadera significación, son diques de contención dentro, enmarcados o contenidos en esos límites.

Asistimos hoy, a una verdadera tragedia de los bienes colectivos, bienes conceptualizados como colectivos cuando aquellos son de todos cuando me debo servir de ellos y aquellos que no son de nadie –o al menos míos- cuando debo cuidar de ellos.

Desde ya no es mi intención el que quede la idea de un panorama sombrío o de falta de esperanzas, celebremos que haya legislación tuitiva del medio ambiente y sobre todo

conciencia de su necesidad desde la sociedad, pero tal vez, y aclaro es mi idea, sea hora de pensar, de discutir, de crear, un sistema de codificación uniforme de aquellas normativas, que en no pocos casos el sistema de legislación de presupuestos mínimos de raigambre constitucional ha logrado y que la ley general del ambiente 25.675 ha consagrado en el denominado principio de congruencia.

A mi humilde entender la codificación según mi idea puede contener al derecho ambiental, ya que éste posee: método propio, principios, valores, instituciones, y amplia recepción doctrinaria y jurisprudencial.

Sintetizo la idea que intento delinear diciendo que no nos debe llamar la atención la presencia y la categorización como tal de los principios, ya que hemos aprendido desde el estudio de la instituciones del derecho romano, la existencia de los denominados principios generales del derecho, a los cuales puede y debe recurrir el magistrado ante silencio u oscuridad de la norma estándole vedado la excusa de no juzgamiento por ausencia de aquella.

Los principios entonces son las señales colocadas previamente en el camino que debe transitar el proceso y que indican a modo guía el camino a seguir por el Juez ante la incertidumbre del camino a seguir.

Sentado lo anterior y en relación al principio precautorio, habré de recordar que la doctrina internacional lo ubica como derivado del denominado *Vorsorgeprinzip* en el campo del derecho alemán del medio ambiente hacia el año 1971, cuya traducción más exacta lo acerca a la denominada planificación preventiva, con reminiscencias y doctrina alemana y estadounidense de los años setenta basadas en cláusulas que exigen el estudio de impacto ambiental y el análisis de riesgos.

Luego este principio se delinea en la conferencia de Estocolmo del año 1972 y en sucesiva normativa derivada hasta que se consagra enunciarse en el art. 15 de la Declaración de Río de Janeiro del año 1992 que específicamente lo define como "*...Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente...*".

Acá me detengo y hago una aclaración puesto que el art. 4 de la LGA de nuestro país asegura aún una mayor tutela ambiental eficaz ya que el principio precautorio en nuestra legislación también contempla a la falta de información y a la certeza científica y a diferencia de la conferencia de Río que centra al principio exclusivamente en la falta de certeza científica con el adjetivo calificativo de absoluta.

Es más el art. 396 de la Constitución de la República del Ecuador, sancionada en el año 2008, ha constitucionalizado el principio de precaución mediante la siguiente formulación: "*...El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas...*".

Por ello no cabe más que coincidir con la acertada definición de Néstor Cafferata quien al referirse al principio precautorio dice que Hoy, ese principio tiene en el derecho continental, en el comow low y fundamentalmente en el derecho latinoamericano "carta de ciudadanía propia".

Y es justamente el principio precautorio una de esas ventanas que el ordenamiento jurídico abre al Juez como referí anteriormente a modo de guía para la aplicación de

este principio basado en la duda ante el acaecimiento de un daño ambiental grave e irreversible.

1) Los principios de prevención y precautorio como elementos de la responsabilidad civil y la responsabilidad por daño ambiental.

Para poder contextualizar el eje central de la presente ponencia referido a la singularidad con que el principio precautorio ha redefinido la naturaleza jurídica de la responsabilidad por daño ambiental diferenciándola a su vez del resto de las responsabilidades civiles, se hace necesario recordar otro de los principios de la política ambiental –tal cual el *nomen iuris* que el art. 4 de la Ley 25.675 le acuerda a los principios- y me estoy refiriendo al principio de prevención.

En relación al principio de prevención de la Ley General del Ambiente en cuanto dispone: “... *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...*”.

Y nótese entonces la diferencia entre estos principios, así la Ley General del Ambiente en el art. 4 enuncia el principio precautorio dispone que: “...*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...*”.

Es que el principio precautorio tiene como consecuencia para el derecho de daños una modificación sustancial al régimen de responsabilidad civil, un nuevo fundamento que avanza por sobre función preventiva o el principio preventivo, y lo hace pues el fundamento del principio precautorio es la *neutralización de amenazantes* riesgos de daños, por así decirlo en un todo principio precautorio atrapa el riesgo.

Y aquí subyace justamente el elemento diferenciador de la responsabilidad por daños ambiental informada particularmente por el principio precautorio respecto de la demás responsabilidades civiles informadas particularmente por el principio de prevención.

Isidoro Godelnberg ha sostenido que en lo sustancial a partir de la receptación del principio precautorio se instaura una nueva dimensión tutelar del instituto de la responsabilidad civil, ya que se trata de asegurar que los riesgos no puedan ocasionar efectos calamitosos.

Ello así pues, mientras la prevención opera en el campo de certeza y de la posibilidad, la precaución opera en el campo de la incerteza, y ante ella y aún cuando no coincida con un alto grado de probabilidad, opta tutelarmente por evitar el riesgo que pudiera ocasionar la consumación de un daño grave e irreparable.

El riesgo potencial que la actividad a emprender pueda ocasionar al ambiente es elemento integrante del factor objetivo de atribución de la responsabilidad por daño ambiental y la responsabilidad se concreta y define una vez acaecido el daño.

Es que el principio precautorio opera *ex –ante* y se basa en la teoría del riesgo, y es justamente el riesgo que en su determinación cede ante la posibilidad que de producirse el daño cuando éste pueda ser irreparable.

El principio precautorio, o de cautela o precautelatorio como con certeza lo define la Republica del Paraguay en su Ley de Política Ambiental Nacional reconoce tres elementos propios y distintivos de la precaución: incertidumbre científica, evaluación del riesgo ambiental y nivel de gravedad del daño esto es que sea grave e irreversible.

A esos tres elementos debe agregarse la exigencia de proporcionalidad es decir el costo económico social de la medida a adoptar y otro aspecto no menor que es la inversión de la carga de la prueba en cabeza de quien eventualmente resulte el que pueda causar el daño al ambiente.

En el trascendental fallo la CSJN del año 2009, en la causa “Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo” la corte dejó expresamente sentado que “...*La aplicación del principio precautorio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras...*”.

2) Receptación de los principios de prevención y precautorio en el Código Civil y Comercial Argentino.

La presente ponencia quedaría un tanto inconclusa sino me refiriera aun cuando sea someramente al Código Civil y Comercial de la República el cual como es sabido entro en reciente vigencia a partir del mes de Agosto de este año, y aquí a mi juicio se han consagrado ambos principios en el texto del código de fondo.

En efecto el art. 1710 del CCyCOM bajo el *nomen iuris* “*Deber de prevención del daño*”, introduce a mi entender decididamente el principio de prevención, en efecto el citado artículo dispone: “...*Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa y c) no agravar el daño, si ya se produjo...*”.

Por su parte el siguiente art. 1711 del CCyCOM bajo el *nomen iuris* “*Acción Preventiva*” regula un instituto de naturaleza eminentemente precautoria, que recepta y consagra en el texto el principio precautorio y define a ésta acción diciendo: “...*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...*”.

Es decir en el umbral del riesgo y atrapando decididamente al mismo, el principio precautorio se erige como elemento diferenciador del resto de las responsabilidades civiles.

III. Conclusión

Rescata la Corte Nacional en el citado fallo “Salas”, el principio precautorio enmarcado en el concepto de juicio de ponderación razonable que indudablemente reconoce como base la virtud de la prudencia, virtud cardinal enunciada por Platón en su dialogo “El Banquete” definida como, la mensura, lo ponderable, lo razonable.

Hoy sabemos que no todos los sacrificios son aceptables, basta mirar la constante degradación del medio ambiente al cual el hombre su principal detractor y es a la vez

uno de los principales beneficiarios ya entre los seres vivos que habitan el planeta ya que nace, vive, se desarrolla y muere en ese contexto medio ambiental.

Resulta cierto sostener que existe un drama fáustico que se presenta entre los defensores a ultranza del desarrollo y aquellos que se oponen férreamente a todo tipo de progreso.

El Juez quien no es un súper hombre o una súper mujer (para no establecer ninguna cuestión de genero), por ello debe actuar efectivamente y con prudencia en la aplicación del principio precautorio a éstos dilemas que como casos jurídicos se presentan a su resolución, y como quedo dicho antes, el riesgo ante el daño grave e irreversible y la mensura adecuada basada en reglas de proporcionalidad orientarán al Magistrado cuando deba dictar una medida cautelar o en su caso admitir una acción preventiva que tutele efectivamente y eficazmente al ambiente.

Los autores del proyecto de Código Civil al clasificar los bienes en relación a los derechos de incidencia colectiva (art. 240 del proyecto de C.C.), definen de éste modo el bien jurídico tutelado, y entonces cuando exista un “riesgo de afectación” sobre aquellos bienes peculiares el instituto de naturaleza cautelar que han diseñado es la denominada “acción preventiva” (art. 1711 proyecto del C.C.) la cual consagra en materia de responsabilidad por daño ambiental al principio precautorio diferenciándolo del resto de las responsabilidades civiles.

Bibliografía consultada

STUTZIN, Godofredo, “La doble personalidad del Derecho Ambiental”, La Ley- Fundación ARN, Buenos Aires, 1986, Vol III, pag. 37.

MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Gabriel, “Tutela Procesal de los derechos personalísimos e intereses colectivos”, Editorial Platense, La Plata, 1986.

GOLDENBERG, Isidoro y CAFFERATTA, Néstor “Daño Ambiental”, Abeledo Perrot Buenos Aires, 2001.

MORELLO, Augusto y CAFFERATTA, Néstor, “Visión Procesal de cuestiones ambientales”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomas, DONNA, Edgardo Alberto, “Daño Ambiental” Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.

PIGRETTI, Eduardo, “Derecho Ambiental profundizado” Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.

LORENZETTI, Ricardo, “Teoría del Derecho Ambiental”, Editorial Lay, Buenos Aires, 2008.

LORENZETTI, Ricardo y autores varios, “Derecho Ambiental y Daños”, Editorial La ley, Buenos Aires, 2009.