Néstor Cafferatta

Secretario de Juicios Ambiéntales de la Corte Suprema de la Nación de Argentina - Profesor del derecho ambiental de la Universidad Nacional de Buenos Aires

Comentario sobre los Principios de Estrasburgo nos. 15, 19, 20 et al: daño ambiental

Los Principios de Estrasburgo en materia de daño ambiental, establecen que para los efectos del litigio de derechos humanos ambientales, los efectos adversos de daño ambiental en una presunta víctima individual deben alcanzar un cierto mínimo nivel de gravedad. La evaluación de ese mínimo debe tener en cuenta todas las circunstancias de la situación, tomadas de forma acumulativa, mas no limitada a la intensidad y duración del agente causal, y sus efectos físicos o psíquicos. También se debe tener en cuenta el contexto general de la emergencia ambiental. El hecho que, como puede ser, el daño ambiental se produce en el contexto de un entorno que ya está degradado, no debe verse como una disminución de la gravedad de los efectos adversos sobre los derechos humanos de una persona, incluyendo el derecho autónomo a un lugar seguro, limpio, y un entorno saludable y sostenible.

El daño ambiental es una especie del derecho de daños, categoría atípica, extraordinaria, porque el daño ambiental no es un daño común (MOSSET ITURRASPE): es un daño de difícil comprobación, muchas veces anónimo, un daño especial que está vinculado a situaciones de co-causación (I. GOLDENBERG), en la que concurren en la producción del hecho, pluralidad de condiciones, que pueden provocar el daño, agravarlo, o producir efectos diferentes. Así, los casos de daño ambiental ponen en aprietos o dificultades a la doctrina del derecho de la responsabilidad civil por daños, porque es un daño que no cumple con ninguno de los requisitos del clásico derecho de daños (SAUX, MULLER).

Es doctrina clásica que el daño jurídico, daño reparable, debe cumplir con una serie de requisitos: el daño debe ser cierto, el daño debe ser concreto, debe ser directo, debe ser personal, actual, y diferenciado, pero en este contexto, el daño ambiental no cumple con ninguno de estos presupuestos; el daño ambiental es un daño indirecto o reflejo, es un daño impersonal, es un daño futuro (próximo o remoto), que muchas veces es incierto, es un daño sospechado, probable o verosímil, es un daño de causalidad difusa, es decir, el daño ambiental presenta para el operador jurídico un desafío de redefinición, reformulación o aggiornamiento, para “aplicar lo mismo pero de manera diferente” (MORELLO) de los conceptos clásicos del derecho de daños (de la responsabilidad civil) porque, en definitiva, el instrumental jurídico tradicional disfunciona frente a la problemática del daño ambiental.

La doctrina civilista, hace tiempo que enseña que son presupuestos de la responsabilidad por daños (responsabilidad civil), en primer lugar, la antijuridicidad o la ilicitud; en segundo lugar, el factor de atribución o de imputabilidad que puede ser objetivo o subjetivo, en tercer lugar, la relación de causalidad y en cuarto lugar, el daño, aunque en realidad debería ser el primero de todos, porque si no hay daño no podemos ingresar dentro de la materia.

En la especialidad, las leyes marco, Ley General del Ambiente, Ley de Base o Ley Orgánica, en la legislación América Latina y el Caribe, introducen un concepto de daño ambiental – que se adopta por primera vez la Ley de Protección del Medio Ambiente de Cuba N° 33 (hoy Ley 81); y después, los países de América Central primero, y en general de América Latina han seguido esta definición de daño ambiental, establece que es toda lesión, menoscabo, deterioro significativo, "inferido al ambiente o alguno de los elementos que lo integran". Pero otras legislaciones llamativamente, agregan que esa alteración, debe ser además, ilícita, en infracción a la ley, es decir, exigen la ilicitud de la conducta.

Se destaca que el requisito antijuridicidad ha variado respecto del clásico de ilegalidad, en el sentido de que no es necesario que concurra la antijuricidad formal porque basta con la antijuricidad material, es bastante con el "acto injusto". Por lo expresado, el derecho de daños sanciona el acto injusto y el acto injusto es el acto antijurídico desde el punto de vista material, es el acto que contraría el sentido y la finalidad del ordenamiento jurídico en general, no es necesario que exista una falta o contravención previa a las leyes administrativas ambientales, para que actúe u opere el ámbito de la responsabilidad por daños.

El daño ambiental es dual, bicéfalo o bifronte, una expresión ambivalente que designa por un lado el daño al ambiente en sí mismo o el daño ambiental colectivo que, siguiendo la ley argentina, es toda alteración negativa relevante del ambiente, del equilibrio del ecosistema (daño ecológico), de los recursos, de los bienes o valores colectivos, y de rebote (*par ricochet)*, según BUSTAMANTE ALSINA, el daño ambiental individual, que tiene por objeto la persona y sus bienes por alteración del ambiente, que da derecho al resarcimiento.

En consecuencia, las víctimas pueden ser individuales o colectivas. Así, en casos de daño ambiental individual, es usual que se utilice la expresión "damnificado" o "víctima individual". Para los casos de daño ambiental colectivo (daño madre o genérico), es frecuente que se cambie la expresión con que se identifica a los sujetos alcanzados por esta clase de detrimento, lesión o menoscabo del medio ambiente, y se emplee el término "afectado", aunque en definitiva, se puede hablar en ambos casos, de afectados o de "víctimas", incluso que se designe la situación de ambos, como damnificados.

A su vez, deberá tenerse en cuenta que el daño ambiental puede ser directo en relación a la víctima de los derechos humanos ambientales que resulten violados, indirecto (por reflejo o de rebote), o potenciales. Es decir, el daño ambiental puede adquirir características de daño real, EX POST, actual, personal, individual (diferenciado) o impersonal (difuso, supraindividual, de incidencia colectiva), referirse a bienes individuales (disponibles o propios), o bienes comunes, indivisibles o bienes colectivos (el ambiente o alguno de sus componentes), o puede ser un daño ambiental potencial (EX ANTE, en estado de amenaza, riesgo o peligro, o en estado de sospecha). El peligro o la amenaza puede ser cierta, verificada, comprobada, real (ámbito propio del principio de prevención), o en supuestos de peligro de daño grave o irreversible, – aun cuando hubiera incertidumbre científica (absoluta falta de información (la ciencia en estado parlamentario), se considera que en estos casos, igualmente se produce la situación de daño ambiental que se trata de prevenir, evitar, disminuir o alejar, mediante mecanismos de tutela inhibitoria, cautelares, o de

mitigación.

En este contexto, reconocer derechos ambientales (nuevos derechos), darle jerarquía constitucional (de un derecho fundamental) al ambiente sano, saludable, introducir la fórmula en la Carta Magna, del desarrollo sostenible, y la equidad intergeneracional, no tiene sentido, si cuando la víctima o víctimas (o las ONGS ambientalistas), se presentan a la justicia, y se les niega el acceso a la misma, con criterios reduccionistas, o de angostamiento de la legitimación activa de obrar, requiriendo se acredite la titularidad de derechos subjetivos, propios o diferenciados, cuando es sabido que este tipo de situaciones (de daño ambiental colectivo o individual) presuponen intereses difusos, derechos de pertenencia comunitaria, supraindividual, referidos al bien colectivo ambiente o a alguno de sus componentes. Por lo que es necesario extender los límites de la legitimación activa de obrar. No es necesario en estos, que quien accione sea el titular de la relación jurídica sustantiva, ni que resulte portador de un interés propio, exclusivo, personal o diferenciado, o que sea propietario de un bien individual o disponible, ni que acredite un daño en su persona o bienes, como dato indispensable para habilitar la actuación judicial de este sujeto.

Es necesario que el interés que invoca para actuar, sea razonable, más aun cuando se trate de una acción colectiva que tenga por objeto la prevención, cesación o mitigación, y la recomposición del daño ambiental colectivo (art. 1710 y siguientes, Código Civil y Comercial de Argentina, ley 26994). En estos casos, basta con acreditar que es portador de un interés mínimo pero suficiente o razonable para actuar en defensa del ambiental.

Néstor Cafferatta, julio 2023