

## Néstor Cafferatta

**Secretario de Juicios Ambientales 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. 48-50: reparación del daño ambiental**

Los Principios de Estrasburgo establecen: 48. En caso de violación de los derechos humanos en el contexto de la daño, el Estado responsable de la violación está obligado a: (i) poner fin a la acto u omisión que da lugar a una infracción, si dicho acto continúa; y (ii) implementar garantías de no repetición, si las circunstancias así lo requieren; 49. El Estado responsable está obligado a reparar de conformidad con sus obligaciones en virtud del tratado de derechos humanos en cuestión, que puede tomar la forma de restitución (es decir, restauración, remediación ecológica), compensación y medidas de satisfacción, ya sea individualmente o en combinación; y 50. Las medidas preferidas y principales de reparación (rehabilitación y restitución) ordenadas por los tribunales deben ser: (i) medidas preventivas – en caso de riesgo de daño y (ii) remediación y restauración ecológica – en caso de daños pasados.

Es interesante citar la doctrina de la Corte Internacional de Justicia (Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (República Federal de Alemania v. Polonia), Fábrica Chorzów, 1928, párraf. 47, Series A, N° 17, p. 377, 13 de septiembre): “El principio general que está implícito en el concepto de acto ilícito (...) es que la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias producidas por el acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad no hubiera sucedido si no se hubiera cometido ese acto. La restitución en especie, o de no ser posible, el pago de una suma que corresponda al valor que tendría la restitución en especie; de ser necesario, indemnización por daños y perjuicios sufridos, que no estén cubiertos por la restitución en especie o por el pago en efectivo: estos son los principios que deben utilizarse para determinar la suma de la debida indemnización, por un acto contrario al derecho internacional”.

Max VALVERDE SOTO señala que “el problema es que en el medio ambiente, la reconstrucción idéntica puede no ser posible. Una especie extinta no puede reemplazarse. Sin embargo, el objetivo debe ser, al menos, limpiar el medio ambiente y restaurarlo de manera que pueda cumplir con sus principales funciones. Pero, aún si la restauración es físicamente posible, puede no ser económicamente viable. Además, la restauración de un medio ambiente al estado en que se encontraba previamente al daño, podría significar costos que no guardan proporción con los resultados esperados. Dichos elementos, combinados con la falta de precedentes legales y la insuficiencia del estado tradicional para evaluar los daños al medio ambiente, hacen el panorama difícil” (referencia, Comunicación de la Comisión de la Comunidad Europea al Consejo y al Parlamento Europeo sobre responsabilidad ambiental, página 32 (1993).

El Acuerdo Regional de Escazú de 2018 sobre Acceso a la Información, Participación y acceso

a la Justicia Ambiental, para América Latina y el Caribe, dispone en el art. 8º, mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señala Claudio NASH ROJAS, ha conceptualizado la reparación en el contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes términos: “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”.

Apunta que en efecto, la reparación consiste en restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho ilícito (restitución), borrando o anulando las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos. Esta restitución a las condiciones anteriores implica dejar sin efecto las consecuencias inmediatas del hecho, en todo aquello que sea posible, y en indemnizar – a título compensatorio – los perjuicios causados, ya sean estos de carácter patrimonial o extrapatrimonial.

En materia de derechos humanos debe primar un criterio diverso al utilizado por el derecho iusprivatista y que ha sido también recogido por el derecho internacional público, esto es, mirar la responsabilidad desde el sujeto dañador. En materia de derechos humanos, y en particular en lo que dice relación con las reparaciones, es fundamental mirar el tema desde la óptica de la víctima. Por ello, los jueces Cançado y Abreu expresan que: “Todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe, a nuestro juicio, ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad”.

Asimismo, la jurisprudencia de la CIDH ha vinculado la reparación con la prevención, en los siguientes términos: “En lo que se refiere a la violación del derecho a la vida y otros derechos (libertad e integridad personales, garantías judiciales y protección judicial), por no ser posible la *restitutio in integrum* y dada la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, *inter alia*, según la práctica jurisprudencial internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria, a la cual deben sumarse las medidas positivas del Estado para conseguir que hechos lesivos como los del presente caso no se repitan”.

La responsabilidad por daño ambiental, en caso de violación de los derechos humanos genera obligaciones en cabeza del Estado: (i) poner fin a la acto u omisión que da lugar a una infracción, si dicho acto continúa; y (ii) implementar garantías de no repetición, si las circunstancias así lo requieren. Asimismo, en casos de daño ambiental consumado, la reparación deberá dar prioridad a la forma de restitución (es decir, restauración, remediación ecológica, recomposición), compensación ecológica y medidas de satisfacción, ya sea individualmente o en combinación. Las medidas preferidas y principales de reparación (rehabilitación y restitución) ordenadas por los tribunales deben ser: (i) medidas preventivas – en caso de riesgo de daño y (ii) remediación y restauración ecológica – en caso de daños pasados.

### ***El régimen de reparación del daño ambiental***

Primero, el daño ambiental comprende, además, la amenaza, el riesgo o la lesión, porque desde ese momento es que se pone en peligro el goce pacífico del derecho al ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, el derecho al ambiente seguro, saludable, o sostenible. El derecho ambiental tiene pretensiones regulatorias en la etapa del riesgo, y la etapa del riesgo es la que le da potencialidad o ámbito de aplicación al principio precautorio y al principio de prevención.

El derecho ambiental es multifacético, tiene “una pretensión de regulación continua”,

(LORENZETTI), de manera que en su afán regulatorio, es prioritaria la prevención, la evitación del daño ambiental (incluyendo la precaución, en casos de incertidumbre científica), pero una vez ocurrido el daño el régimen de responsabilidad por daños al ambiente, se transforma, para adoptar otra dimensión igualmente enérgica, la responsabilidad deja de ser tan solo de prevención, para adoptar – según lo establece el artículo 8. g) del Acuerdo de Naciones Unidas, Regional para América Latina y el Caribe de Escazú sobre el Acceso a la Información, la Participación y Acceso a la Justicia Ambiental – diversos mecanismos de reparación según corresponda, la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica (daño punitivo), la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

Lo cierto es que producido el daño, hay una obligación primera que es volver las cosas al estado anterior, reparar en especie o in natura la *restitutio in pristinum*, como lo llamaban los romanos. La obligación de remediar o recomponer, reparar en especie o in natura in situ (restaurar), o sólo en su defecto, reparar ex situ, compensar ambientalmente, por sucedáneo o equivalente, tiene prioridad en materia de daño ambiental. Una vez que ocurrió el daño ambiental sea *in situ* sea *ex situ*, pero hay que recomponer (restaurar o remediar ecológicamente) o para el caso que no fuere técnicamente factible, se debe compensar ambientalmente y adoptar medidas de satisfacción, ya sea individualmente o en combinación y si el daño ambiental es irreversible, entonces se deberá recurrir en subsidio, a un resarcimiento, reparación económica, indemnización, que en todo caso, podrá ser acompañada de una sanción económica disuasoria (“daño punitivo”).

El daño ambiental es daño ambiental colectivo, es un daño mixto, porque tiene un componente de derecho público. Es un daño privado y un daño público, al mismo tiempo, y en tal caso, hay que tener presente que el daño ambiental colectivo debe ser reparado a través de fondos especiales de reparación. De ninguna manera deberían destinarse a rentas generales o desviarse estos fondos que deben tener una afectación especial porque corren el riesgo de que nunca se destinen al fin que naturalmente deberían cumplir. En resumen: 1°) el daño ambiental comprende la etapa de la amenaza, la etapa del peligro o la etapa del riesgo, 2°) una vez ocurrido el daño, es prioritaria la reparación en especie; 3°) se pueden acumular pretensiones de naturaleza indemnizatoria; 4°) dada la complejidad del daño ambiental, se trata de casos difíciles, de prueba de alta científicidad o tecnología, y por ende, los requisitos de responsabilidad por daño, reglas y principios procesales y sustantivos, deben ser flexibilizados frente a una cuestión de causalidad difusa.

La contaminación ambiental es un daño que se aloja en los intereses difusos, se “difumina” en el tiempo y en el espacio, por ello no tiene fronteras territoriales, ni límites en el tiempo ni en las personas que afecta, de manera que se presenta como un hecho que puede generar daños progresivos, acumulativos, y daños futuros. Por ello la importancia que tiene en el Derecho Ambiental, el principio de prevención, el principio precautorio, principio de integración, principio de cooperación, y los principios de sustentabilidad, y de equidad intergeneracional.

El derecho, en estos casos, debe actuar con un sentido de justicia dúctil (ZAGREBELSKY) flexible, maleable, adaptarse a las nuevas realidades, para poder captar una problemática diferente, dinámica, sensible a los hechos sobrevenientes, compleja y socialmente relevante como es la problemática ambiental.

La responsabilidad por daño ambiental colectiva (daño al ambiente en sí mismo, G. STIGLITZ) es por lo expuesto: 1) precautoria 2) preventiva 3) recomposición o restauración 4) compensación ambiental 5) indemnizatoria. En realidad, aunque tienen campos de operación propios, ninguna de estas dimensiones se excluye, aunque la precaución y la prevención están principalmente, en la etapa del ex ante y la recomposición o la restauración, la compensación y la indemnización tienen su campo de operatoria en la etapa del ex post.