

Doctrina Elementos Procesales del Derecho Ambiental

Autor: Carmona, M. Victoria – García Cantó, Lucas – Salerno, M. Victoria.

Fecha: 31-may-2021

Cita: MJ-DOC-15995-AR | MJD15995

Sumario:

I. Elementos característicos en cuestiones ambientales. II. La acción preventiva prevista en el art. 1708 y ss. CCyCN. III. El art. 1712 CCyCN. en la función preventiva de la responsabilidad. IV. El perfil del juez y el art. 32 LGA. V. Tutela cautelar en el ámbito ambiental.

Doctrina:

Por Carmona, M. Victoria – García Cantó, Lucas – Salerno, M. Victoria (*)

I. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS EN CUESTIONES AMBIENTALES

El derecho ambiental como derecho sustantivo tiene diversas características, las que a su vez hacen que opere con distinción en su forma, es decir, en su faz procesal.

¿Aún no estás suscripto a Microjuris? Ingresá aquí.

En primer lugar, cabe señalar que constituye un derecho subjetivo público y privado, es una rama autónoma que se inmiscuye e impacta dentro de otras ramas del derecho, las invade, o más bien las conquista, en consecuencia, convirtiéndose, a su vez, en una sub-rama dentro de otra. Es decir, estamos frente a un derecho transversal, empero, su transversalidad no sólo recorre el ámbito jurídico, sino que lo excede, siendo a su vez de carácter interdisciplinario, toda vez que se nutre, requiere y exige inescindiblemente del aporte de otras ciencias.

En segundo lugar, el bien tutelado es colectivo, La Corte, en el trascendente fallo «Mendoza», ha expresado que es «un bien que pertenece a la esfera social y transindividual».

Con lo cual, esta disciplina jurídica tiene la particularidad, por su propia naturaleza, de presentar un carácter bifronte por ser considerado en forma acumulativa un derecho de incidencia colectiva y un derecho humano personalísimo individual. Dado que la afectación al bien jurídico ambiente afecta indirectamente derechos individuales, como la vida, salud, trabajo, dignidad, entre otros.

En tercer lugar, podemos hacer mención de su énfasis precautorio y preventivo, explica Cafferatta (1) que, «estos son los dos principios que forman la identidad genética del derecho ambiental, lo que implica trabajar sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, tratando de evitar o impedir la degradación del ambiente tanto ante riesgos comprobados como ante peligros inciertos, pero potencialmente probables».

Con su tinte precautorio se pretende que se opere en una primera fase de acción que tienda a imposibilitar, obstaculizar, inhibir, con buen criterio el avance de la degradación ambiental. Acaecido su avance o advertido en una fase donde la precaución es inocua se opte por la prevención, es sus dos roles, es decir para impedir que el daño ocurra o para que una vez producido no se agrave y se evite su reiteración.

En su defecto, no siendo factible la prevención se proceda al cese del daño y su prioritaria recomposición en la medida que sea posible, porque las afectaciones al entorno ambiental muchas veces son irreversibles.

Asimismo, cabe destacar que el derecho ambiental como bien se sabe y se detalló, acarrea intereses difusos, y en consecuencia procesos colectivos, los cuales sabemos, que en nuestra legislación no existe una regulación concreta y específica que los trate, empero, se cuenta con numerosas herramientas procesales, las cuales hacen que todo su frondoso ordenamiento jurídico no se vuelva, a la hora de reclamar judicialmente, endeble, aunque no es suficiente debido a la falta de juzgados con competencia ambiental.

Además, no se puede soslayar que este derecho es de implicación difusa e individual, lo cual puede dar lugar a numerosas acciones como consecuencia de un solo acontecimiento.

Trayendo a colación nuevamente como ejemplo la causa «Mendoza», La Corte Suprema, en la fase inicial, decidió separar las pretensiones introducidas por la actora y resolvió que no eran de su competencia las que fueron fundadas en daños individuales sufridas por los actores como consecuencia del daño al ambiente. De tal modo, sólo asumió competencia respecto de las pretensiones vinculadas con la tutela del ambiente, como bien colectivo.

Seguidamente, podemos destacar que Bustamante Alsina sostiene: «daño ambiental» es una expresión ambivalente, por cuanto designa no sólo el daño que recae sobre el patrimonio ambiental, que es común a una colectividad (hablamos del impacto ambiental), sino que también se refiere al daño que otro produce en el ambiente, y «el medio ambiente ocasiona de rebote a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un determinado derecho subjetivo, y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado» (2).

Pastorino distingue dos categorías, argumentando que: «Los daños al ambiente en sí mismo son aquellos que no dependen de la afectación concreta a la salud, vida o bienes de los seres humanos.

Se trata del instituto más novedoso que nace con el auge del interés por la protección ambiental en las últimas décadas del siglo pasado. En cambio, los daños que por reflejo de ese ambiente deteriorado se transmiten y representan como daños concretos a las personas y sus bienes son aquellos alcanzados por la legislación civil clásica» (3).

Las acciones judiciales que se desencadenan en conflictos de naturaleza ambiental pueden ser adecuadas dependiendo de las particularidades de la pretensión, lo que nos dará la pauta a los fines de escoger la vía judicial más idónea, toda vez que estas pueden ser: a) preventivas a la producción de un daño; b) cesación de daño ambiental; c) recomposición; d) indemnizatorias (sustitutiva de la recomposición).

a. Prevención: en aras de prevenir la producción de un daño o que concurra su agravamiento, frente a tal amenaza se podría interponer una acción judicial de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, como así también una acción preventiva en el marco de lo estatuido por la tutela preventiva regulada en los arts. 1710 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación.

b. Cese: con fines de encarar el cese de las actividades productoras del daño producido se puede incoar en los términos del art. 30 de la Ley General del Ambiente, por acción de amparo, como así también con fundamento en la cláusula constitucional prevista en el art. 43 .

c. Recomposición: la acción prevista en el art. 30 de la Ley General del Ambiente con el objeto de sanear el daño ya acontecido cuyos efectos nocivos siguen produciendo efectos sobre el ambiente y/o otros bienes, intereses.

d. Indemnizatorias: la acción de indemnización sustitutiva, debido a la no procedencia fáctica de la recomposición ambiental, la misma se encuentra regulada en el art. 30 de la Ley General del Ambiente, a su vez, corresponde remarcar que la degradación al ambiente puede generar daños individuales, siendo esta acción, concurrente y no excluyente con la que corresponda por los daños de incidencia colectiva.

Asimismo, es importante resaltar que estas acciones se canalizarán de acuerdo con distintas tipicidades procesales, se llevarán adelante en el marco de procesos de conocimiento, ordinario, sumario, sumarísimo o de amparo, no soslayando que en forma conjunta se podrá solicitar medidas cautelares como accesorias o autónomas.

II. LA ACCIÓN PREVENTIVA PREVISTA EN EL ART. 1708 Y SS. CCYCN

En materia de responsabilidad, durante su evolución normativa hemos visto como el daño interesa más que la culpabilidad y la persona de la víctima más que la del victimario, dando lugar a un marco teórico donde prevaleció la función resarcitoria.

No obstante, en la actualidad recibimos desde ya hace un tiempo un nuevo paradigma jurídico, en cuanto a que junto a la tradicional función resarcitoria el Código Civil y Comercial ha incorporado en los arts. 1708 y ss., la denominada «función preventiva» de la responsabilidad.

El artículo 1708 CCyCN: «Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva». Luego de exponer sobre cuáles serán las funciones específicas de la responsabilidad civil, desarrolla la función preventiva entre los artículos 1710 y 1713 . El primero de los dispositivos citados aporta lo siguiente: «Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas 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; c) no agravar el daño, si ya se produjo».

La Ley General de Ambiente, consagra la plena aplicación de los principios preventivo y precautorio en el art. 4 , y la prioridad de la recomposición del daño ambiental, colocando al resarcimiento en una posición subsidiaria y sólo para el caso en que no resulte técnicamente factible la recomposición como lo establece en el art. 28 .

En esta línea, la CSJN en la mencionada causa «Mendoza» sostuvo: «la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento».

Por ello, resulta dable afirmar que, es una herramienta práctica que el derecho ambiental adopta como propia; dado que el énfasis preventivo constituye uno de rasgos peculiares de esta rama ya que, en este campo, indemnizar no es suficiente, es necesario tomar medidas preventivas para evitar, valga la redundancia, la consumación no reparable de los daños.

El deterioro del medio ambiente no tiene remedio, la acción a posteriori resulta ineficaz, puesto que el daño ambiental de producirse en muchas ocasiones es irreversible. Con lo cual, resulta obvia su utilidad, la relevancia de contar con una herramienta procesal que permita hacer factible la atribución de responsabilidad preventiva.

La necesidad de ampliar el campo de la función de la responsabilidad civil obedece en hallar armonía con la naturaleza de los derechos que se propone tutelar.

En los Fundamentos del Código se dice que: «surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la ‘tragedia de los bienes comunes’, ya que los incentivos para ciudadanos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas o daños punitivos».

Ahora bien, el CCyCN vino a sumar a la responsabilidad además de la función resarcitoria, la preventiva, empero el legislador ha dejado de lado la función punitiva de la responsabilidad.

La Comisión Bicameral suprimió todo vestigio de la «función punitiva» contenida en el anteproyecto en sus arts. 1714 y 1715, titulados «Función pecuniaria disuasiva», la cual resultaría ser no solo una sanción para aquel que ha generado o tendido a provocar un daño al entorno ambiental, sino también que a su vez en su función disuasiva actuaría en forma preventiva, motivando al sancionado a no volver a infringir, Jorge Galdos la denominó «sanción pecuniaria disuasiva ambiental».

En este aspecto, Kemelmajer de Carlucci (4) reconoce la necesidad de implementar un mecanismo punitivo dentro del ámbito del derecho civil, aun, admitiendo que «es verdad que estas indemnizaciones están teñidas de carácter punitivo o de sanción civil; pero el derecho civil no debe temer introducir la noción de pena cuando ésta sirva a los otros fines del derecho de daños, fundamentalmente, a su finalidad preventiva». Asimismo, advierte que este tipo de condenas no pueden ser impuestas ante cualquier tipo de daño: «sino que debe quedar reservado para daños de fuerte impacto social (por ej., daños ambientales, causados por productos elaborados en masa, etc.)».

III. EL ART. 1712 CCYCN, EN LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD

La función preventiva, para nuestra legislación es fundamental, la prevención del daño tiene base convencional, en el sentido que viene de toda la teoría de los derechos humanos, lo ha dicho La Corte Interamericana en diversos fallos, como por ejemplo, en el caso «Furlan» (5), dice que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas determinables en función de las particularidades necesidades para proteger sujetos de derechos, ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre.

Otro de los fallos a los que hicimos alusión en el párrafo anterior es: «Velásquez» (6) en su pronunciamiento, La Corte Interamericana detalló que: «Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho

conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos».

Explica formidablemente Kemelmajer de Carlucci, (7) que desde la perspectiva de los derechos humanos la prevención es más importante que la reparación. Y, el derecho al ambiente sano es un derecho fundamental del cual dependen la mayoría de nuestros derechos, lo que se evidencia en la realidad de los hechos, en cuanto a que de su sano estado dependen el buen vivir, salud y dignidad del ser humano.

Volviendo a lo normado por nuestro código, la norma en análisis consagra una legitimación amplia para promover la acción preventiva, establece que puede iniciarla todo aquel que ostente un «interés razonable».

En la prevención el interés razonable queda sujeto al análisis de cada caso en concreto, por ello, en la acción preventiva debe demostrarse que quien acciona es titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo, o que cuenta con legitimación suficiente para tutelar un interés difuso determinado.

Asimismo, se requiere que exista una amenaza cierta a que se produzca un daño, lo que evidentemente autoriza a concluir que el juez puede actuar de oficio.

A modo de ejemplo destacamos la actuación de Sergio Torres (8), quien fuera el magistrado a cargo Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 12 -actual Ministro de la SCBA-, quien impuso de forma inmediata y urgente que se realicen, relevamientos de los espacios comunes en altura, en el Barrio «Mugica», ubicado en Soldati. Tal obligación recaía en forma conjunta sobre el presidente de IVC -CABA-, el secretario de Obras Públicas de la Nación, y el presidente ejecutivo de la ACUMAR. El Magistrado, advirtió que los espacios comunes emplazados en altura, las paredes y barandas no se encontraban en condiciones óptimas de seguridad, ello, luego de realizar una inspección ocular, tras haber tomado conocimiento de una causa, que comprendió la caída de tres adolescentes al vacío, en un complejo habitacional allí ubicado.

Con lo cual, el Sr. Juez resolvió arbitrar las mencionadas medidas considerando, en el plano de los hechos, los acontecimientos sucedidos en aquel barrio, donde una gran parte de la población está integrada por adolescentes y niños y también resultando que, en tal lugar se presencian defectos constructivos y elementos potencialmente peligrosos (como por ejemplo mesas al borde de un balcón). Como así también consideró, en el plano del derecho, la tutela preventiva que regula el Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 1710 y ss.

Es decir, la función de la responsabilidad civil no se agota con la reparación del daño, también tiene una finalidad preventiva. La acción preventiva se puede ejercer con el fin de evitar un daño, su continuación o agravamiento, incluso el mismo juez puede hacerlo de oficio.

IV. EL PERFIL DEL JUEZ Y EL ART. 32 LGA

Desde hace ya tiempo se puede afirmar que el rol del juez ha dejado de ser el de aplicador de las leyes, o «boca de la ley», como lo sostenía Montesquieu en su obra «el espíritu de las leyes», tampoco es dable seguir sosteniendo la concepción de KAFKA en la que el juez en ejercicio de sus funciones no tenía tiempo para involucrarse en las relaciones humanas.

Morello (9) enseña que, a fin del Siglo XX, se dibuja la silueta del juez protagonista, director activo. Los años finales de la década instalaron al juez como el gran operador en la renovación del significado filosófico, técnico y político del noble oficio de juzgar. Estamos ante otro juez. El juez actual se enfrenta con un blanco móvil, litigios complejos y una urgencia social apremiante. ¿Cómo dibujar el torso del juez? La jerarquía de los derechos a tutelar, la justicia de protección o acompañamiento, dan especial colorido a esa litigación y quizás otra escala. Así, la posición del juez cambia radicalmente. Todo ello va diseñando un nuevo modelo de justicia. Una nueva cultura jurídica.

Con lo dicho, se quiere dar a entender que, con el cambio de paradigmas suscitados a través del tiempo en el ámbito sociocultural y la mutación en el reconocimiento del derecho en la un derecho más humano, han convertido a la figura del juez, enhorabuena, en la un director del proceso más comprometido, y con un enfoque más caracterizado en el principio de colaboración, máxime cuando en materia ambiental, lo que está a merced de la decisión del magistrado, es el entorno ambiental, y lo que ello implica atento a que la protección, goce y garantía —para las generaciones presentes y futuras— de otros numerosos y fundamentales derechos dependen de su preservación y cuidado.

Kemelmajer de Carlucci (10) ha dicho que: «el juez es un verdadero director del proceso, con facultad para ordenar medidas de instrucción; solicitar aclaratorias y documentación; disponer investigaciones y periciales; visitar lugares, etc.».

Y según sostuvo, con buen criterio la Corte (11), en materia ambiental los jueces deben actuar con particular energía a los fines de materializar los mandatos constitucionales que respecto al ambiente. Goldberg y Cafferatta (12) sostienen que los ambientalistas son «litigiosos engorrosos» lo que deja «asomar vectores de decisiva influencia a la hora de ameritar la prueba». Lo cual, es una de las razones que ha conllevado al legislador, que el juez que entiende en estos procesos no actúe dentro de la esfera del principio dispositivo, sino más bien, es un juez aún más activo, su actuación y dirección del proceso, en cuanto a las potestades de impulso de la acción, se encuentran dentro de la oficiosidad.

La LGA le asigna un rol cargado de oficiosidad al establecer en el art. 32 que: «El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de

medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte».

Como se puede observar, se están depositando en el juez considerables facultades probatorias, es un director más activo. Sin perder de vista que, al no existir un juez con competencia material en medio ambiente, será el juez civil o contencioso administrativo quien entienda en estas cuestiones, viéndose en los procesos que atañen a esta materia, apartados del principio dispositivo y munido de facultades oficiosas.

En el artículo supra citado se pueden advertir tres particulares facultades de las que puede hacer uso un juez que entienda en cuestiones ambientales:

- a. la posibilidad de disponer medidas probatorias de oficio, sin que sean ofrecidas por las partes intervinientes en el proceso;
- b. La de fallar extrapetita, es decir fallar más allá de las cuestiones sometidas a planteo por las partes del proceso;
- c. Solicitar medidas precautorias de urgencia, sin petición de parte y en cualquier estado del proceso.

Cafferatta (13) destaca que es prioritario darles instrumentos legales a los operadores jurídicos para que, a través de ellos, puedan vencer los obstáculos, óbices, vallas, inconvenientes que presenta el desarrollo y consolidación de la materia ambiental, en la búsqueda incesante de prevención del daño ambiental, evitación del proceso contaminador y cesación de las afectaciones y/o perjuicios ambientales de la actividad polucionante.

En buen romance, el juez ambiental tiene que ser un juez intervencionista atento la relevancia de los intereses que se encuentran en juego, sin que ello acarree la vulneración del debido proceso, es una línea delgada que el magistrado no puede dejar de trazar ante su imparcialidad; como refiere Cafferatta (14) «por más que se imponga la necesidad de proteger los intereses de grupos, no por ello podrán violarse las reglas del debido proceso. La protección de los intereses comunitarios no puede hacerse a expensas de la frustración de derechos individuales de raigambre constitucional».

V. TUTELA CAUTELAR EN EL ÁMBITO AMBIENTAL.

Gozaini (15) explica que las medidas cautelares tienden a garantizar el resultado eventualmente favorable de un proceso iniciado o próximo a ello. El fundamento que las autoriza se encuentra en la incidencia del tiempo en el proceso, el cual, naturalmente ocupa un largo plazo hasta que llega al reconocimiento del derecho. La lentitud de la justicia se cubre preventivamente con estas medidas provisionales, obrando como paliativos de los riesgos que pueda llevar la tardanza en obtener un pronunciamiento judicial. En suma, el tiempo incide directamente sobre los hechos del proceso y,

de alguna manera, en los derechos que se pretenden propios, porque si estos se consiguen declarados en una sentencia favorable y después de ellos no pueden cumplirse porque el objeto se perdió, ese mandato es virtualmente ineficaz, ha sido dictado para una situación abstracta que, oportunamente, puede preverse.

Nuestro ordenamiento jurídico, regula distintos tipos de cautelares y en el ámbito doctrinario y jurisprudencia se reconoce a la tutela anticipada, la cual tiende a asegurar la idoneidad del proceso, ya que la anticipación de tutela por su parte adelanta, en efecto, la provisión de lo solicitado por la parte actora.

Como tales, no producen efectos de cosa juzgada material debido a que para ello deberían ser dictadas mediante una cognición necesariamente sumaria, en consecuencia, se advierte que no causan instancia en tanto que su acogimiento no configura prejuzgamiento y son de ejecutabilidad inmediata.

Así los sostuvo, la CSJN, en el conocido fallo, «Camacho Acosta» (15) «en ciertas ocasiones —como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa— existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada sin que ello implique incurrir en prejuzgamiento», también ha resaltado que: «la medida cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y, por configurar un anticipo de jurisdicción, favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión».

Berizonce (16) respecto del tema señala que, esta medida otorga preponderancia a la actividad del Juez quien ha de atender principalmente a la naturaleza de la relación sustancial en cautela de la cual es solicitada la medida; apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación; la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte; evaluar si la tutela normativa originaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño y todas las demás circunstancias que le llevan a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.

Ahora bien, estas herramientas procesales, son una gran utilidad a los fines de precaver y prevenir, impronta que concierne a los principios de la materia bajo estudio y que ilumina todo su ordenamiento jurídico, atento que en el derecho ambiental la actuación debe ser temprana, debido a que la indemnización no es suficiente, el no deterioro al ambiente y su incolumidad es por lo que se debe bregar y en ocasiones la recomposición no resulta factible, no hay vuelta atrás.

Morello ha dicho que: «el impacto del tiempo es feroz; nadie quiere aguardar el consumo del que requiere la justicia; aún el razonable» (17).

La Corte, en el precedente «Mendoza» (18) ha considerado que: «en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental las reglas procesales deben ser particularmente interpretadas con un criterio amplio que ponga el acento en el carácter meramente instrumental de medio a fin, revalorizando las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradición versión del «Juez espectador».

Cafferatta ha reseñado que «muchas veces los fallos ambientales más relevantes son cautelares que conmueven las estructuras clásicas de las medidas preventivas judiciales, y que responden a la firme voluntad de la magistratura interviniente de lograr acceder a la verdad material de los hechos controvertidos, evitando situaciones de daño ambiental que se consideran irreversibles, o graves. Bastará con tomar lectura de las mismas para advertir el activismo judicial en los diversos casos, con que se adoptan medidas cautelares, provisorias, —o preventivas—, como por ejemplo, monitoreo continuo de emisiones gaseosas a la atmósfera, provenientes de un establecimiento industrial (lo que implica colocar sensores en chimenea); alquiler temporario de vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, para un grupo familiar de vecinos, a cargo de la empresa demandada, a ubicarse en zona alejada de la contigua a una planta industrial; mandatos preventores ordenados en el marco de un plan de ingeniería cautelar dispuesto en relación a una industria. Y, por último, la irrupción de la multa civil o astreintes en el proceso colectivo ambiental».

Resulta claro el por qué se propone a los sistemas cautelares frente a una acción de envergadura ambiental ya que esperar el dictado de la sentencia, atendiendo la duración de los procesos en sede judicial, tornaría prácticamente utópico el actuar dentro del marco de la precaución y prevención que protegen al ambiente de ser dañado.

Otra excepción, que hace a la particularidad de los procesos colectivos derivados de daños o posibles daños al entorno, se presenta en las resoluciones que se dictan como consecuencia de una medida cautelar, que si bien no revisten el carácter de sentencias definitivas, las mismas, excepcionalmente son susceptibles de ser atacadas mediante recurso extraordinario; así lo ha sostenido la CSJN, en el fallo «Cruz Felipa» (19) ha sostenido que «admite excepción cuando la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior».

Uno de sus fundamentos y el que en este punto importa es que, en lo que respecta a las acciones enmarcadas en LGA, la interpretación a la hora de aplicar el derecho debe efectuarse desde una concepción moderna, en cuanto a que el art. 4 de LGA introduce, como ya dijimos los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles, el juez debe actuar como un juez ambiental, la Corte (20) arriba a que: «es necesario la aplicación del principio precautorio y preventivo y que debe exigirse a todo aquel que cause daño ambiental, la reparación del mismo, restableciendo las cosas al estado anterior y reconoce el status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano. Que lo citado no configura 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 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente».

Así puede concluirse que: a fin de darle forma al deber preventivo (el cual siempre se aplica como espejo junto al precautorio), debe entenderse a este como una derivación del principio general del derecho de no dañar a otro, el cual tiene anclaje constitucional, y como en la mayoría de las cuestiones ambientales que llegan a estudio de los tribunales, tienen sus pilares en la razonabilidad de un peligro de daño. Tan es así que, el Código Civil y Comercial de la Nación señala la legitimación activa obligatoria al propio sentenciador que debe disponer «de oficio» medidas de prevención de daños, en caso de advertir que se han configurado los requisitos de procedencia de la acción, apartándose de esa forma del principio dispositivo que campeaba en el marco del derecho privado.

Resulta propicio recordar, por último, que la preocupación mundial por el derecho humano al ambiente llevó al Papa Francisco a la redacción de la Encíclica Laudato Si, donde nos habla del cuidado de la «casa común», y donde, en su apartado 186 consagra el principio precautorio, es que, luego de referirse al principio 15 de la Declaración de Río, expresa: «Este principio precautorio permite la protección de los más débiles, que disponen de pocos medios para defenderse y para aportar pruebas irrefutables. Si la información objetiva lleva a prever un daño grave e irreversible, aunque no haya una comprobación indiscutible, cualquier proyecto debería detenerse o modificarse. Así se invierte el peso de la prueba, ya que en estos casos hay que aportar una demostración objetiva y contundente de que la actividad propuesta no va a generar daños graves al ambiente o a quienes lo habitan».

(1) CAFFERATTA, Néstor A.: «El principio precautorio en el derecho ambiental», diario, LA LEY del 19/02/2014, 1

(2) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995 45.

(3) El daño ambiental en la ley 25.675 , JA 2004-II-1304, citado en Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín «Décima, Julia Graciela y otros c. Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios» del 19/11/2015.

(4) KEMELMAJER DE CARLUCCI, de su obra publicada en la Revista Chilena de Derecho, «Los Dilemas de la Responsabilidad Civil; VII: ¿Sí o no a los Daños Punitivos? ¿La economía entra por la ventana en el campo jurídico?» Vol. 8 de 2001, 679. En esto concuerda también PAOLO GALLO en su artículo «Punitive Damages in Italy», 9.

(5) Corte Interamericana de Derechos humanos en «Furlan y familiares v. Argentina».

- (6) Corte Interamericana de Derechos humanos en «Velásquez Rodríguez Vs. Honduras».
- (7) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, en la Conferencia sobre la función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil, Justicia TV Poder Judicial del Perú. Expte. nº 298/2013/20
- (8) MORELLO, Augusto M.: «La Justicia frente a la realidad», Rubinzal Culzoni, 2002, 85-99
- (9) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA: «Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)»
- (10) CSJN, fallo «Mendoza» en su pronunciamiento inicial del 20 de junio del 2006,
- (11) GOLDENBERG, Isidro y CAFFERATTA, Néstor: «El daño ambiental problemática de su determinación» Lexis Nexis. 2001,74 y 75.
- (12) CAFFERATTA, Néstor A. «El tiempo de las cortes verdes», L.L.21/3/2007
- (13) CAFFERATTA, Néstor A.: «Daño Ambiental. Jurisprudencia», L.L. 2003-D-1339
- (14) GOZAINI, Osvaldo: «Código procesal Civil y Comercial de La Nación, comentado y anotado» 3ª ed., actualizada y ampliada, tº I, LL 2011, 932
- (15) CSJN 7/8/97, «Camacho Acosta M. C/ Grafi Graf. SRL y otros» L.L. 1997-E, 653.
- (16) BERINZONCE, Roberto: «Tutela anticipada y definitiva» J.A. 1996-IV-741 y ss.
- (17) MORELLO, Augusto y CAFFERATTA, Néstor: «Las medidas cautelares hoy», en Rev. de Derecho Ambiental, 2004, 169
- (18) Fallos 338:80
- (19) CSJN, 23/02/16 «Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira Limitada y Otras Sociedades»
- (20) Fallos, 329:2316
- (*) Autores graduados de la Carrera de Abogacía de la Universidad Católica de La Plata (Sede San Martín) Investigadores principiantes en «Tribunales Ambientales y el Acceso a la Jurisdicción», por la Universidad Católica de La Plata Sede San Martín, Directores: Fede Claudio H. y Cafferatta, Néstor, Coordinador: Lanzavechia, Gabriel E.