

La acción de prevención en el Código Civil y Comercial. Su relación con el principio de precaución en el derecho ambiental*

Por Horacio L. Allende Rubino

1. Acción preventiva. La función preventiva

La “función preventiva” indicada en el Libro Tercero, Título V de la Sección 2ª del Código Civil y Comercial, hace referencia al llamado “principio de prevención”, el cual debe ser catalogado como un principio general del derecho, que fuera ya receptado como principio en la ley 25.675 general del ambiente.

En el marco del derecho ambiental el principio de prevención invoca la necesidad de impedir la producción de un daño ambiental mediante una práctica, respecto de la cual, se sabe conocido y previsible. La ley 25.675 lo define indicando que 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. La reparación en el caso del daño ambiental deviene tardía y a veces imposible; y en función de la necesidad de proteger el ambiente en pos de la continuidad de la vida humana, la prevención implica una obligación inserta en el derecho-deber a un ambiente sano, que se traduce asimismo en la primaria acción del Estado, ya sea tanto desde el órgano Ejecutivo, como desde el Legislativo y el Poder Judicial. La prevención es un rasgo distintivo del derecho ambiental¹.

Por otra parte, este principio alumbra en la ley 24.449 nacional de tránsito. Todo el sistema normativo de la ley se basa en dicho principio de prevención que se halla ínsito (conf. arts. 2; 7; 21; 26; 39; 53, inc. g; 66, y 91). Dicho principio tiene como fin el cuidado de la vida, valor supremo en nuestra estructura constitucional (art. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 4, Pacto de San José de Costa Rica; art. 1º, Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), y cobra cabal importancia por cuanto el respeto de dichas normas –con finalidad de prevenir o como dice el Código en función de prevención– tiende a reducir drásticamente la cantidad de accidentes de tránsito, y en consecuencia, a lograr la efectividad del principio. La inobservancia de las normas indicadas, lleva a la actual “pandemia” que constituyen las innumerables muertes, lesiones y daños que se producen como consecuencia de los accidentes de tránsito.

En el Código de Vélez, el art. 2499 (modificado por la ley 17.711) instaura la conocida acción o denuncia de “daño temido”. Dicho artículo en su segunda parte dispone que *“Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medi-*

* **Bibliografía recomendada.**

¹ Conf., Cafferatta, Nestor A., *El principio de prevención en el derecho ambiental*, “Revista de Derecho Ambiental”, n° 0, nov. 2004. “Es la regla de oro de la lucha por la defensa del medio ambiente. La tutela civil preventiva, que encuentra fundamento en el mismo texto constitucional, tiene sustento axiológico, cultural y a la vez, económico en tanto coadyuva a la eficiencia”.

das cautelares". Si bien se ha discutido en doctrina la incongruencia de dicha norma con la contenida en el art. 1132 –discusión cuyo análisis excede al presente trabajo– lo cierto es que, si bien en forma acotada, dicha incorporación significó plasmar concretamente la operatividad de prevenir el daño, entendiendo que siempre es preferible evitarlo que reparar sus consecuencias.

El principio de prevención en definitiva implica lo dicho: el daño debe ser evitado, la reparación es una consecuencia necesaria pero no deseada, entendiendo que la reparación plena (*restituto in natura* o *restituto in pristinum*) resulta, la mayoría de las veces de imposible cumplimiento. La idea misma de restitución al estado anterior, de alguna manera reconocía que la pretensión del derecho era, precisamente evitar el daño. Tal idea –de restitución al estado anterior– la encontramos en el art. 1083 del Cód. Civil de Vélez². Se ha pasado, entonces, de la “punicción” decimonónica a la “prevención” en el marco de la sociedad del riesgo global. La sociedad de riesgo comienza allí donde falla la seguridad prometida en los sistemas de normas sociales en relación con los peligros desatados por las decisiones. Sostiene Beck que la sociedad de riesgo sucede como forma societal al capitalismo tardío o capitalismo de organización. Sus problemas nos han llevado a esta estructura social en la

² “Fijemos el concepto de lo que sea la *restitutio in pristinum*. Con este latinismo estamos haciendo referencia a la necesidad de devolver a su estado inicial las cosas, objetos o bienes en general de contenido medioambiental dañados con ocasión del actuar de un particular o, como en este caso, de las administraciones públicas. Podemos usar también otros latinismos parecidos para expresar la misma idea, tales como la reparación *in natura* o la reparación *quo ante*, pero nos parece mejor esta expresión, más común en el derecho civil romano, donde se hablaba de *in pristinum statum redire*, o sea, de la devolución de los bienes dañados a su estado primario, mediando reparación a cargo del que lesionó. Tanto se usa esta expresión, que aún en derecho italiano se emplea el verbo *ripristinare*, con idéntico sentido. Pero debemos aclarar que la reparación *in natura* no es exactamente lo mismo que la *restitutio in pristinum*, ya que aquélla es un concepto más amplio. Efectivamente, con esa expresión hacemos alusión no solamente a la restitución de la cosa a su estado inicial tras una lesión a la misma, sino que engloba también la evitación de futuros daños a la misma gracias a la adopción de medidas correctoras. También diferente es la reparación (o recomposición, como se dice en el art. 41 de la Const. argentina) de la *restitutio in pristinum*. Usamos la perífrasis latina porque, como en tantas otras ocasiones, el latín expresa más sencillamente lo que en español tendría que traducirse con una larga locución. Para abreviar, y por motivos de generalidad, las leyes y sentencias suelen usar el verbo reparar el daño causado, que es el *genus* dentro del que está la *restitutio* como *species*. La reparación del daño implica la obligación de dejar indemne al que lo recibe, pero deja abierto al aplicador del derecho la fijación de los medios a usar: ya sea indemnización económica, valor de compensación, seguros, fondos de garantías, restitución en especie, valor de reposición, valor de equidad, valor de sustitución, etc... También diferente es la expresión latina *restitutio in integrum*, expresión ésta que a veces la jurisprudencia confunde con la que estamos tratando y que no es más que la reparación integral del daño causado. Cuando así decimos nos estamos refiriendo a que la naturaleza específica de los bienes ambientales requieren muchas veces para satisfacer al lesionado no solamente proceder al pago de cantidades monetarias sino también a regenerar el terreno dañado, compensarle el lucro cesante, etc., hasta conseguir compensar el daño sufrido... El vector económico que tanto se usa en el derecho privado no puede servir con exclusividad para restaurar los daños ambientales, y se requieren técnicas de mayor imaginación para compensar los riesgos y lesiones causados. Pero comoquiera que la necesidad de restauración es uno de los principios fundamentales del medio ambiente, en contra de lo que muchos pretenden ficticiamente hacer pensar, nos hallamos en la obligación de intentar devolver el alma y el cuerpo de la naturaleza dañada a su anterior estado. Esta es la causa de la dificultad, y a la vez, necesidad, de la *restitutio in pristinum*, una institución lábil, resbaladiza y difícil porque marca la frontera entre la lógica y la justicia en el mundo del medio ambiente” (Sánchez Sáez, Antonio J., *La “restitutio in pristinum” como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente*, “Medio Ambiente & Derecho”, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, n° 3, nov. 1999).

que la formación binaria riesgo-seguridad ha sido sustituida por la de riesgo-daño. Ello –asevera– ocurre porque el envejecimiento de la sociedad industrial ha permitido que el riesgo residual, controlado, haya dado paso al riesgo específico e inevitable. La consecuencia es que las propias instituciones sociales se convierten en las legitimadoras de peligros que no pueden controlar: se actúa siguiendo parámetros normativos del tiempo del riesgo controlado cuando ese eón ha pasado ya³. El principio de prevención, a no dudar se condice elegantemente con el principio *alterum non laedere*.

El nuevo Código Civil y Comercial instituye la función preventiva del daño imponiendo como deber genérico de toda persona –en cuanto de ella dependa– de evitar causar un daño no justificado (art. 1710, inc. a), y adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud (inc. b) y no agravar el daño, si ya se produjo (inc. c). En caso de que este deber genérico refiera a evitar o disminuir un daño del cual un tercero sería responsable, cabe el derecho de reembolso de los gastos en que hubiere incurrido (inc. c, párr. 2°), de manera tal que en caso que el deber no sea observado por el obligado, cualquier tercero –más allá del ejercicio de la acción preventiva– puede llevar adelante las medidas que eviten o disminuyan el daño, en tanto cuente con un “interés razonable”, exigencia derivada de una interpretación sistemática en relación al art. 1712, teniendo en cuenta la finalidad de la ley (art. 2°, Cód. Civil y Comercial), tanto –en esta oportunidad– desde la perspectiva del legislador como desde la perspectiva inherente al sistema jurídico objetivamente considerado⁴.

El deber genérico impone –como indiqué–: a) el evitar causar un daño no justificado, esto es, un daño antijurídico. Borra la antijuridicidad la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho en los términos del art. 1718, b) adoptar, de buena fe y teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud.

Las medidas que se requieren deben ser adoptadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y conforme al principio general del derecho de la buena fe.

El principio de la buena fe se halla consagrado en el art. 9 del Cód. Civil y Comercial: “*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe*”. Constituye una imposición ineludible: Nunca el ejercicio de un derecho puede ser contrario a la buena fe. El deber genérico de prevención impone tomar medidas que eviten el daño o lo atenúen. Dichas medidas deben ser ejercidas conforme al parámetro de la buena fe. La imposición del art. 1710 guarda absoluta coherencia con el art. 9 dado que el ejercicio de un derecho, en la medida que implique causar un daño antijurídico deviene contrario a la buena fe, a más de ilegal. Así, se impone la obligación de adoptar las medidas conducentes a su evitación o morigeración. El principio de la buena fe, en cuanto general, constituye un mandato de optimización.

Se ha distinguido entre el llamado “Estado legal de derecho”, y “Estado constitucional de derecho”. El primero hace hincapié en la formalidad, cuya consecuencia

³ Conf. Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, tr. J. Alborés Rey, Madrid, Siglo XXI, 2002.

⁴ Ver sobre el tema de interpretación de la ley, Azar, Aldo M., *Del espíritu de la ley a los fines de la ley: concepto, evolución del concepto y alcance de la regla de interpretación legal*, JA, 3-1-3 y siguientes.

es la “seguridad jurídica” para lo cual se requiere el observar “la ley formal”. El segundo, en cambio centra el sostenimiento del Estado de derecho en el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución nacional. El Estado constitucional de derecho es el que permite el respeto irrestricto a los derechos humanos, consagrados como derechos fundamentales en nuestra Constitución nacional. Dentro de este Estado constitucional de derecho, en ninguna decisión judicial, a fin de resolver una controversia sujeta a su imperio puede omitirse el tamiz previo del caso por los derechos humanos. El modelo que ha de adoptarse es del llamado “principios y reglas”, donde la vigencia de las “reglas” en relación al caso concreto, depende de su adecuación a los “principios” ínsitos en los derechos humanos. El deber de no dañar a otro (*alterum non laedere*) halla su consagración el art. 19 de la Const. nacional, y tal como se desprende de su propio enunciado contempla como fundamental –esto es ínsito a sí mismo– la alteridad. Dicho deber tiene su correlato en el deber de prevención. No he de dañar a otro, y además he de prevenir que con mi acción u omisión dañe a otro. Si el otro resulta dañado deviene en víctima.

Debo referirme especialmente a la consagración que nuestra carta magna ha hecho de los derechos de la víctima. Al resultar una persona lesionada como consecuencia de un hecho ilícito, ya sea que el responsable lo sea en virtud de un factor de atribución subjetivo u objetivo, entran en inmediata acción jurídica los principios constitucionales de protección de la persona humana.

“El humano” en palabras de Zaffaroni⁵, principios derivados del valor supremo consagrado en la Constitución nacional: La vida, tal como surge de los tratados con jerarquía constitucional incorporados en la reforma de 1994: art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 1° de la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La víctima –en realidad podemos decir “el hombre”– deviene en el centro de la preocupación del derecho en miras a su protección (art. 25, inc. 1, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 10, Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–) esa protección general presenta características específicas en la óptica fraccionada del derecho: penal, ambiental, laboral, civil. Desde esta última perspectiva, tal protección se halla consolidada en el moderno derecho de daños.

Es cierto que pueden existir principios contrapuestos, pero en ese caso deberá ponderarse cual de ellos tendrá primacía en el caso concreto. Dicha ponderación ha de ser convenientemente argumentada en la decisión judicial a fin de asegurar el requisito constitucional de motivación de la solución dada al caso. Resulta claro que no todos los casos sujetos a una decisión judicial son, desde la perspectiva de su complejidad, iguales. Hay casos “fáciles” y “casos difíciles”. En los primeros la solución jurídica aparece como sencilla desde la óptica argumentativa, y en los segundos no.

En este sentido, Chaumet se ha explayado sobre la necesidad de abundar en las razones que justifican la decisión judicial en los casos difíciles⁶. Concebido el de-

⁵ Zaffaroni, *La Pachamama y el humano*, Bs. As., Madres de Plaza de Mayo, 2011.

⁶ Chaumet, Mario E., *Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles*, “Cartapacio”, n° 4, Universidad Nacional de Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). “En las últimas décadas la teoría del derecho se ha concentrado en tratar de mostrar un razonamiento jurídico y, especialmente, un razonamiento judicial acordes con las necesidades de la época. Así, por ejemplo, se sostiene que la justificación de las decisiones judiciales no sólo se debe ver como una exigencia técnica sino como un fundamento que hace a la legitimidad de los jueces. Es que en la sociedad de-

recho como un sistema cuyos elementos tienen como fin la justicia, en cada caso se ha de analizar la interacción sistémica de las normas aplicables al caso, tanto las constitucionales, como las de inferior jerarquía.

Recordemos que un sistema constituye un conjunto de partes o elementos que interaccionan entre sí. La interacción del conjunto lo es en miras a un objetivo concreto como definición del propio sistema, de manera tal que existe una influencia mutua entre sus elementos componentes. Estos elementos normativos integrantes del sistema, como señaláramos, accionan entre sí en función de la consecución del fin de sistema, el cual es la justicia. La interacción de los elementos sistémicos en los casos difíciles deben ser analizados en función argumentativa con la finalidad de determinar que el razonamiento no es arbitrario, ni dogmático, sino que es consecuente con el cumplimiento del fin del derecho y la primacía de los principios sobre las reglas, debiendo estas últimas, en cuanto se presentan coexistentes en idéntica jerarquía, aplicadas o no al caso, en relación precisamente de la primacía lógica de dichos principios.

Siguiendo el pensamiento de Alexy, entendemos que el discurso jurídico presenta límites, dado que sus reglas permiten que varios participantes en un mismo discurso en relación a un mismo caso, lleguen a soluciones incompatibles entre sí. La argumentación jurídica se dirige a problemas prácticos abordándolos a través de un método que garantiza la racionalidad de la argumentación y del resultado, pero no una única respuesta correcta. Cumple, pues, sólo la función de suministrar medios para el control del discurso jurídico, en la cual los principios juegan un papel fundamental en la aplicación al caso concreto, donde la pretensión de corrección deberá formularse mediante la ponderación de dichos principios, porque, aunque no

mocrática de derecho los individuos –lejos de conformarse con una apelación al criterio de autoridad– exigen razones: sabido es que la forma más eficiente de prevenir la arbitrariedad en la justificación de las decisiones es presentar públicamente buenas razones. Como lo sostiene Aarnio, en el Estado moderno la necesidad de dar razones (justificaciones) y la democracia van de la mano... Por un lado, en los casos fáciles la solución está predeterminada por las normas, los hechos no ofrecen inconvenientes en cuanto a su reconocimiento o calificación y el operador jurídico se limita a realizar una simple deducción, para alcanzar ‘la’ respuesta correcta del caso. Cualquier observador diría que otras soluciones son equivocadas. El resultado es para todos concluyente. En los casos difíciles, ya sea por razones normativas (ambigüedad, indeterminación, antinomias) o fácticas (problemas de relevancia, prueba, calificación, etc.) nos encontramos con que el operador jurídico no puede basarse exclusivamente en un razonamiento deductivo y, hay quienes piensan, se debe acudir también a otros parámetros para justificar la decisión. Muchos creen que se trata de casos donde hay opciones en conflicto y es imprescindible determinar cuál es la adecuada... A su vez, se han tratado de señalar nuevas categorías como, por ejemplo, los casos intermedios que menciona Barak y, en especial, los casos trágicos en los que –conforme la caracterización de Atienza– es imposible encontrar alguna solución que no implique el sacrificio de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico. Se supone que la adopción de una de las posibles soluciones no significa ya enfrentarse con una simple alternativa sino con un dilema... Es que ‘las decisiones jurídicas son el resultado de complicados procesos información y razonamiento en los que inciden problemas de fáctica; otros estrictamente hermenéuticos derivados de la búsqueda de la norma o normas aplicables al caso y la especificación de su significado a tenor del caso concreto y, por último, factores subjetivos y contextuales de índole social, política e ideológica’. Esto significa que en muchos casos el operador del derecho y especialmente el juez no pueda escudarse en el modelo mecánico de razonamiento deductivo. En los casos difíciles y, con mayor razón, en los trágicos se necesitará de una mayor carga en la justificación de las decisiones. Por eso se ha dicho que en los casos difíciles el juez debe acudir también a criterios de racionalidad práctica. Ello impone que cuanto más difícil sea el caso (y más aún en los casos trágicos) mayor será la carga de argumentación”.

es posible garantizar una única respuesta sí es posible arribar a una decisión racionalmente fundamentada⁷.

Delimitado así el significado de “principio” en cuanto al de buena fe, debemos entender que éste ordena reglas de comportamiento cooperativo en la mayor medida posible en el caso; constituye un estándar de conducta, y cumple, tal como indica Lorenzetti⁸ las funciones de interpretación objetiva, dado que “*no se refiere a lo que las partes entendieron efectivamente, sino a lo que pudieron entender conforme a lo que es ordinario que entiendan*”; es fuente de derechos referidos al buen comportamiento según pautas objetivas, expresadas por las partes y conforme a los usos, costumbres y la equidad; cumple una función hermenéutico-integrativa; actúa en función correctiva del ejercicio de los derechos, constituido en un deber ser que actúa como control y límite; finalmente es eximente de responsabilidad “si hay buena fe no hay culpabilidad en el obrar”.

a. Acción preventiva

El 1711 dispone que “*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*”.

La procedencia corresponde frente a cualquier acción u omisión antijurídica que amenace con producir un daño, o producido éste sea previsible su continuación, o su agravamiento.

⁷ Alexy, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, “Doxa”, n° 5, 1988. “Según el modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos. Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta... El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son pues mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas... Consecuentemente los principios establecen una obligación que puede cumplirse en diversos grados, conforme las posibilidades jurídicas que establecen otros principios y reglas en sentido contrario, y del contexto fáctico en que se aplican, por lo cual la aplicación de los se realiza mediante la operación de ponderación entre los mismos, a diferencia del de las reglas, cuya aplicación se realiza en forma de subsunción. Cuando confluyen dos principios no existe una contradicción, sino una tensión entre ellos, y se resuelve la supremacía de uno frente a otro respecto al caso concreto, sin que por ello al principio que se lo hace retroceder se lo declare inválido. La teoría débil de los principios de Alexy, se halla integrada por tres elementos, consistentes en: 1) un sistema de condiciones de prioridad, el cual permite que la ponderación en la aplicación de los principios a casos concretos sirva para la decisión en nuevos casos, de manera tal que: ‘las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio’; 2) un sistema de estructuras de ponderación, derivada del requisito de optimización, y 3) un sistema de prioridades prima facie que establece la carga de la argumentación, de manera tal que la prioridad que se establece de un principio otro puede cambiar en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la de la prueba”.

⁸ Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, t. I, art. 9, p. 50 a 56.

En primer lugar se exige que la acción u omisión sea antijurídica, esto es, que contradiga el ordenamiento jurídico, que sea contraria a derecho. Vazquez Ferreyra⁹ entiende que la antijuridicidad hace a la conducta y no al resultado, dado que en virtud del principio *nemien laedere* todo daño es antijurídico salvo que concorra alguna causa de justificación. Afirma que “*No sería a nuestro juicio admisible una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad que pueda ser generadora de un daño*”.

Creo que corresponde formalizar algunas precisiones al respecto. La frondosa doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional en relación al principio de prevención consagrado en el marco del derecho ambiental, nos ha demostrado la viabilidad –necesaria– de acciones de prevención del daño ambiental respecto de actividades lícitas, como verbigracia una actividad industrial, debidamente autorizada, e incluso con la correspondiente evaluación de impacto ambiental. Si ésta afecta el ambiente, la salud pública, e incluso la salud individual, la acción procederá, siempre en la medida que se pruebe el riesgo cierto de afección del bien jurídico de que se trate. No creo que dicho argumento sea extraño a la acción consagrada en el art. 1711 del Cód. Civil y Comercial. Comparto que la mera posibilidad –como ser la circulación de automóviles, ejemplo que el jurista citado plasma en su opúsculo– no constituiría elemento probatorio suficiente a los fines de dar curso a la acción; pero no inhabilita la procedencia de la acción de prevención que la conducta o actividad sea lícita, desde la perspectiva de la habilitación o autorización administrativa.

Explica Vazquez Ferreyra, en relación al ejemplo referido, que: “*debería iniciarse la acción de prevención frente a una acción u omisión que vulnera una norma específica del ordenamiento (antijuridicidad formal)*”. En este sentido, coincido con el autor, pero precisando que la norma específica del ordenamiento debe entenderse en el sentido tanto de reglas como de principios. Así, una actividad “lícita” que pueda generar (conforme se acredite debidamente) un daño verbigracia, ambiental puede ser objeto de esta acción (sin perjuicio de las contenidas en leyes especiales y en el art. 43 de la Const. nacional) y ello porque en definitiva pone en riesgo un bien jurídico –en el caso en ejemplo– protegido constitucionalmente; y si lo pone en riesgo –porque de llevarse a cabo tal acción se produciría el daño–, la actividad o conducta no puede reputarse lícita porque contraría el principio protectorio del ambiente consagrado en el art. 41 de la Const. nacional. El mismo razonamiento es aplicable a los restantes bienes jurídicos protegidos.

Ahora bien, cuando la acción de prevención no tiene por objeto evitar la producción del daño, sino su continuación o agravamiento, nos encontramos –para que proceda– frente al hecho de la existencia de un daño injusto y el rechazo de la acción sólo sobrevendrá si el accionado prueba que se trata de un daño justificado. Aquí la antijuridicidad puede referirse tanto a la conducta y al resultado (desvalor de la acción y desvalor del resultado), como al resultado (desvalor del resultado), tal el caso que el daño o su agravamiento derive exclusivamente del factor objetivo riesgo.

El art. 1712 dispone que “*Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño*”. El “interés razonable” implica un concepto abstracto, que se concretizará en cada caso concreto, conforme la sana crítica

⁹ Vazquez Ferreyra, Roberto A., *Aspectos generales de la responsabilidad civil en el nuevo Código de derecho privado*, “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, año XVII, n° 2, feb. 2015.

judicial. Dicho interés deberá ser analizado en directa relación con el bien jurídico tutelado, teniendo en cuenta su jerarquía, si es individual o colectivo, etcétera. En el caso de que se trate de la afección o posible afección de un bien jurídico colectivo, la acción puede desarrollarse como acción de clase si los derechos en riesgo o afectados son individuales homogéneos, debiendo el juez remitirse en tal caso a los parámetros determinados en el caso “Halabi”.

El art. 1713 dispone que *“La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”*. La norma obliga al juez a ponderar, al momento de dictar la sentencia que hace lugar a la acción preventiva, dos criterios: a) el de menor restricción posible, y b) el de medio más idóneo para el logro de la finalidad preventiva. Dicha ponderación queda sujeta al sano criterio del juez, pero sobre la base de una pauta de hierro cual es la obtención de la finalidad de la acción. En definitiva todo esto significa que en la sentencia se deberá determinar argumentativamente la ponderación realizada, sobre la base de lo petitionado por las partes, sin perjuicio de su facultad de apartarse en cuanto las peticiones se presenten excesivas en función de la finalidad obligada de la acción, conforme la ponderación que realice.

b. Aspectos procesales

La ley de fondo no regula procedimiento alguno aplicable. Consecuentemente, la acción podrá interponerse por la vía del amparo individual o colectivo. En la provincia de Santa fe, en las ciudades de Santa Fe y Rosario donde existen tribunales colegiados de responsabilidad extracontractual se podrán presentar algunas cuestiones interpretativas.

Así la acción de prevención puede ser en cuanto a su contenido de competencia de los TCJORE, pero si se opta por la vía del amparo, en principio sería competencia de los jueces de distrito en lo civil y comercial, en atención a que aún en el supuesto que se entendiera que el trámite del amparo puede ser resuelto por el juez de trámite, la resolución será susceptible de revocatoria al pleno y luego sólo objeto del recurso casatorio, lo cual, por un lado impone una vía recursiva extra y por el otro una limitante en la concurrencia por ante la Cámara derivada de precisamente, la naturaleza casatoria del recurso de apelación extraordinario en virtud de la intervención colegiada. Ahora bien, si en el mismo caso, el actor no optara por la vía amparista, la competencia de los TCJORE sería ineludible. Como no existe, a la fecha, regulada procesalmente la acción de prevención en atención a la calidad de la acción y conforme los bienes jurídicos protegidos creo que deberá adoptarse el proceso sumarísimo, con resolución por el juez de trámite quedando habilitada la posterior vía recursiva interna y recurso casatorio por ante la Cámara.

Vemos así que, la acción de prevención estatuida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación puede revestir una faz individual, donde se busque prevenir un daño ambiental individual, como una faz colectiva, mediante la cual se podrá, en consonancia con los presupuestos mínimos de derecho procesal ambiental de fondo, implementarse la efectiva realización de los principios de prevención y precaución ambiental, esto es, la efectiva protección del bien jurídico “ambiente”. Cabe des-

tacar que dicha acción desde su perspectiva colectiva puede pretender la protección del bien jurídico colectivo ambiente, como la de los derechos individuales homogéneos que podrían verse afectados como reflejo de una amenaza al ambiente.

2. Prevención y precaución o cautela

Los principios de prevención y de precaución o precautorio, derivados del principio constitucional de protección del ambiente¹⁰ se constituyen en axiales del derecho ambiental. Actuando en interacción funcionan como motor a fin de evitar el impacto negativo sobre el ambiente.

El principio de la prevención invoca la necesidad de impedir la producción de un daño ambiental mediante una práctica, respecto de la cual, se sabe conocido y previsible. La ley 25.675 lo define indicando que 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. La reparación en el caso del daño ambiental deviene tardía y a veces imposible, y en función de la necesidad de proteger el ambiente en pos de la continuidad de la vida humana, la prevención implica una obligación inserta en el derecho-deber a un ambiente sano, que se traduce asimismo en la primaria acción del Estado, ya sea tanto desde el órgano Ejecutivo, como desde el Legislativo o el Poder Judicial. La prevención es un rasgo distintivo del derecho ambiental¹¹.

El principio de precaución –como indiqué supra– está referido a la necesidad de imponer cautela frente a una situación de incertidumbre científica, del cual puede derivar una situación de riesgo, debido a que no se encuentra suficientemente demostrado, mediante el conocimiento científico, el posible daño, es decir, la posibilidad de la existencia de un daño grave e irreparable, derivado de una actividad o proyecto, en el cual la incertidumbre recae sobre el saber científico.

La Declaración de Río de Janeiro (1992), en su Principio 15 indica que “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. 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”.

La ley 25.675 formula este principio de manera similar, indicando 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. Nótese que nuestra legislación vernácula suprime de la definición la palabra “absoluta”, de manera tal que anticipa la precaución a la hipótesis de falta de certeza científica sin más.

¹⁰ Conf. Arcocha, Carlos E. - Allende Rubino, Horacio, *Tratado de derecho ambiental*, Bs. As., Nova Tesis, 2007.

¹¹ Conf. Cafferatta, Nestor A., *El principio de prevención en el derecho ambiental*, “Revista de Derecho Ambiental”, n° 0, nov. 2004.

El principio halla recepción, asimismo en el Preámbulo de la Convención sobre Biodiversidad (ley 24.375), al indicar que *“cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”*.

También es receptado en la Convención marco sobre cambio climático (ley 24.295), en el art. 3.3: *“Las partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos”*.

Estos principios, con finalidad protectora ambiental, se hallan indisolublemente unidos a la construcción del bien jurídico tutelado: “el ambiente”. Desde nuestra perspectiva constitucional (art. 41), el ambiente se constituye como un bien del tipo complejo, integrado por diversos elementos, pero que, a su vez dimana como generador de derechos. Así, a partir de su protección, como elemento esencial para la existencia física, intelectual y cultural del hombre, se genera el derecho a un ambiente sano, como derecho humano. Este derecho humano al ambiente es comprensivo del acceso a los recursos elementales para la vida. La aptitud para el desarrollo humano que exige la Constitución al ambiente “sano” comprende, sin lugar a dudas la salud humana, y en definitiva, desde la perspectiva ambiental antropocéntrica que se deduce de la cláusula ambiental constitucional, el hombre es el elemento axial, razón de ser de la protección¹².

¹² “Si bien cual razonaremos ut infra las leyes 2287 y 2553 pueden satisfacer los extremos mínimos de la integración normativa, lo cierto es que hay asignaturas pendientes de organismos de la Administración que han evidenciado una cierta desaprensión hacia sus obligaciones para con los representados por la actora y sus adherentes que van más allá de la demora de más de treinta y tres años en el cumplimiento de la ley 694, o en el deber de informar de modo suficiente y completo sobre el tenor, contenido y alcances del ‘Proyecto Calcatreu’, con aplicación del ‘principio de precaución’, sino en entender que el primer y más preciado bien de la naturaleza es ‘el hombre’ y que si la ley exige que se haga un estudio de impacto ambiental y a posteriori se apruebe solamente cuando no causa daño o si lo causare, sea susceptible de reparación y se lo repare en tiempo y forma oportunos, esa tarea no puede quedar circunscripta a la flora, la fauna, el suelo, el aire o el agua, sino principalmente al hombre, en especial si funciona en comunidad, tiene preexistencia y arraigo en el medio, y la Constitución, el derecho supranacional y el orden jurídico interior le está reconociendo como novedosos, ciertos derechos de origen remoto... el principio de precaución se inserta en el amplio espectro de protección del ambiente, teniendo asimismo en mira los intereses de las generaciones futuras (art. 41, Const. nacional), en función de prevenir daños al ecosistema, esencial para la subsistencia de los seres humanos. Dicho principio, en tanto incrementa fuertemente el deber de diligencia, instaura una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil: el aseguramiento de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos. Así como el principio de previsión tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos –y por lo tanto imprevisibles–. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre” (conf. Goldenberg, Isidoro H. - Cafferatta, Néstor A., *El principio de precaución*, JA, 2002-IV-1442; ver además Cafferatta, Néstor, *El principio precautorio*, LL, 2003-

El bien jurídico ambiente, es sin duda, un bien colectivo. Su protección se enmarca dentro de la relevancia que cobra en la posmodernidad, la protección de los “bienes colectivos”, en un retorno a la revitalización de la protección de intereses “supraindividuales”, frente a la nueva visión de lo complejo, que nos presenta una interrelación ineludible entre los “bienes individuales” y los “colectivos” de manera tal que la protección de unos implica la de los otros, comprendiendo siempre que, en la interpretación de la protección dada por el derecho habrá de ponderarse la primacía protectiva, en función del juego de distintos principios, equivalentes, pero que habrán de enlazarse en una función jerárquica, conforme el caso ante el cual deban ser aplicado.

Los bienes supraindividuales son considerados por el derecho como bienes jurídicos protegidos, en razón de haber construido la sociedad una especial valoración en torno a ellos. Tal el caso del ambiente. La sociedad ha tomado conciencia de la importancia basal de la protección ambiental, y la directa relación con la salud pública y con la calidad de vida. La protección deviene en función de y para el desarrollo del hombre, esto es la persona y su libre desarrollo. En este sentido en la tensión entre la protección del bien individual y de los bienes colectivos, correspondientes a la sociedad en su conjunto, la primacía de la protección de los bienes colectivos deviene en la razón de la protección de los individuales; sin la protección de determinados bienes colectivos se atenta contra la cohesión del Estado, contra la paz social, contra la existencia misma de la especie humana.

Los bienes colectivos juegan de alguna manera como una limitante en función social al ejercicio de los bienes individuales. Así, el principio protectivo del ambiente deviene en una “función social ambiental” de la propiedad, en especial de la propiedad de los recursos naturales, donde el propietario individual deberá “administrar” el recurso en relación a los intereses sociales, sin que por ello pierda su derecho de propiedad, pero limitando su ejercicio en función de la sustentabilidad. Los bienes colectivos están en función y en interacción con los bienes individuales. Estos bienes se caracterizan por la inexistencia de exclusividad en su uso, ni rivalidad en su consumo. Nadie puede pretender una apropiación directa y exclusiva del bien, pueden disfrutarlo todos los componentes de la sociedad, sin excepción alguna.

La “incursión” de los bienes colectivos viene de la mano de un reencantamiento con los valores, de la revitalización de la ética, de la ética ambiental, de la bioética, en aras de la protección del ambiente y la salud pública, de manera tal

420 y ss.; Andorno, Roberto, *El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la era tecnológica*, LL, 18/7/02) pone de relevancia que “el principio de precaución funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido aún científicamente comprobada de modo pleno. Esto es precisamente lo que marca la diferencia entre la ‘prevención’ y la ‘precaución’. En el caso de la ‘prevención’, la peligrosidad de la cosa o de la actividad ya es bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. Un ejemplo típico de prevención está dado por las medidas dirigidas a evitar o reducir los perjuicios causados por automotores. En cambio, en el caso de la ‘precaución’, la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar respuesta acabada al respecto. Dicho de otro modo, la prevención nos coloca ante el riesgo actual, mientras que en el supuesto de la precaución estamos ante un riesgo potencial” (Goldenberg - Cafferatta, *El principio de precaución*, JA, 2002-IV-1442). STJ Río Negro, 16/8/05, “CODECI (Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas) c/Provincia de Río Negro”, Lexis 35002186.

que en la construcción del bien jurídico protegido, “ambiente” juegan un rol preponderante los valores, y en ese orden la eticidad innata al derecho.

En este sentido, sin duda el basamento filosófico del principio de precaución, puede hallarse en la ética de la responsabilidad de Hans Jonas, quien, a partir de la valoración de las consecuencias incorpora la consecuencia deontológica en relación a las generaciones futuras. Señala que “El poder unido a la razón, lleva asociada la responsabilidad... El poder y el peligro hacen manifiesto un deber que, en virtud de la inexcusable solidaridad con el resto de las cosas, se extiende, también sin un conocimiento específico, desde el ser propio al general”¹³.

Jonas plantea una dialéctica del poder, concebida con el nacimiento de un poder de primer grado, dirigido hacia una naturaleza que parecía inagotable, tras el cual surge un poder de segundo grado, que arrebató el control al usuario. Surge entonces, ante la inminencia de la catástrofe, un poder de tercer grado, que implica la autolimitación del poder. “Éste sería un poder que actuaría sobre el poder de segundo grado, el cual ya no es poder del hombre, sino poder del propio poder para ordenar su empleo a quien supuestamente lo posee, para convertirlo en abúlico ejecutor de sus capacidades, de tal modo que en lugar de liberar al hombre lo esclaviza”. Para Jonas, este poder de tercer grado habrá de proceder de la sociedad, “pues ningún entendimiento, responsabilidad o temor privados son suficientes para tal tarea”¹⁴. Este poder “social” sólo será posible mediante una ética de la participación y tolerancia. El ejercicio mismo del poder de tercer grado exige participación. Según Jonas el primer deber de la ética de la responsabilidad consiste en la representación ficticia de los efectos remotos de nuestras acciones presentes, imaginándonos la catástrofe, dado que “acerca de lo malo no tenemos duda alguna cuando lo experimentamos; acerca de lo bueno adquirimos seguridad, la mayoría de las veces, sólo por el rodeo del mal”¹⁵. Todo ello nos lleva a proceder con cautela.

Como hemos indicado en otro lugar¹⁶, el principio de precaución integra el principio jurídico protector del ambiente. Hemos dicho que nos encontramos frente a un *principio jurídico*, que se desarrolla como una concepción ética en la faz sociológica, que ha de informar como principio general del derecho en la faz normológica, y que se presenta como *valor* ha de ser realizado a través de la justicia en la faz dikelógica.

En su faz sociológica, el principio protector del ambiente cuenta con una recepción generalizada en la sociedad actual. Se ha comprendido –finalmente– que el ambiente no debe seguir siendo degradado indiscriminadamente. En tal sentido, cabe rescatar la definición de desarrollo sustentable que se dieron las ciudades europeas en la Carta de Aalborg (Dinamarca, el 27 de mayo de 1994): “La sostenibilidad ambiental significa preservar el capital natural. Requiere que nuestro consumo de recursos materiales, hídricos, energéticos, renovables, no supere la capacidad de los sistemas naturales para reponerlos, y que la velocidad a la que consumimos recursos no renovables no supere el ritmo de sustitución de los recursos naturales duraderos. La sostenibilidad ambiental, significa asimismo, que el ritmo de emisión de contaminantes no supere la capacidad del aire, del agua y del suelo de absorberlos

¹³ Jonas, Hans, *El principio de responsabilidad*, Barcelona, Herder, 1992, p. 230.

¹⁴ Jonas, *El principio de responsabilidad*, p. 236.

¹⁵ Jonas, *El principio de responsabilidad*.

¹⁶ Arcocha - Allende Rubino, *Tratado de derecho ambiental*.

y procesarlos. La sostenibilidad ambiental implica además el mantenimiento de la diversidad biológica, la salud pública y la calidad del aire, el agua y el suelo a niveles suficientes para preservar la vida y el bienestar humanos, así como la fauna y la flora para siempre”.

En la faz normológica, el principio protectorio del ambiente, cobra plena vigencia en la Constitución nacional, en sus arts. 41 y 43. La construcción constitucional imbrica el derecho humano a un medio ambiente sano y apto para el desarrollo humano, con el bien jurídico colectivo protegido: “el ambiente”. Por su parte, el art. 43 en su segunda parte, establece la correspondiente garantía al crear el denominado “amparo colectivo”: *“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”*.

A partir del caso “Halabi”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido incluida en la manda constitucional a las “acciones de clase”¹⁷. En la faz axiológica, se presenta como un *valor a ser realizado por la justicia*. En este sentido la naturaleza, y la cultura humana, se presentan como un valor digno de consideración y defensa.

a. Mercosur. Acuerdo marco sobre medio ambiente

Este acuerdo fue suscripto el 22 de junio de 2001, ratificado en la Argentina por ley 25.841 sancionada el 26 de noviembre del 2003, y promulgada de hecho el 9 de enero del 2004. El acuerdo, en virtud de la ratificación de todos los Estados partes, entró en vigencia el 27 de junio del 2004.

Los impactos negativos de la globalización y su realidad ineludible, la necesidad de coordinación para la defensa de los intereses comunes y los valores señeros del proceso de integración han alumbrado y se han plasmado en esta norma; los supremos repartidores han entendido la necesidad de formular repartos más justos, diseñar un plan de gobierno que concluya con la eliminación de las brutales diferencias sociales existentes.

¹⁷ “El caso ‘Halabi’, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 24 de febrero de 2009, instituyó pretorianamente las acciones de clases (*class actions*), en nuestro derecho. Dicha creación pretoriana influye –necesariamente– en la interpretación de las normas sobre daño ambiental contenidas en la ley 25.675... A la luz del fallo ‘Halabi’, y en la interpretación dogmática de la Corte, diversos aspectos de la regulación legal, que generaban interrogantes en relación a la inteligencia de las normas contenidas en los artículos indicados, pueden ser contestados en forma sistémica, logrando resultados interpretativos jurídicamente adecuados... En suma, en la ley 25.675, se encuentran comprendidas normas aplicables, no sólo al daño colectivo, esto es, aquel que afecta al ambiente como bien jurídico colectivo –comprensivo del patrimonio natural y el patrimonio cultural... del art. 41 de la Const. nacional–, sino también aplicables a las acciones de clase –referidas a derechos individuales homogéneos– que tengan como causa común, un daño ambiental” (Allende Rubino, Horacio, *La aplicación de los artículos 27 a 33 de la ley general del ambiente en relación con el caso “Halabi”, Zeus*, 12-115).

El Preámbulo del acuerdo menciona *“la necesidad de cooperar para la protección del medio ambiente y la utilización sustentable de los recursos naturales, con vistas a alcanzar una mejor calidad de vida y un desarrollo económico, social y ambiental sustentables”*, sostiene sin hesitación *“los beneficios de la participación de la sociedad civil en la protección del medio ambiente y en la utilización sustentable de los recursos naturales”*; y ratifica *“la importancia de la cooperación entre los Estados partes”*. En esta primera parte del Preámbulo las partes han acordado en concluir que para una mejor calidad de vida es indispensable la protección del ambiente y para ello la utilización sustentable de los recursos naturales, lo cual sólo puede llevarse a cabo a través del desarrollo sostenible. Ello se ratifica en cuanto a continuación el Preámbulo reafirma *“los preceptos de desarrollo sustentable previstos en la Agenda 21, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992”* y considera *“que las políticas comerciales y ambientales deben complementarse, para asegurar el desarrollo sustentable en el ámbito del Mercosur”*. Entienden asimismo que todo ello sólo puede lograrse en la medida en que logre estructurarse un *“marco jurídico que facilite la efectiva protección del medio ambiente y el uso sustentable de los recursos naturales de los Estados partes”*. La dimensión jurídica en cuanto elemento indispensable del sistema es especialmente mencionado. La necesidad de participación de la sociedad civil que aparece como elemento necesario debe ser entendido como mención expresa a la democracia participativa.

Los arts. 1° a 4° del acuerdo componen su núcleo teleológico, al establecer –previa ratificación de la Declaración de Río 92– como objeto primario al principio jurídico protectorio del ambiente, con la finalidad de lograr una mejor calidad del ambiente y de la vida de la población. Asimismo se busca la eficacia, al determinarse acciones que cada Estado debe contemplar, en miras a la realización del objeto del Acuerdo. Podemos decir que los Estados se obligan a cumplir el principio jurídico protectorio del ambiente de manera eficaz. Para ello, la integración deberá ir de la mano de la protección del ambiente, por la vía de la consideración de la dimensión ambiental en la toma de decisiones. El plan de gobierno integrativo deberá considerar la dimensión ambiental, de manera tal que tanto en los actos que involucren recursos naturales compartidos, como en la producción de normas siempre deberá considerarse la protección del ambiente. En función de ello impone la aplicación de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio.

La dimensión axiológica cobra virtualidad normativa, en la interacción del sistema, mediante la incorporación de la cuestión ética en el centro de las discusiones de la integración, convirtiéndola en el marco de la propia colaboración e integración de los Estados. Así el art. 6°, inc. l, establece que es obligación de los Estados parte, en su ámbito interno: *“(l) promover la educación ambiental formal y no formal y fomentar conocimientos, hábitos de conducta e integración de valores orientados a las transformaciones necesarias para alcanzar el desarrollo sustentable en el ámbito del Mercosur”*. La dimensión sociológica también halla su consideración en el acuerdo al establecer el inc. m del art. 6° que habrán de considerarse *“los aspectos culturales, cuando corresponda, en los procesos de toma de decisión en materia ambiental”*.

Se hace hincapié en la estructura tridimensional de la cuestión ambiental, cuando en los incs. a y e se establece que los Estados parte deberán *“incrementar el intercambio de información sobre leyes, reglamentos, procedimientos, políticas y*

prácticas ambientales así como sus aspectos sociales, culturales, económicos y de salud, en particular, aquellos que puedan afectar al comercio o las condiciones de competitividad en el ámbito del Mercosur... contribuir a la promoción de condiciones de trabajo ambientalmente saludables y seguras para que, en el marco de un desarrollo sustentable, se posibilite mejorar la calidad de vida, el bienestar social y la generación de empleo”.

Debemos, igualmente, hacer mención a las directrices básicas en materia de política ambiental (Mercosur\GMC\res n° 10/94), en cuanto también refieren a la necesidad de: *“asegurar la armonización de la legislación ambiental entre los Estados parte del Tratado de Asunción, entendiendo que armonizar no implica el establecimiento de una legislación única. A los fines de analizar comparativamente las legislaciones serán consideradas tanto las normas vigentes como su real aplicación. En caso de lagunas de las legislaciones ambientales, será promovida la adopción de normas que consideren adecuadamente a los aspectos ambientales implicados y aseguren condiciones equánimes de competitividad en el Mercosur”.* Mención al marco jurídico, en su faz normológica (legislación vigente), como en su faz sociológica (real aplicación) y delictológica, al mandar a cubrir las lagunas con normas que consideren adecuadamente los aspectos ambientales, en interacción con el acuerdo marco, art. 6°, inc. I.

En resumen, podemos decir que en el marco del reparto autónomo formulado por los Estados parte integrantes del Mercosur, quienes asimismo actúan como autores de la norma, se estructura el acuerdo marco sobre medio ambiente del Mercosur, incorporando el principio jurídico protectorio del ambiente.

El acuerdo resulta el exponente de la recepción de la dimensión sociológica en una continuidad histórica en interacción con la dimensión axiológica, que, en miras a la realización del valor justicia, buscan construir una integración donde la cuestión ambiental sea la piedra angular en la toma de decisiones para mejorar la calidad de vida de todos los habitantes, destinatarios primarios y últimos en una concepción circular de la norma ambiental. Norma que si bien la catalogamos como “ambiental”, por imperio de una necesaria fragmentación, integrada al sistema se presenta como una norma transversal en relación a las ramas del mundo jurídico. Todo el derecho ambiental es transversal en este sentido.

La norma busca asegurar su eficacia (exactitud), esto es, la aplicación real, en cumplimiento del plan de gobierno, que busca consolidarse sobre la ejemplaridad, en busca de la realización de los valores comprometidos. Busca la justicia que desde un punto de vista metaético podemos considerarla como parte de la energía del sistema que en interacción constante busca cohesionar lo justo considerado como la distribución de lo material, que posibilite el desarrollo de lo espiritual de manera tal de asegurar la calidad de vida del hombre.

b. Unión Europea

La Unión Europea adopta el principio de precaución a través del art. 130, apdo. 2 del Tratado de Maastrich (luego art. 174, apdo. 2) actual art. 191, donde se dispone: *“2. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situacio-*

nes existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión”.

La jurisprudencia europea, asimismo ha receptado el principio de precaución. Destaco el fallo “Pfizer Animal Health SA c/Consejo de la Unión Europea” dictado por el Tribunal de Primera Instancia las Comunidades Europeas (Sala tercera), donde, al referirse al principio, en el marco del reclamo de la actora por la decisión de la Comisión de prohibir el uso de la *virginiamicina* como aditivo en la alimentación animal precisa: “1) que el principio de cautela resulta basal de la política de la Comunidad en cuanto refiere a la protección ambiental; 2) que según reiterada jurisprudencia, las exigencias en materia de protección de la salud constituyen un componente de las demás políticas de la Comunidad y es preciso por tanto tenerlas en cuenta en la aplicación de la política agrícola común realizada por las instituciones comunitarias; 3) que las instituciones comunitarias podían adoptar una medida preventiva sobre la utilización de la *virginiamicina* como aditivo en la alimentación animal aunque, a causa de la incertidumbre científica subsistente, no se hubieran demostrado aún plenamente la realidad y la gravedad de los riesgos para la salud humana relacionados con esta utilización y que en materia de aplicación del principio de cautela, que se produce por definición en un contexto de incertidumbre científica, no cabe exigir que la evaluación de riesgos aporte obligatoriamente pruebas científicas concluyentes de la realidad del riesgo y de la gravedad de los efectos perjudiciales potenciales en el supuesto de que el riesgo se materializara, bastando; 4) que el principio de cautela sólo puede aplicarse por tanto cuando exista un riesgo, y en particular un riesgo para la salud humana, que, sin estar basado en meras hipótesis no verificadas científicamente, aún no ha podido ser plenamente demostrado; 5) entiende que el concepto de ‘riesgo’ corresponde pues a una función de la probabilidad de que la utilización de un producto o de un procedimiento tenga efectos perjudiciales para el bien protegido por el ordenamiento jurídico y que la evaluación de riesgos tiene por objeto valorar el grado de probabilidad de que un determinado producto o procedimiento tenga efectos perjudiciales para la salud humana y la gravedad de esos efectos potenciales”¹⁸.

¹⁸ “Con arreglo al art. 130 R, ap. 2, del Tratado CE (actualmente art. 174 CE, ap. 2, tras su modificación), el principio de cautela es uno de los principios en que se basa la política de la comunidad en el ámbito del medio ambiente. Este principio se aplica igualmente cuando las instituciones comunitarias adoptan, en materia de política agrícola común, medidas de protección de la salud humana. En efecto, el art. 130 R, ap. 1 y 2, del Tratado indica que la protección de la salud de las personas forma parte de los objetivos de la política de la comunidad en el ámbito del medio ambiente, que dicha política, que tiene como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, se basa, entre otros, en el principio de cautela y que las exigencias de esta política deben integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la comunidad. Además, conforme a lo dispuesto en el art. 129, ap. 1, párr. 3º del Tratado (actualmente art. 152 CE, tras su modificación) y según reiterada jurisprudencia, las exigencias en materia de protección de la salud constituyen un componente de las demás políticas de la comunidad y es preciso por tanto tenerlas en cuenta en la aplicación de la política agrícola

común realizada por las instituciones comunitarias... Cuando subsisten dudas científicas sobre la existencia de riesgos para la salud humana o sobre su alcance, las instituciones comunitarias pueden adoptar medidas de protección en virtud del principio de cautela, sin tener que esperar a que se demuestren plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos. De ello se deduce, en primer lugar, que, en virtud del principio de cautela formulado en el art. 130 R, ap. 2, del Tratado (actualmente art. 174 CE, ap. 2, tras su modificación), las instituciones comunitarias podían adoptar una medida preventiva sobre la utilización de la virginiamicina como aditivo en la alimentación animal aunque, a causa de la incertidumbre científica subsistente, no se hubieran demostrado aún plenamente la realidad y la gravedad de los riesgos para la salud humana relacionados con esta utilización. Se deduce igualmente, *a fortiori*, de dicha jurisprudencia que, para poder actuar con carácter preventivo, las instituciones comunitarias no estaban obligadas a esperar a que los efectos perjudiciales de la utilización de dicho producto como factor de crecimiento se hicieran realidad. Así pues, en materia de aplicación del principio de cautela, que se produce por definición en un contexto de incertidumbre científica, no cabe exigir que la evaluación de riesgos aporte obligatoriamente a las instituciones comunitarias pruebas científicas concluyentes de la realidad del riesgo y de la gravedad de los efectos perjudiciales potenciales en el supuesto de que el riesgo se materializara. Sin embargo, no puede constituir una motivación válida para una medida preventiva una concepción del riesgo puramente hipotética, basada en meras suposiciones aún no verificadas científicamente. Por el contrario, de la interpretación del principio de cautela efectuada por el órgano jurisdiccional comunitario se deduce que sólo puede adoptarse una medida preventiva cuando el riesgo, cuya existencia y alcance no han sido 'plenamente' demostrados mediante datos científicos concluyentes, resulta sin embargo suficientemente documentado, a la vista de los datos científicos disponibles en el momento en que se adopte la medida. Adoptar medidas, aunque sólo sean preventivas, basadas en una concepción del riesgo puramente hipotética resulta particularmente inapropiado en materia de aditivos utilizados en la alimentación animal. En efecto, en esta materia no puede existir un 'riesgo cero', pues no es posible probar científicamente que la adición de antibióticos a la alimentación animal no entraña en absoluto el más mínimo riesgo actual o futuro. Por otro lado, dicha concepción sería particularmente inapropiada en una situación en la que la normativa ya ha previsto un procedimiento de autorización previa de los productos que se trata, lo que constituye uno de los modos en que puede expresarse el principio de cautela. El principio de cautela sólo puede aplicarse por tanto cuando exista un riesgo, y en particular un riesgo para la salud humana, que, sin estar basado en meras hipótesis no verificadas científicamente, aún no ha podido ser plenamente demostrado. En dicho contexto, el concepto de 'riesgo' corresponde pues a una función de la probabilidad de que la utilización de un producto o de un procedimiento tenga efectos perjudiciales para el bien protegido por el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la evaluación de riesgos tiene por objeto valorar el grado de probabilidad de que un determinado producto o procedimiento tenga efectos perjudiciales para la salud humana y la gravedad de esos efectos potenciales... En el marco de la evaluación de los riesgos, corresponde a las instituciones comunitarias determinar el nivel de riesgo es decir, el umbral crítico de probabilidad de efectos perjudiciales para salud humana y de gravedad de dichos efectos potenciales que no les parece ya aceptable para la sociedad y que, una vez superado, exige la adopción de medidas preventivas, en interés de la protección de la salud humana, pese a la incertidumbre científica subsistente. Aunque tienen prohibido adoptar una concepción puramente hipotética del riesgo y fijar como objetivo para sus decisiones el 'riesgo cero', las instituciones comunitarias deben sin embargo tener en cuenta la obligación que les impone el art. 129, ap. 1, párr. 1º del Tratado (actualmente art. 152 CE, tras su modificación), esto es, la de garantizar un alto nivel de protección de la salud humana, nivel que, para ser compatible con la referida disposición, no debe ser necesariamente el más elevado posible desde un punto de vista técnico. La determinación del nivel de riesgo considerado inaceptable depende del modo en que la autoridad pública competente valore las circunstancias específicas de cada caso. A este respecto, dicha autoridad puede tener en cuenta, en particular, la gravedad de las repercusiones para la salud humana si dicho riesgo se materializara, incluida la magnitud de los posibles efectos perjudiciales, su persistencia y su reversibilidad o los posibles efectos a largo plazo de los daños causados, así como el mayor o menor grado de concreción con que se perciba el riesgo en función de los conocimientos científicos disponibles. En materia de aditivos utilizados en la alimentación animal, las instituciones comunitarias deben proceder a complejas evaluaciones técnicas y científicas. Dadas estas circunstancias, la realización de una evaluación científica de los riesgos constituye un requisito previo para la adopción de cualquier medida preventiva. Tanto a nivel internacional como a nivel comunitario, la evaluación científica de los riesgos se define normalmente como un procedimiento científico consistente en iden-

3. Categorías de derechos contemplados

En este punto, corresponde referirnos a las distintas categorías de derechos contemplados en nuestro ordenamiento jurídico, dado que la acción de prevención puede referirse a cualquiera de ellos. En este sentido, se reconocen, que además de los derechos subjetivos individuales, nuestro derecho protege los llamados “derechos supraindividuales”, y dentro de éstos, encontramos los derechos individuales homogéneos, aprehendidos por el art. 43 de la Const. nacional bajo la denominación de “derechos de incidencia colectiva”, derechos homogéneos éstos últimos alcanzados por las acciones de clase, tal como ha determinado la Corte Suprema en el caso “Halabi”.

tificar un peligro y determinar sus rasgos característicos, evaluar la exposición al mismo y determinar el riesgo... En materia de aplicación del principio de cautela puede resultar imposible efectuar una evaluación científica completa de los riesgos por ser insuficientes los datos científicos disponibles. En efecto, para llevar a cabo dicha evaluación científica completa puede ser necesario realizar una investigación científica de gran profundidad y duración. Ahora bien, la imposibilidad de realizar una evaluación científica completa de los riesgos no puede impedir, so pena de vaciar de contenido el principio de cautela, que la autoridad pública competente adopte medidas preventivas, a muy breve plazo si es necesario, cuando dichas medidas resulten indispensables habida cuenta del nivel de riesgo para la salud humana que dicha autoridad ha considerado inaceptable para la sociedad. Corresponde a la autoridad pública competente ponderar las diferentes obligaciones a que está sujeta y decidir, o bien esperar a disponer de los resultados de una investigación científica más profunda, o bien actuar basándose en los conocimientos científicos disponibles. Cuando se trate de medidas destinadas a proteger la salud humana, esta ponderación dependerá del nivel del riesgo que dicha autoridad haya considerado inaceptable para la sociedad, habida cuenta de las circunstancias específicas de cada caso. Dicho esto, la evaluación científica de los riesgos efectuada por especialistas científicos debe ofrecer a la autoridad pública competente una información lo bastante fiable y sólida como para permitirle comprender todas las implicaciones de la cuestión científica planteada y determinar su política con conocimiento de causa. Por consiguiente, so pena de adoptar unas medidas arbitrarias que el principio de cautela nunca podría legitimar, la autoridad pública competente debe velar por que las medidas que adopte estén basadas, aunque se trate de medidas preventivas, en una evaluación científica de los riesgos tan exhaustiva como sea posible, habida cuenta de las circunstancias específicas de cada caso. Pese a la incertidumbre científica subsistente, dicha evaluación científica debe permitir que la autoridad pública competente estime, basándose en los mejores datos científicos disponibles y en los resultados más recientes de la investigación científica internacional, si se ha sobrepasado el nivel de riesgo que ella considera aceptable para la sociedad. Ésta es la base de la que debe partir dicha autoridad para decidir si se impone o no la adopción de medidas preventivas y, llegado el caso, determinar qué medidas le parecen apropiadas y necesarias para evitar que el riesgo se materialice... Aunque, con arreglo a la legislación aplicable, las instituciones comunitarias pueden revocar la autorización de un aditivo sin haber obtenido previamente un dictamen científico al respecto de los comités científicos competentes, en el caso de que necesiten evaluar hechos particularmente complejos de carácter técnico y científico, las instituciones comunitarias pueden adoptar una medida preventiva de revocación de la autorización de un aditivo sin disponer de un dictamen del Comité científico establecido al efecto a nivel comunitario sobre datos científicos pertinentes, pero únicamente en circunstancias excepcionales y cuando exista la certeza de que la objetividad científica ha quedado debidamente garantizada... El principio de no discriminación, que constituye un principio fundamental del derecho, prohíbe que situaciones semejantes sean tratadas de modo diferente o que situaciones diferentes sean tratadas del mismo modo, a no ser que la diferencia de trato esté objetivamente justificada. El hecho de no haber adoptado medidas contra la utilización de otras sustancias, aun suponiendo que fuera ilegal, no puede afectar por sí solo a la legalidad de la prohibición de la virginiamicina. Aunque se hubiera demostrado que procedía revocar igualmente las autorizaciones de otros productos, no se habría acreditado sin embargo la ilegalidad del reglamento impugnado por violación del principio de no discriminación, en la medida en que no puede haber igualdad en la ilegalidad, ya que el principio de no discriminación no puede conferir derecho alguno a la aplicación no discriminatoria de un trato ilegal”.

Dado que la acción de prevención puede, funcionar tanto como acción individual o como acción colectiva, me referiré al mencionado caso.

El caso “Halabi”¹⁹ instituyó pretorianamente las acciones de clases (*class actions*), en nuestro derecho.

Las acciones de clase cobran relevancia preponderante en los Estados Unidos –principalmente– durante las décadas de los años 1950 y 1960 para asegurar los derechos civiles de los ciudadanos de raza negra, discriminados precisamente por esa pertenencia racial y en los años 1970 y 1980 para proteger a los consumidores frente a la generación de riesgos de distinta índole provenientes de la producción industrial masiva que exacerbó el desarrollo de la sociedad de consumo, con la finalidad de proteger la salud y el ambiente²⁰.

a. Breves antecedentes

Estas acciones nacen en el derecho inglés en el siglo XVI. El Rey de Inglaterra tenía atribuciones para impartir justicia. En función de dicha facultad existía el llamado Tribunal del Canciller (*Court of Chancery*) el cual intervenía en aquellos casos en que los tribunales de primera instancia no estaban en condiciones de otorgar a las partes soluciones eficaces. El “canciller”, actuaba como juez de equidad. Este Tribunal desarrolló un remedio procesal, el “*bill of peace*” que permitía al Tribunal del Canciller entender en una acción promovida por representantes de un grupo, o contra representantes de un grupo, siempre que la parte actora pudiera acreditar que la cantidad de personas involucradas en el conflicto era de tal entidad que se imposibilitaba la acumulación de las acciones o de las defensas. Debían, además, poseer todos los integrantes del grupo un interés común en la materia sometida a decisión judicial, y siempre que las partes mencionadas como actores o demandados representaren adecuadamente a los ausentes²¹.

b. Derechos supraindividuales

La protección de los derechos supraindividuales fue receptada por el derecho, merced la evolución histórica de la ciencia jurídica, que implicó, mediante un cambio de paradigma, el reconocimiento jurisprudencial y legislativo de dichos derechos.

La apertura comenzó con la referencia a intereses “simples”, en el ámbito del derecho administrativo, como contrapuesto a los “derechos subjetivos”. En dicha rama del derecho, se considera derecho subjetivo público, a la facultad exclusiva de un particular para exigir de la administración una acción u omisión concreta, protegida directamente por un recurso administrativo, y una acción judicial en caso de incumplimiento. Esta misma especialidad, incorporó la noción de interés legítimo.

Surge la distinción entre derechos subjetivos, e intereses legítimos, difusos y colectivos sobre la base de quien es el titular del derecho o interés. No todo interés se encuentra garantizado por un derecho subjetivo. Éste representa la máxima protección, pero pueden garantizarse intereses individuales o colectivos en forma pu-

¹⁹ SCJN, 22/4/09, “Halabi, Ernesto c/Estado nacional”, Lexis n° 70051373.

²⁰ Conforme Cueto Rúa, Julio C., *La acción por clase de personas*, LL, 1988-C-952.

²¹ Bianchi, Alberto B., *Las acciones de clase*, Bs. As., Ábaco, 2001, p. 43.

ramente objetiva, sin reconocerse a los sujetos un poder de querer con respecto a otras personas, para conseguir satisfacerlos. El interés, deviene en interés jurídico porque esta garantizado por el derecho objetivo, sin dar lugar a un derecho subjetivo propiamente dicho. El derecho objetivo, en determinadas circunstancias protege únicamente el interés general, y en otras, garantiza intereses particulares.

Al garantizar el interés general se garantiza también el interés de los habitantes en su calidad de miembros del Estado. De estas normas, sin embargo, no nacen derechos subjetivos, empero, ciertas personas por la situación particular en que ocasionalmente se encuentran respecto de la materia regulada, pueden recibir una ventaja personal o un daño, según sea que la actividad del Estado se desarrolle o no de conformidad a lo prescripto por la ley. Esta ventaja o daño es distinta de la que pueda recibir cualquier particular, por su simple condición de tal y de allí que en estos casos se requiera una particular protección de sus intereses. Como dichas normas han sido dictadas únicamente para garantizar el interés general y no intereses particulares, estos no llegan a ser derechos subjetivos; los particulares simplemente se aprovechan de la necesidad de que se observen las normas dictadas en interés colectivo y sólo a través y como consecuencia de dicha observancia resultan ocasionalmente protegidos sus intereses.

Se trata de un efecto reflejo del derecho objetivo y por eso a esos intereses se los llamó derechos reflejos o intereses legítimos. Entonces, el interés legítimo es el individual directamente vinculado al interés público y protegido por el ordenamiento jurídico, solamente a través de la tutela jurídica de este último. El interés legítimo ha de ser personal, directo y actual. Todo administrado tiene un interés legítimo cuando existe una norma que establezca límites y condiciones a la actividad de la Administración pública y la persona determinada tenga un interés particular en que esta norma sea observada, sin que pueda decirse que la norma esté dirigida a la protección directa de la persona. En el derecho subjetivo público, además de la norma y de un interés particular en su observancia, es menester que el legislador haya querido proteger directamente el interés individual.

El interés simple es el que corresponde a todo particular para que la ley sea cumplida. No hay en este caso sino interés de toda la comunidad a los efectos de que no existan actos ilegítimos. En general, sólo permite hacer denuncias ante la Administración.

En consecuencia, y en función de la titularidad a partir de la determinación legal, si quien está legitimado para accionar es una persona sola —como único titular— nos encontramos frente a un derecho subjetivo; en cambio, si se trata de una pluralidad, nos encontramos ante un interés legítimo o un interés difuso o colectivo, permitiéndose accionar por un interés legítimo, cuando éste sea, como ya se ha dicho, personal, directo y actual.

Paulatinamente, se fue otorgando al llamado interés simple o difuso acciones de protección, como por ejemplo, la ley 10.000 en la provincia de Santa Fe. Asimismo, fue desarrollándose el reconocimiento pretoriano formulado por la Corte Suprema (vgr., “Ekmedjian c/Sofovich”; “Schroeder, Juan c/Estado nacional”) otorgando legitimación activa a distintas personas para accionar en defensa de dichos intereses. Actualmente, se entienden estos “intereses” como verdaderos “derechos” supraindividuales, en tanto y en cuanto trascienden el interés meramente personal.

La doctrina entiende comprendidos en los derechos supraindividuales distintas especies, a saber:

a) Los derechos difusos son aquellos que atañen a una comunidad de sujetos amplia e indeterminada, no existiendo en general, vínculo o nexo jurídico entre ellos, advirtiéndose aquí lesiones de naturaleza extensiva, diseminada o difusa las que tienen directa relación con un bien jurídico colectivo.

b) Los derechos colectivos refieren al hombre socialmente vinculado y aluden a una extendida *afectio societatis*. Los integrantes del grupo se encuentran vinculados por una relación jurídica previa que hace a la pertenencia del grupo, pero quien acciona lo hace sin que se encuentre comprometido su interés individual, sino en defensa de los intereses estrictamente colectivos. El derecho resulta indivisible.

c) Los derechos individuales homogéneos son los derechos individuales –tradicionales– con origen o conectados en su afeción por una causa común²².

c. La construcción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Nos detendremos en la calificación, con carácter de estándar, establecido por la Corte Suprema en el caso “Halabi”²³.

En dicho fallo, la Corte, con base en el art. 43²⁴, construye las siguientes categorías:

1) *Derechos subjetivos individuales*.

2) *Derechos colectivos*. Son aquellos que tienen por objeto la tutela de un bien colectivo, entendiendo que el bien es colectivo, cuando “pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna”. No existe posibilidad alguna de su apropiación individual. Esta especial calidad indica la necesaria concesión de una legitimación extraordinaria “para reforzar su protección”. Estos bienes, en su calidad de colectivos no implican, en modo alguno “la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es neces-

²² El Código de Defensa del Consumidor del Brasil, se apega a esta clasificación. Así, en su art. 81 dispone que la defensa colectiva será ejercida cuando se trate de: I) intereses o derechos difusos, así entendidos para los efectos de este Código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y relacionadas por circunstancias reales; II) intereses o derechos colectivos así entendidos para los efectos de este Código, los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular grupo, categoría o clase de personas relacionadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; III) intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los resultantes de origen común. Por su parte, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica entiende que proceden las acciones colectivas para hacer valer pretensiones de tutela de: I) intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; II) intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

²³ SCJN, 22/4/09, “Halabi, Ernesto c/Estado nacional”, Lexis n° 70051373.

²⁴ “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propenden a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

rio precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno”. Consecuentemente, la Corte designa como “colectivos”, a aquellos derechos supraindividuales que la doctrina ha calificado como “difusos”. En estos casos (derechos subjetivos difusos), la decisión que se obtiene, como consecuencia del ejercicio en forma individual de pretensión procesal que busca la prevención o la reparación del daño causado a un bien colectivo obteniéndose una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no sin beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

3) *Derechos individuales homogéneos*. Entiende la Corte incluidos en el art. 43, párr. 2°, una tercera categoría (además de los derechos colectivos y los derechos subjetivos individuales) “conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados”. Entiende el alto tribunal que estos casos “no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles”. De manera tal que, el criterio de distinción, según la Corte, pasa por la divisibilidad o indivisibilidad de los derechos. En el caso de esta categoría “hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto, es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”.

Entiende la Corte que esta categoría de derechos, se encuentra, asimismo protegido por una acción que denomina “colectiva”, por el mismo texto del art. 43 de la Const. nacional, dado que “la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo *strictu sensu* sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como –en esa ocasión– el hábeas corpus colectivo, pues es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párr. 2°, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (*Fallos*, 328:1146, consids. 15 y 16)”.

Para que procedan estas acciones de clase, el tribunal exige:

1) La existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

2) Que la pretensión se encuentre concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar.

3) Que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Afir-

ma la corte, que “Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los arts. 41, 42 y 43, párr. 2° de la Const. nacional, brindan una pauta en la línea expuesta”. El tercer elemento requerido, en modo alguno refiere a que el daño individualmente considerado sea de “bagatela” sino, como con claridad indica, a que la promoción individual de la acción sea insuficiente para garantizar el logro de la satisfacción del derecho lesionado.

4) La Corte, entonces, considera subsumidos en la expresión “derechos de incidencia colectiva” a los supraindividuales y a los individuales homogéneos, y como susceptibles de la acción de clase éstos y aquellos individuales afectados por la expansión del daño a un bien colectivo o que afecten a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos.

d. Los derechos de incidencia colectivos y el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial de la Nación incorpora expresamente la consideración de los bienes colectivos en la Sección 3ª, titulada “Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva” (arts. 240 y 241)²⁵. El primero de los artículos, adopta la concepción jurídica de estatuir los bienes colectivos como un límite al ejercicio de los derechos individuales²⁶. Así dispone: “art. 240. *Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes*. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”, y en su art. 241 que: “*Jurisdicción*. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”. Por su parte, en el art. 14 dispone: “*Derechos individuales y de incidencia colectiva*. En este Código se reconocen: a) Derechos individuales. b) Derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

²⁵ Los bienes colectivos se caracterizan por la inexistencia de exclusividad en su uso, ni rivalidad en su consumo. Nadie puede pretender una apropiación directa y exclusiva del bien, pueden disfrutarlo todos quienes componen de la sociedad, sin excepción alguna.

²⁶ Indica Marisa Herrera: “Lo que se regula entonces, es un campo de colisión entre la esfera privada y la esfera pública y social mediante una cláusula general. Esta cláusula permite juzgar si el ejercicio del derecho individual es conforme con la función que tiene respecto del de incidencia colectiva” (Lorenzetti, *Código Civil y Comercial comentado*, t. VIII, 2015. Vid, asimismo en la misma obra el comentario a los arts. 240 y 241 de Néstor A. Cafferatta, Rosana I. Aguilar y Lily R. Flah).

El Código establece que el ejercicio de los derechos individuales debe ejercerse cumpliendo determinados requisitos, esto es, que dicho ejercicio halla las limitantes que el propio articulado indica, a saber:

1) La praxis de los derechos individuales ha de ser “compatible” con los derechos de incidencia colectiva. Conforme al diccionario de la Real Academia, compatible es aquello “dicho de una persona o de una cosa: Que puede estar, funcionar o coexistir sin impedimento con otra”²⁷. Ello significa que el límite del ejercicio del derecho individual no podrá funcionar o coexistir si ello implica de algún modo la afectación de un derecho de incidencia colectiva. La compatibilidad, incluye el denostar el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando tal ejercicio afecte el ambiente u otros derechos de incidencia colectiva, tal como indica el mencionado art. 14²⁸.

2) Debe conformarse dicho ejercicio, a las normas de derecho administrativo dictas tanto en el orden nacional como local que se dicten en el interés público, protectivas de los derechos de incidencia colectiva. Este límite en realidad constituye un corolario, o complemento de la necesaria compatibilidad, la cual, en este punto debe ser analizada en función del complejo normológico protectorio de los derechos supraindividuales.

3) Todo derecho individual halla una limitante en su ejercicio, cual es el ambiente protegido conforme al concepto de ambiente incluido en la cláusula ambiental constitucional (art. 41). El ambiente constitucionalmente protegido es aquel conformado por el patrimonio natural y el patrimonio cultural. El Código recepta y entiende la fenomenal importancia que tiene la protección ambiental: Sin ambiente no hay vida, sin vida no hay especie humana, no hay humano, no existe la razón central de la existencia del derecho (*ubi societas ubi jus*). El derecho a un ambiente sano y apto

²⁷ <http://dle.rae.es/?id=A06b0Ud>.

²⁸ He de hacer notar que el Anteproyecto incluía expresamente el derecho al agua potable (art. 241), el cual fue eliminado del proyecto, y en el art. 240 el derecho de acceso a la información. En consonancia con ello, los fundamentos indicaban: “En consecuencia distinguimos entre: derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular: se trata del patrimonio como atributo de la persona, los bienes que lo integran, y los derechos reales o creditorios. Derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos: se refiere a aquéllos que son indivisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en sentido estricto. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. Derechos individuales homogéneos: en estos supuestos una causa común afecta a una pluralidad de derechos y por lo tanto se permite un reclamo colectivo. Se diferencian de los primeros en cuanto a que se permiten procesos colectivos, como lo proponemos en materia de responsabilidad. Se distinguen de los segundos porque son derechos subjetivos individuales y no indivisibles, como el ambiente. Esta clasificación tiene un impacto decisivo en las normas referidas al patrimonio, contratos y responsabilidad civil... La Sección 3ª trata de los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva donde se innova en gran medida respecto de proyectos anteriores y de otros códigos. En tanto, conforme al Título Preliminar, se reconocen derechos individuales que recaen sobre bienes que integran el patrimonio y derechos de incidencia colectiva que son indivisibles y de uso común. Para ser coherente con ese principio, el Anteproyecto introduce reglas mínimas relativas al ejercicio de los derechos sobre ciertos bienes privados o públicos o colectivos en relación a los derechos de incidencia colectiva al incorporar limitaciones y presupuestos mínimos de protección ambiental, de acceso a la información medioambiental y a la participación en las discusiones sobre decisiones medioambientales. Además se establece el derecho fundamental de acceso al agua potable”.

para el desarrollo humano deviene en principal, dado que, si no se respeta ese derecho no se cuida el bien jurídico protegido *ambiente*²⁹.

²⁹ Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y Ernesto Solá afirman que “El texto remitido al Congreso de la Nación y finalmente aprobado por ley 26.994 reconoce a los derechos individuales y a los derechos de incidencia colectiva, estableciendo el art. 11, como se anticipó, que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los primeros cuando puedan afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. La alteración no sólo implicó suprimir la categoría de los derechos individuales homogéneos del elenco del art. 14 sino, también, remover la Sección referida a los daños a los derechos de incidencia colectiva, originariamente previstos en los arts. 1745, 1746, 1747 y 1748 del Anteproyecto y ha merecido la crítica de la doctrina (De Los Santos, Rivera, Basterra o Stiglitz, entre otros). Sobre el particular, Giannini advierte que en los Fundamentos del mensaje de elevación del Proyecto, presentado el 6 de junio de 2012, el Poder Ejecutivo Nacional parece indicar que los derechos individuales homogéneos han quedado comprendidos entre las variantes de intereses tutelados en el nuevo Código, pues en el párr. 41 se dice: ‘En materia de responsabilidad civil el Proyecto resulta innovador al articular los diferentes tipos de derechos: aquellos que recaen sobre la persona, el patrimonio, como derechos individuales, los derechos individuales homogéneos y los derechos de incidencia colectiva, con las funciones preventiva, punitiva y resarcitoria’. De ahí que el autor sugiere la posibilidad de dos lecturas: o el mensaje entienden que los derechos individuales homogéneos integran la categoría de los derechos de incidencia colectiva; o se ha incurrido en un error al mantener la referencia a la incorporación ‘innovadora’ de los derechos individuales homogéneos, sin advertir que la categoría contenida en el art. 14, inc. b del Anteproyecto original había sido suprimida al remitirse el documento al Congreso, tesis que encuentra respaldo en la decisión de remover, además, los arts. 1746 y ss. del Anteproyecto, en los que se regulaba con buena técnica algunos aspectos de la acción de resarcimiento grupal de los daños a los derechos individuales homogéneos. No obstante lo expuesto, Giannini, considera que los derechos individuales homogéneos deben ser incluidos en la categoría de los derechos de incidencia colectiva, sin importar si se trata de prerrogativas patrimoniales o extrapatrimoniales, interpretación amplia ha sido sostenida por otros autores, como Salgado, quien considera que frente a la tesis negatoria debería desandarse un camino similar al que llevó al dictado del citado fallo ‘Halabi’ y a otros que admitieron esa forma de tutela, con sustento en que la Constitución nacional en su art. 43 también contiene la única expresión ‘derechos de incidencia colectiva’ y como no se trata de un precepto limitativo o excluyente, se pudo llegar a la recepción jurisprudencial mencionada. En similar sentido ha señalado Sola que el art. 43 de la Const. crea las acciones de clase como una fuente normativa plena que no requiere de una norma inferior para su vigencia”. En Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.) - Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Bs. As., La Ley, 2014, t. I, arts. 1° a 400. En la misma obra, Leopoldo L. Peralta Mariscal comentado los arts. 240 y 241 sostiene: “El artículo en comentario tiene la enorme importancia de relativizar el ejercicio de los derechos individuales en función de la protección de los derechos de incidencia colectiva. Esta normativa constituye una importante innovación respecto de proyectos anteriores y de otros códigos... Este artículo otorga un importante margen de incidencia a las normas de derecho administrativo dictadas en interés público, tanto nacionales como locales, en el ámbito del derecho civil, lo implica una apreciable ampliación de fuentes y, en algún punto, una subordinación de las normas de derecho privado a las de derecho público, lo que puede generar problemas interpretativos... El puntapié inicial de los derechos de incidencia colectiva en nuestro derecho positivo está dado por el art. 43 de la Const. nacional, reformado en 1994. A partir de allí se le dio jerarquía de nuevos derechos y garantías constitucionales y se establecieron vías específicas de protección como el amparo colectivo. Antes de ese hito sólo se hablaba de ‘intereses difusos’ o ‘intereses colectivos’, sin referencia directa a los derechos de incidencia colectiva. Si bien esta normativa implica un importante avance en la materia, lo es en menor medida que el anteproyecto originario, que era mucho más amplio y puntilloso en estas cuestiones (Azar). Los derechos de incidencia colectiva son aquellos que garantizan a la humanidad una vida digna y sustentable a futuro; de allí su importancia estratégica y la preocupación de las legislaciones modernas por su regulación. Sin ellos se tornaría cada vez más difícil el ejercicio de los derechos individuales y esta circunstancia justifica la anteposición de aquéllos sobre éstos”.

4. El principio de precaución y la cautela judicial

Los elementos constitutivos para el funcionamiento del principio de precaución son: a) la inexistencia de certidumbre científica en orden a la posibilidad de producción del daño, y b) que dicha posibilidad se constituya como una amenaza de daño al ambiente.

La incertidumbre debe ser de orden científico y se verifica de distintas maneras. La primera en cuanto a que determinada actividad o producto pueda causar perjuicio al ambiente o la salud humana, como verbigracia el caso de los transgénicos³⁰. Frente a la dicha duda se impone el actuar, sin que sea permisible excusarse en cuestiones de tipo económico, tal como con claridad consagra la ley general del ambiente (*“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”*). Esta incertidumbre deviene estrechamente unida al desarrollo tecnológico del siglo XX y la globalización del riesgo.

La sociedad de riesgo comienza allí donde falla la seguridad prometida en los sistemas de normas sociales en relación con los peligros desatados por las decisiones. Sostiene Beck que la sociedad de riesgo sucede como forma societal al capitalismo tardío o capitalismo de organización. Sus problemas nos han llevado a esta estructura social en la que la formación binaria riesgo-seguridad ha sido sustituida por la de riesgo-daño. Ello –asevera– ocurre porque el envejecimiento de la sociedad industrial ha permitido que el riesgo residual, controlado, haya dado paso al riesgo específico e inevitable. La consecuencia es que las propias instituciones sociales se convierten en las legitimadoras de peligros que no pueden controlar: se actúa siguiendo parámetros normativos del tiempo del riesgo controlado cuando ese eón ha pasado ya³¹.

De manera tal que este principio tiene como correlato inmediato el incremento del deber de diligencia. Dicho deber, en orden justamente a impedir el daño derivado del desconocimiento, es decir, a evitar que el proceso de desarrollo de actividades o productos y su puesta en el mercado, genere un daño, construye una nueva estructura normativa que deviene en la posibilidad de exigencia tutelar a fin de impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Queda pues claro, que la exigencia tutelar precautoria opera en un ámbito signado por la incertidumbre y reclama medidas de urgencia, aún ante la ausencia o insuficiencia de pruebas o elementos científicos referidos a la cuestión potencialmente peligrosa.

Puede ser que nos encontremos, verbigracia, frente a una actividad que conocemos como potencialmente peligrosa, es decir, no hay incerteza científica en cuanto a la generación de daño. Dichas actividades son autorizadas por el Estado en la medida en que se acredite que aplicando los instrumentos científicos y tecnológicos adecuados no se dañará el ambiente. Ahora bien, si alguien reclama en relación a dicha actividad indicando que efectivamente produce un daño en el ambiente o la salud humana y dentro del proceso la falta de certeza científica radica en acreditar la

³⁰ STJ Río Negro, 17/3/05, “Bordenave, Sofía A. s/mandamus”.

³¹ Conf. Beck, *La sociedad del riesgo global*.

real existencia o no del daño, el principio de precaución debe ser aplicado por imperio constitucional, ya sea que se alegue un daño colectivo o individual. Y así ha de ser porque existe falta de certeza científica y frente a la duda debe el juez velar por guarecer los bienes constitucionalmente protegidos, en la escala de valores consagrada por la carta magna donde la vida es el valor supremo y absoluto.

En cuanto a la amenaza de daño grave o irreversible, el principio –por su propia naturaleza jurídica, dado que no es una regla– no determina gradación y menos casuística. Así, siguiendo a Lorenzetti podemos decir que a los fines de su aplicación deberá identificarse la existencia de una substancia, producto o actividad pasible de causar el daño; identificarse el daño futuro y que dicho daño sea grave³². Asimismo, en orden a la aplicación, debe tenerse en cuenta que al precaverse, jurídicamente lo que se está haciendo es un traslado del riesgo probatorio (en la duda ante la incerteza científica asumiéndose un rol proactivo del error científico, entendiéndose que es preferible errar en cuanto a que el producto es riesgoso, a errar en cuanto a que el producto no producirá daño) produciéndose una inversión de la carga de la prueba. Asimismo las decisiones son esencialmente revisables y no causan estado³³.

De manera tal que, ante la entidad de los valores y bienes en juego la cautela judicial debe configurarse como una respuesta pronta que se imponga como la realización concreta de la finalidad protectora constitucional. Lo que se busca es prevenir el daño, evitarlo³⁴ aplicar un criterio anticipatorio. La reparación deviene como un

³² Lorenzetti, Raúl L., *Teoría del derecho ambiental*, Bs. As., La Ley, 2008.

³³ Lorenzetti, *Teoría del derecho ambiental*.

³⁴ “Este principio ha sido receptado en diversos instrumentos y declaraciones internacionales (cabe citar, a título de ejemplo, el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático –IPCC– de 1987, La Declaración Ministerial de la 2ª Conferencia Mundial del Clima, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro en 1992 –art. 15–, el Tratado de Maastricht de la Unión Europea –art. 130 R 2–, la Declaración de Wingspread emitida en enero de 1998 y la Declaración de Lowell que se emitió el 17/12/01) y consiste, básicamente, en un medio para prevenir daños al ecosistema, esencial para la subsistencia de los seres humanos. Así, el principio de precaución resulta aplicable cuando la existencia de una relación causal entre una determinada tecnología y un posible daño o perjuicio no ha sido aún científicamente comprobada de modo pleno. Entonces, cuando una determinada actividad se plantea como una amenaza para la salud humana o el medio ambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando algunas relaciones de causa y efecto no se hayan probado científicamente en su totalidad. En consecuencia, el principio de precaución representa el derecho y la obligación que posee un Estado de adoptar medidas para evitar o disminuir un posible daño grave e irreparable provocado por una actividad o proyecto a realizar, a pesar que exista incertidumbre científica sobre la efectiva ocurrencia de tales perjuicios. La incertidumbre recae sobre el saber científico en sí mismo, a diferencia del principio de prevención, en donde el daño posible es conocido, y previsible. En cuanto a los elementos constitutivos del principio, en general se mencionan tres: a) la incertidumbre científica: ésta es la principal característica del principio de precaución y lo distingue del principio de prevención, en donde los posibles efectos dañosos de una actividad o proyectos son conocidos. Por el contrario, el principio de precaución está destinado a gerenciar el riesgo de un daño desconocido o mal conocido, derivando entonces en la toma de medidas aun antes de que el peligro de daño pueda ser realmente identificado; b) el riesgo de daño: debe darse además la posibilidad de un riesgo originado en la incertidumbre científica, y c) el nivel de riesgo: el daño potencial debe ser grave e irreversible y si bien este tipo de ponderaciones siempre resulta difícil, lo relevante es que, en caso de acaecer el perjuicio, sea imposible o muy dificultoso volver a un estado o condición anterior (Silva, Graciela A., *Estaciones base telefonía celular. De las ondas en radiofrecuencias emitidas por estaciones base*, elDial, DCB5B, 13/6/07). Todo ello demuestra que la toma de decisiones en forma precautoria es consistente con la ‘buena ciencia’ (*sound*

imperativo ante el fracaso de la prevención. La Corte Suprema ha indicado que las medidas cautelares dictadas en relación a la protección del ambiente basadas en los principios de precaución o prevención, son procesos autónomos y sus resoluciones devienen en sentencias definitivas a los fines del recurso extraordinario federal, reconociendo a los jueces amplias facultades en cuanto al trámite del proceso³⁵.

science) debido a las grandes lagunas de incertidumbre e incluso ignorancia que persisten en nuestra comprensión de los sistemas biológicos complejos, de la interconexión entre los organismos y del potencial de impactos interactivos y acumulativos de peligros múltiples. Debido a estas incertidumbres la ciencia será, a veces, incapaz de responder en forma clara y concreta a muchas preguntas acerca de los potenciales peligros ambientales. Así, se ha dicho que ‘en estas instancias, las decisiones políticas deben tomarse a partir de una reflexión sensata, una discusión abierta, y otros valores públicos, además de toda la información científica que pueda estar disponible. Creemos que esperar a que esté disponible una evidencia científica incontrovertible del daño causado antes de emprender acciones preventivas puede aumentar el riesgo de errores costosos que causen daños serios e irreversibles a los ecosistemas, la economía y la salud y el bienestar humanos’ (Sidoli, Osvaldo C., *El principio de precaución: la declaración de Wingspread y la declaración de Lowell*, elDial, DC5FE, 7/6/05). A nivel local, el principio precautorio ha sido expresamente reconocido tanto en el art. 4, ley 25.675 como en el art. 26, CCABA. Así, cabe recordar –en este aspecto– que en ejercicio de las potestades establecidas por la Constitución nacional, el Congreso Federal dictó la ley 25.675 general del ambiente, cuyo art. 1 dispone: ‘la presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable’. Su art. 3, por su parte, establece: ‘La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, operativas y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta’. A su vez, el art. 4 enumera los principios a los que debe sujetarse la política ambiental y entre ellos –y en lo que aquí interesa– se incluye al principio precautorio, según el cual ‘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’. De manera concordante y como anticipamos, este principio ha sido también receptado en la CCABA, en tanto el párr. 2^a de su art. 26 dispone que ‘toda actividad que suponga en forma actual o inminente un daño al ambiente debe cesar’ (CContAdmTrib CABA, Sala 1^a, 27/3/08, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, Lexis n° 35024058).

³⁵ “Que esta Corte ha sostenido que, como regla, las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten el carácter de sentencias definitivas. Sin embargo, también ha dicho que cuando se peticiona la protección del ambiente basada en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente autónomo y definitivo, tal como lo ha puesto de relieve esta Corte en la causa ‘Mendoza’ (*Fallos*, 331:1622). De tal modo, hay sentencia definitiva, a los efectos del recurso extraordinario, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios referidos, contemplados en la ley general del ambiente... Que los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo (causa ‘Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/YPF SA y otros’, *Fallos*, 327:2967) o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención (‘Mendoza’, *Fallos*, 329:2316). El límite de estas facultades está dado por el respeto al debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión examinando un tipo de acción como si se tratara de otro distinto. Ello es lo que ocurriría si en lugar de resolver sobre la falta de certeza se hiciera un análisis del riesgo ambiental y se dispusieran medidas excediendo totalmente el marco legal de la acción” (CSJN, 26/5/10, “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/Comisión Nacional de Energía Atómica”). Recientemente *in re* (23/2/16): “Recursos de hecho deducidos por el fiscal general Federal de Tucumán y por la actora en la causa Cruz, Felipa y otros c/Minera Alumbra Limited y otros/sumarísimo”, sostuvo que las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no re-

También ha ido reconociendo la jurisprudencia el nuevo papel que compete al juez en la temática ambiental, donde, más que nunca, deja de lado su papel decimonónico para ser parte del conflicto ambiental³⁶.

visten –como regla– el carácter de sentencias definitivas, principio que –en casos como el presente– 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... En ese sentido, no puede dejar de señalarse que en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la ley general del ambiente, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4° de esa ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles (*Fallos*, 333:748, disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni)... Es a la luz de estos principios –que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Const. nacional (*Fallos*, 329:3493, disidencia de los jueces Maqueda y Zaffaroni)– que deben entenderse las facultades que el art. 32 de la ley general del ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En igual sentido debe interpretarse el último párrafo de ese artículo en cuanto dispone que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá disponer sin petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse (*Fallos*, 333:748, disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni)... En efecto, para confirmar el rechazo de la medida cautelar solicitada por la actora, la Cámara se limitó a sostener de manera dogmática que su objeto coincidía con el de la demanda y que la importancia de la cuestión discutida exigía el análisis de las pruebas aportadas por ambas partes, sin hacer mérito de los argumentos de la actora relativos a la vigencia del principio precautorio previsto en el art. 4° de la ley general del ambiente, ni de los expresados con relación a la existencia de un informe pericial que acreditaría la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la cesación de la actividad minera en cuestión... Que al omitir toda referencia a la prueba aludida, la Cámara no realizó un balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, principalmente, a la luz del ya citado principio precautorio, conforme al cual, cuando haya peligro de daño grave e 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 ambiente –art. 4° de la ley 25.675– (*Fallos*, 333:748, disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni). Que el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio, exige al juez considerar que todo aquel que cause daño ambiental es responsable de restablecer las cosas al estado anterior a su producción (art. 41, Const. nacional, art. 27, ley 25.675 y art. 263, Cód. de Minería). En ese sentido, esta Corte ha sostenido 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 (art. 41, Const. nacional) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de 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” (*Fallos*, 329:2316).

³⁶ “El juez quiere, como toda la comunidad, dejar a las generaciones futuras un mundo mejor, por lo que no puede ser mero espectador en las cuestiones ambientales, debiendo ejercer una doble responsabilidad como juez y parte interesada en la conservación del ambiente. Para ello debe asumir un papel proactivo, buscar la verdad real y en definitiva buscar una protección efectiva del ambiente, porque tenemos que crear un nivel distinto de consideración del problema, un conjunto de valores en los que el ‘juez es parte porque le interesa que el agua que bebe siga siendo fresca, cristalina, pura, porque le interesa que el aire que respira mantenga sus condiciones’ (conf. Pigretti, Eduardo A., *Derecho ambiental profundizado*, Bs. As., La Ley, 2003, p. 10). Su interés parte de distintas vertientes a saber: a) su deber de aplicar la Constitución que en su art. 41 lo obliga, como a cualquier habitante a cumplir con su obligación de ‘defender el medio ambiente’; b) su deber de velar por intereses superiores de la comunidad, derechos humanos constitucionalizados de los individuos y la sociedad, en don-

Así la propia ley 25.675, al establecer normas procesales ambientales de fondo con carácter de presupuestos mínimos otorga al juez un papel activo en la dilucidación de los conflictos ambientales. El principio de precaución debe informar asimismo los actos administrativos estatales, y en tanto y en cuanto en el mismo se funden, y no pequen de arbitrariedad, serán válidos y legítimos³⁷.

Sostiene Lorenzetti que frente a una concreta petición formulada en sede judicial, el juzgador podría limitarla argumentando: *“Que hay que prevenir toda afectación grave e irreversible al ambiente; Que es preferible actuar antes que no hacerlo; Que la falta de certeza no es excusa admisible... el principio tiene diferente peso en el caso concreto, muestra la dirección en que debería buscarse la decisión, pero la fuerza depende de los bienes en juego”*³⁸.

Dentro de estos parámetros se puede concluir en que:

a) El principio de precaución se constituye en el basamento jurídico de las acciones cautelares protectivas del ambiente en la amplitud referida que contiene el bien jurídico protegido.

b) Los jueces en tanto obligados por la manda constitucional, y en el nuevo rol que los conflictos ambientales les asignan han de bregar por la protección ambiental sobre el pivote de la precaución, de evitar daños al ambiente, jugando la incerteza científica, siempre en favor de las acciones más aconsejables para evitar el daño, teniendo en el proceso el juzgador un rol activo, instructorio y ordenatorio del proceso.

de se encuentra insoslayablemente en juego el orden público” (CCivCom Córdoba, 2ª, 16/9/08, “Fonseca, Ricardo y otros c/Provincia de Córdoba –Dirección Provincial de Agua y Saneamiento DIPAS–” APC 2009-4-396, Lexis n° 70049271).

³⁷ La Suprema Corte de Justicia de Mendoza en un caso donde debía de decidir si suspendía (previo a resolver el fondo del asunto) o no la ejecución de un acto administrativo que, en ejercicio del poder de policía ambiental que titularizaba la municipalidad, disponía el traslado de algunos sectores de la una empresa que fabricaba placas de aglomerado y la emplazaba a presentar un aviso de proyecto en el término de 45 días corridos, decidió a favor del acto administrativo indicando que “en definitiva, el adelantamiento de la prueba peticionado por la empresa acogida favorablemente por el tribunal, que ha tomado algo más de diez meses no obstante el empeño puesto en la dirección del proceso, ha dejado pendiente, por el momento, un cierto grado de incerteza científica. Precisamente, es esta incerteza la que impide hacer lugar a la cautelar solicitada desde que el acto administrativo atacado se funda en el principio de precaución, recogido en el art. 4, ley 25.675, que dice: ‘La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: Principio precautorio: 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’... La prudencia requerida por la Corte Federal. El acogimiento de la medida solicitada, aunque no suspendería una importante fuente de trabajo (cuestión que también ha sido tenida en cuenta por esta Sala y que, en definitiva, fue el elemento determinante de la aceptación de la anticipación de prueba) no respetaría la prudencia judicial constantemente invocada por la Corte Federal desde que implicaría el riesgo de perjudicar el ejercicio del poder de policía ambiental municipal en clara lesión al interés público (se han invocado riesgos para la salud de poblaciones vulnerables, especialmente niños) (para este requisito ver D’Argenio, Inés, *Las medidas cautelares en el proceso administrativo. La doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en materia alimentaria*, ED, 156-217; Chede, Antonio P., *La tutela cautelar en el recurso contencioso administrativo provincial. Ley 11.330, LLLitoral*, feb. 1998, p. 11 y ss.) (SCJ Mendoza, Sala 1ª, 14/11/07, “Cuyoplacas SA c/Municipalidad de Las Heras”, Lexis n° 35020546).

³⁸ Lorenzetti, *Teoría del derecho ambiental*, p. 65 y siguientes.

Tal paradigma jurisdiccional-ambiental deviene en tanto obligados por la manda constitucional, y en el nuevo rol judicial indicado la función del “juez ambiental” en el proceso se relaciona estrechamente con el principio protectivo del bien jurídico tutelado “ambiente” y su contracara de derecho humano que reviste el referido al ambiente sano y apto para el desarrollo humano (art. 41, Const. nacional). La función del proceso en la protección del ambiente se halla consolidada por la doctrina de la Corte, no sólo en virtud de la jurisprudencia reseñada, sino también en cuanto refiere a la protección en general de los derechos constitucionales. Así la Corte aludiendo a la interacción del proceso con la protección de los derechos humanos, entiende que su finalidad primigenia es la protección de los derechos constitucionales, afirmando que una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad instrumental radica en hacer efectivos los derechos sustanciales³⁹.

La consolidación y entendimiento del nuevo paradigma ambiental, en cuanto aplicable a los jueces permitirá hacer efectivo el derecho al ambiente, y dentro de él conformar un adecuado desarrollo sustentable. Para ello deberían legislarse procesos específicos, colectivos e individuales, donde la materia en juego sea el ambiente y su consecuente derecho humano, a fin de dar a los justiciables presupuestos claros en orden a la celeridad del proceso, pruebas, gratuidad en el acceso a la jurisdicción, facultades de los tribunales, normas que en definitiva serán reglamentarias o complementarias de los presupuestos mínimos del proceso ambiental consagrados en la ley 25.675.

© Editorial Astrea, 2016. Todos los derechos reservados.

³⁹ Conf. “Pardo, Héctor P. y otro c/Di Césare, Luis A. y otro s/art. 250 del CPC”, MJJ70425.