



EL RIESGO AMBIENTAL

Lidia M. R. Garrido Cordobera
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires



BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

- La Corte Penal Internacional —soberanía versus justicia universal—**, *Jean Marcel Fernandes* (2008).
- El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias**, *Carlos de Cores y Enrico Gabrielli* (2008).
- El divorcio en el Derecho iberoamericano**, *Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo (Coords.)* (2009).
- La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica, con particular referencia al Derecho cubano**, *Leonardo B. Pérez Gallardo* (2009).
- Código europeo de Contratos**, *Academia de Pavía* (2009).
- Favor debitoris —análisis crítico—**, *Carlos Rogel Vide* (2010).
- El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos**, *Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.)* (2010).
- Los tesoros del mar y su régimen jurídico**, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2010).
- Teoría y práctica del Defensor del Pueblo**, *Carlos R. Constenla* (2010).
- Derecho civil —método y concepto—**, *Carlos Rogel Vide* (2010).
- Contratos gratuitos**, *Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.)* (2010).
- Buena fe en los contratos**, *Gustavo Ordoqui Castilla* (2011).
- Contratos aleatorios**, *Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.)* (2012).
- El derecho en México**, *Gisela María Pérez Fuentes (Coord.)* (2012).
- Solidaridad contractual. Noción posmoderna del contrato**, *Juan J. Benítez Caorsi* (2013).
- Obligaciones y contratos. Cuestiones actuales**, *Carlos Rogel Vide* (2013).
- Misión, derechos, deberes y responsabilidades del abogado**, *Rodrigo Padilla* (2013).
- El riesgo ambiental**, *Lidia M. R. Garrido Cordobera* (2014).

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

El riesgo ambiental

Lidia M. R. Garrido Cordobera

*Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires*



México, D.F., Madrid, 2014

EDITAN:

México

Editorial UBIJUS

Begonias, 6 A, Colonia Clavería
Del. Azcapotzalco, México, D.F.
C.P. 02080

Tfno.: (01 55) 53 56 68 91

Tel./Fax: (01 55) 53 56 68 81

www.ubijus.com

ubijus@gmail.com

España

Editorial Reus, S. A.

C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid

Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54

Fax: (34) 91 445 11 26

E-mail: reus@editorialreus.es

<http://www.editorialreus.es>

ISBN: 978-84-290-1773-1

Depósito Legal: M 14874-2014

Diseño de portada: María Lapor

Impreso en España

Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.

Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni las editoriales, ni los miembros del Consejo Asesor, ni el coordinador de la Biblioteca Iberoamericana de Derecho responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

CONSEJO ASESOR

Carlos Cárdenas Quirós

Universidad de Lima

Carlos J. de Cores Helguera

Universidad Católica del Uruguay

Carlos Dario Barrera

Universidad Javeriana de Bogotá

Carmen Domínguez Hidalgo

Universidad Católica de Chile

Aida Kemelmajer de Carlucci

Universidad de Mendoza

Luis Leiva Fernández

Universidad de Buenos Aires

Claudia Lima Marques

Universidad Federal do Rio Grande do Sul

Gisela María Pérez Fuentes

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

Leonardo B. Pérez Gallardo

Universidad de La Habana

Josefina del Carmen Quintero Lyons

Universidad de Cartagena de Indias

Fernando Serrano Migallón

Universidad Nacional Autónoma de México

María del Carmen Valdés Martínez

Universidad Veracruzana de Xalapa

COORDINADOR

Carlos Rogel Vide

Universidad Complutense de Madrid

1. LOS DESAFÍOS DE LA POSTMODERNIDAD

1.1. Introducción

Abordar hoy la temática ambiental es una situación común y cotidiana, considerada además políticamente correcta, muy alejados estamos de cuando en las discusiones de los claustros y Congresos de Civilistas se discutía la incumbencia que el derecho civil tiene en el tema¹.

La relación del derecho Civil y el Derecho Ambiental es profunda y perenne como puede apreciarse también con el derecho Constitucional y el

¹ Garrido Cordobera, Lidia M. R., *Ponencia a las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Mar del Plata, 1983.

Garrido Cordobera, Lidia M. R., *Los daños colectivos y su reparación*, Ed. Universidad, 1992.

Garrido Cordobera, Lidia M. R., *El daño ambiental, daño colectivo e individual* LL 5 y 6 de Enero de 2007.

Pereiro de Grigaravicius, María D., *Daño ambiental en el Medio Ambiente Urbano*, Ed. La Ley 2001.

Cafferatta, Néstor A., *Teoría General de la responsabilidad ambiental*, en *Derecho Ambiental y Daño*, Ed. La Ley, 2009.

administrativo y unas de sus manifestaciones más trascendentes se evidencia en el tema de los daños que se producen por alteraciones del ambiente, dando tanto como resultados de tal situación daños colectivos como también daños individuales².

Las organizaciones internacionales cuentan con recomendaciones, declaraciones políticas, acuerdos y comités dedicados exclusivamente al tema del medio ambiente; lo mismo ocurre en los poderes legislativos de ciertos países, pero debemos continuar alertando sobre los serios inconvenientes en materia de política ambiental y en la legislación, sobre la necesidad de tener metas claras y una instrumentación adecuada, la no proliferación de organismos y reglamentaciones que se superpongan y que a la vez, dejen áreas expuestas; por ello puede decirse que los males que nos aquejan en el Derecho serían la insuficiencia, la sobreabundancia y la ineficacia normativa.

El ambientalismo no es una involución sino que tiene metas definidas, y es falsa la aparente pugna con el desarrollo, pues se sustenta hoy el derecho al desarrollo sostenible en un medio am-

² Garrido Cordobera, Lidia M. R., *Los daños colectivos – prospectiva General*, Ed. Javeriana, Bogotá, 2009.

Ruda González, Albert, *El daño Ecológico puro*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

Jordano Fraga, Jesús *La reparación de los daños catastróficos*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000.

biente sano y ecológicamente equilibrado³ como un derecho humano.

Un eje trascendente en toda esta temática de carácter esencial es sin duda alguna la capacidad para percibir el problema en análisis, pues muchos no denotan una percepción ambiental positiva; he aquí la importancia de las campañas ambientales para evitar el acaecimiento de desgraciados eventos desastrosos o calamitosos que enfrentan al hombre con «su realidad»⁴. El problema actual es que parte de la población no han sido educadas debidamente, pues no perciben el problema y mucho menos han efectuado su evaluación, ya que tienen una deficiente información y formación y esto se traslada a los funcionarios y empresarios⁵.

³ También se utiliza el termino «desarrollo sustentable» como un nuevo paradigma.

Walsh, Juan Rodrigo, *Ambiente, derecho y sustentabilidad*, Ed. La Ley, 2000.

⁴ Kunz, Ana, *Percepción del cambio ambiental y su relación con el concepto de daño en el ámbito jurídico (el caso de las inundaciones en la provincia de Buenos Aires)*. En *Cuestiones Ambientales*, Garrido-Kunz, Ed. La Ley, 2009.

⁵ Pigretti, Eduardo A, *Derecho Ambiental Profundizado*, Ed. La Ley, 2004.

Pigretti, Eduardo A, *Ambiente y Sociedad*, Ed. Lajouane, 2007.

Lorenzetti, Ricardo L, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*. Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006.

Tibone María Angélica: *Necesidad prioritaria de una psicología social ambiental*, pp. 46 y ss., «Rev. Ambiente y Recursos Naturales», Vol. II, n° 3, Ed. La Ley, Bs. As., 1985.

Un desastre natural o un accidente —como en su momento el de Chernobyl o el derrame en el Golfo de México— provocan que un problema que parecería lejano se convierta en algo que puede pasarle a cualquiera; es lamentable, pero los eventos dramáticos generan preocupación y la preocupación genera concientización y acción.

Justamente, en el intento de lograr un desarrollo que no origine grandes problemas ambientales se logra la concientización a nivel internacional de que la prevención de la contaminación es mejor que la eliminación de las consecuencias, lo que evidencia la aplicación de la faz preventiva, en esta línea se inscribe el Protocolo de Kyoto⁶.

La actitud del hombre moderno respecto del universo material fue y continua siendo de conquista y expansión; el hombre occidental tiene una relación de dominio con respecto al medio en que se desenvuelve, creyendo en el principio de la expansión sin límites y de que si surge algún tipo de restricción, la misma sólo será temporaria, pues mediante su inteligencia aplicada a la ciencia y a las técnicas la superará.

Tal conducta, junto con la de presumir un ilimitada capacidad ambiental para la absorción de residuos y desperdicios y la creencia de que nos hallamos en un ecosistema abierto, ha llevado a

⁶ Bellorio Clabot, Dino, *Derecho del Cambio Climático*, Ed. AD-HOC, 2007

lo que algunos denominamos ya hace veinte años «el inicio de la crisis ambiental o la tragedia de los comunes»⁷.

En nuestra opinión el bien jurídico protegido es la calidad de vida aunque algunos autores hablan del entorno o la naturaleza. Es un derecho humano de «tercera generación» o de «cuarta generación», a un medio ambiente sano y equilibrado, y al patrimonio común de la humanidad, que se funda, según Gross Espill, en la idea de la solidaridad entre los hombres⁸.

En la relación entre la naturaleza, entorno y la humanidad al Derecho le corresponde considerar las siguientes cuestiones: 1) qué o quién actúa sobre el ambiente; 2) el porqué de determinadas acciones, y 3) quién sufre o se beneficia con el cambio de las condiciones ecológicas.

Charles Chaumont, recuerda acertadamente que «El jurista no sólo ha de comprobar y exponer

⁷ Garrido Cordobera, Lidia M. R., *Los daños colectivos y su reparación*, Ed. Universidad, 1992.

⁸ Garrido Cordobera, Lidia M. R., *La preservación al medio ambiente en la Constitución Nacional: la protección y el daño ambiental en Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994*, Ed Depalma 1995.

Garrido Cordobera, Lidia M. R. y Cordobera de Garrido Rosa *Protección al medio ambiente y calidad de vida*, en Homenaje a los 150 años de la Constitución Nacional, Academia Nacional de Córdoba, 2003.

Gross Espiel, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Ed Jurídica Venezolana, 1985

el Derecho establecido; en los períodos en que se forma, es indispensable que plantee los problemas correctamente para contribuir a que los resuelvan correctamente, y que se dé cuenta de las consecuencias jurídicas de las situaciones ya creadas, cuyo alcance se debe medir»⁹

⁹ Chaumont, Charles: *Le droit de l'Espace*, pp. 8 y 9, PUF, Paris, 1960

2. EL DERECHO AMBIENTAL Y SUS PRINCIPIOS

2.1. La regulación jurídica del ambiente

Como solemos señalar y es sabido, en el tema ambiental se entrecruzan múltiples ramas de las ciencias, y el Derecho no es ajeno a este fenómeno, a punto que confluyen normas del Derecho Administrativo, Constitucional, Internacional Público y Privado, Civil, Minero, etc., y justamente por eso se erige, o intenta hacerlo, una nueva rama del Derecho.

Es necesario para poder hablar de la existencia de un Derecho Ambiental, saber si existen y cuáles son los principios probados y aceptados por la conciencia jurídica mundial con caracteres de validez y eficacia, pasaremos revista a algunos autores, pese a que en la actualidad se sostiene la denominación de Derecho sustentable como una instancia superadora¹⁰.

¹⁰ Walsh, Juan Rodrigo, *Derecho sustentable, una instancia superadora del derecho ambiental*, en Ambiente, Derecho y sustentabilidad, Ed. La Ley, 2000

El Maestro Pigretti, ha visto siempre en el derecho ambiental un verdadero desafío que replantea la relación del hombre con la naturaleza, como asimismo la relación del hombre con el grupo social, reclamaba por ello «nuevos métodos, nuevas formas, nuevos criterios de justicia, nuevas leyes», que debían estructurarse para resolver la problemática que afrontamos; estos criterios surgen de la interdisciplina científica que permite definir, desde el punto de vista de las ciencias exactas y naturales los fenómenos, para que el jurista pueda resolver «lo justo de cada uno»¹¹.

Sostiene Cano que el Derecho ambiental ha nacido en el momento en que se comprendió que «el entorno» constituye un conjunto, un todo, cuyos diversos elementos interaccionan entre sí, y además que su comprensión originó la elaboración de principios científicos técnicos para el manejo integrado de los diversos elementos que el ambiente humano como conjunto o universalidad¹².

El citado autor señala además que la aplicación de tales principios al orden físico y social origina la necesidad de trasladarnos al campo jurídico, y la de adoptar o reformular normas legales y nue-

¹¹ Pigretti, Eduardo, *Derecho Ambiental*, Ed. Depalma, 1993

¹² Cano, Guillermo: *Administración ambiental*, pp. 5 y ss., «Rev. Ambiente y Recursos Naturales», Vol. I, n° 2, Ed. La Ley, Bs. As., 1984.

vas estructuras administrativas para posibilitar su implementación.

El Derecho ambiental según Valls tiene por objeto condicionar la conducta humana respecto al disfrute, preservación y mejoramiento del ambiente, su contenido es difuso, contiene normas de derecho privado y de derecho publico, se caracteriza por ser a) una especialización a la que hay que aplicar conjuntamente los principios de derecho común, b) un correctivo de los errores y deficiencias de todo el sistema jurídico, c) íntimamente relacionado a las otras ramas del derecho, d) es evolutivo y dialéctico, e) conciliador y transaccional entre los intereses de las partes y f) es un instrumento de la política ambiental¹³

Lorenzetti, afirma que los problemas relativos al medio ambiente inciden en la fase de las hipótesis, del planteo de los problemas jurídicos, ocasionando un cambio profundo que avanza sobre el sistema del Código¹⁴.

¹³ Valls, Mario, *Derecho Ambiental*, 3ra ed., Distribuidor Abeledo Perrot, 1994

¹⁴ Lorenzetti, Ricardo L., *Las normas fundamentales de derecho privado*, p. 483, Rubinzal-Culzoni, 1995.

«El derecho ambiental es decodificante, herético, mutante: se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia, abarca lo público y privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características»

ÍNDICE

1. Los desafíos de la postmodernidad	7
1.1. Introducción	7
2. El derecho ambiental y sus principios	13
2.1. La regulación jurídica del ambiente	13
2.2. Los principios rectores en materia ambiental y su recepción doctrinaria y normativa.....	16
2.3. La función de los principios	32
3. Cuestiones que plantea el desarrollo.....	35
3.1. Los sistemas ecológicos y el desafío del desarrollo	35
3.2. La contaminación y la ley del equilibrio dinámico	38
3.3. El desarrollo.....	40
3.4. Instrumentos ambientales.....	44
4. La problemática de los riesgos.....	47
4.1. La dinámica de los riesgos	47
4.2. La doctrina del riesgo.....	49
a) Riesgo creado	49
b) Riesgo beneficio.....	51
c) Acto anormal	52

d) Riesgo de empresa como situación calificada de riesgo	53
4.3. El aporte del A.E.D	54
5. Los bienes e intereses jurídicos protegidos	55
5.1. La trascendencia del reconocimiento de los bienes comunes	55
5.2. Los males colectivos y las externalidades .	57
5.3. La Tutela Jurídica de los intereses involucrados	59
6. La gobernanza de los bienes colectivos y el Estado como su custodio (el rol del Estado)	73
6.1. Alcances del termino «Gobernanza».....	73
6.2. El rol del Estado	74
6.3. La responsabilidad del Estado en materia ambiental	78
7. La faz preventiva en materia ambiental. Aplicación de los principios de Prevención y precaución	87
7.1. Toma de posición.....	87
8. Las inmisiones	99
8.1. Panorama General.....	99
8.2. Los Derechos Involucrados	102
8.3. El auxilio del análisis económico.....	104
8.4. Clases de inmisiones	108
8.5. Los Agentes incisivos	110
8.6. Tratamiento legislativo	111
8.7. Los Criterios para dirimir el conflicto	112
A) La absolutas y exclusividad	112

B) Inmisio.....	113
C) Actos emulativos.....	113
D) Normal tolerancia	113
E) Uso normal.....	114
8.8. El régimen del derecho argentino	115
9. El daño ambiental.....	127
9.1. Su configuración como daño resarcible...	127
9.2. Régimen legal aplicable.....	129
A) Regulación legal del código civil Ar- gentino	130
B) La Regulación ambiental Argentina	146
10. Problemática de las inundaciones	153
10.1. Las inundaciones	153
10.2. Los desastres	155
10.3. Las decisiones políticas y las medidas a adoptar	157
10.4. La respuesta del derecho Internacional..	161
10.5. El ámbito normativo Argentino	164
10.6. Algunos aspectos de la responsabilidad por los daños por inundaciones en Ar- gentina.....	166
11. El desafío del agua como un bien colec- tivo	185
11.1. Toma de posición respecto al agua	195
11.2. Normativas comprometidas	188
11.3. El acuífero Guaraní como recurso estra- tégico.....	197
12. Conclusión	205
Bibliografía	207

