

JORGE MOSSET ITURRASPE
TOMÁS HUTCHINSON
EDGARDO ALBERTO DONNA

DAÑO AMBIENTAL

SEGUNDA EDICIÓN AMPLIADA Y ACTUALIZADA

Tomo II

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CMV Santa Fe

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL	7
----------------------	---

RESPONSABILIDAD PÚBLICA AMBIENTAL

por TOMÁS HUTCHINSON

PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO IX

LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA AMBIENTAL

.....	13
§ 1) I. Introducción	14
§ 2) II. Concepto de ambiente. Remisión	16
§ 3) III. Algunos problemas ambientales	18
§ 4) IV. El ordenamiento y los daños ambientales	22
§ 5) 1. La ausencia en nuestro Derecho de una disposición legal que regule en forma general esta responsabilidad	22
§ 6) 2. La regulación sectorial	23
§ 7) A) Preliminar	23
§ 8) B) La responsabilidad en la ley 25.612 de residuos industriales	23
§ 9) C) La Ley General del Ambiente	25

§ 10) V. El daño ambiental	25
§ 11) 1. Noción	25
§ 12) 2. Las clasificaciones del daño ambiental	27
§ 13) VI. Los objetivos de la responsabilidad por daños ambientales	30
§ 14) 1. Introducción	30
§ 15) 2. La responsabilidad como instrumento de la política ambiental.	36
§ 16) VII. La responsabilidad ambiental	37
§ 17) 1. Elementos	37
§ 18) A) Preliminar	37
§ 19) B) Actividad del órgano estatal	37
§ 20) C) Sujetos	40
§ 21) C.1) Sujeto contaminante. Dificultades para su individualización	40
§ 22) C.2) Sujetos responsables. Determinación	43
§ 23) C.3) Sujeto demandante de la responsabilidad	43
§ 24) VIII. El daño o deterioro ambiental	43
§ 25) 1. Preliminar	43
§ 26) 2. El daño como condición necesaria de la responsabilidad	46
§ 27) 3. Concepto de daño	48
§ 28) A) Aceptación común	48
§ 29) B) Daño y perjuicio	49
§ 30) C) El daño ambiental	50
§ 31) D) Daño y contaminación	52
§ 32) 4. Carácter del daño según los tipos de responsabilidad	53
§ 33) 5. La existencia y reparabilidad del daño. El carácter personal	54
§ 34) 6. Daño directo	57
§ 35) 7. El carácter cierto del daño	57
§ 36) A) Concepto	57
§ 37) B) El carácter cierto en los daños actuales ..	60

§ 38) C) El carácter cierto en los daños evolutivos (daños futuros)	60
§ 39) D) La característica de incerteza en los daños por pérdida de oportunidades. Consideraciones generales	61
§ 40) 8. Daño permitido	63
§ 41) 9. Daño tolerado	64
§ 42) 10. Daños colectivos	66
§ 43) 11. Daños continuados	66
§ 44) IX. El daño y la relación de causalidad	66
§ 45) 1. El concepto de la causalidad	66
§ 46) 2. Las características de la relación de causalidad en el tema ambiental	68
§ 47) 3. Concurrencia de causas	69
§ 48) 4. Daño directo (remisión)	69
§ 49) 5. La necesidad de distinguir posibilidad de probabilidad	70
§ 50) 6. Ruptura del nexo causal	71
§ 51) X. La base de la responsabilidad	72
§ 52) 1. Consideraciones generales	72
§ 53) 2. La responsabilidad ambiental como responsabilidad objetiva	74
§ 54) A) Preliminar	74
§ 55) B) Fundamento	75
§ 56) 3. El criterio del riesgo	78
§ 57) A) Noción	78
§ 58) B) Actividad riesgosa	79
§ 59) C) Riesgo o peligrosidad	81
§ 60) D) Internalización de la actividad riesgosa	83
§ 61) E) Hecho fortuito y fuerza mayor	85
§ 62) 4. El criterio <i>cuius est commodum eius</i> <i>est incommodum</i> . Otros criterios	87
§ 63) 5. La inversión de la carga de la prueba	88
§ 64) XI. La antijuridicidad	91
§ 65) 1. Preliminar	91

§ 66) 2. Culpabilidad e ilicitud	92
§ 67) 3. ¿Es necesaria la ilicitud en la responsabilidad ambiental?	92
§ 68) XII. Conclusión	95

CAPÍTULO X

LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR DAÑOS AL AMBIENTE

§ 1) I. Preliminar	97
§ 2) II. La discusión acerca de la aplicación del Derecho Privado o el Público	100
§ 3) III. Elementos esenciales de la responsabilidad administrativa ambiental	102
§ 4) IV. La responsabilidad administrativa por daños ambientales como responsabilidad objetiva	103
§ 5) 1. Introducción	103
§ 6) 2. La responsabilidad administrativa como objetiva. Distinciones	104
§ 7) V. La responsabilidad administrativa en materia ambiental. Características	107
§ 8) VI. El funcionamiento anormal y la responsabilidad administrativa	108
§ 9) 1. Preliminar	108
§ 10) 2. La protección ambiental	109
§ 11) 3. Prevención ambiental	110
§ 12) 4. El funcionamiento anormal	110
§ 13) VII. Los daños en materia ambiental. Su tipología y características	112
§ 14) 1. Supuestos de contaminación directa por parte de la Administración	112
§ 15) 2. Presupuestos para la responsabilidad administrativa en materia de intervención ambiental	116
§ 16) A) Introducción	116

§ 17) B) Existencia de un daño o lesión	117
§ 18) B.1) Notas características	117
§ 19) C) Lesión antijurídica	118
§ 20) D) Daño imputable a la Administración	119
§ 21) E) Prueba de la lesión	120
§ 22) VIII. Sobre la responsabilidad ambiental y la relación de causalidad	120
§ 23) 1. Preliminar	120
§ 24) 2. Circunstancias que interrumpen la relación causal	122
§ 25) A) Principio general	122
§ 26) B) El hecho de un tercero	122
§ 27) C) El hecho del sujeto lesionado	123
§ 28) D) El error del perjudicado	124
§ 29) E) Fuerza mayor	125
§ 30) 3. La relación de causalidad en la ley 25.612	125
§ 31) IX. La responsabilidad administrativa por los espacios naturales protegidos	128
§ 32) 1. Preliminar	128
§ 33) 2. Regulación	129
§ 34) 3. Régimen de responsabilidad	129

CAPÍTULO XI

EL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO

§ 1) I. El daño ambiental colectivo	131
§ 2) 1. Preliminar	131
§ 3) 2. El objeto de este tipo de responsabilidad	134
§ 4) 3. La cuestión planteada	135
§ 5) 4. Concepto	136
§ 6) A) En la doctrina	136
§ 7) B) En el Derecho positivo	141
§ 8) C) En la Ley General del Ambiente 25.675	142

§ 9) 5. Características especiales del daño ambiental colectivo	143
§ 10) A) Preliminar	143
§ 11) B) El delicado equilibrio	143
§ 12) C) La obligación de recomponer el daño ambiental	144
§ 13) D) La regulación en la Ley General del Ambiente	145
§ 14) D.1) Alcance de la recomposición	145
§ 15) D.2) Extensión de la responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva	148
§ 16) 6. Los daños en la responsabilidad colectiva ambiental	149
§ 17) A) Preliminar	149
§ 18) B) Daños ambientales colectivos	149
§ 19) C) Daños continuados	150
§ 20) D) Otras características	151
§ 21) 7. Determinación del daño colectivo	152
§ 22) II. Elementos de la responsabilidad colectiva	155
§ 23) 1. El daño	155
§ 24) 2. El carácter objetivo	155
§ 25) III. La relación de causalidad	156
§ 26) IV. Factor de atribución	160
§ 27) V. Daños morales	163
§ 28) VI. La cesación de la actividad contaminante	166
§ 29) VII. La recomposición de los daños ambientales	167
§ 30) VIII. Conclusión	169

CAPÍTULO XII

LA REPARACIÓN

§ 1) I. Cuestiones previas	171
§ 2) II. El principio general de la prioridad de la reparación <i>in natura</i>	175
§ 3) 1. Principio general	175

§ 4) 2. Excepciones. Interpretación	177
§ 5) 3. Formas de la reparación <i>in natura</i>	181
§ 6) 4. La reparación del daño ambiental y la cesación de la actividad contaminante	181
§ 7) III. Modalidades, evaluaciones, compensaciones y efectividad de la reparación en especie	182
§ 8) IV. La reparación según los distintos tipos de responsabilidad ..	188
§ 9) 1. Metodología a seguir	188
§ 10) 2. La reparación del daño en la responsabilidad ambiental colectiva	188
§ 11) A) Preliminar	188
§ 12) B) La reparación se hace mediante la recomposición	189
§ 13) C) El daño moral colectivo	192
§ 14) 3. La reparación del daño en la responsabilidad administrativa ambiental	193
§ 15) A) Preliminar	193
§ 16) V. La legislación especial sobre reparación de daños al ambiente	193
§ 17) 1. Generalidades	193
§ 18) 2. Normas relativas a la valoración del daño	195
§ 19) A) Apreciaciones generales	195
§ 20) B) Con relación al daño ambiental colectivo	196
§ 21) B.1) Generalidades	196
§ 22) B.2) Valoración y cuantificación de los daños	196
§ 23) C) En relación con los daños producidos individualmente a través del ambiente	197
§ 24) VI. <i>Quantum</i> resarcitorio	198
§ 25) 1. Generalidades	198
§ 26) 2. Límites al resarcimiento	199
§ 27) 3. Extensión del resarcimiento	200
§ 28) A) Actividad ilícita	200
§ 29) B) Actos lícitos	202

§ 30) VII. El seguro como mecanismo tradicional de reparación. Nuevas tendencias	209
§ 31) VIII. Los fondos	211
§ 32) 1. Concepto	211
§ 33) 2. Utilidad de los fondos	213
§ 34) 3. El Fondo de Compensación Ambiental creado por la LGA	215

EL PROCESO JUDICIAL

CAPÍTULO XIII

LOS DIFERENTES PROBLEMAS PROCESALES AMBIENTALES

.....	221
§ 1) I. Preliminar	222
§ 2) II. La cuestión en la responsabilidad administrativa ambiental	223
§ 3) 1. Las acciones jurisdiccionales para reclamar la responsabilidad administrativa ambiental	223
§ 4) 2. La vía administrativa previa	225
§ 5) 3. Otras consideraciones (en especial sobre los problemas procesales)	227
§ 6) A) Preliminar	227
§ 7) B) Legitimación	227
§ 8) C) Los plazos para accionar	228
§ 9) D) Las medidas cautelares	229
§ 10) E) Ejecución de sentencias	230
§ 11) 4. La competencia judicial en materia de responsabilidad pública ambiental	230
§ 12) A) Preliminar	230
§ 13) B) Reglas básicas	232
§ 14) C) Zonas de tangencia	233
§ 15) 5. De la prueba	235
§ 16) A) Explicación	235

§ 17) B) Alcance del principio <i>actori incumbit probatio</i>	236
§ 18) B.1) Preliminar	236
§ 19) B.2) Prueba de la falta o del funcionamiento anormal del servicio	237
§ 20) B.3) La mecánica y el alcance del principio	237
§ 21) B.4) El carácter cuasi inquisitorio del contencioso administrativo ambiental. La prueba y el rol del juez	240
§ 22) B.5) Las presunciones. La presunción de la falta o del funcionamiento anormal ..	243
§ 23) B.6) Conclusión	245
§ 24) 6. La sentencia definitiva	245
§ 25) 7. Ejecución de sentencias	246
§ 26) A) Principio	246
§ 27) B) La ejecución de sentencias en el caso de que el Estado deba cumplir una obligación de hacer, no hacer o dar	247
§ 28) B.1) Sentencia condenatoria a una actividad de hacer	247
§ 29) B.2) Caso de las obligaciones de no hacer ..	249
§ 30) B.3) Las obligaciones de dar	250
§ 31) C) El problema de la ejecución de las sentencias condenatorias de dar sumas de dinero contra el Estado Nacional	250
§ 32) C.1) Introducción	250
§ 33) C.2) El carácter declaratorio de la sentencia contra el Estado	251
§ 34) D) Situación en las provincias	255
§ 35) E) Conclusión	255
§ 36) III. La cuestión en la responsabilidad ambiental colectiva	258
§ 37) 1. La Ley General del Ambiente y los regímenes procesales	258
§ 38) 2. La Ley General del Ambiente y las restricciones ambientales	261

§ 39) 3. El rol del juez	262
§ 40) 4. La sentencia	267
§ 41) IV. El amparo colectivo	270
§ 42) V. Pretensión de protección o prevención	271
§ 43) VI. La prescripción	271
§ 44) 1. Preliminar	271
§ 45) 2. Curso de la prescripción	273
§ 46) A) Principio	273
§ 47) B) Comienzo del curso del plazo en materia de responsabilidad extracontractual	274
§ 48) C) Circunstancias modificativas	277
§ 49) 3. Problemas de la prescripción en materia de daños al ambiente	277
§ 50) A) Preliminar	277
§ 51) B) Daños sobrevenidos	278
§ 52) C) Daños continuados	279
§ 53) D) Prescripción de la acción para hacer cesar la actividad dañosa	281

**CAPÍTULO XIV
DE LA LEGITIMACIÓN**

§ 1) I. Introducción	283
§ 2) II. Precisiones en relación con los distintos supuestos de responsabilidad	287
§ 3) III. Los derechos de la tercera generación y su tutela judicial ...	289
§ 4) IV. La legitimación y la tutela judicial efectiva	293
§ 5) V. Distintas clases de legitimaciones	298
§ 6) VI. Legitimación activa de la Administración. ¿Es posible sustituirla?	299
§ 7) VII. Legitimación activa de los particulares	302
§ 8) 1. Preliminar	302
§ 9) 2. La legislación vigente en materia de legitimación ambiental	303

§ 10) 3. Legitimación individual	304
§ 11) A) Los problemas de legitimación en el contencioso	304
§ 12) B) El caso de los daños administrativos al ambiente	310
§ 13) B.1) Pretensión individual de reparación	310
§ 14) B.2) El caso del elevado número de particulares perjudicados	310
§ 15) 4. Los daños ambientales colectivos	311
§ 16) A) La cuestión	311
§ 17) B) El problema de los intereses grupales ...	312
§ 18) B.1) Consideraciones generales	312
§ 19) B.2) Diferencia entre derechos (intereses) colectivos (corporativos) y difusos ...	313
§ 20) B.3) La calidad de afectado	317
§ 21) C) La legitimación en esta clase de daños ...	320
§ 22) D) La insuficiencia de la legislación vigente. La acción pública	324
§ 23) E) La cuestión de la legitimación en el Derecho Comparado	325
§ 24) 5. Legitimación activa de las asociaciones	329
§ 25) A) Preliminar	329
§ 26) B) La reparación se pretende por haberse lesionado el patrimonio de la asociación	331
§ 27) C) La reparación se pide por los asociados y se relaciona con la responsabilidad pública	333
§ 28) C.1) La asociación solicita la reparación patrimonial en nombre de los asociados	333
§ 29) C.2) La asociación actuando en los casos de los daños ambientales colectivos	336
§ 30) 6. Legitimación activa del defensor del pueblo	337
§ 31) VIII. Legitimación pasiva	340

§ 32) IX. Propuestas alternativas	342
§ 33) 1. Las <i>class actions</i>	342
§ 34) A) Generalidades	342
§ 35) B) Las <i>class actions</i> y la responsabilidad por daños al ambiente	346
§ 36) 2. Los <i>test leading cases</i>	348
§ 37) 3. Otros medios	349
§ 38) X. Conclusión	349

CAPÍTULO XV

OTROS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD

§ 1) I. Introducción	351
§ 2) II. Responsabilidad como cobertura del riesgo	353
§ 3) III. Responsabilidad prevención	353
§ 4) IV. Responsabilidad participación	357
§ 5) V. Responsabilidad por daños permitidos	360
§ 6) 1. Concepto	360
§ 7) 2. La tasa y la reparación	361
§ 8) 3. Conclusión	363
§ 9) VI. La responsabilidad sanción	363
§ 10) 1. Preliminar	363
§ 11) 2. Ubicación	365
§ 12) 3. Concepto	369
§ 13) 4. Naturaleza	371
§ 14) 5. Caracteres de la sanción administrativa	373
§ 15) 6. Principios: de legalidad y jerarquía de las normas sancionadoras. Otros principios	374
§ 16) 7. Las sanciones administrativas en materia ambiental	379
§ 17) A) Causas y fundamentos	379
§ 18) B) Carácter de las sanciones administrativas ambientales	380

§ 19) C) Acumulación de la sanción administrativa con el deber de reparación	381
§ 20) D) Contenido de las sanciones administrativas ambientales	383
§ 21) VII. Sanciones de prevención de riesgos	383

DELITO Y MEDIO AMBIENTE

por EDGARDO ALBERTO DONNA

EL ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA DEL DELITO ECOLÓGICO QUE LESIONA EL MEDIO AMBIENTE

I. Introducción	389
II. Derecho Penal vigente	396
III. El Derecho como instrumento para la protección del ambiente	399
IV. La protección del ambiente como bien jurídico protegido de categoría constitucional	400
V. Los límites de la protección penal	401
VI. El bien jurídico protegido	404
VII. El problema de la dependencia del Derecho Penal Ambiental del Derecho Administrativo	409
VIII. Los delitos de peligro. Sus problemas en la dogmática actual. El Derecho Penal del riesgo	413
a) Concepto. El Derecho Penal moderno	413
b) El Derecho Penal del riesgo	419
c) Dogmática de los delitos de peligro	428
1. Análisis general	428
2. Delitos de resultado. Delitos de peligro	432
3. El concepto de peligro	438
d) Los delitos de peligro abstracto	457
1. Análisis de la doctrina	457
1.a) Los clásicos delitos de peligro abstracto	471
1.b) Acciones masivas (sobre todo en el tráfico viario)	473

1.c) Delitos con “bien jurídico intermedio espiritualizado”	473
1.d) Delitos de aptitud abstracta	474
e) Síntesis y análisis crítico	492
1. Resumen general del problema	492
2. El peligro y el Derecho	492
3. El peligro y el Derecho Penal	494
4. El problema de los delitos de peligro abstracto	498
4.a) La idea de delito de peligro abstracto como presunción del peligro	498
4.b) La crítica a la posición de los delitos de peligro abstracto como presunción del riesgo	499
4.b.1) Análisis en general	499
4.b.2) El problema del dolo en los delitos de peligro	503
IX. Los tipos penales abiertos	503
X. La reparación del daño	504
XI. Protección supranacional del ambiente. La cooperación internacional	507
XII. El Derecho Comparado	508
XIII. A manera de síntesis	511
 BIBLIOGRAFÍA	 513