

De la amputación a un cuerpo completo de responsabilidad por daño en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado.

Propuesta enmendadora

Autor: Luis Cavalli¹

Los códigos en sudamérica son hijos más bien de la vanidad que de la necesidad... son el testamento de un abogado, o el monumento de la vanidad de un Presidente.

Juan Bautista Alberdi. Bases.²

Vere dignum et iustum est³ .

Con sorpresa, o tal vez sin napoleónica sorpresa, estamos en la víspera de la sanción de un nuevo Código civil, unificado con el comercial, al que se le han agregado aquellas leyes, llamadas temerariamente “especiales”, que deberían haber formado parte del código civil o del comercial, pero que no tuvieron o no quisieron obtener ese éxito. Lo que fue una mera expectativa, hoy se convierte en una certeza: es más que probable que vamos a tener un nuevo código civil y comercial. Si el código de Vélez Sársfield se aprobó a libro cerrado y sin modificaciones, ya se vislumbra que este código se va a votar, dadas las diferencias en el tiempo y el discurso oficial, a libro abierto. Pero sin modificaciones.

Lo que se analiza en el presente trabajo es la importancia y consecuencias de la supresión lisa y llana que ha realizado el Poder Ejecutivo Nacional de todo lo atinente al daño ambiental de incidencia colectiva.

Según se informa y se agradece oportunamente, los tres integrantes de la Comisión 191/2011 tuvieron la deferencia de hacer participar en la confección del Anteproyecto a sus amigos, conocidos, discípulos y demás deudos, con alguna especialidad en los distintos y variados temas que abarca el código.

Criticar, evaluar, juzgar desde afuera de los que hicieron el Anteproyecto y de los que lo amputaron, nunca es método apto para razonar la eficiencia del texto analizado. Hay tesis, obras, lecturas, textos, que no son inaccesibles al análisis. Las hay malas, que son malas sin más.

El Código nuevo tiene sus lados buenos y lados malos. Como decía Borges, todas las cosas son lunares, esconden un lado oscuro que no podemos ver. No hay en el proyecto de Código ningún procedimiento, corte o mezcla incoherente de metodología, ninguna felicidad que no se pueda descubrir y hasta explicar el más rudimental estudiante. No

¹ *Luis Cavalli* es Abogado especialista en el Régimen Jurídico de los Recursos Naturales por la UBA. Sus últimos libros publicados son: “Ambiente Petróleo y gas” en coautoría con Pigretti, Eduardo y Bllorio Clabot, Dino. Ed Lajouane. 2011. “Derecho Ambiental de aguas” en coautoría con Pigretti y Bllorio Clabot. Ed Lajouane 2012. “Mariano Moreno. 1805-1811” Ed Lajouane. 2010. “Derecho Agrario Ambiental” en Coautoría con Bllorio Calbot, Dino. Ed Ad Hoc. 2009. Es fundador en el año 2004, Tesorero y Apoderado General Judicial de la Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas. Fue hasta noviembre de 2011 Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Belgrano. Es miembro del Instituto de Ecología, Ambiente y Recursos Energéticos del CPACF.

² *Alberdi, J.B.* “Bases y Puntos de Partida para la organización política de la república Argentina” Pág 35 Talleres Gráficos Argentinos. Edición prologada por Francisco Cruz. 1933

³ *Compendio del Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 1352. Etimología de la palabra prefacio. Lo que sigue en latín es “ En verdad es justo y necesario” parte del prefacio en la misa primitiva.

hay una de las frases, de las explicaciones, de las acumulaciones de datos, que no puedan ser examinadas, refutadas, negadas, o que no sean corregibles.

El análisis crítico que hago se encara desde un lugar: lo ambiental. Lo que me coloca en la peor de las situaciones: Se entiende que los derechos de primera generación, invocados por las empresas del sector y los derechos de segunda generación, invocados por los gremios del sector, son atacados por los derechos de tercera generación, que son los ambientales. Quiero participar de una fiesta donde nadie quiere invitarme. Estamos ante la vigencia de una materia jurídica ambiental cuyos preceptos no se cumplen a pleno en la realidad, o, como dice la Memoria Contable 2011 de YPF⁴, “no son profundos en su grado de aplicabilidad”. En lo internacional existe un catálogo minucioso y preciso de doctrinas y afirmaciones en declaraciones internacionales, que en cada reunión del G 8, del G 20, o del punto G, se encargan de poner entre las prioridades el movimiento de dinero para mitigar el “cambio climático”, convencionalmente aceptado como existente y cuyo principal factor desencadenante son los combustibles fósiles Sin embargo nada cambia en lo interno de las naciones, ni a nivel internacional.

El Código observa, creo, todas las convenciones del género jurídico, no menos convencionales que el penal o laboral, de las cuales nos cansaremos o ya estamos cansados. Lo peor de la situación, forzada por lo convencional y lo “serio” que tiene un código es que, carece, debe carecer, de la pasión en el análisis. Se suprimió la responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva sin explicaciones, en el medio del silencio de los inocentes.

He descubierto que mi método de escritura de libros y artículos es el “método chef”, es decir, tiro todo lo que tengo en la olla de una sola vez y luego saco y pongo los ingredientes según mi paladar me va indicando, para centrarme solo en el resultado final. Para este análisis de proyecto de Código y propuesta consecuente he renunciado a tan sutil sistema. Lo he hecho no sin esfuerzo, para recurrir al necesario estudio de los libros de metodología, algunos armoniosos como “Investigar en Derecho” de Ana Kuns y Nancy Cardinaux⁵, otros amenos y amables del que uno se siente amigo por su literatura anterior, como el “Cómo hacer una tesis” de Umberto Eco⁶ e inextricables, debido a mi apuro y fatiga, como “La estructura de las relaciones científicas” de Tomas Khun⁷, científico que impuso un concepto que nunca usé ni volveré a usar como “paradigma”. La metodología empleada la he denominado “genética-constructivista” por lo que vaya mi mención al mal leído y nada aprendido Piaget, Jean: “Introducción a la epistemología genética”⁸.

No he caído en algunos errores groseros. Sé que hay escrupulosos críticos que ejercen la policía de las pequeñas distracciones, otros pasan a maestros de segundo grado y miden los párrafos y donde están puestas las comas. No soy vulnerable a ello, aunque a veces me doy cuenta donde es necesario aligerar una estrofa pesada o mitigar un énfasis.

⁴ CNV. Balance YPF. Año 2001. Pasivo ambiental.

⁵ Kuns y Cardinaux: *Investigar en Derecho. Guía para alumnos y tesisistas*. Bs As Depto Publicaciones. Facultad Derecho. UBA 2004

⁶ Eco Umberto. “*Cómo se hace una tesis, técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*” (1977).

⁷ Khun Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*, 1962

⁸ Piaget, J. “*Introducción a la epistemología genética*”. Tomo II. Ed. Paidós, Buenos Aires, 1975

El Código tiene el estilo, la forma, el “formato” como se dice en el nuevo lenguaje informático, los requisitos elementales que constituyen una tradición de género, de estilo, estandarizadas en este Siglo XXI con la ayuda del lenguaje y la tecnología computadoril, donde la máquina señala qué tamaño de letra, espacio, renglones, negritas y cursivas hay que usar. Ya hay un lugar para cada palabra, un lugar para cada símbolo. Es baladí lo que un innovador es capaz de alterar en el estilo.

Vere dignum et iustum est : Sigo creyendo en la necesidad y justicia de analizar los aspectos suprimidos del daño ambiental de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil. Cada acto, desastroso o pequeño, que sucede en el ambiente o en los recursos naturales tiene impacto directo sobre nuestro presente. Y condena nuestro futuro.

La masificación judicial de la protección ambiental que representaba la incorporación de la responsabilidad por daño ambiental de incidencia colectiva en el Código Civil Unificado hubiera significado un progreso fundamental en la instauración definitiva del desarrollo sustentable en la Argentina. Pero lo cierto es que esto no llegó al Congreso y se hundirá en las arenas del olvido. No por ello voy a acallar hoy la crítica correspondiente.

Alguien, algún día, va a escuchar. Por eso este aporte.

La Amputación

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial redactado por la Comisión Decreto 191/2011 contemplaba en su sistema completo de responsabilidad, los derivados de los daños a los derechos de incidencia colectiva vinculados con la protección ambiental. El Poder Ejecutivo Nacional al enviar al Senado el Proyecto, suprimió los vinculados al ambiente, remitiendo su tratamiento al derecho administrativo, a las leyes especiales o a los presupuestos mínimos. Esta circunstancia de remitir a normas externas quitó el carácter de completitud que tiene que tener este cuerpo normativo. De esta manera, además de notarse la desprolijidad de las supresiones y modificaciones, el código deja de ser un sistema jurídico lógico donde toda situación de responsabilidad civil, incluidas las derivadas de daños a los derechos de incidencia colectiva vinculados con el ambiente, se resuelve dentro del mismo sistema. La amputación realizada por el Poder Ejecutivo Nacional, le quitó así al futuro código unidad, coherencia y sistematización, que es el objetivo central de la codificación.

Con esta amputación de la dimensión ambiental del sistema de responsabilidad en el código civil y comercial se pierde una oportunidad de unificar la responsabilidad civil. El anacrónico concepto de considerar la normativa protectora del ambiente y los recursos naturales como exclusiva del derecho administrativo encuentra su refutación objetiva en el sistema de responsabilidad por daños. Desde el mismo campo de los civilistas, en 1920 Duguit invitaba a los juristas a rehacer el Derecho Civil para adecuarlo a las nuevas concepciones.⁹ Así se fue abriendo paso la responsabilidad objetiva en el derecho civil, frente a la evolución de una sociedad que no admite que un daño quede sin reparación.

⁹ Duguit. La revolte des faits contre le code civil. 1920

Y no es una cuestión de derecho público o privado, ya que la responsabilidad civil se ubica “en el centro de todo el Derecho”¹⁰. Goldemberg ha sostenido con acierto que la responsabilidad civil “constituye el punto neurálgico de las preocupaciones jurídicas... ha llegado a invadir todos los dominios de las ciencias jurídicas, en el Derecho Público como en el Derecho Privado.”¹¹ La doctrina privatista que en nuestro medio se ocupa del derecho de daños desde la década del noventa ha reclamado de manera constante la inclusión del reconocimiento legal de los derechos colectivos, conteniendo los ambientales explícitamente. Así se refleja en las distintas jornadas de derecho civil que se vienen realizando en el país.

Si como dicen sus propangandistas, este un código que va a durar cien años, nos queda un siglo de espera para lograr que el derecho argentino tenga un sistema de responsabilidad por daños único, completo, coherente y sistemático. Mientras tanto la responsabilidad por daños a los derechos de incidencia colectiva vinculados con el ambiente y los recursos naturales quedará fragmentada en diversas y dispersas “leyes especiales”, poco conocidas, de baja aplicabilidad¹², con tendencia a encuadrarse dentro del derecho administrativo, esto es, sometida a la voluntad del Poder Administrador. Algunas provincias, en su afán por fomentar determinadas industrias, son altamente permisivas respecto de la responsabilidad por los daños ambientales que ocasionan las empresas. Algunas provincias autodenominadas productoras de hidrocarburos burlan el sistema de responsabilidad civil nacional mediante un sistema donde el reconocimiento de daño ambiental se hace mediante declaración jurada del propio causante, quién acuerda con el poder ejecutivo provincial un plan de remediación. Como puede notarse fácilmente es un sistema endeble, poco creíble y vulnerable al fraude¹³.

Evolución en la tutela de los derechos subjetivos

Los llamados derechos de incidencia colectiva son los derechos que se incorporan al plexo de normas positivas argentinas con la reforma constitucional de 1994, cuerpo jurídico receptor de los derechos denominados de tercera generación, llamados así por su orden de aparición en el tiempo. Están enunciados en el artículo 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, son los protectivos del ambiente, el usuario, el consumidor y la competencia. Se diferencian de los derechos liberales clásicos, incluidos en la Constitución de 1853-60, que para comodidad explicativa se denominan de primera generación. Se diferencian, también, de los derechos del trabajo y la seguridad social, llegados a nuestro derecho en la Constitución de 1949 y resignadamente incluidos en un bis del artículo 14 de la resurrecta Constitución del año 1957, llamados de segunda generación.

¹⁰ Mazeaud-Tunc. Tratado tórico práctico de la responsabilidad delictual y contractual. N° 15-2. P.16.-

¹¹ Goldenberg, Isidoro. Indemnización por Daños y Perjuicios. HAmurabi. 1998

¹² Esta no es una apreciación subjetiva. En el balance de 2011 de YPF S.A. utiliza el concepto de “profundidad en el grado aplicación de la normativa ambiental”. Siguiendo ese criterio el monto dinerario para aplicar a la recomposición de daños ambientales en la Argentina, donde la propia Intervención reconoció que eran cuantiosos, fue escasa, mientras que la cantidad afectada para este ítem a aplicar en EEUU era mucho mayor.

¹³ Así Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz.

Resulta lógico y natural que en el clima de individualismo liberal teórico en el que se desenvolvía, Vélez Sársfiel¹⁴ no conociera ni podía conocer estos derechos. Tampoco hacen referencia a los derechos de incidencia colectiva la doctrina más importante del derecho privado clásico del Siglo XX que promovió con ningún resultado anteproyectos de modificación del Código Civil, como el de Bibiloni del 29, el anteproyecto del 36, ni el del año 54 de J.J. Llambías. Tampoco los comisionados que trabajaron bajo la dirección inoficiosa del Dr Guillermo Borda que reformaron doscientos artículos a través de la Ley 17.711, hacían referencia en sus tratados a estos derechos y por ello mismo no figuran en el articulado del código vigente.

El Anteproyecto de Código Civil redactado por la Comisión Decreto 191/2011 los contemplaba entre los derechos que reconoce el código, siguiendo la orientación y principios de la Constitución Nacional que contiene entre los derechos de incidencia colectiva los del usuario, consumidor, la competencia y los protectivos del ambiente. Pero el Poder Ejecutivo Nacional suprimió los derechos de incidencia colectiva vinculados con el ambiente en el proyecto final que envió al Senado. Esto adquiere particular significancia toda vez que es una manifestación explícita del pensamiento y consideración de los derechos ambientales por parte del Poder Ejecutivo Nacional. Los motivos no podemos saberlos porque no hay fundamentación de la exclusión. Comentar acerca de los porqués es conjeturar en vano. Lo que queda claro es que ahora no son tratados en el Código Civil.

El centro de la tutela de Anteproyecto eran los derechos subjetivos, que son las facultades o prerrogativas que una persona tiene para exigir de los demás, ya sean personas, físicas, jurídicas o Estados, un determinado comportamiento. El artículo 14 del Anteproyecto era la culminación de un proceso genético iniciado en el pensamiento iluminista francés surgido contra el absolutismo monárquico, donde el paradigma era que las leyes solo existían allí donde falta la convención de los particulares, donde emerge en su máxima expresión la llamada autonomía de la voluntad. “Lo que es querido, no causa injusticia” era un apotegma de la época o “quién dice contractual, dice justo”. La libertad individual por sobre todo. Pero a partir de considerar al hombre en su entorno, al ponerle a la persona sus atributos y su condición social, económica, cultural, más allá de la igualdad teórica en la que era considerado por la ley, surgió la necesidad de leyes imperativas que se inmiscuyeran dentro de los contratos para equilibrar la asimetría de poder de contratación de las partes y emerge el valor justicia.

Como paradoja de la historia argentina, la iniciación de este proceso de publicización del derecho privado no es consecuencia de las ideas socializantes importadas de la alicaída Europa que expulsó para estos lares revolucionarios anarquistas, socialistas y comunistas. Muy por el contrario, es el emergente necesario de un modelo agroexportador argentino deforme, que a la vez que convertía al país en una potencia económica mundial por el volumen de sus exportaciones granarias y cárnicas, dejó en los primeros años del Siglo XX el setenta por ciento de las tierras cultivables, base de la

¹⁴ Decimos “teórico” porque en la práctica cotidiana Vélez hizo carrera por ser cuñado del Gobernador de San Luis Don Santos Ortiz, gracias a quién fue Diputado, fue protegido de Facundo Quiroga y era contertulio de la hija de Rosas a tal punto que el 3 de febrero de 1852 se entera de la derrota de Restaurador estando en una tertulia con Manuelita. Los vientos posteriores lo arrimaron al pensamiento francés y la copia de su código.

riqueza del país, en manos de arrendatarios en condiciones de vida infrahumanas. La ley de arrendamientos rurales del gobierno irigoyenista es una clara intromisión del Estado en los contratos de las partes para enmendar esta injusticia. Ya el propio Julio Argentino “el Zorro” Roca como Presidente de la República había transgredido el federalismo y al mismísimo Código Civil con la Ley de Policía Sanitaria Animal N° 3959 de 1900, aún vigente, permitiendo que el Estado Nacional penetrara en los inmuebles rurales y sacrificara los semovientes enfermos de aftosa, desconociendo en la práctica el *ius utendi, fruendi y abutendi* del dueño de los animales.¹⁵ El Presidente José Cornelio Figueroa Alcorta, compañero de ruta de Roca, Pellegrini, heredero de Mitre, Avellaneda, Sarmiento, en pleno auge del liberalismo en el poder, desconoce los derechos de los particulares amparados por el código de minería en 1907 al descubrirse el petróleo en Comodoro Rivadavia, reservando para la Nación el suelo y subsuelo donde se ubicaba el yacimiento, inaugurando así el modelo argentino donde es el Estado Nacional el que explora y explota el petróleo a través de sus propias empresas¹⁶. Este inmiscuirse del Estado en los contratos limitando la autonomía de la voluntad de las partes, esta publicización del derecho privado limitando los derechos individuales liberales, cuyo fin es el bien común, también tiene su esencia en la defensa de los derechos subjetivos.

Nuestro derecho privado concebía, como copia del modelo napoleónico, la admisión solamente de la tutela en sede judicial del derecho individual, no así del interés legítimo que sólo encontraba protección en sede administrativa.

El derecho de todo habitante se reducía en un “interés simple” que sólo permitía, en materia ambiental, hacer denuncias administrativas pero no exigir nada, ni siquiera la cesación de la irregularidad denunciada, ni recurrir en sede administrativa o accionar judicialmente.

Con el correr del tiempo, la evolución del derecho ambiental internacional y su recepción en el argentino, una mayor conciencia ambiental y la consecuente mayor exigencia social de una protección que el derecho vigente no contenía, hizo que se abriera paso el concepto de “interés difuso”. Lo cual no significó que en la práctica concreta prosperara y que este derecho fuera más bien un “interés confuso”. Este “interés difuso” era más amplio que el interés legítimo pero sin llegar a la amplitud del interés simple pero que habilitaba la acción judicial correctora de la ilegitimidad.

El gran cambio se produce con la Reforma Constitucional de 1994 que incorpora nuevos derechos y garantías, entre ellos la protección del ambiente y de los recursos naturales.

Un acuerdo de terminología

La constitución protege al *habitante* de la Nación en el artículo 41 cuando protege al ambiente y los recursos naturales. No son estos un fin en sí mismo sino en cuanto sirven

¹⁵ Ver Bellorio Clabot, Dino; Cavalli Luis. “Derecho Agrario Ambiental”. Editorial Ad Hoc. 2010.

¹⁶ Veáse la evolución jurídica del régimen de los hidrocarburos en Pigretti, Eduardo; Bellorio Clabot, Dino y Cavalli, Luis “Ambiente Petróleo y Gas”. Editorial Lajouane. 2011.

al desarrollo de las personas. Lo mismo respecto del usuario y el consumidor, lo que se protege es a la persona que se pone el traje que lo coloca de un lado de la relación de consumo.

Toda la discusión sobre la terminología respecto a los derechos que analizamos quedó resuelta al darse rango constitucional a la protección ambiental, del usuario, consumidor y competencia por vía expedita de amparo, eligiéndose la fórmula “derechos de incidencia colectiva”. Que se definirán los términos fue más bien un avance en univocar el léxico, por así decir, porque esta inclusión constitucional no significó un cambio inmediato en la realidad a la que habría de aplicarse. Ya sabemos que se necesitaron ocho años para que se sancionaran las primeras leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, en el año 2002. Como una prueba de la inercia de una cultura judicial conservatista, algunos autores y fallos mantuvieron posiciones restrictivas de una tutela judicial amplia y efectiva, incluso luego de la reforma constitucional, como si ella no hubiera existido, y no hubiera tratados internacionales que cumplir¹⁷. El fallo de la Corte en Autos: "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo), viene a mitigar la renuencia judicial de aplicar las normas de protección ambiental y poner en acto el mandato constitucional al darle curso a un caso de amparo por lesión a derechos de incidencia colectiva.

Los derechos de incidencia colectiva en la Constitución Nacional

Los derechos de incidencia colectiva, cuya terminología es relativamente reciente si nos atenemos al análisis genético de nuestro derecho, fueron incorporados en el artículo 43 de la Constitución Nacional en el año 1994.

Dice el artículo reformado: *“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”*.

En concepto de incidencia colectiva no tiene una definición clara y no la tuvo en el debate entre los convencionales constituyentes. Del análisis de la discusión no sale definición alguna, ya que el grueso del enfoque está en las materias en particular que tutela el amparo, al cual se le agrega “así como a los derechos de incidencia colectiva en general”

El Miembro informante del Dictamen de Mayoría del 11 de agosto de 1994, de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, dice textualmente: “al tratar el tema de la materia a la que se refiere el amparo, se hace referencia a las cuestiones relativas a la discriminación, al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor y a los derechos que tienen incidencia colectiva”¹⁸.

¹⁷ Gordillo, Agustín. Tratado de derecho Administrativo. Derechos de Incidencia Colectiva. Tomo II Capítulo.2

¹⁸ Asamblea Constituyente. Orden del día N° 9. 11 de Agosto de 1994. Convencional Díaz.

“En cuanto a los sujetos, se hace mención al Defensor del Pueblo, institución que hemos constitucionalizado en esta reforma, que cede la posibilidad de deducir la tutela -cumpliendo con las reglamentaciones establecidas en la ley- a las asociaciones que se dediquen a la defensa de los derechos a los cuales hicimos referencia. Además, se nombra a las asociaciones que propendan a proteger el ambiente, la competencia, al usuario, al consumidor y a los derechos de incidencia colectiva en general, que estén regidas conforme a la ley y que cumplan los requisitos determinados”.

Luego de enumerar las materias que protege el amparo, el miembro informante agrega sucintamente: “Igualmente hemos contemplado los derechos de incidencia colectiva, con una proyección de futuro que proviene de los conflictos que pueden generar la previsible aceleración del avance tecnológico y de las relaciones que de ello se originen”.

De lo dicho podemos colegir que el amparo protege a las siguientes materias, que vendrían a ser la especie: el ambiente, la competencia, al usuario, al consumidor. Y como género, ya sin mucha definición conceptual ni ejemplificación práctica, los derechos de incidencia colectiva, que abarca a los antes mencionados. La técnica legislativa sería defectuosa si se pone en el mismo artículo el género y se agrega la totalidad de las especies que abarca, con lo cual sería una repetición inútil. Pero el convencional informante nos dice que lo agregan porque en el futuro pueden aparecer otros derechos que tengan incidencia colectiva producto del avance tecnológico que no sean alcanzados por la enumeración de materias realizada en el párrafo.

Las supresiones del Poder Ejecutivo Nacional

El Anteproyecto fue modificado por el Poder Ejecutivo Nacional antes de enviarlo al Senado, excluyendo el tratamiento en el Código Nuevo los derechos de incidencia colectiva vinculados con la protección del ambiente.

Las modificaciones fueron las siguientes:

Así estaba redactado en el Anteproyecto:

1.-1.- Derechos individuales y de incidencia colectiva.

El Título Preliminar del anteproyecto elaborado por la Comisión tenía el siguiente artículo:

ARTÍCULO 14.-. En este Código se reconocen:

a) derechos individuales;

b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1;

c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Así quedó redactado en el Proyecto luego de su modificación:

Este artículo fue sustituido por el Poder Ejecutivo Nacional por el siguiente:

1.-2.- Derechos individuales y de incidencia colectiva.

ARTÍCULO 14.- 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 gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Nota: Este artículo, de considerarse aislado, podría hacer suponer que al suprimir el inciso b y c y reemplazarlos por uno que hace referencia general los derechos de incidencia colectiva, elimina detalles y se hace más amplio y abarcativo de todos los derechos de incidencia colectiva que enumera la Constitución Nacional. Sin embargo un análisis integral y sistémico del Proyecto nos muestra que en realidad se ha eliminado el tratamiento de los derechos de incidencia colectiva vinculados con la protección ambiental. Tanto en cuando se hace referencia a los límites en el ejercicio de derechos individuales sobre los bienes, como en cuanto a la responsabilidad civil por daño. Se ha eliminado lo que habría sido un enorme progreso en materia de derechos humanos fundamentales, como lo es el acceso al agua potable y se ha querido dejar la protección del ambiente sano y equilibrado para los argentinos en leyes aisladas, llamadas especiales.

La referencia a que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en General, es una redundancia, una reiteración vana del principio ya establecido en general en el artículo 10 del Proyecto, no suma nada pero le quita al proyecto el carácter de unidad, integralidad y sistematicidad que debe tener un código.

2.1.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes.

Así estaba redactado en el Anteproyecto:

El Anteproyecto elaborado por la Comisión tenía los siguientes artículos:

ARTICULO 240.-

El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva en los términos del artículo 14. No debe afectar gravemente 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. Los sujetos mencionados en el artículo 14 tienen derecho a que se les suministre información necesaria y a participar en las discusión sobre decisiones relevantes conforme con lo dispuesto en la legislación especial.

Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

*ARTÍCULO 241.- **Derecho fundamental de acceso al agua potable.** Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales.*

Así quedó redactado en el Proyecto luego de su modificación:

Estos artículos fueron sustituidos por el Poder Ejecutivo Nacional por los siguientes:

2.2.-Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes

*ARTICULO 240.- **Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes.** El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores 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.*

*ARTICULO 241. **Jurisdicción.** Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.*

Nota: Se elimina el original artículo 241 referido al derecho al agua potable para fines vitales.

La remisión al derecho administrativo es explícita en el nuevo artículo 240. La remisión *a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público* no es acertada, ya que las normas que contienen los derechos de incidencia colectiva vinculadas con la protección ambiental no son totalmente de derecho administrativo. La misma Ley General del Ambiente contiene un capítulo que establece las normas que rigen los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. El sistema de responsabilidad allí establecido no se corresponde con el derecho administrativo: la LGA enumera los legitimados para demandar, faculta a recurrir al poder judicial bajo las normas procesales civiles, que son de derecho privado, o penales, y explícitamente las diferencia de las administrativas. No se sigue, por lo tanto los procedimientos de la administración pública ni los legitimados están obligados a agotar la instancia administrativa.

Esta concepción de englobar el derecho ambiental en el marco del derecho administrativo es una recidiva de la concepción que concibe que las medidas de protección ambiental, tanto estatales como privadas, son un obstáculo a la producción económica. Asimismo al establecer la Constitución Nacional una obligación de hacer concreta al Estado Nacional y a los locales torna vulnerable al mismo Estado y a sus funcionarios frente a las posibles demandas de los particulares y de las organizaciones no gubernamentales ambientalistas. Encuadrando los derechos de incidencia colectiva en el marco del derecho administrativo se establece una relación de subordinación del individuo frente al Estado, donde se ve claramente la desigualdad de las partes en la relación jurídica. El Estado actúa como poder público, donde sobresalen los rasgos de autoridad, soberanía, dominio eminente, restricciones presupuestarias, poder de policía, todos rémoras del Estado absoluto que el constitucionalismo viene a frenar a partir del Siglo XIX, pero que aflora cada tanto en diversas épocas en la Argentina.

En cuanto al mandato de que cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable, del nuevo artículo 241 es una orden inútil, ya que todas las leyes deben cumplirse. Como técnica legislativa debería aclararse de qué presupuestos mínimos se trata y por otro lado, si se hace referencia al sistema de estándares mínimos del artículo 41 de la Constitución Nacional deberían mandarse cumplir también la normativa local que complementan a los presupuestos mínimos.

La eliminación de la garantía al acceso al agua potable para fines vitales es la supresión de un derecho humano fundamental, en un código que ordena la vida de los argentinos. Una oportunidad perdida.

3.- Supresión de la sección *De los daños a los derechos de incidencia colectiva*

El Poder Ejecutivo suprimió entera la sección 5 donde se trataba los daños a los derechos de incidencia colectiva.

Así estaba redactado el Anteproyecto

ARTÍCULO 1745.- Daño a los derechos de incidencia colectiva. *Cuando existe lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada.*

Están legitimados para accionar:

- a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante;*
- b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda;*
- c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional;*
- d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales;*
- e) el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.*

ARTÍCULO 1746.- Daño a derechos individuales homogéneos. *Hay daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica. Pueden demandar la reparación de esta clase de daños:*

- a) el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio;*
- b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda;*
- c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.*

ARTÍCULO 1747.- Presupuestos de admisibilidad. *Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos, se debe exigir que el*

legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta:

- a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses;*
- b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda.*

Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados.

ARTÍCULO 1748.- Alcances de la sentencia. Cosa juzgada. *En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto erga omnes, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado.*

Nota: Esta sección fue suprimida en su totalidad, sin ninguna explicación ni fundamentación.

Conclusiones

- 1.- No se corresponde con la importancia del futuro código el apurado cambio de último momento. No es propio de una obra que va a permanecer por mucho tiempo que se note la desprolijidad de las supresiones y modificaciones.
- 2.- La desresponsabilidad de los funcionarios del Estado responde a una necesidad política coyuntural que desdibuja la seriedad del Proyecto de Código.
- 3.- Con la supresión de la responsabilidad por daños a los derechos de incidencia colectiva vinculados con el ambiente el código deja de ser un sistema jurídico lógico donde toda situación de responsabilidad civil, incluidas las derivadas de daños a los derechos de incidencia colectiva vinculados con el ambiente, se resuelve dentro del mismo sistema.
- 4.-La amputación realizada por el PEN le quitó así al futuro código unidad, coherencia y sistematización, que es el objetivo central de la codificación. Tema no menor, ya que desvirtuada su esencia, deja la norma de ser código y la consecuencia inmediata es que la materia al no encontrarse tratada según el Artículo 12 de la Constitución Nacional, deberían encontrarse bajo la órbita competencial de las provincias.
- 5.- La exclusión de la responsabilidad por daños a los derechos de incidencia colectiva vinculada a la protección ambiental en el Código Civil, deja al derecho ambiental en un ámbito difuso que deviene de la existencias de normas dispersas, de “leyes espaciales” de baja aplicabilidad, con la existencia de normas de jerarquía inferior a las leyes que no tienen sustento en ellas.

6.- La exclusión de la responsabilidad por daños a los derechos de incidencia colectiva vinculada a la protección ambiental en el Código Civil dificulta el adecuado conocimiento del ordenamiento legal ambiental y consecuentemente la aplicación del mismo. Este conocimiento debe estar al alcance de la sociedad en su conjunto, ya que solo el conocimiento de las normas permite al pueblo ejercer sus derechos. La incorporación de los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto resultaba un gran avance, ya que el feudalismo jurídico imperante durante las últimas dos décadas, hizo que el derecho ambiental tuviera poca aplicabilidad. Hay un abismo aún entre el derecho formulado y el derecho real, según la acertada diferenciación que hace Ihering.¹⁹ Los ciudadanos no conocen sus derechos y obligaciones de protección ambiental por falta de información, por la incipiente educación y la tergiversación de los interesados en que no prospere ni se consolide.

7.- Se pierde una oportunidad. El nuevo Código Civil viene a romper con el trabajo rutinario y mecánico de jueces y abogados. Apenas aprobado el nuevo Código (Y antes, si encarar las responsabilidades con seriedad) hay que dedicarse a estudiar lo novedoso y aplicar la ley en consecuencia. El paso de incorporar al Código Civil los derechos de incidencia colectiva vinculados con la protección ambiental hubiera significado que los jueces y los abogados, al conocer el código que usan habitualmente, puedan aplicarlo sistemáticamente, favoreciendo un orden social justo, impidiendo las desviaciones en una rama del derecho, el derecho ambiental, que tiene fuerte impacto social y económico.

8.- La exclusión de la responsabilidad por daños a los derechos de incidencia colectiva vinculada a la protección ambiental en el Código Civil dificulta definitivamente la unidad nacional, profundizando las asimetrías de legislación entre provincias, en materias donde no puede haber diferencias y de hecho las hay en materia de responsabilidad por daño ambiental. Este punto es esencial en materia ambiental, donde la modificación del artículo 124 de la Constitución otorgando el dominio originario a las provincias de los recursos naturales que se encuentran en su territorio ha generado una pluralidad y multiplicidad de respuestas jurídicas locales a la problemática ambiental compleja y poco protectora, toda vez que en muchos casos se confunde el crecimiento económico con el desarrollo sustentable y se privilegia el interés productivo depredador de los recursos naturales, sin una protección real del ambiente.

9.- La inclusión del sistema de responsabilidad por daño a los derechos de incidencia colectiva vinculados con la protección del ambiente en el Código Civil hubiera permitido su cumplimiento igualitario y hubiera logrado que los jueces puedan ejercer su función adecuadamente sin balancear la justicia hacia los sectores del privilegio y el poder, frenando la arbitrariedad del Poder Administrador, incorporando así al derecho vivo, surgido de la propia realidad argentina, aquel derecho real que anhela la sociedad argentina.

© 2012 por Luis Cavalli. Esta obra está licenciada bajo la Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 Unported. Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>.

¹⁹ Von Ihering Rudolf. “El espíritu del derecho romano”. Revista de Occidente. 1947.