

Voces: DERECHO AMBIENTAL ~ MEDIO AMBIENTE ~ RECURSOS NATURALES ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ LEY GENERAL DEL AMBIENTE ~ DERECHO DE AGUAS ~ DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA ~ EJERCICIO DE DERECHOS SOBRE BIENES DE INCIDENCIA COLECTIVA ~ COMUNIDAD INDIGENA ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ DAÑO AMBIENTAL ~ PREVENCION DEL DAÑO

Título: El Código Civil y Comercial y el ambiente

Autores: Sabsay, Daniel Alberto Fernández, Cristian

Publicado en: LA LEY 31/05/2016, 31/05/2016, 1

Cita Online: AR/DOC/1528/2016

Sumario: I. Introducción. — II. Los derechos de incidencia colectiva como límite al ejercicio individual y abusivo de los derechos. — III. Prevención del daño ambiental. — IV. Derecho al agua. — V. Comunidades originarias. — VI. Responsabilidad solidaria de directores de sociedades por daño ambiental. — VII. Conclusiones.

Abstract: La amplia legitimación prevista en la Ley General del Ambiente significa una mayor protección frente a casos de prevención de daños ambientales. Por esta razón debe dejarse de lado el criterio de "interés razonable" del Código Civil y Comercial de la Nación para aplicar el de "toda persona" de la LGA. Todo ello, en virtud del principio que enseña "legis generalis non derogat lex specialis". La norma general (Código Civil y Comercial) no deroga la norma especial (LGA) de manera que, en caso de contradicción entre ambas, debe privilegiarse la legislación específica del tema.

I. Introducción

Dada su trascendencia y su impacto no sólo en nuestra vida sino también en la de las generaciones futuras, la protección del ambiente se encuentra presente en todas las ramas del Derecho. En el plano internacional, existen numerosas convenciones sobre diversidad biológica, conservación de humedales, conservación de especies migratorias y lucha contra la contaminación, entre muchas otras. En materia penal, se sancionan los delitos contra el ambiente. Por su parte, el derecho constitucional ambiental se ocupa de la tutela del ambiente en la ley fundamental y en las constituciones provinciales. Desde la perspectiva del derecho administrativo, estudiamos el poder de regulación ambiental, las técnicas de fomento para incentivar el cuidado de la naturaleza y el procedimiento administrativo que incluye audiencias públicas y estudios de impacto ambiental. Sin embargo, en esta ocasión, centraremos nuestra mirada en cómo el ambiente y los derechos de incidencia colectiva han penetrado en el Código Civil y Comercial, vigente desde agosto de 2015. Nuestro análisis no perderá de vista el límite al ejercicio de los derechos individuales ni la función preventiva del daño ambiental. Asimismo, nos detendremos en la regulación del agua en el nuevo Código.

Teniendo en consideración que, en reiteradas oportunidades, reclamos ambientales frente a actividades extractivas fueron realizados por comunidades originarias, nuestra mirada se centrará también en las disposiciones del Código Civil y Comercial con relación a los derechos de estas comunidades.

Otra de las temáticas que será abordada aquí consiste en la responsabilidad solidaria de las sociedades por el daño ambiental. Finalmente, expondremos nuestras conclusiones.

II. Los derechos de incidencia colectiva como límite al ejercicio individual y abusivo de los derechos

El art. 14 del Código Civil y Comercial establece que: "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". Este artículo pone de relieve la ineficacia de reivindicar un derecho individual cuando se configura un abuso de derecho.

La novedad radica en que el límite al ejercicio abusivo del derecho se ubica en los derechos de incidencia colectiva y, en particular, en la cuestión ambiental.

Recordemos que los derechos deben ser ejercidos de buena fe (1) y que se considera que existe abuso de derecho cuando se contrarían los fines del ordenamiento jurídico o se traspasan las fronteras de la buena fe, la moral y las buenas costumbres (2). En estos casos, el juez debe tomar las medidas necesarias para evitar que se

configure la situación abusiva de derechos y, para el caso que ella se hubiera consumado, procurar la reposición al estado de hecho anterior fijando una indemnización a efectos de reparar el daño ocasionado.

La idea de abuso de derecho puede ser en verdad útil para aclarar el panorama frente a espejismos de legalidad. Algunos ejemplos de estos espejismos podrían ser estudios de impacto ambiental presentados una vez comenzada la obra en cuestión o audiencias públicas celebradas a escasos días de su convocatoria.

Cabe recordar que la normativa ambiental de presupuestos mínimos es clara respecto de que la evaluación de impacto ambiental debe ser presentada en forma previa al inicio de la actividad que podría degradar el ambiente: arts. 11 y 13 LGA. En rigor, el Estudio de Impacto Ambiental deberá contener como mínimo "una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos" (art. 13 LGA).

A su vez, consideramos que el requisito de previa evaluación de impacto ambiental no se ve satisfecho si es realizada por una empresa o consultora privada contratada por la empresa. En efecto, tal evaluación debe reunir los requisitos de independencia, imparcialidad e idoneidad necesarios para dotar de legitimidad al informe ambiental que presentará con relación a la actividad cuestionada.

A esta altura, es oportuno detenernos en la disidencia del Dr. Ricardo Lorenzetti en la causa "Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/Catamarca, Provincia de s/amparo ambiental": "la realización de un estudio de impacto ambiental no significa, de ninguna manera, una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión. Por el contrario, se trata de que el proceso de autorización permisiva no se base solamente en la decisión de autoridades locales que remiten a un informe de la propia empresa, sino que sea más complejo. La magnitud de la explotación requiere una reflexión profunda, científicamente probada, socialmente participativa y valorativamente equilibrada. No se trata de prohibir irracionalmente, sino de autorizar razonablemente. Ello es así porque el objetivo es armonizar adecuadamente la necesidad del desarrollo económico con la sustentabilidad ambiental, de manera que la explotación de los recursos no termine agotando los mismos o causando daños irreparables a otros bienes igualmente valiosos. Hay un deber constitucional de garantizar que las generaciones futuras puedan seguir gozando de bienes ambientales, y ello hace que toda decisión administrativa tenga en cuenta una serie amplia de perspectivas suficientes como para poder considerar todos los aspectos involucrados. Nadie puede disponer de estos bienes basado en su mero arbitrio. Este deber constitucional se halla claramente en juego en un caso como el presente, en el que la obra a emprender tendrá un impacto económico, social, ambiental extraordinariamente relevante y por muchos años, lo cual justifica que se haga un análisis meditado" (3).

En definitiva, la Evaluación de Impacto Ambiental debe provenir de organismos independientes e idóneos. De esta manera, se garantizará la buena fe en el ejercicio de los derechos de la empresa.

Lo mismo sucede con la instancia de participación ciudadana. Para evitar que ésta se convierta en una mera formalidad vaciada de todo contenido, las audiencias públicas deben ser convocadas con suficiente antelación, permitiendo que los posibles afectados y/o damnificados cuenten con la oportunidad real de examinar el impacto ambiental antes de dirigirse a la audiencia a fin de refutarlo y encarar un debate robusto y honesto sobre los bienes colectivos en juego. Caso contrario, estaremos en presencia de un abuso de derecho que viciará todo el procedimiento, tornándolo nulo.

La limitación que establece el Código Civil y Comercial a los derechos individuales respecto de los bienes relacionados con derechos de incidencia colectiva resulta perfectamente razonable. Para que se de una armonía entre los derechos individuales y los de incidencia colectiva "no debe afectarse 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" (4).

Más allá de su valiosa mirada intergeneracional de los ecosistemas, el artículo citado es relevante en cuanto deja de lado una visión utilitarista que concibe a la naturaleza como un recurso a ser explotado por el hombre para ubicar en el centro de la protección al paisaje y los valores culturales. De esta forma, la legislación viene a proteger la belleza natural de cordones montañosos, bosques, ríos que corren libres y glaciares. Todo ello, en sintonía con la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, aprobada por la República Argentina mediante ley 21.836.

La mencionada Convención implica un compromiso del Estado en la identificación, protección y transmisión a las generaciones futuras del patrimonio cultural y natural situado en su territorio. Allí, se define al patrimonio natural (art. 2) como: "Los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico. Las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico. Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural".

Asimismo, en relación con la protección que el Código Civil y Comercial depara para el paisaje, encontramos concordancia con el art. 5 inc. k) de la ley 22.351 que establece que, en los Parques Nacionales, queda prohibida toda acción u omisión que pudiere originar alguna modificación del paisaje o del equilibrio biológico.

Entendemos que la mención de "ley especial" en la última parte del art. 240 del Código Civil y Comercial se refiere a la Ley General del Ambiente (5) (LGA) y demás normas de presupuestos mínimos; como así también cualquier norma ambiental "complementaria" de aquéllas que hayan sido dictadas por las provincias y que mejore la protección que otorgan las nacionales (art. 41, 3º, párr. Const. Nac.) (6).

Recordemos que la LGA debe ser celosamente observada en cada rincón del país por tratarse de una ley nacional de presupuestos mínimos. En efecto, resulta imperativa para todas las provincias. Cualquier norma provincial en sentido contrario resultaría inconstitucional por desconocer que corresponde a la Nación el dictado de normas que contengan presupuestos mínimos de protección al ambiente.

Asimismo, la mención de "ley especial" puede involucrar a temas específicos dentro del género ambiental como la fauna —Ley 22.421- o el Régimen de Presupuestos Mínimos para la preservación de los glaciares y el ambiente periglacial -Ley 26.639- y demás leyes de presupuestos mínimos.

Coincidimos con lo que fue la presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial, cuando el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó: "El ejercicio ilimitado de los derechos individuales conduce a una desarticulación tanto de la sociedad como del mercado y por eso se requiere un orden público de coordinación. Por esta razón se han reforzado los principios de sociabilidad, y se los ha generalizado al incluirlos en el Título Preliminar. Es lo que ocurre con la buena fe (art. 9) y el abuso del derecho (art. 10)" (7).

Vinculado con esta idea, podemos referirnos a las relaciones de consumo. El Código Civil y Comercial establece que las normas que regulan los derechos de los consumidores deben interpretarse a la luz del principio de "acceso al consumo sustentable" (art. 1094).

El consumo sustentable está en las antípodas del consumismo salvaje que nos atraviesa socialmente. Así, el paradigma del Código nos presenta a un consumidor que tiene conciencia de su rol en la sociedad y es responsable de cara al ambiente. De esta manera, los derechos de los consumidores encuentran un límite infranqueable en el derecho colectivo a un ambiente sano y sustentable debiendo coordinarse con éste.

La idea de orden público de coordinación aparece en forma relevante en el art. 240 del Código Civil y Comercial pues armoniza diferentes derechos en sintonía con los principios de sustentabilidad y equidad generacional contenidos en la LGA (8).

En materia de consumo, el Código Civil y Comercial se encuentra en sintonía perfecta con las ideas plasmadas en la carta encíclica "Laudato Sí. Sobre el cuidado de la casa común" sobre "limitar al máximo el uso de los recursos no renovables, moderar el consumo, maximizar la eficiencia del aprovechamiento, reutilizar y reciclar. Abordar esta cuestión sería un modo de contrarrestar la cultura del descarte, que termina afectando al planeta entero" (9).

S. S. el Papa Francisco enlaza la desaceleración del consumo con el progreso y el desarrollo, poniendo de relieve que los "esfuerzos para un uso sostenible de los recursos naturales no son un gasto inútil, sino una inversión que podrá ofrecer otros beneficios económicos a medio plazo" (10).

Asimismo, la noción de "consumo sustentable" se compadece con los objetivos trazados recientemente en el Acuerdo de París para reducir las emisiones de dióxido de carbono y así combatir el calentamiento global.

III. Prevención del daño ambiental

El concepto de daño se encuentra en el art. 1737 del Código Civil y Comercial. La novedad es la vinculación que el Código de fondo hace entre el daño y la lesión a un derecho de incidencia colectiva.

En materia de responsabilidad civil, el Código Civil y Comercial se refiere en su art. 1710 al deber de prevención del daño. A saber: "Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

a) Evitar causar un daño no justificado.

b) Adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) No agravar el daño, si ya se produjo".

Al comparar el citado deber de prevención con la legislación ambiental, podremos apreciar a primera vista su estrecha vinculación con los principios precautorio y preventivo en virtud de los cuales no debe exigirse prueba determinante de la degradación ambiental ni restringirse el acceso a la jurisdicción.

La tutela preventiva nos acerca a una visión humanista de la justicia y al modelo vigente en el derecho de daños que, en lugar de reaccionar frente al acaecimiento del hecho dañoso, busca prevenirlo. Justamente, a los fines de la tutela del bien colectivo, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro (11). Ello, en virtud de la complejidad que implica la recomposición del ambiente una vez consumado el hecho dañoso.

En la mayoría de los casos, la recomposición no logra concretarse, dejando un daño ambiental irreversible.

El principio de prevención implica 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" (art. 4 LGA).

El principio precautorio se vincula con el acceso a la información sobre el proyecto y su respectivo impacto ambiental: "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" (art. 4 LGA).

El mencionado principio se encuentra en conexión con un principio más amplio y genérico que enseña que, en caso de duda, debe adoptarse la interpretación o solución más favorable al ambiente. Nos referimos al principio in dubio pro natura.

El Estado, como garante del derecho humano al ambiente sano (art. 41, Const. Nac.), debe velar por la prevención del daño ambiental. La forma más efectiva de hacerla es asegurando el cumplimiento de los principios precautorio, preventivo, de sustentabilidad y de equidad intergeneracional contenidos en la LGA y sancionando aquellos abusos de derecho que pongan en riesgo los bienes colectivos.

Regresando al texto del Código Civil y Comercial, se encuentran legitimados para reclamar quienes acrediten un "interés razonable en la prevención del daño" (12). El Código no define qué es "interés razonable" de manera que los alcances de ese concepto jurídico indeterminado dependerán del intérprete. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la reforma constitucional de 1994 ha flexibilizado el reconocimiento de la legitimación. En rigor, la aparición de los derechos de incidencia colectiva junto a las acciones que posibilitan su defensa significó una trascendental ampliación en la legitimación para estar en juicio. Tal amplitud se encuentra vinculada con el derecho de todos los habitantes a disfrutar de un ambiente sano (art. 41, Const. Nac.).

Al leer con detenimiento el art. 41 de nuestra ley fundamental comprenderemos que no sólo reconoce un derecho sino que también nos impone una obligación. Al igual que los funcionarios estatales, la ciudadanía está obligada a efectuar los actos necesarios para preservar la calidad del ambiente, dando cumplimiento así con el objetivo perseguido por el constituyente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha considerado que la defensa ambiental es un deber de la ciudadanía que exhorta a los jueces actuar con determinación a fin de evitar que los derechos se conviertan en

meras declamaciones. A saber: "La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales" (13).

No perdamos de vista que la LGA reconoce diferentes legitimaciones activas. Entre ellas, la de "todo habitante" a obtener de las autoridades la información ambiental que administren (art. 16 LGA), la de "toda persona" a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente (art. 19 LGA), la de participar en audiencias públicas frente a actividades que puedan generar daños negativos y significativos sobre el ambiente (art. 20 LGA) y en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental (art. 21 LGA).

Así las cosas, la amplia legitimación prevista en la LGA significa una mayor protección frente a casos de prevención de daños ambientales. Por esta razón, debe dejarse de lado el criterio de "interés razonable" del Código Civil y Comercial de la Nación para aplicar el de "toda persona" de la LGA. Todo ello, en virtud del principio que enseña "legis generalis non derogat lex specialis". La norma general (Código Civil y Comercial) no deroga la norma especial (LGA) de manera que, en caso de contradicción entre ambas, debe privilegiarse la legislación específica del tema.

En esta dirección, podemos acudir al art. 241 del Código Civil y Comercial. El mismo establece que, cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable. Este artículo se vincula con el principio de congruencia (art. 4 LGA) que determina que la ley nacional de presupuestos mínimos prevalece sobre cualquier norma municipal o provincial que se le oponga y con la distribución constitucional de competencias en materia ambiental (art. 41 Constitución Nacional).

A su vez, reafirma la idea de umbral básico o piso mínimo inderogable que representan las normas de presupuestos mínimos, debiendo ser siempre observadas y respetadas por la jurisdicción provincial o municipal. En rigor, estas jurisdicciones pueden dictar normas ambientales que complementen o mejoren la tutela ambiental prevista por el Congreso de la Nación pero nunca contradecirla o sancionar normas que perforen para abajo el piso mínimo.

IV. Derecho al agua

El Anteproyecto del Código Civil y Comercial preparado por numerosos juristas contenía un artículo que se refería al acceso al agua potable para todos los habitantes, definiéndolo como un derecho fundamental (14). Esta disposición fue eliminada por el Poder Ejecutivo Nacional. Sin embargo, tal eliminación no significa que ese derecho haya dejado de existir o no pueda ser exigido pues se trata de un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos (15). Así fue reconocido por la Asamblea General de Naciones Unidas el 28 de julio de 2010 (16) y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 2 de noviembre de 2014, en los autos "Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo".

Justamente, la ausencia de acceso al agua impacta directamente en el ejercicio de otros derechos humanos como ser el derecho a una existencia digna. Esta fue la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar un caso sobre los derechos de los pobladores originarios de Paraguay (17).

En efecto, el derecho al acceso al agua potable es de un derecho sucedáneo del derecho a la salud, cuyo resguardo debe constituir una de las principales responsabilidades del Estado. En ese orden de ideas, en el año 2010 el Congreso de la Nación sancionó el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (ley 26.639). No olvidemos que el art. 1 de la ley determina el objeto de preservar los glaciares como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico.

El Código Civil y Comercial establece que los cursos de aguas por cauces naturales constituyen bienes

pertenecientes al dominio público [\(18\)](#) de manera que son inalienables, inembargables e imprescriptibles [\(19\)](#).

El dominio público ha sido definido como un régimen jurídico que comprende el conjunto de bienes, trátase de cosas muebles o inmuebles, de propiedad del Estado destinado a la utilidad común.

El art. 235 del Código Civil y Comercial establece que son bienes pertenecientes al dominio público:

a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo;

b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;

c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares;

e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial;

f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; g) los documentos oficiales del Estado; h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

Los particulares no deben alterar los cursos de agua por cauces naturales. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles [\(20\)](#).

El art. 239 del Código Civil y Comercial también se detiene en las aguas que surgen en los terrenos de los particulares y pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. A saber: "Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho".

Vinculado a esta cuestión, el art. 1974 se refiere al camino de sirga [\(21\)](#).

Por su parte, el art. 1975 prohíbe la obstaculización al curso de las aguas por parte de los dueños de inmuebles linderos a un cauce, su alteración o modificación de dirección o velocidad, a menos que sea meramente defensiva.

Los bienes del dominio privado del Estado tienen un régimen más cercano al de los bienes de las personas. Entre los bienes del dominio privado del Estado se encuentran las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería [\(22\)](#).

Un trascendente caso referido al agua y en el que hemos encontrado menciones a algunos de los artículos del Código Civil y Comercial abordados en el presente artículo es "Minera del Oeste SRL y otro c/ Gobierno de la provincia p/ acción inconstitucional", dictado por la Suprema Corte de Mendoza, el 16 de diciembre de 2015.

En el citado caso, la Suprema Corte mendocina decidió que la ley 7722 es válida desde una perspectiva constitucional. Corresponde señalar que la citada ley prohíbe la utilización de sustancias químicas en procesos extractivos como la minería y tiene como principal objetivo garantizar el recurso hídrico.

En su voto en disidencia parcial, el Dr. Mario Daniel Arado se refirió en forma expresa al impacto de la nueva

legislación privada en el derecho ambiental. A saber:

"Recientemente, el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CC y C), Ley 26994, ha establecido una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado. Esto se visualiza en varias temáticas como persona humana, sus derechos fundamentales y los derechos de incidencia colectiva. Al decir de la Dra Aída Kemelmajer, "ningún artículo debe interpretarse en forma aislada. El Código es un sistema de normas y es muy importante el Título Preliminar, que dispone que todas las normas deben ser interpretadas según la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos; por lo tanto, ningún artículo puede restringir derechos humanos y constitucionales" ("Jornadas de Derecho Constitucional de Familia. Reforma del Código Civil y Comercial", Instituto de Derecho de Familia y Niñez, Colegio de Abogados de Viedma, 16 y 17 de octubre de 2014)."

"El artículo 240 del CC y C, establece los límites al ejercicio de los derechos individuales los que deben ser compatibles con los derechos de incidencia colectiva,"... 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 en la ley especial". Asimismo, con la introducción del artículo 1710 del CC y C, deber de prevención del daño, queda instituido el principio de prevención, fortaleciendo la defensa del ambiente. Desde esta perspectiva, la prevención integra la responsabilidad como función esencial y autónoma. Es decir, la nueva codificación civil introduce la materia ambiental y el principio de sustentabilidad y de equidad intergeneracional."

Seguramente, en los próximos meses aparecerán nuevos antecedentes jurisprudenciales que vinculen al Código Civil y Comercial con la defensa del ambiente. Esperamos que el desarrollo jurisprudencial traiga novedades sobre el derecho al paisaje y a los valores culturales que se desprenden de la naturaleza.

V. Comunidades originarias

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión de Juristas contenía ocho artículos sobre el derecho a la propiedad comunitaria indígena de las tierras que habitan (arts. 2028 a 2036). Ello despertó polémica y preocupación en el Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas [\(23\)](#) y en la Asociación de Abogados de Derecho Indígena [\(24\)](#) pues la propiedad comunitaria era abordada como un derecho real.

Cabe destacar que los derechos reales son definidos como derechos subjetivos, individuales, que conceden a una persona un poder inmediato y directo sobre una cosa. Pareciera que denominar el derecho de las comunidades a la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan como un derecho real no es la mejor técnica legislativa ya que se trata de un derecho que, a todas luces excede lo individual.

En rigor de verdad, la propiedad comunitaria de las tierras es un título colectivo y supraindividual compartido por todos los miembros de una comunidad. Este concepto difiere del concepto de propiedad privada consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional y también de cómo la regula el Código Civil y Comercial. La tierra es inembargable, inejecutable e intransmisible.

Esa regulación iba en sentido contrario al espíritu del nuevo Código pues representaba la "privatización del derecho público-constitucional".

Finalmente, el Poder Ejecutivo Nacional suprimió todos los artículos que se referían a la propiedad comunitaria en el Anteproyecto elaborado por los juristas.

En la redacción del Código Civil y Comercial sancionado la única mención al tema la encontramos en el art. 18. A saber: "Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional".

Esta disposición se encuentra en perfecta armonía con el texto constitucional.

No es ocioso recordar, que luego de la reforma de 1994, nuestra Constitución Nacional, en su parte segunda, capítulo cuarto dedicada a las atribuciones del Congreso, incluyó el art. 75 inc. 17 por el cual el Congreso se compromete a "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el

respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones".

Vale la pena destacar que el art. 75 inc. 17 de la Constitución es operativo, lo que significa que no necesita de reglamentación alguna, no es necesario que el nuevo Código Civil y Comercial explique cómo operarán los derechos allí contenidos.

Entre los artículos suprimidos por el Poder Ejecutivo Nacional se encontraba el 2035 (25), que consagraba el derecho a la consulta previa e informada frente al aprovechamiento de los recursos naturales existentes en las tierras que habitan los pobladores originarios. No obstante lo expuesto, el hecho de que ese artículo no aparezca en el Código vigente no implica la inexistencia de ese derecho.

El derecho de los pueblos originarios a ser consultados de manera previa a la explotación de los recursos naturales que forman parte de las tierras que habitan no surge expresamente de la Const. Nac.. Sin embargo, luego de revisar el art. 75 inc. 17 CN podría inferirse que la referencia a la "participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan" involucra la obligación estatal de consultar a los pobladores antes de dar comienzo a una actividad extractiva.

La mención explícita de la consulta previa la encontramos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por ley 24.071. Este Convenio Internacional determina que los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Cabe recordar que este instrumento internacional goza de jerarquía superior a las leyes de conformidad con el orden de prelación legal establecido en nuestra ley fundamental.

Asimismo, la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (26) presenta como hitos fundamentales el criterio de sostenibilidad ambiental y el proceso participativo. En efecto, la ley establece en su art. 26 que con relación a las autorizaciones que se otorguen para los desmontes, resulta insoslayable garantizar el acceso a la información pública de los pueblos indígenas, originarios, de las comunidades campesinas y otras relacionadas. Esta norma podría ser aplicada por vía de analogía a un conflicto minero-ambiental.

Desde la perspectiva de la normativa internacional, se han identificado situaciones en las cuáles la consulta previa significa una precondition indispensable para la ejecución de un proyecto (27):

- 1) Cuando el proyecto implique el traslado de los indígenas de sus tierras tradicionales.
- 2) Cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus tierras.
- 3) Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que puedan tener un impacto mayor en los territorios indígenas.
- 4) cuando se trate de actividades de extracción de recursos naturales que tengan impactos sociales, culturales y ambientales significativos.

En rigor, cabe concluir que la omisión del procedimiento de consulta previa podría representar como mínimo un obstáculo para el desarrollo de un proyecto minero y como consecuencia de mayor gravedad, comprometer su viabilidad.

En resumen, se desperdició la oportunidad de utilizar el Código Civil y Comercial para brindar pautas orientadoras que definan y le den contenido a los alcances del derecho a la consulta libre, previa e informada. Entiendo que algunas de esas pautas podrían haber sido las siguientes:

- Libre significa que no hay coerción, intimidación ni manipulación.

- Previo significa que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/consenso con los pueblos indígenas.

- Informado significa que abarca los siguientes aspectos:

a. La naturaleza, envergadura, reversibilidad y alcance del proyecto o cualquier actividad propuesta.

b. El objetivo u objetivos.

c. La duración.

d. Las zonas que se verán afectadas.

e. Probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios.

f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto. La información debe ser precisa y revestir una forma accesible y comprensible, entre otras cosas en un idioma que los pueblos indígenas comprendan plenamente. La información debe difundirse de manera que tenga en cuenta sus tradiciones orales e idiomas.

No obstante lo expuesto, la consulta previa es un derecho operativo de las comunidades por el hecho de encontrarse consagrado en el Convenio 169 OIT. Justamente, los miembros de las comunidades deben convertirse en los principales interlocutores a la hora de avanzar en grandes proyectos que afecten a sus espacios [\(28\)](#).

VI. Responsabilidad solidaria de directores de sociedades por daño ambiental

El art. 31 LGA se refiere a la responsabilidad solidaria en caso de daño ambiental colectivo. A saber: "Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación".

En sintonía con este artículo, encontramos los artículos 1751 y 1763 del Código Civil y Comercial. El primero se refiere a la pluralidad de responsables indicando que cuando existe una causa única originadora del daño y varias personas participan en producirlo se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. A su vez, establece que si existen causas distintas del daño, la pluralidad de responsables se regirá por las reglas de las obligaciones concurrentes.

Por su parte, el art. 1763 del Código viene a reglar uno de los supuestos especiales de la responsabilidad: la responsabilidad de las personas jurídicas. Aquí se invierte la sanción prevista en el último párrafo del art. 31 LGA, siendo la persona jurídica responsabilizada y, por ende, obligada a responder por los actos dañosos de las personas que las dirijan o administren. Tal responsabilidad queda condicionada a que la conducta que ocasiona el daño esté vinculada con el ejercicio de la función del directivo de la persona jurídica. Caso contrario, si el daño no fuera consecuencia directa de la función desempeñada para la persona jurídica, la responsabilidad civil quedará acotada al autor del hecho.

El origen de la responsabilidad solidaria podemos encontrarla en una norma de los Estados Unidos, denominada Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA), sancionada en el año 1980.

En cuanto a los destinatarios de la acción por daño ambiental colectivo, existen dos aspectos de la LGA que merecen ser destacados. En primer lugar la determinación de la responsabilidad solidaria "frente a la sociedad" de quienes hubieren participado en la comisión del daño ambiental colectivo (art. 31). Dicha responsabilidad solidaria, similar a la estatuida por la legislación comparada en CERCLA, admite también la acción de repetición.

La LGA establece que si el daño fuera ocasionado por una persona jurídica, la responsabilidad se extenderá a

sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación (art. 31 in fine). Esta ha sido una tendencia presente en el ámbito del derecho penal ambiental, más específicamente en materia de residuos peligrosos (29). Justamente, el art. 55 de la ley 24.051 (Ley de Residuos Peligrosos) en conexión con el art. 200 del Código Penal establece que el que envenenare, adulterare o contaminare, de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera, o el ambiente en general, será sancionado con una pena de 3 a 10 años de prisión y multa de \$10.000 a \$200.000. Si como consecuencia del delito, se produjera la enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de 10 a 25 años de prisión.

Cuando el hecho dañoso se hubiese producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o, sus representantes que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir (art. 57 Ley 24.051).

Así las cosas, existe coherencia entre las disposiciones del Código Civil y Comercial con relación a la responsabilidad solidaria de los directores de sociedades por daño ambiental y las normas de la LGA, la Ley de Residuos Peligrosos y el Código Penal.

Es plausible que las personas jurídicas sean responsabilizadas y que sus directores no puedan escudarse detrás de una estructura societaria. Para completar la ecuación, falta analizar la responsabilidad de los funcionarios públicos encargados de controlar a las personas jurídicas que podrían ocasionar daños ambientales.

Recordemos que el Poder Ejecutivo eliminó los artículos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial referidos a la responsabilidad estatal bajo el pretexto de que esa temática debía ser regulada por el derecho administrativo. En ese entendimiento, se sancionó la Ley de Responsabilidad Estatal (ley 26.944). Allí, el art. 9 sanciona la inactividad de los funcionarios públicos.

El problema de no haber brindado una solución a la responsabilidad pública en el Código Civil y Comercial se presenta en razón de que el derecho administrativo es local. Es decir, dependiendo de la provincia en la que aconteciera el daño, los funcionarios podrían ser responsables o no de acuerdo a la existencia o no de normativa provincial al respecto. Sin perjuicio de ello, la LGA, en su art. 29, brinda un resorte al aclarar que la responsabilidad civil o penal por daño ambiental es independiente de la administrativa. En efecto, un funcionario que omitió su tarea de control sobre una empresa contaminadora, podría ser responsabilizado penalmente bajo la figura de incumplimiento de los deberes de funcionario público.

Para poder exigir que las personas jurídicas tomen responsabilidad por sus actos, es imprescindible que el Estado no se desentienda de sus obligaciones en la protección del ambiente. El Estado debe ejercer controles robustos sobre la iniciativa privada de alto impacto ambiental y sancionar severamente a quienes provoquen daños ambientales. Sólo así podremos aspirar a un modelo preventivo.

VI. Conclusiones

El llamado proceso de "constitucionalización del derecho privado" permite conciliar los derechos individuales contenidos en el Código Civil y Comercial con el derecho a un ambiente sano, apto y sustentable (art. 41 de la Constitución Nacional).

Sin temor a equivocarnos, podemos asegurar que son muchas más las luces que ha traído esta nueva regulación, que las sombras que podría llegar a generar.

Lamentamos que se haya desperdiciado la oportunidad de reconocer el derecho humano al agua y de brindar precisiones acerca de la consulta previa a las comunidades originarias.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde mencionar que el art. 2 del Código Civil y Comercial brinda pautas de interpretación. Entre ellas, se encuentran las disposiciones que surgen de los Tratados sobre Derechos Humanos, los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento. Dada la singular trascendencia que revisten los principios para el derecho ambiental, el hecho de que el ordenamiento civil los considere coordinadas interpretativas, colabora sin dudas en la protección de un ambiente sano y sustentable. Se trata de una hoja de ruta indispensable para que los jueces se conviertan en algo más que la "boca de la ley" y así logren destrabar litigios complejos como suelen ser aquellos vinculados a temáticas ambientales. Sólo con

verdaderos intérpretes del Derecho que no pierdan de vista los principios, podremos asegurar nuestros derechos y los de las generaciones futuras.

(1) Art. 9 Código Civil y Comercial.

(2) Art. 10 Código Civil y Comercial.

(3) Fallos CSJN "Comunidad del Pueblo Diaguaita de Andalgala c/Catamarca, Provincia de s/amparo ambiental", Disidencia del Dr. Ricardo Lorenzetti, Considerando 12.

(4) Art. 240 Código Civil y Comercial.

(5) Ley 25.675.

(6) "Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales".

(7)

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf>

(8) CAFFERATA, Néstor, "Orden público ambiental", 12/11/2015, p. 1.

(9) "Laudato Sí", Carta encíclica del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común, párr. 22.

(10) "Laudato Sí", Carta encíclica del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común, párr. 191.

(11) Fallos 329:2316.

(12) Art. 1712 Código Civil y Comercial.

(13) Fallos 329:2316. Considerando 18.

(14) Art. 241 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial: "Derecho fundamental de acceso al agua potable. Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales".

(15) CAPALBO, Sofía, "El agua como un derecho humano y el rol del Estado" en "Gobernanza y manejo sustentable del agua = governance and sustainable management of water", Buenos Aires, Mnemosyne, 2011, Volumen: u, Directora: Griselda Capaldo.

(16) Resolución 64/292.

(17) CIDH, Caso "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 167.

(18) Art. 235 y 239 Código Civil y Comercial.

(19) Art. 237 Código Civil y Comercial.

(20) Art. 239 Código Civil y Comercial.

(21) Art. 1974 Código Civil y Comercial: "El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad. Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violatorios en este artículo".

(22) Art. 236 inc. b) Código Civil y Comercial.

(23) <http://odhpi.org/2012/05/a-proposito-de-la-reforma-del-codigo-civil/>

(24)

http://derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/doc_view/132-comunicado-aadi-sobre-proyecto-de-modificacion-del-codigo-civil?tmpl=component&format=raw

(25) Art. 2035 del Anteproyecto: "Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta. El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas".

(26) Ley 26.331.

(27) Due Process Of Law Foudantion, "El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú."

(28) "Laudato Sí", Carta encíclica del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común, párr. 146.

(29) DI PAOLA, María Eugenia; SABSAY, Daniel Alberto; "El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente", ADLA 2003-D, p. 4865.