



Buenos Aires, 22 de Agosto de 2012.

Sres.

Sres: Comisión Bicameral para la Reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación:

En primer lugar FARN destaca la importancia que implica para nuestro país la reforma del Código Civil.

En este sentido, estimamos que la mayor parte de las reformas propuestas constituyen un paso significativo para “aggiornar” el centenario código y repensarlo a la luz de las transformaciones sociales y los cambios producidos por la Reforma Constitucional de 1994 y la profusa jurisprudencia dictada en consecuencia.

Uno de los puntos que más nos interesa destacar en este aspecto, y sobre el cual haremos hincapié en nuestra presentación, se relaciona con la necesidad de avanzar en la constitucionalización del derecho privado, cuestión que ha sido especialmente abordada en el texto originariamente elevado por la Comisión de Reforma del Código y Comercial al Poder Ejecutivo Nacional.

1.- Derechos de incidencia Colectiva

La nueva dimensión de la democracia participativa, donde la relación del hombre con su entorno ha ampliado el espectro de protección a la vida y sus bienes esenciales, ha generado una nueva categoría jurídica: los derechos de incidencia colectiva.

Existen bienes que no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno y cuya pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener repercusión sobre un patrimonio individual, cuya acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera¹.

Sobre el particular nos interesa destacar que si bien este tipo de derechos han sido consagrados por la Carta Magna en los Arts. 41, 42 y 43, reclaman en este tiempo su tutela más allá del derecho público, en tanto muchos de los conflictos que los abarcan suceden también en campo del derecho privado.

En este sentido, existen categorías de daño, como es el caso de los de incidencia colectiva, que obligan a repensar y reinterpretar varias de las doctrinas clásicas imperantes en el derecho civil, cuya satisfacción ya no demandan la reparación del daño propiamente dicho, sino que orienta prioritariamente a lograr una recomposición de las cosas al estado anterior al hecho dañoso, lo cual se diferencia del régimen previsto actualmente por el Código Civil.

De igual forma, la consagración de un régimen de daños colectivos requiere incorporar todas aquellas herramientas procesales que hagan efectivo el ejercicio de tales derechos, como sucede con las personas especialmente legitimadas para accionar en su defensa y la consagración del efecto expansivo (*erga omnes*) de las sentencias, todo lo cual reclama un tratamiento particularizado del mismo en el presente Código.

Creemos entonces que el Código Civil, además de consagrar de manera expresa los daños de incidencia colectiva, debería establecer una serie de herramientas procesales destinadas a lograr una tutela efectiva de los mismos. En este sentido nos parece adecuado que se establezca el reconocimiento expreso de las personas legitimadas para accionar, siguiendo la fórmula propuesta por el Art 43 2do párrafo de la Constitución Nacional que pone en cabeza de los afectados, el Defensor del Pueblo de la Nación y las Asociaciones registradas la defensa de los

¹ Cafferatta, Nestor. PERSPECTIVAS DEL DERECHO AMBIENTAL EN ARGENTINA.

derechos de incidencia colectiva. De igual manera estimamos apropiado también que el Estado en sus diversos niveles de gobierno., también pueda estar legitimado para accionar en defensa de derechos colectivos.

Si bien es cierto que la formula procesal dispuesta por el Art. 43 de la Constitución Nacional ha resultado exitosa a la hora de promover la defensa de los citados derechos, la evolución de los conflictos sociales que involucran derechos de incidencia colectiva reclaman hoy la presencia del Ministerio Público.

Este organismo es una figura central del sistema de justicia penal. Sin embargo, su misión no se agota aquí, en tanto cuenta con una relevante intervención en temas de interés público como casos contenciosos contra la Administración pública, violaciones a la ley de usuarios y consumidores o cuestiones ambientales.

Como vemos, el Ministerio Público es un actor que tiene capacidad para intervenir en casos que posean incidencia colectiva, es decir que puede impulsar a través de un caso medidas con consecuencias de interés público. Esto cobra importancia sobre todo en aquellos lugares donde la sociedad civil se encuentra poco fortalecida o desarticulada y no existen asociaciones intermedias que tomen a su cargo estas iniciativas.

En este sentido, se erige como un garante de la defensa del interés público, en tanto es un organismo que cuenta con las herramientas y las facultades legales para intervenir en casos en donde el bien jurídico protegido trascienda la esfera individual e inter-generacional, que compromete a grupos indeterminados, con posibilidad de trasvasar límites territoriales y generacionales de personas.

Por ello estimamos que la nueva redacción del Código Civil debe dotar al Ministerio Público de todas las facultades necesarias para intervenir, promover y accionar en defensa de casos que propendan a la defensa de los intereses colectivos.

1. 1. Propuesta para incorporar al Código Civil:

a) Derechos individuales y de incidencia colectiva.

Se reconocen 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

b) Daño a los derechos de incidencia colectiva

Cuando exista lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recaer 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.

c) 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.

2.- Derecho Humano al Agua.

El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud, indispensable para vivir dignamente y para la realización de otros derechos humanos.

Es por ello que todas las personas tenemos derecho a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico

Por tal motivo, los distintos instrumentos del derecho han promovido la idea de satisfacer las necesidades vitales del hombre, primero mediante instituciones como el "uso común", más adelante, con el advenimiento del Estado de Bienestar, mediante su consolidación del servicio público de agua potable y más recientemente integrándolo dentro del sistema de protección de los Derechos Humanos².

En la actualidad ya no existen dudas de que el acceso al agua constituye un derecho humano.

Existen un conjunto de declaraciones que a nivel internacional han receptado el derecho de acceso al agua potable. En este sentido, se destaca la Conferencia de la ONU de 1977 de Mar del Plata que declaró que *"todos los pueblos, cualquiera sea su nivel de desarrollo y condiciones económicas y sociales, tienen derecho de acceso al agua potable en cantidad y calidad acordes a sus necesidades básicas"*.

Ello luego se proyectó en la observación General N° 15 sobre el cumplimiento de los artículos 11 y 12, del PIDESC), de Noviembre del 2002, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), de la ONU que reconoció que el derecho humano al agua es indispensable para llevar una vida en dignidad humana", y que el mismo constituye "un requisito para la realización de otros derechos humanos", cuestión que además fue adoptada por la Convención sobre los Derechos del Niño

² Pinto, Mauricio, Torchia Noelia y Martín Liber. El Derecho Humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio. Abeledo Perrot. Pag 2

(art. 24.2.c) y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14.2.h).

La mencionada observación, también dispone que los 146 países que ratificaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), deben velar para que la población tenga progresivamente acceso al agua potable segura y a instalaciones de saneamiento, de forma equitativa y sin discriminación, adoptando estrategias y planes de acción nacionales que les permitan "aproximarse de forma rápida y eficaz a la realización total del derecho a tener agua".

En este sentido, debemos mencionar que el Estado argentino ha reconocido este derecho mediante el Decreto n° 303/2006, en el cual lo define como un bien social y cultural, y en el Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales (Ley 26.221).

Que de igual manera, el derecho humano al agua ha sido reconocido en numerosos fallos dictados por nuestros tribunales tales como "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c. Ciudad de Buenos Aires" (18/07/2007) CACAyT CABA Sala I; "Defensoría de Menores N° 3 c. Poder Ejecutivo Municipal" ("Colonia Valentina Norte Rural") (02/03/1999) del TSJ Provincia del Neuquén y "Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo" ("Comunidad de Paynemil") (19/05/1997) CACiv, Neuquén, Sala II; "Urriza, María Teresa c/ ABSA s/ amparo" (21/03/2005) del Juzgado CA N° 1 de La Plata; entre otros³.

De igual manera y siguiendo los postulados dispuestos por la Observación General N° 15 del PIDESC, también enfatiza que la protección del derecho humano al agua también alcanza la necesidad de proteger las fuentes de agua para consumo humano, motivo por el cual el Estado deberá velar por controlar y minimizar los impactos que generen las actividades antrópicas,

³³ Fairstein, Carolina y Niedzwiecki, Sara, "El acceso al agua en Argentina. Experiencias de reclamo ante situaciones de privación", <http://www.isf.es>

promoviendo que quienes realizan este tipo de actividades internalicen en sus costos medidas de saneamiento y mecanismos para proteger la calidad del agua para el consumo que se extrae de esas fuentes.

Sin embargo subsisten aún muchas posiciones que manifiestan que habida cuenta que el derecho al acceso al agua potable ha sido reconocido por medio de tratados internacionales suscritos por nuestro país y que los mismos cuentan con la jerarquía supralegal que dispone el Art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, no resulta necesario que el Código Civil lo incorpore como tal en su texto.

Debemos recordar que este tipo de derechos, tal como se encuentra estipulado es de carácter instrumental, motivo por el cual su provisión dependerá, la mayor parte de las veces, de las acciones y políticas públicas que se desarrollen las autoridades en cada una de las jurisdicciones, en tanto la prestación de los servicios de provisión de agua potable y saneamiento se encuentran en cabeza de las administraciones provinciales o de los concesionarios de tales servicios. Ello supone muchas veces que la posibilidad de contar con acceso a agua potable, en las condiciones y bajo las circunstancias establecidas en los instrumentos internacionales quedará supeditada a las decisiones que se adoptan en tal sentido, situación que puede ser sumamente disímil dependiendo de la provincia o jurisdicciones que se trate.

Por ello, más allá de lo dispuesto en los instrumentos internacionales resulta necesario que la nueva redacción del Código Civil consagre, de manera expresa, que todos los habitantes gozan del derecho fundamental de acceso a agua potable para satisfacción de sus fines vitales, lo cual establecerá un piso común en materia de derecho al agua, para todos los habitantes del país.

3.- Camino de Sirga.

El Art. 1974 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación establece la ya conocida figura del Camino de Sirga, que dispone que *“el dueño de un terreno colindante con cualquiera de las orillas de los cauces*

o riberas aptos para el transporte de agua debe dejar libre una franja de terreno de 15 metros en toda la extensión del curso en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe dicha actividad”

Esta figura, resulta actualmente de suma importancia para garantizar el libre acceso y circulación a los recursos naturales de dominio público, para el disfrute, la recreación, la mejora de la calidad de vida de la población y la protección y preservación de los cursos hídricos y los ecosistemas costeros.

No obstante ello, la actual redacción del Proyecto de Código no ha puesto el acento en los aspectos anteriormente señalados sino que ha retomado los fundamentos que dieron que origen a la figura del Camino de Sirga, vale decir la preservación de los bordes costeros para garantizar la navegación fluvial.

Dicha disposición resulta totalmente obsoleta en tanto la navegación no se efectúa a remolque de soga desde los bordes costeros, motivo por el cual las restricciones que se impongan al dominio de los titulares de inmuebles ribereños no pueden quedar sujetas a las circunstancias históricas en las que fueron dictadas, sino que deben interpretarse a la luz de los cambios paradigmáticos, que conforman el entramado social, ambiental y cultural de nuestros tiempos.

Resulta hoy inadecuado utilizar como único test para determinar si esta norma resulta aplicable, el hecho de que un curso de agua sea o no navegable en un sentido económico, ya que “la comunicación por agua” mencionada en el texto legal, como condición para establecer una restricción al dominio, adquiere un significado más amplio cuando se consideran, además de las dimensiones económica, ambiental, social y cultural, que son las que deberían prevalecer a la hora de establecer a la hora de mirar de qué manera se protegen a nuestros ríos, lagos, lagunas, humedales y cursos de agua en general.

3.- a) Propuesta de modificación del Artículo 1974:

El borde costero de las orillas de los cauces o riberas tendrá una función ambiental, social y cultural, siendo su uso público y gratuito.

El dueño de un terreno colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o riberas debe dejar libre una franja de terreno de 35 metros en toda la extensión del curso , la que será de acceso público, libre y gratuito y en la que el propietario no podrá ejercer ningún acto que menoscabe el uso otorgado al mismo.

Los Estados están obligados a garantizar las funciones otorgadas a dichas franjas costeras como así también su uso público, gratuito.

Sin otro particular saludamos a Uds. muy atte.

Fundación Ambiente y Recursos Naturales. (FARN)