

**El futuro Código Civil y Comercial Argentino,  
“por el bienestar general...,  
para nosotros, para nuestra posteridad....”**

**Sylvia Lopez Alaniz**

El año pasado el Gobierno Nacional, solicitó a una comisión de juristas redactar un anteproyecto de Código Civil unificado con el Comercial. Lo recibe el Poder Ejecutivo, y lo envía al Senado, haciendo previamente modificaciones y supresiones. La extensa obra producida por la comisión es producto del pensamiento y trabajo de juristas y especialistas de las distintas materias que receptan a su vez una elaboración de siglos del derecho positivo.

Respecto de esta reforma, presento en esta audiencia dos temas a los que me he avocado, **I.- Los derecho individuales y de incidencia colectiva; II. - El agua como derecho humano y bien público**, que están tratados en los libros Título Preliminar. Capítulo 3 Ejercicio de los derechos y Título III Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva Capítulo 1 Sección 3ª Bienes con relación a los Derechos de incidencia colectiva, del Proyecto de ley del Poder Ejecutivo Nacional, limitándome a decir respecto de todo lo demás, que estamos viviendo una crisis que muchos la han denominado “crisis civilizatoria”, dado que estamos asistiendo al agotamiento de un modelo de organización económica, productiva y social, con sus respectivas expresiones en el ámbito ideológico, simbólico y cultural. Que muestra las terribles consecuencias de la producción de mercancías con el objetivo de acumular ganancias para los capitalistas de todo el mundo y que sólo es posible con el gasto exacerbado de materiales y energía. Hay crisis energética, crisis alimenticia, crisis hídrica, crisis ambiental, en la que deben incluirse la destrucción de fuentes de agua, la desaparición de tierras y suelos aptos para la agricultura, el arrasamiento de selvas y bosques, la reducción de recursos pesqueros, la disminución de la biodiversidad, la extinción de especies animales y vegetales, la generalización de distintos tipos de contaminación, la reducción de la capa de ozono y la destrucción de ecosistemas que ponen en riesgo la misma continuidad de la especie humana. Mientras tanto, seguimos intentado dominar la naturaleza, pretendiendo eludir los límites naturales, desoyendo y tratando de invisibilizar el cúmulo de desastres supuestamente “naturales”, como huracanes, tifones, inundaciones, maremotos, avalanchas, tsunamis y terremotos que

año a año matan a miles de personas y hunden en mayor pobreza a los miserables del mundo. Esta es una clara manifestación del precio que debe pagarse por haber sometido a la naturaleza a una transformación acelerada, como parte del uso intensivo de combustibles fósiles y del uso descomunal de materiales y de recursos naturales para obtener ganancias. Por ello, cuando se dice “crisis civilizatoria”, no considero que sea una calificación desmedida, especialmente al ver que la brecha entre ricos y pobres sigue creciendo (informe 2010 del PNUD), que los pobres son cada vez más pobres y los ricos cada vez más ricos.

El actual modelo de desarrollo productivista, el culto del crecimiento y la creencia ciega en los inacabables beneficios del progreso tecno-científico nos han llevado a este contexto de emergencia planetaria a partir de lo cual cobra sentido hablar de *decrecimiento*. Sólo hay un camino posible, vivir con menos, “vivir mejor con menos”. Es urgente cambiar ese imaginario común del crecimiento ilimitado, no es posible el crecimiento continuo en un planeta limitado, por lo que la única estrategia que parece viable a medio y largo plazo es la del decrecimiento. Entendido esto como cuando un río se desborda y todos deseamos que ‘decrezca’ para que las aguas vuelvan a su cauce. Cuanto antes seamos conscientes de la necesidad de desprendernos de un modo de vida inviable, mejor para todos y para el planeta. Esto nos lleva a repensar una modificación de la legislación mucho más profunda. Para ejemplificar: que el Artículo 15 exprese “Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código”, evidencia una regulación fragmentada de los derechos de las personas, pues sabemos que también somos titulares de derechos colectivos, sobre los cuales el código debe regular; máxime cuando este artículo está inserto en el título preliminar.

El proyecto que denominé original, refiriéndome al presentado por la comisión se funda en valores entre los que destacé positivamente los siguientes:

- **Constitucionalización del derecho privado.** Superando la división tajante de la mayoría de los Códigos existentes entre el derecho público y privado, en la búsqueda de la protección de la persona humana en los derechos fundamentales, en el año 1994 se incorporan al mundo jurídico argentino los derechos de incidencia colectiva a través de nuestra constitución. En cumplimiento de esa manda se incorpora al Proyecto y se introduce un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes

- **Código de los derechos individuales y colectivos.** Los códigos del derecho privado comparado regulan en su mayoría sólo los derechos individuales. El anteproyecto original da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Argentina.
- **De los bienes en relación a las personas.** Respecto de los conflictos ambientales, los bienes que son objeto de ello son mencionados en el código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los considera bienes colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. La necesidad de una concepción más amplia, ha sido receptada en el proyecto.

### **I - Los derechos individuales y de incidencia colectiva**

Respecto del distinguo entre derechos individuales y colectivos. Ya La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado, que “la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular”. Estos están protegidos por la Constitución y el Código civil, lo que incluye el derecho de dominio, condominio, etc. Pero también dice que: “Los derechos de incidencia colectiva, que tienen por objeto bienes colectivos (artículo. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado”. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos”.

El proyecto original receptando esto; teniendo en cuenta que el Derecho civil es el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones personales o patrimoniales entre personas, tanto físicas como jurídicas, sean estas últimas de carácter privado o público; y superando el individualismo liberal que impregnó la obra de Vélez Sarsfield, propio de la época de su codificación, en el artículo 14 distingue entre:

- Derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular: se trata del patrimonio como atributo de la persona, los bienes que lo integran, y los derechos reales o creditorios.

- Derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos: se refiere a aquellos bienes que son indivisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en sentido estricto. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.
- Derechos individuales homogéneos: en estos supuestos una causa común afecta a una pluralidad de derechos y por lo tanto se permite un reclamo colectivo. Se diferencian de los primeros en cuanto a que se permiten procesos colectivos, como lo proponemos en materia de responsabilidad. Se distinguen de los segundos porque son derechos subjetivos individuales y no indivisibles, como el ambiente.

Textualmente expresaba originariamente:

ARTICULO 14 - Derechos individuales y de incidencia colectiva. 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.

Esta clasificación tiene un impacto decisivo en las normas referidas al patrimonio, contratos y responsabilidad civil

En consonancia a lo establecido en ese Artículo 14 del proyecto original se establecieron los siguientes artículos:

Artículo 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 la 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.

.Estos artículos fueron sustituidos por el Poder Ejecutivo Nacional, abandonando los principios valores expuestos al inicio, por los siguientes:

Artículo 14. – Derecho individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

- a) derecho individuales;
- b) derechos de incidencia colectivas.

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.

Artículo 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.

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

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 y no es acertada ya que las normas que contienen los derechos de incidencia colectiva vinculadas con la protección ambiental no son sólo 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 diferencias 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, restricciones presupuestarias, poder de policía, herramientas del Estado absoluto que el constitucionalismo viene a frenar.

En cuanto al mandato del nuevo artículo 241, de que cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable, es una orden inútil, ya que todas las leyes deben cumplirse

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.

Decía 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.

El Poder Ejecutivo Nacional suprimió los derechos de incidencia colectiva, remitiendo su tratamiento al derecho administrativo, a las leyes especiales o a los presupuestos mínimos, quitándole el carácter de completitud que tiene que tener este cuerpo normativo. De esta manera, 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, se resuelva dentro del mismo sistema. La amputación realizada por el PEN además de quitarle al futuro código unidad, coherencia y sistematización, objetivo central de la codificación, también amputa la dimensión ambiental del sistema de responsabilidad. Se pierde la 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.

No se trata de encasillar si esta es una cuestión de derecho público o privado, ya que la responsabilidad civil se ubica “en el centro de todo el Derecho”. Goldemberg decía que la responsabilidad civil “constituye el punto neurálgico de las preocupaciones jurídicas...por lo tanto pertenece al Derecho Público y al Derecho Privado.

De no respetarse el proyecto original 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 aplicabilidad, con tendencia a encuadrarse dentro del derecho administrativo, esto es, sometida a la voluntad del Poder Administrador. Es de público conocimiento como en las provincias productoras de hidrocarburos burlan el sistema de responsabilidad civil con el reconocimiento de daño ambiental que se hace mediante simple declaración



jurada del propio causante, quién acuerda con el poder ejecutivo provincial un plan de remediación. Como puede notarse fácilmente este modo de “control” es poco creíble y vulnerable al fraude.

En resumen las consecuencias de estas supresiones y modificaciones del futuro Código Civil y Comercial, serían:

- La amputación realizada por el PEN, que responde a una necesidad política coyuntural, le quita al futuro código unidad, coherencia y sistematización, que es el objetivo central de la codificación.
- 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 pueda resolver dentro del mismo sistema
- 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 especiales”, de baja aplicabilidad, con la existencia de normas de jerarquía inferior a las leyes que no tienen sustento en ellas.
- 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 sólo 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, 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.
- 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.

- 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.

## **II - En defensa del agua como derecho humano y bien público.**

El injustificado reemplazo del contenido del artículo 241 que abandona el tratamiento del Derecho fundamental de acceso al agua potable para decir que debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable, lo cual es innecesario. Se ha eliminado lo que habría sido un enorme progreso en materia de derechos humanos fundamentales, como lo es el acceso al agua potable para dejar la protección del ambiente sano y equilibrado para los argentinos en leyes aisladas, llamadas especiales, olvidando la pirámide de Kelsen.

Frente a esto considero importante resaltar:

Que en diversos Tratados Internacionales se ha hecho referencia al agua como derecho a la salud, y se exhorta a los gobiernos de los Estados parte de dichos Tratados a que tomen las medidas necesarias y adecuen su legislación interna para garantizar el acceso al agua potable por parte de todos los miembros de la población que permita satisfacer sus necesidades básicas.

Que este derecho está unido a la calidad misma de la persona, y no puede ser negado a ningún habitante del Estado. Podemos citar, entre otros, la Convención sobre Derechos del Niño, Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa

Rica), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales, en virtud del art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional gozan de jerarquía constitucional, es decir que tienen la misma jerarquía que nuestra Constitución Nacional, y se encuentran en un escalón superior a las leyes nacionales. Asimismo, sus normas son programáticas, de aplicación directa, lo que significa que una vez ratificados por el Estado, estos adquieren plena vigencia y pueden ser invocados por cualquier persona

Nos encontramos ante un sombrío panorama sobre el problema del uso del agua y su proyección a futuro. A nivel mundial todas las señales parecen indicar que la crisis se está empeorando y que continuará haciéndolo, a no ser que se emprenda una acción correctiva.

La UNESCO estima que a mediados del presente siglo hasta 7.000 millones de personas sufrirán escasez de agua,

Sumado al problema de la escasez, mal uso y mala distribución, tenemos que resolver el problema de la contaminación, ya que el 20 % de los recursos hídricos del planeta ya están contaminados. Esto implica que 5.500 niños mueren por día en el mundo a causa de enfermedades causadas por falta de agua potable.

Nuestra constitución Nacional establece en su artículo 41 que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural.

Pero paralelamente hay una realidad que hace base en grandes emprendimientos que se inscriben en una lógica neoextractivista y economicista. Frente al problema de la escasez se alientan oportunidades de negocios, otorgándole al agua un valor de mercado; se violentan las soberanías alimentarias con monocultivos; aumenta la fabricación y uso de pesticidas sin tener en cuenta el daño ambiental; se avanza en procesos extractivos no convencionales que incluso han sido prohibidos en otras partes del mundo por la contaminación de las napas y ríos. A modo de ejemplo, en esta provincia está presentado en la legislatura un proyecto de ley para crear una empresa Rehidroneu S.A. que pareciera considerar al agua como mercancía más que como derecho humano y bien público.

Frente a esta realidad acuciante un amplio y cada vez más numeroso sector de la población reacciona, levanta sus voces para manifestarse en contra de la indiferencia del estado frente al modelo neoextractivista y agroexportador que avanza a pasos agigantados en el país, concentrando capital y poderío económico y que nos arrastra a la contaminación y destrucción incluidos los seres vivos.

Cada vez son más los movimientos que luchan en defensa del agua y del ambiente.

Es necesario que ahora y desde este espacio, hagamos nuestro aporte en favor de la vida y que ese artículo eliminado por el PEN sea reestablecido.-