

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

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

¿Codificar es lo mismo que legislar?

Una primer análisis que hay que realizar es que de acuerdo a nuestra constitución dictar un código civil no es lo mismo que legislar en materia civil.

El orden jurídico argentino tiene como fuente formal fundamental a la ley. El papel predominante de la ley es un antiguo rasgo del derecho de tradición romana e igualmente lo era en el derecho indiano. En el Siglo XVIII la privilegiada situación de la ley se acentuó, entre otros factores, porque la misma, emanada del monarca, debía ser respetuosamente aceptada y obedecida por los súbditos. Este mismo concepto absoluto de la ley se ve brillar en los días de la Revolución de Mayo, con el importante cambio teórico referido a que la autoridad de donde aquella emanaba no era el rey sino el pueblo, cuya soberanía se ejercía por medio de sus representantes. Moreno decía en 1810: "Que el ciudadano obedezca respetuosamente a los magistrados, que el magistrado obedezca ciegamente a las leyes, este es el punto último de perfección de una legislación sabia..."

Vencido Rosas se imponía armar un nuevo país a través de las leyes. Los pensadores, políticos y juristas de la época estaban animados por la idea de "modelo", que era copiar la legislación vigente de otro país e implementarla lisa y llanamente en el nuestro. Sarmiento era uno de los mayores y fervientes defensores de esta postura.

Para Alberdi el derecho era "un elemento vivo y continuamente progresivo de la vida social", que se mantiene en armonía con otros elementos de la vida social, como el económico, el religioso, el artístico, el filosófico. El derecho no es la ley. Las leyes son "la imagen imperfecta y frecuentemente desleal del derecho".

En este ambiente de culto a los modelos extranjeros se sancionaron los dos cuerpos legales más importantes del siglo XIX: la Constitución Nacional y el Código Civil. La primera siguiendo el modelo norteamericano y el segundo siguiendo el modelo francés. Alberdi y Sarmiento, coincidían en varios aspectos: Su desprecio por lo provinciano, por lo popular, por lo local. Las masas eran incultas, los legisladores del interior reflejo de esas masas. Por lo tanto poco podía esperarse de su labor intelectual, poco podían aportar para el "progreso civilizador".

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 Bellorio Clabot. Ed Lajouane 2012. "Mariano Moreno. 1805-1811" Ed Lajouane. 2010. "Derecho Agrario Ambiental" en Coautoría con Bellorio 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

Sin embargo la sanción de códigos no era una idea aceptada sin discusión por los juristas del siglo XIX, tanto en el ámbito argentino como en el internacional, donde nació la idea. Alberdi no compartía la idea de sancionar códigos, siguiendo en esto las ideas de Savigny, al que conocía a través de la obra de Lermnier. Decía:

“Abrí a Lermnier, y sus ardientes páginas hicieron en mis ideas el mismo cambio que en las suyas había operado el libro de Savigny. Dejé de concebir al derecho como una colección de leyes escritas. Encontré que era nada menos que la ley moral del desarrollo armónico de los seres sociales; la constitución misma de la sociedad, el orden obligatorio en que se desenvuelven las individualidades que lo constituyen.”³.

El francés Eugène Lermnier había escrito una obra donde analizaba la postura historicista de Savigny, con la ventaja de que se había hecho una traducción al castellano mientras no la del jurista alemán. Esta obra era Introducción General a la Historia del Derecho que tuvo mucha influencia en la difusión del pensamiento historicista. Decía Lermnier:

“Cuando, después de terminar mis cursos de retórica y de filosofía, y en la exaltación por la que pasan, a los diez y nueve años, los jóvenes cuya imaginación se despierta, fue necesario comenzar los estudios de derecho, ¡con qué aburrimiento mezclado de desdén abrí los cinco códigos! ¡Caer de mis poéticos ensueños acerca de la ciencia y de la literatura sobre los artículos numerados del código civil y del código de procedimiento y no tener, por todo alimento, más que el estudio de fórmulas secas, sin animación y sin vida! ¡Eso era el derecho! Mientras tanto, el azar hizo caer entre mis manos un pequeño libro de Sauvigny, De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho. Yo sabía un poco de alemán y me puse a recorrerlo. No volvía de mi sorpresa: el autor distinguía el derecho de la ley, hablaba del derecho de una manera apasionada; hacía de él una cosa real, viva y dramática; luego dirigía contra las legislaciones y los códigos propiamente dichos vehementes críticas.

Alberdi había instituido en el modelo de constitución que acompaña y forma parte las “Bases” que el Congreso debía *“legislar en materia civil, comercial, penal, minería”*. Pero la Constitución fue sancionada con la fórmula *“Dictar los Códigos civil, comercial, penal y de minería”* Se había seguido la tradición napoleónica europea. Alberdi, dado su menosprecio por las masas, por lo provinciano y la incultura parlamentaria se inclinaba por no sancionar códigos, debido a lo prematuro y perjudicial que pueden ser para los países en formación; son difícilmente enmendables, y con su poder institucional, en medios incipientes y cambiantes, pueden introducir obstáculos al libre desenvolvimiento del organismo social “en el sentido de las leyes normales y naturales que le son inherentes...”. En este sentido coincidía con Freitas, de cuya obra tomó buena parte de Vélez, quién había abandonado la confección del Código Civil Brasileño por considerar que la sociedad brasileña no estaba madura para tener un código.

El gobierno presidido por Mitre había encomendado la redacción de un proyecto de Código civil para la República Argentina al doctor Dalmacio Vélez Sársfield. Alberdi, filósofo de la unidad, criticó el Código, que Velez le había mandado para que lo viera antes de su sanción. Lo criticó mediante una Carta, que luego ampliaría en sus “Estudios sobre el código civil de la R.A., redactado por el doctor Dalmacio Velez Sarsfield, y aprobado por el H. Congreso de la Nación el 29 de setiembre de 1869”.

La crítica giraba en torno a lo siguiente: La idea de dar al país un código civil único antes de haber dado un gobierno general, era ilógica e inoportuna; que después de la reforma constitucional de 1860, de la que tanto Vélez como Mitre y Sarmiento, a la sazón

1.-JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Buenos Ayres, Imprenta de la Libertad, 1837, Prefacio, p.14.

enemistados con Alberdi, eran responsables de haberla, (según él consideraba, erróneamente), inclinado al modelo norteamericano y por tanto tendiente a la descentralización federativa, la facultad de dictar códigos nacionales resultaba inconstitucional. Y finalmente el hecho de ser un calco del Esbozo de Freitas resultaba inadmisibles toda vez que estaba ese pensado para una sociedad aristocrática y esclavista como la brasilera y no para una democrática y liberal como era, o pretendía ser, la argentina. Una crítica posterior decía que omitía dos fuentes fundamentales: “El derecho patrio-intermediario”, cuajado en sesenta años de vida independiente, y, “con celo realmente monarquista”, la propia Constitución general de la República, en cumplimiento de la cual se pretendía estar dando ese Código. “Ni una cita de autor nacional, de una sola ley del país, de un solo fallo de tribunales argentinos, de usos y costumbres establecidos”; “remedo indigesto del original francés”, “embrión grosero” de código, “monumento grotesco y bárbaro, que acusa el atraso del país” le imputa al código en contrarréplica a la contestación de Vélez.

En sus críticas Alberdi recalcó la importancia del art. 24 de la Constitución de 1853 sobre la renovación de la legislación. También los derechos individuales del artículo 14 y la relación que tienen con las leyes civiles que reglamentan su ejercicio, “esas leyes que debían desarrollar y reglamentar el ejercicio de los derechos y garantías declarados por la Constitución como fundamentales de la familia y de la sociedad civil argentinas, no son otras que las leyes civiles, están codificadas o dispersas”.

Un Código civil limitaría estos derechos ya que 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.” También en Bases había dicho que “los códigos son la vanidad de los emperadores”

Destacaba el conflicto aún no resuelto entre una Constitución federal basada en el modelo de los Estados Unidos y una legislación civil de origen europeo. “Ya que tanto respeto inspiran hoy los Estados Unidos de América ¿por qué no seguimos el ejemplo de su circunspección en legislación civil. Al mismo tiempo que les copiamos su Constitución federal y su descentralización política, imitamos al Brasil y a la Francia sus Códigos unitarios e imperiales; de donde resulta que tenemos la federación en el código político y la unidad en el código civil.”

Alberdi hace una reflexión sobre el método del proyecto de Código Civil y lo hace desde el punto de vista de la escuela historicista:

Las leyes, como los ríos, se acomodan en su curso al modo de ser del suelo en que hacen su camino. Una vez formado su lecho lo conservan aunque la geometría les demuestre que el camino recto es el más corto.

Los códigos de la libertad deben ser cortos. En esto están de acuerdo la Convención francesa y Savigny, es decir, el entusiasmo y la ciencia.

El silencio de la ley es la voz de la libertad. Un grueso código es un catafalco monumental, elevado a la libertad difunta. Estas expresiones recuerdan el cumplimiento de la norma constitucional en el artículo 19 que existe un espacio de libertad ante el silencio de la ley

“El Código Civil debe ser el contrafuerte democrático de la Constitución política”. De lo contrario a pesar de la Constitución permanecerá el derecho colonial español. “Un país gobernado a la antigua española, es decir, por el despotismo ilimitado... Dios libre a mi país de la profusión legislativa, es la única riqueza que causa horror a la libertad.”

“¡El derecho ha muerto, porque han muerto las leyes escritas, que eran su mero desarrollo! No, esos principios, que forman por sí solos todo un derecho público, toda una Constitución, están escritos en la conciencia de los argentinos... la sociedad está vivificada por el derecho no escrito”.

Velez había recibido la agresiva crítica contestando que el doctor Alberdi “ no había tenido la deferencia de leer una sola página de la obra” y que la misma era la

respuesta a un mandamiento expreso de la Constitución, cuyos “autores exclusivos” habían sido “ el mismo doctor Alberdi y el Congreso de Paraná”.

El Código Civil, fue aprobado a libro cerrado, hecho que mereció la censura de Alberdi, olvidándose él mismo que así lo había sugerido para las leyes constitucionales del país, basado en su desconfianza por la incultura parlamentaria.

Este debate marca a las claras la importancia de interpretar literalmente el mandato constitucional. En el derecho argentino no es lo mismo legislar que sancionar códigos.

Los Códigos

Los códigos son cuerpos únicos, orgánicos, exclusivos y sistemáticos del material jurídico perteneciente a una rama del derecho. Los caracteres de un código son, según Llambías , la unidad, la exclusividad y la sistematización.⁴

Se considera que la primera compilación que tuvo relevancia jurídica fue la realizada por los romanos y que conocemos con el nombre de código gregoriano, hermogeniano y teodosiano, que culminaron con la obra de Justiniano. Esta compilación fue impulsada por el emperador de Bizancio y fue obra del jurisconsulto Triboniano. Por decisión del emperador fue sancionado el Corpus Juris Civilis, conformado por el Digesto, las Institutas, el Código y las Novelas. El Digesto contenía la doctrina de figuras célebres como Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo, Modestino y Celso. Las Institutas contenían las fórmulas de Derecho elementales, y aunque hasta ese momento tenían vigencia legal, estaban especialmente dedicadas a los estudiantes de Derecho. Finalmente se encontraban el Código, que condensaba las constituciones de los emperadores anteriores a Justiniano que conservaban un interés actual, y las Novelas, que agrupaban las constituciones de Justiniano.

La primera ley que utilizó la denominación de código fue el Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis de 1756 (de Baviera); le siguió, en 1792, un cuerpo legal que incluía Derecho civil, penal y político, el Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten de Federico II de Prusia.

Juan Bautista Alberdi decía de los códigos que eran la vanidad de los emperadores, para menospreciarlos, debido a que es el Code Civil el que realmente se difundió por el mundo. Paradójicamente, el código civil napoleónico que pretende defender la libertad de las personas fue impuesto en muchos países europeos por la fuerza de las armas, la conquista, la invasión armada y el dominio extranjero que significaba la presencia de Napoleón Bonaparte en esos países.

Bajo el influjo de Napoleón se sanciona en 1804 el Código Civil en Francia. El Corso entendió la necesidad de ordenar la legislación ya que la diversidad no favorecía la autoridad de un poder central, que era su objetivo principal. Las provincias del norte de París se atenían a las costumbres germánicas, mientras que en las del sur reinaba el Derecho romano a través de la glosa del Corpus Iuris Civilis.

Mezcla de personalismo y racionalismo, el pensamiento napoleónico estaba orientado a terminar con el orden jurídico del viejo régimen, anterior a la gran revolución de 1789.

Capricho de la historia, la filosofía enciclopedista y el pensamiento jurídico racionalista que concebía el Derecho como un producto de la razón humana, que se concretaba en la ley, sería impuesta gracias a la concentración del poder en un persona: Napoleón Bonaparte . Propio del pensamiento ilustrado y racionalista, se creía que el surgimiento de un código remediaría para siempre el desorden que existía en el Derecho.

⁴ Llambías José Joaquín. Tratado de derecho Civil. Parte general. Tomo I. Pagina 175. Buenos Aires. 1978

Resulta muy esclarecedor sobre este punto el debate que se generó entre Thibaut y Savigny, acerca de la necesidad de una legislación unificada para Alemania. De este famoso debate quedan explícitas las ventajas y desventajas de la codificación, las que guardan actualidad en la Argentina actual y fundamentalmente en la actividad petrolera.

Las ventajas de la codificación son:

1.- Dar al sistema normativo unidad y coherencia, evitando la confusión que deviene de la existencias de normas dispersas, de la existencia de normas de jerarquía inferior a las leyes que no tienen sustento en ellas, evita la contradicción de leyes y los vacíos legales. En la actividad petrolera no es un tema menor, dado que el poder económico y consecuentemente político de las grandes compañías les permite acrecentarlo injustamente a su favor usufructuando esta debilidad normativa.

2.-Facilita el adecuado conocimiento del ordenamiento legal 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. En materia petrolera, la falta de información de la ciudadanía es materia habitual, con lo cual poco puede hacerse jurídicamente. Los jueces y los abogados, al conocer el código pueden aplicarlo sistemáticamente, favoreciendo un orden social justo, impidiendo las desviaciones en una rama del derecho, la minera petrolera, que tiene fuerte impacto social y económico.

3.- Favorece la unidad nacional, evitando las asimetrías de legislación entre provincias, en materias donde no puede haber diferencias.

4.- Tanto Guillermo Borda, como J.J. Llambías agregan como ventaja el hecho de que la codificación favorece el acrecentamiento cultural de la población.

La influencia napoleónica y de la ilustración francesa, dominante en la cultura jurídica del Siglo XIX, terminaron con la incorporación de la obligación del Congreso de Sancionar códigos y la sanción concreta de los mismos. La aprobación de los códigos era necesaria tanto por motivos jurídicos como por motivos políticos. Los códigos dieron unidad y coherencia a la legislación civil, penal, comercial y minera, ausente hasta ese entonces por la dispersa legislación vigente en el territorio argentino. Dichas unidad y coherencia, trajeron consigo dos beneficios jurídicos inobjetables, vigentes hoy: facilitaron tanto el conocimiento del Derecho por parte de los habitantes como su aplicación por parte de los jueces. Afianzaron la independencia política del país, a través de la independencia legislativa, fortaleciendo la unidad nacional, por la supremacía de los códigos sobre la legislación provincial.

La idea de los Constituyentes del 53 era que algunas materias, por su importancia para el progreso y la libertad, estuvieran reguladas por Códigos. Estos códigos debían ser cuerpos integrales, ordenados y sistematizados de normas jurídicas, de técnica depurada, para facilitar el conocimiento y aprobación de la sociedad en la que se debe aplicar. Los códigos permiten su cumplimiento igualitario y logra que los jueces puedan ejercer su función adecuadamente sin balancear la justicia hacia los sectores del privilegio y el poder, como venía sucediendo en la época de la Colonia, o los supuestos abusos de los caudillos provinciales entre 1820 y 1852.

Lo correcto era codificar el derecho existente, suprimiendo redundancias, la contradicción de leyes, las redundancias estilísticas, llenar los vacíos legislativos e incorporar al derecho vivo, surgido de la propia realidad local. Esto lamentablemente no sucedió así porque el clima ideológico de la época, empapado del racionalismo imperante, se dejó llevar por la moda de copiar modelos que con sus nomas abstractas y generales supuestamente eran aplicables de manera universal. Nuestra Constitución es casi una copia de la norteamericana y el Código Civil un eco del código napoleónico.

El Proceso 2011-2012

El Poder ejecutivo nación mediante Decreto 191 en el año 2011 designó una comisión de tres juristas para realizar la unificación del código civil con el comercial.

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.

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.⁵ 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. Y no es una cuestión de derecho público o privado, ya que la responsabilidad civil se ubica “en el centro de todo el Derecho”⁶. 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.”⁷ 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 propandistas, 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 aplicabilidad⁸, 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

⁵ Duguit. La revolte des faits contre le code civil. 1920

⁶ Mazeaud-Tunc. Tratado tórico práctico de la responsabilidad delictual y contractual. N° 15-2. P.16.-

⁷ Goldenberg, Isidoro. Indemnización por Daños y Perjuicios. HAmurabi. 1998

⁸ 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.

es un sistema endeble, poco creíble y vulnerable al fraude⁹.

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.

Resulta lógico y natural que en el clima de individualismo liberal teórico en el que se desenvolvía, Vélez Sársfiel¹⁰ 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

⁹ Así Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz.

¹⁰ 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 enteró 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.

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 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.¹¹ 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 empresas¹². 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 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,

¹¹ Ver Bellorio Clabot, Dino; Cavalli Luis. “Derecho Agrario Ambiental”. Editorial Ad Hoc. 2010.

¹² 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.

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 cumplir¹³. 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”¹⁴.

“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.

¹³ Gordillo, Agustín. Tratado de derecho Administrativo. Derechos de Incidencia Colectiva. Tomo II Capítulo.2

¹⁴ Asamblea Constituyente. Orden del día N° 9. 11 de Agosto de 1994. Convencional Díaz.

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.- 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.

3.-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 75 de la Constitución Nacional, deberían encontrarse bajo la órbita competencial de las provincias, por el mandato del Artículo 121 de la Ley Fundamental.

4.- 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.

5.- 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.¹⁵ 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.

6.- 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.

7.- 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 protectiva, 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.

¹⁵ Von Ihering Rudolf. "El espíritu del derecho romano". Revista de Occidente. 1947.