

## LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN MATERIA AMBIENTAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN\*

NADIA BELÉN TOLOSA \*\*

**Resumen:** El objeto de este trabajo es dilucidar si la incorporación de los derechos de incidencia colectiva al Código Civil y Comercial es de utilidad para una mayor y mejor protección del ambiente. A partir del análisis histórico vemos que no es un tema novedoso a nivel internacional –comenzó en 1972 con la “*Declaración de Estocolmo*” hace más de cuarenta años–, situación que generó una superposición de leyes especiales, locales, tratados bilaterales, y la acogida constitucional del derecho al ambiente y su protección en la última reforma, que convivirán hasta el 01 de agosto de 2015 en constante colisión con los principios del derecho privado clásico contenidos en el Código de Vélez. El nuevo código, además de reconocerlos expresamente, nos presenta nuevas herramientas en concordancia con el avance internacional en materia ambiental, como la carga dinámica de la prueba, la acción preventiva y la interpretación integral de todo el ordenamiento (constitucionalización del derecho privado) e incorpora el concepto de consumo sustentable, de vital importancia, puesto que representa un factor primordial en la producción de la contaminación ambiental. Todo esto sin duda impactará en una ampliación del derecho a un ambiente sano, concediéndole además la estabilidad y vigorosidad que representa el derecho común frente a leyes especiales o interpretaciones judiciales.

\* Esta obra ha sido seleccionada como una de las ganadoras del Concurso de Ponencias para Estudiantes “Temas de Derecho Civil desde la perspectiva de Derechos Humanos” organizado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fecha de aceptación: 14/08/2015.

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA). Vaya mi especial agradecimiento al Centro de Derechos Humanos de esta Facultad, que a través de sus talleres me dio las herramientas necesarias para poder elaborar este trabajo. Especialmente, a la Dra. Liliana M. Ronconi por su impulso académico y apoyo personal.

**Palabras clave:** ambiente – herramientas de protección – derechos de incidencia colectiva – acción de clase

**Abstract:** The purpose of this paper is whether the incorporation of rights collective influence by the new Civil and Commercial Code is useful for more and better environmental protection. From the historical analysis we see that is not a newness. This story began in 1972 with the "Stockholm Declaration" (Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment) and it has more than forty years, a situation which generated an overlay of special laws, local, bilateral treaties and constitutional right. We see that the protection in the latest constitutional reform were in constant collision with the principles of classic private law contained in the "Vélez code". The new code has new tools in accordance with international progress on environmental issues, such as dynamic load test, preventive action and comprehensive interpretation of the whole system (constitutionalization of private law) and incorporates the concept of sustainable consumption, of vital importance, since it represents a major factor in the production of environmental pollution. All this will certainly impact on a extension of the right to a healthy environment, and also granting stability invigorated representing the common law against special laws or interpretations court.

**Keywords:** environment – protection tools – rights collective influence – class action

## I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es desentrañar si la incorporación de los derechos de incidencia colectiva en el recientemente sancionado Código Civil y Comercial<sup>1</sup> resulta de mayor utilidad para el ejercicio de la protección del ambiente, teniendo en cuenta su status jurídico de derecho humano. Se analizará cómo ha sido la protección del ambiente hasta hoy y qué herramientas nos da la nueva normativa para desarrollarla. Este trabajo atañe únicamente el daño ambiental propiamente dicho y su protección mediante el ejercicio de derechos de incidencia colectiva, y no al daño *a*

1. *Código Civil y Comercial*, Ley 26.994, B.O. 08/10/2014, Dec. 1795/2014. En adelante "CCC".

través del ambiente, que es aquel sufrido a nivel individual,<sup>2</sup> lo que circunscribe nuestro objeto fuera del análisis de la responsabilidad civil a nivel individual.

## II. PROTECCIÓN DEL AMBIENTE HASTA HOY: DESARROLLO HISTÓRICO

La importancia de la protección del ambiente tiene como punto de partida el derecho internacional, incorporado dos décadas después a nuestro ordenamiento, con la reforma constitucional de 1994.<sup>3</sup> Los instrumentos internacionales en materia ambiental conforman el Derecho Internacional del Medio Ambiente,<sup>4</sup> y todos comparten la pauta de ofrecer principios y servir de guía para la preservación del ambiente, es decir, no contienen obligaciones estrictas para los Estados parte, por ello son consideradas *soft law*. Pueden dividirse en dos clases: generales y específicos.<sup>5</sup> Dentro del primer grupo, el primero y más importante es la *Declaración de Estocolmo*<sup>6</sup> (1972), cuyos principios están encauzados hacia el logro del desarrollo humano, por lo que la preservación del ambiente se realiza con una política antropocéntrica,<sup>7</sup> siendo repetidos y profundizados en los instrumentos que siguen. En 1987 se publica el informe "*Our Common Future*", donde se acuña por primera vez el término "desarrollo sostenible", que será recogido en el segundo instrumento ambiental internacional, conocido como *Declaración de Río*<sup>8</sup> (1992). Luego, la *Declara-*

2. Puede verse con un ejemplo: en el caso de que se viertan residuos sólidos en un río y esto produzca desbordes, el daño ambiental se configura por ese hecho y el daño a través del ambiente lo sufren quienes, por ejemplo, observan un menoscabo en su propiedad a raíz de la inundación. No obstante, hay autores que lo consideran un daño bifronte (LORENZETTI, P., "*La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación*", 30/04/2015, [www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com), p. 1) opinión que compartimos.

3. Cfr. Art. 75 inc. 22) C.N.: "...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes..."

4. En adelante "DIMA".

5. También conocidos como "AMUMA" ("Acuerdos multilaterales sobre medio ambiente"). Tienen un ámbito de aplicación específico y delimitado.

6. En el marco de la "Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Humano".

7. Puede resaltarse una frase dentro de las proclamaciones (5): "De cuanto existe en el mundo, los seres humanos son lo más valioso".

8. "Conf. de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo".

*ción de Johannesburgo*<sup>9</sup> (2002) reconoce que, amén de las Conferencias sucedidas, quedan muchos desafíos ambientales por superar. Finalmente, en la *Conferencia de Río+20*<sup>10</sup> (2012) se adopta un documento en el que prevalecen la necesidad de una economía verde y la erradicación de la pobreza. Con respecto a los específicos, puede mencionarse el *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación* (1989), *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* (1989), la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático* (1992), el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* (1992), el *Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes* (2001), entre otros.<sup>11</sup>

Debe distinguirse el carácter de derecho humano que le fuera otorgado al derecho a un medio ambiente sano, por el *Protocolo de San Salvador*<sup>12</sup> adicional a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que en su art. 11 dice: "Derecho a un ambiente sano. 1) toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano [...] 2) los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente", circunstancia que le hace aplicable todo el régimen jurídico de los derechos humanos (inalienabilidad, universalidad, principio *pro homine*, principio pro ambiente, no regresión, etc.). En mismo sentido, nuestra CSJN caracterizó al derecho a un ambiente sano como un derecho humano anterior a la Constitución misma.<sup>13</sup>

9. "Cumbre mundial sobre desarrollo sostenible", conocida como "Río+10".

10. "Conf. de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de Río +20".

11. Por ej.: "Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres" (1973), "Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas" (1971) entre otros. No puede dejar de resaltarse la "Encíclica verde" o "Encíclica ambiental", a manos del Sumo Pontífice Francisco I, titulada "Sulla cura della casa comune" ("Sobre el cuidado de la casa común"), donde recogen todas estas preocupaciones, puede citarse "(...) Hago una invitación urgente a un nuevo diálogo sobre el modo como estamos construyendo el futuro del planeta. Necesitamos una conversación que nos una a todos, porque el desafío ambiental que vivimos, y sus raíces humanas, nos interesan y nos impactan a todos (...)", disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)

12. Adoptado el 17/11/1988, ley 24.658 B.O. 15/07/1996.

13. CSJN, "Mendoza, Beatriz S y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", sentencia del 20/06/2006, Fallos 326:2316.

La reforma constitucional de 1994 incorporó los arts. 41 y 43, reconociendo en forma específica, a nivel constitucional, el primer daño y su protección: el daño ambiental. En el primero, se fija una división de competencia entre la Nación y las provincias, determinando para la Nación el dictado de presupuestos mínimos en materia ambiental y a las provincias corresponde complementar ese sistema. Se realiza un reparto de competencias bajo el principio de exclusividad funcional parcial, en el que cada jurisdicción tiene un ámbito determinado y exclusivo de acción, pero parcial, logrando en conjunto la articulación de la política ambiental en resguardo de las autonomías provinciales,<sup>14</sup> evidenciando un cambio respecto del régimen de 1853 donde el principio general afirmaba la exclusiva competencia local en materia ambiental. Por su parte en el art. 43, párrafo segundo, se establece la protección constitucional del ambiente mediante la institución del amparo colectivo.

Estas pautas ambientales fueron reglamentadas varios años después en la Ley General del Ambiente n° 25.685,<sup>15</sup> con disposiciones sustanciales y procesales, así como con principios que regirán la política ambiental nacional. Se otorgan allí dos herramientas para la protección del ambiente: la demanda por daño ambiental (art. 30, p 2°) y la acción de amparo (art. 30 p 3°). Observamos, en términos generales, la protección frente a daño ambiental colectivo hoy<sup>16</sup> queda constituida con la carta fundamental, arts. 41 y 43, y una ley especial (LGA). En ambas normas, la legitimación activa es reconocida a: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones cuyo fin sea la defensa del ambiente.

A nivel nacional, existe un sinnúmero de leyes especiales, con normas penales, complementadas por leyes locales, entre ellas: para la defensa de la riqueza forestal,<sup>17</sup> conservación de la fauna,<sup>18</sup> residuos

14. *Cfr.* ESAIN, J., "El federalismo ambiental: reparto de competencias legislativas en materia ambiental, en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente", JA-2004-I-776.

15. Ley 25.675, B.O. 28/11/2002, en adelante "LGA".

16. Este trabajo fue presentado en las XXV Jornadas de Derecho Civil, el 1, 2 y 3 de octubre de 2015.

17. Ley 13.273, "Defensa de la riqueza forestal", B.O. 06/10/1948, declara de interés público la defensa, mejoramiento y ampliación de bosques. Crea un fondo forestal y establece contravenciones forestales. Las disposiciones se aplican a bosques sujetos al dominio público o privado.

18. Ley 22.421, "Fauna silvestre". B.O. 12/03/1981. Fija pautas para la protección, conser-

peligrosos,<sup>19</sup> aguas,<sup>20</sup> bosques nativos,<sup>21</sup> glaciares,<sup>22</sup> entre muchas otras.

Podemos ver que la protección del ambiente está organizada en un sistema complejo de normas de cuya conjunción nace la protección ambiental. Pueden extraerse las siguientes reglas:

- El ambiente sano es un derecho humano;
- La protección del ambiente involucra al ambiente en general y a todos los microbienes que lo componen, como el agua, suelos, bosques, glaciares, etc., a través de normas generales y específicas, tanto a nivel nacional como internacional;
- Para su protección existe la tutela individual, el amparo colectivo y normas penales.

### III. PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ

Ahora bien, ¿qué tratamiento da el Código Civil hasta ahora (2015) vigente al ambiente? El Código de Vélez fue realizado durante el paradigma del derecho privado clásico, donde prima lo individual por sobre lo público y, para contextualizar, en aquel momento no parecía posible el agotamiento de los recursos, ya que la población era menor, por ende, había menos demanda, y los avances tecnológicos no abastecían más allá de lo que se demandaba ni proporcionaban la información suficiente para dimensionar las consecuencias ambientales que traerían las actividades industriales. Si recordamos lo que nos dice acerca del derecho real de dominio veremos

---

vacación, propagación, repoblación y aprovechamiento racional de la fauna silvestre. Contiene normas penales y contravencionales.

19. Ley 24.051, "Residuos peligrosos", 17/01/1992. Regula lo atinente a generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos, definidos acogiéndose al criterio de Naciones Unidas.

20. Ley 25.688, "Ley de aguas", B.O. 03/01/2003. Establece los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional.

21. Ley 26.331, "Ley de bosques nativos", B.O. 26/12/2007. Establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos. Hace una categorización.

22. Ley 26.639, "Ley de glaciares", B.O. 28/10/2010. Establece los presupuestos mínimos para la protección de los glaciares y del ambiente peri glaciar.

las amplias facultades del propietario por sobre los recursos localizados en su propiedad "aunque privare a terceros de ventajas o comodidades" (art. 2514). Resulta que, como puede advertirse, desde su sanción a hoy, se han descubierto muchas de las implicancias negativas que tiene la devastación del ambiente como resultado de la destrucción ambiental entusiasmada por una economía de consumo sin control. Tratando de suplir estas deficiencias, se dictaron el sinnúmero de leyes especiales y locales, la normativa internacional, acuerdos bilaterales, ya mencionados, lo que se traduce en un plexo normativo inabarcable, que tampoco cumple su objeto por tratarse de normas en su mayoría aisladas, aunque se ha mejorado con la sanción de la LGA.

#### IV. LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN MATERIA AMBIENTAL, HASTA LA ENTRADA EN VIGENCIA EN EL CCC

Hasta la entrada en vigencia del CCC, los derechos de incidencia colectiva para la protección del ambiente tienen acogida en el art. 43 (1° párrafo) incorporado por la última reforma constitucional, y en la LGA (art. 27 última parte). La jurisprudencia ha hecho una interpretación de ellos, en su mayoría a partir de la legitimación para accionar y no de la importancia del bien colectivo,<sup>23</sup> hasta la causa "Mendoza"<sup>24</sup> donde nuestra Corte expresa que el ambiente configura un bien de incidencia colectiva, y que, por esta naturaleza, es de uso común, indivisible, tutelado de manera no disponible por las partes.<sup>25</sup>

Entonces, los derechos de incidencia colectiva hoy (2015): a) están mencionados en forma genérica en la CN; b) contenidos en una ley especial; c) son precisados y definidos por la creación pretoriana. No puede dejar de admitirse el mérito que constituye la regulación del art. 41 y parte del

23. No puede dejar de mencionarse el fallo "A. e. y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional", del Juzg. de Prim. Inst. en lo C.A.F. N° 2, sentencia firme del 10/05/1983, ED-245, donde se reconoció legitimación activa a dos vecinos en pos de preservar el derecho subjetivo a la no modificación del propio hábitat –considerado implícito en el art. 33 CN– ante la aplicación de una norma administrativa que permitía la caza de toninas por encima de lo tolerado por la especie.

24. CSJN, "Mendoza...", ob. cit.

25. *Ibid.*

43 por la LGA, y la correcta interpretación jurisprudencial, que ha logrado un equilibrio entre el crecimiento económico, sustentabilidad ambiental y género humano,<sup>26</sup> pero resulta necesario otorgarles firmeza, para evitar su sometimiento a la voluntad de del poder político, y una buena herramienta es la incorporación al derecho común, ya que resultaría inapropiado regular todos los aspectos ambientales en la Norma Fundamental.

## V. REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL CCC

El CCC ha sido el resultado de un proceso democrático, a diferencia del Código de Vélez que se ha aprobado a libro cerrado. Se creó una comisión redactora<sup>27</sup> integrada por las y los más prestigiosos juristas de nuestro país y tres profesores extranjeros. No obstante el trabajo de la comisión, se propiciaron debates a nivel académico, judicial, nacional y local, con profesores extranjeros, del que todxs hemos podido ser parte, incluso a través de los medios de comunicación. Recepta así los reclamos hechos por la doctrina y la jurisprudencia, entre los que se encuentran los derechos de incidencia colectiva.

Los derechos de incidencia colectiva son los que tienen por objeto bienes colectivos, es decir, bienes no susceptibles de apropiación ya que el individuo no puede identificar su parte, porque no le pertenece; son indivisibles y pueden ser usados por todos los individuos por lo que ninguno puede ser excluido, no habiendo sobre ellos derechos subjetivos *stricto sensu*.<sup>28</sup> Esto conlleva una reconfiguración del concepto "bien" en la que no está ligada a un valor económico,<sup>29</sup> quedando situados en la esfera social de tutela,<sup>30</sup> en colisión directa con el derecho privado clásico, por lo que, en materia ambiental, implica el abandono del paradigma clásico e incorporación del paradigma ambiental, que parte desde lo social hacia lo particular donde, en caso de conflicto entre una norma que tutela lo individual y una que protege

26. Cfr. PIGRETTI, E. A., *Derecho Ambiental Profundizado*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p 49.

27. Dec. 191/2011.

28. Ver fundamentos del anteproyecto, disponibles en [www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com)

29. *Ibid.*

30. Cfr. LORENZETTI, R. L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p 9 y 10.

lo colectivo, prevalecerá la segunda para lograr una efectiva tutela de estos bienes, ya que no están en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran diseminados entre todos los integrantes de una comunidad.<sup>31</sup> Están expresamente reconocidos en el art. 14 inc. b), y en párrafo aparte hace manifiesta la incorporación del paradigma ambiental: "...La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente...", en oposición al referido Código de Vélez.

En segundo punto, el art. 240 primera parte complementa este sistema disponiendo los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes: este ejercicio "...debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva...".<sup>32</sup> La norma dice "debe ser", en consecuencia, no será facultativo para las partes, ni una mera carga, sino que estamos frente a una obligación ambiental. Entonces, el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, incluso sobre los que pertenecen al dominio público,<sup>33</sup> debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva.

En cuanto a la normativa aplicable, el art. 240 segunda parte, dice que "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 por la ley especial", complementándose con el art. 1709, que en materia de responsabilidad civil, fija la prelación normativa: "en los casos en que concurren las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a la responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código", colocando a la ley por sobre la autonomía de la voluntad. Si bien habla de "bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva", pareciera que se refiere puramente a la parte ambiental, decimos esto por la mención específica que se hace sobre microbienes ambientales y en art. 241 hace referencia a los "presupuestos mínimos", conjunción que, en la CN Argentina solo se utiliza en el

31. Cfr. LÓPEZ ALFONSÍN, M., *Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p 12.

32. El resaltado es propio.

33. Cfr. Art 235: mar territorial, aguas interiores, bahías, golfos, ríos, islas, espacio aéreo, calles, plazas, caminos, etc.

art. 41 relativo al derecho a un ambiente sano. Respecto del ejercicio de la jurisdicción, trata de orientar a través de la simplificación: "Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable".

Sobre qué normas deben aplicarse para la resolución de casos, el art. 1. dice: "Los casos regidos por el Código, deben resolverse según las leyes aplicables al caso, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos en que la República es parte", teniendo "...en cuenta las palabras de la ley, su finalidad, las leyes análogas, disposiciones que surgen de los tratados de DDHH, los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento..." (art 2). Lo que vale decir, se incorpora dentro de un código de fondo el mencionado plexo normativo ambiental.

En este orden de ideas, el CCC recepta las transformaciones jurídicas y sociales producidas a lo largo de la historia con un nuevo orden jurídico integral "...que innova al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado..."<sup>34</sup> reconfigurando conceptos –como por ejemplo "bienes" que ya no estará ligado a un valor económico– y reúne todo aquello que parecía desorganizado otorgándole plena eficacia. Este último asunto no resulta trascendente para la normativa ambiental de jerarquía superior, pero sí para el caso de las leyes especiales. Sabido es que una ley nacional especial tiene un proceso de sanción, reforma y derogación menos complejo que un código de fondo. En efecto, el reconocimiento de estos derechos les otorga, además de visibilidad, estabilidad y vigorosidad. Teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento hoy estos derechos son producto de una elaboración judicial, tanto más inestable que una ley especial, establece pautas y fija límites a las y los magistrados, evitando los vaivenes jurisprudenciales que resultan típicos en esta materia.

A modo de síntesis, de la regulación de los derechos de incidencia colectiva en el CCC pueden extraerse las siguientes pautas:

- Se reconocen los bienes colectivos, característica por excelencia del ambiente y los microbienes que lo componen;
- Compromete re-conceptualización del concepto de "bien", alejándolo "valor patrimonial" al que tradicionalmente fue anexado,

34. Cit. Nota 28.

lo que exige de acreditar un daño (en sentido clásico), bastando para el ejercicio de la acción preventiva la acreditación de un "interés razonable";

- Supone un cambio de paradigma, ya que no se exige un perjuicio individual (ej. afectación del derecho a la salud) para accionar en defensa del ambiente;
- La protección ambiental deja de ser una obligación genérica, como la contenida en el art. 41 CN (todo ciudadano tiene el deber de preservar el ambiente), siendo una obligación específica, incluso a costa de restringir el ejercicio de derechos individuales;
- Pasa a ser una obligación dirigida en forma directa a la población;
- La interpretación de estas normas estará atravesada por los principios e instrumentos del DIMA, redundando en un avance jurídico de modo indirecto, en materia ambiental, ya que estos regulan muchos aspectos no incorporados en forma expresa en nuestra legislación;
- El sistema establecido por las leyes especiales en su mayoría invita a las provincias a la adhesión voluntaria, pudiendo establecer ellas una protección diferente, aunque siempre en el marco de la política ambiental nacional establecido en la LGA, sumado al carácter de meras recomendaciones o principios que emanan del DIMA a contrario de lo que sucede con el CCC por ser un código de fondo.

## VI. HERRAMIENTAS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL EN EL NUEVO CCC

Analizando estrictamente la protección ambiental, la nueva función preventiva de la responsabilidad civil se vuelve una pieza fundamental, si no la más importante herramienta para la protección de los derechos de incidencia colectiva en esta materia, atendiendo a las características del daño. En la mayoría de los casos, la restitución al estado anterior resulta de imposible cumplimiento,<sup>35</sup> por lo que no tendría sentido reconocer

35. Por ej., la extinción de una especie animal, la contaminación del agua, la devastación de un hábitat, etc.

estos derechos sin la posibilidad de actuar *ex ante*. El art. 1710 decreta el deber de prevención del daño y en el 1711 determina la acción preventiva (similar a la de daño temido) en los casos que sea previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento,<sup>36</sup> para la que legitima a quien acredite un "interés razonable" (art. 1712). En virtud de las normas de interpretación integral fijadas en el art. 2 y del principio de coherencia, puede deducirse que se debe entender como un modo de ampliar la legitimación y no de restringirla. Como se ha dicho, la Constitución Nacional y la LGA ya establecían la acción de amparo, si bien legitimando a "el afectado", lo que dio lugar a una interpretación del concepto que a veces fue más restrictiva y en otros casos más amplia. Con la pauta de interpretación antes descripta, esperemos que el criterio se aúne hacia la mayor protección del ambiente ampliando la legitimación activa.

A nivel procesal, puede funcionar como una especie de intermedio entre el amparo y el proceso ordinario, es decir, en muchos casos los accionantes presentan amparo, por necesitar una medida urgente ante la inminente producción del daño y se remiten las actuaciones para que tramiten por la vía ordinaria por la complejidad probatoria. Al existir esta figura, se evitan los extremos amparo/proceso ordinario, que se muestran inidóneos para brindar una solución.<sup>37</sup>

El art. 1735 recepta la teoría de las cargas dinámicas de la prueba. Este es un gran aporte en materia ambiental, dado que corresponde aportar la prueba a quien esté en mejor condición de hacerlo, y, si bien desde el 2004 está vigente la Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental,<sup>38</sup> en la práctica es hartamente difícil para el accionante acceder a esos datos por impedimentos técnicos, o por el actuar irregular de la autoridad administrativa que no posee los informes o bien los tiempos burocráticos tornarían irreparable el perjuicio al ambiente. Similar disposición encontramos

36. Marca una leve diferencia con la LGA que habla de la demanda por daño ambiental *una vez producido* el daño (art. 30, 1º p) y la acción de amparo *para hacer cesar* las actividades generadoras de daño (art. 30, 3º p), siendo más apropiada la del CCC. La especificidad es aún mayor en relación con el art. 43 CN que fija el ámbito de aplicación de la acción de amparo "en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente".

37. A modo de ejemplo: CSJN, "Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas SA s/ ordinario", sentencia del 28/07/2009.

38. Ley 25.831, *Régimen de libre acceso a la información pública ambiental*, B.O. 07/01/2004.

en el art. 32 de la LGA, que flexibiliza las facultades jurisdiccionales, de modo general diciendo que el juez puede tomar “todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso”, lo que genera una oscilación jurisprudencial donde en muchos fallos se ha manifestado cierta reticencia respecto de invertir la carga de la prueba o bien se exige “certeza científica” a través de estudios que son de imposible desarrollo para los afectados.<sup>39</sup>

Por último, en la parte de los contratos de consumo, encontramos una norma que protege los bienes colectivos en la última parte del art. 1094, dictaminando que al interpretar y aplicar las normas de consumo *debe hacerse* conforme al principio de consumo sostenible. Esta es una regla en mayor medida dirigida a las y los magistrados, que recepta los principios de “Río+10” y fundamentalmente “Río+20”. El consumo sustentable o sostenible implica la necesidad de cambiar los patrones y actitudes de consumo y producción en el ámbito global, priorizando una mejor calidad de vida en cuanto a minimizar el uso de recursos naturales y materiales tóxicos como también la producción de residuos y la emisión de sustancias que polucionan en el ciclo de la vida del producto o servicio.<sup>40</sup> En este orden de ideas, se vislumbra lo que la comisión redactora dio en llamar la “función ambiental”<sup>41</sup> del contrato que es transversal a todos los contratos y permite al juez moderar la colisión entre el ejercicio de los derechos individuales y los colectivos.<sup>42</sup>

## VII. CONCLUSIÓN

A modo de cierre, podemos concluir que los derechos de incidencia colectiva ya tenían lugar en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la

39. CSJN, “Asociación Superficialarios de la Patagonia c/ YPF y otros”, 26/08/2008. Disidencia de Lorenzetti y Argibay, cdo. 4, pº 4). No puede dejar de resaltarse la relación directa entre los mayores afectados y su situación de pobreza. Resulta una restricción total del derecho al ambiente sano rechazar una acción de amparo por falta de “certeza científica” a un grupo de vecinos.

40. Cfr. “Manual de educación para el consumo sostenible”, PNUMA y UNESCO, disponible en [www.oie.es/decada/portadas/YXC\\_red.pdf](http://www.oie.es/decada/portadas/YXC_red.pdf)

41. Fundamentos de la comisión redactora disponibles en [www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com)

42. Este concepto puede profundizarse en LORENZETTI, Pablo, “La función socio ambiental”, en *Diario DPI*, 02/06/2016, disponible en línea:

CN, leyes especiales y la creación judicial, y que han servido en diferentes oportunidades para ejercer una correcta protección del ambiente. Sin perjuicio de ello, se dejó aclarada la fragilidad que presenta esta práctica. En relación con las herramientas de protección aportadas por el CCC, resulta novedosa la posibilidad de invertir la carga de la prueba (art. 1735) y lo dicho sobre la acción preventiva (art. 1711), en cuanto a punto intermedio entre el amparo y el proceso ordinario, que vienen a complementar el sistema fijado por la CN y la LGA. Diremos entonces que estando vigentes ambos regímenes de protección deberán de aplicarse las leyes especiales, por ser más específicas. Teniendo en cuenta el principio de coherencia y la aplicación integral del derecho fijados en el art. 2, surge el interrogante de qué ocurriría en el caso de que una norma del CCC sea más beneficiosa para la protección del ambiente que una ley especial.

En este orden de ideas, recogeremos nuestra pregunta inicial: ¿resultó de utilidad la incorporación de los derechos de incidencia colectiva para la protección del ambiente? Podemos responder en forma afirmativa, y agregar que su reconocimiento devino, además de útil, necesario para alcanzar una adaptación de nuestro ordenamiento normativo a las pautas internacionales en vigencia.