

Derecho Privado Ambiental
a la luz del Código Civil y Comercial
Private environmental law in light
of the civil and commercial code

Néstor A. Cafferatta

EN HOMENAJE A RAMÓN MARTÍN MATEO¹

SUMARIO: I. LA REVOLUCIÓN AMBIENTAL PENDIENTE. II. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. III. PRINCIPIOS MORALES. IV. DERECHO PRIVADO AMBIENTAL. V. PRINCIPIOS JURÍDICOS. VI. FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN. VII. LOS VALORES JURÍDICOS. VIII. FUENTES DEL DERECHO, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY. IX. LA BUENA FE. X. DEBER DE COMPATIBILIZACIÓN Y DE NO AFECTACIÓN. XI. DEBERES AMBIENTALES. XII. EL PAISAJE. XIII. LA SUSTENTABILIDAD. XIV. LAS NORMAS DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS. XV. ÉNFASIS PREVENTIVO. XVI. RÉGIMEN DE INMISIONES AMBIENTALES. XVII. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El presente estudio aborda el Código Civil y Comercial de la Argentina (ley 26944), en vigor desde 2015, como una clara expresión de la existencia del Derecho Privado Ambiental, de base constitucional. Al introducir la materia ambiental en el Derecho Privado, produce una suerte de simbiosis: el Código Civil y Comercial unificado (Derecho Privado) se impregna de Derecho Ambiental (se “ambientaliza”), y a la inversa, desde la especialidad, el microsistema jurídico, “Derecho Ambiental”, en la parcela que le corresponde, se internaliza en el Derecho Privado (se “privatiza”). El Cód. Civ. y Com. implica una reformulación de la teoría de las fuentes y aplicación (art. 1º), de la interpretación de la ley (art. 2º), de la teoría de los bienes (arts. 15 a 18), de la teoría de los derechos (art. 14), teoría de las normas (arts. 1º, 2º, 3º), del ejercicio de los derechos (arts. 9º y ss.), de la responsabilidad civil por

¹ VIII Congreso Nacional de Derecho Ambiental & Seminario Internacional XV. Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Diálogo Ambiental Constitucional Internacional 10 y 11 de octubre de 2019.
Recibido: 01/11/2019
Aceptado: 08/11/2019

daños (arts. 1708 y ss.), de la teoría de la decisión judicial (art. 3°), entre otros aspectos novedosos.

El Cód. Civ. y Com incluye un nuevo paradigma en materia de bienes, al regular aspectos relativos a los bienes colectivos y valores colectivos en referencia a los derechos ambientales, y las comunidades como los pueblos originarios (parte de una sociedad multicultural y declara como principio general del derecho, la buena fe (la lealtad, el obrar transparente), una de las ideas fuerza del derecho ambiental, junto con la solidaridad, la cooperación, y la paz, diseñando un modelo o versión novedosa, de abuso del derecho ambiental, o “ECO- ABUSO” (Sozzo). Por último, el artículo 240, la regla de la compatibilidad, entre el ejercicio de los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva, y de no afectación del funcionamiento y sustentabilidad de los ecosistemas, el paisaje, el agua, suelo, agua, flora, biodiversidad, valores culturales, lo que implica un profundo replanteo de las relaciones del hombre y la naturaleza.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil y medio ambiente. Bienes, tutela preventiva. Responsabilidad. Límites ambientales al ejercicio de derechos individuales.

ABSTRACT: This study addresses the Civil and Commercial Code of Argentina (Law 26944), in force since 2015, as a clear expression of the existence of Private Environmental Law, constitutionally based. By introducing environmental matters into Private Law, it produces a kind of symbiosis: the unified Civil and Commercial Code (Private Law) is impregnated with Environmental Law (it is “environmentalized”), and conversely, from the specialty, the legal microsystem, “Environmental Law”, in the corresponding plot, is internalized in Private Law (it is “privatized”). The code Civ. And Com. it implies a reformulation of the theory of sources and application (art. 1), of the interpretation of the law (art. 2), of the theory of goods (arts. 15 to 18), of the theory of rights (art. 14), theory of norms (arts. 1st, 2nd, 3rd), of the exercise of rights (arts. 9th and ss.), of civil liability for damages (arts. 1708 et seq.), of the theory of the judicial decision (art. 3), among other novel aspects.

The code Civ. Y Com includes a new paradigm in matters of goods, regulating aspects related to collective goods and collective values in reference to environmental rights, and communities such as indigenous peoples (part of a multicultural society and declares as a general principle of law, good faith (loyalty, transparent action), one of the strength ideas of environmental law, along with solidarity, cooperation, and peace, designing a novel model or version, of abuse of environmental law, or “ECO-ABUSE” (Sozzo). Finally, article 240, the compatibility rule, between the exercise of individual rights and collective advocacy rights, and of not affecting the functioning and sustainability of ecosystems, landscape, water, soil, water, flora, bio-

diversity, cultural values, which implies a deep rethinking of the relationships of man and nature.

KEYWORDS: Property, civil law and environment. Goods, preventive guardianship. Responsibility. Environmental limits to the exercise of individual right.

I. LA REVOLUCIÓN AMBIENTAL PENDIENTE

Para Ramón Martín Mateo², el derecho ambiental, tiene “perfiles revolucionarios”, lo que se deriva de sus intrínsecos cometidos. Este notable autor, pone el acento en el carácter multidisciplinario, que caracteriza esta novísima disciplina jurídica. En ese mismo sentido enseña que el Derecho Ambiental es un “derecho predominantemente público”, aunque advierte que “tiene como veremos, implicaciones y manifestaciones de Derecho Privado”.

En ese sentido, destaca que El Derecho Público, “si bien prevalente, no monopoliza la tutela ambiental para la que convive con otros Derechos como el civil, mercantil, internacional privado”. Por último, formula esta reflexión: “no podemos pues concebir al Derecho Ambiental pese a su indudable sustantividad, como un Derecho cerrado e independiente, sino como una disciplina de síntesis, integradora de una serie de aportes de otros corpus jurídicos. No hay una rama del derecho, o un árbol propio, más bien el bosque sería la metáfora adecuada”.

Sirvan estas palabras de uno de los grandes Maestros del Derecho Ambiental de este tiempo, para introducirnos en la temática del Derecho Privado Ambiental.

² MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Ambiental*. Thomson Aranzadi, 2003, 3ª ed., pp. 53-61.

Jesús JORDANO FRAGA, comentando la edición del Volumen III, Recursos Naturales, Trivium, Madrid, 1997, del profesor Martín Mateo, de su Tratado de Derecho Ambiental, recordaba que este reconocido administrativista, maestro de generaciones de ambientalistas de España y América Latina, solía recordar a sus alumnos, “que los peligros que nos amenazan como especie se derivan de tres órdenes de circunstancias: Somos muchos. Sabemos demasiado. Estamos mal diseñados. Sólo por presunción y soberbia, comparable a la que ha hecho a nuestros semejantes manipular inconscientemente los sistemas naturales claves, se ha podido pensar que podemos aniquilar las condiciones de la vida en nuestro actual hábitáculo. Por destructivas que sean nuestras acciones seremos felizmente incapaces de contrarrestar las enormes fuerzas que transmiten el testigo. Lo que sí está ciertamente en nuestras manos es arruinar ñas condiciones físico- químicas de la biosfera que han permitido nuestra aparición y pervivencia en este minúsculo espacio del Cosmos. Podemos efectivamente desaparecer, y sin duda lo haremos, si seguimos comportándonos irreflexivamente. Nos llevaremos por delante a otros seres vivientes como los primates, pero la vida seguirá tercamente y alcanzará seguramente cotas más altas a lo largo de una evolución de millones de años, que genialmente identificó DARWIN a finales del pasado siglo. Nuestro recambio está ya en marcha y es probable que se realice a partir de especies con mayor capacidad comunitaria. Se atribuye a EINSTEIN una observación en el sentido de que si las ratas, que tienen estos atributos, hubieran alcanzado un mayor tamaño, habría vencido y desplazado al hombre (Ramón Martín Mateo, *El hombre una especie en peligro*, Campomanes Libros SL, 1993, p. 14).

Ricardo Lorenzetti³ señala que estamos transitando desde el punto de vista de la cultura jurídica, la etapa del surgimiento de un “paradigma ambiental”, que actúa como un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio, que se vincula con la interacción sistemática y con los enfoques holísticos. Por ello nos parece de interés indicar, que el Derecho Ambiental, como lo hace de manera metafórica este notable juez de la Corte Argentina, es “profundamente herético”, “mutante y descodificante”, una invitación a “una fiesta”, a la cual están convocadas todas las disciplinas clásicas del derecho, tanto del derecho público como del derecho privado, con una sola condición que vengan todas “con un vestido nuevo”.

José Castán Tobeñas⁴, en un memorable trabajo sobre la evolución del derecho civil, que publicó bajo el título: “Hacia un nuevo Derecho Civil”, mediante el cual resumió dos conferencias, pronunciadas en el Colegio Notarial de Valencia, hace casi ochenta años, advertía con gran lucidez del surgimiento de “modernas concepciones transpersonalistas” (intereses difusos o derechos de incidencia colectiva), de la “decadencia de las leyes” o del “Derecho legislado, con su inseparable secuela de concepciones abstractas y generales”, y que calificara del “lado formal y artificioso del Derecho, la técnica”.

Quien fue Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de España, proclamaba en 1933, que “el fundamento mismo del orden jurídico de la Revolución francesa y de los Códigos modernos, la autonomía de la voluntad individual se encuentra hoy minada por la acción simultánea de las ideas y de los hechos sociales. Giraba el Derecho Privado alrededor de la voluntad individual, ya en sus relaciones con la naturaleza (propiedad), ya en sus relaciones con las demás voluntades (contrato); hoy tambaleándose la idea del derecho individual o subjetivo, y no menos el dogma de la voluntad, sus derivados la propiedad y el contrato sufren aguda crisis”.

Aunque reconoce la crisis del derecho civil, sostenía que “Por fortuna, la crisis del derecho civil no es dolencia mortal, sino un indicio de variación y evolución”. Finalmente, con genialidad, afirmará la idea de “la reconstrucción del Derecho Civil”, sobre la base de tendencias que orientan e impulsan el nuevo Derecho Privado, “desde el punto de vista interno”, la tendencia democrática, la socializadora, la ética y la dinámica, “desde un punto de vista externo”, la triple tendencia a la plasticidad o flexibilidad, la especialización y a la universalización (unificadora) de las normas.

³ LORENZETTI, R.L., “Las normas fundamentales de derecho privado”, en Apéndice. *“Las normas fundamentales en materia ambiental”*, Rubinzal- Culzoni Editores, 1995, p. 483.

⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Hacia un nuevo Derecho Civil*, Biblioteca de la Revista General de Legislación y jurisprudencia, REUS, Madrid, 1933. vol. LVI, p. 5-55.

II. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Hace tiempo atrás, Ricardo Lorenzetti⁵ explicaba que el fenómeno de la “descodificación del Derecho Privado”, implica la “dispersión, pérdida de centralidad o de la diáspora del orden codificado, la explosión del Código, similar al planetario y su fraccionamiento”, el “big bang legislativo” que tuvo por consecuencia “el surgimiento de micro-sistemas o especialidades que se desprenden del Código Civil”. Asimismo, en ese contexto, destaca que “uno de los problemas que tienen fuerza descodificadora propia, es el relativo al medio ambiente”. Finalmente, indica que “el Código pensado como totalidad se enfrenta a la aparición de los microsistemas (ej. el derecho ambiental), por lo que el Derecho Civil actual no se basa en una sola ley codificada, ya que convive con muchas leyes para distintos sectores de actividades”⁶.

Pero además, con la proliferación de leyes especiales (pluralidad de fuentes), no sólo se produce la pulverización o atomización del sistema de derecho privado (civil y comercial), unificado en los viejos códigos decimonónicos, sino también que surge una dimensión o espacio normativo para “nuevos derechos” (derechos de incidencia colectiva, conforme el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina), de los cuales se destacan el derecho ambiental, el derecho del consumidor y del usuario entre otros, que en su conjunto presentan características mixtas o híbridas, “cuerpo privado y alma pública”⁷, que pone en crisis la dicotomía derecho público y derecho privado⁸, derrumbando fronteras que antes parecían inalterables.

La realidad es que en el contexto de las sociedades de fines del Siglo XX, de la sociedad líquida (Bauman)⁹, en la Era Tecnológica (Messina)¹⁰, de la sociedad del riesgo (Beck)¹¹, en los albores del Siglo XXI, la “vida privada se tiñe de público”¹², por lo que se registra un acercamiento de lo público con lo privado¹³.

⁵ LORENZETTI, R. L. (1995:11-19).

⁶ LORENZETTI, R.L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 35.

⁷ BUJOSA VADELL, L., “Sobre el concepto de intereses de grupo, difusos y colectivos”, *LL*, 1997-F-1142.

⁸ SOZZO, G., *Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado*. En especial, “La cosmovisión de los Códigos Civiles decimonónicos”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2019. Primera Parte, Capítulo I, p. 35- 78.

⁹ BAUMAN, Z., *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, Ensayo Tus Quets Editores, 2009.

¹⁰ ESTRELLA GUTIÉRREZ, MESSINA, G. N., *La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica*, Abeledo-Perrot, 1997.

¹¹ BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.

¹² MORELLO, A. M., *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, Platense, 1999, p. 3.

¹³ MORELLO, A. M. - VALLEFÍN, C.: *El amparo. Régimen procesal*, Librería Editora Platense, 2º edición, 2000, p. 238.

Es que el derecho privado clásico, es de base individualista (pensado para la defensa de derechos subjetivos o intereses legítimos), referido a bienes disponibles. En tanto que el derecho ambiental se presenta como un “derecho huérfano de los casilleros clásicos del derecho”, porque en pureza, el derecho ambiental es un “derecho incidencia colectiva” “referido al bien colectivo ambiente” - como dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina- por ende, es un derecho de pertenencia comunitaria, impersonal, indiferenciado, que se ubica en la esfera social y transindividual, que recae sobre un bien colectivo o de uso común, objeto indivisible, que está tutelado de manera indisponible para las partes¹⁴. Aunque puede alojarse en intereses o derechos individuales (derechos subjetivos, intereses legítimos, o intereses plurales individuales homogéneos).

Por ello, el enorme desafío que representa el derecho ambiental a la ciencia del derecho clásico, es que responde a estructuras, que tornan inadecuadas, insuficientes o carentes de efectividad, el clásico instrumental jurídico. Lo que lleva al operador a la necesidad de repensar todas las instituciones nucleares del derecho.

Se advierte entonces, que desde el surgimiento de la “cuestión ecológica”, la dilatación de los derechos fundamentales, el control de constitucionalidad y de convencionalidad, propio del Estado Constitucional del Derecho y la importancia mayor del derecho transnacional, claras tendencias de incesantes cambios copernicanos del sistema de derecho. Una mudanza extraordinaria de la cultura jurídica.

En este proceso, están en “ebullición”, institutos de linaje y abolengo tradicional, como la responsabilidad, del proceso, de los sujetos¹⁵ (para pasar al primer plano sujetos de derecho que hoy nos parecen fantasmales, como las generaciones venideras¹⁶), de los bienes, la teoría de las normas, del ejercicio de los derechos, del contrato, de la propiedad, del papel del juez, la teoría de la decisión judicial, de la teoría de la acción, de todos y cada uno de los focos procesales que integran el “PROCESO ADVERSARIAL” clásico (Taruffo), la legitimación activa de obrar,

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, “Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daño derivado de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”, 20/0&72006, Fallos: 326:2316; también véase, en la misma mega- causa, el fallo recaído el 19/02/2015, Fallos: 338:80. Además, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso y aprovechamiento del río Atuel”, en competencia dirimente del Tribunal, 01/12/2017, Fallos 340:1695. En ese mismo, vid. “Barrick, Explotaciones Mineras y otro c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad ley 26639 de glaciares”, 04/06/2019, Fallos: 342:917.

¹⁵ DE LORENZO, M. F., Una nueva dimensión del principio de no dañar al “otro”, RRCYS, tapa, 2014-1. El principio de no dañar al “otro”, LL, 2014-E, 1350. El principio de no dañar al “otro”, en “Presente y futuro de la responsabilidad civil”, p. 147, Universidad Alberto Hurtado, Actas de Congreso Nacional de 3 y 4 de noviembre de 2016, Santiago de Chile, THOMSON REUTERS.

¹⁶ MARTÍN MATEO, R. (2003).

de la carga de la prueba, apreciación de la prueba, del rol de las cautelares, del papel del juez, y de los efectos de la sentencia o de la cosa juzgada.

Ramón Martín Mateo¹⁷, predicaba la necesidad de una revolución ambiental, que consideraba estaba pendiente. Creemos que está en curso, porque el cambio climático, la extinción masiva de especies, la desertificación, la disminución de las masas de hielos, la crisis del agua, la constante pérdida de masa arbórea por el desmonte indiscriminado o incontrolado, los incendios forestales, cada vez más frecuentes y de mayor volumen en cuanto a superficie afectada, entre otras problemáticas, son muestras de la emergencia ambiental, que provoca la intervención antrópica desarreglada o anárquica sobre los sistemas naturales de la Tierra, por las que estamos destruyendo aceleradamente nuestro Planeta y las bases mismas de la sustentabilidad, por lo que se advierte una mayor sensibilidad social (conciencia ecológica), frente a un escenario en ocasiones apocalíptico, de catástrofes ambientales, lo que provoca la reacción del mundo social, en diversas respuestas tendientes a dar mayor protección a la naturaleza, mediante un cambio en la cultura jurídica.

Así aparecen, nuevas soluciones basadas en el reconocimiento de los bienes colectivos, límites al ejercicio de los derechos individuales en defensa del medio ambiente, adaptaciones o aggioramientos de instituciones clásicas del derecho (como la propiedad, el contrato, el abuso del derecho), para que puedan servir al fin de satisfacer estas nuevas necesidades sociales, u otras, que se encuadran en propuestas legales de cambios copernicanos, que tienen como fuente de inspiración, ideas rectoras heredadas del pensamiento ancestral de las comunidades originarias, que se formalizan en el Constitucionalismo Andino, que atribuyen carácter de sujetos de derechos a la Pachamama o naturaleza¹⁸, y a todos sus componentes.

Este gravísimo escenario, de destrucción del mundo natural, de contaminación o degradación ambiental por doquier, esta situación de hecho negativa para la sobrevivencia del hombre y de las especies vivas, en la Tierra, se ve reflejada en la necesidad de adoptar nuevas técnicas de regulación normativa.

A nuestro juicio, el Código Civil y Comercial de la Argentina (ley 26944), que entró en vigencia en 2015, se ubica en la vanguardia en el tratamiento de esta cuestión (ecológica), porque responde a tendencias similares a las antes expuestas. Por lo pronto, podemos afirmar que este Código, es una clara expresión de la existencia del Derecho Privado Ambiental, de base constitucional.

Por ello, incorpora normas expresas de derecho ambiental (artículos 240 y 241). Aunque también como veremos, levanta un régimen ensamblado de defensa del ambiente, a través de disposiciones dispersas dentro de su estructura legal.

¹⁷ MARTÍN MATEO, R., *La Revolución Ambiental Pendiente*, Universidad de Alicante, 1999.

¹⁸ ZAFFARONI, E. R., *La Pachamama y el humano*, Ediciones Colihue, 2011.

Destaco que este Código Civil y Comercial responde a ideas de derecho dúctil o flexible¹⁹ y persigue la uniformidad del Derecho Privado, a la par que pretende “reconstruir la coherencia del sistema de derecho en general”²⁰, mediante una comunidad de principios y valores jurídicos del derecho privado y del derecho público (bloque” de derechos fundamentales de la Constitución Nacional y de las disposiciones provenientes de los Tratados de Derechos Humanos).

Esta proposición metodológica central del Código²¹, de definir los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, tiene fundamento en los siguientes artículos.

Título Preliminar del Código Civil y Comercial, Artículo 1° Fuentes y aplicación del derecho. Artículo 2 Interpretación. Artículo 3 Deber de resolver. Artículo 9 Ejercicio de los derechos. Principios de buena fe. Artículo 14: Derechos individuales y derechos de incidencia colectiva. Eco- abuso o abuso del derecho ambiental. Artículo 18. Derechos de las comunidades indígenas, Artículo 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. Artículo 241: Presupuestos mínimos de protección ambiental. Artículo 1094 Consumo Sustentable. Artículos 1710- 1713 Responsabilidad civil. Deber de prevención del daño. Acción preventiva. Legitimación. Sentencia. Artículo 1737. Concepto de daño que tiene por objeto la persona, el patrimonio o derechos de incidencia colectiva. Artículo 1973. Límites al dominio, Inmisiones inmateriales.

Es por ello que Gonzalo Sozzo²², en una excelente obra de reciente publicación, precisa que el Código se hace cargo de la “transición ecológica” (ecologización) del derecho privado, mediante mecanismos de Derecho Privado Constitucional y la humanización del mismo (introduciendo una mirada. humanista, basada en la defensa de la dignidad del hombre, en las disposiciones de derechos humanos). La crisis ecológica, señala este notable profesor, demuestra la insuficiencia del modelo de desarrollo sostenible, por lo que predica la necesidad de proteger el funcionamiento de los ecosistemas. Asimismo, la tesis del autor, es visitar la relación del hombre con la naturaleza, reorganizar la teoría de los bienes, propiedad, contratos, dejar de lado viejas ideas obsoletas de derechos subjetivos absolutos, ilimitados, de apropiación infinita del mundo, con derecho a destruir los bienes naturales, pensados como recursos y la función individualista de todos los elementos del dispositivo de Derecho Privado.

¹⁹ ZAGREBELSKY, G., *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, TROTТА, 2014. Del mismo autor, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, TROTТА, 10° Edición, 2011.

²⁰ LORENZETTI, R. L., “Fundamentos de Derecho Privado”. *La Ley*. Thomson Reuters. Julio 2016.

²¹ LORENZETTI, P.- LORENZETTI, R. L., *Derecho Ambiental*, Rubinzal Culzoni, 2018.

²² SOZZO, G., *Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado*. Primera Parte. El giro ecológico del derecho privado, Rubinzal – Culzoni Editores, 2019, p. 35- 358.

Un aspecto relevante del Código Civil y Comercial, en concordancia con lo aquí expuesto, es que busca la igualdad real en las relaciones de derecho privado, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. Igualdad de los iguales, y desigualdad con normas de protección para quienes se encuentran en inferioridad de condiciones. Por esta razón se define la relación y contrato de consumo (arts. 1092, 1093, 1094), se incluye una amplia regulación en materia de abuso del derecho (arts. 10, 14, 1096 y ss.) y de las cláusulas abusivas (art. 1117).

Las líneas del diseño del Código Civil y Comercial de la Argentina (del “Código azul” o “eco- Código”, como lo denomina el genial Gonzalo Sozzo²³), al reconocer el valor intrínseco de la naturaleza (del ambiente en sí mismo), mediante el descubrimiento de los “bienes colectivos” (bienes ambientales), proteger la dinámica de los ecosistemas para transmitirla a las generaciones futuras, consagrando instituciones que limitan el ejercicio de los derechos individuales en defensa del ambiente (“eco-abuso”, artículo 14 in fine y la “regla de la compatibilización” o “no afectación” del artículo 240), reformular la teoría del ejercicio de los derechos individuales (dando forma de manera implícita a la idea de la función socio ambiental del contrato y de la función ecológica de la propiedad).

El profesor Mosset Iturraspe²⁴ analiza este fenómeno de síntesis, de comunión entre el Derecho Privado y el Derecho Público, expresando que “el Derecho Privado se “publiciza” cuando busca la igualdad material, como complemento de la igualdad formal; la libertad en concreto al lado de la libertad en abstracto. Y decimos que se publiciza porque toma del Derecho Público esas inquietudes y las hace suyas”.

III. PRINCIPIOS MORALES

El Código Civil y Comercial ha reforzado los principios de sociabilidad en el ejercicio de los derechos, prueba de ello es el contenido de los artículos del Título Preliminar. Es lo que ocurre con la buena fe (art. 9º) y el abuso del derecho (art. 10 y 14), que luego como se verá se reiteran en numerosas normas específicas (por ejemplo, en el art. 729).

Ricardo Lorenzetti²⁵ enseña que “el ejercicio ilimitado de derechos individuales conduce a una desarticulación tanto de la sociedad como del mercado y se requiere de un orden público de coordinación”. Por esta razón, se tiende a socializar el

²³ SOZZO, G. (2019:363).

²⁴ MOSSET ITURRASPE, J., *Derecho Civil Constitucional*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 167.

²⁵ LORENZETTI, R. L., “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Código Universitario, Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. La Ley, 2014.

derecho (en defensa de los débiles o vulnerables de la relación), conforme a ideas de humanización del Derecho (arts. 51, 52, 53, 58, 59, 62 y concordantes), en la búsqueda de la igualdad real, mostrando en algún sentido, la fase social del derecho de propiedad. “En el Código, de acuerdo con la Constitución, se regulan los derechos individuales y de incidencia colectiva (art. 14). En este último campo se establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general (arts. 14 y 240)”.

IV. DERECHO PRIVADO AMBIENTAL

Calificada doctrina, entre los que se destaca las enseñanzas de Gonzalo Sozzo²⁶, Pablo Lorenzetti²⁷, describen este fenómeno como de medio-ambientalización del derecho privado.

Al introducir la materia ambiental en el Derecho Privado, produce una suerte de simbiosis: el Código Civil y Comercial unificado (Derecho Privado) se impregna de Derecho Ambiental (se “ambientaliza”), y a la inversa, desde la especialidad, el microsistema jurídico, “Derecho Ambiental”, en la parcela que le corresponde, se internaliza en el Derecho Privado (se “privatiza”).

La “cuestión ambiental”, tiene como anclaje de determinación, según lo señala Ricardo Lorenzetti, los “bienes y los valores colectivos”²⁸, a diferencia de los derechos individuales, que se refieren a bienes disponibles, propios o divisibles, de base económica.

La columna vertebral del derecho ambiental en el Código Civil y Comercial está expresamente desarrollada en los arts. 240 y 241 del Cód. Civ. y Com.²⁹, pero

²⁶ SOZZO, G., “Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, nro. 2012-3.

²⁷ LORENZETTI, P., *Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cita online: AP/DOC/830/2015.

²⁸ LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría del Derecho Ambiental*, Ed. La Ley, abril 2008. pp. 4, 10- 14, 30- 31, 56, 64.

²⁹ CAFFERATTA, N. A., “El Derecho Ambiental en el Proyecto de Reforma”, en J. RIVERA (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Ed. Abeledo Perrot, 2012, p. 1263. También véase, “El Derecho Ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial”, en R. LORENZETTI (dir.), *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento Especial, noviembre, 2014. Para ampliar, ver R. LORENZETTI (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, noviembre 2014, t. I., arts. 1º a 256, pp. 794-803.

CAFFERATTA, N. A., “El derecho ambiental en el Código Civil y Comercial sancionado”, *Revista de Derecho Ambiental*, Ed. Abeledo - Perrot, octubre / diciembre 2014, p. 1. “La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2015-IV, p. 304. “Principios y Valores en el Código Civil (a la luz del derecho ambiental)”, *Revista de Derecho Ambiental*, julio / septiembre de 2015, nro.

cabe abordar el análisis de las disposiciones del Cód. Civ. y Com., teniendo en cuenta que existen otras normas igualmente relevantes en la materia, que contribuyen a fortalecer la defensa del ambiente, desde el punto de vista, del Derecho Privado.

De inicio, no podemos ignorar que el Código Civil y Comercial, promueve la tutela del ambiente, desde los primeros artículos de su normativa, toda vez que estas disposiciones sientan ideas filosóficas, constitucionales, de derechos humanos a nivel internacional, que coinciden plenamente con el régimen jurídico del derecho ambiental.

El poder de “irradiación” de los principios (arts. 4º y 5º ley 25.675 General del Ambiente) y las reglas del derecho ambiental va a impactar de manera significativa sobre el ejercicio de los derechos civiles y comerciales (arts. 14 y 240 del Cód. Civ. y Com.).

V. PRINCIPIOS JURÍDICOS

Ricardo Lorenzetti³⁰ dice que “un Código del siglo XXI se inserta en un sistema caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. La relación entre el Código y los microsistemas jurídicos es la del sol que ilumina cada uno de ellos y que mantiene dentro del sistema”. Destaca que “lo importante es entonces que el Código defina los grandes paradigmas del derecho a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición central de este Cód. Civ. y Com.”.

El Cód. Civ. y Com. implica una reformulación de la teoría de las fuentes y aplicación (art. 1º), de la interpretación de la ley (art. 2º), de la teoría de los bienes (arts. 15 a 18), de la teoría de los derechos (art. 14), teoría de las normas (arts. 1º, 2º, 3º), del ejercicio de los derechos (arts. 9º y ss.), de la responsabilidad civil por daños (arts. 1708 y ss.), de la teoría de la decisión judicial (art. 3º), entre otros aspectos novedosos.

El artículo 2º del Código Civil y Comercial, referido a la “Interpretación” de las normas, establece: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras,

43, p. 3. *Orden Público Ambiental en el Código Civil y Comercial*, La Ley, 2015-F, p. 819. “Bienes y valores colectivos del patrimonio cultural”, *Revista Derecho Público*, Ed. INFOJUS, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, noviembre de 2015, año IV, nro. 11, p. 35. “Deber de prevención en el Código Civil y Comercial (En relación al derecho ambiental y los bienes y valores colectivos)”, *Revista Código Civil y Comercial*, abril 2016, año II, nro. 3, p. 22. “Derecho Privado Ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental* N° 56, Octubre / Diciembre 2018, p. 27. “El ascenso de los principios de derecho Ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 55, Julio/ Septiembre de 2018, p. 1. “Principios y valores ambientales en el derecho privado”, *Revista de Derecho Ambiental* N° 50, Abril/ Junio 2017, p. 1.

³⁰ LORENZETTI, R. L., Presentación del “Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Códigos Universitarios, Cód. Civ. y Com.*, Ed. La Ley, 2014.

sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Así definitivamente, introduce de manera expresa, la necesidad que el operador jurídico, dentro de un análisis completo o pleno (de modo coherente) de todo el ordenamiento, tenga en cuenta “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos”, los principios y los valores jurídicos —cabe señalar que el derecho ambiental tiene principios y valores propios, consagrados en los arts. 2º, 4º y 5º de la ley 25.675 General del Ambiente.

El Código establece la necesidad de una decisión judicial razonablemente fundada mencionando una pluralidad de fuentes que exceden su propio texto, lo cual lleva a un necesario diálogo entre ellas” (Lorenzetti)³¹. De lo expuesto surge claro que el “diálogo de fuentes” (LIMA MARQUES)³² que se impone al operador jurídico (en especial, al juez) es una de las características salientes del Título Preliminar”.

Se destaca que “uno de los problemas más complejos en el derecho actual es el relacionado con el pluralismo de fuentes, el que se agudiza en materia ambiental por efecto de la enorme influencia que ejercen las numerosas disposiciones que se dictan a diario en esta área”. Y que, “la realidad actual es que, frente al pluralismo de fuentes, la coherencia del sistema no es “a priori”, como ocurría en el siglo XIX, en que el legislador diseñaba un código de reglas jurídicas armonizadas entre sí. Hoy en día, la coherencia es “a posteriori”, y ya no es obra del legislador, sino del juez, quien debe decidir un caso tomando en cuenta diversas normas ubicadas en diversas fuentes que debe hacer “dialogar”³³.

En consecuencia, a partir de esta nueva normativa, es necesario modificar la visión de las fuentes del derecho, toda vez que este Código Civil y Comercial, con criterio amplio, parte de una pluralidad de fuentes del derecho, distinguiendo incluso entre la ley y el derecho. Así, la ley deja de ser la única fuente del derecho, porque también lo son los principios de derecho, los usos y costumbres, la jurisprudencia (aunque no lo diga expresamente), los principios de los tratados internacionales de derechos humanos, y la primera de las leyes, que es la Constitución Nacional.

Asimismo, están en ebullición los métodos de interpretación de las normas, porque como se dijo, no alcanza con las palabras de la ley (método exegético,

³¹ LORENZETTI, R. L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006.

³² LIMA MARQUES, C., “diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas”, JAYME, ERIK, *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne*”, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1995, II, p. 60, 1e seg.

³³ LORENZETTI R. L. (2008:63).

gramatical o literal), ni con las finalidades de las normas, sino que es necesario recurrir a los principios en leyes análogas, de los tratados de derechos internacionales humanos, y de los principios y valores jurídicos, coherentemente interpretados, conforme con la Constitución Nacional.

VI. FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Por lo pronto, el Título Preliminar, Capítulo I Derecho, del Código Civil y Comercial, nos señala ese camino, en cuanto el art. 1º, Fuentes y aplicación, establece que “La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte”.

Es que dicho artículo 1º del Código Civil y Comercial implica un cambio profundo de la cultura jurídica, al reconocer “fuerza normativa a la Constitución”³⁴ —conforme los cánones del llamado Derecho Privado Constitucional—. La fórmula incorporada a la legislación unificada de Derecho Privado es de gran utilidad en defensa del ambiente, en tanto y en cuanto, el Derecho Ambiental tiene base constitucional —conforme surge de los Artículos 41 y 43 de la CN, Reforma de 1994—. También la referencia a los tratados es de notable importancia para esta novísima disciplina, toda vez que el Derecho Internacional Ambiental ³⁵ es uno de los motores del desarrollo de la especialidad.

La interpretación de la ley conforme con la Constitución responde a ideas del neoconstitucionalismo, en virtud del cual nace un derecho “más alto, dotado de fuerza vinculante, incluso para el legislador”, “cuya unidad radica en un conjunto de principios y valores superiores” (Zagrebelsky)³⁶.

Hemos señalado con insistencia que este Código ley 26.944, es fruto maduro del Estado del Derecho Constitucional, constitucionalismo contemporáneo, o neo—constitucionalismo, que desde la parcela, recibe el nombre de Derecho Privado Constitucional, conforme con la doctrina alemana del drittwirkung, que reconoce la aplicación de normas de Derecho Público (del “Bloque de Constitucionalidad”), en las relaciones entre los particulares, la aplicación horizontal de las garantías constitucionales, en ámbitos privados.

³⁴ BIDART CAMPOS, G.J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ed. Ediar, 2004.

³⁵ DRNAS DE CLEMENT, Z., *Codificación y comentario de normas internacionales ambientales*, Ed. La Ley - Fedye, 2001.

³⁶ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, 10ª ed., 2011.

Gamarra³⁷ afirma que, con el Derecho Privado Constitucional, “la aplicación del derecho adopta la forma de una jurisprudencia de principios, pero a priori aparecen como vagos e indefinidos, y no pueden ser utilizados en la operación lógica de subsunción. No hay dudas que los magistrados encargados de resolver mediante el llamado “derecho dúctil (flexible), tendrán que acudir a la ponderación, esto es, el balance de los intereses en juego”. Aída Kemelmajer de Carlucci explica que se llama “drittwirkung”, al objeto horizontal o entre particulares de las garantías constitucionales.

Ricardo Lorenzetti³⁸ manifiesta que “El nuevo código innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado”.

El Código Civil y Comercial fija, entonces, los “mandatos de optimización”³⁹, los paradigmas o modelos previos a la comprensión de la problemática⁴⁰, principios estructurales de la materia⁴¹, que orientan la búsqueda con una inteligencia común, de soluciones adecuadas, estableciendo criterios o directrices de funcionamiento.

Es conocida la importancia de base que tiene para la materia, los principios de Derecho Ambiental⁴². La especialidad es un derecho in fieri o en formación, que presenta por su lozanía o juventud, cierto grado de inmadurez o lagunas legales, que deben ser llenadas con principios de derecho, entre los cuales se destacan conforme el art. 4º de la ley 25.675 General del Ambiente, los principios preventivos, precautorio, de sustentabilidad, de equidad intergeneracional y de responsabilidad.

VII. LOS VALORES JURÍDICOS

Téngase presente que el “paradigma ambiental”, es “valorista⁴³”, “es decir, establece una orientación a la razón técnica. La existencia de un valor permite señalar una finalidad a la acción. El ambientalismo introdujo nuevos valores que

³⁷ GAMARRA, J., “Neoconstitucionalismo, Código y ley especial”, Ed. Fundación Cultural Universitaria, 2012, pp. 1-14.

³⁸ LORENZETTI, R.L., Presentación del Proyecto, “Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, p. 12. Véase también, “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, en Suplemento La Ley, “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, octubre de 2014.

³⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2007, 2ª ed., p. 68; idem, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, España, 2004, pp. 186-190.

⁴⁰ LORENZETTI, R.L. (2008:56-58); idem, (1995:258). También véase, de su producción literaria, (2006:273).

⁴¹ SAUX, E., *Los principios generales de Derecho Civil*, LL, 1992-D-p 839.

⁴² CAFFERATTA, N. A., *Principios de Derecho Ambiental*, JA, 2006-II- p.1142.

⁴³ LORENZETTI, R. (2008:56-58).

han ingresado en los textos constitucionales, y que cumplen una función material para la legislación”⁴⁴.

Valores jurídicos que, al decir de quien fue Juez del Tribunal Constitucional italiano, Gustavo Zagrebelsky⁴⁵, “suponen una secuencia regla principio-valor, y consecuentemente, un rechazo de una idea que es propia de cualquier positivismo coherente con sus premisas, es decir, de la idea de que el derecho pueda constituir un mundo en sí mismo, enteramente fundamentado en sí mismo, separado e independiente de la comprensión en términos de valor que de sí misma tiene la sociedad en la que actúa”.

Este autor, distingue entre valores y principios.

“El valor, en el sentido que aquí interesa, es un bien final, un fin en sí mismo, que se encuentra ante nosotros como una meta que pide ser alcanzada mediante actividades teleológicamente. El valor ‘debe valer’. De hecho, el criterio de legitimidad de la acción o del juicio, no se encuentra en el valor en cuanto tal, sino en su eficiencia respecto al valor-fin, es el éxito de su realización. En síntesis, podría decirse así: los valores, como están frente a nosotros, nos llaman; los principios nos impulsan. Los valores nos dicen: ven hacia nosotros; los principios nos dicen: camina con nosotros. Los primeros nos indican la meta, pero no el camino; los segundos el camino, pero no la meta. Quien se inspira en los valores sabe adónde ir, pero no se le dice cómo llegar. Quien se atiende a los principios sabe cómo avanzar, pero no adónde llegará. El hombre ‘de valores’ es el hombre que atiende al último paso; el hombre ‘de principios’, a los pasos intermedios”.

“Al contrario de los valores, los principios son bienes iniciales, que se asumen como algo valioso. El principio es como un bloque de hielo que, por las circunstancias de la vida, se rompe en muchos fragmentos, en cada uno de los cuales se encuentra la misma sustancia del bloque originario. Entre el principio y la acción, en el caso concreto, existe un cálculo de coherencia”.

“Los valores cumplen algunas funciones: —en el campo de la validez material, hay un límite axiológico que puede ser encontrado mediante la invocación de valores— en el campo argumentativo, pueden ser contenido de los principios, en tanto estos contienen una idea o referencia valorativa. En este caso, la argumentación jurídica implica que el principio lleva a un análisis comparativo de valores —en otros casos el valor expresa un juicio comparativo (compara un valor con otro), y en ello se diferencia del principio (mandato de optimización, manda a hacer algo en la mayor medida posible). Esta valoración comparativa surge cuando de dos objetos se dice que uno tiene mayor valor que otro, expresándose juicios de preferencia o equivalencia—

⁴⁴ PRIEUR, M., *Droit de l'environnement*, Éditions Dalloz, París, 1996, 3ª ed.

⁴⁵ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia, Ed. Trotta, 10ª ed., 2011.

en otros supuestos el valor puede ser utilizado con fines clasificatorios, en el sentido de categorización de objetos”⁴⁶.

“Adoptando la terminología de Robert Alexy —normas, el término del género, y principios y reglas, los términos de la especie—, puede decirse que tanto los principios como las reglas son normas, en cuanto fijan una orientación para la acción o para el juicio, pero son normas de distinta naturaleza, porque, a diferencia de las reglas, los principios son normas sin una situación típica normativa predeterminada y de prescripción genérica”.

Los “valores ambientales”, que surgen del art. 2º de la ley 25.675 General del Ambiente, son portadores de la ética ambiental y se levantan como la dimensión axiológica de nuestra disciplina. En tanto que cuando nos referimos a los principios de Derecho Ambiental, debemos recurrir a los arts. 4º y 5º de la ley 25.675 General del Ambiente.

Principios, que constituyen la base del ordenamiento jurídico ambiental, normas jurídicas *prima facie*, en estado germinal, conceptos jurídicos indeterminados, que iluminan toda la especialidad. Valores, que indican los fines del ordenamiento jurídico ambiental.

Enrique Bianchi y Héctor Pedro Iribarne⁴⁷ nos recuerdan que Eduardo García de Enterría, los ha llamado: “órganos respiratorios del derecho”. Y que el mismo Joseph Esser los denomina “ventanas” del ordenamiento, expresión que gráficamente expresa su función de apertura.

VIII. FUENTES DEL DERECHO, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

El Código Civil y Comercial, en el Título Preliminar, produce cambios metodológicos y epistemológicos de fuentes, interpretación y aplicación de las normas de Derecho Privado, bienes y derechos, que constituyen un enorme aporte para la defensa del ambiente:

1) Porque modifica el método de interpretación de la ley, dando cabida a los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento, lo que se compadece con la especial naturaleza principista, eticista y valorista del derecho ambiental.

⁴⁶ LORENZETTI, R.L., arts. 1º a 256, en R. LORENZETTI (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, noviembre 2014, t. I, p. 39.

⁴⁷ BIANCHI, E.P. - IRIBARNE, H. P., *El principio general de la buena fe y la doctrina “venire contra factum proprium non valet”*, ED, 1983, p. 1.

2) Porque regula derechos individuales y derechos de incidencia colectivos (dentro de cuya familia se encuentra el derecho ambiental).

3) Porque establece múltiples fuentes del derecho, pero su aplicación será conforme con la Constitución y los tratados de Derechos Humanos. Con la adopción de los cánones del “Derecho Privado Constitucional”, integra o subordina el Derecho Civil y Comercial a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, en particular los relativos a los derechos humanos, dentro de los cuales se inscribe el derecho ambiental.

4) Porque introduce el concepto de “ambiente” (art. 14, *in fine*).

5) Porque incluye un nuevo paradigma en materia de bienes, al regular aspectos relativos a los bienes colectivos y valores colectivos en referencia a los derechos ambientales, y las comunidades como los pueblos originarios (parte de una sociedad multicultural).

6) Porque declara como principio general del derecho, la buena fe (la lealtad, el obrar transparente), una de las ideas fuerza del derecho ambiental, junto con la solidaridad, la cooperación, y la paz.

7) Porque amplía los supuestos de abuso del derecho para aquellos casos en que se afectara derechos de incidencia colectiva, en especial el abuso del derecho ambiental.

Los derechos se multiplican a partir de este Código.

Identificamos: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva —en su doble versión, referidos a intereses individuales homogéneos y los referidos a bienes colectivos, como por ejemplo, el ambiente—, derechos de propiedad comunitaria y derechos personalísimos.

En ese mismo sentido, surgen nuevos bienes protegidos por el Derecho Civil y Comercial, derechos sobre bienes colectivos o comunes.

Todos estos derechos y bienes tienen relación con el derecho ambiental. Así como se amplía el ámbito de actuación de la buena fe, como principio general del derecho, se modifica el abuso del derecho. Que pasa a ser calificado cuando se ataca con el ejercicio abusivo de derechos individuales, el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva, en especial cuando afectan el derecho ambiental.

El orden público ambiental⁴⁸ se transforma en su estructura en este Código para adquirir una triple personalidad: imperativa o de dirección, tuitiva o protectoria y de coordinación, reflejo de lo dispuesto en el art. 240.

⁴⁸ CAFFERATTA, N. A., *Orden Público Ambiental en el Código Civil y Comercial*, Ed. La Ley, 2015-F-819.

Cambian las fuentes y aplicación, la interpretación, el deber de resolver (y con ello la teoría de la decisión), se modifica la visión del derecho, de las normas, que no solo alcanzan las leyes en sentido estricto (las reglas del derecho), sino también los principios y valores jurídicos, del ejercicio de derechos, se consagra como principio general la buena fe, se reformula el abuso del derecho, dando forma al abuso del derecho ambiental.

IX. LA BUENA FE

Por último, surge un nuevo principio general del derecho privado: el art. 9º del Código establece el Principio de Buena Fe: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Jorge Mosset Iturraspe⁴⁹ enseña que la buena fe como principio jurídico, es un poderoso reflector que ilumina todo el Derecho Privado. El nuevo Código eleva la buena fe a la categoría de un principio general del derecho, así, el principio rector de buena fe pasa a ser una norma-eje del sistema.

Buena fe como estándar de comportamiento social, comprensivo de la buena fe objetiva (lealtad, probidad) y la buena fe subjetiva (creencia o confianza).

La buena fe tiene una importancia vital en el derecho ambiental. Nuestra disciplina es una rama del derecho esencialmente transparente, que se basa en la solidaridad, paz, la cooperación y la fraternidad, propias de los derechos humanos de tercera generación.

Mientras que el secreto industrial / comercial, es factor del éxito económico, en el derecho comercial, en el derecho ambiental las relaciones se establecen sobre la buena fe, de allí la importancia de la información pública ambiental, de la consulta popular, participación ciudadana, y todos los mecanismos democráticos, del ágora, de la confianza y respeto de los derechos del otro.

Sin buena fe, no es posible concebir el derecho ambiental.

Por ello, la Conferencia de Naciones Unidas, en la Declaración de Río de Janeiro 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, sienta como principio 27, que los “Estados y las personas deben cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo internacional en la esfera del desarrollo sostenible”.

También el principio 19, expresa que “Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y deberán celebrar consultas en una fecha temprana y de buena fe”.

⁴⁹ MOSSET ITURRASPE, J., *Derecho Civil Constitucional*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 167.

Finalmente, como necesario complemento del principio de buena fe, en este mismo Capítulo 3 Ejercicio de los Derechos del Código Civil y Comercial (arts. 9º y ss.), luce una de las disposiciones de directa aplicación en el campo del Derecho Ambiental.

Nos referimos a la norma del art. 14- Derechos individuales y de incidencia colectiva. 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 al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

A continuación, consagra lo que Gonzalo Sozzo⁵⁰ gráficamente denomina el eco-abuso del derecho, o más ampliamente, abuso de derecho de los bienes comunes, que representa el reconocimiento del “límite externo” del ejercicio de los derechos individuales o subjetivos en relación con el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva, en especial, el derecho ambiental.

El Código Civil y Comercial establece que “no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”, lo que reviste una enorme significación jurídica ambiental: primero, porque introduce el texto de ley, el concepto de “ambiente” (pueda afectar el ambiente), segundo, porque la ley regula el abuso del derecho en su doble versión objetiva: cuando afecta derechos individuales o derechos de incidencia “colectiva”, entendiendo por esta última, aquella que involucra a grupos, clases, categorías o la sociedad en su conjunto.

Con ella pone un límite “externo” (Sozzo) al ejercicio de derechos individuales, propios o subjetivos, por causas socioambientales.

Este art. 14 se conjuga con el art. 240 del Cód. Civ. y Com., y constituyen en conjunto el escudo de defensa del derecho ambiental en el Código.

No se piensa acá tan solo en el ejercicio de derechos individuales entre particulares, porque se filtra con ello, relaciones atípicas dentro del Derecho Privado regulado tradicionalmente.

Como dijo Eduardo Pigretti⁵¹, parafraseando una conclusión sobre el objeto de la regulación del derecho ambiental, “es la relación del hombre con la naturaleza”.

Acá el salto cualitativo, tiene carácter epistemológico, porque se pasa de un modelo clásico, antropocéntrico, puramente dominial, utilitarista, de base

⁵⁰ SOZZO, G., (2019:547) en especial, El giro ecológico del abuso del derecho. También véase, del mismo autor, “El giro ecológico del abuso de derecho”, *Revista de Derecho Ambiental*, julio/ septiembre de 2017, N° 51.

⁵¹ PIGRETTI, E. A., *Derecho Ambiental*, bajo el sugestivo título de El cambio de visión, Ed. Gráfica Sur, 2004, p. 20-21.

individualista, a un modelo, visión o diseño ecocéntrico o sistémico, así se cambia el enfoque en la búsqueda de una solución enfocada en la sustentabilidad futura (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sentencia del 01/12/2017, La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso y aprovechamiento del río Atuel”, en competencia dirimente, Fallos 340:1695M también véase sentencia del 04/06/2016, dictada en la causa “Barrick Explotaciones Mineras y otro c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad de la ley 26639 de glaciares”, Fallos: 342:917. Asimismo, “Majul, Julio J. c/ Municipalidad Pueblo General Belgrano”, sentencia del 11/07/2019.

Todo ello, pensando en la necesidad de lograr la efectividad o ejecutoriedad (“el patito feo” de la teoría del derecho, al decir de Antonio Herman Benjamín, quien reclama de esta forma por su implementación) de los derechos de incidencia colectiva referidos al bien colectivo ambiente de jerarquía constitucional (artículo 41 CN), porque como dijo la Corte (Fallos 342:917) han de ser tomados “los derechos ambientales en serio”.

Estas dos especies genéricas del abuso del derecho son de especial aplicación en el derecho ambiental. Hay numerosos casos ambientales que se suscitan a partir de abusos del derecho contra el medio ambiente.

Abuso del derecho individual, en cuanto contraria los fines del ordenamiento jurídico o excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, en contra de los derechos individuales (art. 10), o abuso del derecho ambiental, en cuanto atiende a proteger los derechos de incidencia colectiva, frente a la conducta abusiva (art. 14).

Específicamente, cuando pueda afectar al ambiente (artículo 14, *in fine*).

X. DEBER DE COMPATIBILIZACIÓN Y DE NO AFECTACIÓN

Pablo Lorenzetti⁵² en esta misma línea de pensamiento, pone el acento en que el Código Civil y Comercial, defiende de manera enérgica los derechos individuales, pero equilibradamente, hace lo propio al “positivizar” la teoría de los bienes y derechos de incidencia colectiva y la introducción del concepto de desarrollo sostenible.

El nuevo Digesto, señala este autor, principia por reconocer en su art. 14 la existencia en nuestro ordenamiento de derechos individuales y de incidencia colectiva, y avanza en afirma que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. También apunta que “esta preferencia por lo colectivo es mantenida aún con más detalles en el art. 240, al ordenar lo que seguidamente se anuncia.

⁵² LORENZETTI, P., “Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *J4*, 2015, p. 3., AP/DOC/830/2015.

Surge así la consagración del deber de compatibilización, armonización, conjugar o articular derechos individuales y derechos de incidencia colectiva.

El Título III Bienes, Capítulo I Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, presenta una Sección 3º, que regula los “Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva. 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 de 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.

La normativa bajo estudio es la que se refiere a “bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva”. Por los que se establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes.

El ejercicio de los derechos individuales (que tienen por objeto bienes particulares o del dominio público o privado estatal) debe ser: 1) compatible con los derechos de incidencia colectiva; 2) debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público; 3) 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.

La utilización del término “afectar” es apropiado para la disciplina jurídica ambiental.

Al respecto, se recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dijo, in re “Mendoza, Silvia B. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, en el auto de apertura en competencia originaria del 20/06/2006, CS, Fallos: 326:2316, que el derecho ambiental “tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente”, que “tutela un bien colectivo, el que por naturaleza es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes”.

Por lo expuesto, la columna vertebral de la defensa del ambiente en el Código de Derecho Privado es el art. 240.

El artículo 240 establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles, que “debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva” (...) “no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la

flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

La norma dispone que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes propios debe ser armónico con los derechos de incidencia colectiva.

XI. DEBERES AMBIENTALES

En la referida sentencia CS, Fallos: 326:2316, el tribunal expresó que “la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales”.

Es decir que el derecho ambiental, es un derecho de incidencia colectiva, referido al bien colectivo ambiente, que se ubica en la esfera social de los individuos, siendo de pertenencia supraindividual.

Los bienes colectivos, se caracterizan por presentar una estructura no distributiva —y, por lo tanto, no exclusiva ni excluyente de su uso y la no rivalidad del consumo—: son de imposible división en partes para otorgárselos a los individuos, y su creación o conservación, está ordenada normativamente *prima facie* o definitivamente [para seguir la doctrina brillantemente expuesta entre otros por todos: Robert Alexy⁵³, y ministro de la Corte, Ricardo Lorenzetti⁵⁴].

No escapa a la consideración del operador jurídico, que la mayoría de los casos judiciales ambientales, son de “sensible interés social” (Morello), litigios de interés público (Carlos Valleñín), se levantan como “litigios masivos” (Lorena González-Mariana Catalano), justicia colectiva” (Lorenzetti), litigios estructurales (Owen Fis), mega-causas, procesos colectivos policéntricos (Ian Fuller)⁵⁵, encuadrados en la

⁵³ ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2008, p. 186.

⁵⁴ LORENZETTI, R. L., *Justicia Colectiva*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 114-117.

⁵⁵ LORENZETTI, R. (2010:166). La Corte Argentina, introdujo en su doctrina judicial la necesidad de adoptar una visión policéntrica y prospectiva, en la sentencia dictada el 04/06/2019, en la causa “Barrick, Explotaciones Mineras y otros c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad de la ley 26639 de glaciares”, Fallos: 342:317. Antes, adoptó el mismo criterio, de análisis policéntrico de la cuestión, en la sentencia del 01/12/2017, recaída en la causa “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso y aprovechamiento del río Atuel”, Fallos: 349:1695.

tipología de “casos difíciles” (Dworkin), o desde la especial parcela probatoria, son casos “complejos”, “de prueba ríspida”, o “alta tecnología”⁵⁶ (Morello).

Téngase presente que, —a diferencia de los derechos individuales, que tienen por objeto bienes disponibles, diferenciados, divisibles o propios— “el anclaje de determinación del derecho ambiental son los bienes y valores colectivos”⁵⁷, el análisis metodológico es desde lo colectivo a lo individual, que se concibe la naturaleza como sujeto de derecho y los cambios que consecuentemente produce cambios en los paradigmas de la ciencia jurídica clásica, tanto en la responsabilidad por daños —que deja de ser resarcitoria para pasar a ser anticipatoria o de evitación del daño, y en todas las piezas claves del proceso judicial (legitimación de obrar, papel del juez, efectos de la sentencia), por lo que las mudanzas extraordinarias que se advierten por doquier, se califican de epistemológicas— propias del “paradigma ambiental”⁵⁸ (Lorenzetti).

Los derechos ambientales se alojan subjetivamente en intereses plurales de naturaleza indiferenciados, impersonales, y se refieren objetivamente a bienes indivisibles. Por lo que, en el ejercicio concurrente de derechos de incidencia colectiva y derechos individuales, deberán buscarse mecanismos de armonía entre el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles, —en grado de compatibilidad—, con los derechos de incidencia colectiva, en especial, derecho ambiental, con el objetivo social de lograr la sustentabilidad.

En los Fundamentos del Proyecto del actual Código unificado se dijo que “En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la “tragedia de los bienes comunes”, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas o daños punitivos”.

Por último, no deberá perderse de vista, que el derecho ambiental en nuestro derecho, de base constitucional, es un derecho-deber. Derecho al ambiente sano, Deber de preservarlo.

Se destaca que la Constitución Nacional, consagra en el art. 41, el derecho al ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano (con lo cual lo adjetiva, como un presupuesto del desarrollo humano), y el desarrollo sustentable. Pero

⁵⁶ MORELLO, A. M., “La prueba científica”, en *La Prueba. Tendencias modernas* Ed. LAP, 2001, 2ª ed.; *Dilemas probatorios en controversias de alta complejidad*, LL, 2003-B-172; *Dificultades de la prueba en los procesos complejos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004.

⁵⁷ LORENZETTI, R. L. (2008:7,20,57).

⁵⁸ Íbidem, p. 1. DE LORENZO, Miguel Federico, “El Código de la prevención”, p. 27, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 46, abril/ junio 2016. Abeledo- Perrot.

también, establece el “deber de preservarlo”, lo que se condice con los principios de política ambiental, de prevención y precaución, contenidos en el art. 4º y 5º de la ley 25.675 General del Ambiente.

Dichos principios, obligan al operador jurídico —el juez, la autoridad competente o de aplicación de la normativa ambiental—, metodológicamente, a priorizar el análisis, en la etapa previa al daño (pre-daño)⁵⁹ operando sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, tratando de impedir la consumación del daño ambiental.

El énfasis “preventivo” (frente al riesgo cierto) —o “precautorio” (en situaciones de peligro de daño grave o irreversible aun cuando hubiera ausencia de información o de certeza científica), son características salientes del derecho ambiental.

Se introduce a través del art. 240 en nuestra legislación civil y comercial, el concepto de ambiente y el macro fin del derecho ambiental, que no es otro que la sustentabilidad, que demanda necesariamente una labor de articulación política jurídica.

El ambiente es el “macro-bien” del derecho ambiental, y como tal es un “sistema”, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas. Los “micro-bienes” son partes del ambiente, que en sí mismo tiene características de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el “macro-bien”; en esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, etc. Es claro que lo que predomina, es la noción de “interrelación” —ecosistema—, que es esencial para la comprensión (Lorenzetti)⁶⁰.

Además, se menciona el ecosistema, formado por los seres vivos (componente biótico) y el lugar habitado por ellos (componente abiótico).

XII. EL PAISAJE

También se incluyen, en esta regulación, otros componentes esenciales del derecho ambiental: uno de base constitucional, conforme el segundo párrafo del art. 41, como es la biodiversidad —que se define como la variedad de ecosistemas, de especies y genética—, y otro, el paisaje.

Enseña Michel Prieur —“Convención Europea del Paisaje”, su disertación en el “Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental”, El Calafate, Provincia

⁵⁹ ALTERINI, A. A.- AMEAL, O. J.- LÓPEZ CABANA, R.M., *Derecho de Obligaciones Cíviles y Comerciales*, Editorial Abeledo- Perrot, 1996, reimpresión.

⁶⁰ LORENZETTI, R.L., (2008:13-14).

de Santa Cruz, 22 y 23 de abril de 2004—, que “el paisaje es un componente del medioambiente y constituye parte del patrimonio colectivo, independiente de su valor y localización. Paisaje es cualquier parte del territorio, tal como es percibida por las poblaciones, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales y/o humanos y de sus interrelaciones”.

Resulta ilustrativo el estudio de Ricardo Lorenzetti⁶¹ con relación al concepto paisaje. “El paisaje es a la vez natural y cultural”. El paisaje pertenece al mundo físico (palpable), aunque son también parte del mundo simbólico. “Es a la vez, natural y cultural, físico y simbólico. El paisaje está formado por un complejo mosaico de unidades físicas entrelazadas. Por lo tanto, es un subsistema dentro del sistema ambiental”.

Seguidamente, este mismo autor, destaca en relación que el paisaje es un componente del medio ambiente, y que “fundamentalmente, lo que está en juego con la protección del paisaje es la biodiversidad natural y su belleza. El paisaje no se ajusta a las categorías de lugar y es reactivo a los límites. ¿Dónde comienza y termina el paisaje? También se ajusta poco a los límites de tiempo ¿es igual en el presente que en el pasado? Es evidente que el paisaje cambia constantemente, como bien lo demostraron los pintores impresionistas. El paisaje es un elemento fundamental en la calidad de vida y en la creación de identidades individuales y comunitaria”.

XIII. LA SUSTENTABILIDAD

De regreso, a la cuestión de la sustentabilidad, la Constitución Nacional, en el art. 41⁶², adopta la conocida fórmula Gro Brundtland del desarrollo sustentable, cuando dice “para que las actividades productivas satisfagan las necesidades del presente sin comprometer las de las futuras generaciones”. Esta referencia, aparece consolidada en nuestro micro— sistema especial, en la ley 25.675 General del Ambiente, mediante el art. 4º, que menciona como principios de política ambiental, los principios de sustentabilidad y de equidad intergeneracional.

⁶¹ LORENZETTI, R. L., “El paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental”, en *Derecho de las Obligaciones. Responsabilidad por daños. Derecho de los Contratos. Teoría General del contrato*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005, edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe.

⁶² SABSAY, D., “La protección del medio ambiente en la Constitución Nacional”, LL, 2003-C-1167; “Constitución y Ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, en BLEJMAR, Bernardo (comp.), *Liderazgo y Desarrollo Sustentable*, Ed. Manantial, mayo 2003, ps. 161-186; “Constitution and Environment in Relation to Sustainable Development”, *Pace Environmental Law Review (PERL)*, White Plains, USA, Vol. 21, N° 1, Symposium Edition, Environmental Law and the Constitution, 2003, ps. 155-177; “La protección del medio ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, *Revista del Profesional*, Ed. Asociación Católica Argentina, noviembre 2004, nro. 36, ps. 33-35.

Este concepto implica según la Declaración de Johannesburgo de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, del 2002 (Río + 10), conjugar los tres pilares o dimensiones inseparables del derecho ambiental: la preservación ambiental, el desarrollo económico y el progreso social.

Antonio Herman Benjamín⁶³ enseña que el macro-fin del derecho ambiental, es la sustentabilidad.

Nuestra ley 25.675, lo establece como principio básico de derecho ambiental.

Por lo expuesto esta norma del art. 240 (límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes), constituye un todo armónico con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial, en los arts. 1º, 2º, y 3º, relativos a las “fuentes del derecho” y su “aplicación”, “interpretación” y “deber de resolver”, “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte” (fórmula del Derecho Privado Constitucional), “los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”, en relación al instituto del abuso del derecho (arts. 10 y 14), y el deber de prevención, contenido en el sistema de responsabilidad por daños.

Todo el sistema cierra con el régimen de responsabilidad previsto en los arts. 1710 — 1715, 1973.

El art. 240, ordena conjugar, articular o compatibilizar el ejercicio de derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva, en especial con el derecho ambiental, lo que tan solo se logra adecuadamente, si se adoptan medidas de prevención, en la defensa del ambiente, y se remueve o erradica la conducta abusiva.

Se deben anticipar las barreras jurisdiccionales de tutela ambiental, para evitar no solo situaciones de daño ambiental, sino también de amenazas, riesgo o peligro de daño ambiental, siempre que concurren los presupuestos de admisibilidad de la acción preventiva (o cautelar, en casos de aplicación del principio precautorio, en el ámbito de la especialidad). Evitar causar un daño injusto, no agravar el daño producido, o adoptar medidas razonables para evitar que se produzca un daño o minimizar su magnitud.

XIV. LAS NORMAS DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS

El art. 241 Jurisdicción, establece que “cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

⁶³ BENJAMÍN, A. H., “¿Derechos de la naturaleza?”, en O. AMEAL, (dir.), S. TANZI, (coord.), *Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI, homenaje al Profesor Doctor Roberto López Cabana*, Ed. Abeledo-Perrot, 2001, p. 31.

Hemos señalado que el énfasis preventivo es una de las características salientes del derecho ambiental. Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en materia de responsabilidad por daño ambiental, primero es la prevención, y luego, la recomposición (art. 41 CN, art. 27 y concordantes, ley 25.675), tan solo cuando el daño ambiental colectivo sea irreversible, entonces se puede recurrir a la indemnización.

Cabe recordar el pronunciamiento del Tribunal en ese sentido.

“La presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, el resarcimiento” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros”, CS, Fallos: 326:2316, LL, 2006-D-281).

El art. 4º Ley 25.675 General del Ambiente, enuncia el principio de prevención, “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”⁶⁴.

De manera que la introducción de la función preventiva de la responsabilidad por daños en el nuevo Código Civil y Comercial constituye un gran aporte para la defensa del medio ambiente.

Al respecto, cabe aclarar que se entiende por las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, —según el art. 6º de la ley 25.675 General del Ambiente— “a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio de la Nación, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental”.

El Estado Nacional lleva dictada las siguientes normas de presupuestos mínimos de protección ambiental: ley 25.612 Gestión Integral de residuos industriales y de actividades de servicios (29/07/2009), ley 25.670 presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBS (19/11/2002) —reglamentada por dec. 853/07—, ley 25.675 General del Ambiente (28/11/2002), ley 25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (03/01/2003), ley 25.831 Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (07/01/2004), ley 25.916 de Gestión Integral de Residuos Domiciliarios (07/09/2004), ley 26.562 de Presupuestos Mínimos de

⁶⁴ CAFFERATTA, N. A., “El principio de prevención en el Derecho Ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, noviembre 2004, nro. 0, p. 9.

Protección Ambiental para el Control de Actividades de Quema (16/12/2009), ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (26/12/2007) —reglamentada por dec. 91/09—, ley 26.639 Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (28/10/2010) —decreto reglamentario 207/2011—, y la ley 26.815 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental en Materia de Incendios Forestales y Rurales (16/01/2013) y la ley 27.279 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de Envases Vacíos de Fitosanitarios (11/10/2016).

XV. ÉNFASIS PREVENTIVO

Estas normas contienen pautas de protección del ambiente, con énfasis preventivo.

Así por ejemplo, la ley 25.612, establece entre sus objetivos minimiza los riesgos potenciales de los residuos en la todas las etapas de la gestión integral; reducir la cantidad de residuos que se generan; promover la cesación de los vertidos riesgosos para el ambiente; y nos habla de niveles de riesgo; también dispone el deber de promoción de programas de adecuación tecnológica de los generadores, para reducir la contaminación ambiental, cesar los vertidos riesgosos sobre los recursos naturales, disminuir los riesgos ambientales (arts. 4º, 7º, 14), asimismo el régimen de responsabilidad civil que contiene dicha ley, no exime al guardián del residuo industrial de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero por quien no debe responder, “cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso” (art. 42).

La ley 25.670 de PCBS [art. 11, incisos c) y d) f), art. 18], se inspira en el principio de prevención.

Hemos destacado la trascendencia de la ley 25.675 General del Ambiente, cuyo art. 4º consagra los principios de prevención y precautorio. Pero también resultan de dicha norma de aplicación los principios de responsabilidad, equidad intergeneracional, y principio de sustentabilidad.

A su vez, el art. 8º inc. 2º), arts. 11, 12, y 13, de la ley 25.675, que regulan la evaluación de impacto ambiental, —que constituye para buena parte de la doctrina el instrumento legal de aplicación por excelencia, del principio preventivo. Asimismo, el art. 28 régimen de responsabilidad, en cuanto dispone que el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción (recomposición, que siempre conlleva una especie de prevención de daños), y el art. 29 que establece la exención de la responsabilidad solo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo

y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder.

La ley 25.916 de Residuos Domiciliarios presenta como objetivos minimizar los impactos negativos de los residuos sobre el ambiente (art. 4º inc. c), implementar sistemas de gestión de residuos domiciliarios, para prevenir y minimizar los posibles impactos sobre el ambiente (art. 6º).

Todas las leyes ambientales contienen dispositivos que persiguen la finalidad de prevenir el riesgo, peligro o el daño ambiental.

El Código Civil y Comercial, en el Título V. Otras fuentes de las obligaciones. Capítulo I. Responsabilidad civil. Sección 1ª. Disposiciones generales. Art. 1708. Funciones de la responsabilidad, establece que “las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención y a la reparación”. La Sección 2ª prevé la función preventiva y punición excesiva de la responsabilidad.

El principio de prevención constituye una norma básica, esencial, en materia jurídica ambiental. Alexander Kiss⁶⁵, enseña que la regla de oro del derecho ambiental es la prevención. Nuestra disciplina dice Ramón Martín Mateo⁶⁶ es esencialmente preventiva. En lo ambiental es gravitante adoptar soluciones tempranas, de anticipación del daño ambiental, porque se sabe que el daño ambiental de producirse lleva a situaciones de daño grave e irreversible o pueden conducir a un desastre, emergencia o estrago ambiental, que es necesario evitar y controlar.

Más vale prevenir que curar.

Históricamente el régimen de la responsabilidad civil estaba pensado para resarcir económicamente el daño, a partir del Código Civil y Comercial, queda expresamente establecido cuál es el juego actual del régimen de daños. Lo que significa un rotundo cambio de rumbo.

Lo primero es prevenir y, si no obstante, ocurre el daño, lo siguiente será indemnizar (resarcir) o en el caso del daño ambiental colectivo, recomponer (o compensar ambientalmente).

Esta estructura no tenía cabida en el Código Civil histórico (Vélez Sarsfield), de base napoleónica, por lo que estaba huérfano de toda apoyatura en el sistema de Derecho Civil tradicional, pensado para resolver intereses propios, personales, directos, diferenciados, fragmentarios, individuales, egoístas, de base económica, individualista, más o menos discretos, pero que no sirven para resolver problemas de

⁶⁵ KISS, A., “Los Derechos e Intereses de las Generaciones Futuras y el Principio Precautorio” en M. DIAS VARELA- A. F. BARROS PLATIAU, *Princípio da precaução*, Ed. Del Rey, 2004.

⁶⁶ MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Ed. Trivium, 1992, 1ª ed., vol. I, p. 93; (2003:48).

la gente de esta centuria, de mayor complejidad, aquellos que atañen a la calidad de vida, el desarrollo sustentable, la defensa de los bienes de la naturaleza, del patrimonio cultural (material e inmaterial), y para la defensa de las generaciones futuras.

Por lo que se entiende que, si seguíamos porfiadamente, con esta estructura clásica o tradicional en el Derecho Civil, íbamos a profundizar la tragedia de los bienes comunes (o bienes colectivos), anónimos, que como son de todos no son de nadie en particular, nadie los defiende.

¿Cómo podemos tutelar el ambiente o la naturaleza en un sistema pensado para indemnizar el daño individual? ¿Debemos esperar impávidos o indiferentes que ocurra el daño para actuar? ¿Es justo admitir tan solo, el resarcimiento o la indemnización de lo que, de producirse, puede resultar un daño grave e irreversible? ¿No es más justo o razonable pensar en un sistema con normas de prevención o evitación del daño, y para el caso de producirse, aplicar normas de reparación en el que, conforme la Constitución Nacional, art. 41, y la doctrina de la Corte, tiene prioridad absoluta, la recomposición o restauración?

Desde la óptica de la especialidad, todo el instrumental jurídico ambiental está orientado para evitar la consumación del daño. Cuando se actúa después que ocurrió el hecho dañoso la solución tardía es inútil, porque el daño ambiental es expansivo, multiplicador, continuo o permanente, por ello es plausible toda decisión que se ubique *ex ante* (y no *ex post*), que opere sobre las causas y las fuentes de los problemas.

El ingreso del principio de prevención al Código Civil y Comercial fortalece la postura de defensa del ambiente. Aunque hace tiempo se sabe en la doctrina que el Derecho de Daños incluye además de la resarcitoria o indemnizatoria, una función preventiva y disuasiva, es valioso que expresamente se establezca esta regla de funcionalidad del instituto de la responsabilidad civil, en todas sus variantes.

Jorge Galdós⁶⁷ enseña que “cuando aludimos a la prevención del daño o función preventiva, nos referimos al derecho sustancial, a la nueva finalidad del derecho civil constitucionalizado; ya no se trata solo de reparar, sino de prevenir el daño. Por ello, reiteramos que constituye una cuestión de derecho sustancial que, si bien puede ser provisoria, en el marco general del Código Civil y Comercial está prevista como una pretensión autónoma, típica y definitiva para evitar la producción de la amenaza de daño o para hacer cesar el daño en curso”.

Responde a precedentes jurisprudenciales, doctrina autoral, y las Conclusiones de numerosos Encuentros Científicos de la especialidad de Derecho de Daños, en

⁶⁷ GALDÓS, J., *Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales*, LL 2017-E, 12 de octubre de 2017, p. 1.

especial las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de octubre de 2011⁶⁸ (50) (principio precautorio) y las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de octubre de 2013, en punto a la aplicación de dicho principio, en la temática del Derecho del Consumidor.

Adoptar medidas que eviten o disminuyan la magnitud de un daño, o no agravar el daño si ya se produjo, es una fórmula perfecta para el Derecho Ambiental.

Lo mismo se puede decir de las normas contenidas o proyectadas en materia procesal, respecto de la legitimación activa de obrar (para la que basta con acreditar un interés mínimo pero suficiente o razonable), en un ensanchamiento horizontal o envolvente de todos aquellos que se encuentren en la situación de incidencia colectiva, presupuesto de hecho del conflicto social ambiental.

Y de los alcances del contenido de la sentencia preventiva.

Resalta el art. 1711, en cuanto establece que “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”. O sea que no es exigible ningún factor de atribución o de imputabilidad (subjeto u objetivo), para que se dispare el mecanismo de prevención de daños.

Vamos a repasar las normas consagratorias de la función preventiva (deber de prevención del daño), porque siendo la interpretación exegética, literal o por las palabras de la ley, el primer método de hermenéutica jurídica, estamos convencidos de la utilidad de este análisis originario.

“Toda persona tiene el deber”, dice el art. 1709, tras reconocer el art. 1708, como funciones de la responsabilidad, “la prevención del daño y a su reparación”, “en cuanto de ella dependa”, fórmula que no es inocua, porque condiciona el deber a la posibilidad, “en cuanto” “dependa” de este sujeto responsable; ahora bien, el deber de prevención tiene una triple dimensión: 1) de evitar causar un daño no justificado; 2) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; 3) no agravar el daño, si ya se produjo.

La acción preventiva procede cuando: a) una acción u omisión antijurídica; b) hace previsible; c) la producción de un daño, su continuación o agravamiento; es decir, que la prevención entra a jugar frente al riesgo cierto, real, comprobado, verificado, conocido, sabido, o previsible, más aún cuando se trate de la extensión, continuo, prolongación o agravamiento, del daño.

⁶⁸ TANZI, S., “Principios de prevención y precaución. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, septiembre 2011. Breve estudio de las conclusiones de la Comisión N° 3 Derecho de Daños”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Ed. La Ley, noviembre 2011, año XIII, nro. 11, p. 275.

Es previsible y nada se hace, para evitar se produzca el daño, o continúe el daño.

Matilde Zavala de González⁶⁹, dice que “se percibe la explicación racional de esa estructura de la norma, a partir de la diversidad de sujetos pasivos alcanzados por cada hipótesis: a) un posible dañador, quien debe evitar dañar a otros o a intereses colectivos, por causación originaria del menoscabo o de su intensificación; b) un tercero que no generó el peligro, pero que puede eliminarlo, desviarlo, o atenuar sus efectos perjudiciales; c) la propia víctima, que no debe agravar el daño experimentado. Solo que entonces no puede hablarse de un deber jurídico —que necesariamente presupone alteridad— sino de una carga como imperativo del propio interés, cuyo incumplimiento genera efectos desfavorables, acotado el alcance de su derecho indemnizatorio”.

En definitiva, —concluye—, “soportan un imperativo de prevenir daños todos los miembros de la sociedad, pues se encuentran constreñidos. I) a no dañar, II) a impedir perjuicios de proveniencia ajena y III) de ser víctimas, a desplegar gestiones para que los perjuicios sufridos no aumenten”.

Además, le atribuye importancia en que el precepto alude al deber de prevenir daños no justificados (art. 1710, inc. a), lo cual debe interpretarse en el sentido de que la causación o la no evitación de daños debe provenir de una conducta antijurídica.

Por último, indica que “son presupuestos genéricos para promover una reclamación preventiva: a) una acción u omisión que origina peligro de daño; b) antijuridicidad de la conducta riesgosa; c) previsibilidad del resultado nocivo; d) lesión a un interés razonable del acto; e) la posibilidad de detener el emprendimiento nocivo”.

Alberto Bueres⁷⁰ considera que el Código Civil y Comercial “ha disciplinado con acierto la tutela preventiva (o inhibitoria) —acciones para evitar que un daño se produzca—, tutela esta que siempre ha existido, desde tiempos pretéritos, y que bien podría ubicarse en el campo de un genérico derecho de daños, como propone, por ejemplo, Eugenio Llamas Pombo (a menos que se pretendiera que, conceptualmente, la responsabilidad civil no es la obligación de reparar el daño si no el deber de evitarlo a más del de repararlo). Estimo que este es el sentido de los arts. 1711 y 1712” del Código.

⁶⁹ ZAVALA de GONZÁLEZ, M. - GONZÁLEZ ZAVALA, R. (colab.), arts. 1708 a 1729, en *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Ed. Alveroni Editores, 2015, t. I, p. 183.

⁷⁰ BUERES, A., *La responsabilidad civil por daños en el proyecto de Código Civil y Comercial 2102*, LL, 2013-A-835.

Para Carlos Calvo Costa⁷¹ la finalidad preventiva reconoce como fundamento la consagración del principio *alterum non laedere*, al cual la Corte Suprema ha oportunamente considerado de raigambre constitucional e implícito en el art. 19 de nuestra Carta Magna.

En esa tarea de reconstrucción de la unidad jurídica del Derecho Privado, con los principios de derechos humanos y públicos, la prevención es de vital importancia, se trata de pacificar la sociedad, de evitar la producción del daño, en todas las dimensiones, con especial referencia a la cuestión ambiental.

Fernando A. Sagarna⁷² apunta que el “bloque de responsabilidad civil, parte de remarcar que sus funciones son la de “prevención” y “resarcimiento”, señalando en primer lugar a aquella, pues se pone especial énfasis en la evitabilidad del daño *prima facie*, *ex ante* (art. 1708). Así el centro de la responsabilidad civil no es solamente el daño, sino también la prevención del daño”.

Monjo y Argañaraz⁷³ precisan que “el deber de prevención no puede escindirse del juicio de previsibilidad y especialmente, del juicio de evitabilidad, lo que significa que el daño debe haber sido previsible y evitable. La alusión en la norma al referir que toda persona tiene el deber, “en cuanto de ella dependa”, a nuestro modo de ver, significa que la prevención del daño debe encontrarse dentro de la esfera de control del sujeto, y el daño o su agravamiento debe haberse podido prever y, además, evitar”.

Ahora, están legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención (art. 1712). Aquel es portador de un interés razonable o atendible, está legitimado activamente de obrar en una pretensión preventiva. Además, como lo señalamos más arriba, se destaca que “no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución” (art. 1711, *in fine*). No se habla en este ámbito de factores de atribución.

La función preventiva prescinde de un factor de atribución o imputabilidad. Factor objetivo (culpa irrelevante). Responsabilidad objetiva (obligación de resultado). Factores subjetivos (culpa, dolo).

En otro orden, señalamos que el concepto de daño refiere a una lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

De esta forma claramente incluye el daño ambiental colectivo (en cuanto afecta a derechos de incidencia colectiva). También se podría inferir lo dicho, porque la ley

⁷¹ CALVO COSTA, C., *La pretensión preventiva en el derecho de daños*, LL, 2018-A-976.

⁷² SAGARNA, F., *Las funciones de la nueva responsabilidad civil*, RRCyS, 2016-II, tapa.

⁷³ MONJO - ARGANARAZ, M., “Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva”, en J. F. MÁRQUEZ, (dir.), *Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial*, Ed. Zavalía, 2015, t. 1, p. 61.

menciona el patrimonio sin ninguna referencia adicional, por lo que comprende el patrimonio individual, público, o colectivo.

Que la indemnización comprenda el perjuicio directo o indirecto (y el daño ambiental es indirecto o reflejo), actual o futuro (que en nuestra materia es clave), como la pérdida de chance (calificada jurisprudencia considera el daño ambiental como un daño a la salud, que provoca pérdidas de chances en los individual, que se resumen en un menoscabo las aptitudes reales o potenciales de la víctima de tener una mejor calidad de vida, o de expectativas de vida), también es relevante para el Derecho Ambiental.

Destacamos que constituye normativa de aplicación en el Derecho Ambiental, el art. 1757⁷⁴ que introduce una reforma en los elementos de la responsabilidad objetiva, en cuanto incluye no solo las cosas (riesgo o vicio) sino también las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Muchos casos de daño ambiental están ligados a actividades riesgosas o peligrosas; así por ejemplo, el complejo industrial o la maquinaria en su conjunto; las partículas que se emiten (material partículas en suspensión), emanan o vierten de los diversos establecimientos industriales, se encuadran en este supuesto de responsabilidad objetiva, en la que no es causal de justificación ni de exención de reproche, la autorización ni el permiso para su uso o realización, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Por último, el deber de prevención se cuela en el régimen de las inmisiones inmateriales.

XVI. RÉGIMEN DE INMISIONES AMBIENTALES

Capítulo 4. Límites al dominio.

Artículo 1973 — Inmisiones.

Históricamente se vincula el art. 2618 CC, antecedente inmediato del novísimo art. 1973 de inmisiones contenido en el Código Civil y Comercial, con la base del derecho ambiental, cuyo texto, dicho sea de paso, es fruto de la ley 17.711, aunque

⁷⁴ GALDÓS, J., “El art. 1757 del Cód. Civ. y Com. (el anterior art. 1113 del CC)”, *RRCIS*, año XVII, nro. 4, abril 2015, p. 176; “Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código”, *LL*, 2016-B-891. PARELLADA, C. A., “Responsabilidad civil por actividades riesgosas”, *La Ley*, Edición especial XXVII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Ley, martes 24 de septiembre de 2019, p. 5.

Vélez, lo había previsto, aunque con menor alcance que el actual sistema del referido artículo.

Inicialmente era para molestias que excedían el límite de las incomodidades ordinarias, y las molestias era ruido excesivo proveniente de establecimientos industriales o fabriles vecinos, y se resumía en una indemnización por daños, cuya base sentaba en el art. 2619 CC. Luego con la ley 17.711, se ampliaron los supuestos de aplicación de la norma, hablando no solo de ruido, sino también de humo, calor, olores, luminosidad, vibraciones o inmisiones similares (en realidad esta última terminología, que proviene del derecho romano, es una pequeña novedad que establece el Código), por lo que se entendía que la enumeración era meramente ejemplificativa, no taxativa ni cerrada.

En el art. 2618⁷⁵ además, se habla de excesos en la normal tolerancia (antes, incomodidades ordinarias). Y refiere la norma a una serie de estándares o parámetros jurídicos que el Juez deber ponderar razonablemente o tener en cuenta al resolver la cuestión: a) las circunstancias del caso; b) las condiciones del lugar; c) el respeto al uso regular de la propiedad; d) la prioridad del uso; e) las exigencias de la producción.

Todo ello, aunque mediare autorización administrativa para aquella. Y como la redacción del art. 2618, utiliza desafortunadamente, la palabra o cópula “o”, para establecer las amplias facultades del Juez en la cuestión, ordenar el cese o la indemnización de daños y perjuicios, hubo desde entonces una polémica en la doctrina autoral y jurisprudencial, acerca de su carácter, es decir si se trata de una alternativa o una acumulación.

Con buen criterio el Código Civil y Comercial, en el art. 1973, modifica el texto en punto a esta cuestión, para establecer que “Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños”.

Es decir, adopta una regulación más amplia, moderna, y actual, asignándole a los jueces la facultad de disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación”.

A continuación, establece que “Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad del uso, el interés general y las exigencias de la producción”. Este artículo parte de la base que el caso es de una sentencia difícil para el juez, por lo que no extraña que se refiera a la necesidad de elaborar un juicio de ponderación, tomando

⁷⁵ ADROGUÉ, M. I. : “Las molestias entre vecinos en la Reforma Civil”, capítulo V, obra colectiva *Temas de Derecho Reales*. Editorial Plus Ultra. “Las molestias entre vecinos en la reforma del Código Civil ley 17711, LL, 1996-C-718. ANDORNO L.O., “Las molestias de vecindad (art. 2618 C.C.). La responsabilidad por daño ambiental”, *J*A 1999-IV-1074.

en consideración diversos estándares de prudencia, y circunstanciado, en la búsqueda del equilibrio interpretativo.

Uso regular de la propiedad, prioridad del uso (preocupación), exigencias de la producción, y la novedad; el interés general, como cartabón de esta cuestión entre vecinos, que excede el interés de las partes en conflicto. Los conflictos de vecindad, vistos antes como restricciones y límites al dominio, impactan muchas veces sobre terceros, la comunidad en su conjunto, o en definitiva, el interés público colectivo, que debe ser tenido en cuenta por el juzgador al momento de adoptar una decisión final sobre el caso.

Finalmente, no escapa a nuestra consideración que el Código Civil y Comercial introduce modificaciones sustantivas con impactos procesales. Notables autores de la especialidad procesal advierten de estos cambios.

Tan solo destacamos que, en materia ambiental, la ley 25.675 General del Ambiente regula incipientemente el proceso colectivo ambiental, e instituye dos acciones específicas de defensa del ambiente: una de ellas con claro objetivo preventivo; nos referimos a la acción de amparo por cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

También cabe mencionar las amplias facultades que el art. 32 de la ley 25.675 atribuye a los jueces, para adoptar “las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”.

Pablo Lorenzetti, en un excelente trabajo publicado en RCyS⁷⁶, pone de resalto que “también, en base al mismo dispositivo, el magistrado se encuentra facultado para disponer aun de oficio y sin petición de parte, “medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria”. Se trata del “activismo judicial” predicado para este tipo de casos, amplia y razonablemente ejercido por cada uno de los jueces que a lo largo y a lo ancho de nuestro país han debido enfrentarse a casos vinculados a la tutela del ambiente”.

⁷⁶ LORENZETTI, P., “Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2013, año XV, nro. 8, VIII, p. 5; “La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *nuevocódicocivil.com*: “Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Ambiental*, Ed. Abeledo Perrot, 2015, nro. 43, p. 23; “Código Civil y Comercial de la Nación: compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual”, *JA*, 2015-3, 2015, p. 3; “Relación de causalidad como presupuesto del daño ambiental. Nuevos perfiles a partir del Cód. Civ. y Com. de la Nación”, en *RCyS*, 2016-II-19; “Tutela inhibitoria en materia ambiental. Función preventiva y función precautoria de la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016-2, p. 523.

XVII. CONCLUSIONES

El Código Civil y Comercial constituye una enorme contribución para la defensa del ambiente porque regula derechos individuales y derechos de incidencia colectivos (dentro de cuya familia se encuentra el derecho ambiental):

1) Porque con la constitucionalización del derecho privado, integra o subordina este último, a la Constitución y los Tratados Internacionales, en particular los relativos a los derechos humanos, dentro de los cuales se inscribe el derecho ambiental.

2) Porque introduce los conceptos de ambiente, sustentabilidad (macro fin del derecho ambiental), la flora, fauna, el agua, la biodiversidad, y el paisaje.

3) Porque reconoce las normas de presupuestos mínimos.

4) Porque incluye un nuevo paradigma en materia de bienes, al regular aspectos relativos a los bienes colectivos y valores colectivos en referencia a los derechos ambientales, y las comunidades como los pueblos originarios (parte de una sociedad multicultural).

5) Porque declara como principio general del derecho, la buena fe (la lealtad, el obrar transparente), una de las ideas fuerza del derecho ambiental, junto con la solidaridad, la cooperación, y la paz.

6) Porque amplía los supuestos de abuso del derecho para aquellos casos en que se afectara derechos de incidencia colectiva (en especial, el funcionamiento y la sustentabilidad del ecosistema), diseñando un modelo o versión novedosa, de abuso del derecho ambiental, o “ECO- ABUSO” (Sozzo), disponiendo un límite externo para el ejercicio de los derechos individuales, consagrando un principio de sociabilidad.

7) Porque introduce en el artículo 240, la regla de la compatibilidad, entre el ejercicio de los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva, y de no afectación del funcionamiento y sustentabilidad de los ecosistemas, el paisaje, el agua, suelo, agua, flora, biodiversidad, valores culturales, lo que implica un profundo replanteo de las relaciones del hombre y la naturaleza (VISIÓN ECOLOGISTA), de carácter ECOCÉNTRICO o sistémico, contrario al antropocentrismo, individual, egoísta, y utilitarista, propio de la cosmovisión de los códigos decimonónicos.

8) Porque reconoce la doble función del derecho de daños: preventivo y de reparación, poniendo el acento en la evitación del daño, que para el derecho ambiental es un principio básico de política protectoria y únicamente para casos de daños consumados, tendrá prioridad absoluta la recomposición.

8) Porque comprende en la regulación, el daño ambiental colectivo, los daños a las pérdidas de chances, y la responsabilidad por actividades peligrosas o riesgosas por naturaleza.

9) Porque define claramente las amplias facultades del juez en casos de inmisiones inmateriales. Y lo que es más importante, flexibiliza la carga de la prueba, introduciendo la doctrina de las cargas dinámicas probatorias.

10) Porque introduce el concepto de consumo sustentable como uno de los principios básicos en materia del derecho del consumidor.

Por último, una reflexión final.

Los arts. 1º, 2º, 3º, 9º, 10, 14, 240, 241, 1708, 1709, 1710, 1715, 1973, hunden sus raíces en la Constitución Nacional (que en la especialidad, encuentra base en el art. 41, deber de preservación⁷⁷) están inspirados en ideas del Derecho Privado Constitucional, en los principios y valores jurídicos fundamentales del ordenamiento, también en la libertad, la buena fe, la paz, la convivencia armónica y sustentable, fraternidad, democracia, solidaridad, cooperación y orden público de coordinación, que resulta imprescindible para la integración en concordia del ejercicio de los derechos individuales, con los derechos de incidencia colectiva. Es un salto de lo individual a lo colectivo, sin que ello implique, denegar, aniquilar, aplastar, o remover derechos individuales.

Por ello se le exige al juez desarrolle una labor hermenéutica de ponderación.

El Código Civil y Comercial en los arts. 10, 14, 1710, 1715, 1973, fortalece la función preventiva de la justicia, los mecanismos de tutela civil inhibitoria, la acción preventiva⁷⁸, para anticipar las barreras jurisdiccionales, en forma precoz, temprana, en los albores del conflicto, cuando todo está por hacerse, y nada definitivamente, está dicho.

Este remedio civil inhibitorio que estaba orientado en sus inicios hacia la protección de la posesión y de la propiedad ha evolucionado también con el tiempo, ampliando su ámbito de tutela al abarcar la tutela de los derechos y deberes fundamentales de las personas y de otros bienes de dominio público, como el medio ambiente.

Se persigue evitar la política del hecho consumado.

La transformación de la responsabilidad civil por daños, con la incorporación de la función preventiva, regulada por el Código Civil y Comercial, le da un mayor apoyo al micro sistema de tutela preventiva ambiental, que se enriquece, además, con

⁷⁷ TORRES, S.G.- MADIEDO, M. (Coordinación), *Derecho Ambiental*, Hammurabi, 1019.

⁷⁸ LORENZETTI, R., "Tutela civil inhibitoria", *LL* 1995-C-1217.

la operatividad conjunta de los principios de prevención, precautorio, y de cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

La introducción del derecho ambiental en el Código Civil y Comercial, y de las normas de presupuestos mínimos ambientales, sirve para unificar (uniformar en la variedad), el régimen jurídico de la responsabilidad por daño ambiental colectivo que, desde su regulación especial en la ley 25.675 General del Ambiente, arts. 27 y ss., necesitaba de la recepción en el Derecho Común Privado, para su mayor comprensión. Deja, entonces, su situación de aislamiento normativo y se integra de manera coherente, con el macro sistema contenido en el Código de Derecho Privado.