Citar ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/830/2015

RELACIÓN JURÍDICA - Intereses colectivos - Intereses difusos

Autor: Lorenzetti, Pablo
Título: 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
Fecha: 2015-09-30
Publicado: SJA 2015/09/30-3 ; JA 2015-III

"Vivimos en un estado emocional. Cuesta imaginar cómo sería nuestra vida sin alegrías, tristezas, enojos o miedos. Las emociones constituyen una parte crítica de nuestra experiencia que adhieren color a nuestros estados mentales e influyen en nuestras conductas. También son claves para nuestra memoria, para tomar decisiones, para ayudarnos a evitar el dolor y a buscar el placer. En todo aquello que nos resulta importante están involucradas las emociones" (*).

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación propone a los operadores jurídicos desandar un camino de interesantes revisiones y adaptaciones en los paradigmas utilizados hasta el momento.

Al mismo tiempo —y como todo "lo nuevo"—, la norma genera diversas emociones que se traducen en razonables inquietudes, incertidumbres y hasta incomodidades que resultan innatas a cualquier desafío que se precie de tal.

En esa línea, uno de los grandes ejes e innovaciones que trae el Código es el de la incorporación expresa dentro de la normativa sistémica de la regulación sobre bienes y derechos de incidencia colectiva.

Además, y de manera relacionada, el nuevo Digesto introduce una serie de premisas extraídas de los microsistemas tuitivos de ciertas relaciones jurídicas (1) que difieren sustancialmente del paradigma imperante en el derecho clásico.

Se recodifican bajo este prisma conceptos más propios de lo social que intentan disminuir brechas existentes en situaciones jurídicas que colocan a una de las partes en una posición de debilidad estructural, todo lo cual contrasta en cierto punto con la filosofía más liberal que se detecta en la regulación general de los derechos individuales.

Por consiguiente, ambas temáticas han sido y serán objeto de uno de los tantos

debates que genera el Código Civil y Comercial de la Nación.

Desde opiniones que propugnan una fuerte defensa de los intereses individuales, suele alegarse que resulta peligrosa la inclusión de la teoría de los bienes colectivos y de las normas materiales que intentan igualar a desiguales jurídicos al Código, ya que ello implica un avasallamiento de garantías y derechos de carácter personal y privado que posee cada uno de los integrantes de la sociedad.

Se observa con preocupación el avance de normativa vinculada al orden público que invade cada vez más la esfera de reserva de los individuos.

En cambio, los sectores más propensos a la exaltación de lo colectivo y de lo social afirman que la regulación diseñada por la nueva norma es escasa y que debió avanzar mucho más en la tutela de los bienes comunes y de los vulnerables de la sociedad.

Se califica al mismo tiempo a la norma, por un lado, como demasiado "progresista" y, por otro, como demasiado "conservadora".

La tensión y la compatibilización entre "lo público" y "lo privado" fue, es y seguirá siendo uno de los más ingentes debates que se presentan la sociedad y que el ordenamiento jurídico pretende encausar.

Intentaremos en este trabajo precisar algunas ideas acerca del equilibrio que se propone alcanzar el Código Civil y Comercial de la Nación a la hora de desarrollar su teoría de los bienes y derechos, así como al prever de manera diferenciada los campos de acción en los cuales se desarrollan vínculos de carácter paritario, por un lado, y de orden no paritario, por otro.

El nudo de la cuestión —y aquí finca la relación entre ambos tópicos que permite su desarrollo conjunto en este trabajo— finca en los límites o espacios que deberían establecerse en la intersección entre libertad personal y ausencia de intervención estatal, en un extremo, y regulaciones de lo colectivo y de la vulnerabilidad en los vínculos privados a través de normativa imperativa o de orden público, en el otro.

En este camino, deberemos testear las reflexiones propuestas —tal como lo exige el nuevo Código— bajo el prisma de la razonabilidad y de los principios constitucionales y convencionales que emanan de nuestro ordenamiento jurídico.

Proponemos entonces en este ensayo recorrer —sin agotar— algunos ejemplos de los cuales se desprende una fuerte tutela de las garantías individuales y de la privacidad de las personas en el nuevo Código, para luego hacer lo propio con la protección de los derechos de grupos y de las situaciones jurídicas con disparidad de fuerzas entre las partes.

Finalizaremos estas consideraciones con una serie de apuntes acerca del modo en que el propio sistema sugiere armonizar ambas esferas de tutela.

II. LA PROTECCIÓN DE LO "INDIVIDUAL" Y DE LO "IGUAL". EL ÁMBITO DE "LO PRIVADO"

El Código Civil y Comercial de la Nación contiene principios generales —pero también importantes normas precisas y concretas— enderezados a defender los derechos individuales de la persona tanto en lo patrimonial como en lo extrapatrimonial, garantizando así la reserva del ámbito privado de cada uno de los sujetos.

Reseñaremos a continuación algunos ejemplos de lo expuesto, a los fines de desterrar la idea consistente en que el nuevo Código descuida la "individualidad" o lo "patrimonial" en pos de privilegiar los derechos colectivos a través de normas de orden público que invadirían y desconocerían la autodeterminación de las personas.

En mérito a la extensión de este trabajo, dejaremos para otra oportunidad el análisis de cuestiones vinculadas a, por ejemplo, la capacidad de las personas, el derecho de familia en general, los contratos en particular o el derecho comercial, las cuales también podrían tener una relación con la temática en estudio, pero su desarrollo excedería los límites de este ensayo.

La idea es centrarnos en los grandes principios de la teoría general del Código y su impacto para cada uno de los sectores que pretenden regularse.

a) Inexcusabilidad del error de derecho. Seguridad jurídica

En su artículo 8°, el Código mantiene el principio de inexcusabilidad del error de derecho, circunstancia que sin dudas posee como objetivo la preservación del valor "seguridad jurídica" que debe regir en todo Estado de derecho.

El nuevo Digesto, en similares condiciones a las preceptuadas por el artículo 20 del Código de Vélez, consagra esta ficción jurídica consistente en que "el derecho es por todos conocido", a los fines de que no resulte factible invocar la ignorancia de la norma como causa válida para el incumplimiento de una obligación legal.

En este punto es claro que resulta cada vez más complejo —hasta para los operadores jurídicos familiarizados con este tipo de cuestiones— el hecho de abarcar todas las fuentes jurídicas que confluyen en la regulación de cada sector específico.

Ello así por cuanto proliferan a diario normativas emanadas de órganos de todo tipo —formales y no formales— que persiguen legislar la cada vez más variada realidad social.

El "boom normativo" al cual estamos expuestos en la actualidad acentúa cada vez más el carácter ficticio de la premisa que emana del artículo 8° del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por tal motivo es que la doctrina ha propuesto formular modificaciones y flexibilizaciones al respecto, con el objeto de permitir, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, la invocación del error de derecho para eximir a determinadas personas o grupos de las consecuencias legales impuestas a raíz de incumplimientos normativos.

Siguiendo estas premisas, el Código podría haber legislado de modo diferente al que lo hizo e introducido excepciones al principio general consagrado en el artículo 8° derivadas, por ejemplo, de determinadas situaciones de debilidad o vulnerabilidad o bien en supuestos particulares, tal como lo hacía el Proyecto de 1998 (2).

Sin embargo, la norma en estudio ha preferido mantener en este punto la tradición jurídica vigente hasta el momento y ha privilegiado la seguridad en los vínculos entre las personas.

Se trata de un claro principio de política legislativa que, incluso, trasciende la legislación de derecho privado y se erige en uno de los pilares del ordenamiento jurídico argentino.

En lo que hace a nuestro estudio, evidentemente estamos en presencia de una concreta intención del legislador de proteger los intereses privados y garantizar los intercambios entre particulares, sin posibilidad de excusas fundadas en el desconocimiento de las fuentes jurídicas.

b) Derechos personalísimos. Derechos sobre el cuerpo humano

Un segundo grupo de ideas de las cuales se nos ocurre que surge la intensa protección de la individualidad y de la autodeterminación de la persona se desprende de la regulación destinada a los derechos personalísimos, en general, y a los derechos sobre el cuerpo humano, en particular.

En este campo, el respeto a las decisiones personales del individuo luce como diáfano, al tiempo que la intervención estatal al respecto se presenta como excepcional y de carácter restrictivo.

La positivización armónica y sistémica de los derechos personalísimos es novedosa, ya que no existía como tal en el Código de Vélez, circunstancia que fortalece el ámbito de la esfera íntima de los particulares.

Los actos de disposición sobre derechos personalísimos son admitidos por el artículo 55 del Código, en tanto y en cuanto no se presenten como contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres.

El consentimiento no puede presumirse y su interpretación debe ser restrictiva y libremente revocable.

Esta concepción inicial recepta también ideas consolidadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en nuestro país.

Se preserva de modo contundente la esfera íntima de la persona, sin que puedan justificarse intervenciones estatales en las decisiones particulares que aparezcan como violatorias de lo normado por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

La jurisprudencia ha resuelto un sinnúmero de casos sumamente complejos e intrincados sobre disposición derechos personalísimos, incluso vinculados a la salud o a la vida.
Sólo por reseñar el fallo más reciente producido por la Corte Federal en este punto, referiremos brevemente a lo ocurrido en los autos "D., M. A. s/ declaración de incapacidad" (3).

La compleja y difícil discusión en el caso consistió en determinar si es posible quitarle la alimentación e hidratación a un paciente que —según los diferentes estudios y términos médicos específicos aportados, entre otros, por el Cuerpo Médico Forense de la Corte y por el Instituto de Neurociencias Fundación Favaloro— se encontraba en estado terminal, vegetativo o de conciencia mínima (4).

Se trataba de un paciente mayor de edad que hacía más de veinte años se encontraba internado a raíz de lesiones sufridas en un accidente automovilístico, sin conciencia de si' mismo ni del mundo que lo rodeaba, alimentado a través de una sonda y sin posibilidad alguna de recuperación.

La problemática adicional consistió en que en ningún momento la persona suministró alguna directiva anticipada para actuar en este caso.

Si lo hubiese realizado, estaríamos en presencia de una clara expresión de voluntad respecto de la disponibilidad de derechos personalísimos, amparada de manera expresa por el artículo 60 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Esta norma faculta a todo individuo plenamente capaz para anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad, designando a las personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela.

Las hermanas del paciente, en el caso, peticionan judicialmente dejar de alimentarlo y de hidratarlo, atento a la falta total de posibilidades de recuperación que había sido comprobada desde el punto de vista médico.

La Corte se posiciona en este supuesto frente a la disyuntiva entre privilegiar la

voluntad del sujeto en relación con su derecho personalísimo de no continuar viviendo bajo las condiciones en que se encontraba desde hacía veinte años — voluntad que en el caso es expresada por las hermanas— y, por otro lado, el respeto a la vida en términos genéricos, a la integridad física, psíquica y moral que defendió en la causa tanto el curador *ad litem* como el representante del Ministerio Público de Incapaces.

Relacionando los conceptos que tratamos bajo el presente título, el Máximo Tribunal analiza lo normado por el artículo 6° de la ley 25.629 de Derechos del Paciente, con remisión al artículo 21 de la ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y alega que — "Por estar en juego derechos personalísimos a la salud y a la vida, no se trata de que las personas autorizadas por la ley (hermanas de M. A. D.), decidan la cuestión relativa a la continuidad del tratamiento médico o de la provisión de soporte vital de su hermano en función de sus propios valores, principios o preferencias, sino que ellas sólo pueden testimoniar, bajo declaración jurada, en qué consiste la voluntad de aquél a este respecto. Es decir que no deciden ni 'en el lugar' del paciente ni 'por' el paciente sino comunicando su voluntad". — "Partiendo del concepto de que justamente por tratarse M. A. D. de una persona humana que posee derechos fundamentales garantizados, lo que este pronunciamiento procura es garantizar el máximo respeto a su autonomía y asegurar que ésta sea respetada en una situación en la que él no puede manifestar por sí mismo su voluntad a causa del estado en que se encuentra".

Lo que se intenta, entonces y tal como lo afirmáramos al iniciar este título, es proteger al máximo la voluntad y la autonomía del paciente, sin que resulte viable imponer decisiones, valores o principios ajenos a tal autodeterminación cuando de derechos personalísimos se trata.

De manera enfática sostiene la Corte que "La decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional (art. 19)".

Para decidir el caso se apoya también en un reciente fallo del Consejo de Estado francés (5) en el cual se autorizó el retiro de la nutrición y la reducción de la hidratación de una persona que se encontraba en un estado similar al de M. A. D.

Por una serie de interesantes y abundantes fundamentos, la Corte Suprema sentenció que "Corresponde admitir la pretensión deducida a fin de garantizar la vigencia efectiva de los derechos del paciente en las condiciones establecidas por la ley 26.529. En especial, deberá darse cumplimiento con el artículo 2°, inciso e), *in fine,* en cuanto precisa que en los casos en que corresponde proceder al retiro de las medidas de soporte vital es menester adoptar las providencias y acciones para el adecuado control y alivio de un eventual sufrimiento del paciente".

Por último, e incluyendo preceptos que trascienden la decisión judicial adoptada en el pleito a los fines de ser extrapolada a otros casos similares con el objeto de reducir al máximo posible la angustia e incertidumbre que generan este tipo de "opciones trágicas" (6), la Corte dispone que "no debe exigirse una autorización judicial para convalidar las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos, en la medida en que éstas se ajusten a los supuestos y requisitos

establecidos en la ley 26.529, se satisfagan las garantías y resguardos consagrados en las leyes 26.061, 26.378 y 26.657 y no surjan controversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión".

Citamos aquí esta expresión judicial porque nos parece que sigue la dirección del paradigma que el nuevo Código instala al momento de tutelar la individualidad personal a través de los derechos personalísimos (7).

Las prerrogativas que hemos comentado —sumadas a otras como, por ejemplo, las contenidas en el artículo 17 que facultan a la persona a disponer sobre su cuerpo humano para fines afectivos, terapéuticos, científicos, humanitarios o sociales— recogen y sistematizan también lo reseñado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia al respecto (8) e implican una clara defensa de los derechos individuales que reconoce el Código.

c) Dignidad de la persona humana. Protección de la vida privada

Otro de los ejes centrales del Código Civil y Comercial —en general— y de la tutela de la individualidad personal —en particular— lo constituye el relativo a la dignidad de la persona humana y a la protección de su vida privada.

La regulación nuclear en este punto la encontramos en el artículo 51, que declara la inviolabilidad de la persona, al tiempo que reconoce el derecho a su dignidad.

Luego, para el caso de lesiones a la dignidad personal en todos sus aspectos y variantes, el artículo 52 habilita las acciones preventivas y resarcitorias diseñadas en el título general dedicado a la responsabilidad civil.

Se provee, además, según lo normado por el artículo 1770, de una acción de cesación —y en su caso de indemnización— para supuestos de intromisión en la vida ajena a través de publicación de retratos, difusión de correspondencia, mortificación a sujetos en sus costumbres, sentimientos o perturbaciones de la intimidad a través de cualquier medio.

En estas previsiones detectamos también la enfática postura que asume el Código en relación con la preservación de la esfera individual de la persona al intentar sustraerla de invasiones provenientes tanto de particulares como del poder público.

Aquí nada tiene que hacer el legislador más que garantizar al máximo posible la inviolabilidad de la persona humana.

50 pretexto de incurrir en un accionar inconstitucional, no resultarán ajustadas a derecho reglamentaciones de garantías constitucionales que desconozcan la esfera íntima y privada de los sujetos.

51 bien cualquier derecho fundamental no es absoluto sino que resulta susceptible de reglamentación (9), toda restricción debe respetar el límite del núcleo esencial del derecho en juego, así como la dignidad de la persona humana.

Estas prerrogativas poseen amparo suficiente en las reglas, principios y valores contenidos en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Por lo expresado, pensamos que no existe motivo alguno para argumentar que el nuevo Código posibilitará la intromisión del Estado en la vida privada de los particulares mediante normativa imperativa, ya que la valla proveniente del respeto a la dignidad de la persona humana y a su esfera de reserva operarán siempre como contorno de la actividad pública.

d) Autonomía de la voluntad contractual

En relación con uno de los principales institutos del derecho privado clásico, el nuevo Código trae también consigo una serie de premisas dirigidas a fortalecer al máximo la institución.

Nos referimos a autonomía de la voluntad expresada por las partes a través de los contratos.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula en este punto de manera diferente a los contratos paritarios, a los celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas y a los contratos de consumo (10).

Desde ya que la riqueza y complejidad que presenta la temática es amplísima y excede notoriamente los alcances de este trabajo.

Solo aportaremos bajo este título algunos indicadores extraídos de la teoría general del contrato plasmada en el Código que nos servirán para sustentar la tesis principal de este pasaje en cuanto a la evidente facilitación de la autonomía de la voluntad en este punto.

Claramente, a partir del artículo 958, el Código otorga libertad para contratar y también para diseñar el objeto y los efectos del pacto, siempre dentro de los límites impuestos por la ley, el orden y la moral públicos y las buenas costumbres.

Este principio, según el artículo 990, se manifiesta asimismo para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato y para abandonarlas en cualquier momento.

Es decir que se mantiene la noción consistente en que las partes son libres para regular sus vínculos jurídicos a través de los contratos cuando de relaciones paritarias se trata y tienen derecho para actuar de ese modo sin que nadie pueda intervenir de manera ilegítima en tales expresiones de la voluntad.

Es por ello que el artículo 960 impide a los jueces modificar las estipulaciones de los

contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta de modo manifiesto el orden público.

Bajo el régimen de este Código, entonces, no es posible predicar la extinción de la autonomía de la voluntad ni, como se ha escrito, la "muerte del contrato" (11).

Todo lo contrario: el contrato como medio por antonomasia para adquirir derechos y contraer obligaciones permanece indemne y ajustado a los parámetros constitucionales, tal como lo requiere nuestro ordenamiento jurídico vigente (12).

Este paradigma no se agota en la formación del contrato sino que persiste tanto en sus efectos como en la ejecución.

Se mantiene la máxima del efecto vinculante de los pactos en el artículo 959 y se agrega de modo contundente en el artículo 965 que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del sujeto.

En relación con esto último, advertimos que se recepta la jurisprudencia de la Corte en cuanto a que "el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva.

"Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19, Constitución Nacional), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14, Constitución Nacional) y de libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43, Constitución Nacional). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato, constituyen una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. Es en este sentido como debe ser interpretado el término 'propiedad' constitucional (art. 17, Constitución Nacional). No se trata de indagar si hay un derecho real o creditorio, sino de afirmar que la libertad, el derecho subjetivo y la posición jurídica relativas al contrato tienen rango constitucional" (13).

Además, se deja perfectamente claro en el artículo 962 que las normas introducidas por el Código en este tópico son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible.

O sea que, según lo previsto por el artículo 963, la única regulación que prevalece por sobre la autonomía de la voluntad en caso de concurrencia de fuentes que puedan llegar a reglamentar el contrato en particular son las normas indisponibles, ya sea provenientes de la ley especial o del propio Código.

En tal desarrollo, en los contratos paritarios se erige a la autonomía de la voluntad como la principal fuente normativa a la que pueden recurrir las partes a la hora de

diseñar el programa de derechos y obligaciones que regirá su vínculo sin que de ningún modo el poder estatal o el orden público pueda inmiscuirse en tal negociación.

Concluimos este acápite afirmando que el Código Civil y Comercial se preocupa por garantizar decididamente la autonomía de la voluntad sin intervención material en los pactos cuando de vínculos paritarios se trata.

Esta metodología también se encontraba presente en el Código derogado y se mantiene —con necesarias actualizaciones— en el nuevo sistema como uno de los principales pilares en la protección de "lo individual".

En razón de lo expuesto, creemos que no existen demasiados fundamentos razonables que permitan sustentar preocupaciones vinculadas a la proliferación de trabas o dificultades a la actividad comercial o empresaria derivadas de la entrada en vigencia de la legislación en comentario.

III. LA TUTELA DE LO "COLECTIVO" Y DE LO "DESIGUAL". AVANCE DEL ORDEN PÚBLICO

Al mismo tiempo que defiende de manera enérgica los derechos individuales —tanto en su variante patrimonial como extrapatrimonial—, el Código Civil y Comercial de la Nación realiza lo propio al positivizar la teoría de los bienes y derechos de incidencia colectiva, lo cual no hace más que receptar las sugerencias que tanto la doctrina como la jurisprudencia han proporcionado sobre la temática.

Ahora bien, no sólo en la regulación específica dedicada a los bienes se encuentran referencias a lo colectivo, sino que también podemos hallar previsiones de este tipo en sectores respecto de los cuales se detecta la necesidad de un mayor control a través de normativa de carácter imperativo o de orden público tendiente a preservar la esfera social o transindividual (14).

Nos extenderemos algo más sobre estos ejes, atento a que su "codificación", en virtud de la novedad que apareja, ha sido y será lo que mayor debate genera.

a) Límites a la disponibilidad sobre derechos personalísimos. Renuncia de derechos

Bajo el título II.b de este trabajo hemos aportado algunas ideas respecto del amparo que otorga el Código Civil y Comercial a los derechos personalísimos de carácter individual.

Ahora bien, y al mismo tiempo, la nueva norma contiene una serie de previsiones que intentan balancear las prerrogativas reseñadas anteriormente con la tutela de ciertas garantías que se consideran de mayor peso en la ponderación efectuada por el legislador.

Nos referimos, por ejemplo, a lo normado por el artículo 13, que prohíbe la renuncia

general de las leyes, aunque sí la permite si se trata de los efectos de la ley en casos particulares, a excepción de que el ordenamiento jurídico lo prohíba.

Más adelante, y en el capítulo dedicado a regular la renuncia de derechos como acto jurídico, el artículo 944 la habilita, con la condición de que no esté prohibida y que sólo afecte intereses privados.

Si ponemos en diálogo estos dispositivos con el resto de la hermenéutica contenida en el Código, podremos concluir en que existen ciertas ocasiones y cierto tipo de derechos personalísimos —tanto individuales como colectivos— cuya disponibilidad o renunciabilidad se encuentra fuertemente reducida.

Por un lado, en supuestos de vulnerabilidad o de imposibilidad de expresión libre de la voluntad, deberá interpretarse de manera sumamente restrictiva la posibilidad de disponer de los derechos individuales.

Por otra parte, y en materia de derechos de incidencia colectiva, la renunciabilidad es prácticamente nula, ya que ninguna persona puede ostentar derechos de dominio exclusivo sobre los bienes colectivos.

Si a ello sumamos que el artículo 1720, al prever el consentimiento del damnificado como causa de justificación, dispone que sólo puede liberar de responsabilidad civil por daños derivados de lesiones a *bienes disponibles,* coincidiremos en que muy difícilmente puedan invocarse estas prerrogativas cuando de derechos colectivos se trata, ya que estos últimos no resultan disponibles para las partes (15).

Concluimos entonces en que transitan por el mismo camino las disposiciones tendientes a garantizar las libertades personales en el ejercicio de los derechos individuales junto con aquellas otras que limitan tales prerrogativas frente a situaciones en las cuales es necesario equiparar a sujetos desiguales o en ocasiones en las que se encuentra en juego algún bien colectivo.

No es lo mismo legislar sobre el derecho a la salud, a la privacidad, a la intimidad o a la vida de cada persona que hacerlo respecto del medio ambiente, a los derechos de los consumidores o de grupos minoritarios discriminados.

En el primer grupo, el Código se posiciona sobre una fuerte defensa de la autodeterminación, ya que cada individuo puede planificar su vida como lo desee, siempre y cuando respete los estándares mínimos que surgen de la convivencia social.

En el segundo grupo, en cambio, es necesario establecer otro tipo de contornos más "materiales" que permitan privilegiar determinados valores a los que el paradigma constitucional asigna mayor jerarquía por sobre la disponibilidad de los derechos individuales.

Es por este motivo, entonces, que hallamos aquí un primer indicio de balance entre lo individual y lo colectivo y entre lo público y lo privado.

***b) Derechos individuales. Derechos de incidencia colectiva. Medioambientalización del derecho privado* (16)**

Otro gran campo en el cual se refleja de manera palmaria la introducción de conceptos vinculados al orden público es el de la codificación de la teoría de los bienes colectivos y del concepto de desarrollo sostenible.

El nuevo Digesto principia por reconocer en su artículo 14 la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de derechos individuales y de incidencia colectiva (17), debiéndose aclarar aquí que el Anteproyecto incluía también la categoría de intereses individuales homogéneos, que fue suprimida del texto final.

Consideramos que no resulta determinante ni preocupante esta supresión, ya que, aun en ausencia de normativa expresa que los reconozca, los intereses individuales homogéneos son y seguirán siendo admitidos por la jurisprudencia a través del diseño de procesos colectivos que tramitan usualmente los tribunales (18).

Sea como fuere, es evidente que la nueva norma adopta una clara posición en cuanto a dejar de lado la visión propia del derecho clásico sesgada a legislar la relación de las personas con los bienes de carácter individual para pasar a valorar otro tipo de derechos que van más allá de la esfera íntima del sujeto.

La codificación de los derechos de incidencia colectiva se erige como una expresión de la constitucionalización del derecho privado, ya que mediante el dispositivo en comentario se recepta lo ya previsto por los artículos 41 a 43 de la Carta Magna.

El artículo 14 no se agota sólo en el reconocimiento de ambas categorías sino que avanza en afirmar 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.

Esta preferencia por lo colectivo es mantenida aún con más detalle en el artículo 240, al ordenar que el ejercicio de los derechos individuales debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva 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 (19).

Con fundamento en el criterio de desarrollo sostenible y en el principio de equidad intergeneracional, será necesario introducir la variable colectiva frente a cada relación jurídica que ingrese dentro de las previsiones del nuevo Código.

Bajo tal paradigma, el ejercicio de los derechos individuales no podrá juzgarse como lícito según los dispositivos del Código ni como constitucionalmente válido de

acuerdo a lo previsto por la Carta Magna si no resulta sustentable.

El artículo 1973, dedicado a las inmisiones inmateriales, posee también contenidos de carácter medioambiental al mantener el criterio ya sentado por el artículo 2618 del Código de Vélez referido a que las molestias no podrán exceder la "normal tolerancia"; adicionando que la autorización administrativa para funcionar no operará como causal eximente de responsabilidad civil.

El impacto que posee esta cuestión es enorme y supera notoriamente los propósitos de este trabajo.

Sólo nos limitamos aquí a resaltar que deberán ser repensados hasta los más clásicos y contundentes derechos individuales, como ser los vinculados a la propiedad privada (20), a la contratación y al ejercicio de una industria lícita.

Sin embargo, claro está que —pese a algunas críticas que ha ensayado la doctrina (21) — esta sistematización no producirá caos alguno debido a que, por ejemplo, desde la jurisprudencia ambiental ya se han aplicado estas nociones utilizando los instrumentos y principios provenientes del artículo 41 de la Constitución Nacional y también los emanados de la Ley General del Ambiente 25.675.

De ninguna manera se abolirá con este paradigma el derecho de propiedad, ya que — en virtud de la legislación constitucional e infraconstitucional citada en el párrafo que precede— las exigencias que introduce el Código ya se encontraban vigentes en nuestro Estado de derecho (22).

Incluso hasta podríamos decir que estos conceptos han sido receptados y aplicados enfáticamente por la jurisprudencia mucho antes de la reforma constitucional de 1994, por ejemplo en el célebre caso de los "Saladeristas Podestá" fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Los saladeristas de Barracas no pueden por consiguiente invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no sólo porque él se les concedió bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria" (23) .

Si razonamos que estas palabras —pronunciadas en el año 1887 por el Más Alto Tribunal del país sin norma escrita de ningún tipo que las sustente, pero sí basadas en importantes principios y valores jurídicos— no generaron caos ni aniquilamiento de derechos alguno, no detectamos el motivo por el cual las reglas contenidas en los artículos 14 y 240 del nuevo Código deberían producir tales consecuencias en el siglo XXI y habiendo evolucionado tanto la sociedad como el ordenamiento jurídico que pretende regularla.

A los fines de este trabajo, alcanza con apuntar que el diseñado por el Código se trata de un esquema interesante de armonización y compatibilización que nos incentivará a innovar en soluciones que lleven a alcanzar uno de los mayores desafíos en materia de bienes colectivos, cual es el de la efectiva implementación de la normativa protectoria.

Se ha objetado también desde aquellos que pretendían una tutela aún mayor de los bienes colectivos la supresión del artículo 241 del Anteproyecto que consagraba el derecho humano al agua potable.

Sin embargo, entendiendo nuevamente que la jurisprudencia es y será fuente de derecho en el ordenamiento jurídico argentino, pese a que no esté expresamente mencionada en el Código Civil y Comercial de la Nación, pensamos que la calificación del acceso al agua potable como derecho fundamental merecedor de tutela posee plena vigencia en nuestro sistema.

Ello así, ya que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "No hay duda de que en el caso existe la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo tiempo existe una demora de la demandada en la solución definitiva de esta situación" (24).

Remarcamos una vez más que no resulta nada novedoso que por vía jurisprudencial se hagan efectivos derechos que no se encuentran positivizados, ya que esto sucede aun desde antes de la sanción del Código Civil y Comercial.

La propuesta consiste en no sesgarse al frío texto de la norma sino, por el contrario, interpretarla e integrarla de manera armónica con todo el sistema de fuentes de nuestro derecho, tal como lo insinuaremos en el título cuarto del presente ensayo.

Calificamos entonces como un gran avance esta sistematización de los derechos y bienes que ha desarrollado la codificación, la cual se presenta como una expresión más de la preocupación del legislador por tutelar garantías que exceden la esfera individual de la persona.

c) Objeto de los actos jurídicos. Objeto de los contratos. Interpretación

En materia de objeto de los actos jurídicos y de los contratos, también se detecta la necesidad de introducir nociones tuitivas de aquellos sujetos que puedan resultar vulnerables en alguna situación determinada y, por tanto, regular la problemática a través de normativa indisponible para las partes.

Es por ello que, a la par que se garantiza la libertad y autodeterminación de los sujetos, tal como lo reseñáramos en el título ll.d, se aportan también algunos principios y normas concretas que tienden a disminuir asimetrías o dificultades en la configuración del consentimiento, aun en vínculos paritarios.

Se lee, por ejemplo, que el objeto del acto jurídico (25) y del contrato (26) no debe ser

un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana.

Observamos en este punto una necesaria intromisión que contorsiona la autonomía de la voluntad de las partes al abrir la puerta de entrada de los actos jurídicos en general y de los contratos en particular para el ingreso de nociones provenientes de la teoría de los derechos fundamentales (27).

A las limitaciones clásicas provenientes de la moral, el orden público y las buenas costumbres se adiciona la figura de la dignidad humana.

El carácter imperativo de ciertos campos legislativos ajenos a la autonomía de la voluntad es también reforzado por el sistema general del Digesto según lo normado por el artículo 12, al disponer que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

Esta idea es importante, ya que nos conduce a reflexionar acerca de que la mayoría de la legislación microsistémica que protege derechos fundamentales se autocalifica como de orden público (28).

Estos campos normativos operarán también como contornos de la autonomía de la voluntad que las partes perfeccionan en sus contratos, exigiendo que las cláusulas no afecten de modo directo ni indirecto los bienes colectivos, circunstancia sobre la cual nos extenderemos en el título que sigue, ya que en este pasaje analizamos normas vinculadas a los vínculos paritarios.

Sea como fuere, y aun en pactos entre "iguales", la implementación de conductas relacionadas a la previsibilidad y a la precaución serán impostergables en el campo contractual, so pretexto de incurrir en la introducción de cláusulas ilícitas y nulas por violatorias de regímenes de orden público.

En todo acuerdo de partes que directa o indirectamente pueda afectar derechos protegidos por normativa imperativa o de orden público (29) deberán tenerse presentes las limitaciones previstas por los artículos citados bajo este acápite.

Algunas legislaciones de derecho comparado, incluso, han llegado a consagrar la función socioambiental del contrato (30), propuesta que ha sido apoyada también en nuestro país por la doctrina (31).

La teoría general del contrato esbozada por el Código Civil y Comercial de la Nación trae asimismo consigo interesantes pautas de interpretación que pretenden garantizar el respeto de la verdadera intención de las partes y la confianza que debe guiar a todo pacto.

El artículo 1061, además de consagrar como principal método interpretativo el

consistente en desentrañar la intención común de las partes, erige al principio de la buena fe como guía específica en este punto.

De manera aún más contundente el artículo 961 ordena que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, en la misma línea que el artículo 991 lo exige para el comportamiento de las partes en las tratativas preliminares.

Ampliando estas ideas, el artículo 1067 dispone que la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto (32).

Estas regulaciones, que de manera somera mencionamos en nuestro ensayo, expresan una clara intención del legislador consistente en garantizar del mejor modo posible la lealtad entre las partes que celebran un contrato.

Aun estando fuera de la órbita de los pactos instrumentados por adhesión o de los de consumo que poseen reglas diferentes, el Código juzga procedente incluir pautas mínimas para dejar en claro que la autonomía de la voluntad dentro de un Estado de derecho no es absoluta sino que debe ejercerse de manera razonable y de buena fe.

Colocamos bajo el presente título estas reflexiones, atento a que consideramos que bien pueden jugar como una loable expresión de la necesidad de tutelar lo colectivo y/o lo social, en balance con la igualmente férrea defensa de lo individual que formula el Digesto en estos temas.

d) Contratos celebrados por adhesión. Contratos de consumo

Transitando el camino de la recodificación del derecho privado que se propone el nuevo Código, uno de los grandes campos que se resistematizan a través de reglas concretas y principios generales sin derogar la normativa especial es el de las relaciones de consumo.

También se incluyen previsiones propias y diferenciadas para los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

Se trata —al igual que las temáticas anteriores abordadas en este trabajo— de campos teóricos sumamente amplios y riquísimos en los debates que podrían plantearse.

Desde ya que sólo nos limitaremos aquí también a formular una serie de apuntes concretos que hacen al objeto de nuestra hipótesis.

Es evidente que, al regular este tipo de vínculos, se lo hace bajo un modo de precomprensión de la situación totalmente diverso al expuesto bajo el título segundo de este trabajo y al que se desprende de lo tenido a la vista por Vélez en su Código.

Ello así, simple y claramente, por cuanto los sujetos y el objeto a tutelar difieren

notoriamente de los evaluados en los vínculos paritarios.

En este prisma, el Código comienza por tener en cuenta estas variantes ya desde su título preliminar al disponer en el artículo 11 que tanto el principio de buena fe como la teoría del ejercicio abusivo de los derechos se aplican también cuando se abuse de una posición dominante en el mercado.

Más adelante, en la sección dedicada a los contratos por adhesión entendidos como variantes de la formación del consentimiento negocial, se aportan pautas dirigidas a garantizar la preservación de los intereses del adherente.

Este esquema responde a la necesidad de comprender una realidad que se presenta a diario consistente en que el predisponente expone a su cocontratante a riesgos derivados de la falta de comprensión o de información respecto de las cláusulas generales.

Por ello, recogiendo lo sugerido por la doctrina y la jurisprudencia, se incluyen, por ejemplo, en el artículo 985 previsiones dirigidas a que las cláusulas generales predispuestas resulten comprensibles y autosuficientes, debiendo su redacción ser clara, completa y fácilmente legible.

También se prescribe que deben tenerse por no convenidas aquellas cláusulas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan al adherente, además de que, en caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

Por otra parte, el artículo 987 positiviza la noción interpretativa que venía aplicando el derecho judicial en cuanto a que las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se entienden en sentido contrario al predisponente, mientras que el artículo 988 suministra tres parámetros de abusividad de cláusulas predispuestas, las cuales se deberán tener por no escritas.

En materia de relación de consumo, se legisla igualmente de manera amplia y tuitiva, comenzando por consagrar en el artículo 1094 los principios de protección del consumidor, de acceso al consumo sustentable y de *"in dubio pro consumidor",* este último reiterado de similar modo para la interpretación de los contratos de consumo según el artículo 1095.

Una idea interesante que vuelve a poner de resalto a la dignidad humana es la exigencia de trato digno y no discriminatorio que los artículos 1097 y 1098 asignan a los proveedores en su vínculo con los consumidores y usuarios, dignidad que debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos (33).

La tutela hacia los consumidores se extrapola a los contratos bancarios en que tales

sujetos sean parte, ya que el artículo 1384 precisa que "las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093".

Se permite, sí, en esta órbita, a diferencia de lo que apuntáramos en el título II.d para los contratos paritarios, la intervención administrativa o judicial a los efectos de controlar la incorporación de cláusulas abusivas y, en su caso, declarar la nulidad parcial del pacto.

Vemos entonces que los dispositivos reseñados traen al Código estos grandes principios que ya constaban en la ley 24.240, pero que son sistematizados dentro del esquema tripartito de la teoría contractual que el nuevo documento aporta.

Se trata claramente de una materia que ejemplifica lo sostenido en este ensayo en referencia al balance que intenta el Código, regulando de manera diferente este tipo de vínculos "no paritarios" en relación con los contratos "entre iguales".

La novedad radica en la resistematización que se adopta —sin derogar los microsistemas— a través de la introducción de principios provenientes del derecho del consumidor con el objeto de lograr una más eficiente protección de la parte débil de la relación, circunstancia que era ajena al Código de Vélez.

e) Responsabilidad civil

El último de los tópicos que abordaremos bajo este título general se relaciona con las previsiones de "lo colectivo" tenidas a la vista por el Código a la hora de diseñar el sistema de responsabilidad por daños.

Si bien ya nos hemos explayado al respecto en otro trabajo a cuyas consideraciones remitimos en honor a la brevedad (34), diremos aquí que ya desde la definición de daño que expresa el artículo 1737 se nos invita a reflexionar sobre los bienes colectivos: "Hay daño cuando se lesiona 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".

Luego, al ampliar el artículo 1708 las funciones de la responsabilidad civil incluyendo de manera explícita a la tutela preventiva, se despliega una serie de instrumentos sumamente propicios para la efectiva conservación de los bienes comunes.

En materia ambiental, por ejemplo, todo el instrumental jurídico se endereza a la prevención y precaución de los perjuicios colectivos, en razón de lo cual este espacio obrará como ámbito de aplicación por antonomasia de la acción preventiva diseñada por el artículo 1711, pensada como instrumento para la efectiva aplicación del deber general de evitación de daños consagrado por el artículo 1710.

Se ha criticado en este punto la supresión de la función punitiva o sanción pecuniaria disuasiva que mencionaba el artículo 1708, luego desarrollada por el artículo 1714,

ambos del Anteproyecto.

Juzgamos como valederas estas observaciones, ya que el instituto había sido pensado para cubrir aquellos "graves menosprecios a los derechos de incidencia colectiva" que suelen presentarse asiduamente en supuestos en los cuales resulta más económico indemnizar los perjuicios que adoptar medidas de prevención.

La idea del "ilícito lucrativo" es muy usual en la problemática medioambiental, ya que las empresas e industrias externalizan sus costos y no perciben detrimento económico alguno por los servicios ambientales que utilizan.

Los daños que se generan a través de actividades o proyectos no sustentables son de difícil o imposible reparación, al tiempo que en ocasiones las medidas preventivas tampoco llegan a tiempo.

Ergo, la sanción pecuniaria disuasiva hubiese sido un instrumento interesante a incorporar para la teoría general de la responsabilidad civil en el derecho argentino, además de la previsión ya existente para daños a consumidores en el artículo 52 bis de la ley 24.240.

Será éste un campo de desarrollo y análisis que deberá encarar tanto la jurisprudencia como la doctrina y —¿por qué no?— también algún futuro proyecto legislativo que permita subsanar la supresión que en este punto ha padecido el nuevo Código.

En otro orden, pero también en el ámbito de la responsabilidad civil, el Digesto en análisis incluye instituciones de tinte "material" que denotan de igual modo una preocupación por disminuir ciertas debilidades estructurales en los vínculos.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 1735, que faculta al juez para distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de los sujetos se halla en mejor situación para aportarla, con la condición de que lo comunique a las partes durante el proceso.

Esta aplicación de las cargas probatorias dinámicas a la acreditación de la culpa expresa la necesidad de contemplar ciertas situaciones particulares que aconsejan apartarse de los principios vigentes para la generalidad de los casos y, en su lugar, colocarse del lado más débil de la relación jurídica con el objeto de restablecer el equilibrio.

La positivización del principio de reparación plena dispuesta por el artículo 1740 —ampliamente reconocido por la doctrina y por la jurisprudencia en forma previa a la sanción del Código— ayuda igualmente a suministrar mayor protección a la víctima de daños, ya sea de carácter individual o colectivo.

En síntesis, pensamos que también el sistema de responsabilidad civil desarrollado

por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se encuentra impregnado de un conjunto de normas, principios y valores tendientes a proteger, por un lado, a los bienes colectivos y, por otro, a situaciones de debilidad o vulnerabilidad que exigen instrumentos diferenciados y particularizados.

IV. MÉTODOS DE ARMONIZACIÓN E INTERPRETACIÓN

Formuladas en los dos títulos que anteceden las consideraciones relativas tanto a la impronta "individual" y "liberal" como a las referencias "colectivas" y "sociales" que trae el Código Civil y Comercial, se impone a modo de cierre de lo expuesto pensar la forma en que la propia norma sugiere compatibilizar ambos paradigmas.

En esa línea —y sin pretender agotar la temática— sostenemos que los dos campos que hemos explorado hasta aquí bien pueden convivir en el nuevo Código siguiendo las reglas, principios y valores que surgen del título preliminar.

Este apartado, además de resultar sumamente novedoso, es la clave de bóveda para comprender la inteligencia y la sistematicidad de todo el Código, en razón de lo cual creemos que siempre debe recurrirse a sus premisas a los efectos de resolver los casos que se presenten (35).

a) Control de constitucionalidad y convencionalidad

Desde el primero de sus artículos el Código dispone que los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.

Se sintetiza en palabras, a nuestro modo de ver, uno de los principales procesos que recepta la legislación en análisis, cual es el de la constitucionalización del derecho privado.

En lo que respecta particularmente a nuestra tesis, evidentemente las reglas de armonización entre derechos individuales y colectivos parten de la Constitución Nacional y del sistema de derechos fundamentales al cual nuestro país se encuentra afiliado.

De este modo, tanto los derechos de los consumidores como los vinculados al disfrute de un medio ambiente sano, como los relacionados a la paz o a los grupos minoritarios víctimas de actos discriminatorios, cuentan con una fuerte tutela constitucional y convencional.

En materia medioambiental se ha sostenido que la preservación de este macro bien opera como una suerte de presupuesto o prerrequisito para el disfrute de los demás derechos, motivo por el cual, en casos de colisión de normas tuitivas, debe estarse siempre a privilegiar la protección del ambiente (36).

Las generaciones futuras como sujetos de derecho constitucional se hallan también amparadas por el artículo 41 de la Carta Magna, al igual que lo están los consumidores y usuarios por el artículo 42.

De manera contundente, entonces, el equilibrio entre derechos colectivos e individuales posee sustento normativo en la Constitución Nacional, circunstancia que es receptada por el Código en cada uno de los preceptos que hemos comentado.

En nada desvirtúa el nuevo Digesto en este punto lo ya vigente a partir de la reforma constitucional de 1994 en nuestro ordenamiento jurídico; circunstancia por la cual, *prima facie,* no aparecerían como fundados aquellos temores vinculados a la posibilidad de avasallamiento de ciertos derechos individuales que facilitaría el Código Civil y Comercial.

El principio de supremacía que consagra el artículo 31 de la Carta Marga obviamente se encuentra vigente desde antes de la sanción del nuevo Código y con sólidas aplicaciones jurisprudenciales en el sentido de ajustar las previsiones de todo el ordenamiento jurídico a los mandatos constitucionales.

Por otro lado, el tratamiento diferenciado a través de "acciones positivas" que intentan disminuir debilidades estructurales cuenta de la misma manera con amparo constitucional en el artículo 75, inc. 23, así como también en los tratados de derechos humanos vigentes en nuestro Estado (37).

El nuevo Código respeta y extrapola todo este bagaje proveniente del sistema constitucional y convencional de derechos fundamentales, traduciéndolo al lenguaje de derecho privado plasmado en el Digesto.

Es por ello que se encarga de poner en diálogo lo público con lo privado y de regular bajo las máximas garantías vinculadas a la libertad aquellas relaciones que así lo ameritan, mientras que, por otro lado, viabiliza el ingreso del orden público o de normativa imperativa para aquellos otros campos en los cuales es necesaria una intervención mayor y diferenciada.

Por lo relatado, pensamos que se logra un razonable balance entre todos los intereses que hemos analizado en este ensayo, sin incurrir en arbitrariedad de ningún tipo.

b) Diálogo de fuentes

El segundo de los institutos que surgen del título preliminar y que contribuye en gran medida a la solución de los casos complejos que pretende resolver el Código es el del diálogo de fuentes.

Al disponer el artículo 2° que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus

palabras, 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, se nos está invitando a profundizar y sofisticar nuestros razonamientos jurídicos.

Bajo este paradigma, ya no podemos pensar los casos encuadrándolos en compartimentos estancos y subsumir los antecedentes fácticos en la norma especial que regula cada materia.

Por el contrario, al construir la solución concreta para cada supuesto singular se nos impone fomentar el diálogo entre el sistema y los microsistemas, aplicando y adaptando normas, principios y valores jurídicos.

Actuando bajo estas directrices, claro está, ya ha razonado tanto la doctrina como la jurisprudencia (38) aun anteriores a la entrada en vigencia del nuevo Código, de manera que tampoco desde este punto de vista existen demasiados elementos que puedan generar alguna preocupación mayor a la que pueda desprenderse de la necesidad de profundizar estos planteos científicos.

Ratificamos una vez más que una de las principales fuentes del Código han sido los valiosos desarrollos que tanto la jurisprudencia como la doctrina argentinas aportaron durante tantos años, circunstancia que contribuye fuertemente a generar previsibilidad y seguridad a todo aquel que se enfrenta a la nueva legislación (39).

Como también hemos adelantado, el Código Civil y Comercial de la Nación recodifica una serie de principios y valores que ya constaban en los microsistemas de derecho privado, razón por la cual desde ya que ha cambiado el perfil tradicional del Código en aquellos campos "invadidos" por este tipo de regulaciones.

En este marco, no debería generar asombro —por ejemplo— que el Código incluya instrumentos tendientes a favorecer a los consumidores en sus vínculos con los proveedores de bienes y servicios, mientras que, contrariamente, para los contratos paritarios consigne reglas totalmente diferentes.

Idénticas consideraciones valen a la hora del reconocimiento de las prerrogativas vinculadas a la propiedad privada frente a las restricciones provenientes de la tutela de los bienes colectivos, como el medio ambiente.

Se trata de premisas que se han codificado pero que anteriormente eran ya contempladas por los microsistemas y por los principios constitucionales, motivo por el cual concurrían —y deberán seguir concurriendo— al diálogo de fuentes para la solución de los casos concretos.

El principio *"in dubio pro debilis"* también poseía carta de ciudadanía en cada uno de los sectores normativos específicos vigentes con anterioridad al nuevo Código.

Así, y a modo de ejemplo, el microsistema tuitivo de los consumidores cuenta con un cúmulo de normas y principios que imponen interpretar en favor del consumidor tanto

la legislación como los contratos (40).

En materia de locación de inmuebles urbanos, la ley 23.091 contiene también prerrogativas tendientes a favorecer al locatario (41).

Sucede lo mismo con la normativa protectoria de los trabajadores (42), situaciones que con anterioridad a la sanción de la ley 20.744 eran subsumidas bajo los lineamientos de la locación de servicios prevista por el Código Civil, regulando de manera muy diferente a la cual lo hizo posteriormente la Ley de Contrato de Trabajo.

Similar filosofía impregna al microsistema tuitivo del ambiente a la hora preservar tanto al bien colectivo en sí mismo como a las víctimas individuales de daños ambientales (43).

Por lo tanto, observamos que en nada se excede el Código Civil y Comercial al traer al sistema general de derecho privado las reglamentaciones, principios y valores que hemos comentado más arriba en este trabajo.

Por tanto, las inquietudes que genera esta nueva "recodificación" (44) serán perfectamente salvadas a través de la interpretación y aplicación de las fuentes del derecho vigente, en la forma y bajo el paradigma previstos por el artículo 2° del propio Digesto.

Este modo de actuación que propone el Código, sumado a la consagración expresa de los valores y principios como fuentes de derecho, claramente llevará a los operadores jurídicos a encontrar puntos de equilibrio entre los diferentes modelos de regulación.

Desde ya que el esfuerzo será mayor y la tarea más compleja, pero se trata de la respuesta a encarar frente a una realidad cada vez más intrincada y difícil que exige del ordenamiento jurídico respuestas más efectivas.

c) Razonabilidad

La tercera y última pauta fundamental que se nos ocurre extraer del título preliminar del Código a los efectos de ponderar los diferentes campos de actuación que hemos abordado es la de la razonabilidad.

Se trata de una máxima relacionada también a lo manifestado en los dos títulos que preceden y que igualmente cuenta con fundamento constitucional, en este caso en el artículo 28 de la Carta Magna.

En lo que respecta al tópico de este texto —y puntualmente vinculado con las inquietudes que mencionábamos en las palabras introductorias— uno de los más usuales cuestionamientos que hemos detectado sobre el Código es que su forma de

regulación vía directrices "generales" y "abiertas" otorgaría demasiado poder a los jueces y facilitaría decisiones arbitrarias.

Ahora bien, por un lado, en cualquier Estado de derecho que se precie de tal son los jueces quienes definen los conflictos entre partes en ausencia de acuerdo.

Por otro lado, aún antes de la vigencia del nuevo Código, también existían grandísimos campos de conflicto en que los jueces han decidido de manera activa e intervencionista a través de la utilización de principios y valores generales emanados tanto del sistema como de los microsistemas de derecho privado y, fundamentalmente, de la Constitución Nacional.

De lo que se encarga el Código Civil y Comercial de la Nación en este acápite es de enfatizar en forma textual a través de su artículo 3° que la decisión judicial debe ser "razonablemente fundada".

En comentario a este artículo, sostiene la doctrina que "la decisión debe ser razonablemente fundada, expresión que se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

(...) El primer paso es aplicar la ley mediante el método deductivo. Para ello se debe delimitar un hecho probado conforme a las reglas procesales (elemento fáctico) y su correspondencia con una norma aplicable (elemento normativo), dando la solución al caso por la vía de la deducción.

"Debe comprobarse si la solución a la que se llega es consistente con los precedentes judiciales que establecieron reglas jurídicas para casos con elementos de hecho similares (elemento de consistencia)" (45).

Es claro entonces que, ya desde el título preliminar, el nuevo Código se preocupa por contextualizar y enmarcar las decisiones judiciales bajo el parámetro de la razonabilidad, lo cual excluye cualquier tipo de decisión que no respete los parámetros constitucionales (46).

El ingreso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, con todo su fecundo desarrollo histórico en nuestro derecho positivo y jurisprudencial, se presenta como nítido en el artículo 3° que analizamos.

Se trata de un fuerte parámetro que, desde ya, impide a cualquier magistrado excederse en sus funciones so pretexto de incurrir en una decisión judicial nula por injustificada y arbitraria.

El valor seguridad jurídica se halla plenamente preservado desde el momento en que los artículos 1° y 2° ordenan buscar la solución de cada caso, en primer término, dentro de lo prescripto por las palabras de la ley entendida como una de las principales fuentes de derecho.

Sin embargo, y de no hallarse la clave que brinde respuesta al diferendo singular,

deberá necesariamente continuarse con el análisis de los principios y valores jurídicos que emanan del sistema.

El control de constitucionalidad de cualquier resolución que tenga por objeto la controversia entre derechos individuales y colectivos o entre sujetos "fuertes" y "débiles" de la relación jurídica continuará operando del mismo modo en que lo hacía antes de la sanción del nuevo Código, y aún más reforzado por lo previsto en el artículo 3°.

Ha dicho la doctrina en comentario a los primeros tres artículos del Digesto en análisis que "el nuevo Código plasma, de manera expresa, la vinculación de la argumentación jurídica, los derechos humanos y el sistema constitucional con la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos. Aparece entonces como una manifestación de la necesidad de controlar democráticamente el poder del juez y con ello, hallar un criterio integrador y contextual del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva para todos los ciudadanos de un Estado constitucional de derecho" (47).

En esta línea, sostenemos también que las preocupaciones que en este sentido hemos mencionado al inicio de nuestro trabajo podrán ser responsablemente canalizadas a través de los procesos judiciales que seguramente se promoverán luego de la entrada en vigencia del Código; reiteramos, de forma similar al modo en que tramitaban con anterioridad y utilizando de manera coherente y precisa los instrumentos provenientes de la teoría de la argumentación.

Agregamos que este estándar de la razonabilidad excede el marco de las decisiones judiciales e irradia también hacia la interpretación y aplicación de cualquiera de los derechos que el nuevo Código comprende.

Así, en términos del artículo 28 de la Constitución Nacional, ninguna reglamentación legislativa o administrativa podrá aniquilar el núcleo central de los derechos fundamentales contenidos en el Código Civil y Comercial de la Nación, so pretexto de incurrir en un accionar irrazonable e inconstitucional.

El ejercicio de este tipo de derechos tanto por los particulares como por los entes públicos también deberá ajustarse a tal parámetro.

En esta postura, entonces, encontraremos una nueva guía para salvar nuestras inquietudes frente a "lo nuevo" y entender así que tanto el ejercicio de cada uno de los derechos que el ordenamiento jurídico concede —sean públicos o privados, individuales o colectivos— como la solución de los conflictos que se presenten deben ser "razonables" y respetuosos de todas las garantías constitucionales vigentes.

Se intentará lograr —de la misma forma en que se lo hacía previamente a la sanción

del nuevo Código— un prudente equilibrio entre la conservación de las prerrogativas vinculadas a las libertades y a la autodeterminación, en un extremo, y las relacionadas a la igualdad y a la tutela proveniente del orden público de protección, en el otro.

V. REFLEXIONES FINALES

Luego del repaso que hemos efectuado a lo largo de este trabajo, bien puede concluirse en que el nuevo Código mantiene y sistematiza las garantías dirigidas a tutelar los derechos individuales y privados de las personas a través de normativa supletoria de su voluntad y autodeterminación, las cuales hemos referenciado en los diversos acápites del título segundo de este texto.

En tal dirección, no desciframos que puedan fomentarse a partir de la nueva legislación conductas que comprometan o avasallen los derechos constitucionales de propiedad, ejercicio de industria lícita, intimidad, privacidad o libertad de contratación como paradigmas de prerrogativas privadas.

En todo caso, los conflictos que eventualmente se presenten al respecto no variarán demasiado de los que se generaban con anterioridad a la modificación normativa en análisis y, frente a ello, contaremos siempre con los instrumentos convencionales y constitucionales —sumados ahora a los que provee el nuevo Código— para intentar arribar a soluciones efectivas en cada supuesto, del mismo modo en que se lo realiza hasta el momento.

El bloque de constitucionalidad en nuestro Estado de derecho no ha cambiado en su contenido positivo.

Ergo, la sanción de un Código Civil y Comercial no podrá alterar de manera negativa todos y cada uno de los preceptos contenidos en la Constitución Nacional, ya que si así fuera estaríamos en presencia de una solución regresiva (48) y, por tanto, nula.

Contrariamente, juzgamos como positivo el diálogo que entabla la norma en análisis con la Carta Magna, ya que actualiza su filosofía y tiende a lograr una mayor implementación de cada uno de los derechos fundamentales reglamentados, tanto los de carácter individual como los colectivos.

La compatibilización entre ambos órdenes que se propone el Código Civil y Comercial es una exigencia que emana de la propia Ley Fundamental y que también ha sido resaltada claramente por la jurisprudencia —ya desde el siglo pasado— al considerar que no existen derechos individuales absolutos sino que resulta indispensable vincular su ejercicio a los parámetros del bien común.

Por la contundencia de sus fundamentos, nos permitimos transcribir aquí lo sentenciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Ercolano, Agustín v. Lanteri de Renshaw, Julieta": "Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación

o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última" (49).

Es por lo hasta aquí sostenido que, a la par de ratificar una férrea defensa de los intereses individuales, ya desde la redacción del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación sus autores se propusieron elaborar una norma que persiga además la igualdad material, la tutela de los vulnerables (50) y que recepte también la idea de una sociedad multicultural y diversa (51).

Hemos pretendido reflejar este segundo grupo de premisas bajo los diferentes acápites del título tercero contenido en este trabajo.

En fin, y resumiendo, nos sumamos a las siguientes palabras del profesor Leandro Vergara, en cuanto sostiene que "Esta recodificación trae esquemáticamente tres tipos de normas: 1) un primer grupo de nomas que no cambiaron; 2) un segundo grupo de normas que cambiaron, pero lo hicieron recibiendo dos influencias muy claras: a) incorporando los conocidos avances jurisprudenciales y b) armonizando con los también conocidos cambios constitucionales de 1994; y 3) un tercer grupo de normas que se presentan como absolutamente originales, pues no tienen antecedentes ni tradición en nuestro país. Aclaro que la falta de tradición no implica en ningún caso algo criticable, pues una tradición —la que sea— puede cambiarse por otra mejor. Nada hay más retrógrado que el argumento de la tradición para impugnar un cambio. Los cambios deben juzgarse por lo que traen y nunca por el hecho mismo de cambiar. La comodidad es enemiga de las mejoras" (52).

Agregamos entonces, en relación con los primeros dos grupos de normas citadas en el párrafo precedente, que lo único que se nos requerirá a los operadores jurídicos es —ni más ni menos— comprender y aplicar de manera coherente y razonable en términos constitucionales todo lo que ya hemos estudiado y vivenciado.

Al fin y al cabo, reiteramos por última vez, el nuevo Código no borra de un plumazo todas las instituciones clásicas del derecho privado ni mucho menos deja sin efecto las garantías constitucionales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Nada para preocuparse en este orden, ya que nos estaremos moviendo en el campo de "lo conocido".

Por último, y en referencia al tercer grupo de normas que se destacan en la cita que hemos formulado, será imprescindible abordar "lo nuevo" con el mismo ímpetu y creatividad que lo hicieron aquellos operadores jurídicos que se posicionaron, por ejemplo, frente a la sanción del Código de Vélez o ante a la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1994.

Se trata de dos grandes hitos —de entre tantísimos otros de igual trascendencia que podríamos invocar— que en la historia argentina han modificado sustancialmente paradigmas, instituciones y tradiciones tanto de derecho público como de derecho privado.

Sin embargo, gracias al accionar responsable y activo de la doctrina, de la jurisprudencia y también —¿por qué no?— de la sociedad en general, todos estos avances han transitado con prudencia en la defensa del Estado de derecho y de cada uno de sus ciudadanos, sin producir caos alguno.

Pensamos que será recogiendo estas premisas y ejemplos de comportamiento que nos ha dado la historia argentina el modo en que encontraremos incentivos para estudiar, repensar y aplicar todo el bagaje científico que aporta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, experimentando en tal camino, desde ya, cada una de las emociones referenciadas en la cita que diera inicio a este trabajo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Azar, María J., "Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: comentario de una supresión", Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, vol. 2012-2.

Bueres, Alberto J., "La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, vol. 2013-2, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Cafferatta, Néstor A., "Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación", Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial, 2014 (noviembre), p. 273.

Cafferatta, Néstor A. (dir.); Cafferatta, Néstor A.; Lorenzetti, Pablo; Rinaldi, Gustavo y Zonis, Federico (coautores), "Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental", t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012 (obra de 3 tomos).

Calabresi, G y Bobbit, P., "Tragic Choices", Ed. W. W. Norton & Company, 1978.

Chiappini, Julio, "Cinco posibles errores del nuevo Código Civil y Comercial (artículos 1° a 5°)", ED, vol. 255.

Courtis, Christian (comp.), "Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

De Lorenzo, Miguel F., "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana", LL del 19/10/2011, p. 1.

Garrido Cordobera, Lidia M. R., "Derechos individuales y de incidencia colectiva en

el Código Civil y Comercial", LL del 10/2/2015, p. 1; LL 2015-A-835; RCyS 2015-III-
13.

Gil Domínguez, Andrés. "La estructura constitucional del Proyecto de Código unificado", LL 2012-D; Revista de Derecho de Familia y de las Personas, vol. 2012-10, Ed. La Ley, Buenos Aires.

Gil Domínguez, Andrés, "Reafirmación de la autonomía de la persona y la vida digna", LL del 15/7/2015, p. 5.

Guzmán, Leandro, "La sentencia razonablemente fundada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Supl. Doctrina Judicial Procesal, 2015 (junio), p. 1.

Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., "Aspectos relevantes de la relación de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Proyecciones del sistema sobre el régimen estatutario de reparación de daños al consumidor", JA 2012-IV.

Highton, Elena I., "Reforma al Código Civil y Comercial: principios y disposiciones generales en materia de derechos reales", Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 2012-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Highton, Elena I., "Título preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del derecho argentino", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número Extraordinario: "Claves del Código Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", Revista Jurídica UCES, nro. 17, 2013.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, 2015 (febrero), Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 237.

Lezcano, Juan Manuel, "Los principios jurídicos en el nuevo Código Civil y Comercial", DJ del 20/5/2015, p. 7.

Lorenzetti, Pablo, "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, año XV, nro. 8, Ed. La Ley, Buenos Aires, agosto de 2013.

Lorenzetti, Pablo, "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RDF, nro. 43.

Lorenzetti, Pablo, "Consumo y ambiente. Diálogos microsistémicos", RDAmb, nro. 39, septiembre de 2014.

Lorenzetti, Ricardo L., "Teoría del derecho ambiental", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.

Lorenzetti, Ricardo L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", LL del 23/4/2012, p. 1; LL 2012-C-581.

Lorenzetti, Ricardo L., "La interpretación de los contratos", Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, 2015 (febrero), Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 191.

Lorenzetti, Ricardo L. (dir.); De Lorenzo, Miguel F. y Lorenzetti, Pablo (coords.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014/2015.

Manes, Facundo y Niro, Mateo, "Usar el cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2014.

Peretti, Enrique, "Ambiente y propiedad", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

Prevot, Juan Manuel, "La prevención del daño y la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho de Daños, nro. 2012-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Rodríguez, Carlos A., "Derecho ambiental y Código Civil y Comercial", Supl. Act. del
2/6/2015, p. 1.

Rosenkrantz, Carlos, "El derecho de propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial: viejos problemas sin nuevas soluciones", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número Extraordinario: "Claves del Código Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

Sozzo, Gonzalo, "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, nro. 2012-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Sozzo, Gonzalo, "La formación del contrato en el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación: su comparación con el Código Civil vigente", Revista de

Derecho Privado y Comunitario, nro. 2014-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Stiglitz, Gabriel A., "La defensa del consumidor en el Proyecto de Código", LL 2012-F.

Vergara, Leandro, "Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial", LL de 17/12/2014, p. 1.

(*) Manes, Facundo y Niro, Mateo, "Usar el cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2014, p. 271.

1) V.gr.: derechos de los consumidores, tutela del ambiente, etc.

2) Art. 7° del Proyecto de 1998: *"Vigencia de la ley.* Ignorancia o error de derecho. Las leyes son vinculantes desde su entrada en vigencia, y la ignorancia o el error acerca de ellas no sirven de excusa salvo, con relación a las leyes civiles, en los siguientes casos: a) Si la ley autoriza la excusa. b) Si la ley establece que se debe dar un aviso o comunicación previos, a persona determinada o al público, haciendo saber sus disposiciones, y ese aviso o comunicación no ha sido dado".

3) Corte Sup., 7/7/2015. "D., M. A. s/ declaración de incapacidad", LL del 15/7/2015, 4.

4) En el fallo pueden leerse disquisiciones médicas específicas que diferencian a cada uno de estos tres conceptos.

5) "Lambert y otros v. Francia", del 5/6/2015.

6) Calabresi, G. y Bobbit, P., "Tragic Choices", Ed. W. W. Norton & Company, 1978.

7) En interesante comentario a esta sentencia, aporta la doctrina que "Tanto la ley 26.742 como el Código Civil y Comercial receptan la eutanasia pasiva y el rechazo del tratamiento médico por igual. Es más, lo resuelto por la Corte Suprema es un preciso caso de eutanasia pasiva. Lo que sucede es que el Alto Tribunal intenta morigerar el impacto del fallo respecto de los alcances del art. 19 de la Constitución argentina proyectado a los supuestos de cooperación o asistencia al suicidio y eutanasia activa (en ambos casos para evitar: a) El sufrimiento que produce una enfermedad física que culminará irremediablemente con la muerte; b) El padecimiento físico y psicológico no mortal; c) El padecimiento o sufrimiento existencial; y yo agrego, d) El fin de la vida sin padecimiento alguno como plan de vida)" (Gil Domínguez, Andrés, "Reafirmación de la autonomía de la persona y la vida digna", LL del 15/7/2015, p. 5).

8) Como casos paradigmáticos en que la Corte Suprema falló de manera similar: "Bahamondez, Marcelo", 6/4/1993, LL 1993-D; "Albarracini Nieves, Jorge W. s/ medidas precautorias", 1/6/2012, LL del 8/6/2012.

9) Art. 28, CN.

10) Se ha sostenido que "Uno de los aspectos más innovadores del Código es la fractura del tipo general del contrato, dedicando un título al contrato en general y otro título a los contratos de consumo. Es un método único en el derecho comparado y tiene un impacto directo en materia de interpretación" (Lorenzetti, Ricardo L., "La interpretación de los contratos", Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, 2015 [febrero], Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 191).

11) Gilmore, Grant, "The death of contract", The Ohio State University Press, 1974.

12) Con razón ha dicho la doctrina que "El contrato sigue siendo un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos de los sujetos contratantes. Es decir, persisten sus elementos; sigue habiendo un consentimiento, un objeto y por supuesto una causa-fin. Lo que sí ha cambiado, y mucho, es la interpretación de los contratos. En este punto, la gran modificación se produjo en la finalidad, es decir, en uno de los elementos del contrato: la causa-fin" (Vergara, Leandro, "Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial", LL del 17/12/2014, p. 1).

13) Corte Sup., 27/12/2006, "Massa, Juan A. v. Poder Ejecutivo Nacional", de la ampliación de fundamentos del Dr. Ricardo Lorenzetti, LL 2007-A-316.

14) Se lee en los Fundamentos del Anteproyecto que "Como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado hay un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes".

15) Nos hemos expresado sobre este tema en "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RDAmb, nro. 43.

16) Tomamos esta expresión de Sozzo, Gonzalo, "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, nro. 2012-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

17) Para ampliar, entre otros: Cafferatta, Néstor A. (dir.); Cafferatta, Néstor A.; Lorenzetti, Pablo; Rinaldi, Gustavo y Zonis, Federico (coautores), "Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental", t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, cap. IV, título 2, "Categorías de daño ambiental", y cap. V, título 1, "Derechos de incidencia colectiva. Legitimación para obrar".

18) Sólo por citar dos casos paradigmáticos de la Corte Suprema: "Halabi, Ernesto v. PEN - ley 25.873 - dto. 1563/2004", 24/2/2009, LL del 2/0/2009, p. 8; "PADEC v.

Swiss Medical S.A.", 21/8/2013, LL del 23/9/2013; LL 2013-E-290.

19) Se ha dicho en comentario al artículo citado que "Esta norma establece el paradigma de la sustentabilidad, que unido a los criterios de progresividad, de no regresión y *pro homine* serán muy importantes para la aplicación del sistema normativo de tutela de los derechos de incidencia colectiva" (Garrido Cordobera, Lidia M. R., "Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial", LL del 10/2/2015, p. 1; LL 2015-A-835; RCyS 2015-III-13).

20) El artículo 1228 del Código Civil brasileño dispone que "el derecho de propiedad debe ser ejercido en consonancia con sus finalidades económicas y sociales, de modo que sean preservados, de conformidad con lo establecido por la ley especial, la flora, la fauna, las bellezas naturales, el equilibrio ecológico y el patrimonio histórico y artístico".

21) Entre otros: Rosenkrantz, Carlos, "El derecho de propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial: viejos problemas sin nuevas soluciones", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número Extraordinario: "Claves del Código Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 113 y ss.

(22) En referencia a la evolución en el vínculo entre la propiedad y el medioambiente, recomendamos la lectura del excelente trabajo del profesor Enrique Peretti "Ambiente y propiedad", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

23) Corte Sup., 14/5/1887, "Saladeristas Podestá, Bertam, Anderson, Ferrer y otros v. Provincia de Buenos Aires", publicado en "Colección de análisis jurisprudencial derecho constitucional", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 257, con nota de Ernesto Cionfrini.

24) Corte Sup., 2/12/2014, "Kersich, Juan G. y otros v. Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo", LL del 15/12/2014, p. 11; DJ del 4/3/2015, p. 48.

25) Artículo 279.

26) Artículo 1004.

27) Sugerimos para la profundización de esta temática la lectura del trabajo del profesor Federico De Lorenzo, "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana", LL del 19/10/2011, p. 1.

28) Como ejemplo: artículo 65 de la ley 24.240 de Protección de Consumidores y Usuarios y artículo 3° de la ley 25.675 General del Ambiente. Nos explayaremos sobre los vínculos de consumo en el título siguiente.

29) A los fines de nuestro trabajo, utilizamos estas denominaciones de modo

genérico, sin perjuicio de lo cual remitimos para su diferenciación a la lectura del comentario al artículo 963 del Código Civil y Comercial realizado por el profesor Rubén Stiglitz en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.); De Lorenzo, Miguel F. y Lorenzetti, Pablo (coords.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", t. V, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014/2015, p. 559.

30) El artículo 421 del Código Civil brasileño dispone que "La libertad de contrata será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato".

31) Bajo el título "El orden público de coordinación. Función ambiental", y en comentario a los artículos 959 y 960 del Código Civil y Comercial, sostiene el profesor Rubén Stiglitz que "Es destacable la incorporación del abuso de derecho respecto de los derechos de incidencia colectiva (art. 14), que permite hablar de una función ambiental del contrato" (Lorenzetti, Ricardo L. [dir.]; De Lorenzo, Miguel F. y Lorenzetti Pablo [coords.], "Código Civil y Comercial...", t. V, cit., p. 541).

32) Ha dicho la doctrina que "Esta norma es muy importante y su análisis excede este breve trabajo, pero es claro que se trata de una aplicación del principio general de buena fe, contemplado en el título introductorio. La buena fe en el sentido de protección de la apariencia creada, la buena fe lealtad en el sentido del cumplimiento de lo acordado, y la prohibición de actuar contra los propios actos" (Lorenzetti, Ricardo L., "La interpretación de los contratos", cit., p. 191).

33) Para profundizar el análisis de estos dispositivos recomendamos: Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, 2015 (febrero), Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 237.

34) Lorenzetti, Pablo, "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, año XV, nro. 8, agosto de 2013.

35) Se lee en los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación que "es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores."(...) Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas".

36) Este mecanismo es el adoptado por el artículo 14 del nuevo Código.

(37) Ha sostenido recientemente la jurisprudencia en un caso vinculado a la

protección de menores de edad, inclusive citando en alguno de los pasajes del fallo normativa del nuevo Código Civil y Comercial, que "Las tutelas diferenciadas se derivan del principio fundamental de igualdad real de oportunidades y la imposición al Estado y a sus diversos poderes, incluyendo al judicial, de acciones positivas niveladoras, tendientes a favorecer ciertos derechos de personas o sectores englobados en la categoría de derechos sociales pertenecientes a grupos vulnerables o desfavorecidos, aludidos en el art. 75, inc. 23, del texto constitucional. La justicia protectora o de acompañamiento se construye mediante instituciones, procedimientos y técnicas que persiguen en general la tutela de los derechos sociales sensibles en términos de resultados útiles" (Sup. Corte Bs. As., 22/4/2015, "M., M. N. d. C. y otros v. 17 de Agosto S.A. y otro s/ daños y perjuicios", LL del 5/6/2015, p. 7; LL del 2/7/2015, p. 7. Voto del Dr. De Lázzari, con cita de Berizonce, Roberto, "La jurisdicción en el Estado de derecho democrático", LL, suplemento del 1/12/2014, p. 1106).

38) Sólo a modo de ejemplo, de entre tantos otros casos que podríamos citar, apuntamos que en la siguiente sentencia se decidió aplicar la normativa protectoria de los consumidores para supuestos de títulos ejecutivos y apoyándose en la noción del diálogo de fuentes que emana del nuevo Código: "El pagare' se integra con la documental adicional del crédito de consumo, formando un título complejo que permite compatibilizar la legislación cambiaria con las previsiones protectorias del consumidor (fs. 12, 30/37; arts. 101 y ss. del decreto 5965/1963; arts. 1°, 2°, 3°, 36, 37, 65 de la ley 24.240; arts. 521 y ss. del CPCC). Dicha pauta hermenéutica se enmarca en el cambio de paradigma que surge del título preliminar del nuevo Código Civil y Comercial que consagra el denominado 'diálogo de fuentes' y la constitucionalización del derecho privado, que establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (cfr. arts. 1°, 2° y 12 del título preliminar del Código Civil y Comercial; esta sala, causa nro. 58.639, del 29/5/2014, 'Credil v. Orsetti')" (C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª, "Banco Industrial Sociedad Anónima v. Suarez, Roque R. s/ cobro ejecutivo", sentencia disponible en www.nuevocodigocivil.com/dialogo-de-fuentes-y-la-comunidad-de-principios-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial).

39) Se lee en los fundamentos del Anteproyecto que "La amplia participación y discusión por parte de la doctrina permitió tener en cuenta todas las opiniones. Naturalmente no es posible adoptarlas a todas, pero han sido materia de debate para admitirlas o no sobre la base de decisiones razonables y fundadas."Este procedimiento hace que el Anteproyecto tenga dos caracteres importantes: a) La mayoría de los artículos expresan un alto grado de consenso existente en la comunidad. b) En aquellos supuestos controvertidos, se tomaron decisiones que no estuvieron orientadas por las impresiones personales de los integrantes, sino por los valores representados en el bloque de constitucionalidad y las decisiones legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en la República Argentina".

40) Artículos 3°, 37 y concs. de la ley 24.240.

41) Artículos 2°, 8° y concs. de la ley 23.091.

42) Artículos 7°, 8°, 9°, 11 y concs. de la ley 20.744.

43) Artículo 4° y concs. de la ley 25.675.

44) Ha escrito una de las integrantes de la Comisión Redactora del Anteproyecto que "se consideró necesario recodificar para remozar o sustituir contenidos del derecho privado. No sólo es adecuado que se integren el derecho civil y el comercial, sino que se preceda este Código de un título preliminar que contenga normas generales, que no se corresponden únicamente con el derecho privado, sino con todo el derecho. El Código, y especialmente el título preliminar, trata de colocar ciertos principios que de algún modo sistematicen y presten sentido, por encima de esa legislación especializada, un poco incoherente, abundante y asistemática. El nuevo Código se constituye en la base de una interpretación sistemática de toda la legislación civil y, en gran medida, general" (Highton, Elena, "Título preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del derecho argentino", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número Extraordinario: "Claves del Código Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 17/18).

45) Lorenzetti, Ricardo L. (dir.); De Lorenzo, Miguel F. y Lorenzetti, Pablo (coords.), "Código Civil y Comercial...", t. I, cit., ps. 40/41.

46) Los fundamentos esbozados por el artículo 3° en comentario han sido ya utilizados incluso por resoluciones dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Digesto. Nos referimos, por ejemplo, a lo reseñado por la sala M de la C. Nac. Civ. mediante sentencia dictada en fecha 30/4/2015 en los autos "Ries Centeno, Carlos F. v. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.": "Traigo esto a colacio'n porque próximamente entrara' en vigencia el nuevo Código, que impone al juez el deber de resolver 'mediante una decisión razonablemente fundada', siendo la analogía un regla de interpretación legalmente reconocida (arts. 2° y 3° del Código Civil y Comercial)" (sentencia disponible en www.nuevocodigocivil.com/decision-judicial-nuevo-codigo-civil-y-comercial-impone-al-juez-el-deber-de-resolver-fundadamente).

47) Guzmán, Leandro, "La sentencia razonablemente fundada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Supl. Doctrina Judicial Procesal, 2015 (junio), p. 1.

48) Para profundizar el estudio del principio de no regresión en supuestos de derechos sociales, ver, entre otros, Courtis, Christian (comp.), "Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

49) Corte Sup., 28/4/1922, Supl. Emergencia Económica y Teoría del Derecho, 2003 (agosto), p. 75.

50) "El Anteproyecto busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. Ello puede apreciarse en

una serie de normas sobre protección de los consumidores, que, por primera vez, son incorporadas sistemáticamente en un Código, que innova profundamente en la materia" (texto de los Fundamentos del Anteproyecto).

51) "En la tradición histórica el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento" (texto de los Fundamentos del Anteproyecto).

52) Vergara, Leandro, "Nuevo orden contractual...", cit.

TITULO; Consumo y Ambiente. Diálogos microsistémicos.

AUTOR: Pablo Lorenzetti[1].

SUMARIO; 1.- Introducción. 2.- Protección del ambiente y de los consumidores como Derechos Fundamentales. 3.- Derecho del Consumidor y Derecho Ambiental como microsistemas de Derecho Privado. 4.- Consumo Sostenible. 5.-Referencias Normativas. 6.- Conclusiones.

RESUMEN; En el presente trabajo se estudian una serie de vínculos y relaciones entre el microsistema protectorio de los consumidores y el microsistema tuitivo del ambiente. Se propone la noción de "consumo sostenible" como concepto aglutinante de ambas disciplinas; al tiempo que se analizan también algunas referencias concretas que corroboran la necesidad de profundizar el "diálogo microsistémico" a la hora de afrontar y solucionar las complejas problemáticas que se derivan del marco teórico abordado.

PALABRAS CLAVES; DERECHO AMBIENTAL - DERECHO DEL CONSUMIDOR - DIÁLOGO DE FUENTES - CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO - CONSUMO SUSTENTABLE.

1.- Introducción.

La propuesta general de este trabajo consiste en abordar algunos diálogos o relaciones que existen -o podrían existir- entre los microsistemas tuitivos de los consumidores, por un lado, y del ambiente, por otro.

Ello, partiendo del análisis de ciertos caracteres técnicos y teóricos comunes a ambas disciplinas que invitan a reflexionar sobre la utilidad que presenta la extrapolación de institutos y principios tendientes a la solución de los complejos conflictos que encierra la temática.

En dicha misión, formularemos en primer lugar algunas breves reflexiones de tipo general acerca del contexto en el cual se insertan ambos estatutos protectorios dentro de nuestros ordenamientos jurídicos y el modo en que ello ha invitado a los operadores del Derecho a innovar en los razonamientos clásicos aplicables a cada caso concreto.

Luego de dicha introducción, se impondrá ingresar concretamente al planteo central del texto para desentrañar cuáles podrían ser estos "diálogos microsistémicos" entre el Derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental.

Ensayaremos, en esa línea, someras consideraciones respecto al concepto de "consumo sustentable" o "consumo sostenible" y resaltaremos también ciertas referencias legislativas -explícitas o implícitas- que respaldan empíricamente nuestra tesis.

---

1 Abogado. Especialista en Derecho Ambiental por la UBA. Especialista en Derecho Ambiental y Globalización por la Universidad de Castilla La Mancha - Toledo (España). Especialista en Derecho de Daños y Contratos por la Universidad de Salamanca (España). Miembro de la Fundación "Justicia para Todos - Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina". Miembro del Comité Académico de Fundación Expoterra.

Para culminar, y como en toda propuesta de este tipo que encaramos, dejaremos algunos planteos e interrogantes a modo de conclusiones que permitirán al lector que lo desee continuar alguno de los caminos de investigación que pueda disparar este humilde aporte.

2.- Protección del ambiente y de los consumidores como Derechos Fundamentales.

Existe consenso pacífico -en la doctrina y en la jurisprudencia- en el sentido que tanto la tutela de los consumidores como la del ambiente forman parte del catálogo de derechos fundamentales; entendidos estos últimos como aquellas prerrogativas de carácter universal, neutral, transnacional, indisponible y anteriores al propio Estado de Derecho de que gozan los individuos y también los grupos (en el caso ambiental se adiciona además la tutela de las generaciones futuras).

Específicamente, sostenemos que ambos estatutos se ubican dentro de los denominados "Derechos Humanos de Tercera Generación" o "Derechos de Incidencia Colectiva" o "Derechos o Intereses Difusos", según la posición y definiciones que se adopten.

Con razón se ha dicho que ambos ordenamientos se dirigen al logro de un objetivo común, cual es el de la calidad de vida: *"el Derecho ambiental y del Consumidor convergen en la búsqueda de la "calidad de vida social", comprensiva del enorme conjunto de intereses "difusos". El mejoramiento de esa calidad de vida es la reivindicación que hace confluir la aspiración ecológica de los ciudadanos y sus derechos como consumidores[2]".*

Advertimos entonces una interesante apropiación por parte del Derecho del Consumo y del Derecho Ambiental de todo el discurso e instrumental teórico proveniente del área de los derechos fundamentales que claramente nos invita a reflexionar al respecto.

Sea como fuere, es ésta una característica importante y común que contacta a ambos órdenes y que, desde el análisis de su propia naturaleza jurídica, impone indagar acerca de aquellas relaciones, semejanzas o diferencias que pudieren suscitarse.

Otra circunstancia relevante que merece ser resaltada a los fines de sentar las bases interpretativas de este ensayo es la jerarquía constitucional que ostentan la tutela de los Derechos de los Consumidores y de los Derechos Ambientales en nuestros sistemas jurídicos.

De las diversas implicancias que la constitucionalización de estos derechos fundamentales genera debemos destacar que se trata, en general, de normas plenamente operativas que ordenan interpretar o releer el resto de los derechos constitucionales reconocidos bajo el prisma de lo colectivo[3].

Así, y sin perjuicio que en los países latinoamericanos existe normativa infraconstitucional reglamentaria de los preceptos contenidos en la carta magna, los tribunales han decidido reconocer de manera directa y contundente estos derechos fundamentales en la convicción de que las constituciones nacionales no se erigen en meras formulaciones políticas o programáticas sino que, por el contrario, constituyen verdaderas normas jurídicas que deben ser aplicadas al momento de solucionar los casos concretos[4].

---

2 STIGLITZ, G. A., "Consumo sustentable. El derecho del consumidor y la protección del medio ambiente", DJ 1997-3, 73.

3 La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se ha pronunciado en este punto de manera contundente en la causa "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros". 20/06/2006. Publicado en: LA LEY 11/07/2006. Cita online: AR/JUR/1945/2006.

4 Sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la causa "Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A." del 14/09/2004 que *"la Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce*

En conclusión, la protección de los consumidores y usuarios así como la tutela del ambiente constituyen verdaderas prerrogativas de tipo colectivo y con contenido específico y operativo; que pueden ser ejercitadas por cada uno de los legitimados activos frente a los entes administrativos y judiciales.

La decisión del legislador de constitucionalizar los bienes y valores colectivos nos desafía a articularlos con el resto de los derechos de carácter individual que también se alojan en nuestras normas fundamentales. La jurisprudencia y la doctrina de nuestros países han desarrollado una invalorable labor en este sentido[5].

Por tanto, al momento de indagar en soluciones para estos casos complejos, el operador jurídico debe recurrir forzosamente a los preceptos, principios y valores constitucionales, sin contentarse -como otrora- con aplicar de manera exegética y cual si fuesen compartimentos estancos la normativa propia de cada una de las ramas del Derecho.

Pensamos que el consumo y el ambiente, como pocas otras disciplinas, nos muestran el modo en que técnica y teóricamente debemos razonar en los tiempos que corren cuando de derechos fundamentales se trata.

3.- Derecho del Consumidor y Derecho Ambiental como microsistemas de Derecho Privado.

Otro de los fenómenos que de modo copioso y certero ha abordado tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestra región ha sido el de la descodificación del Derecho Privado.

En este punto el tema también justificaría un estudio autónomo y de mayor extensión; aunque seguramente las palabras de quien suscribe no alcanzarán el nivel de los ensayos ya publicados sobre el tema[6].

Desistiendo de tan pretencioso objetivo, interesan sí destacar en este texto algunas referencias que denotan los puntos en común y las coincidencias que presentan el Derecho del Consumo y el Derecho Ambiental como ramas integrantes del género "Derecho Privado".

Así, en el Derecho "Clásico" o "Decimonónico" los conflictos vinculados a la protección del ambiente y a la tutela de los consumidores pretendían ser resueltos a través de la normativa contenida en los Códigos de Derecho Privado, básicamente, los civiles y comerciales.

Todo el estatuto de las personas, sin diferenciación alguna, estaba contenido en dicho "sistema" de Derecho Privado y nada que estuviese por fuera de tal regulación podía tener fuerza de ley[7].

---

derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano ".

5 Se nos ocurre arrimar como ejemplo a este trabajo una fiel expresión del consenso doctrinario al cual se ha arribado en la fórmula adoptada por el artículo 240 del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial en Argentina en este sentido: *"El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial".*

6 Ver, entre otros: LORENZETTI, R. L., "Las normas fundamentales de Derecho Privado", Edit. Rubinzal-Culzoni, 1995.

7 Según la redacción vigente del art. 22 del Código Civil Argentino *"Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil (...) ".*

Lo que se intentó a través de la denominada "era de la codificación" fue, sin dudas, lograr igualdad formal entre las partes y dar preeminencia al valor seguridad jurídica.

La idea del "Código" como norma completa, integral y uniforme responde a estas premisas. Todos estamos incluidos dentro de la regulación del sistema, sin diferencias entre expertos y profanos[8].

Sin embargo, con el correr del tiempo y con el advenimiento de algunos fenómenos como el multiculturalismo o las debilidades estructurales en que el mercado fue colocando a ciertos sectores de la sociedad, comenzó a tambalear esta pretensión decimonónica de regular las conductas privadas de un mismo modo y para todos por igual.

Fue necesario, en su lugar y transitando ya "la era de la descodificación", comenzar a pensar en estatutos diferentes que -con la misma jerarquía que la normativa contenida en los códigos- encaren las soluciones de aquellos conflictos sufridos por colectivos que fueron lentamente expulsados por la ya insuficiente regulación del sistema.

Nacen así los denominados microsistemas de Derecho Privado.

Sin dudas que la primera manifestación clara de este fenómeno ha sido originada por las luchas y conquistas obreras que se suscitaron en nuestros países a principio del siglo XX.

En lo jurídico, lo que en la "era de la codificación" fue concebido como un simple contrato de prestación de servicios regido por reglas de carácter paritario, pasó a ser englobado dentro del microsistema tuitivo de los trabajadores.

Algo más avanzado en el tiempo, ocurrió idéntico fenómeno con las sucesivas leyes de protección de los consumidores que nuestros Estados fueron dictando luego de la segunda mitad del siglo XX.

En este orden, también percibimos una "fuga" o "descodificación" de una materia cuyos problemas eran resueltos con anterioridad a través de los mecanismos y principios clásicos contenidos en los códigos civiles y comerciales.

Por último, y obviando el repaso de otros órdenes semejantes que podríamos abordar, juzgamos a la normativa destinada a proteger los bienes colectivos ambientales también como un microsistema de Derecho Privado, o mejor dicho, como un microsistema de Derecho.

Las semejanzas entre el estatuto protectorio de los consumidores y del ambiente desde este punto de vista son notables y nos invitan a ensayar y aplicar razonamientos comunes. De allí surge nuestra propuesta consistente en poner en diálogo estas dos riquísimas fuentes de Derecho.

La tarea del operador jurídico actual plantea desafíos sumamente interesantes ya que el "boom normativo" que genera el multiculturalismo y la aparición de los microsistemas hace que ya no sea suficiente con ensayar mecanismos meramente deductivos a los fines de subsumir el caso concreto a la ley que en principio resulta aplicable, generalmente encontrada dentro del "sistema" de Derecho Privado.

Por el contrario, se torna cada vez más dificultosa la misión consistente en crear la norma que solucione el conflicto.

8 IRTI, N., "La edad de la descodificación", traducción Luis Rojo Ajuria, Barcelona, Ed. Bosch, 1992.

Recordamos aquí las enseñanzas del querido profesor Gabriel Chausovski -a quien siempre homenajeamos con sincero afecto-, quien nos inculcaba ingeniosamente que la única norma del Derecho Argentino que de ninguna manera podría suprimirse so pretexto de generar una debacle en todo el ordenamiento jurídico es la contenida en el art. 20 del Código Civil[9].

Así, esta ficción jurídica es la que permite la sustentabilidad de todo el sistema. Si dicha norma no estaría escrita, cualquiera podría alegar el desconocimiento, por ejemplo, de aquel dispositivo que sanciona a alguien por matar a una persona o por incumplir un contrato o por pasar un semáforo en rojo.

La inexcusabilidad del error de derecho presupone que la normativa dictada por los órganos competentes del Estado es por todos conocida y nadie puede alegar válidamente la ignorancia en este punto a los efectos de eximirse de los efectos del incumplimiento de la ley.

Este interesante razonamiento, propuesto y originado desde el Derecho clásico, se torna cada vez más dificultoso actualmente ya que no es posible recurrir sólo a la norma que en principio encuadra dentro la rama jurídica de la cual proviene el conflicto a solucionar. Cada vez, entonces, conocemos menos el Derecho aplicable al caso.

Es decir, si se nos presenta un problema contractual no lo vamos a solucionar recurriendo solamente a la teoría del contrato plasmada en el Código Civil.

Si surge un conflicto familiar, no es suficiente hoy en día con la legislación propia del Derecho Privado que regula esta materia.

De igual manera y en lo que atañe a este trabajo, pensamos que ya no es posible analizar como compartimentos estancos las normativas tuitivas de los consumidores y del ambiente.

No sólo no es suficiente con solucionar estos conflictos desde los Códigos de fondo, sino que además, de recurrir a los microsistemas, debemos ponerlos en diálogo y testear la solución extrapolándola y analizándola también bajo el prisma de los estatutos que puedan tener alguna relación con el caso.

En síntesis, las temáticas vinculadas con los derechos fundamentales serán necesariamente evaluadas bajo el mecanismo del diálogo de fuentes, sin importar que éstas provengan del Derecho Público o del Privado ni del sistema o de los microsistemas.

En esa línea, los microsistemas de protección del consumidor y de tutela del ambiente se nos presentan como órdenes normativos y valorativos que ostentan igual jerarquía que los códigos de fondo, pero presuponen bases y principios muy diferentes a los efectos de cumplir con el objetivo de equilibrar las fuerzas de la relación jurídica.

Lo que se busca a través de estos nuevos órdenes tuitivos es, básicamente, mayor igualdad real -y no solo formal- entre las partes e, incluso, pensar y tutelar también a sujetos que aún no forman parte de nuestra sociedad pero que sí se encuentran amparados por imperativo constitucional: las generaciones futuras.

Evidentemente, entonces, lo que antes era el centro del ordenamiento jurídico -los códigos de fondo- hoy ya no lo es y la mayoría de las situaciones que el ciudadano común experimenta a diario se abordan con elementos propios de ordenamientos que circulan por fuera del sistema.

9 *"La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley"*

Por último, en este breve repaso, debemos decir que otra característica que aglutina a los microsistemas y que los diferencia de la normativa general contenida en los códigos de fondo es su carácter de orden público[10].

El sistema de Derecho Privado patrimonial, en términos generales, contiene normativa supletoria de lo que las partes prevean en sus relaciones. La autonomía de la voluntad se erige como uno de los pilares máximos de la teoría contractual clásica[11] y también, por qué no, del Derecho Privado patrimonial en su totalidad.

En cambio, cuando de microsistemas hablamos, no es suficiente ni eficiente dejar las regulaciones libradas a lo libremente querido por las partes, simple y básicamente porque no existe tal libertad -o al menos la misma se encuentra restringida-.

Por el contrario, los estatutos tuitivos introducen serias modificaciones y limitaciones a la autonomía privada que despliegan las partes en sus contratos.

En síntesis, si los microsistemas no ostentarían este carácter de orden público su existencia no tendría razón de ser.

Se intenta proteger a la parte débil del vínculo y a sujetos o bienes colectivos que la Constitución Nacional ordena tutelar de modo especial. Si todos estos dispositivos podrían ser dejados de lado por la voluntad de la parte fuerte de la relación, el objetivo no estaría cumplido.

Esta importante diferencia entre los microsistemas y el sistema de Derecho Privado constituye un interesante punto de partida que debemos tener en cuenta a la hora de argumentar cuando de conflictos vinculados a la protección de consumidores y del ambiente se trata.

4.- Consumo Sostenible.

Luego de formuladas las consideraciones precedentes -más vinculadas a la teoría general pero sumamente necesarias a los efectos de ser tenidas en cuenta para las reflexiones contenidas en este trabajo- nos enfocaremos a continuación en la noción de consumo sostenible o sustentable, entendida ella como el concepto que sintetiza de algún modo el vínculo entre el Derecho del Consumo y el Derecho Ambiental.

La ineludible tarea de relacionar estas dos ramas jurídicas surge, tal vez, del dato fáctico consistente en que el aumento cada vez mayor de los niveles de consumo a escala regional y mundial afecta negativamente -y cada vez más- el medioambiente.

Se trata de una circunstancia fácilmente demostrable y que ha sido tratada en gran cantidad de foros de todo tipo a nivel internacional[12].

10 En Argentina: Art. 65 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios N° 24.240 y Art. 3 de la Ley General del Ambiente N° 25.675. En Uruguay: Art. 1 de la ley de Defensa del Consumidor N° 17.250.

11 En Argentina: Art. 1.197 del Código Civil. En Uruguay: Art. 1.291 del Código Civil.

12 Sólo por citar el último de los más importantes instrumentos internacionales en que los se ha hecho foco en la necesaria sostenibilidad del consumo, apuntamos que en la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sustentable celebrada en Río de Janeiro en el año 2012 ("Río + 20") los países han acordado que:

- *"(...) las políticas de economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza deberán: (...) o) Promover modalidades sostenibles de consumo y producción (art. 58) ".*
- *"(...) la adopción de medidas urgentes en relación con las modalidades insostenibles de producción y consumo, cuando ocurran, sigue siendo fundamental para ocuparse de la sostenibilidad ambiental y promover la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica y los ecosistemas, la regeneración de los recursos*

Sin dudas, en el modelo económico desplegado por nuestros países, se torna dificultoso seleccionar productos, servicios y procesos productivos tomando como norte la tutela del ambiente ya que, por el contrario, se adoptan normalmente parámetros individualistas y economicistas que postergan por completo la noción de "lo colectivo" o del "bien común".

Para obrar de ese modo, suelen esgrimirse razones tales como que adoptar modalidades sostenibles de consumo retrasaría el progreso económico de los Estados y, con ello, se incrementarían los niveles de pobreza de la población.

Sólo nos damos cuenta acerca de que alguna variante debemos introducir en nuestros comportamientos como consumidores en momentos en los cuales se suscitan grandes catástrofes naturales que se publican en los medios de comunicación.

Desde los postulados de la economía de mercado en la que están insertos nuestros Estados se nos empuja hacia la dicotomía -entendemos que falsa- entre promoción de la igualdad y la equidad para la ciudadanía en contraposición a la tutela del ambiente y de las generaciones futuras.

También son usuales argumentos vinculados a que resulta sumamente costosa la incorporación de las llamadas "tecnologías limpias" a los procesos productivos. Se alega que proteger el ambiente no es redituable para la empresa.

Una tercera razón que contribuye a agravar el problema -y que sí juzgamos como debidamente comprobada- proviene ya no del lado de las empresas o industrias sino de los propios consumidores.

En este punto, consideramos que aún resta mucho camino por recorrer en cuando a la educación que necesariamente debe suministrarse a la población con el objeto de fomentar el consumo de productos o servicios "verdes".

Nos explayaremos más adelante sobre esta cuestión pero bien vale aquí apuntar que normalmente suele asociarse el concepto de calidad de vida con altos estándares de consumo, lo cual claramente no es correcto.

Cambiar periódicamente nuestros teléfonos celulares o electrodomésticos sin causa alguna, trasladarnos en vehículos particulares en lugar de utilizar el transporte público, dejar encendido los aires acondicionados de nuestras casas durante todo el día para sentirnos frescos al llegar por la noche en verano o adquirir ropas caras cuyos insumos provienen de productos no amigables con el ambiente; no resultan comportamientos que mejoren nuestra calidad de vida, releído este concepto en términos constitucionales.

Sea como fuere, coincidimos con la profesora Lorena González[13] en cuanto a que estamos en presencia de una relación inversamente proporcional entre ambos ordenes que analizamos en este trabajo: mientras uno más se ha desarrollado y aumentado (el consumo) el otro más se ha contaminado y disminuido en términos cuantitativos y cualitativos (el ambiente).

---

naturales y la promoción de un crecimiento mundial inclusivo y equitativo (art. 61).

- "es indispensable lograr cambios fundamentales en la manera en que las sociedades consumen y producen para lograr el desarrollo sostenible mundial (art. 224) ".

13 GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, L., "La sustentabilidad y el consumo", en PICASSO, S. - VAZQUEZ FERREYRA, R. A. (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor: Comentada y Anotada,* Buenos Aires, La Ley, 2009, Volumen: 3.

Evidentemente, una de las posibles soluciones frente a semejante dilema consiste en asociar la noción de sostenibilidad o sustentabilidad a la de consumo y producción.

El concepto de sustentabilidad -que utilizaremos en este texto como sinónimo al de sostenibilidad- es sumamente característico del ambientalismo y su definición más difundida se remonta al año 1.987, momento en el cual se produjo en el marco de la Organización de Naciones Unidas el documento denominado "Nuestro Futuro Común", también conocido como "Informe Brundtland"[14].

Se optó allí por una definición que luego, en mayor o menor medida, fue seguida por las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos, por las constituciones nacionales y también por la legislación inferior.

Existe acuerdo entonces en que el desarrollo sostenible o sustentable es aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones.

Hoy en día, en base a estas premisas y desde el prisma del sistema internacional de Derechos Humanos, el mero crecimiento económico no equivale a desarrollo de las poblaciones.

El desarrollo será aceptable en tanto y en cuando resulte sostenible desde el punto de vista económico, social y también ambiental.

Tal postura produce un evidente cimbronazo en las bases mismas del sistema capitalista de producción y consumo, acostumbrado a pasar por alto la protección del ambiente trasladando a la sociedad las externalidades negativas generadas por el propio sistema.

El concepto de desarrollo sustentable comprende dos dimensiones de la equidad.

A través de la equidad intergeneracional se pretende defender los intereses de las generaciones futuras.

En base a esta visión, y adoptando la interesante definición del profesor Enrique Peretti, cualquier decisión que nuestra generación adopte y que sea susceptible de modificar de algún modo el ambiente debe ser atemporalmente convincente[15].

De este modo, no basta con que una solución administrativa, legislativa o judicial resulte constitucionalmente válida para las partes del conflicto o aún para los terceros, sino que también debe merituar los derechos y necesidades de las generaciones futuras.

Por otra parte, el desarrollo sustentable engloba también la idea de la equidad intrageneracional, con el objeto de mitigar o disminuir las diferencias y debilidades estructurales que existen entre las personas que actualmente habitan nuestro planeta.

Suele suceder que las grandes catástrofes ambientales son soportadas en su mayor medida por los estratos más bajos y desfavorecidos de la sociedad.

Se trata de una premisa con una fuerte dimensión redistributiva y ética que expresa la necesidad de ponderar también las necesidades y derechos de los que menos tienen; intentando brindarles una mejor calidad de vida y, por qué no, un mayor nivel de acceso al consumo.

14 Denominación adoptada en honor a la ex Primera Ministra de Noruega Gro Harlem Brundtland, una de las principales impulsoras del documento.

15 PERETTI, E., "La Sentencia Ambiental. Su Eficacia", en *Revista de Derecho Público - 2009/2. Derecho Ambiental,* Edit. Rubinzal - Culzoni. 2009, Pag. 331.

También la noción de equidad intrageneracional resultará útil para acortar las brechas existentes entre los países ricos o desarrollados y los pobres o en vías de desarrollo. Han sido los primeros, sin dudas, los que más han contribuido al logro de los niveles de contaminación global que hoy padecemos.

Por tanto, aparecen como razonables algunas dudas o cuestionamientos que han expresado en los foros internacionales los países emergentes en cuanto a que estas premisas vinculadas a la "economía verde", al desarrollo y al consumo sostenibles se presentan como límites o barreras al progreso de los países pobres.

Sea como fuere, a través de la noción de desarrollo sustentable, ha adquirido carta de ciudadanía la idea de consumo sostenible, que los Estados han acordado en definir como
"El uso de bienes y servicios que responden a necesidades básicas y proporcionan una mejor calidad de vida, al mismo tiempo que minimizan el uso de recursos naturales, materiales tóxicos y emisiones de desperdicios y contaminantes sobre el ciclo de vida, de tal manera que no se ponen en riesgo las necesidades de futuras generaciones"[16].

Se trata de una conceptualización sumamente amplia y abarcativa que requiere armonizar cada uno de los factores que enumera, con el objeto de actuar sobre los patrones de consumo, tornándolos más amigables con el ambiente.

El objetivo, ratificamos, no consiste en consumir menos de lo necesario y someter así a las clases o a los países más débiles sino, por el contrario, trabajar fuertemente en el modo en que las sociedades consumen y producen, introduciendo la variable ambiental en tales procesos de innegable importancia actual.

5.- Referencias normativas.

Adoptando la propuesta de la profesora Lorena González Rodríguez en un trabajo cuya lectura por su calidad científica recomendamos[17], describiremos bajo este título algunas referencias que la normativa microsistémica tuitiva de los consumidores formula en relación al concepto de consumo sustentable.

Pensamos que se trata de "intertextos" sumamente esclarecedores a los fines de abordar los conflictos complejos de los que hablábamos al inicio de este ensayo, al tiempo que expresan un fiel reflejo de los "diálogos microsistémicos" que aquí proponemos.

A los fines didácticos, dividiremos a estas referencias en "directas" e "indirectas".

5.1) Referencias directas.

5.1.a) Facultades de la Autoridad de Aplicación.

El inciso a) del art. 43 de la ley 24.240 de Defensa de Consumidores y Usuarios argentina incluye dentro de las facultades y atribuciones de la autoridad de aplicación de la norma[18] la de *"Proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor o usuario a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes ".*

16 Simposio de Oslo en 1994 y definición adoptada por la tercera sesión de la Comisión para el Desarrollo Sostenible (CSD III) en 1995.

17 González Rodríguez (n 13).

18 En el caso argentino dicha autoridad de aplicación a nivel nacional es la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción. En el caso uruguayo, la autoridad de aplicación es el Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Dirección General de Comercio.

Se trata de una contundente toma de posición y de un claro principio de política legislativa que erigen en un primer plano de prioridades la necesidad de fortalecer y efectivizar mecanismos tuitivos de los consumidores y usuarios, introduciendo a la par la necesaria e impostergable protección del ambiente[19].

Existe una obligación del Estado de garantizar el acceso al consumo y, en esa empresa, debe bregar porque el ejercicio de tal derecho fundamental resulte también respetuoso del bien colectivo ambiental.

De este modo, la variable ambiental debe ser evaluada e introducida en cada una de las reglamentaciones que la autoridad de aplicación desarrolle.

Estamos en presencia de una exigencia novedosa que refleja este tipo de "diálogos microsistémicos" que nos propusimos explorar en el presente ensayo ya que el dispositivo legal impone a la actividad administrativa del Estado la necesaria ponderación de dos derechos constitucionales que se encuentran en juego en cada uno de los supuestos que se reglamenten: la tutela de los consumidores y usuarios, por un lado, y la protección del ambiente, por el otro; ambos bienes de incidencia colectiva.

Se ha dicho con acierto que *"la idea de gobernabilidad sin duda se emparenta o es la causa de la sustentabilidad del consumo para la preservación del medio ambiente[20]".* Destaca Carlos Ghersi en el trabajo citado que este fuerte rol que se le reclama al Estado en pos de la tutela de los débiles jurídicos de ninguna manera significa adscribirse a sistemas totalitarios, sino que simplemente se reclama un estricto control a los efectos de asegurar la transparencia y la seguridad de los mercados.

El esfuerzo que la norma requiere es sumamente vasto y plantea desafíos a organismos administrativos que suelen no estar demasiado acostumbrados a utilizar herramientas de este tipo.

Consideramos que se trata de un precepto plenamente aplicable, exigible y sujeto a control judicial; de manera que su inobservancia puede ser denunciada por cada uno de los legitimados activos que el ordenamiento faculta para estos casos.

En esta línea, entonces, cualquier reglamentación o política estatal vinculada al microsistema tuitivo de los consumidores que resulte perjudicial para el medioambiente resultará, en principio, contraria al artículo 43 inc. a) y, en consecuencia, inconstitucional.

5.1.b) Educación ambiental al consumidor.

El capítulo XVI de la ley 24.240, dedicado a la educación al consumidor, contiene una serie de referencias y exigencias tendientes a suministrar herramientas que posibiliten disminuir las asimetrías estructurales ante a las cuales lo coloca el mercado frente al proveedor[21] de bienes y servicios.

En el inc. e) del art. 61 de dicha norma, con el objeto de orientar al consumidor a prevenir los riesgos que puedan derivarse de productos manufacturados o de la utilización de los servicios y asistirlo para evaluar alternativas y emplear los recursos en forma eficiente, dispone que los contenidos educativos a impartir

19 En comentario a la norma contenida en el artículo 43 de la ley 24.240, Gonzalo Sozzo ha sostenido que "un *principio de la política de protección del consumidor es promover el consumo sustentable ".* En "Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* 2012-3, pp. 139/166.

20 GHERSI, C. A., "Consumo sustentable y medio ambiente", La Ley 2000-A, 1142.

21 Utilizamos aquí la definición de "proveedor" como término genérico que engloba a todos los integrantes del polo "pasivo" de la relación de consumo (v.gr. productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor, transportista, etc.).

deben incluir los relacionados con la *"protección del medio ambiente y utilización eficiente de materiales".*

En consonancia con la norma argentina, el art. 11 de la ley ambiental uruguaya n° 17.283, dispone que *"Las entidades públicas fomentarán la formación de la conciencia ambiental de la comunidad a través de actividades de educación, capacitación, información y difusión tendientes a la adopción de comportamientos consistentes con la protección del ambiente y el desarrollo sostenible".*

Existe también una referencia en la ley uruguaya de relaciones de consumo n° 17.250, al considerar como uno de los derechos fundamentales del consumidor a *"la educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, la libertad de elegir y el tratamiento igualitario cuando contrate "* (inc. b).

A nivel supranacional, en el último de los grandes hitos en la historia de las convenciones sobre medio ambiente los países del mundo sostuvieron: *"Reafirmamos que el acceso pleno a una educación de calidad a todos los niveles es una condición esencial para lograr el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza, la igualdad entre los géneros, el adelanto de la mujer y el desarrollo humano y los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente. Destacamos la necesidad de asegurar la igualdad de acceso a la educación para las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, las comunidades locales, las minorías étnicas y las personas que viven en zonas rurales"*[22].

Este concepto de la educación como base del consumo responsable está íntimamente relacionada con la elección de un modelo de vida sustentable y expresa también un claro ejemplo del "diálogo de fuentes jurídicas" a través del cual necesariamente se resuelven los "hard cases".

Se deben brindar al consumidor instrumentos -a través de procesos educativos continuos y constantes- tendientes a convencerlo respecto a las bondades que presenta la adquisición y utilización de productos y servicios amigables con el bien ambiental.

Sostiene la doctrina que *"educar para la autorregulación, es una tarea difícil, es tal vez la decisión ideológica más importante y trascendente de estos tiempos y es subordinar el consumo a la cultura, como dice Michel Aglieta establecer un modelo social de convivencia*[23] *".*

Asimismo, es necesario también presentar conceptos ambientales en las carreras universitarias.

De este modo, en el marco de la ciencia jurídica, propiciamos la inclusión de la materia "Derecho Ambiental" como obligatoria y autónoma en los planes de estudio de las facultades de Derecho de nuestros países.

Del mismo modo en que hoy en día no es posible que un estudiante se gradúe sin poseer conocimiento sobre Derecho del Consumo, tampoco es auspicioso culminar la carrera de grado sin contar con nociones básicas relacionadas con la protección jurídica ambiental.

Siempre nos ha parecido ingeniosa la siguiente frase que leímos hace ya varios años en un libro sobre derecho forestal en Brasil, en la cual se denuncian las dificultades que apareja el desinterés por la educación jurídica ambiental: *"la continuación del silencio nacional, por más de cien años, en esta*

22 Cumbre Mundial para el Desarrollo Sustentable celebrada en Río de Janeiro en el año 2012 ("Río + 20")

23 GHERSI (n 20).

materia, traerá como consecuencia incuestionable la desaparición de los demás cuadros del Derecho, por inútiles. ¿Para qué estudiar Derecho civil, comercial, penal, judicial, etcétera a orillas del Sahara?[24]

De nada servirá estudiar todas estas ramas jurídicas si el olvido de lo ambiental llevará a la destrucción de nuestro hábitat. Ésta es la metáfora del desierto que propone el autor citado para graficar la necesaria preeminencia de la tutela del ambiente por sobre el resto de los derechos humanos.

De eso se trata la generación de "conciencia o cultura ambiental": cuando adquirimos cualquier tipo de producto -aunque pocas veces lo pensemos- estamos apoyando además todo el proceso anterior, desde la forma de producción hasta la distribución, el trasporte y también el modo en que posteriormente se tratarán los desechos de ese producto.

Así, los consumidores deben estar convencidos de que al seleccionar "productos verdes" están ejerciendo una responsabilidad social que va más allá de sus propios intereses.

Se introducen nuevamente aquí las nociones de "lo colectivo" y de la "solidaridad o equidad intergeneracional".

La necesidad de impartir contenidos vinculados al consumo sostenible en todos los niveles educativos, tanto formales como no formales, tiene por objeto la evitación de los dos tipos de daños en torno a los cuales gira básicamente el microsistema ambiental.

Por un lado, se trata de prevenir riesgos que los consumidores puedan sufrir respecto de su salud o seguridad con motivo de la utilización de productos ambientalmente perjudiciales (daño individual o "de rebote"); mientras que, por otro lado, se pretende también la evitación de daños colectivos que conductas de consumidores desaprensivos puedan generar al macro bien ambiental como producto de la elección de bienes o servicios poco amigables con el entorno.

En este punto poseen una notable incidencia dos principios clásicos provenientes del ordenamiento ambiental y que deben ser extrapolados para la solución de conflictos de consumo: los principios de prevención y de precaución.

Concluimos este acápite evaluando que un consumidor educado evidentemente será más consciente y tomará decisiones más racionales y respetuosas del medioambiente. Sin dudas, la educación responsable se presenta como uno de los pilares fundamentales a la hora de generar conciencia y cultura ambiental.

5.2) Referencias indirectas.

5.2.a) Deber de información.

Una de las primeras referencias indirectas a la protección ambiental que hallamos en el microsistema tuitivo de los consumidores y que -del mismo modo que las referencias directas analizadas- refleja también el tipo de diálogos que exploramos en este artículo, es la que gira en torno al deber de información que se impone a los proveedores de bienes y servicios.

Se trata de un derecho / deber que, en el caso argentino, posee rango constitucional[25] y sobre el cual gira prácticamente todo el ordenamiento jurídico protectorio de los consumidores y usuarios.

24 PEREIRA, O. D., "Direito Florestal Brasileiro", Edit. Borsoi, 1950, p. 150.

25 Artículo 42, primer párrafo, de la Constitución Nacional Argentina.

Si analizamos detenidamente los dispositivos legales vigentes en la región -y cada uno de los principios, mecanismos e instrumentos que ellos incluyen-, concluiremos seguramente en que se trata de diversos "desagregados" tendientes a reducir asimetrías de conocimiento.

En la ley 24.240 argentina el derecho / deber de información se encuentra regulado de modo contundente -y como principio general para todo el íter de cualquier relación de consumo- en el artículo cuarto.

Además de ello y como adelantamos, encontramos a lo largo de toda la ley marco una serie de precisiones respecto a la operatividad del deber de información en cada uno de los casos particulares que incluye la norma.

En este sentido, al disponer las precisiones que debe contener el denominado "documento de venta" de cosas muebles o inmuebles, el art. 10 inc. a) de la ley 24.240 alude a "la descripción y especificación del bien".

De manera similar, el art. 17, primer párrafo de la ley uruguaya 17.250 establece que *"la oferta de productos debe brindar información clara y fácilmente legible sobre sus características, naturaleza, cantidad, calidad -en los términos y oportunidades que correspondan-, composición, garantía, origen del producto, el precio de acuerdo a lo establecido en el artículo 15, los datos necesarios para la correcta conservación y utilización del producto y, según corresponda, el plazo de validez y los riesgos que presente para la salud y seguridad de los consumidores ".*

Pensamos que los dispositivos citados necesariamente exigen a los proveedores de bienes y servicios la provisión de información ambiental respecto de los bienes que colocan en el mercado.

Se observa aquí también claramente cómo una obligación impuesta al extremo "pasivo" de la relación de consumo redunda en beneficios tanto para los consumidores actuales como para las generaciones venideras.

Todo consumidor que cuente con información clara, detallada, precisa y veraz sobre las bondades ambientales de los bienes que se le ofrecen estará en condiciones de adoptar al respecto una conducta sustentable y, por ejemplo, seleccionar productos cuyos procedimientos de fabricación resulten más ecológicos que otros.

La información y la publicidad de bienes y servicios cumple un rol fundamental en el cambio de los patrones de consumo actuales y, como tal, debe incluir contenidos ambientales[26]. No es posible que se fomente constantemente el consumo desmedido e irresponsable respecto a la tutela del ambiente, so pretexto de continuar externalizando hacia las generaciones que nos sucederán los riesgos y costos que emanan de nuestra vida en el planeta.

En muchas ocasiones esta circunstancia es evaluada por los proveedores como disvaliosa o perjudicial ya que suele pensarse que mientras más datos se comuniquen respecto a, por ejemplo, los procesos de producción o la disposición final de los residuos; menos se comercializarán los bienes en cuestión.

Sin embargo, este paradigma debe ser revertido. La empresa comenzará a comprender que la adopción de tecnologías limpias y de mecanismos vinculados a la responsabilidad social empresaria operarán como incentivos en relación a los consumidores, quienes seleccionarán este tipo de bienes, y no otros, a la hora de satisfacer sus necesidades.

26 Resulta sumamente ilustrativo el art. 37 inc. 2 del Código de Defensa del Consumidor Brasileño que califica como abusiva a toda aquella publicidad que *"infrinja valores ambientales ".*

5.2.b) Garantía legal.

Otro de los intertextos interesantes que podemos establecer en el camino que estamos desandando en este artículo es el referente a la garantía legal que deben extender los proveedores respecto a los bienes que comercializan.

Así, además de la garantía respecto de productos "nuevos", el art. 11 segundo párrafo de la ley 24.240 obliga a otorgar un plazo mínimo de tres meses de garantía para bienes usados.

Esta circunstancia posee relevancia en materia ambiental por cuanto, aunque sea indirectamente, el dispositivo legal fomenta la reutilización de productos usados que ya fueron parte de una relación de consumo anterior.

Se evita con ello la generación de un nuevo proceso de producción de bienes que pueden extraer del ambiente insumos para su fabricación.

También se disminuye la generación de residuos que implica el desecho de materiales luego de finalizada la utilización de los productos.

Si concedemos al consumidor de bienes usados un plazo mínimo de garantía que le asegure la utilización correcta del producto al menos por ese lapso temporal, estaremos incentivándolo a satisfacer sus necesidades a través de mercaderías que no generarán alteraciones ambientales significativas.

En conclusión, juzgamos como positiva esta prerrogativa en el microsistema de tutela de los consumidores y usuarios ya que, además de los efectos directos que pretende generar, lleva implícita la idea de una disminución importante de los niveles de producción de bienes muebles y de la generación de residuos nocivos para el medio.

5.2.c) Integración.

Dejamos para el último término la reflexión tal vez más interesante en términos jurídicos respecto a las referencias de tipo indirecto que analizamos bajo este acápite.

Nos explayaremos a continuación -aunque brevemente en relación a lo que ameritaría la complejidad de la temática- al fenómeno de la integración normativa.

Básicamente, el planteo consistiría en lo siguiente: frente a un caso de ausencia de norma expresa o "laguna" para solucionar un conflicto determinado, ¿es posible recurrir a legislación, valores y principios "extra sistémicos" o, por el contrario, el problema debe resolverse sólo con los instrumentos propios del ordenamiento jurídico tuitivo de los consumidores y usuarios?

La ley argentina, en el segundo párrafo de su artículo tercero, contiene una previsión expresa al respecto: *"Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor".*

Por su parte, el segundo párrafo del artículo primero de la ley de relaciones de consumo uruguaya n° 17.250 establece que *"En todo lo no previsto, en la presente ley, será de aplicación lo dispuesto en el Código Civil".*

Estas normas dejan abierta ambas posibilidades: por un lado, interpretar que sólo debe acudirse a regulaciones propias del microsistema tuitivo de los consumidores ya que se trata de un ordenamiento autónomo y autosuficiente o, por el contrario, entender que pueden concurrir también principios, valores y leyes provenientes de otros sectores normativos afines, en nuestro caso el microsistema ambiental.

Por nuestra parte, compartiendo lo aseverado por calificada doctrina[27], optamos por interpretar que debe enfatizarse en estos casos el diálogo de fuentes[28] y, más específicamente, entre microsistemas.

Por tanto, para cualquier conflicto que se suscite en el marco de una relación de consumo y que pudiere presentar algún tipo de derivación respecto al medioambiente, necesariamente deben integrarse las disposiciones de la ley de defensa del consumidor con todos aquellos principios, valores y normas provenientes del microsistema ambiental ya que así lo manda la interpretación constitucional en nuestros países.

Brindaremos a continuación algunos argumentos que sustentan esta posición consistente en que la noción de consumo sostenible ha borrado de algún modo los límites de ambos microsistemas.

Tal como adelantamos en el título "3" de este trabajo, la legislación tuitiva de los consumidores y también la del ambiente poseen carácter de orden público[29], razón por la cual no es posible que sea dejada de lado por los particulares a través del ejercicio de la autonomía privada y hasta puede ser aplicada de oficio por los tribunales judiciales.

Además de ello, una característica distintiva del microsistema tuitivo del ambiente es su vocación de expansividad hacia otros órdenes[30]; cuestión que se apoya en la necesidad de tutela de la calidad de vida como prerrequisito para el disfrute de los demás derechos fundamentales reconocidos en nuestras constituciones.

Bajo este prisma, el Estado de Derecho actual no concibe la posibilidad de ejercer con efectividad los derechos individuales si es que no se respetan debidamente los colectivos[31].

En materia ambiental encontramos expresiones de este carácter expansivo tanto en Argentina como en Uruguay.

El artículo 4 de la ley general del ambiente n° 25.675, al enumerar los principios de la política ambiental nacional, establece que *"La interpretación y aplicación de la presente ley, y* ***de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental"*** (el resaltado nos pertenece) estará sujeta a dichos principios.

En concordancia, el último párrafo del artículo 6 de la ley uruguaya n° 17.283, luego de formular una enumeración similar a la de la norma argentina, dispone que *"Los principios antes mencionados servirán*

27 GONZÁLEZ RODRIGUEZ (n 13).

28 Entre otros: LORENZETTI, R. L., "Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho". Edit. Rubinzal - Culzoni, 2006. Capítulo II de la Segunda Parte: "Las Fuentes".

29 En Argentina: Art. 65 de la ley 24.240 y Art. 3 de la ley 25.675. En Uruguay: Art. 1 de la ley 17.250.

30 Nos hemos referido a las diferentes funciones que se predican respecto de los principios de derecho ambiental en CAFFERATTA, N. A. (Director) - CAFFERATTA, N. A.; LORENZETTI, P.; RINALDI, G.; ZONIS, F. (Coautores). "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Ambiental". Edit. La Ley, 2012. Tomo I; Capítulo "II - Principios de Derecho Ambiental".

31 El último párrafo del artículo 14 del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial Argentino dispone que *"La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puede afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general".*

también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que pudieran suscitarse en la aplicación de las normas y competencias de protección del ambiente y ***en su relación con otras normas y competencias"*** (el resaltado nos pertenece).

En la doctrina uruguaya -y con cita del profesor argentino Gonzalo Sozzo- se ha expresado en forma coincidente con nuestra posición Andrés Mariño, al decir que *"Las normas previstas por el subsistema del derecho ambiental deben respetarse por el resto del sistema jurídico. Entre las normas que conforman a éste y las normas ambientales debe existir coherencia. Las disposiciones normativas ambientales tienen fuerza expansiva "*[32].

En base a lo expuesto es que en toda temática o conflicto que directa o indirectamente pueda aparejar consecuencias ambientales sostenemos que debería, de manera preliminar, obrarse del siguiente modo:

a) Para supuestos en los cuales la cuestión se encuentre prevista en la normativa específica del caso, se aplicará la ley sectorial (en lo que interesa a este trabajo, hablamos de la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios), pero releída o reinterpretada bajo el prisma de los principios de política ambiental (artículo 4 de la ley 25.675 argentina y artículo 6 de la ley 17.283 uruguaya).

En esta línea, y a modo de ejemplo, consideramos que los principios de prevención y precaución -tan desarrollados por la legislación y por la jurisprudencia ambiental-necesariamente serán utilizados a la hora de intentar solucionar conflictos derivados de la posible o probable generación de daños ambientales a través de una relación de consumo.

Destacamos en este punto, y en apoyo a nuestra postura, que el despacho de mayoría de la Comisión de Derecho de Daños[33], en el marco de las vigésimoterceras Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán durante el mes de septiembre de 2011, sostuvo que *"El principio precautorio es un* ***principio general del Derecho de Daños*** *que impone el deber de adoptar medidas adecuadas con el fin de evitar riesgos de daños potenciales a la vida, la salud y el ambiente "* (el resaltado nos pertenece).

También los principios y valores provenientes del microsistema ambiental resultarán procedentes en el ámbito contractual para, por caso, desentrañar el carácter abusivo de cierto tipo de cláusulas que usualmente se insertan en los contratos celebrados consumidores[34].

b) Por otra parte, y para conflictos que no se encuentren explícitamente resueltos a través de mecanismos propios del microsistema protectorio de los consumidores y usuarios, se utilizarán -supletoriamente y sin ningún tipo de impedimento o restricción el resto de los instrumentos y procedimientos provenientes de la legislación protectoria del ambiente; también interpretados a través de los principios de este orden normativo.

---

32 MARIÑO LOPEZ, A., "La obligación de informar al consumidor. El paradigma de la precaución", en La Ley 19/02/2013, 1. La Ley 2013-A, 844. Cita Online: AR/DOC/295/2013.

En sentido similar, también en la doctrina uruguaya, se ha expresado la profesora Dora Szafir en "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho del Consumidor" (SZAFIR, D. -Directora-. CARRETTO, S. -Investigadora Académica-), Edit. La Ley Uruguay, 2011, Tomo I, p. 55.

33 Integrada, entre otros, por juristas de la talla de Néstor Cafferatta, Enrique Muller, Edgardo Saux y Hugo Acciarri.

34 De hecho, el inc. XIV del artículo 51 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil incluye dentro del catálogo de cláusulas abusivas a aquellas que *"infrinjan o posibiliten la violación de las normas ambientales"* (la traducción nos pertenece).

En esta segunda variante, pensamos que el instituto de la evaluación de impacto ambiental -por ejemplo y aún no encontrándose previsto en la legislación consumeril-deberá exigirse en todas aquellas relaciones de consumo que resulten susceptibles de impactar positiva o negativamente el ambiente.

Una interesante fuente -por el momento, de carácter doctrinario- en la cual podemos apoyar las reflexiones contenidas en el presente acápite la constituye el artículo 1094 del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial Argentino, al disponer en su primer párrafo que *"Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de* ***acceso al consumo sustentable*** *"* (el resaltado nos pertenece).

En base a este dispositivo, concluimos en que sin dudas la normativa ambiental concurrirá y asistirá al Derecho del Consumidor a la hora de aplicar e interpretar las vicisitudes de cada relación de consumo que se someta al testeo de constitucionalidad.

Así, el diálogo microsistémico es perfectamente compatible y sumamente útil a la hora de resolver responsablemente los complejos casos que se presentan a diario.

6.- Conclusiones.

A modo de cierre del presente trabajo, se nos ocurre apuntar que los conflictos vinculados con la tutela del ambiente y también con la de los consumidores se nos presentan como un evidente desafío para quienes operamos en el campo jurídico.

Si entendemos al Derecho como una ciencia que persigue la solución de conflictos sociales, deberemos hacernos cargo de la complejidad a la que nos exponen estos órdenes normativos y esforzarnos por encontrar soluciones sustentables en el tiempo.

En ese camino será fundamental comenzar por un abordaje constitucional de estos casos y encararlos bajo el prisma de la teoría de los derechos fundamentales, tal como lo hemos propuesto precedentemente en nuestro ensayo.

Bajo tal premisa, y siguiendo la ingeniosa frase del profesor Jon Elster, valoraremos a nuestras constituciones nacionales como aquellas *"cadenas con las cuales los hombres se atan a sí mismos en sus momentos de cordura para evitar perecer por suicidio el día que desvaríen "*[35].

Siempre que se nos presenten dudas frente a un caso complejo, y para evitar "perecer por suicidio", será imprescindible atar nuestros razonamientos científicos a los preceptos que emanan del "bloque de constitucionalidad"[36].

Suelen exponernos estos casos difíciles a la necesaria adopción de "opciones trágicas"[37] en las cuales necesariamente deberemos ponderar y balancear los derechos fundamentales que se encuentran en contraposición a los efectos de satisfacer al máximo posible cada uno de ellos.

35 ELSTER, J, "Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad", Fondo de Cultura Económica, 2000.

36 BIDART CAMPOS, G J. "Manual de la Constitución Reformada", Cuarta Edición, Edit. Ediar, 2009, Capítulo I: "La estructura, el contenido y las fuentes del Derecho Constitucional".

37 CALABRESSI, G - BOBBITT, P. "Tragic Choices", Edit. W. W Norton & Company, 1978.

En ese camino es que resultará de suma importancia para el operador jurídico el manejo certero y amplio de los principios y valores que se desprenden de cada uno de los microsistemas que hemos analizado.

Será el diálogo entre estos conceptos jurídicos indeterminados el mecanismo que nos proporcionará las herramientas para lograr una solución mucho más razonable y justa para cada diferendo frente al cual nos enfrentemos.

Utilizaremos y aplicaremos necesariamente fuentes jurídicas provenientes tanto del Derecho Público como del Derecho Privado, del microsistema ambiental como del de los consumidores, de raigambre nacional como internacional.

La búsqueda de la solución para cada caso concreto -en virtud de la jerarquía de los intereses que se encuentran en juego- deberá empujarnos al logro de vínculos jurídicos mucho más humanizados, tuitivos de los más débiles y respetuosos también de las necesidades de las futuras generaciones, entendidas como nuevos sujetos de derecho[38].

Al considerar el derecho a la seguridad que debe dispensarse a los consumidores, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha arrojado luz sobre el tinte fuertemente igualador y tuitivo que posee el Derecho del Consumo en nuestros ordenamientos jurídicos: *"La incorporación de este vocablo en el art. 42 de la Constitución, es una decisión valorativa que obliga a la sociedad toda a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos .*

Sin dudas que las responsabilidades que debemos asumir como consumidores en la sociedad actual desempeñarán un rol fundamental en el salto hacia la economía verde[39] -con justicia social y ambiental- que los países del mundo persiguen.

Ha resaltado la doctrina que "la Agenda 21 de la Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro, junio de 1992), parte de la base que la mayor causa del deterioro del ambiente en el planeta, son los patrones de producción y de consumo no sostenibles, particularmente en los países desarrollados "[40]. Por tanto, el camino hacia el desarrollo sostenible no es sólo exigible a las empresas o a los Estados Nacionales, sino que su tránsito deberá también ser recorrido de manera responsable por cada uno de nosotros al ejercer a diario nuestro rol de consumidores. En esta línea, claramente, estamos en presencia de un proceso de "humanización y ambientalización del Derecho del Consumidor"[41] que nos impone movernos en el campo jurídico de un modo mucho más sofisticado. Evidentemente se trata de objetivos de "gran escala" y de modos de razonar científicamente que deberemos discutir y compartir entre los países de la región en nuestros tiempos. Sirva entonces el presente trabajo, aunque más no sea, para dicha premisa: nuestro mínimo aporte de ideas, mecanismos e instrumentos jurídicos tendientes a la obtención de soluciones más justas para los consumidores y sustentables para el bien colectivo ambiental.

BIBLIOGRAFÍA.

---

38 SAULINO, M. F., "Las Generaciones Futuras y los Derechos Ambientales", en Gargarella, R. (Director), *La Constitución en 2020,* Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

39 Ver documentos finales emanados de la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sustentable celebrada en Río de Janeiro durante el año 2012 ("Río + 20). Disponibles en http ://www. expoterra. com.ar/notas/102-lo-que-rio20-nos-dejo.

40 Stiglitz (n 2).

41 Sozzo (n 19).

- BIDART CAMPOS, G J., "Manual de la Constitución Reformada", Cuarta Edición, Edit. Ediar, 2009.
- CAFFERATTA, N. A. (Director) - CAFFERATTA, N. A.; LORENZETTI, P.; RINALDI, G.; ZONIS, F. (Coautores). "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Ambiental". Edit. La Ley, 2012.
- CALABRESSI, G - BOBBITT, P. "Tragic Choices", Edit. W. W Norton & Company, 1978.
- CAUMONT, A., "Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño", en La Ley 18/07/2013, 1, La Ley 2013-D, 925, Cita Online: AR/DOC/2456/2013.
- DE LORENZO, M. F., "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana", La Ley 19/10/2011, 19/10/2011, 1.
- ELSTER, J, "Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad", Fondo de Cultura Económica, 2000.
- GHERSI, C. A., "Consumo sustentable y medio ambiente", La Ley 2000-A, 1142.
- GHERSI, C. A. - WEINGARTEN, C. (Directores), "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Defensa del Consumidor". Edit. La Ley, 2011.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, L., "La sustentabilidad y el consumo", en PICASSO, S.
- VAZQUEZ FERREYRA, R. A. (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor: Comentada y Anotada,* Buenos Aires, La Ley, 2009, Volumen: 3.
- IRTI, N., "La edad de la descodificación", traducción Luis Rojo Ajuria, Barcelona, Ed. Bosch, 1992.
- LORENZETTI, R. L., "Las normas fundamentales de Derecho Privado", Edit. Rubinzal-Culzoni, 1995.
- LORENZETTI, R. L., "Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho", Edit. Rubinzal - Culzoni, 2006.
- LORENZETTI, R. L., "Consumidores". Segunda Edición Actualizada. Edit. Rubinzal
- Culzoni, 2009.
- LORENZETTI, R. L. - LORENZETTI, P. L., "Río + 20: Conflictos del presente y reflexiones a futuro", en Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot N° 32, Diciembre de 2012.
- MARIÑO LOPEZ, A., "La obligación de informar al consumidor. El paradigma de la precaución", en La Ley 19/02/2013, 1, La Ley 2013-A, 844. Cita Online: AR/DOC/295/2013.
- MOSSET ITURRASPE, J. - WAJNTRAUB, J., "Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240 (modif. por Leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361)", Edit. Rubinzal -Culzoni, 2008.
- PEREIRA, O. D., "Direito Florestal Brasileiro", Edit. Borsoi, 1950, p. 150.
- PERETTI, E., "La Sentencia Ambiental. Su Eficacia", en *Revista de Derecho Público*
- *2009/2. Derecho Ambiental,* Edit. Rubinzal - Culzoni. 2009.
- SAULINO, M. F., "Las Generaciones Futuras y los Derechos Ambientales", en Gargarella, R., (Director), *"La Constitución en 2020",* Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- SOZZO, G. C., "Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3, Edit. Rubinzal -Culzoni.
- STIGLITZ, G. A., "Consumo sustentable. El derecho del consumidor y la protección del medio ambiente", en DJ 1997-3, 73.
- STIGLITZ, G. A., "Tutela del ambiente y del consumidor. Dos recientes soluciones en Derecho español", en La Ley 1983-D, 793
- SZAFIR, D. (Directora) - CARRETTO, S. (Investigadora Académica), "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho del Consumidor", Edit. La Ley Uruguay, 2011.

TITULO: Relación de causalidad como presupuesto del Daño Ambiental. Nuevos perfiles a partir del Código Civil y Comercial de la Nación.

AUTOR: Pablo Lorenzetti[1].

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Relación de causalidad en el Código de Vélez Sarsfield. 3.- Particularidades del vínculo causal en materia de daño ambiental. 4.-Relación de causalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. 5.- Ruptura del nexo causal. 6.- Carga y valoración de la prueba del vínculo causal. 7.- Colofón. 8.-Bibliografía.

1.- Introducción.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación invita -y exige- a los juristas acostumbrados a movernos dentro del contorno de alguno de los microsistemas del derecho privado constitucionalizado a profundizar las comunicaciones con el sistema general.

Pensamos que el campo de la responsabilidad civil por daño ambiental es un ámbito en el cual necesariamente deberán afinarse ciertos razonamientos a la hora de explorar soluciones constitucionalmente coherentes (arts. 1 y 2 del Código) y razonablemente fundadas (art. 3 del Código).

En lo específico, nos planteamos en este trabajo algunos interrogantes acerca de uno de los presupuestos de la responsabilidad civil cuyo estudio ha presentado mayores complejidades a la ciencia jurídica moderna: la relación de causalidad.

Uno de los disparadores principales de este breve estudio se desprendió de la lectura, hace ya varios años, de las interesantes reflexiones de los profesores Jorge Mayo y Juan Manuel Prevot vertidas en un trabajo sobre el tópico en análisis[2].

De modo ingenioso, se nos advierte acerca de lo intrincado del instituto recurriendo a diferentes calificativos que la doctrina ha utilizado para referirse al problema de la determinación de la relación de causalidad entre un hecho y un resultado dañoso.

Así, bajo el título "Caracteres y perplejidades", se indica que estamos frente a *"una de las cuestiones más "complejas" (Nadeau); "tormentosas" (Ponzanelli); "angustiosas" (Esmein); "irritantes" (Durry); "enigmáticas" (Lapoyade - Leschamps); "multiformes" (Sabard); "ambiguas" (Salvi); "insolubles" (Ripert) o, si se prefiere, "de extrema dificultad" (Baudouin - Deslauriers) (práctico-teórica) (Starck - Roland - Boyer) del Derecho de la responsabilidad*

1 Abogado. Especialista en Derecho Ambiental por la UBA. Especialista en Derecho Ambiental y Globalización por la Universidad de Castilla La Mancha - Toledo (España). Especialista en Derecho de Daños y Contratos por la Universidad de Salamanca (España).

2 Mayo, Jorge A. - Prevot, Juan Manuel. "La relación de causalidad. Como requisito autónomo y esencial de la responsabilidad civil". Publicado en La Ley, 15/09/2010, 1.

civil. A punto tal que, para reconocidos autores (Ripert), los jueces deberían abstenerse de realizar cualquier análisis de índole causal, puesto que en última instancia, el problema siempre queda reducido a una mera quaestio facti, librada en ultima ratio, a la sensibilidad (Esmein), la equidad (Cancelier), el sentido común (Valcavi); o en suma, al prudente arbitrio del intérprete (Carbonnier) ".

Formulamos esta cita textual ya que denota lo apasionante del tema y la dedicación que le han suministrado gran cantidad de investigaciones jurídicas -y también no jurídicas-durante tantos años.

La trascendencia de la concretización del vínculo causal se manifiesta en su doble utilidad.

Es conteste la doctrina en sostener que, por un lado, la relación causal permitirá dar con el sujeto generador del daño (función inmediata) mientras que, desde otro ángulo, el íter causal redundará en un vínculo directo con la extensión del resarcimiento del perjuicio (función mediata)[3].

Un hecho lícito o ilícito que produce consecuencias puede provenir de varios autores y además generar diferentes consecuencias.

Sólo que a no todos los sujetos el ordenamiento les asigna responsabilidad ni tampoco a todos los efectos nocivos se les impone una consecuencia jurídica.

Es por estos motivos que resulta de vital importancia profundizar las exploraciones que sobre este presupuesto de la responsabilidad civil se han desarrollado hasta el momento.

Por un lado, debido a que cuando de daños ambientales colectivos se trata la cuestión se torna bastante más ardua ya que usualmente nos enfrentamos a diferendos en los cuales intervienen fenómenos de concausación, problemas vinculados a la incerteza o el azar, distanciamiento entre condiciones y resultados, etc.

Desde otro prisma, además de las necesarias disquisiciones y debates provenientes de la doctrina, visualizamos que gran parte de los conflictos que muestra la jurisprudencia ambiental surgen a partir de la dificultad en el establecimiento del vínculo causal; en razón de lo cual se justifica dedicar aunque sea algunas líneas para ponderar este fenómeno.

Es de vital importancia, entonces, abordar este tipo de estudios que muchas veces parecen olvidados en la especialidad, más preocupada por la aplicación de grandes principios y valores generales que en recurrir a los instrumentos de carácter más técnico de los cuales nos provee la responsabilidad civil.

---

3 Tiene dicho la doctrina que *"en nuestro sistema, en principio, la extensión del resarcimiento se rige estrictamente por la relación de causalidad y no por la culpabilidad, salvo casos de excepción que deben ser rigurosamente calibrados"* (Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos Gustavo. "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones". Tomo II. Edit. Hammurabi, 1.999. Pág. 98).

Coincidimos con el profesor español Eugenio Llamas Pombo en que *"el único instrumento jurídico verdaderamente eficaz para la defensa del medio ambiente viene dado precisamente por la responsabilidad civil que, clásica o no, es la única que conocemos. Ni el ordenamiento penal ni el administrativo han obtenido precisamente los mejores resultados. Sólo la actuación de los perjudicados ante los tribunales civiles ha venido a hacer realidad el principio "quien contamina paga", que no puede entenderse sino como la contrapartida de que "quien sufre el daño ambiental cobra"*[4].

Por último, desde ya que la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación plantea la necesidad de revisar los paradigmas utilizados hasta el momento en el campo de los microsistemas y adaptarlos a la nueva "cultura" codificada.

Algunas de todas estas premisas son las que intentaremos desandar a lo largo del presente texto.

A modo de aclaración preliminar, destacamos aquí que centraremos nuestros análisis en las vicisitudes estrictamente jurídicas del fenómeno causal, dejando de lado las interesantes y profundas reflexiones provenientes de otras ciencias que se han ensayado sobre el tema.

2.- Relación de causalidad en el Código de Vélez Sarsfield.

El estudio de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil ha transitado por diversas etapas a lo largo del tiempo.

Sólo a modo introductorio, y de manera sintética, diremos aquí que tanto la doctrina como la jurisprudencia han superado las teorías vinculadas a la "equivalencia de las condiciones"[5] para, contrariamente, optar por soluciones que tildan sólo a una o a algunas de las conductas que se verifican en los hechos del caso como la causa a la cual el ordenamiento le asigna virtualidad para generar consecuencias jurídicas.

De esta manera, y dejando de lado teorías tales como la de la "causa próxima", "causa preponderante", "causa eficiente", "teoría de la acción humana"[6], entre otras; el Código derogado optó por la teoría de la causalidad adecuada[7].

---

4 Llamas Pombo, Eugenio. "Los problemas actuales de la responsabilidad civil". Título "1.10.-"Responsabilidad medioambiental sin responsabilidad civil?". Módulo de aprendizaje autodirigido. Plan de formación de la rama judicial. Consejo Superior de la Judicatura. Colombia, 2011.

5 Noción desarrollada en sus orígenes por el jurista alemán Von Buri a mediados del siglo XIX.

6 Para el análisis de estas teorías remitimos, entre otros, a: a) Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos Gustavo. "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones". Tomo II. Edit. Hammurabi, 1.999. Pág. 99. b) Sagarna, Fernando. "El nexo de causalidad en el daño ambiental". En: Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) - Catalano, Mariana y Gonzalez Rodríguez, Lorena (Coordinadoras). "Derecho Ambiental y Daño". Edit. La Ley, 2009. Pág. 189.

7 Teoría expuesta en sus inicios por los profesores alemanes Von Bar y Von Kries a fines del siglo XIX.

Esta noción se desprendía claramente de lo apuntado por el art. 906, al disponer que *"en ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad"*.

A los fines de complementar y desarrollar esta postura se solía acudir a la explicación contenida en el artículo 901 del Código Civil:

"Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

Por lo tanto, la idea de causa adecuada se relacionaba -y se sigue relacionando en la nueva legislación- con aquello que suele suceder de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas.

Esta teoría parte de presupuestos vinculados a la previsión y a la regularidad en los hechos, en razón de lo cual no hay causalidad predicable de un caso singular o único.

La valoración en abstracto que en materia de causalidad se formula respecto a la previsibilidad diferencia claramente a este requisito del de la culpabilidad, en el marco del cual la evaluación se pondera de modo concreto en referencia al agente que causa el daño.

Es necesario estudiar y evaluar los acontecimientos aplicando estos parámetros para concluir en que un daño se genera a causa de tal o cual hecho verificado en la realidad.

Si, dentro de varias condiciones, se presume que sólo una de ellas es la generadora del daño, lógico es optar por aquella que -regular y previsiblemente en casos similares y de acuerdo a lo que hubiere podido prever un "hombre medio"- ha producido los mismos efectos con anterioridad[8].

En tal tarea, doctrina y jurisprudencia han recurrido a la explicación del "análisis prospectivo - retrospectivo" o "prognosis póstuma"[9].

Simplificando al extremo la cuestión, diremos que el operador jurídico que se enfrenta a un grupo de hechos que presumiblemente hayan contribuido a la producción del daño, analiza en conjunto las condiciones, suprimiendo imaginariamente cada una de ellas, de a una por vez.

---

8 En el caso de personas que son embestidas por vehículos que cruzan semáforos en rojo, por ejemplo, lo usual es que en la mayoría de los supuestos resulten lesionadas o muertas. Pues bien, si en un supuesto particular debemos determinar si la causa adecuada de la muerte de un peatón es que el auto que lo chocó cruzó en rojo el semáforo o que, por ejemplo, la persona murió porque se tropezó con un cascote; la teoría que estudiamos nos indicará seleccionar la primera de las condiciones, salvo, claro está, prueba en contrario.

9 La doctrina ha adoptado también otras denominaciones similares, por ejemplo la de "juicios de idoneidad o adecuación" (Zarza, Alberto. "Responsabilidad civil por cosas riesgosas o viciosas". Publicado en Márquez, José Fernando (Director): "Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial". Edit. Zavalía, 2015. T. II, Pág. 109).

Todos aquellos hechos que, eliminados, no modifiquen el evento dañoso, evidentemente no serán la causa adecuada del perjuicio ya que el mismo se produce de manera independiente.

Por el contrario, si se suprime una condición y el daño no se genera finalmente, es claro que dicho hecho constituye la causa adecuada del menoscabo debido a que si no hubiese existido, el perjuicio no se hubiese ocasionado.

El juez -o el operador jurídico que fuere- se encarga de formular una especie de reconstrucción de los hechos o juicio de probabilidad de carácter estadístico, analizando lo ya sucedido y también los efectos futuros de las conductas respectivas; todo ello pensando el caso en abstracto y no en concreto.

Este desarrollo está centrado en la voluntariedad del agente y en la verificación empírica de la cadena causal.

Bajo otro marco conceptual pero arribando a soluciones similares, de lo que se trata es de seleccionar causas jurídicas entre el rango de condiciones causalmente elegibles o "condiciones NESS" (necessary element of a sufficient set - elemento necesario de un conjunto suficiente) del hecho consecuente tenido en mira para la investigación.

De este modo, y sintetizando la noción de causalidad adecuada, *"un hecho (que sea condición NESS del segundo) es causa de otro cuando puede preverse que el primero incrementará significativamente la probabilidad de ocurrencia del segundo"*[110].

Sea como fuere, a través de este método se logra entonces establecer la adecuación entre uno o más hechos y el resultado dañoso, descartando al mismo tiempo aquellos otros eventos que se presenten como casuales, remotos o imprevisibles.

Pasaremos a continuación a exponer algunas cuestiones específicas que derivan del daño ambiental y que impactan directamente sobre la teoría de la causalidad adecuada.

3.- Particularidades del vínculo causal en materia de daño ambiental.

Las dificultades en la concreción del vínculo causal, tal como ya lo adelantáramos, se acrecientan cuando de daños ambientales masivos o colectivos se trata.

Ello así, claro está, a causa de las características específicas de este tipo de daño, que lo diferencian notoriamente de otros regímenes.

En materia medioambiental es usual que se verifiquen fenómenos de "concausación" o "pluricausalidad" en los cuales existen diferentes condiciones que, *prima faccie,* se presentan como posibles o probables causas jurídicas del hecho dañoso.

En lo relativo al tópico que tratamos, interesa destacar también que los daños masivos suelen aparecer como el producto de procesos complejos, difusos y dilatados en el tiempo y en el espacio.

Los efectos de las conductas que afectan negativamente al ambiente son prolongados, continuados y progresivos.

No es tan fácil ni tan clara la determinación de aquello que es normal, natural y ordinario en este tipo de eventos.

Se habla de "causalidad circular" en este tipo de acontecimientos, por oposición a la idea de "causalidad lineal", más propia de los fenómenos clásicos o individuales en los cuales a cada evento o hecho corresponde un mismo efecto.

Mientras tanto, se ha sostenido que en los procesos ambientales las condiciones suelen actuar en el marco de una especie de caos, desorganizando y reorganizando el sistema y cada una de sus partes.

Por tal motivo, pequeñas causas pueden generar muy grandes consecuencias o a la inversa; al tiempo que las mismas condiciones pueden producir efectos muy diversos.

El perjuicio, por su lado, puede manifestarse respecto del macro bien ambiental (de carácter indivisible) o también en relación a los micro bienes en particular (flora, fauna, aire, suelo, etc).

De modo corriente se observan daños a componentes específicos del ecosistema que más tarde o más temprano impactan en otros micro bienes en razón del carácter interdependiente e interactivo que presentan estos fenómenos entre sí.

La regularidad, previsibilidad o experiencia -pensados como requisitos necesarios para el funcionamiento de la teoría de la causalidad adecuada- brillan por su ausencia en problemas, por ejemplo, provenientes de radiaciones no ionizantes emitidas por antenas de telefonía celular[10] o del alcance de las consecuencias nocivas que se predican de las fumigaciones con agroquímicos.

En ambos ejemplos se ha comprobado una fuerte controversia científica en la jurisprudencia sobre el vínculo causal entre los hechos concretos y los daños individuales o colectivos que se denuncian.

Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, el inconveniente no se refleja en el presupuesto relativo al daño ya que los perjuicios en general son patentes y fácilmente demostrables.

La dificultad, por el contrario, aparece al momento de establecer el nexo causal entre la o las conductas y el resultado lesivo.

---

10 Para la profundización de esta temática y de otras vinculadas recomendamos la tesis doctoral de la profesora María Valeria Berros titulada "Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina". Publicada en http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8080/tesis/handle/11185/428.

De allí la importancia de este requisito del derecho de daños que estamos explorando en el presente ensayo.

En otros casos, el estado actual de la tecnología y los conocimientos científicos válidos y contrastables no alcanzan para lograr un convencimiento cierto acerca del vínculo causal.

Pensemos por ejemplo en efectos derivados del cambio climático o de productos transgénicos o de policlorobifenilos (PCB) o de organismos genéticamente modificados.

La solución no puede hallarse en razonamientos provenientes de los presupuestos y mecanismos clásicos provenientes de la teoría de la causalidad adecuada.

En estas controversias, la experiencia que pueda haber tenido el juez en ocasiones anteriores con el objeto de formar su "sana crítica" a la hora de ponderar el vínculo causal no posee demasiada relevancia, o bien dichas vivencias anteriores sobre supuestos análogos directamente no existen.

Para determinar si una consecuencia se erige como el resultado derivado del curso "natural y ordinario de las cosas" de una serie de condiciones (relación causal adecuada) es imprescindible que el juez cuente con ejemplos preexistentes a los fines de formular el análisis prospectivo - retrospectivo.

La complejidad que denotan los fenómenos ambientales obliga a recurrir a sofisticadas construcciones científicas y técnicas para explorar la relación causal, en los cuales el "leal saber y entender" del magistrado tiene poco para aportar.

Es por ello que en esta materia es corriente que se decida en base a criterios probabilísticos, descartando la previsibilidad cierta que presupone la aplicación estricta de la teoría de la causalidad adecuada[11].

Observamos que este presupuesto de la responsabilidad civil experimenta similar grado de flexibilización o amplitud que otros institutos cuando a daños ambientales nos referimos[12].

Por tal motivo, podrían advertirse casos de afectaciones negativas al ambiente frente a los cuales el autor deba responder no solo por consecuencias inmediatas o mediatas -ambas

11 Tiene dicho la jurisprudencia, con cita del profesor Jorge Mosset Iturraspe, que *"en los casos donde resulta involucrado el medio ambiente, "la relación de causa a efecto que el derecho aprehende no es aquélla, calificada como científica, que exige una "certidumbre total", una seguridad absoluta. Nada de eso, se trata de una posibilidad cierta, de una probabilidad en grado de razonabilidad, tal como el Derecho entiende el vocablo"* (Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. "Estancias Violeta S.R.L. c. Techint S.A.C.I.". 10/08/2006. Publicado en LL Patagonia 124007 (abril), 914).

12 Nos referimos, por ejemplo, al concepto de daño, factores de atribución, antijuridicidad y también institutos procesales como la legitimación activa, medidas cautelares, carga de la prueba, efectos y ejecución de sentencia, entre otros.

testeadas bajo criterios de previsibilidad o regularidad- sino también por resultados que podrían presentarse, en principio, como meramente casuales o inciertos.

Consideramos que ello es lo que indica el principio precautorio contenido en el art. 4 de la ley 25675 y que posee un impacto fenomenal en materia de relación de causalidad[13].

También se ha recurrido a algunas variantes provenientes de otro tipo de construcciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia, tales como la teoría holandesa o de la causa alternativa o disyuntiva, la teoría alemana de la condición peligrosa, la de la proporcionalidad, la de la víctima más probable, entre otras[14].

Es que en el caso de los fenómenos de concausación es necesario transitar por un análisis holístico e integral del nexo causal.

En la causa "Salas"[15], por ejemplo y circunscribiéndonos al objeto de este trabajo, se advirtió un problema de concausación o pluralidad de causas entre las autorizaciones de desmonte de bosques nativos.

Se habían otorgado una gran cantidad de permisos a diferentes sujetos para desmontar y talar bosques en cuatro departamentos de la provincia de Salta.

Analizadas de manera individual las autorizaciones, muy probablemente el impacto no haya sido significativo y el vínculo causal con el daño colectivo esgrimido por los actores tal vez no hubiese podido demostrarse.

Es por ello que, entendemos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación descifra esta circunstancia y ordena la realización de un procedimiento que *"deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la tala y desmonte señalados, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes. Deberá proponer asimismo una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale,*

13 Observa la jurisprudencia que *"el principio precautorio lo que pretende es servir de fundamento legal para la adopción de medidas, aún cuando dicho nexo causal no esté debidamente acreditado; es decir cuando sobre una actividad o tecnología reine la incertidumbre respecto de la nocividad de su accionar y no haya todavía un daño a ella atribuible. En consecuencia, resulta evidente que la razón de ser del principio precautorio es la de operar en los casos de incertidumbre donde no haya relación de causalidad alguna acreditada y, por consiguiente, cuando la arbitrariedad o ilegalidad del acto no sea todavía manifiesta"* (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. "CO.DE.CI de la Provincia de Río Negro". 16/08/2005. Publicado en La Ley 2006-C, 223. Voto del Dr. Lutz).

14 Cafferatta, Néstor A. "Teoría general de la responsabilidad civil ambiental". Publicado en Lorenzetti, Ricardo Luis (Driector) - Catalano, Mariana y Gonzalez Rodriguez, Lorena (Coordinadoras). "Derecho Ambiental y Daño". Edit. La Ley, 2009. Pág. 63/64.

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional". Sentencias de fecha 29/12/2008, 26/03/2009 y 13/12/2011, entre otras dictadas por el máximo tribunal en este caso.

valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras "[16].

Es imprescindible formular este tipo de explicaciones cuando de causas ambientales se trata a los efectos de asumir la difícil tarea de testear el nexo causal bajo el prisma de nociones sistémicas que permitan ponderar la pluralidad de condiciones que concurren a la producción de un evento lesivo.

Claro está que jugarán aquí también un papel decisivo los principios del Derecho Ambiental, objeto sobre cual no nos extenderemos en este trabajo.

Por su parte, la Ley General del Ambiente N° 25.675 contiene una previsión expresa en materia de concausación.

El artículo 31 establece que *"si en la comisión del daño ambiental colectivo hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable.*

En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación".

Esta asignación de responsabilidad solidaria a todos los integrantes del grupo tiende claramente a tutelar la integridad del bien colectivo ambiental.

La norma posee su parangón en el microsistema protectorio de los consumidores, el cual asigna responsabilidad solidaria a *"el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio "* para supuestos da daños derivados de riesgo o vicio de la cosa o prestación del servicio[17].

En ambas normativas especiales lo que se busca es ampliar la frontera de legitimados pasivos a los efectos de preservar la indemnidad de los sujetos individuales y colectivos tutelados por los microsistemas.

Observaremos que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aporta algunas reglas que transitan por carriles similares a los señalados precedentemente.

---

16 Existen diferencias entre el procedimiento de impacto ambiental acumulativo y el estratégico, cuyo abordaje excede el propósito y la extensión de nuestro trabajo. Para profundizar estos temas recomendamos: a) Marchesi, Guillermo y Rinaldi, Gustavo. "Evaluación ambiental estratégica: el rol del poder judicial en su implementación". Publicado en Revista de Derecho Ambiental N 44 -Octubre/Diciembre de 2015 (Director: Néstor Cafferatta). Edit Abeledo Perrot, 2015. b) Rinaldi Gustavo. "La evaluación ambiental estratégica". Publicado en Pinto, Mauricio y Martiín, Líber (directores). "La evaluación de impacto ambiental y su régimen jurídico - Análisis del nuevo paradigma", Edit. Lajouane, Buenos Aires, 2012.

17[w] Artículo 40 de la ley 24.240.

4.- Relación de causalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Abordaremos bajo este título sólo algunos tópicos puntuales que se derivan del nuevo Código y que nos parece que pueden influir de manera particular sobre las construcciones teóricas a utilizar en materia de determinación de la relación causal en la materia ambiental.

4.1.- Teoría general y necesidad de diálogos con el microsistema ambiental.

El artículo 1726 del Código Civil y Comercial de la Nación mantiene la tradición jurídica vigente en el campo que estudiamos y consagra -al igual que Vélez- la teoría de la causalidad adecuada.

También se recurre en el artículo 1727 a las nociones de lo "natural" y lo "ordinario" para definir a las consecuencias inmediatas.

En base a estas ideas, la el bagaje teórico acerca de este punto no varía sustancialmente respecto al diseño del Código derogado[18], en razón de lo cual debemos remitir a lo señalado en el título 2 de este escrito.

Sin embargo, sí nos parece conducente introducir aquí algunas variantes extraídas del nuevo Código que nos facilitarán interpretaciones y adaptaciones tendientes a la especificación del vínculo causal cuando de daños ambientales se trata.

Nos referimos a tres de los artículos del Código Civil y Comercial que más atención ha dedicado la doctrina especializada proveniente del Derecho Ambiental:

"Artículo 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".

"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 1ª y 2ªdebe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial".

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

18 Sí es importante destacar que los artículos 1726 y 1727 no diferencian entre responsabilidad contractual y extracontractual como lo hacía el sistema diseñado por Vélez; en razón de lo cual -y salvo excepciones puntuales- la extensión del resarcimiento se regirá por las mismas reglas en ambos casos.

No nos extenderemos en el análisis de estos dispositivos ya que lo hemos formulado en trabajos anteriores[19], pero sí diremos que tales previsiones nos obligan a adaptar las soluciones vinculadas a la causalidad, incorporando la variable colectiva / ambiental.

Se trata de interpretar las normas tradicionales contenidas en el Código bajo el nuevo paradigma y en el marco del profundo cambio en la cultura jurídica que el digesto conlleva[20].

Del juego de los arts. 14 y 240 se desprende que el ejercicio de los derechos individuales debe ser compatibilizado con los derechos de incidencia colectiva; introduciéndose al mismo tiempo a la normativa codificada el principio u objetivo primario de nuestra rama, cual es el del desarrollo sostenible[21].

Por otro lado, y siguiendo la guía impuesta por el art. 241, notamos que la legislación sobre presupuestos mínimos contiene una serie de reglas, principios y valores que impactarán fuertemente en la interpretación y aplicación de los arts. 1726 y ss del Código Civil y Comercial tal como lo insinuáramos en el título 3) de este ensayo.

De tal manera, pensamos, la teoría de la causalidad adecuada deberá ser utilizada para el análisis de conflictos ambientales, no sin antes experimentar las adaptaciones sugeridas por el microsistema específico.

Si bien la ley 25.675 no trae pautas minuciosas y claras sobre la temática, necesariamente dialogarán (art. 2 del Código Civil y Comercial) las premisas relativas a los principios de la política ambiental (art. 4) con los instrumentos de gestión ambiental (arts. 8 y ss) y también con los contornos del daño ambiental que aporta el microsistema (arts. 27 y ss).

La ley general del ambiente se autoproclama como de orden público (art. 3), de modo que todas sus disposiciones concurren a regular el sistema de responsabilidad civil por daño ambiental en forma conjunta con las normas indisponibles contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, de acuerdo a lo previsto por el art. 1709 del nuevo digesto.

---

19 - Lorenzetti, Pablo. "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012". Publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XV, Número 8, Agosto de 2013. Editorial La Ley. - Lorenzetti, Pablo. "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". Publicado en SJA 2015/09/30-3 ; JA 2015-III.

20 Se ha aseverado que *"El gran cambio reside en la mudanza de los grandes paradigmas, es decir, en el modo en que están organizadas las reglas. Es natural que, al principio, uno pueda interpretar un artículo conforme al contexto del Código anterior, pero, poco a poco, esos mismos textos tendrán otra luminosidad. Es como el ejemplo de la Catedral de Rouen; la misma catedral tiene distintas visiones según la luz que la ilumina. El verdadero cambio de este Código es cultural y paradigmático"* (Lorenzetti, Ricardo Luis. "Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en La Ley 03/08/2015, 1).

21 De manera unánime y contundente se ha expresado la Comisión N° 12 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el año 2015: *"Los artículos 14, 240y cc. del Código Civil y Comercial consagran la función socioambiental en el ejercicio de los derechos individuales, lo cual implica introducir la noción de bien común y sustentabilidad en el sistema de derecho privado, tanto para la tutela de las generaciones actuales como de las futuras "* (Conclusión N° 2 1 4 2)

Seguramente, los parámetros que comentamos bajo este acápite -vinculándolos con las dos funciones de la relación causal que reseñáramos en la introducción de este trabajo nos llevarán a ampliar las fronteras de las consecuencias resarcibles y también el ámbito de los legitimados pasivos de las funciones preventiva y resarcitoria (arts. 1708 y ss del Código Civil y Comercial).

De acuerdo a las particularidades de cada daño ambiental colectivo, será necesario ponderar con mayor rigidez si nos encontramos en el ámbito de consecuencias meramente casuales o remotas[22] o si, por el contrario, será exigible al responsable algún grado mayor de previsibilidad o precaución tal como lo prevé por ejemplo el artículo 1725 del Código Civil y Comercial o el artículo 4 de la ley 25675.

De esta manera, señalamos que se estrecharían los contornos del caso fortuito ya que gran parte de los efectos que para cualquier tipo de daño individual caerían dentro de esta eximente rupturista del vínculo causal; en el campo ambiental ingresarían dentro de los parámetros regidos por el principio precautorio y, por tanto, generarían la obligación de prevenir, recomponer o resarcir.

4.2.- Relación causal en el marco de la responsabilidad contractual.

Avanzando un poco más en la temática, notamos que una de las diferencias que sí el Código recepta en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual es la regulada por el artículo 1728, según el cual es posible exigir a los contratantes que evalúen las consecuencias directas o indirectas que los pactos puedan producir.

En esa línea, responderán *"por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto"* al momento de la celebración del contrato y en caso de dolo del deudor, la responsabilidad se fijará *"tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento"* .

Se trata de una excepción a la regla de la teoría de la causalidad adecuada para supuestos de contratos negociados, en los cuales se implementa un criterio subjetivo que tiene en cuenta lo que las partes -y no un "hombre medio"- hayan podido prever[23].

Según los Fundamentos del Anteproyecto, este artículo no se aplica a los contratos de consumo; circunstancia que nos lleva a reflexionar acerca de algunas adaptaciones que el precepto debería sufrir en aquellos casos en que un contrato directa o indirectamente modifique de modo negativo el ambiente.

22 Dejamos aclarado que el término "consecuencias remotas" que se alojaba en el artículo 906 del Código de Vélez fue suprimido por la norma actual.

23 Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) - De Lorenzo, Miguel Federico - Lorenzetti Pablo (Coordinadores). "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". Edit. Rubinzal - Culzoni, 2014/2015. T. VIII, Pág. 2462.4.

Es que, al igual que en el microsistema del consumo, nos posicionamos en un ámbito en el cual lo que se intenta es tutelar un interés superior, colectivo y unido al bien común.

Por tal motivo, juzgamos que esta limitación de carácter subjetivo que analizamos debería ceder o flexibilizarse cuando de responsabilidad contractual por daño ambiental se trate.

En base a las razones que ya adelantamos en este trabajo, es muy difícil que este tipo de perjuicios puedan preverse al momento de la celebración del convenio en los términos del artículo 1728; de manera que quedarían sin resarcir un sinnúmero de situaciones regidas por la incerteza o la imprevisibilidad.

No desconocemos que la autonomía de la voluntad debe ser respetada y que resultaría sorpresivo imputar a las partes determinadas consecuencias que no formaron parte del plan prestacional inicial.

Sin embargo, el propio Código[24] aconseja armonizar estas prerrogativas con la tutela de los bienes colectivos.

Consideramos que será éste un desafío interesante a revisar por la jurisprudencia en aplicación del nuevo digesto.

4.3.- Fenómenos de concausación.

En otro orden de análisis, para situaciones de concausación o pluralidad de causas, el Código Civil y Comercial trae consigo algunos aportes que pueden resultar útiles para encarar los procesos ambientales ya que, reflexionamos, poseen fundamentos y soluciones similares a los contenidos en el artículo 31 de la ley 25675.

Según el artículo 1751, *"si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes".*

El artículo consagra la regla general en materia de obligaciones solidarias y concurrentes y echa luz respecto a estos conceptos cuyas características y diferenciaciones habían sido claramente expuestas por la doctrina pero que no contaban con previsión legislativa expresa.

Estamos aquí frente a supuestos de actuación plural pero con responsabilidad individual y no colectiva[25], en la cual cada uno de los sujetos pone una condición en la producción del perjuicio, cooperando con el resultado dañoso.

24 Artículos 14, 240, 1737 y cc ya citados.

25 Reyna, Carlos Alejandro. "Daños causados por una pluralidad de personas". Publicado en Revista de Derecho de Daños 2015 - 2. "Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual". Edit. Rubinzal - Culzoni, 2015; Pág. 272 y ss.

Un ejemplo interesante surgido de la jurisprudencia ambiental en el que la pluralidad derivó de causas diferentes -de manera que bien podrían haberse utilizado las reglas de las obligaciones concurrentes- ha sido el caso "Salas" que ya hemos citado en el título 3 de este trabajo.

Por otra parte, ya en la esfera de la responsabilidad colectiva, se establece que *"si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción"* (art. 1761).

Esta norma se ocupa de un supuesto de causalidad alternativa[26] ya que el daño deriva de una o más conductas individuales instrumentadas por un grupo de sujetos -que no realizan una actividad peligrosa en conjunto-; sólo que no es posible la identificación precisa de aquel que causó jurídicamente el daño.

En diálogo con el Código, una solución similar trae el art. 31 de la ley 25675 que ya hemos mencionado en el título 3 de este ensayo.

La víctima del daño, en los supuestos previstos por los dos artículos citados, no se halla en condiciones de individualizar cuál o cuáles de los integrantes del grupo causó la lesión, en razón de lo cual le bastará con acreditar que la autoría proviene de uno cualesquiera de los miembros de tal colectivo, con independencia de su identificación concreta .

La responsabilidad se atribuye en estos supuestos acudiendo a indicios vinculados a la probabilidad de que uno o varios de los integrantes del conjunto sea quien efectivamente originó el perjuicio; aplicando una suerte de presunción de causalidad con fundamento en la equidad[27].

Por último, *"si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo"* (art. 1762).

La atribución de responsabilidad civil en este caso es también objetiva y nace de la actividad riesgosa desplegada por un grupo de sujetos; en el marco de lo cual igualmente se dispara una

[29] Frúgoli, Martín. "Responsabilidad Colectiva". Publicado en Márquez, José Fernando (Director): "Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial". Edit. Zavalía, 2015. T. II, Pág. 152.

suerte de presunción de causalidad.

26 Tanzi, Silvia - Casazza, María Soledad. "Responsabilidad colectiva, anónima y por la actividad peligrosa de un grupo en el Código Civil y Comercial". Publicado en La Ley 29/01/2015, 1.

27 Reyna, Carlos Alejandro. "Daños causados por una pluralidad de personas". Publicado en Revista de Derecho de Daños 2015 - 2. "Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual". Edit. Rubinzal - Culzoni, 2015; Pág. 292.

Podemos conceptualizar como actividad peligrosa a toda aquella que posea una alta potencialidad intrínseca para causar daños a terceros o, en nuestro caso, al bien colectivo ambiental.

Las actividades riesgosas o peligrosas han quedado positivizadas, tal como ya adelantáramos, dentro del art. 1757 del Código; de modo que toda la hermenéutica proveniente de dicho dispositivo vale para la aplicación de la responsabilidad que le cabe a los integrantes de grupos que desarrollan este tipo de conductas.

En este caso, a diferencia de lo que sucede con la hipótesis contemplada por el art. 1761, es indiferente la identificación del sujeto individualmente responsable a los fines de eximir al resto de los integrantes del grupo de la obligación resarcitoria.

Será necesario para quien pretende liberarse de responsabilidad en el caso concreto la demostración de que tal sujeto no formó parte del grupo, o bien el acaecimiento de cualquiera de los supuestos susceptibles de romper el vínculo causal en casos de factores objetivos de atribución.

Razonadas en clave medioambiental, se trata de disposiciones que tienden fuertemente a tutelar tanto a las víctimas de daños individuales como a los bienes o derechos de incidencia colectiva que puedan ser negativamente afectados en términos del artículo 27
de la ley 25675.

Ello así, por cuanto al aplicar las reglas de las obligaciones solidarias o concurrentes, según el caso, opera una suerte de atribución de vínculo causal entre todos los integrantes del polo pasivo y, con ello, se garantiza que en el frente externo el resarcimiento sea pleno (artículo 1740 del Código Civil y Comercial).

También, como ya lo insinuáramos, es muy usual que los daños ambientales se generen a raíz de acciones provenientes de colectivos integrados por personas físicas o jurídicas, en cuyo caso resulta bastante compleja la individualización de aquel que colocó la condición susceptible de ser tildada como causa adecuada del menoscabo.

El hecho de imponer responsabilidad solidaria tanto a miembros no identificados de un grupo como actividades llevadas a cabo por más de un sujeto contribuye notoriamente a proteger al sujeto pasivo del vínculo que experimenta la lesión.

Frente a la víctima individual o colectiva el agente no podrá alegar inexistencia de relación causal si es que se halla dentro del grupo que produjo el perjuicio.

Deberá esforzarse, por el contrario, en demostrar que no contribuyó a la producción del daño o que no formaba parte del grupo.

En esta inteligencia, pensamos, el mayor esfuerzo probatorio en el caso concreto recaerá sobre el acusado de generar el daño y no sobre la víctima individual o grupal.

Se trata de evitar con estas normas la injusticia que implicaría imponer exigentes cargas probatorias a víctimas de daños cuyo mecanismo de producción se presenta como sumamente intrincado tanto desde lo subjetivo como desde lo objetivo.

4.4.- Causalidad en casos de omisión - Función preventiva.

Un último punto que dejamos bajo este título sólo como propuesta de profundización para futuros estudios es el relativo a la relación de causalidad en supuestos de conductas omisivas.

En lo que hace a los contornos de este trabajo, y desde la óptica del nuevo Código, señalamos que el art. 1711 viabiliza la procedencia de la acción preventiva para supuestos de omisiones antijurídicas (también, por supuesto, para acciones) que hagan previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

Este dispositivo, concordado con las diferentes cargas que en cada uno de sus tres incisos impone el art. 1710, nos llevará a detectar vínculos de causalidad allí en donde se presenten omisiones al principio general de prevención de daños injustos.

Creemos que bastará a la víctima de daños ambientales -o a cada uno de los legitimados extraordinarios que el ordenamiento constitucional e infraconstitucional faculta para accionar en pos de la tutela de bienes colectivos- con probar en el proceso judicial la inobservancia de las previsiones contenidas en el art. 1710 para que se active el andamiaje de la acción preventiva, teniendo por acreditada en el caso particular la relación causal entre la conducta omisiva y los daños o riesgos que intentan evitarse.

Existen en nuestro ordenamiento jurídico gran cantidad de deberes cuya omisión genera responsabilidad civil.

Pensemos por ejemplo en lo relativo a la seguridad, custodia, garantía, información, etc.

En el campo ambiental, todo lo reseñado contribuirá a encontrar soluciones mucho más tuitivas de los bienes comunes mediante instituciones jurídicas que impactarán directamente en el objeto de estudio de nuestro ensayo.

Concluimos este título alegando que la evolución en las explicaciones vinculadas al nexo de causalidad que ha aportado la doctrina y la jurisprudencia posee también una relación directa con las aperturas verificadas en los conceptos de daño y de antijuridicidad que el nuevo Código también recepta[28].

28 Hemos desarrollado estos conceptos en Lorenzetti, Pablo: "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial

La necesidad de colocar en el centro de la escena de la responsabilidad civil a las víctimas individuales y colectivas[29] de daños injustos impacta en los razonamientos jurídicos a desarrollarse en el marco de la causalidad.

Así, por ejemplo, ya no se dispensa centralmente la atención en el agente que genera el daño sino, más bien, en la justicia o injusticia de que la víctima deba soportar el perjuicio.

Tal circunstancia se ve claramente reflejada, por ejemplo, en la definición de daño[30] que trae el Código Civil y Comercial de la Nación o también en la noción de antijuridicidad[31], entendida como un concepto de carácter objetivo y material.

Todo este sistema, ratificamos, deberá funcionar bajo el paradigma colectivo y del desarrollo sustentable que el nuevo Código destaca a través de cada uno de los dispositivos que bajo este acápite hemos enunciado.

5.- Ruptura del nexo causal.

Parece interesante dentro del marco de este trabajo aportar aunque sea algunos indicios acerca de las particularidades que presenta la necesidad de acreditar la ruptura del nexo causal a los fines de lograr la eximición de responsabilidad civil en casos de daño ambiental.

De conformidad con lo normado por el artículo 28 de la ley 25675, *"el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción".*

Claramente, entonces, en nuestra materia nos enfrentamos a supuestos de responsabilidad objetiva, en los cuales "la *culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario "*[32].

La última parte de la regla citada en el párrafo precedente gira en sentido similar a lo dispuesto por al artículo 29 de la ley 25675: *"La exención de responsabilidad sólo 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 debe responder".*

Si bien estamos en el ámbito de los factores de atribución, traemos aquí estas referencias atento a que impactan de modo indirecto en el tópico de este trabajo.

29de la Nación". Publicado en Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot N° 43 (Director: Néstor Cafferatta).

[3][3][2][3] Arts. 14, 240, 1737 y concordantes del CCC.

30 Artículo 1737: *"Hay daño cuando se lesiona 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 ".*

31 Artículo 1717: *"Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada".*

32 Artículo 1722 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Para eximirse de responder en supuestos de responsabilidad objetiva, entonces, lo que debe acreditar el autor del daño es la ruptura del nexo causal.

En relación al hecho de la propia víctima, que el Código Civil y Comercial regula en su artículo 1729, será necesario diferenciar aquellos casos de daños individuales o colectivos.

En los primeros, pensamos que operará esta variante de ruptura del nexo causal en diálogo con lo reseñado por el art. 29 de la ley 25.657.

En esta línea, por resultar más favorable la ley general del ambiente, proponemos que debería probarse la culpa exclusiva de la víctima como presupuesto del daño ya que el mero "hecho" del damnificado no tendrá virtualidad rupturista del vínculo causal si es que no se acredita negligencia, imprudencia o impericia[33].

Por el contrario, en el contexto de los perjuicios colectivos o masivos al ambiente en sí mismo, pensamos que la interpretación de esta causal será sumamente restrictiva o directamente improcedente.

Ello así porque, en primer lugar, el hecho o la culpa de un sujeto individual de ninguna manera puede comprometer los bienes colectivos, los cuales por definición son indisponibles, de uso común y de imposible fraccionamiento.

No podría alegar un causante de daños colectivos que los mismos se han producido por conductas imputables a sujetos individuales.

Desde otro punto de vista, sería muy difícil imaginar una conducta generadora del propio daño y que -en consecuencia- rompa el íter causal, predicable de los propios bienes colectivos.

Resultaría prácticamente imposible aseverar que -en términos del art. 29 de la ley 25.675- un daño ambiental se generó "por culpa exclusiva" de la naturaleza o de las generaciones futuras o de cualquier micro bien ambiental.

En el supuesto de los "terceros por los cuales no se debe responder", el art. 1731 del Código Civil y Comercial dispone que para eximir de responsabilidad deben reunir los caracteres del

33 En el microsistema de protección a los consumidores se interpreta de modo similar y con fundamentos concordantes a los que proponemos la cuestión en análisis ya que *"cuando se trata de víctimas en situación de vulnerabilidad, se verifica una tendencia a exigir, para que proceda la exoneración, una culpa calificada del dañado, como una forma de aumentar su protección.*
(...) Es importante señalar que estas afirmaciones de la Corte se refieren en general a "los usuarios y consumidores ", con lo cual la doctrina del fallo, según la cual sólo exonera al proveedor la culpa grave de la víctima, no queda ceñida únicamente al ámbito del contrato de transporte, y debe hacerse extensiva a todo el universo de las relaciones de consumo." (Picasso, Sebastián. "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema". Publicado en La Ley 02/06/2008, 4. La Ley 2008-C, 562).

caso fortuito; de modo que será necesario acreditar los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad.

Aquí también, concordando el razonamiento con lo regulado por el art. 29 de la ley 25.675, será imprescindible para invocar válidamente esta eximente la prueba no solo del hecho sino también de la culpa del tercero por el cual no se debe responder ya que tal inteligencia resulta más favorable para la tutela de los bienes ambientales.

Se deberá tratar de una conducta totalmente ajena, extraña e imprevisible en relación a la actividad o proyecto en cuestión y que escape a la esfera de control del agente.

En lo que hace al caso fortuito o fuerza mayor, conceptos que son utilizados como sinónimos por según el artículo 1730 del nuevo Código, evidentemente se debe tratar también de circunstancias imprevisibles, inevitables y ajenas como para que resulten susceptibles de eximir de responsabilidad civil.

Sin embargo, en el campo de los daños ambientales desplegará un rol importante la aplicación a cada caso concreto del principio precautorio previsto legislativamente por el art. 4 de la ley 25.675.

Bajo ese prisma, consideramos que muchas afectaciones negativas del ambiente que en principio deriven de hechos cuyo vínculo con el daño se presente como incierto podrían sin embargo hallarse excluidas de la noción de caso fortuito o fuerza mayor[34].

La determinación de cuándo un riesgo es aceptable o no, se constituirá en el quid de la cuestión a los efectos de discernir si la conducta desplegada por el agente quedará enmarcada dentro del caso fortuito o la fuerza mayor.

En el sistema de responsabilidad civil medioambiental tambalea el requisito tradicional del daño -mantenido por el art. 1739 del Código Civil y Comercial- consistente en que el mismo debe ser cierto a los fines de resultar resarcible (arts. 1738, 1740 y cc del Código) o prevenible (art. 1710 y ss del Código).

El principio de precaución invierte la carga de la prueba de la dañosidad de aquellas actividades o proyectos de los que se puedan derivar perjuicios inciertos hacia el bien colectivo.

Ergo, será el proponente de este tipo de acciones -eventual demandado en el proceso judicial- el encargado de aportar elementos tendientes a reducir la incerteza en el supuesto concreto.

---

34 Con acierto se ha concluido que *"cuando puede explicarse la "relación causal adecuada", funciona la asignación de responsabilidades; cuando puede calcularse el riesgo, funciona la prevención y el paradigma de la seguridad; cuando no existe conocimiento, es necesario "seguir investigando" y "seguir los productos" en el mercado; cuando existe una "posibilidad de riesgo", es necesario actuar precautoriamente"* (Sozzo, Cósimo Gonzalo. "La protección del consumidor a través del principio precautorio". Publicado en Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). 'Tratado de Derecho del Consumidor". T. III, Pág. 197. Edit. La Ley, 2015).

Si el daño igualmente se produce, quedará a criterio del juez la posibilidad de ponderar -de modo restrictivo- si se hallan reunidos los presupuestos de procedencia del "casus" como elemento tendiente a eximir de responsabilidad por ruptura del nexo causal.

La controversia científica o la inexistencia de conocimiento sobre la cuestión debatida en el caso concreto no constituirán óbice para la adopción de medidas eficaces de precaución que, pensamos, reducen sustancialmente la esfera de actuación del caso fortuito.

Esta circunstancia -proveniente de la incertidumbre predicable de ciertos riesgos-modifica en gran medida los perfiles de la responsabilidad civil tradicional, para la cual las nociones de caso fortuito y fuerza mayor -interpretadas de modo estricto- excluían del sistema gran cantidad de daños injustamente sufridos pero definitivamente imprevisibles.

Pensamos que debería tenerse en cuenta también lo señalado por el art. 1733, inc. e), del Código Civil y Comercial, el cual dispone que *"Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: (...) e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad".*

Se trata en cierta medida de lo que hemos señalado unos párrafos atrás en referencia a que, en muchísimas ocasiones, las "cosas" o las "actividades" que directa o indirectamente modifican el ambiente generan daños imprevisibles o inciertos cuyo acaecimiento se deriva de una "contingencia propia del riesgo" ínsito en la misma conducta en análisis y que, por lo tanto, no podrán encuadrarse dentro del instituto del "casus" según lo previsto por el inc. e) del art. 1733.

Por último, en el terreno de las eximentes resulta también apropiado formular aunque sea una breve referencia respecto de lo previsto por el art. 1757 del CCC, ya que los daños ambientales usualmente se producen como una derivación de cosas o actividades riesgosas.

El dispositivo regula justamente estos supuestos y descarta como eximentes de responsabilidad civil a la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad y también al cumplimiento de las técnicas de prevención.

Ello, en concordancia con lo consignado también por el art. 1973 en relación a las denominadas "inmisiones inmateriales", norma que igualmente invalida la posibilidad de alegar autorizaciones administrativas a los efectos de evadir la responsabilidad por daños.

Se trata de defensas a las cuales recurren asiduamente los sujetos pasivos de acciones judiciales derivadas de daños ambientales y que, de modo contundente, el nuevo Código invalida[35].

35 Para ampliar estos conceptos recomendamos el interesante trabajo de Aníbal Falbo titulado "La autorización administrativa es irrelevante para la responsabilidad civil ambiental. Análisis del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en Revista de Derecho Ambiental N 43 -Julio/Septiembre de 2015 (Director: Néstor Cafferatta), pág. 57. Edit Abeledo Perrot, 2015.

6.- Carga y valoración de la prueba del vínculo causal.

La prueba de la relación de causalidad entre un hecho y el daño ambiental que el mismo podría generar suele ser dificultosa desde el punto de vista técnico, procesal y también económico.

En relación al daño -entendido como presupuesto de la responsabilidad civil- en muchos casos resulta aplicable la regla del *"res ipsa loquitur"* ("las cosas hablan por sí mismo") ya que la evidencia del perjuicio al bien colectivo es notoria y no requiere de demasiados esfuerzos.

El inconveniente se presenta, sin embargo, al momento de determinar cuáles fueron los hechos o conductas que realmente generaron dicha modificación negativa hacia el ambiente y allí es donde necesariamente deberá abordarse el conflicto de la causalidad.

La regla establecida por el Código Civil y Comercial se aloja en su artículo 1736*:"la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca"*[36].

Se trata del principio general ya arraigado en nuestro ordenamiento jurídico según el cual es el actor en el proceso el encargado de acreditar que los daños que se intentan resarcir son producto de un vínculo causal adecuado con los hechos presuntamente generadores.

Como excepción, esta norma habilita imputaciones o presunciones de relación causal derivadas de "la ley".

Interpretando el dispositivo en análisis bajo las premisas del paradigma ambiental y del desarrollo sostenible tal como lo ordenan los arts. 14, 240, 241 y cc del Código Civil y Comercial, creemos viable concluir en que las presunciones de causalidad en nuestra materia pueden provenir no solo de la ley en sentido estricto sino también de todo el resto del sistema de fuentes que guía al ordenamiento jurídico (art. 2 y cc del Código).

Ergo, fundamentalmente los principios y los valores basilares del microsistema protectorio del ambiente en tantísimas situaciones nos llevarán a extraer imputaciones y presunciones[37] de

36 Los Fundamentos del Anteproyecto, al analizar la prueba de los factores de atribución y de la relación causal, exponen que *"ese tipo de normas no es procesal, sino que son directivas sustantivas dirigidas al juez a fin del dictado de la sentencia en ausencia de pruebas concretas sobre el tema a decidir. En tales casos, se establece cómo debe distribuir ese riesgo probatorio y a quién adjudicarlo ".*

37 Sostiene la doctrina que *"es concebible hablar de presunciones de causalidad cuando desconociéndose la causa exacta del hecho dañoso, exista una razonable probabilidad de que provenga de la conducta o actividad del demandado. Se trataría siempre, naturalmente, de una presunción iuris tantum. Aquel podrá acreditar que existió otra causa determinante que le era totalmente ajena, o que no le era objetivamente imputable"* (Reglero Campos, Fernando. "El nexo causal. Las causas de exoneración de responsavilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas". Publicado en Reglero Campos, Fernando (Coordinador). "Lecciones de responsabilidad civil". Edit. Arandazi, 2007, Pág. 101).

causalidad entre un hecho y un daño colectivo, alijerando así la carga de la prueba de este requisito de la responsabilidad civil que pesa sobre la víctima.

Más allá de las presunciones, a la hora de demostrar el vínculo causal será perfectamente procedente acudir a todo tipo de instrumento probatorio tendiente a descifrar los complejos procesos a los cuales se enfrentará el actor en un juicio, sin limitación alguna.

El rol de las investigaciones e informes periciales se erige como uno de los medios de mayor utilidad y peso en el tránsito de aportar al juez elementos técnicos útiles, sólidos y científicamente respetables para tomar la decisión final.

En este tipo de casos complejos en los que el magistrado cuenta con nulos conocimientos científicos, el dictamen de los expertos es crucial y prácticamente definitorio ya que el juez deberá suministrar razones debidamente fundadas y contundentes para el caso de ejercer su derecho de apartarse de la opinión del experto.

De allí la necesidad de dotar al poder judicial de cuerpos periciales especializados en cuestiones no tradicionales para la práctica forense diaria, resultando completamente imprescindible transitar desde auquellas pericias de carácter "profesional" a aquellas otras mucho más apropiadas para nuestra materia como son las de carácter "científico".

Con el objeto de obtener este expertise se podrá también recurrir a aportes extrasistémicos e interdisciplinarios provenientes, por ejemplo, de conocimiento científico producido por universidades, laboratorios, entes públicos, instrumentos de tecnología tradicional y no tradicional, etc.

El esfuerzo de los operadores jurídicos será mucho mayor en el proceso de testeo de aquello que se ha denominado la *"good science "* utilizable como prueba válida en los procesos judiciales[38].

En este camino aseveramos que será imprescindible la implementación del beneficio de gratuidad cuando de acciones judiciales tendientes a la protección del ambiente nos avocamos ya que, lo contrario, implicaría cargar a los actores con los altos costos que suelen insumir este tipo de pericias determinantes para la suerte del proceso.

Es procedente reconocer económicamente el trabajo del expertise convocado al ámbito judicial, de modo que el financiamiento debería provenir de fondos públicos -sin perjuicio de la carga en costas a dictarse en cada caso particular- con el objeto de evitar que los científicos no tengan que aguardar hasta el resultado final del pleito para recuperar sus gastos y percibir sus honorarios.

38 Sozzo, Cósimo Gonzalo. "La protección del consumidor a través del principio precautorio". Publicado en Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). "Tratado de Derecho del Consumidor". T. III, Pág. 228 y ss. Edit. La Ley, 2015.

Por otro lado, y sin perjuicio de que el Código Civil y Comercial lo prevee específicamente en relación a la prueba de la culpa (art. 1735), funcionará también en materia de relación de causalidad la teoría de las cargas dinámicas de la prueba.

Resulta éste un instrumento de suma utilidad para una mejor protección del bien colectivo al momento de exigir la fundamentación del vínculo causal a quien se encuentre en mejores condiciones de acreditar que un proyecto o actividad será inocuo -o al menos ambientalmente tolerable- para con el entorno natural o cultural.

Sucede normalmente que son los proponentes de acciones con indidencia ambiental quienes cuentan con todos los elementos necesarios para determinar si tal actividad resultará nociva o no[39].

Por el contrario, para las víctimas de daños ambientales en la generalidad de los casos es prácticamente imposible acceder a los medios de prueba definitorios en el supuesto concreto.

Se trata entonces de una facultad judicial, ejercitable incluso de oficio y de manera amplia (art. 32 y cc de la ley 25.675), que deberá ser intensificada con el objeto de satisfacer la manda contenida en el art. 41 de la Constitución Nacional.

La doctrina brasileña ha ido más allá de la noción de las cargas probatorias dinámicas, proponiendo directamente y en ciertos casos la inversión de la carga de la prueba del vínculo causal cuando de daños ambientales se trata.

En esta línea, se ha defendido la posibilidad de transferir al demandado la necesidad de probar que su actividad no posee ligámen alguno con el daño (se trataría de la acreditación de un hecho negativo) con el objeto de favorecer la posición procesal de la víctima del perjuicio ambiental y de la colectividad toda que resulta titular del bien que pretende tutelarse[40].

Por último, el rol del principio precautorio como fundamento para alivianar la carga probatoria que pesa en el actor jugará un papel crucial ya que *"si nos referimos a un hipotético factor individual bajo sospecha, se requerirá generar en el juzgador una menor convicción acerca de que éste reúne las propiedades exigidas para ser considerado causa jurídica (según el criterio aplicable al caso). En una reconstrucción adecuada de los enunciados anteriores, parece claro que el elemento negativo que descarta como obstáculo*

39 Ha señalado la jurisprudencia que *"de acuerdo a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en caso de probables, posibles o bien que pueda presumirse ya provocado un daño ambiental por contaminación o cualquier otro motivo, deberá acreditar su inexistencia no sólo quien esté en mejores condiciones de hacerlo sino, y contrariamente a lo afirmado por el a-quo, quien precisamente sostiene tan ciega como concienzudamente que tal contaminación no existe y por ende, que no hubo ni acaeció*
daño ambiental alguno" (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy. "Leaño, Julia Rebeca y otros c. Estado Provincial". 23/02/2010. Publicado en LLNOA 2010 (junio), 422).

40 Morato Leite, José Rubens - De Araujo Ayala, Patrick. "Dano ambiental. D individual a o coletivo extrapatrimonial. Teoría e prática". Sexta Edición revisada, actualizada y ampliada. Edit Thomson Reuters - Revista Dos Tribunais, 2014. Pág. 186.

(la "falta de certeza") no excusa de un elemento positivo (la calidad de amenaza o existencia de peligro)"[41].

Por otra parte, en lo relativo a la valoración de la prueba de la relación causal, se destaca la necesidad de formular aproximaciones sistémicas, holísticas y no parceladas del material convictivo rendido en la causa.

Al igual que lo señalábamos ut supra respecto de la distribución de la carga de la prueba, en este punto es igualmente imprescindible profundizar las facultades con que cuenta el juez al momento de enfrentarse a estos casos complejos; promoviendo un activismo judicial bien entendido que permita evaluar el nexo causal entre una conducta y un daño teniendo siempre en miras el principio de tutela de los bienes colectivos que surge de los arts. 41 a 43 de la Constitución Nacional y 14, 240, 241 y cc del Código Civil y Comercial.

Forzosamente deberá partirse de aquella premisa que aconseja, para casos de duda en la aplicación de una norma o en la resolución de un caso, estar siempre a aquella solución más favorable para los bienes colectivos.

La noción del "in dubio pro ambiente" se erigirá en el norte a seguir para los jueces que se enfrenten a casos dudosos en los cuales la relación causal escapa a los parámetros habituales del derecho de la responsabilidad civil[42].

El nuevo Código aporta también a través de su artículo 1725 algunos parámetros que consideramos podrían resultar conducentes para de ponderar la acreditación del vínculo causal ya que dispone en su primer párrafo que *"cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias".*

En el terreno medioambiental, por tratarse de la tutela de bienes de uso común, es dable exigir a cualquier sujeto un obrar prudente, diligente y precautorio tendiente a adoptar todas las medidas posibles de evitación de daños en forma previa a la realización de cualquier actividad susceptible de modificar negativamente el entorno.

Por lo tanto, de no llevarse a cabo tal procedimiento de carácter inhibitorio o de implementárselo de modo deficiente, lógico resultará cargar con mayor fuerza sobre la responsabilidad del agente y tener por acreditados vínculos causales que en casos tradicionales tal vez quedarían exentos del sistema preventivo o resarcitorio.

---

41 Acciarri, Hugo. "La relación de causalidad y las funciones del Derecho de Daños. Reparación, prevención, minimización de costos sociales". Edit. Abeledo Perrot, 2009. Pág. 163.

42 La jurisprudencia ha aplicado estos criterios de manera contundente. Entre otros, el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur en la causa "Estancias Violeta S.R.L. c. Techint S.A.C.I." sostuvo que *"aún ante la mera posibilidad de contaminación, debe optarse por la protección de la integridad ambiental. Por lo cual, en casos de duda, debe estarse a favor del ambiente y de la protección de la salud. In dubio pro ambiente e in dubio pro salud"* (sentencia de fecha 10/08/2006 publicada en LLPatagonia 2007 (abril), 914).

Pensamos, concluyendo, que todo este instrumental de carácter procesal debe ser ejercido con firmeza, flexibilidad y amplitud, teniendo siempre en miras el logro de una cada vez mayor efectividad en la protección de los bienes y derechos de incidencia colectiva.

Todo ello, claro está, dentro de un marco de razonabilidad y respeto por las garantías constitucionales vinculadas al debido proceso y al ejercicio del derecho de defensa que ostenta cualquier sujeto al cual se le reclaman conductas de carácter preventivo, precautorio y resarcitorio dentro del sistema de responsabilidad civil que comparten el microsistema protectorio del ambiente con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

7.- Colofón.

Hemos intentado abordar a lo largo de este texto alguno de los desafíos a los que nos enfrenta la determinación del nexo causal en el caso de daños ambientales.

A modo de cierre, vale ratificar que la relación de causalidad es y seguirá siendo un presupuesto de procedencia imprescindible de la responsabilidad civil, aún en materia medioambiental.

Este instituto posee autonomía en el campo de estudio que abordamos y se diferencia netamente de los otros requisitos que el sistema exige para que se activen las funciones preventiva o reparatoria.

El hecho de morigerar los efectos de la teoría de la causalidad adecuada, flexibilizar la distribución de la carga probatoria o ampliar las fronteras tanto a niveles de determinación de la autoría como de extensión del resarcimiento que hemos propiciado en los distintos apartados de este trabajo, no puede conducirnos a dejar de lado este requisito del sistema de responsabilidad civil en cada caso concreto.

En esta línea también es dable recordar -aunque parezca una verdad de Perogrullo- que la sola comprobación del nexo causal no genera por sí solo responsabilidad civil por menoscabos al medioambiente, sino que deben verificarse también el resto de los presupuestos de procedencia: daño, factor de atribución y antijuridicidad.

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, sin lugar a dudas, ha ordenado y actualizado -en el plano legislativo- de modo notable el régimen general de responsabilidad civil.

A partir de lo previsto por los arts. 1, 2, 14, 240, 241, 1737 y cc la nueva norma nos obliga a entablar diálogos profundos y estrechos con los dispositivos contenidos en el microsistema tuitivo del ambiente, encabezado por el art. 41 de la Constitución Nacional y por las previsiones englobadas dentro de la ley 25.675; pensando tal vez en avanzar en aquello que podríamos concepcualizar como la "función precautoria" de la responsabilidad civil.

Tratamos de exponer alguno de estos intercambios bajo el presente ensayo a los fines de demostrar que existen interesantes caminos a transitar con el objeto de obtener una mayor y mejor tutela de los bienes colectivos a partir de una adecuada hermenéutica del instituto de la relación de causalidad en materia de daño ambiental.

La temática es apasionante e impulsa tanto a la jurisprudencia como a la doctrina a ensayar de modo constante nuevos esquemas y soluciones para enfrentar los complejos conflictos que nos presenta a diario la realidad y a los cuales el derecho no puede estar ajeno.

Con razón se ha dicho que *"la historia de la responsabilidad civil no es —son palabras de Busnelli— un círculo que se cierra, sino una parábola que se ubica en una línea trazada hacia el infinito. Una línea que se ha ido trazando, por así decirlo, en forma colateral y en ciertos casos aún al margen de los (relativamente pocos) artículos dedicados a la materia en los códigos civiles de los siglos XIX y XX. La responsabilidad civil, materia sensible al fenómeno social, es fundamentalmente una elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia. En ningún otro ámbito del derecho privado, como en éste, la importancia del derecho viviente se hace sentir"*[43].

Es por ello que consideramos apropiado intensificar los estudios de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil -tal como hemos pretendido hacerlo aquí respecto al vínculo causal- teniendo siempre como norte la necesidad de abordar los fenómenos sociales a través de instrumentos, principios y valores provenientes del "derecho viviente" que día a día nos dedicamos a construir y que se posicionen como cada vez más justos, inclusivos y eficientes.

8.- Bibliografía.

- Acciarri, Hugo. "La relación de causalidad y las funciones del Derecho de Daños. Reparación, prevención, minimización de costos sociales". Edit. Abeledo Perrot, 2009.

- Berros, María Valeria. "Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina". Tesis doctoral publicada en http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8080/tesis/handle/11185/428.

- Besalú Parkinson, Aurora. "El incumplimiento considerado en sí propio y los nuevos perfiles de la responsabilidad (con especial referencia al daño ambiental)". Publicado en RCyS - Número especial en homenaje a su Director Atilio A. Alterini, 2009 (abril), 63.

- Cafferatta, Néstor A. "Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial, 2014 (Noviembre), 273.

43 De Lorenzo, Miguel Federico, "La historia de la responsabilidad civil". Publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Número 2 — febrero de 2012 — Columna de Portada.

- Cafferatta, Néstor A. (Director) - Cafferatta, Néstor A.; Lorenzetti, Pablo; Rinaldi, Gustavo; Zonis, Federico (Coautores). "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Ambiental". Tomo I. Editorial La Ley, 2012. 3 Tomos.

- Cafferatta, Néstor A. "Teoría general de la responsabilidad civil ambiental". En: Lorenzetti, Ricardo Luis (Driector) - Catalano, Mariana y Gonzalez Rodriguez, Lorena (Coordinadoras). "Derecho Ambiental y Daño". Edit. La Ley, 2009. Pág. 11.

- Caumont, Arturo, "Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño". Publicado en La Ley 18/07/2013, 1, La Ley 2013-D, 925.

- Compagnucci de Caso, Rubén H. "La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial". Publicado en Revista de Derecho de Daños 2015 - 2. "Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual". Edit. Rubinzal - Culzoni, 2015; Pág. 65.

- De Lorenzo, Miguel Federico, "La historia de la responsabilidad civil". Publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Número 2 -febrero de 2012-Columna de Portada.

- De Lorenzo, Miguel Federico. "El daño injusto en la responsabilidad civil: alterum non laedere". Edit. Abeledo Perrot, 1996.

- Falbo, Aníbal. "La autorización administrativa es irrelevante para la responsabilidad civil ambiental. Análisis del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en Revista de Derecho Ambiental N 43 - Julio/Septiembre de 2015 (Director: Néstor Cafferatta), pág. 57. Edit Abeledo Perrot, 2015.

- Goldenberg, Isidoro H. - Cafferatta, Néstor A. "Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal". Edit. Abeledo Perrot, 2001.

- Kemelmajer de Carlucci, Aída. "Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)". Acad.Nac. de Derecho 2006 (julio), 02/10/2006, 1 - Acad.Nac. de
Derecho 2006 (julio), 02/10/2006, 1.

- Lambert-Faivre, Yvonne. "La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización". Publicado en Alterini, Atilio - Lopez Cabana, Roberto Manuel. "Derecho de Daños". Edit. La Ley, 1992.

- Lima Marques, Claudia. "La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes". Publicado en Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). "Tratado de Derecho del Consumidor". T. I, Pág. 143. Edit. La Ley, 2015.

- Llamas Pombo, Eugenio. "Los problemas actuales de la responsabilidad civil". Título "1.10.- "Responsabilidad medioambiental sin responsabilidad civil?". Módulo de aprendizaje

autodirigido. Plan de formación de la rama judicial. Consejo Superior de la Judicatura. Colombia, 2011.

- Llambías, Jorge Joaquín. "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones". Tomo III. Edit. Abeledo Perrot, 1977.

- López Olaciregui, José María. "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil". Publicado en Revista de Derecho Comercial y de la Obligaciones. Edit. Depalma, 1978, n° 64, año 11.

- Lorenzetti, Pablo. "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". Publicado en SJA 2015/09/30-3 ; JA 2015-III.

- Lorenzetti Pablo. "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en Revista de Derecho Ambiental N 43 - Julio/Septiembre de 2015 (Director: Néstor Cafferatta). Edit Abeledo Perrot, 2015.

- Lorenzetti, Pablo. "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012". Publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XV, Número 8, Agosto de 2013. Editorial La Ley.

- Lorenzetti, Ricardo Luis. "Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en La Ley 03/08/2015, 1.

- Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) - De Lorenzo, Miguel Federico - Lorenzetti Pablo (Coordinadores). "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". Edit. Rubinzal Culzoni, 2014/2015.

- Lorenzetti, Ricardo Luis (Director). "Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Responsabilidad Civil. Parte General. T. II: "La relación causal". Por Antonio Juan Rinessi y Rosa Nélida Rey. Edit. La Ley, 2013.

- Lorenzetti, Ricardo Luis. "Teoría del Derecho Ambiental". Edit. La Ley, 2008.

- Marchesi, Guillermo y Rinaldi, Gustavo. "Evaluación ambiental estratégica: el rol del poder judicial en su implementación". Publicado en Revista de Derecho Ambiental N 44 - Octubre/Diciembre de 2015 (Director: Néstor Cafferatta). Edit Abeledo Perrot, 2015.

- Mariño López, Andrés. "Bases del derecho de daños al medio ambiente". Publicado en La Ley 2007-D, 1123 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 1655.

- Márquez, José Fernando (Director): "Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial". Edit. Zavalía, 2015. T. II.

- Mayo, Jorge A. - Prevot, Juan Manuel. "La relación de causalidad. Como requisito autónomo y esencial de la responsabilidad civil". Publicado en La Ley, 15/09/2010, 1.

- Morato Leite, José Rubens - De Araujo Ayala, Patrick. "Dano ambiental. D individual a o coletivo extrapatrimonial. Teoría e prática". Sexta Edición revisada, actualizada y ampliada. Edit Thomson Reuters - Revista Dos Tribunais, 2014.

- Mosset Iturraspe, Jorge - Hutchinson, Tomás - Donna, Edgardo. "Daño Ambiental". Edit. Rubinzal Culzoni, 1999.

- Picasso, Sebastián. "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema". Publicado en La Ley 02/06/2008, 4. La Ley 2008-C, 562.

- Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos Gustavo. "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones". Tomo II. Edit. Hammurabi, 1.999.

- Reglero Campos, Fernando. "El nexo causal. Las causas de exoneración de responsavilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas". En: Reglero Campos, Fernando (Coordinador). "Lecciones de responsabilidad civil". Edit. Arandazi, 2007.

- Reyna, Carlos Alejandro. "Daños causados por una pluralidad de personas". Publicado en Revista de Derecho de Daños 2015 - 2. "Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual". Edit. Rubinzal - Culzoni, 2015; Pág. 269 y ss.

- Rinaldi Gustavo. "La evaluación ambiental estratégica". Publicado en Pinto, Mauricio y Martiín, Líber (directores). "La evaluación de impacto ambiental y su régimen jurídico - Análisis del nuevo paradigma", Edit. Lajouane, Buenos Aires, 2012.

- Sagarna, Fernando. "El nexo de causalidad en el daño ambiental". Publicado en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) - Catalano, Mariana y Gonzalez Rodriguez, Lorena (Coordinadoras). "Derecho Ambiental y Daño". Edit. La Ley, 2009. Pág. 189.

- Sagarna, Fernando. "La relación de causalidad: ¿es prescindible como presupuesto de la responsabilidad civil?". Publicado en "Derecho Privado. Alberto J. Bueres. Libro Homenaje". Edit. Hammurabi, 2001. Pág. 1250.

- Sozzo, Cósimo Gonzalo. "La prevención de los daños al consumidor" y "La protección del consumidor a través del principio precautorio". Publicado en Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). "Tratado de Derecho del Consumidor". T. III, Pág. 79 y 197. Edit. La Ley, 2015.

- Tanzi, Silvia - Casazza, María Soledad. "Responsabilidad colectiva, anónima y por la actividad peligrosa de un grupo en el Código Civil y Comercial". Publicado en La Ley 29/01/2015, 1.

- Tavano, María Josefina. "Funciones de la responsabilidad civil, protección de la persona y trajedia de los bienes comunes". Publicado en Revista de Derecho de Daños 2015 - 2. "Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual". Edit. Rubinzal - Culzoni, 2015; Pág. 331.

- Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código". Publicado en La Ley 14/10/2015, 1.

- Zavala de Gonzalez, Matilde. "Resarcimiento de Daños". Tomo IV: "Presupuestos y funciones del Derecho de Daños". Edit. Hammurabi, 1999.

TITULO: Tutela inhibitoria en materia ambiental: función preventiva y función precautoria de la responsabilidad civil.

AUTOR: Pablo Lorenzetti[1].

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Tipología de derechos que pueden ser dañados desde el punto de vista ambiental. 3.- Particularidades del daño ambiental. 4.- Principios de prevención y precaución. 5.- Polifucionalidad de la responsabilidad civil. 6.- Función preventiva. 7.- Función precautoria. 8.- Colofón. 9.- Bibliografía.

1.- Introducción.

Se nos ha invitado a participar de una obra colectiva dedicada al estudio de la "prevención del daño", concentrando nuestro análisis en lo concerniente a los perjuicios ambientales.

Por tal motivo es que proponemos iniciar dicho camino a partir de unas breves consideraciones sobre la tipología y los caracteres que presentan los daños ambientales, a los fines de presentar el contorno o ámbito de aplicación de nuestras reflexiones.

Luego formularemos ciertas anotaciones acerca de dos de los principios basilares de la materia, cuales son el preventivo y el precautorio, ya que los utilizaremos como puerta de entrada hacia el análisis de las funciones de la responsabilidad civil hoy vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

A partir de allí, continuaremos explorando la influencia que ejercen estos "mandatos de optimización" propios y caraterísticos del derecho ambiental en relación al sistema general de la responsabilidad civil.

Propondremos, centralmente, someras líneas de estudio referidas a lo que podríamos identificar como la "función precautoria" del derecho de la responsabilidad civil y su utilidad en el campo medioambiental.

Será este punto el que desarrollaremos con algo más de profundidad con el objeto de ofrecer para su debate algunas propuestas sobre uno de los tópicos que sí presenta particularidades y opciones de trabajo más que interesantes.

Además de apoyarnos en la normativa microsistémica encabezada por la ley generla del ambiente número 25.675, tanto por su importancia a nivel jerárquico y sistémico como también por la novedad que su reciente sanción significa tomaremos como base de nuestras reflexiones los paradigmas insertos en el nuevo Código Civil y Comercial de la

1 Abogado. Especialista en Derecho Ambiental por la UBA. Especialista en Derecho Ambiental y Globalización por la Universidad de Castilla La Mancha – Toledo (España). Especialista en Derecho de Daños y Contratos por la Universidad de Salamanca (España). Miembro del Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina. Miembro del Comité Académico de Fundación Expoterra.

Nación.

Hemos aceptado con gusto el convite de la Editorial y de los Directores de este volumen, motivados en la importancia constante de compartir aportes y visiones sobre la temática de la tutela inhibitoria en el derecho de daños.

En esa línea, aclaramos de modo preliminar que en materia ambiental la temática de la prevención y la precaución ha sido tal vez una de las más exhaustivamente abordadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, de modo que las presentes consideraciones no pretenden revisar todos y cada uno de dichos aportes ni tampoco, desde ya, agotar el tópico; circunstancia que exedería notoriamente los límites del trabajo encomendado.

2.- Tipología de derechos que pueden ser dañados desde el punto de vista ambiental.

A los fines de abordar las hipótesis que planteamos en este trabajo, necesariamente debemos comenzar por el objeto o el ámbito de aplicación de la tutela inhibitoria en materia ambiental.

Es decir: ¿qué derechos o bienes el ordenamiento jurídico pretende dejar a salvo con los instrumentos preventivos y precautorios?

El daño ambiental, desde esta óptica, presenta caracteres y especificidades que lo hacen diferente de cualquier tipo de perjuicio que puedan sufrir otros bienes que el derecho privado constitucionalizado también se encarga de tutelar[2].

Ergo, las soluciones a encarar para esta clase de conflictos -tanto por el legislador como por los diversos operadores jurídicos que se sumergen en la temática- son y deberán ser necesariamente particularizadas.

Nos referiremos entonces -y en primer término- a la tipología de derechos que pueden ser afectados cuando de responsabilidad civil por daños en general -y por daño ambiental en particular- se trata.

La doctrina ha ensayado una clasificación respecto de los derechos que pueden ser afectados con la producción de un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial, que ha logrado mayoritaria adhesión y ha sido receptada en la legislación y también en diversas sentencias.

Podemos encontrar el planteo al que haremos referencia en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil sancionado en 1990, que en su artículo 81 bajo el título "De la

2 Para ampliar: Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) - Catalano, Mariana y Gonzalez Rodriguez, Lorena (Coordinadoras). "Derecho Ambiental y Daño" (Obra Colectiva). Edit. La Ley, 2009.

defensa del consumidor en juicio", ya estableció y definió las categorías de "intereses o derechos difusos", "intereses o derechos colectivos" e "intereses o derechos individuales homogéneos".

Otro importante y pionero antecedente en este punto lo constituye el Código Modelo de Procesos Colectivos para América Latina aprobado en octubre de 2004 en la ciudad de Caracas, Venezuela.

En el plano jurisprudencial, sin dudas que el precedente basilar en la temática fue la causa "Halabi"[3], en la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace mención a los diversos tipos de derechos que son susceptibles de tutela y los clasifica en: 1) individuales. 2) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos. 3) de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos.

Es ésta la subdivisión receptada por el texto del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 2012 elaborado por la Comisión creada según Decreto 191/2011 e integrada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Helena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

El artículo 14 de dicho documento, en su parte pertinente, reza que *"En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1; c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común".*

Se explica claramente en los Fundamentos del Anteproyecto que *"En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El Anteproyecto da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales y es coherente con el actual derecho brasileño.*

En materia de bienes. La mayoría de los códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los consideran colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Todo ello requiere una concepción más amplia, que ha sido receptada en el Anteproyecto".

La referencia explícita a la materia ambiental en las citas precedentes justifica la

3 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24/02/2009. "Halabi, Ernesto c/ PEN. Ley 25873, dto. 1563/2004 s/ Amparo".

inclusión de estas reflexiones en el presente trabajo, al tiempo que la claridad de los documentos aludidos nos exime de mayores comentarios a los fines de fundamentar el abordaje de la clasificación de derechos que estamos exponiendo.

El texto del artículo 14 finalmente sancionado dentro del Código Civil y Comercial de la Nación vigente suprimió la categoría mencionada en el punto b) del Anteproyecto y quedó redactado del siguiente modo: *"En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva"*.

Sea como fuere, la clasificación tripartita que contenía el texto originario es la que prevalece en nuestro ordenamiento jurídico, ya sea por vía jurisprudencial o a través de los aportes de la doctrina.

El Derecho del Consumidor muestra ejemplos corrientes y definitorios en este sentido, tales como la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "PADEC", en la cual se sostuvo que *"Se estimó pertinente delimitar con precisión tres categorías de derechos tutelados: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.*

Esta última categoría de derechos se encuentra admitida en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional e incluye, entre otros, los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, a los derechos de los usuarios y consumidores y a los derechos de sujetos discriminados. En estos casos puede no haber un bien colectivo involucrado, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a. todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño"[4].

En el plano doctrinario, merece destacarse que la vigencia de la categoría suprimida del artículo 14 del Código Civil y Comercial fue también unánimemente defendida en el marco de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el año 2015.

Así, se sostuvo en las conclusiones de la Comisión número 12 lo siguiente:

1) *"La categoria intereses individuales homogéneos es una especie que integra el genero derechos de incidencia colectiva, por lo que debe considerarse subsumida en la redaccion de los artículos 14, 240, 1737 y cc. del Código Civil y Comercial de la*

4 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/08/2013. "PADEC c. Swiss Medical S.A.". Publicado en: La Ley, 23/09/2013.

Nación".

2) *"Las notas esenciales se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Nacional (causas "Halabi", "Padec" y "Consumidores Financieros" entre otras) y conforman una doctrina interpretativa a seguir por los tribunales inferiores".*

3) *"En el esquema normativo nacional, integrado por el Código Civil y Comercial, la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte (estas dos últimas como fuentes principales a tenor del artículo 1 del Código Civil y Comercial) puede identificarse un género : "derecho de incidencia colectiva" que incluye dos subespecies: los derechos de incidencia colectiva que versan sobre bienes colectivos, y los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos".*

4) *"La supresión de los artículos 1745 a 1748 del Anteproyecto de Código Civil y comercial y la modificación de sus artículos 14 y 240, no implica eliminar del derecho positivo argentino la categoría de los "derechos individuales homogéneos".*

En el campo ambiental, en resumen, lo usual es que las afectaciones negativas y relevantes (artículo 27 de la ley 25.675) susceptibles de activar el sistema protectorio principien por agredir el bien colectivo o el "macro bien" ambiental.

Luego, y de rebote o "par ricochet", se generan lesiones a bienes individuales o a derechos individuales homogéneos cuando la magnitud del perjuicio es significativa.

Es necesario entonces tener en cuenta la clasificación que hemos analizado hasta aquí a la hora de abordar la problemática de la responsabilidad civil por daños al ambiente, en la cual usualmente conviven las tres categorías de derechos.

3.- Particularidades del daño ambiental.

En el marco de la caracterización formulada en el título que antecede, el daño ambiental "en sí mismo" o "ecológico puro", al cual dedicaremos gran parte de las reflexiones contenidas en este texto, se produce por afectación a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos.

Se trata de derechos supraindividuales e indivisibles, tales como por ejemplo el paisaje, una especie de aves, el aire de un determinado ecosistema, un río, el patrimonio cultural o artístico, etc.

El objeto de protección es el bien colectivo en sí mismo y ninguno de los legitimados activos para su protección puede predicar derechos de propiedad o de titularidad exclusiva.

No son divisibles en partes ni tampoco excluyen beneficiarios ya que son impersonales e indiferenciados.

Ahora bien, adelantamos además que como consecuencia de daños a bienes colectivos es usual que se afecten también derechos o intereses individuales homogéneos; los cuales son esencialmente individuales y divisibles, solo que por conveniencia y practicidad se los trata como colectivos. Dice la doctrina que estos bienes son "accidentalmente" colectivos[5].

Tanto en el caso de daños a bienes colectivos como a derechos individuales homogéneos se justifica el ejercicio de su tutela a través de la promoción de procesos colectivos o acciones de clase.

Estas acciones en las que se procura la protección de los intereses de una masa de sujetos identificada por caracteres comunes tiene la ventaja, en materia ambiental, de aglutinar en un mismo proceso diversos daños o pretensiones que en su individualidad pueden lucir insignificantes pero en conjunto tienen una relevancia tal que incentiva al grupo a incoar el reclamo.

La sentencia en este tipo de procesos, aunque no lo disponga en la parte dispositiva, extenderá sus efectos necesariamente a quienes no participaron en el pleito.

Es lo que establece la ley 25.675 en su artículo 33, según el cual la sentencia favorable en esta materia hará *"...cosa juzgada y poseerá efecto erga omnes, a no ser que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias"*.

Ello así porque el cese de una actividad dañosa perjudicial para el bien colectivo o la recomposición del mismo, trasciende a quien instó el accionar jurisdiccional y beneficia al resto de los que se encuentran comprendidos dentro del "grupo".

Dicha característica será predicable de la existencia o no del daño "madre" y de la parte dispositiva del decisorio que eventualmente ordene la prevención, cesación y/o recomposición del perjuicio causado.

Luego, a los fines de determinar la cuantía del daño individual que cada sujeto ha sufrido a raíz de la lesión colectiva, cada parte deberá probar la cuantía del menoscabo a través de una acción particular.

Esta diferenciación entre daños ambientales colectivos, por un lado, e individuales o plurindividuales homogéneos, por el otro, es importante también -además de las cuestiones procesales reseñadas- a los efectos de la función resarcitoria del sistema de responsabilidad civil.

Así, si el daño se produce al bien colectivo y el restablecimiento no es posible, la indemnización sustitutiva se destina al Fondo de Compensación Ambiental, cuyo objetivo final es garantizar *"la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales;*

---

5 Hitters, Juan Carlos. "Alcance de la cosa juzgada en procesos colectivos". Publicado en: La Ley, 2005-F, 751.

asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente". (artículo 34 de la ley 25.675).

Si el daño es individual (o plurindividual homogéneo), en cambio, esa indemnización tiene por destino final el patrimonio de cada uno de los afectados, quienes pueden disponer de las sumas respectivas sin límite ni restricción alguna.

En este marco de análisis, cabe recordar que el daño ambiental es bicéfalo o bifronte[6] y, por tanto, los perjuicios individuales y los colectivos son las "dos caras de una misma moneda".

Por lo tanto, para supuestos de lesiones particularizadas, concurrirán a regular la situación todos y cada uno de los dispositivos contenidos en la normativa ambiental que se adapten a la individualidad del daño y también aquellos instrumentos previstos en el derecho común que fueren aplicables al caso particular.

Es decir que no solo juzgamos aplicable el microsistema protectorio del ambiente para daños a bienes colectivos sino también para aquellos otros supuestos en que se afecten derechos individuales o plurindividuales homogéneos.

Sea como fuere, a los fines de abordar los conflictos complejos a los cuales nos enfrenta la problemática medioambiental es necesario recurrir a instrumentos y principios sistémicos y también microsistémicos, en el marco de un paradigma preventivo y precautorio.

4.- Principios de prevención y precaución.

Se lee en los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 2012 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 civiles o daños punitivos"*.

Esta referencia respalda las reflexiones del título que antecede y enlaza la clasificación de derechos expuesta con la necesidad y prioridad de la evitación de daños ambientales de incidencia colectiva.

Sabemos que el Derecho Ambiental posee un carácter fuertemente principiológico y que gran parte de este tipo de fuentes jurídicas se halla en la principal norma nacional de presupuestos mínimos en la materia, cual es la ley 25.675.

6 Catalano, Mariana: "La bifrontalidad del daño ambiental en la práctica". Publicado en: RRCYS, Año X, Nº 8, agosto de 2008, p. 53.

Gran parte de las soluciones que ha ensayado tanto la doctrina como la jurisprudencia al momento de enfrentarse a la problemática ambiental se basan en la aplicación de principios[7].

Este camino ha sido sumamente prolífico y responsable; solo que nuestra tesis en este breve trabajo consiste en que no se trata de la única solución posible sino que, por el contrario, existen otro tipo de herramientas que pueden resultar aún más efectivas.

En lo que hace a este trabajo, según el artículo cuarto de la ley general del ambiente *"La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:*

(...) 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.

Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

La diferencia básica entre ambos principios radica en la certidumbre o incertidumbre de los daños que intentan evitarse.

Mientras el principio preventivo opera frente a consecuencias ciertas y previsibles de hechos susceptibles de provocar perjuicios ambientales, el campo de actuación del principio precautorio refiere a aquellos casos en los cuales tal certeza y previsibilidad están ausentes[8].

La prevención actúa frente a daños probables mientras que la precaución lo hace en referencia a riesgos posibles.

---

7 "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Ambiental". Director: Néstor Cafferatta. Coautores: Néstor Cafferatta. Pablo Lorenzetti. Gustavo Rinaldi. Federico Zonis. Editorial La Ley, 2012. Tomo I, Capítulo II: "Principios de Derecho Ambiental".

8 Sin perjuicio de estas diferencias, en ocasiones la jurisprudencia ha utilizado de manera conjunta ambos principios al momento de resolver: *"resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho. (…) estando en juego el derecho humano al agua potable deberá mantenerse la cautelar dispuesto por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se cumpla con lo ordenado"*. (Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo". 02/12/2014. Publicado en: La Ley, 15/12/2014, 11).

En cuanto al requisito de "incerteza científica" que presupone el principio precautorio, siempre nos pareció interesante la caracterización efectuada por el profesor Gonzalo Sozzo[9], en cuanto señala que se advierte en estos supuestos aquello que se ha identificado como la "parlamentarización de la ciencia".

Este concepto denota la existencia de diversos "partidos políticos" en el mundo científico -"parlamento"-, cada uno de los cuales expresa su posición y su concepción acerca de los temas que se presentan.

Sostiene el profesor Sozzo en otro trabajo que *"Controversia científica existe: a) cuando en una "comunidad científica" determinada; b) hay diferentes opiniones fundadas; c) acerca de la existencia o no de un riesgo social o ambiental o ambos"*[10].

Es habitual enfrentarnos a casos, como por ejemplo el de la fumigación con agroquímicos o los efectos derivados de las radiaciones no ionizantes de las antenas de telefonía celular, en los cuales se presentará toda una "biblioteca" que asegure que tales actividades son inocuas y, en el mismo caso, otro grupo de saberes y pruebas de carácter sientífico que asevere que tales procedimientos son totalmente nocivos tanto para los bienes colectivos como para los individuales.

Lo cierto es que, bajo estas circunstancias y tal como afirma el profesor Jorge Mosset Iturraspe, la incertidumbre científica no puede llevar a la incertidumbre jurídica[11]; en razón de lo cual es necesario instrumentar mecanismos de tutela que se funden en la precaución.

Es entonces en base a los principios de prevención y precaución que las complejidades que presenta el abordaje del bien colectivo ambiental así como la irreversibilidad o dificultad de recomposición de este tipo de daños aconsejan obrar en forma previa a la verificación efectiva del perjuicio.

Estos dos principios se erigen también como fundamento y base de otros institutos que regula el microsistema; de modo que su importancia trasciende la mera definición.

Pensemos por ejemplo en varios de los instrumentos de política y gestión ambiental enumerados por el artículo 8 de la ley 25.675 y luego desarrollados más adelante por la misma norma.

---

9 Disertación del profesor Sozzo en el I Congreso Nacional de Derecho Ambiental. "Los nuevos desafíos y retos de la gestión ambiental". 26 y 27 de Agosto de 2010. Colón, Entre Ríos. Tema: "Procesos colectivos en materia ambiental".

10 Sozzo, Gonzalo. "La protección del consumidor a través del principio precautorio". Publicado en: Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). "Tratado de Derecho del Consumidor". Tomo III, pág. 211. Edit. La Ley, 2015.

11 Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás y Donna, Edgardo Alberto. "Daño Ambiental". Edit. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 1999, Tomo I.

Sin hesitación podríamos afirmar que el ordenamiento ambiental del territorio, la evaluación de impacto ambiental, el control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, la educación ambiental, el sistema de diagnóstico e información ambiental y el régimen económico de promoción del desarrollo sustentable poseen como función, base de sustento o finalidad la prevención y/o precaución de perjuicios de carácter ambiental.

Por su parte, y en lo que interesa a este trabajo, el microsistema de responsabilidad civil por daño ambiental diseñado entre los artículos 27 y 33 de la misma ley general del ambiente -así como las reglas procesales allí contenidas- se halla igualmente inspirado por los principios preventivo y precautorio.

Como observamos, la evitación de perjuicios negativos al bien ambiental funciona como base de la pirámide de nuestra materia y opera como norte y objetivo de cualquier tipo de abordaje.

La reflexión que proponemos en este trabajo -enmarcado en una obra general dedicada a la responsabilidad civil- consiste en pensar si la prevención y la precaución son solo principios de derecho ambiental o pueden ser también considerados funciones de la responsabilidad civil.

5.- Polifuncionalidad de la responsabilidad civil.

Nos adentraremos ahora en el modo según el cual nuestro sistema de responsabilidad civil reacciona -o debería reaccionar- frente a la posibilidad o probabilidad de ocurrencia de un evento dañoso.

Es decir, pensar si la función del derecho de daños se agota en indemnizar a la víctima de un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial, o bien si es necesario también idear soluciones que se alojen en un instante o estadio anterior al acaecimiento del perjuicio.

Existe un consenso prácticamente generalizado en cuanto a que la responsabilidad civil entendida sólo como un mecanismo tendiente al resarcimiento de daños ya acaecidos es insuficiente.

Por el contrario, se propicia la introducción de instrumentos y técnicas que, desde el derecho de daños -con todo lo que ello implica-, vayan dirigidas concretamente a la evitación de perjuicios probables (prevención) o también inciertos (precaución) y además a la sanción de aquellos agentes que actúen a través de conductas cuya gravedad merezca una reacción adicional.

Es ésta la línea que han seguido los autores del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 2012, cuyo artículo 1.708 dispone: *"Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva"*.

De este modo, se amplían las variantes del derecho de la responsabilidad civil, agregándose a la par de la faz resarcitoria o reparatoria, las funciones preventiva y disuasiva o punitiva.

Sabemos, claro, que la función "punitiva" o "sanción pecuniaria disuasiva" fue suprimida en el trámite de sanción de la norma; quedando entonces codificadas sólo las funciones preventiva y resarcitoria de la responsabilidad civil.

Pensamos que la tutela inhibitoria regulada de manera orgánica en los artículos 1710 a 1715 del nuevo Código se erige como el eje central del sistema e implica repensar una de las máximas centrales que rige en la materia: "no hay responsabilidad sin daño".

Es que si apoyamos la idea consistente en que los instrumentos jurídicos de derecho privado constitucionalizado deben, en este campo, direccionarse hacia la evitación de perjuicios; forzosamente concluiremos en la innecesaridad de la verificación concreta y cierta de la lesión como requisito de procedencia o de activación de las funciones de la responsabilidad civil que difieran de la específicamente resarcitoria.

Hoy en día, entonces y por este motivo, evaluamos como más certero desplazar el concepto "derecho de daños" por el de "responsabilidad civil"; sin perjuicio de que en algunos pasajes de este trabajo los utilizamos como sinónimos a los fines didácticos[12].

En este esquema de la polifuncionalidad de esta rama del derecho que abordamos, creemos que el panorama es el siguiente:

Existen, por un lado, dos funciones de la responsabilidad civil que podríamos denominar "sistémicas" y aplicables a todas las materias que pretende regular el código: función preventiva y función sancionatoria.

Al mismo tiempo, por otro lado, consideramos que rigen también dos funciones de carácter "extra sistémico" y vigentes para determinados órdenes particulares del derecho privado constitucionalizado: función punitiva y función precautoria.

La primera de ellas, por el momento, es exclusiva y privativa del derecho del consumidor (artículo 52 bis de la ley 24.240) y la segunda de ellas lo es en relación a la cuestión ambiental, aunque también aplicable bajo ciertas circunstancias a conflictos vinculados con la salud, alimentos o, en algunas situaciones específicas, con las relaciones de consumo.

---

12 En posición contraria a la que mencionamos se expresa el profesor Sebastián Picasso, quien ha sostenido que es preferible reservar el concepto "responsabilidad civil" para aquellos supuestos estrictamente resarcitorios y, por otra parte, utilizar la voz "derecho de daños" para identificar a aquel *"sector de la dogmática jurídica que se ocupa del estudio de las normas que regulan la prevención de los daños que aún no han sido ocasionados -o del cese de los que ya se están produciendo- y la reparación de los ya causados como consecuencia de un hecho (en principio) ilícito"* (Picasso, Sebastián. "Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: RCyS 2015-IV, 5)

En base a ello, en lo que hace a nuestra materia, serán operativas las dos funciones sistémicas y también la función precautoria que podría deducirse de los preceptos contenidos en el microsistema protectorio del medioambiente y sobre lo cual nos extenderemos más adelante.

Por el contrario, y según el estado actual de la legislación nacional, entendemos que en el ámbito ambiental no es procedente la aplicación de daños punitivos o de la "sanción pecuniaria disuasiva".

No acordamos con los fundamentos de la decisión adoptada en el marco de una causa en la cual se demandó a una sociedad anónima para que cese en el daño ambiental que estaba causando por haber vertido efluentes líquidos por encima de los valores permitidos y proceda también a la remediación del bien colectivo[13].

La sentencia de primera instancia dispuso el cese de las lesiones, la recomposición del ambiente y además fijó una condena por daño punitivo en la suma de $7.200.000,00; aplicando en forma analógica el artículo 52 bis de la ley 24.240 con el objeto de sancionar la conducta "temeraria" desplegada por la demandada a lo largo del proceso.

La resolución en comentario formula interesantes consideraciones acerca de la utilidad de la aplicación de los daños punitivos en materia ambiental y también se menciona el artículo 1714 del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 2012 como fundamento o apoyo para la condena.

La Cámara confirma la decisión en este punto, aunque reduce el monto de los daños punitivos.

Es sumamente loable el fin perseguido por la resolución, el cual coincide con la filosofía que inspiró la redacción del artículo 1714 del Anteproyecto.

Se lee en la sentencia de segunda instancia que *"cuando se condene a pagar una reparación económica en concepto de daños punitivos a quien ocasionó el hecho perjudicial, dicha multa constituirá una barrera para quienes intenten repetir esa conducta. La figura analizada podría constituir una solución para evitar el derrame de sustancias contaminantes en lagos y ríos, para industrias que contaminan el aire con sus emanaciones gaseosas, etc., ya que, si se fijara un monto alto a dicha sanción, las empresas que observaran este hecho podrían analizar que les saldría más barato adoptar medidas anticontaminación, que seguir afectando el medio ambiente. Por último, podría señalarse que esta figura legal constituye el complemento adecuado del principio contaminador – pagador".*

Coincidimos con tal postura, más no con la fundamentación jurídica a la cual se recurre, en cuanto se alega que *"no podemos perder de vista que estamos aplicando*

---

13 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín. "Décima, Julia Graciela y otros c. Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios". 19/11/2015. Publicado en: La Ley 21/12/2015, 7.

analógicamente la figura prevista en el artículo 52 bis de la ley 24.240, y dicha norma, al tarifar el monto de la sanción, ha establecido un límite de cinco millones de pesos (remisión al inciso b del artículo 47)".

El recurso de la analogía para la transpolación de un instituto tan particular, específico y estricto como el de los daños punitivos aparece, en principio, como improcedente ya que la norma del artículo 52 bis es exclusivamente aplicable para procedimientos en los cuales se tutelan derechos de consumidores.

Excede los límites de este ensayo la explicación y el desarrollo de nuestra postura pero sí es necesario manifestar que es la mayoritaria actualmente en la doctrina.

Es por ello que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en Bahía Blanca en el año 2015 se concluyó, de lege ferenda, que *"Sería conveniente una regulación específica acerca de la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva, daños punitivos o multa civil, en casos de daños producidos a derechos de incidencia colectiva en general, transcendiendo o ampliando lo ya previsto en el artículo 52 bis de la Ley 24.240".*

En conclusión, diremos que la ampliación de las funciones de la responsabilidad civil que recoge el nuevo Código revitaliza el sistema y lo torna mucho más compatible con los caracteres del daño ambiental.

Al mismo tiempo, la norma nos obliga a poner en diálogo la legislación y los principios provenientes de los microsistemas con la teoría general diseñada por el Código Civil y Comercial al momento de encarar la problemática de la responsabilidad civil.

6.- Función preventiva.

Teniendo en cuenta que ya nos hemos referido a la función preventiva de la responsabilidad civil en trabajos anteriores[14], nos limitaremos aquí a formular solo algunas referencias que nos permitan luego ensayar una serie de aproximaciones a lo que podríamos identificar como la "función precautoria".

La tesis central consistiría, básicamente, en que la tutela inhibitoria, cuando de daños al medioambiente se trata, se bifurca en dos variantes: la función preventiva, por un lado, y la función precautoria, por el otro.

En cuanto a la primera de las especies, entonces, la jurisprudencia ha sostenido que *"Se deben instrumentar las herramientas que en una clara actitud de "evitación" sean capaces de lograr que se obtenga el objetivo apuntado en el artículo 41 C.N. "El derecho ambiental debe tener un carácter eminentemente preventivo por motivos*

14 "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012". Publicado en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XV, Número 8, Agosto de 2013. Editorial La Ley.

funcionales y teleológicos" y "desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la preferencia por los instrumentos de actuación "ex ante", frente a los instrumentos "ex post", origina dudas serias sobre la utilidad del instituto de la responsabilidad"[15].

La necesidad y la preeminencia de la prevención de lesiones al bien colectivo ambiental posee de este modo origen, fundamento y jerarquía constitucional.

Este punto de partida ha sido también enfáticamente reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Causa Mendoza: *"... la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una 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, se tratará del resarcimiento*[16].

El Código Civil y Comercial de la Nación, luego de exponer sobre cuáles serán las funciones específicas de la responsabilidad civil, desarrolla la función preventiva entre los artículos 1.710 y 1.713.

El primero de los dispositivos citados aporta lo siguiente: "*Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo".*

Pensamos que este deber genérico de prevención del daño impuesto por el artículo transcripto traduce y desarrolla de modo certero el principio de prevención contenido en el artículo 4° de la ley 25.675 y torna exigible a toda persona, dentro del sistema de derecho de daños en general -y del derecho de daños ambiental en particular-, una conducta consistente en la evitación de perjuicios.

Claro está que la frase *"en cuanto de ella dependa"* debiera entenderse como la exigibilidad de acciones que se encuentren al alcance o dentro de la esfera de control de la persona, excluyéndose aquellos comportamientos que resulten de cumplimiento

15 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II. "Spagnolo, César Antonio c. Municipalidad de Mercedes s/amparo", 19/03/2009. Publicado en: LLBA 2009 (junio), 491.

16 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/06/2006, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros". Publicado en: LL 11/07/2006, 4 - LL 2006-D, 281 - DJ 2006-2, 706 - LL 29/06/2006.

imposible o que impliquen conductas irrazonables o "heroicas".

El primero de los incisos del artículo en comentario consagra evidentemente una obligación de no hacer, de abstención, de evitación de daños que no cuenten con alguna justificación.

En consecuencia, todo aquel agente que se halle frente a una acción que pudiere generar un daño -ambiental en nuestro caso- debe abstenerse de ejecutar esa medida o, al menos, tomar los recaudos que fueren pertinentes para que el perjuicio no se produzca.

El inciso b), pensamos, exige ya una conducta activa del sujeto -una obligación de hacer- consistente en adoptar medidas concretas tendientes a evitar la consumación de un daño o, de no resultar posible esta expectativa de máxima, disminuir su magnitud.

Se recurre al concepto jurídico indeterminado de la buena fe[17], incluido para exigir la adopción de medidas eficaces de evitación o disminución de daños, lo cual en materia de perjuicios ambientales constituirá una máxima por demás útil a aplicar.

Introduce también este inciso un parámetro de equidad al permitir a todo aquel que hubiese ejecutado las medidas que finalmente impidieron la consumación de un daño originado por responsabilidad de un tercero, que pueda gestionar de éste último el recupero de los gastos en que hubiere incurrido, conforme las reglas del enriquecimiento sin causa.

Se trata de una premisa que pretende, por un lado, fomentar este tipo de conductas de carácter preventivo y altruista sin que el patrimonio del agente sufra perjuicio alguno y, por otro, inducir a que aquellos sujetos realmente responsables por el daño que finalmente se evitó, adopten ellos mismos mecanismos de tutela inhibitoria, al tiempo que no se vean favorecidos patrimonialmente gracias al accionar de los terceros que ejecutaron la conducta exigida por la norma.

Por su parte, el último de los incisos del artículo 1.710, al imponer el deber de no agravar el daño ya producido, refleja también una idea consolidada en materia ambiental.

Luego de este "deber genérico de evitación", el Código avanza un poco más e incluye una serie de dispositivos de tinte más bien procesal (artículos 1711 a 1713) que regulan el ejercicio y la tramitación de la denominada "acción preventiva" que nace frente a un hecho u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño.

El artículo 1711 exige la previsibilidad de la producción del daño ya que nos encontramos en el campo de la prevención. Aquí finca la principal diferencia, claro está,

17 El Código define a este deber o principio general en su artículo 9, luego lo aplica también en el artículo 10 al regular el abuso de derecho, y también lo incluye en un sinnúmero de disposiciones particulares en el resto del articulado a los efectos de ser adoptado como parámetro interpretativo en cada una de las situaciones referidas.

de esta variante con la de la función precautoria.

También la operatividad de este artículo presupone la antijuridicidad en la conducta de aquel que tiene a su cargo el deber de prevención.

Según el texto de los Fundamentos presentados por la Comisión que redactó el Anteproyecto, se entiende por cumplido el requisito de la antijuridicidad con la mera violación al deber genérico de prevención consagrado en el artículo 1710[18].

El razonamiento resulta convincente debido a que si el Código introduce un deber expreso de evitación, la sola omisión de tal exigencia torna operativa la acción preventiva regulada en el artículo 1711, independientemente de que la actividad o proyecto cuente con autorización administrativa o no conculque norma alguna prevista por el resto del ordenamiento jurídico.

La prevención es exigible, en conclusión, aún en base a posibles daños causados a través de actividades perfectamente lícitas[19] y autorizadas administrativamente.

Por último, el artículo en análisis no exige la procedencia de ningún factor de atribución, lo cual resulta acertado ya que la tutela inhibitoria prescinde totalmente de este requisito de la responsabilidad civil. No puede imputarse ningún comportamiento subjetivo u objetivo al agente por un daño que todavía no se causó pero que sí puede producirse en el futuro.

El artículo que sigue, 1.712, legitima para iniciar o promover la acción preventiva a *"quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño"*.

La única condición que exige el Código radica en la acreditación de un *"interés razonable"* -en nuestro caso- respecto a la prevención de perjuicios ambientales.

Este concepto jurídico indeterminado debiera ser interpretado, ante la duda, del modo en que mejor favorezca la tutela del bien colectivo y, aplicando la máxima del *"in dubio pro naturaleza"*[20], propendiendo siempre a la apertura legitimatoria como puerta de

---

18 Nos hemos referido al concepto de antijuridicidad en el nuevo Código en "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta).

19 Artículo 27 de la LGA: *"El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva…"*

20 En la jurisprudencia: - Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Brasil (voto del Dr. Antonio Herman Benjamin). Recurso Especial Nº 883.656 - RS (2006/0145139-9) "Alberto Pasqualini REFAP S.A c/ Ministerio Público do Estado do Río Grande do Sul". 9/03/2010. - STJ de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. "Estancias Violeta S.R.L. c. Techint S.A.C.I.". 10/08/2006. En LLPatagonia 2007 (abril), 914.

entrada al proceso judicial en defensa de los derechos fundamentales, principal garantía del acceso a la justicia.

Por último, el Código expone que "*La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad"* (artículo 1.713).

En base a ello, el juez puede exigir al legitimado pasivo acciones o abstenciones concretas tendientes a la evitación de daños previsibles. Se habilita al magistrado a adoptar estas decisiones a pedido de parte o también de oficio.

En materia ambiental, la última de las facultades mencionadas posee su correlato en lo normado por el artículo 32 de la ley 25.675, el cual otorga la posibilidad a los jueces para que, en pos de la tutela del macro bien, adopten *"las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general"*.

Se trata del "activismo judicial" predicado para este tipo de casos, amplia y razonablemente ejercitado 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[21].

Concluimos, en definitiva, que la regulación de la acción preventiva se erigirá como un instrumento útil que, desde el proceso de codificación y sumado a cada uno de los institutos y principios propios de la materia, contribuirá a reafirmar la sólida evolución que ha operado ya dentro del microsistema de derecho ambiental en cuanto a la evitación de daños irreversibles.

Sucede en ocasiones, sin embargo, que este instituto procedente para situaciones de riesgos o daños "ciertos" o "previsibles" no es suficiente para aquellos otros casos en los cuales estos caracteres no se encuentran presentes, de modo que el ordenamiento jurídico debe necesariamente suministrar otro tipo de soluciones, las cuales exploraremos a continuación.

7.- Función precautoria.

Enunciaremos bajo este título una serie de reflexiones destinadas a evaluar la posibilidad de predicar una nueva función del derecho de la responsabilidad civil que

---

21 Entre otros: Cafferatta, Néstor (Director) – Cafferatta, Néstor; Lorenzetti, Pablo; Rinaldi, Gustavo; Zonis, Federico (Coautores). "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Ambiental". Edit. La Ley, 2012. Tomo I; Capítulo "V – Procesos Colectivos Ambientales".

emerge del microsistema de protección del ambiente y que es aplicable a todos aquellos supuestos en los cuales predomine la controversia o la duda de carácter científico.

Intentaremos explicar brevemente su contorno, sus fundamentos, su utilidad y también algunos de sus efectos particulares y generales.

5.1.- Fundamentos.

Partimos de la hipótesis consistente en que usualmente no resulta suficiente y efectivo para solucionar los conflictos derivados de la problemática medioambiental el solo hecho de predicar y consagrar principios generales sin dotarlos de herramientas concretas que los ayuden a lograr sus objetivos y fines.

Sumado a ello, el profesor español Eugenio Llamas Pombo sostiene que *"el único instrumento jurídico verdaderamente eficaz para la defensa del medio ambiente viene dado precisamente por la responsabilidad civil que, clásica o no, es la única que conocemos. Ni el ordenamiento penal ni el administrativo han obtenido precisamente los mejores resultados. Sólo la actuación de los perjudicados ante los tribunales civiles ha venido a hacer realidad el principio "quien contamina paga", que no puede entenderse sino como la contrapartida de que "quien sufre el daño ambiental cobra"*[22].

Por lo tanto, y en este marco, nos sumamos a la doctrina que predica que el principio precautorio debería ser considerado como un nuevo fundamento de la responsabilidad civil a los fines de encarar la problemática vinculada a daños graves o irreversibles en los cuales no es posible hallar certeza o información precisa acerca del vínculo entre las causas y los efectos verificados[23].

Es coincidente con esta postura la posición adoptada por la Comisión III de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán en octubre de 2011, según la cual *"El principio precautorio es un principio general del Derecho de Daños que impone el deber de adoptar medidas adecuadas con el fin de evitar riesgos de daños potenciales a la vida, la salud y el ambiente"*.

En base a estas ideas es que hallamos un fundamento basilar para considerar a la precaución no solo como un principio rector de política ambiental sino también como una nueva función de la responsabilidad civil, a modo de "especie" dentro del género de la tutela civil inhibitoria.

---

22 Llamas Pombo, Eugenio. "Los problemas actuales de la responsabilidad civil". Título "1.10.- "Responsabilidad medioambiental sin responsabilidad civil?". Módulo de aprendizaje autodirigido. Plan de formación de la rama judicial. Consejo Superior de la Judicatura. Colombia, 2011.

23 Cafferatta, Néstor A. "El principio precautorio en el derecho ambiental". Publicado en: RCyS 2014-I, 5.

Esta reflexión se justifica además en el carácter expansivo que posee el microsistema tuitivo del medioambiente.

El artículo 4 de la ley 25.675 explica que los principios que allí se enuncian deben ser utilizados para *"la interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental"*.

Esta situación se refuerza con la previsión contenida en el artículo 241 del Código Civil y Comercial de la Nación, según el cual *"Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable"*.

Pensamos que una de los más importantes efectos y virtudes que puede predicarse de este artículo, leído a su vez bajo el prisma que emana de los artículos 1 y 2 del Código, es el reconocimiento de lo que la doctrina ha denominado como un "diálogo de coordinación y adaptación sistémica"[24] entre el sistema especial y el general.

Este intercambio es de doble vía ya que no siempre la influencia se presenta desde el Código hacia el microsistema sino que también -tal como lo proponemos en este trabajo- la legislación especial exporta sus institutos y principios hacia la normativa general a los efectos de modificar u oxigenar ciertos mecanismos, como por ejemplo el de la responsabilidad civil que aquí abordamos.

Es notorio el carácter prevalente e invasivo del microsistema tuitivo del ambiente en relación al resto de las ramas jurídicas, entre las cuales incluimos el sistema de responsabilidad civil.

En la doctrina uruguaya -y con cita del profesor argentino Gonzalo Sozzo- se ha expresado en forma coincidente con nuestra posición Andrés Mariño, al decir que *"Las normas previstas por el subsistema del derecho ambiental deben respetarse por el resto del sistema jurídico. Entre las normas que conforman a éste y las normas ambientales debe existir coherencia. Las disposiciones normativas ambientales tienen fuerza expansiva"*[25].

Si toda norma vigente en nuestro ordenamiento jurídico debe interpretarse y aplicarse conforme los principios del artículo 4 de la ley 25.675 y, además, todos los derechos deben ser ejercidos en consonancia con las normas de presupuestos mínimos

24 Lima Marques, Claudia. "La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes". Publicado en: Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). "Tratado de Derecho del Consumidor". Tomo I, pág. 150. Edit. La Ley, 2015.

25 Mariño Lopez, Andrés. "La obligación de informar al consumidor. El paradigma de la precaución". Publicado en: La Ley 19/02/2013, 1. En sentido similar, también en la doctrina uruguaya, se ha expresado la profesora Dora Szafir en "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho del Consumidor" (Szafir, Dora -Directora-. Carretto, S. -Investigadora Académica-), Edit. La Ley Uruguay, 2011, Tomo I, p. 55.

ambientales (artículo 241 del Código Civil y Comercial) y también en observancia de las premisas derivadas del desarrollo sostenible (artículos 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación); razonablemente podríamos afirmar que una de las funciones que necesariamente deberá cumplir el sistema de responsabilidad civil es la precautoria.

Es también definitorio a la hora de sustentar la postura que defendemos lo señalado por el artículo 1709 del Código Civil y Comercial de la Nación: *"En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código".*

Este artículo, ubicado dentro de las "Disposiciones generales" dedicadas a la responsabilidad civil, expresa el reconocimiento de los microsistemas y la necesidad de diálogos de fuentes a los fines de adoptar soluciones convincentes en cada caso particular.

Por lo tanto, el derecho de la responsabilidad civil vigente en nuestro ordenamiento no es solo el regulado en el Código Civil y Comercial sino que también se abastece de los microsistemas, que en el caso del medioambiental posee caracter imperativo y de orden público (artículo 3 de la ley 25.675) y, por tanto, indisponible en los términos del inc. a) del artículo 1709 del Código.

Ergo, estamos en presencia de un supuesto de concurrencia normativa en el marco del cual -diálogo de fuentes mediante- (artículo 2 del Código Civil y Comercial), emerge la función precautoria de la responsabilidad civil.

Con acierto sostiene la doctrina que *"se ha empezado a hablar ya de función precautoria del Derecho de Daños, que pasaría a sedimentarse junto con la prevención y la reparación, o, en otras palabras: el derecho de daños se "ambientalizaría"*[26].

Teniendo en cuenta que el artrículo 1708 del Código Civil y Comercial ya ha consagrado de manera explícita la función preventiva para el gobierno de riesgos ciertos, no percibimos obstáculo alguno para reconocer a la par la función precautoria en aquellos otros supuestos en que la previsibilidad está ausente.

Se trata de las dos caras de la tutela inhibitoria de la responsabilidad civil y de la verdadera instauración del principio constitucional de indemnidad o "alterum non laedere".

5.2.- Requisitos.

Señalamos que el principal requisito de procedencia de esta función de la

26 Bestani, Adriana. "Principio precautorio y nuevo Código Civil y Comercial Común". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta).

responsabilidad civil será el de la incertidumbre científica, cual es la característica identificatoria de este principio que lo diferencia del de prevención y sobre el cual ya nos hemos expresado en este trabajo.

Se trata de un rasgo cuya filosofía escapa del sistema clásico de responsabilidad civil, pensado en torno a la evitación de consecuencias cuyo vínculo con el hecho que las produce es directo y previsible.

La incerteza recae usualmente sobre uno de los presupuestos más complejos del derecho de la responsabilidad civil: la relación de causalidad.

Es que en la mayoría de las ocasiones los daños están verificados, también se logra probar judicialmente la antijuridicidad y los factores de atribución objetivos.

El problema se presenta cuando intentamos determinar el vínculo entre las conductas antijurídicas y los efectos que ellas mismas causan a los bienes individuales o a los colectivos.

Allí es donde se deben intentar aplicar de modo razonable las premisas que surgen del principio precautorio, enmarcado dentro del instrumental que provee la responsabilidad civil.

Por otro lado, la entidad de los daños que pretendan evitarse tienen que presentarse como graves e irreversibles. Lo relevante es que, en caso de acaecer el perjuicio, sea imposible o dificultoso volver a un estado o condición anterior (artículo 1740 del Código Civil y Comercial).

Por último, se predica también que debe existir proporcionalidad entre el daño que intenta evitarse y el costo económico - social que irroguen las medidas a adoptar en tal sentido.

Tiene dicho la jurisprudencia en este punto que *"el "principio de precaución" afirma que si las posibles consecuencias adversas de algo son catastróficas, o implican algún riesgo para la gente, por pequeño que éste sea, entonces deben tomarse "acciones preventivas", aún ante la ausencia de evidencias que apoyen esta predicción. Esto podría sonar como un prudente curso de acción, pero en realidad puede llegar a someter a las políticas públicas como rehenes de aquéllos con una imaginación demasiado vívida, que son los más vociferantes de sus fobias, un imperativo categórico para algunos que se traduce como significando "...No tolerarás ni siquiera el riesgo a correr un riesgo...", que no puede llevarnos a la búsqueda inútil de un utópico e imposible "riesgo cero", pues bajo tal precepto, no sería razonablemente permitido -ni posible- el progreso de las sociedades. Hay que compatibilizar la ecología con el progreso social a través del desarrollo sustentable"*[27].

27 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. "CO.DE.CI de la Provincia de Río Negro". 16/08/2005.

Es por este motivo que las "acciones precautorias" en el caso de procesos judiciales deben ser adoptadas de modo razonable (artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación) y ponderando tanto los derechos individuales como los colectivos que se encuentren en pugna en el diferendo particular (artículos 1, 2, 14 y 240 del Código Civil y Comercial).

5.3.- Efectos.

Propiciamos que la función precautoria de la responsabilidad civil generará relecturas y modificaciones en varios esquemas de razonamiento vinculados a este campo de la ciencia jurídica, entre los cuales -sólo a título ejemplificativo- podríamos mencionar:

- Certeza y previsibilidad del daño a evitar: dispone el artículo 1739 del Código Civil y Comercial que *"para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente"*.

Claro está que esta previsión posee su ámbito de aplicación en la función resarcitoria ya que refiere a la procedencia de la indemnización, pero incide también a la hora de instrumentar los procedimientos de tutela inhibitoria que estamos estudiando.

El artículo 1711, al diseñar la acción preventiva, enuncia a la previsibilidad como uno de los requisitos de procedencia de este mecanismo.

En este punto coinciden tanto la prevención como el resarcimiento: no operan ninguno de los dos si no hay certeza.

En base a las propias características del principio de precaución, en cambio, evidentemente no sería exigible la acreditación de la eventual ocurrencia de un riesgo cierto o previsible a los fines de activar el andamiaje de la función precautoria.

Es clara la jurisprudencia en este punto al sostener, por ejemplo, que *"tratándose de una acción de amparo ambiental tendiente a obtener el cese de una actividad -fumigación terrestre con agroquímicos a escasa distancia de la vivienda de los actores- y en atención a la virtualidad que produce el "principio precautorio" en la dinámica del proceso ambiental, no ha de exigirse para su viabilidad la acreditación de un daño concreto, debiéndose ponderar -en virtud de la particular fisonomía de dicha acción-, si esa conducta representa una situación de peligro inminente o daño potencial para la salud de los actores, y si la misma es -también potencialmente- lesiva al medio ambiente"*[28].

- Causalidad adecuada: la teoría de la relación de causalidad adecuada consagrada a partir del artículo 1726 del Código Civil y Comercial experimentará también reinterpretaciones a partir de la utilización del principio precautorio[29].

28 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. "ASHPA. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley". 17/06/2015. Publicado en: LL Online.

29 Remitimos a algunas de las consideraciones que hemos vertido en "Relación de causalidad como presupuesto del daño ambiental. Nuevos perfiles a partir del Código Civil y Coercial de la Nación".

En materia medioambiental es usual que se verifiquen fenómenos de "concausación" o "pluricausalidad" en los cuales existen diferentes condiciones que, *prima faccie*, se presentan como posibles o probables causas jurídicas del hecho dañoso.

En lo relativo al tópico que tratamos, interesa destacar también que los daños masivos suelen aparecer como el producto de procesos complejos, difusos y dilatados en el tiempo y en el espacio.

Los efectos de las conductas que afectan negativamente al ambiente son prolongados, continuados y progresivos.

No es tan fácil ni tan clara la determinación de aquello que es normal, natural y ordinario en este tipo de eventos.

Se habla entonces en el campo ambiental de "causalidad circular", por oposición a la idea de "causalidad lineal", más propia de los fenómenos clásicos o individuales en los cuales a cada evento o hecho corresponde un mismo efecto.

La regularidad, previsibilidad o experiencia -pensados como requisitos necesarios para el funcionamiento de la teoría de la causalidad adecuada- brillan por su ausencia en problemas, por ejemplo, provenientes de radiaciones no ionizantes emitidas por antenas de telefonía celular[30] o del alcance de las consecuencias nocivas que se predican de las fumigaciones con agroquímicos, entre muchos otros.

Con acierto se ha apuntado que *"el criterio objetivo de responsabilidad civil permitirá retrotraer en la cadena causal de manera de fundar la responsabilidad no en el acto que provoca el daño sino en el acto que genera el riesgo. Es el riesgo creado el que genera la responsabilidad, ajeno a la relación de causalidad que pudo existir entre aquel riesgo y el daño que en definitiva se produjo"*[31].

Por tal motivo, podrían advertirse casos de afectaciones negativas al ambiente frente a los cuales el autor deba evitar -o, en su caso responder- no solo consecuencias

Publicado en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XVIII, Número 2, Febrero de 2016. Editorial La Ley.

30 Para la profundización de esta temática y de otras vinculadas recomendamos la tesis doctoral de la profesora María Valeria Berros titulada "Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina". Publicada en: http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8080/tesis/handle/11185/428.

31 Bestani, Adriana. "Principio precautorio y nuevo Código Civil y Comercial Común". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta). Con cita de Figueroa Yáñez, Gonzalo, "El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil", en Romeo Casabona (ed.), Principio de precaución, biotecnología y derecho, ps. 301/318.

inmediatas o mediatas -ambas testeadas bajo criterios de previsibilidad o regularidad- sino también por resultados que podrían presentarse, en principio, como meramente casuales o remotos.

El artículo 1725 del Código Civil y Comercial dispone que *"Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias"*.

En el terreno medioambiental, por tratarse de la tutela de bienes de uso común, es dable exigir a cualquier sujeto un obrar prudente, diligente y precautorio tendiente a adoptar todas las medidas posibles de evitación de daños en forma previa a la realización de cualquier actividad susceptible de modificar negativamente el entorno.

Ergo, de no llevarse a cabo tal procedimiento o de implementárselo de modo deficiente, lógico resultará cargar con mayor fuerza sobre la responsabilidad del agente y tener por acreditados vínculos causales que en casos tradicionales tal vez quedarían exentos del sistema preventivo o resarcitorio.

- Antijuridicidad: este presupuesto de la responsabilidad civil se verá también modificado en hipótesis de riesgos ambientales inciertos en los cuales adquiera operatividad la función precautoria.

Claro está que el de la antijuridicidad es un requisito por antonomasia de la función resarcitoria pero también lo es, según el artículo 1711 del Código Civil y Comercial, de la función preventiva.

Por lo tanto resulta válido interrogarnos acerca del modo en que funciona este concepto a la hora de trabajar en el terreno de la precaución.

El horizonte de aquellos daños que no poseen justificación en los términos del artículo 1717 del Código Civil y Comercial forzosamente se ampliará en este tipo de hipótesis.

Por el contrario, aquellos "permisos para dañar" que el Digesto concede a partir del artículo 1719 se reducirán en el camino a la evitación de daños ambientales graves e irreversibles.

Es decir que tanto la legítima defensa como el estado de necesidad, el ejercicio regular de un derecho y el consentimiento del damnificado serán estrictamente interpretados y aplicados en el marco de nuestro objeto de estudio[32].

Será necesario, entonces, reconstruir o redefinir el concepto de antijuridicidad material y objetiva a la hora de ejercitar la función precautoria de la responsabilidad civil.

---

32 Ampliamos en Lorenzetti, Pablo. "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta).

- Daños ambientales derivados de la autonomía de la voluntad contractual: si bien estamos más familiarizados a abordar la temática ambiental proveniente de conflictos extracontractuales, también las afectaciones negativas al ambiente pueden provenir de cláusulas contractuales de todo tipo.

Aquí igualmente jugará un papel importante la función precautoria ya que el sistema de responsabilidad civil y todas las reglas que contiene el Código en este campo han sido unificadas.

Pregonamos, por ejemplo, la aplicación del principio precautorio al momento de testear y, en su caso, invalidar cláusulas contractuales que resulten directa o indirectamente perjudiciales respecto del medioambiente.

La Resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, en el inc. k) de su Anexo expresa que serán abusivas todas aquellas cláusulas contenidas en contratos de consumo que *"Infrinjan normas de protección del medio ambiente o posibiliten su violación"*.

En estos casos, la función precautoria de la responsabilidad civil operará como respaldo válido para habilitar el control judicial de tales contratos en los términos del artículo 1122 del Código Civil y Comercial y, en igual sentido, cuando se trate de contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas tal como lo faculta el artículo 989 del mismo Digesto.

En el ámbito de las relaciones de consumo el principio precautorio operará asimismo como concepto definitorio de la obligación de seguridad que, conforme lo previsto por el artículo 5 y cc de la ley 24.240, es exigible a todos los integrantes de la cadena de comercialización de bienes y servicios.

El derecho constitucional a la seguridad del que gozan los consumidores será repensado a los fines de intentar eximirlos, vía función precautoria de la responsabilidad civil, de aquellos riesgos potenciales y graves respecto de los cuales no se cuente con certeza científica en relación a su dañosidad.

Los legitimados pasivos de este deber deberán igualmente adoptar medidas tendientes a garantizar la indemnidad de los consumidores en estos supuestos de controversia científica, en relación a los cuales las funciones resarcitoria y preventiva los privarían de todo tipo de amparo.

Por otra parte, es interesante la previsión contenida en el artículo 1728 del Código Civil y Comercial al determinar que los contratantes responderán *"por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto"* al momento de la celebración del contrato y en caso de dolo del deudor, la responsabilidad se fijará *"tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento"*.

Se trata de una excepción a la regla de la teoría de la causalidad adecuada para supuestos de contratos negociados, en los cuales se implementa un criterio subjetivo que

tiene en cuenta lo que las partes -y no un "hombre medio"- hayan podido prever[33].

Según los Fundamentos del Anteproyecto, este artículo no se aplica a los contratos de consumo; circunstancia que nos lleva a repensar algunas adaptaciones que el precepto debería sufrir en hipótesis en que un contrato directa o indirectamente modifique de modo negativo el ambiente.

Es que, al igual que en el microsistema del consumo, nos posicionamos en un ámbito en el cual lo que se intenta es tutelar un interés superior, colectivo y unido al bien común.

Por tal motivo, juzgamos que esta limitación de carácter subjetivo que analizamos debería ceder o flexibilizarse cuando de responsabilidad contractual por daño ambiental se trate.

En base a las razones que ya adelantamos en este trabajo, es muy difícil que este tipo de perjuicios puedan preverse al momento de la celebración del convenio en los términos del artículo 1728; de manera que quedarían sin resarcir un sinnúmero de situaciones regidas por la incerteza o la imprevisibilidad.

No desconocemos que la autonomía de la voluntad debe ser respetada y que resultaría sorpresivo imputar a las partes determinadas consecuencias que no formaron parte del plan prestacional inicial.

Sin embargo, el propio Código[34] aconseja armonizar estas prerrogativas con la tutela de los bienes colectivos.

Sostenemos que será éste un desafío interesante a revisar por la jurisprudencia en aplicación de la función precautoria de la responsabilidad civil.

<u>- Acciones procesales:</u> la pretensión precautoria será ejercitable a través de todo el abanico de acciones que provee el ordenamiento jurídico tendientes a tutelar de manera rápida y urgente los derechos fundamentales que se hallan en juego.

Desde ya que el amparo colectivo diseñado por el artículo 43 de la Constitución Nacional, con todas sus variantes, se ofrecerá como la principal herramienta tendiente a evitar daños ambientales irreversibles.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han trabajado en el camino hacia la flexibilización de los presupuestos del proceso de amparo cuando de tutela de bienes ambientales se trata.

Así, en el caso de la regulación de carácter nacional, necesariamente la función

---

33 Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) – De Lorenzo, Miguel Federico – Lorenzetti Pablo (Coordinadores). "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". Edit. Rubinzal – Culzoni, 2014/2015. T. VIII, Pág. 424.

34 Artículos 14, 240, 1737 y cc ya citados.

precautoria de la responsabilidad civil inducirá a releer o hasta eliminar alguno de los requisitos establecidos fundamentalmente por los artículos 1 y 2 de la ley 16.986.

También será procedente la tramitación de este tipo de pretensiones a través de procesos sumarísimos, medidas cautelares, anticautelares, precautelares o autosatisfactivas, entre otros procesos urgentes que se han observado en precedentes dictados a lo largo y a lo ancho del país.

Pensamos que de ninguna manera podrá obstaculizarse el acceso a la justicia con exigencias que no se corresponden con los caracteres de estos procedimientos, tales como por ejemplo la mediación prejudicial obligatoria o la necesidad de agotamiento de la vía administrativa.

Como propuesta de "lege ferenda" sería interestante pensar también en la regulación específica de una "acción precautoria" de modo similar a la acción preventiva actualmente modelada a partir del artículo 1711 del Código Civil y Comercial.

Sin dudas que tal positivización contribuiría, por un lado, a aportar mayor precisión y efectividad en el ejercicio del instrumento y también, por otro lado, englobaría contornos y limitaciones tendientes a evitar desbordes o soluciones irrazonables que perjudicarían tanto la protección de los bienes colectivos como los individuales.

8.- Colofón.

Es necesario tomar conciencia acerca de cuál es el alcance que posee en nuestro derecho positivo abordar las cuestiones ambientales.

Muchas veces se piensa que el derecho ambiental se dedica a estudiar problemas poco importantes, algo *maketineros* o de moda.

Sin embargo, a partir de nuestro propio paradigma constitucional, consideramos que se trata de todo lo contrario.

Al analizar cada uno de los aportes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales sobre la materia concluimos en que su ámbito de aplicación va mucho más allá de la protección de los pajaritos que se posan sobre los árboles de la plaza del barrio o del olor que emana de la chimenea de una fábrica que se ubica a solo unas cuadras de nuestra casa.

El derecho ambiental es eso y mucho más en virtud de que el microsistema se encarga de tutelar no solo el patrimonio natural, sino también el cultural, el histórico, el artístico, el paisajístico y, en definitiva, todo aquello que tenga relación con la calidad de vida de las personas; no solo las de la generación actual sino también las de las futuras.

Esta materia, transversal como pocas otras, se sumerge en cuestiones sociales[35] y

35 Cafferatta, Néstor (Director). "Derecho Ambiental. Dimensión social". Editorial Rubinzal – Culzoni, 2015.

económicas de una trascendencia fenomenal.

Accidentes derivados de actividades nucleares, mineras, agrícolas; conflictos relacionados con energías renovables, residuos, organismos genéticamente modificados; protección de bienes culturales, históricos o artísticos; preservación de bosques, glaciares, montañas; recomposición o remediación de ríos, aire, suelo, cursos hídricos u océanos; desafíos provenientes del cambio climático, riesgos del desarrollo, transferencia de tecnología; relocalización de poblaciones afectadas por vivir en zonas contaminadas; preservación de la biodiversidad, de especies animales y vegetales; gobernanza de riesgos y adaptación de estructuras administrativas de cada uno de los sectores y niveles del Estado encargados de la gestión ambiental; son solo algunos de los grandes desafíos que a diario propone esta rama del derecho que analizamos.

Por lo tanto, las construcciones jurídicas que debemos implementar en el camino dirigido a solucionar este tipo de conflictos van de la mano con la complejidad e importancia que presenta el objeto de estudio.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia dedicadas al estudio del derecho ambiental han recorrido un camino importantísimo en el abordaje de estos desafíos; echando mano, fundamentalmente, a los principios regulados en el artículo 4 de la ley 25.675 y a las especiales características del daño ambiental insertas a partir del artículo 27 de la misma norma.

Sin embargo, tal como ya lo adelantamos en este texto, es conveniente transitar el camino hacia una refuncionalización y una mayor utilización del sistema general de responsabilidad civil a los efectos de lograr resultados más concretos y positivos.

Se ha expresado que *"La contemporánea redimensión conceptual evolutiva sobre el daño se ha erigido en marco teórico de valioso rédito científico y ello se debe a los ingentes, cuan magníficos, empeños académicos producidos en tiendas ambientalistas y consagrados luego en plexos normativos de incuestionable perfil innovador, de los cuales la Ley de Medio Ambiente en Argentina es un ejemplo que desde hace ya una década impone el necesario señorío de prestancia técnica y avance científico que no reduce su alcance a los intramuros de la rama jurídica de incumbencia, sino que, en bienvenida renovada señal de la indivisibilidad fundamental del Derecho, trasciende hacia los extramuros enriqueciéndoles con aportes y contribuciones de indudable profundidad"*[36].

El operador jurídico contemporáneo se enfrenta a diario a situaciones en las cuales predomina el azar y la imprevisibilidad.

Es allí donde se torna más que válida la cita referenciada ut supra, según la cual se nos incentiva a reflexionar acerca de los valiosos aportes que el derecho ambiental ha

---

36 Caumont, Arturo, "Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño". Publicado en: La Ley 18/07/2013, 1.

formulado y continuará formulando al resto de las ramas jurídicas.

La codificación de los grandes principios del derecho ambiental se posiciona como una gran oportunidad para "oxigenar" los institutos clásicos y tornarlos mucho más útiles en relación a los fines que se persiguen.

El rol actual de la doctrina y de la jurisprudencia consiste justamente en enfrentar este tipo de desafíos en el marco de un paradigma complejo y plural en cuanto al bagaje de contenidos jurídicos a los cuales recurrir a la hora de arribar a soluciones constitucionalmente válidas.

Con claridad magistral se ha sostenido que *"el derecho como parte de la cultura de los pueblos cambia con la crisis de la pos-modernidad. El pluralismo se manifiesta en la multiplicidad de fuentes legislativas que regulan el mismo hecho, con la des-codificación o implosión de los sistemas genéricos normativos (Zersplieterung), se manifiesta en el pluralismo de sujetos a proteger, a veces difusos, como el grupo de consumidores o los que se benefician con la protección del medioambiente, en la pluralidad de agentes activos de una misma relación, como los proveedores que se organizan en cadena y en relaciones extremadamente despersolanizadas. Pluralismo también en la filosofía aceptada actualmente, donde el diálogo es lo que legitima el consenso, donde los valores y principios tienen siempre una doble función, el double coding, y donde los valores son muchas veces antinómicos. Pluralismo en los derechos asegurados, en el derecho a la diferencia y al tratamiento diferenciado de los diferentes al privilegio de los "espacios de excelencia"*[37].

La eficacia del principio precautorio por fuera del "menú" de la responsabilidad civil es notoriamente inferior en comparación con la postura que propiciamos consistente en su inclusión dentro de tal baraja de opciones.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -medioambientalización del derecho privado mediante, conforme las contundentes disposiciones de los artículos 14, 240 y 241- permite y promueve el ingreso de la racionalidad precautoria y su generalización en el campo de la responsabilidad civil.

En definitiva y concretamente, sostenemos que en el campo medioambiental la Constitución Nacional -y por ende toda la normativa infraconstitucional- exigen la adopción de medidas tendientes a evitar daños cuyo vínculo causal con la conducta respectiva sea cierto pero también se impone actuar en aquellos casos en los cuales exista controversia científica entre ambos componentes.

---

37 Jayme, Eric. "Identite culturelle et integration: le droit internationale privé posmoderne". Recueil del Cours de l'Academie de Droit International de La Haye, 1995, II, Kluwer, La Haya, p. 36 y ss. Citado por Lima Marques, Claudia. "La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes". Publicado en: Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). "Tratado de Derecho del Consumidor". Tomo I, pág. 144. Edit. La Ley, 2015.

Ergo, si el artículo primero del Código Civil y Comercial de la Nación ordena que los casos que rige *"deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte"*, no podremos ignorar que en materia ambiental la tutela inhibitoria se bifurca entre la función preventiva y la función precautoria de la responsabilidad civil.

Argumentar lo contrario implicaría desconocer el mandato constitucional de proteger el ambiente[38] ya que estaríamos dejando fuera del sistema de responsabilidad civil -y por tanto, sin suministro de la debida protección que merece- el amplio abanico de daños o riesgos potenciales e inciertos que nos presenta esta problemática.

Pensamos, finalmente, que la función precautoria es uno de los grandes instrumentos que el ambientalismo tiene para ofrecer a un sistema general de responsabilidad civil en constante debate y tan vivo como los conflictos concretos cuya solución la sociedad reclama a diario a los operadores jurídicos.

9.- Bibliografía.

- Berizonce, Roberto O. "La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio". Publicado en: UNLP 2013-43, 245.

- Berros, María Valeria. "Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina". Publicado en: http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8080/tesis/handle/11185/428.

- Berros, María Valeria. "Reparación, prevención, precaución: una nueva mirada a partir del nuevo Código Civil y Comercial". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta).

- Bestani, Adriana. "Principio precautorio y nuevo Código Civil y Comercial Común". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta).

- Bueres, Alberto J. "La responsabilidad por daños en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012". Publicado en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley,

---

38 Deber reconocido incluso por la Corte en los siguientes términos: *"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"*. (Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros". 20/06/2006. Publicado en: La Ley, 11/07/2006, 4).

Vol. 2013-2.

- Cafferatta, Néstor A. “Deber de prevención en el Código Civil y Comercial (en relación con el derecho ambiental y los bienes y valores colectivos)”. Publicado en: RCCyC 2016 (abril), 22.

- Cafferatta, Néstor (Director). “Derecho Ambiental. Dimensión social”. Editorial Rubinzal - Culzoni, 2015.

- Cafferatta, Néstor A. “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 273.

- Cafferatta, Néstor A. "El principio precautorio en el derecho ambiental”. Publicado en: RCyS 2014-I, 5.

- Cafferatta, Néstor A. (Director) – Cafferatta, Néstor A.; Lorenzetti, Pablo; Rinaldi, Gustavo; Zonis, Federico (Coautores). “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Ambiental”. Tomo I. Editorial La Ley, 2012. 3 Tomos.

- Catalano, Mariana: “La bifrontalidad del daño ambiental en la práctica”. Publicado en: RRCYS, Año X, Nº 8, agosto de 2008.

- Caumont, Arturo, “Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño”. Publicado en: La Ley, 18/07/2013, 1.

- Garrido Cordobera, Lidia M. R. “Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial”. Publicado en: La Ley, 10/02/2015, 1.

- Highton, Elena I. “Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del Derecho Argentino”. Publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015. Número Extraordinario: “Claves del Código Civil y Comercial”. Edit. Rubinzal Culzoni.

- Hitters, Juan Carlos, “Alcance de la cosa juzgada en procesos colectivos”. Publicado en: La Ley, 2005-F, 751.

- Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”. Publicado en: Revista Jurídica UCES Nº 17, 2013.

- Leiva, Claudio. “Una propuesta de delimitación del deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial”. Publicado en: La Ley, 27/07/2016, 1.

- Lezcano, Juan Manuel. “Los principios jurídicos en el nuevo Código Civil y Comercial”. Publicado en: DJ 20/05/2015, 7.

- Lima Marques, Claudia. “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes”. Publicado en: Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). “Tratado de Derecho

del Consumidor". Tomo I. Edit. La Ley, 2015.

- Llamas Pombo, Eugenio. "Los problemas actuales de la responsabilidad civil". Título "1.10.- "Responsabilidad medioambiental sin responsabilidad civil?". Módulo de aprendizaje autodirigido. Plan de formación de la rama judicial. Consejo Superior de la Judicatura. Colombia, 2011.

- Lorenzetti, Pablo. "Relación de causalidad como presupuesto del daño ambiental. Nuevos perfiles a partir del Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XVIII, Número 2, Febrero de 2016. Editorial La Ley.

- Lorenzetti, Pablo. "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta).

- Lorenzetti, Pablo. "Consumo y ambiente. Diálogos microsistémicos". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 39 (Director: Néstor Cafferatta). Septiembre de 2014.

- Lorenzetti, Pablo. "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012". Publicado en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XV, Número 8, Agosto de 2013. Editorial La Ley.

- Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) – De Lorenzo, Miguel Federico – Lorenzetti Pablo**TITULO:** Tutela inhibitoria en materia ambiental: función preventiva y función precautoria de la responsabilidad civil.

AUTOR: Pablo Lorenzetti[39].

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Tipología de derechos que pueden ser dañados desde el punto de vista ambiental. 3.- Particularidades del daño ambiental. 4.- Principios de prevención y precaución. 5.- Polifucionalidad de la responsabilidad civil. 6.- Función preventiva. 7.- Función precautoria. 8.- Colofón. 9.- Bibliografía.

1.- Introducción.

Se nos ha invitado a participar de una obra colectiva dedicada al estudio de la "prevención del daño", concentrando nuestro análisis en lo concerniente a los perjuicios ambientales.

---

39 Abogado. Especialista en Derecho Ambiental por la UBA. Especialista en Derecho Ambiental y Globalización por la Universidad de Castilla La Mancha – Toledo (España). Especialista en Derecho de Daños y Contratos por la Universidad de Salamanca (España). Miembro del Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina. Miembro del Comité Académico de Fundación Expoterra.

Por tal motivo es que proponemos iniciar dicho camino a partir de unas breves consideraciones sobre la tipología y los caracteres que presentan los daños ambientales, a los fines de presentar el contorno o ámbito de aplicación de nuestras reflexiones.

Luego formularemos ciertas anotaciones acerca de dos de los principios basilares de la materia, cuales son el preventivo y el precautorio, ya que los utilizaremos como puerta de entrada hacia el análisis de las funciones de la responsabilidad civil hoy vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

A partir de allí, continuaremos explorando la influencia que ejercen estos "mandatos de optimización" propios y caraterísticos del derecho ambiental en relación al sistema general de la responsabilidad civil.

Propondremos, centralmente, someras líneas de estudio referidas a lo que podríamos identificar como la "función precautoria" del derecho de la responsabilidad civil y su utilidad en el campo medioambiental.

Será este punto el que desarrollaremos con algo más de profundidad con el objeto de ofrecer para su debate algunas propuestas sobre uno de los tópicos que sí presenta particularidades y opciones de trabajo más que interesantes.

Además de apoyarnos en la normativa microsistémica encabezada por la ley generla del ambiente número 25.675, tanto por su importancia a nivel jerárquico y sistémico como también por la novedad que su reciente sanción significa tomaremos como base de nuestras reflexiones los paradigmas insertos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Hemos aceptado con gusto el convite de la Editorial y de los Directores de este volumen, motivados en la importancia constante de compartir aportes y visiones sobre la temática de la tutela inhibitoria en el derecho de daños.

En esa línea, aclaramos de modo preliminar que en materia ambiental la temática de la prevención y la precaución ha sido tal vez una de las más exhaustivamente abordadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, de modo que las presentes consideraciones no pretenden revisar todos y cada uno de dichos aportes ni tampoco, desde ya, agotar el tópico; circunstancia que exedería notoriamente los límites del trabajo encomendado.

2.- Tipología de derechos que pueden ser dañados desde el punto de vista ambiental.

A los fines de abordar las hipótesis que planteamos en este trabajo, necesariamente debemos comenzar por el objeto o el ámbito de aplicación de la tutela inhibitoria en materia ambiental.

Es decir: ¿qué derechos o bienes el ordenamiento jurídico pretende dejar a salvo con los

instrumentos preventivos y precautorios?

El daño ambiental, desde esta óptica, presenta caracteres y especificidades que lo hacen diferente de cualquier tipo de perjuicio que puedan sufrir otros bienes que el derecho privado constitucionalizado también se encarga de tutelar[40].

Ergo, las soluciones a encarar para esta clase de conflictos -tanto por el legislador como por los diversos operadores jurídicos que se sumergen en la temática- son y deberán ser necesariamente particularizadas.

Nos referiremos entonces -y en primer término- a la tipología de derechos que pueden ser afectados cuando de responsabilidad civil por daños en general -y por daño ambiental en particular- se trata.

La doctrina ha ensayado una clasificación respecto de los derechos que pueden ser afectados con la producción de un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial, que ha logrado mayoritaria adhesión y ha sido receptada en la legislación y también en diversas sentencias.

Podemos encontrar el planteo al que haremos referencia en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil sancionado en 1990, que en su artículo 81 bajo el título "De la defensa del consumidor en juicio", ya estableció y definió las categorías de "intereses o derechos difusos", "intereses o derechos colectivos" e "intereses o derechos individuales homogéneos".

Otro importante y pionero antecedente en este punto lo constituye el Código Modelo de Procesos Colectivos para América Latina aprobado en octubre de 2004 en la ciudad de Caracas, Venezuela.

En el plano jurisprudencial, sin dudas que el precedente basilar en la temática fue la causa "Halabi"[41], en la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace mención a los diversos tipos de derechos que son susceptibles de tutela y los clasifica en: 1) individuales. 2) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos. 3) de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos.

Es ésta la subdivisión receptada por el texto del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 2012 elaborado por la Comisión creada según Decreto 191/2011 e integrada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Helena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

---

40 Para ampliar: Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) - Catalano, Mariana y Gonzalez Rodriguez, Lorena (Coordinadoras). "Derecho Ambiental y Daño" (Obra Colectiva). Edit. La Ley, 2009.

41 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24/02/2009. "Halabi, Ernesto c/ PEN. Ley 25873, dto. 1563/2004 s/ Amparo".

El artículo 14 de dicho documento, en su parte pertinente, reza que *"En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1; c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común".*

Se explica claramente en los Fundamentos del Anteproyecto que *"En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El Anteproyecto da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales y es coherente con el actual derecho brasileño.*

En materia de bienes. La mayoría de los códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los consideran colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Todo ello requiere una concepción más amplia, que ha sido receptada en el Anteproyecto".

La referencia explícita a la materia ambiental en las citas precedentes justifica la inclusión de estas reflexiones en el presente trabajo, al tiempo que la claridad de los documentos aludidos nos exime de mayores comentarios a los fines de fundamentar el abordaje de la clasificación de derechos que estamos exponiendo.

El texto del artículo 14 finalmente sancionado dentro del Código Civil y Comercial de la Nación vigente suprimió la categoría mencionada en el punto b) del Anteproyecto y quedó redactado del siguiente modo: *"En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva".*

Sea como fuere, la clasificación tripartita que contenía el texto originario es la que prevalece en nuestro ordenamiento jurídico, ya sea por vía jurisprudencial o a través de los aportes de la doctrina.

El Derecho del Consumidor muestra ejemplos corrientes y definitorios en este sentido, tales como la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "PADEC", en la cual se sostuvo que *"Se estimó pertinente delimitar con precisión tres categorías de derechos tutelados: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.*

Esta última categoría de derechos se encuentra admitida en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional e incluye, entre otros, los derechos personales o

patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, a los derechos de los usuarios y consumidores y a los derechos de sujetos discriminados. En estos casos puede no haber un bien colectivo involucrado, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a. todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño"[42].

En el plano doctrinario, merece destacarse que la vigencia de la categoría suprimida del artículo 14 del Código Civil y Comercial fue también unánimemente defendida en el marco de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el año 2015.

Así, se sostuvo en las conclusiones de la Comisión número 12 lo siguiente:

1) *"La categoria intereses individuales homogéneos es una especie que integra el genero derechos de incidencia colectiva, por lo que debe considerarse subsumida en la redaccion de los artículos 14, 240, 1737 y cc. del Código Civil y Comercial de la Nación".*

2) *"Las notas esenciales se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Nacional (causas "Halabi", "Padec" y "Consumidores Financieros" entre otras) y conforman una doctrina interpretativa a seguir por los tribunales inferiores".*

3) *"En el esquema normativo nacional, integrado por el Código Civil y Comercial, la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte (estas dos últimas como fuentes principales a tenor del artículo 1 del Código Civil y Comercial) puede identificarse un género : "derecho de incidencia colectiva" que incluye dos subespecies: los derechos de incidencia colectiva que versan sobre bienes colectivos, y los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos".*

4) *"La supresión de los artículos 1745 a 1748 del Anteproyecto de Código Civil y comercial y la modificación de sus artículos 14 y 240, no implica eliminar del derecho positivo argentino la categoría de los "derechos individuales homogéneos".*

En el campo ambiental, en resumen, lo usual es que las afectaciones negativas y relevantes (artículo 27 de la ley 25.675) susceptibles de activar el sistema protectorio principien por agredir el bien colectivo o el "macro bien" ambiental.

---

42 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/08/2013. "PADEC c. Swiss Medical S.A.". Publicado en: La Ley, 23/09/2013.

Luego, y de rebote o "par ricochet", se generan lesiones a bienes individuales o a derechos individuales homogéneos cuando la magnitud del perjuicio es significativa.

Es necesario entonces tener en cuenta la clasificación que hemos analizado hasta aquí a la hora de abordar la problemática de la responsabilidad civil por daños al ambiente, en la cual usualmente conviven las tres categorías de derechos.

3.- Particularidades del daño ambiental.

En el marco de la caracterización formulada en el título que antecede, el daño ambiental "en sí mismo" o "ecológico puro", al cual dedicaremos gran parte de las reflexiones contenidas en este texto, se produce por afectación a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos.

Se trata de derechos supraindividuales e indivisibles, tales como por ejemplo el paisaje, una especie de aves, el aire de un determinado ecosistema, un río, el patrimonio cultural o artístico, etc.

El objeto de protección es el bien colectivo en sí mismo y ninguno de los legitimados activos para su protección puede predicar derechos de propiedad o de titularidad exclusiva.

No son divisibles en partes ni tampoco excluyen beneficiarios ya que son impersonales e indiferenciados.

Ahora bien, adelantamos además que como consecuencia de daños a bienes colectivos es usual que se afecten también derechos o intereses individuales homogéneos; los cuales son esencialmente individuales y divisibles, solo que por conveniencia y practicidad se los trata como colectivos. Dice la doctrina que estos bienes son "accidentalmente" colectivos[43].

Tanto en el caso de daños a bienes colectivos como a derechos individuales homogéneos se justifica el ejercicio de su tutela a través de la promoción de procesos colectivos o acciones de clase.

Estas acciones en las que se procura la protección de los intereses de una masa de sujetos identificada por caracteres comunes tiene la ventaja, en materia ambiental, de aglutinar en un mismo proceso diversos daños o pretensiones que en su individualidad pueden lucir insignificantes pero en conjunto tienen una relevancia tal que incentiva al grupo a incoar el reclamo.

La sentencia en este tipo de procesos, aunque no lo disponga en la parte dispositiva, extenderá sus efectos necesariamente a quienes no participaron en el pleito.

43 Hitters, Juan Carlos. "Alcance de la cosa juzgada en procesos colectivos". Publicado en: La Ley, 2005-F, 751.

Es lo que establece la ley 25.675 en su artículo 33, según el cual la sentencia favorable en esta materia hará *"...cosa juzgada y poseerá efecto erga omnes, a no ser que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias"*.

Ello así porque el cese de una actividad dañosa perjudicial para el bien colectivo o la recomposición del mismo, trasciende a quien instó el accionar jurisdiccional y beneficia al resto de los que se encuentran comprendidos dentro del "grupo".

Dicha característica será predicable de la existencia o no del daño "madre" y de la parte dispositiva del decisorio que eventualmente ordene la prevención, cesación y/o recomposición del perjuicio causado.

Luego, a los fines de determinar la cuantía del daño individual que cada sujeto ha sufrido a raíz de la lesión colectiva, cada parte deberá probar la cuantía del menoscabo a través de una acción particular.

Esta diferenciación entre daños ambientales colectivos, por un lado, e individuales o plurindividuales homogéneos, por el otro, es importante también -además de las cuestiones procesales reseñadas- a los efectos de la función resarcitoria del sistema de responsabilidad civil.

Así, si el daño se produce al bien colectivo y el restablecimiento no es posible, la indemnización sustitutiva se destina al Fondo de Compensación Ambiental, cuyo objetivo final es garantizar *"la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente"*. (artículo 34 de la ley 25.675).

Si el daño es individual (o plurindividual homogéneo), en cambio, esa indemnización tiene por destino final el patrimonio de cada uno de los afectados, quienes pueden disponer de las sumas respectivas sin límite ni restricción alguna.

En este marco de análisis, cabe recordar que el daño ambiental es bicéfalo o bifronte[44] y, por tanto, los perjuicios individuales y los colectivos son las "dos caras de una misma moneda".

Por lo tanto, para supuestos de lesiones particularizadas, concurrirán a regular la situación todos y cada uno de los dispositivos contenidos en la normativa ambiental que se adapten a la individualidad del daño y también aquellos instrumentos previstos en el derecho común que fueren aplicables al caso particular.

Es decir que no solo juzgamos aplicable el microsistema protectorio del ambiente para daños a bienes colectivos sino también para aquellos otros supuestos en que se afecten derechos individuales o plurindividuales homogéneos.

---

44 Catalano, Mariana: "La bifrontalidad del daño ambiental en la práctica". Publicado en: RRCYS, Año X, Nº 8, agosto de 2008, p. 53.

Sea como fuere, a los fines de abordar los conflictos complejos a los cuales nos enfrenta la problemática medioambiental es necesario recurrir a instrumentos y principios sistémicos y también microsistémicos, en el marco de un paradigma preventivo y precautorio.

4.- Principios de prevención y precaución.

Se lee en los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 2012 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 civiles o daños punitivos".*

Esta referencia respalda las reflexiones del título que antecede y enlaza la clasificación de derechos expuesta con la necesidad y prioridad de la evitación de daños ambientales de incidencia colectiva.

Sabemos que el Derecho Ambiental posee un carácter fuertemente principiológico y que gran parte de este tipo de fuentes jurídicas se halla en la principal norma nacional de presupuestos mínimos en la materia, cual es la ley 25.675.

Gran parte de las soluciones que ha ensayado tanto la doctrina como la jurisprudencia al momento de enfrentarse a la problemática ambiental se basan en la aplicación de principios[45].

Este camino ha sido sumamente prolífico y responsable; solo que nuestra tesis en este breve trabajo consiste en que no se trata de la única solución posible sino que, por el contrario, existen otro tipo de herramientas que pueden resultar aún más efectivas.

En lo que hace a este trabajo, según el artículo cuarto de la ley general del ambiente *"La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:*

(...) 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.

Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la

45 "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Ambiental". Director: Néstor Cafferatta. Coautores: Néstor Cafferatta. Pablo Lorenzetti. Gustavo Rinaldi. Federico Zonis. Editorial La Ley, 2012. Tomo I, Capítulo II: "Principios de Derecho Ambiental".

adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

La diferencia básica entre ambos principios radica en la certidumbre o incertidumbre de los daños que intentan evitarse.

Mientras el principio preventivo opera frente a consecuencias ciertas y previsibles de hechos susceptibles de provocar perjuicios ambientales, el campo de actuación del principio precautorio refiere a aquellos casos en los cuales tal certeza y previsibilidad están ausentes[46].

La prevención actúa frente a daños probables mientras que la precaución lo hace en referencia a riesgos posibles.

En cuanto al requisito de "incerteza científica" que presupone el principio precautorio, siempre nos pareció interesante la caracterización efectuada por el profesor Gonzalo Sozzo[47], en cuanto señala que se advierte en estos supuestos aquello que se ha identificado como la "parlamentarización de la ciencia".

Este concepto denota la existencia de diversos "partidos políticos" en el mundo científico -"parlamento"-, cada uno de los cuales expresa su posición y su concepción acerca de los temas que se presentan.

Sostiene el profesor Sozzo en otro trabajo que *"Controversia científica existe: a) cuando en una "comunidad científica" determinada; b) hay diferentes opiniones fundadas; c) acerca de la existencia o no de un riesgo social o ambiental o ambos"*[48].

Es habitual enfrentarnos a casos, como por ejemplo el de la fumigación con agroquímicos o los efectos derivados de las radiaciones no ionizantes de las antenas de

---

46 Sin perjuicio de estas diferencias, en ocasiones la jurisprudencia ha utilizado de manera conjunta ambos principios al momento de resolver: *"resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho. (…) estando en juego el derecho humano al agua potable deberá mantenerse la cautelar dispuesto por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se cumpla con lo ordenado"*. (Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo". 02/12/2014. Publicado en: La Ley, 15/12/2014, 11).

47 Disertación del profesor Sozzo en el I Congreso Nacional de Derecho Ambiental. "Los nuevos desafíos y retos de la gestión ambiental". 26 y 27 de Agosto de 2010. Colón, Entre Ríos. Tema: "Procesos colectivos en materia ambiental".

48 Sozzo, Gonzalo. "La protección del consumidor a través del principio precautorio". Publicado en: Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). "Tratado de Derecho del Consumidor". Tomo III, pág. 211. Edit. La Ley, 2015.

telefonía celular, en los cuales se presentará toda una "biblioteca" que asegure que tales actividades son inocuas y, en el mismo caso, otro grupo de saberes y pruebas de carácter científico que asevere que tales procedimientos son totalmente nocivos tanto para los bienes colectivos como para los individuales.

Lo cierto es que, bajo estas circunstancias y tal como afirma el profesor Jorge Mosset Iturraspe, la incertidumbre científica no puede llevar a la incertidumbre jurídica[49]; en razón de lo cual es necesario instrumentar mecanismos de tutela que se funden en la precaución.

Es entonces en base a los principios de prevención y precaución que las complejidades que presenta el abordaje del bien colectivo ambiental así como la irreversibilidad o dificultad de recomposición de este tipo de daños aconsejan obrar en forma previa a la verificación efectiva del perjuicio.

Estos dos principios se erigen también como fundamento y base de otros institutos que regula el microsistema; de modo que su importancia trasciende la mera definición.

Pensemos por ejemplo en varios de los instrumentos de política y gestión ambiental enumerados por el artículo 8 de la ley 25.675 y luego desarrollados más adelante por la misma norma.

Sin hesitación podríamos afirmar que el ordenamiento ambiental del territorio, la evaluación de impacto ambiental, el control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, la educación ambiental, el sistema de diagnóstico e información ambiental y el régimen económico de promoción del desarrollo sustentable poseen como función, base de sustento o finalidad la prevención y/o precaución de perjuicios de carácter ambiental.

Por su parte, y en lo que interesa a este trabajo, el microsistema de responsabilidad civil por daño ambiental diseñado entre los artículos 27 y 33 de la misma ley general del ambiente -así como las reglas procesales allí contenidas- se halla igualmente inspirado por los principios preventivo y precautorio.

Como observamos, la evitación de perjuicios negativos al bien ambiental funciona como base de la pirámide de nuestra materia y opera como norte y objetivo de cualquier tipo de abordaje.

La reflexión que proponemos en este trabajo -enmarcado en una obra general dedicada a la responsabilidad civil- consiste en pensar si la prevención y la precaución son solo principios de derecho ambiental o pueden ser también considerados funciones de la responsabilidad civil.

---

49 Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás y Donna, Edgardo Alberto. "Daño Ambiental". Edit. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 1999, Tomo I.

5.- Polifuncionalidad de la responsabilidad civil.

Nos adentraremos ahora en el modo según el cual nuestro sistema de responsabilidad civil reacciona -o debería reaccionar- frente a la posibilidad o probabilidad de ocurrencia de un evento dañoso.

Es decir, pensar si la función del derecho de daños se agota en indemnizar a la víctima de un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial, o bien si es necesario también idear soluciones que se alojen en un instante o estadio anterior al acaecimiento del perjuicio.

Existe un consenso prácticamente generalizado en cuanto a que la responsabilidad civil entendida sólo como un mecanismo tendiente al resarcimiento de daños ya acaecidos es insuficiente.

Por el contrario, se propicia la introducción de instrumentos y técnicas que, desde el derecho de daños -con todo lo que ello implica-, vayan dirigidas concretamente a la evitación de perjuicios probables (prevención) o también inciertos (precaución) y además a la sanción de aquellos agentes que actúen a través de conductas cuya gravedad merezca una reacción adicional.

Es ésta la línea que han seguido los autores del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 2012, cuyo artículo 1.708 dispone: *"Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva".*

De este modo, se amplían las variantes del derecho de la responsabilidad civil, agregándose a la par de la faz resarcitoria o reparatoria, las funciones preventiva y disuasiva o punitiva.

Sabemos, claro, que la función "punitiva" o "sanción pecuniaria disuasiva" fue suprimida en el trámite de sanción de la norma; quedando entonces codificadas sólo las funciones preventiva y resarcitoria de la responsabilidad civil.

Pensamos que la tutela inhibitoria regulada de manera orgánica en los artículos 1710 a 1715 del nuevo Código se erige como el eje central del sistema e implica repensar una de las máximas centrales que rige en la materia: "no hay responsabilidad sin daño".

Es que si apoyamos la idea consistente en que los instrumentos jurídicos de derecho privado constitucionalizado deben, en este campo, direccionarse hacia la evitación de perjuicios; forzosamente concluiremos en la innecesaridad de la verificación concreta y cierta de la lesión como requisito de procedencia o de activación de las funciones de la responsabilidad civil que difieran de la específicamente resarcitoria.

Hoy en día, entonces y por este motivo, evaluamos como más certero desplazar el concepto "derecho de daños" por el de "responsabilidad civil"; sin perjuicio de que en algunos pasajes de este trabajo los utilizamos como sinónimos a los fines didácticos[50].

50 En posición contraria a la que mencionamos se expresa el profesor Sebastián Picasso, quien ha

En este esquema de la polifuncionalidad de esta rama del derecho que abordamos, creemos que el panorama es el siguiente:

Existen, por un lado, dos funciones de la responsabilidad civil que podríamos denominar "sistémicas" y aplicables a todas las materias que pretende regular el código: función preventiva y función sancionatoria.

Al mismo tiempo, por otro lado, consideramos que rigen también dos funciones de carácter "extra sistémico" y vigentes para determinados órdenes particulares del derecho privado constitucionalizado: función punitiva y función precautoria.

La primera de ellas, por el momento, es exclusiva y privativa del derecho del consumidor (artículo 52 bis de la ley 24.240) y la segunda de ellas lo es en relación a la cuestión ambiental, aunque también aplicable bajo ciertas circunstancias a conflictos vinculados con la salud, alimentos o, en algunas situaciones específicas, con las relaciones de consumo.

En base a ello, en lo que hace a nuestra materia, serán operativas las dos funciones sistémicas y también la función precautoria que podría deducirse de los preceptos contenidos en el microsistema protectorio del medioambiente y sobre lo cual nos extenderemos más adelante.

Por el contrario, y según el estado actual de la legislación nacional, entendemos que en el ámbito ambiental no es procedente la aplicación de daños punitivos o de la "sanción pecuniaria disuasiva".

No acordamos con los fundamentos de la decisión adoptada en el marco de una causa en la cual se demandó a una sociedad anónima para que cese en el daño ambiental que estaba causando por haber vertido efluentes líquidos por encima de los valores permitidos y proceda también a la remediación del bien colectivo[51].

La sentencia de primera instancia dispuso el cese de las lesiones, la recomposición del ambiente y además fijó una condena por daño punitivo en la suma de $7.200.000,00; aplicando en forma analógica el artículo 52 bis de la ley 24.240 con el objeto de sancionar la conducta "temeraria" desplegada por la demandada a lo largo del proceso.

---

sostenido que es preferible reservar el concepto "responsabilidad civil" para aquellos supuestos estrictamente resarcitorios y, por otra parte, utilizar la voz "derecho de daños" para identificar a aquel *"sector de la dogmática jurídica que se ocupa del estudio de las normas que regulan la prevención de los daños que aún no han sido ocasionados -o del cese de los que ya se están produciendo- y la reparación de los ya causados como consecuencia de un hecho (en principio) ilícito"* (Picasso, Sebastián. "Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: RCyS 2015-IV, 5)

51 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín. "Décima, Julia Graciela y otros c. Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios". 19/11/2015. Publicado en: La Ley 21/12/2015, 7.

La resolución en comentario formula interesantes consideraciones acerca de la utilidad de la aplicación de los daños punitivos en materia ambiental y también se menciona el artículo 1714 del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 2012 como fundamento o apoyo para la condena.

La Cámara confirma la decisión en este punto, aunque reduce el monto de los daños punitivos.

Es sumamente loable el fin perseguido por la resolución, el cual coincide con la filosofía que inspiró la redacción del artículo 1714 del Anteproyecto.

Se lee en la sentencia de segunda instancia que *"cuando se condene a pagar una reparación económica en concepto de daños punitivos a quien ocasionó el hecho perjudicial, dicha multa constituirá una barrera para quienes intenten repetir esa conducta. La figura analizada podría constituir una solución para evitar el derrame de sustancias contaminantes en lagos y ríos, para industrias que contaminan el aire con sus emanaciones gaseosas, etc., ya que, si se fijara un monto alto a dicha sanción, las empresas que observaran este hecho podrían analizar que les saldría más barato adoptar medidas anticontaminación, que seguir afectando el medio ambiente. Por último, podría señalarse que esta figura legal constituye el complemento adecuado del principio contaminador – pagador".*

Coincidimos con tal postura, más no con la fundamentación jurídica a la cual se recurre, en cuanto se alega que *"no podemos perder de vista que estamos aplicando analógicamente la figura prevista en el artículo 52 bis de la ley 24.240, y dicha norma, al tarifar el monto de la sanción, ha establecido un límite de cinco millones de pesos (remisión al inciso b del artículo 47)".*

El recurso de la analogía para la transpolación de un instituto tan particular, específico y estricto como el de los daños punitivos aparece, en principio, como improcedente ya que la norma del artículo 52 bis es exclusivamente aplicable para procedimientos en los cuales se tutelan derechos de consumidores.

Excede los límites de este ensayo la explicación y el desarrollo de nuestra postura pero sí es necesario manifestar que es la mayoritaria actualmente en la doctrina.

Es por ello que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en Bahía Blanca en el año 2015 se concluyó, de lege ferenda, que *"Sería conveniente una regulación específica acerca de la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva, daños punitivos o multa civil, en casos de daños producidos a derechos de incidencia colectiva en general, transcendiendo o ampliando lo ya previsto en el artículo 52 bis de la Ley 24.240".*

En conclusión, diremos que la ampliación de las funciones de la responsabilidad civil que recoge el nuevo Código revitaliza el sistema y lo torna mucho más compatible con los caracteres del daño ambiental.

Al mismo tiempo, la norma nos obliga a poner en diálogo la legislación y los principios

provenientes de los microsistemas con la teoría general diseñada por el Código Civil y Comercial al momento de encarar la problemática de la responsabilidad civil.

6.- Función preventiva.

Teniendo en cuenta que ya nos hemos referido a la función preventiva de la responsabilidad civil en trabajos anteriores[52], nos limitaremos aquí a formular solo algunas referencias que nos permitan luego ensayar una serie de aproximaciones a lo que podríamos identificar como la "función precautoria".

La tesis central consistiría, básicamente, en que la tutela inhibitoria, cuando de daños al medioambiente se trata, se bifurca en dos variantes: la función preventiva, por un lado, y la función precautoria, por el otro.

En cuanto a la primera de las especies, entonces, la jurisprudencia ha sostenido que *"Se deben instrumentar las herramientas que en una clara actitud de "evitación" sean capaces de lograr que se obtenga el objetivo apuntado en el artículo 41 C.N. "El derecho ambiental debe tener un carácter eminentemente preventivo por motivos funcionales y teleológicos" y "desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la preferencia por los instrumentos de actuación "ex ante", frente a los instrumentos "ex post", origina dudas serias sobre la utilidad del instituto de la responsabilidad"*[53].

La necesidad y la preeminencia de la prevención de lesiones al bien colectivo ambiental posee de este modo origen, fundamento y jerarquía constitucional.

Este punto de partida ha sido también enfáticamente reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Causa Mendoza: *"... la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una 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, se tratará del resarcimiento*[54].

52 "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012". Publicado en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XV, Número 8, Agosto de 2013. Editorial La Ley.

53 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II. "Spagnolo, César Antonio c. Municipalidad de Mercedes s/amparo", 19/03/2009. Publicado en: LLBA 2009 (junio), 491.

54 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/06/2006, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros". Publicado en: LL 11/07/2006, 4 - LL 2006-D, 281 - DJ 2006-2, 706 - LL 29/06/2006.

El Código Civil y Comercial de la Nación, luego de exponer sobre cuáles serán las funciones específicas de la responsabilidad civil, desarrolla la función preventiva entre los artículos 1.710 y 1.713.

El primero de los dispositivos citados aporta lo siguiente: "*Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo".*

Pensamos que este deber genérico de prevención del daño impuesto por el artículo transcripto traduce y desarrolla de modo certero el principio de prevención contenido en el artículo 4° de la ley 25.675 y torna exigible a toda persona, dentro del sistema de derecho de daños en general -y del derecho de daños ambiental en particular-, una conducta consistente en la evitación de perjuicios.

Claro está que la frase *"en cuanto de ella dependa"* debiera entenderse como la exigibilidad de acciones que se encuentren al alcance o dentro de la esfera de control de la persona, excluyéndose aquellos comportamientos que resulten de cumplimiento imposible o que impliquen conductas irrazonables o "heroicas".

El primero de los incisos del artículo en comentario consagra evidentemente una obligación de no hacer, de abstención, de evitación de daños que no cuenten con alguna justificación.

En consecuencia, todo aquel agente que se halle frente a una acción que pudiere generar un daño -ambiental en nuestro caso- debe abstenerse de ejecutar esa medida o, al menos, tomar los recaudos que fueren pertinentes para que el perjuicio no se produzca.

El inciso b), pensamos, exige ya una conducta activa del sujeto -una obligación de hacer- consistente en adoptar medidas concretas tendientes a evitar la consumación de un daño o, de no resultar posible esta expectativa de máxima, disminuir su magnitud.

Se recurre al concepto jurídico indeterminado de la buena fe[55], incluido para exigir la adopción de medidas eficaces de evitación o disminución de daños, lo cual en materia de perjuicios ambientales constituirá una máxima por demás útil a aplicar.

Introduce también este inciso un parámetro de equidad al permitir a todo aquel que

---

55 El Código define a este deber o principio general en su artículo 9, luego lo aplica también en el artículo 10 al regular el abuso de derecho, y también lo incluye en un sinnúmero de disposiciones particulares en el resto del articulado a los efectos de ser adoptado como parámetro interpretativo en cada una de las situaciones referidas.

hubiese ejecutado las medidas que finalmente impidieron la consumación de un daño originado por responsabilidad de un tercero, que pueda gestionar de éste último el recupero de los gastos en que hubiere incurrido, conforme las reglas del enriquecimiento sin causa.

Se trata de una premisa que pretende, por un lado, fomentar este tipo de conductas de carácter preventivo y altruista sin que el patrimonio del agente sufra perjuicio alguno y, por otro, inducir a que aquellos sujetos realmente responsables por el daño que finalmente se evitó, adopten ellos mismos mecanismos de tutela inhibitoria, al tiempo que no se vean favorecidos patrimonialmente gracias al accionar de los terceros que ejecutaron la conducta exigida por la norma.

Por su parte, el último de los incisos del artículo 1.710, al imponer el deber de no agravar el daño ya producido, refleja también una idea consolidada en materia ambiental.

Luego de este "deber genérico de evitación", el Código avanza un poco más e incluye una serie de dispositivos de tinte más bien procesal (artículos 1711 a 1713) que regulan el ejercicio y la tramitación de la denominada "acción preventiva" que nace frente a un hecho u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño.

El artículo 1711 exige la previsibilidad de la producción del daño ya que nos encontramos en el campo de la prevención. Aquí finca la principal diferencia, claro está, de esta variante con la de la función precautoria.

También la operatividad de este artículo presupone la antijuridicidad en la conducta de aquel que tiene a su cargo el deber de prevención.

Según el texto de los Fundamentos presentados por la Comisión que redactó el Anteproyecto, se entiende por cumplido el requisito de la antijuridicidad con la mera violación al deber genérico de prevención consagrado en el artículo 1710[56].

El razonamiento resulta convincente debido a que si el Código introduce un deber expreso de evitación, la sola omisión de tal exigencia torna operativa la acción preventiva regulada en el artículo 1711, independientemente de que la actividad o proyecto cuente con autorización administrativa o no conculque norma alguna prevista por el resto del ordenamiento jurídico.

La prevención es exigible, en conclusión, aún en base a posibles daños causados a través de actividades perfectamente lícitas[57] y autorizadas administrativamente.

---

56 Nos hemos referido al concepto de antijuridicidad en el nuevo Código en "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta).

57 Artículo 27 de la LGA: *"El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño*

Por último, el artículo en análisis no exige la procedencia de ningún factor de atribución, lo cual resulta acertado ya que la tutela inhibitoria prescinde totalmente de este requisito de la responsabilidad civil. No puede imputarse ningún comportamiento subjetivo u objetivo al agente por un daño que todavía no se causó pero que sí puede producirse en el futuro.

El artículo que sigue, 1.712, legitima para iniciar o promover la acción preventiva a *"quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño"*.

La única condición que exige el Código radica en la acreditación de un *"interés razonable"* -en nuestro caso- respecto a la prevención de perjuicios ambientales.

Este concepto jurídico indeterminado debiera ser interpretado, ante la duda, del modo en que mejor favorezca la tutela del bien colectivo y, aplicando la máxima del *"in dubio pro naturaleza"*[58], propendiendo siempre a la apertura legitimatoria como puerta de entrada al proceso judicial en defensa de los derechos fundamentales, principal garantía del acceso a la justicia.

Por último, el Código expone que "*La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad"* (artículo 1.713).

En base a ello, el juez puede exigir al legitimado pasivo acciones o abstenciones concretas tendientes a la evitación de daños previsibles. Se habilita al magistrado a adoptar estas decisiones a pedido de parte o también de oficio.

En materia ambiental, la última de las facultades mencionadas posee su correlato en lo normado por el artículo 32 de la ley 25.675, el cual otorga la posibilidad a los jueces para que, en pos de la tutela del macro bien, adopten *"las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general"*.

Se trata del "activismo judicial" predicado para este tipo de casos, amplia y razonablemente ejercitado 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[59].

---

ambiental de incidencia colectiva…"

58 En la jurisprudencia: - Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Brasil (voto del Dr. Antonio Herman Benjamin). Recurso Especial Nº 883.656 - RS (2006/0145139-9) "Alberto Pasqualini REFAP S.A c/ Ministerio Público do Estado do Río Grande do Sul". 9/03/2010. - STJ de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. "Estancias Violeta S.R.L. c. Techint S.A.C.I.". 10/08/2006. En LLPatagonia 2007 (abril), 914.

59 Entre otros: Cafferatta, Néstor (Director) – Cafferatta, Néstor; Lorenzetti, Pablo; Rinaldi, Gustavo; Zonis, Federico (Coautores). "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario

Concluimos, en definitiva, que la regulación de la acción preventiva se erigirá como un instrumento útil que, desde el proceso de codificación y sumado a cada uno de los institutos y principios propios de la materia, contribuirá a reafirmar la sólida evolución que ha operado ya dentro del microsistema de derecho ambiental en cuanto a la evitación de daños irreversibles.

Sucede en ocasiones, sin embargo, que este instituto procedente para situaciones de riesgos o daños "ciertos" o "previsibles" no es suficiente para aquellos otros casos en los cuales estos caracteres no se encuentran presentes, de modo que el ordenamiento jurídico debe necesariamente suministrar otro tipo de soluciones, las cuales exploraremos a continuación.

7.- Función precautoria.

Enunciaremos bajo este título una serie de reflexiones destinadas a evaluar la posibilidad de predicar una nueva función del derecho de la responsabilidad civil que emerge del microsistema de protección del ambiente y que es aplicable a todos aquellos supuestos en los cuales predomine la controversia o la duda de carácter científico.

Intentaremos explicar brevemente su contorno, sus fundamentos, su utilidad y también algunos de sus efectos particulares y generales.

5.1.- Fundamentos.

Partimos de la hipótesis consistente en que usualmente no resulta suficiente y efectivo para solucionar los conflictos derivados de la problemática medioambiental el solo hecho de predicar y consagrar principios generales sin dotarlos de herramientas concretas que los ayuden a lograr sus objetivos y fines.

Sumado a ello, el profesor español Eugenio Llamas Pombo sostiene que *"el único instrumento jurídico verdaderamente eficaz para la defensa del medio ambiente viene dado precisamente por la responsabilidad civil que, clásica o no, es la única que conocemos. Ni el ordenamiento penal ni el administrativo han obtenido precisamente los mejores resultados. Sólo la actuación de los perjudicados ante los tribunales civiles ha venido a hacer realidad el principio "quien contamina paga", que no puede entenderse sino como la contrapartida de que "quien sufre el daño ambiental cobra"*[60].

---

de Derecho Ambiental". Edit. La Ley, 2012. Tomo I; Capítulo "V – Procesos Colectivos Ambientales".

60 Llamas Pombo, Eugenio. "Los problemas actuales de la responsabilidad civil". Título "1.10.- "Responsabilidad medioambiental sin responsabilidad civil?". Módulo de aprendizaje autodirigido. Plan de formación de la rama judicial. Consejo Superior de la Judicatura. Colombia, 2011.

Por lo tanto, y en este marco, nos sumamos a la doctrina que predica que el principio precautorio debería ser considerado como un nuevo fundamento de la responsabilidad civil a los fines de encarar la problemática vinculada a daños graves o irreversibles en los cuales no es posible hallar certeza o información precisa acerca del vínculo entre las causas y los efectos verificados[61].

Es coincidente con esta postura la posición adoptada por la Comisión III de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán en octubre de 2011, según la cual *"El principio precautorio es un principio general del Derecho de Daños que impone el deber de adoptar medidas adecuadas con el fin de evitar riesgos de daños potenciales a la vida, la salud y el ambiente"*.

En base a estas ideas es que hallamos un fundamento basilar para considerar a la precaución no solo como un principio rector de política ambiental sino también como una nueva función de la responsabilidad civil, a modo de "especie" dentro del género de la tutela civil inhibitoria.

Esta reflexión se justifica además en el carácter expansivo que posee el microsistema tuitivo del medioambiente.

El artículo 4 de la ley 25.675 explica que los principios que allí se enuncian deben ser utilizados para *"la interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental"*.

Esta situación se refuerza con la previsión contenida en el artículo 241 del Código Civil y Comercial de la Nación, según el cual *"Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable"*.

Pensamos que una de los más importantes efectos y virtudes que puede predicarse de este artículo, leído a su vez bajo el prisma que emana de los artículos 1 y 2 del Código, es el reconocimiento de lo que la doctrina ha denominado como un "diálogo de coordinación y adaptación sistémica"[62] entre el sistema especial y el general.

Este intercambio es de doble vía ya que no siempre la influencia se presenta desde el Código hacia el microsistema sino que también -tal como lo proponemos en este trabajo- la legislación especial exporta sus institutos y principios hacia la normativa general a los efectos de modificar u oxigenar ciertos mecanismos, como por ejemplo el de la responsabilidad civil que aquí abordamos.

---

61 Cafferatta, Néstor A. "El principio precautorio en el derecho ambiental". Publicado en: RCyS 2014-I, 5.

62 Lima Marques, Claudia. "La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes". Publicado en: Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). "Tratado de Derecho del Consumidor". Tomo I, pág. 150. Edit. La Ley, 2015.

Es notorio el carácter prevalente e invasivo del microsistema tuitivo del ambiente en relación al resto de las ramas jurídicas, entre las cuales incluimos el sistema de responsabilidad civil.

En la doctrina uruguaya -y con cita del profesor argentino Gonzalo Sozzo- se ha expresado en forma coincidente con nuestra posición Andrés Mariño, al decir que *"Las normas previstas por el subsistema del derecho ambiental deben respetarse por el resto del sistema jurídico. Entre las normas que conforman a éste y las normas ambientales debe existir coherencia. Las disposiciones normativas ambientales tienen fuerza expansiva"*[63].

Si toda norma vigente en nuestro ordenamiento jurídico debe interpretarse y aplicarse conforme los principios del artículo 4 de la ley 25.675 y, además, todos los derechos deben ser ejercidos en consonancia con las normas de presupuestos mínimos ambientales (artículo 241 del Código Civil y Comercial) y también en observancia de las premisas derivadas del desarrollo sostenible (artículos 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación); razonablemente podríamos afirmar que una de las funciones que necesariamente deberá cumplir el sistema de responsabilidad civil es la precautoria.

Es también definitorio a la hora de sustentar la postura que defendemos lo señalado por el artículo 1709 del Código Civil y Comercial de la Nación: *"En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código".*

Este artículo, ubicado dentro de las "Disposiciones generales" dedicadas a la responsabilidad civil, expresa el reconocimiento de los microsistemas y la necesidad de diálogos de fuentes a los fines de adoptar soluciones convincentes en cada caso particular.

Por lo tanto, el derecho de la responsabilidad civil vigente en nuestro ordenamiento no es solo el regulado en el Código Civil y Comercial sino que también se abastece de los microsistemas, que en el caso del medioambiental posee caracter imperativo y de orden público (artículo 3 de la ley 25.675) y, por tanto, indisponible en los términos del inc. a) del artículo 1709 del Código.

Ergo, estamos en presencia de un supuesto de concurrencia normativa en el marco del cual -diálogo de fuentes mediante- (artículo 2 del Código Civil y Comercial), emerge la función precautoria de la responsabilidad civil.

---

63 Mariño Lopez, Andrés. "La obligación de informar al consumidor. El paradigma de la precaución". Publicado en: La Ley 19/02/2013, 1. En sentido similar, también en la doctrina uruguaya, se ha expresado la profesora Dora Szafir en "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho del Consumidor" (Szafir, Dora -Directora-. Carretto, S. -Investigadora Académica-), Edit. La Ley Uruguay, 2011, Tomo I, p. 55.

Con acierto sostiene la doctrina que *"se ha empezado a hablar ya de función precautoria del Derecho de Daños, que pasaría a sedimentarse junto con la prevención y la reparación, o, en otras palabras: el derecho de daños se "ambientalizaría"*[64].

Teniendo en cuenta que el artrículo 1708 del Código Civil y Comercial ya ha consagrado de manera explícita la función preventiva para el gobierno de riesgos ciertos, no percibimos obstáculo alguno para reconocer a la par la función precautoria en aquellos otros supuestos en que la previsibilidad está ausente.

Se trata de las dos caras de la tutela inhibitoria de la responsabilidad civil y de la verdadera instauración del principio constitucional de indemnidad o "alterum non laedere".

5.2.- Requisitos.

Señalamos que el principal requisito de procedencia de esta función de la responsabilidad civil será el de la incertidumbre científica, cual es la característica identificatoria de este principio que lo diferencia del de prevención y sobre el cual ya nos hemos expresado en este trabajo.

Se trata de un rasgo cuya filosofía escapa del sistema clásico de responsabilidad civil, pensado en torno a la evitación de consecuencias cuyo vínculo con el hecho que las produce es directo y previsible.

La incerteza recae usualmente sobre uno de los presupuestos más complejos del derecho de la responsabilidad civil: la relación de causalidad.

Es que en la mayoría de las ocasiones los daños están verificados, también se logra probar judicialmente la antijuridicidad y los factores de atribución objetivos.

El problema se presenta cuando intentamos determinar el vínculo entre las conductas antijurídicas y los efectos que ellas mismas causan a los bienes individuales o a los colectivos.

Allí es donde se deben intentar aplicar de modo razonable las premisas que surgen del principio precautorio, enmarcado dentro del instrumental que provee la responsabilidad civil.

Por otro lado, la entidad de los daños que pretendan evitarse tienen que presentarse como graves e irreversibles. Lo relevante es que, en caso de acaecer el perjuicio, sea imposible o dificultoso volver a un estado o condición anterior (artículo 1740 del Código Civil y Comercial).

Por último, se predica también que debe existir proporcionalidad entre el daño que

64 Bestani, Adriana. "Principio precautorio y nuevo Código Civil y Comercial Común". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta).

intenta evitarse y el costo económico - social que irroguen las medidas a adoptar en tal sentido.

Tiene dicho la jurisprudencia en este punto que *"el "principio de precaución" afirma que si las posibles consecuencias adversas de algo son catastróficas, o implican algún riesgo para la gente, por pequeño que éste sea, entonces deben tomarse "acciones preventivas", aún ante la ausencia de evidencias que apoyen esta predicción. Esto podría sonar como un prudente curso de acción, pero en realidad puede llegar a someter a las políticas públicas como rehenes de aquéllos con una imaginación demasiado vívida, que son los más vociferantes de sus fobias, un imperativo categórico para algunos que se traduce como significando "...No tolerarás ni siquiera el riesgo a correr un riesgo...", que no puede llevarnos a la búsqueda inútil de un utópico e imposible "riesgo cero", pues bajo tal precepto, no sería razonablemente permitido -ni posible- el progreso de las sociedades. Hay que compatibilizar la ecología con el progreso social a través del desarrollo sustentable"*[65].

Es por este motivo que las "acciones precautorias" en el caso de procesos judiciales deben ser adoptadas de modo razonable (artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación) y ponderando tanto los derechos individuales como los colectivos que se encuentren en pugna en el diferendo particular (artículos 1, 2, 14 y 240 del Código Civil y Comercial).

5.3.- Efectos.

Propiciamos que la función precautoria de la responsabilidad civil generará relecturas y modificaciones en varios esquemas de razonamiento vinculados a este campo de la ciencia jurídica, entre los cuales -sólo a título ejemplificativo- podríamos mencionar:

- Certeza y previsibilidad del daño a evitar: dispone el artículo 1739 del Código Civil y Comercial que *"para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente"*.

Claro está que esta previsión posee su ámbito de aplicación en la función resarcitoria ya que refiere a la procedencia de la indemnización, pero incide también a la hora de instrumentar los procedimientos de tutela inhibitoria que estamos estudiando.

El artículo 1711, al diseñar la acción preventiva, enuncia a la previsibilidad como uno de los requisitos de procedencia de este mecanismo.

En este punto coinciden tanto la prevención como el resarcimiento: no operan ninguno de los dos si no hay certeza.

En base a las propias características del principio de precaución, en cambio, evidentemente no sería exigible la acreditación de la eventual ocurrencia de un riesgo

65 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. "CO.DE.CI de la Provincia de Río Negro". 16/08/2005.

cierto o previsible a los fines de activar el andamiaje de la función precautoria.

Es clara la jurisprudencia en este punto al sostener, por ejemplo, que *"tratándose de una acción de amparo ambiental tendiente a obtener el cese de una actividad -fumigación terrestre con agroquímicos a escasa distancia de la vivienda de los actores- y en atención a la virtualidad que produce el "principio precautorio" en la dinámica del proceso ambiental, no ha de exigirse para su viabilidad la acreditación de un daño concreto, debiéndose ponderar -en virtud de la particular fisonomía de dicha acción-, si esa conducta representa una situación de peligro inminente o daño potencial para la salud de los actores, y si la misma es -también potencialmente- lesiva al medio ambiente"*[66].

- Causalidad adecuada: la teoría de la relación de causalidad adecuada consagrada a partir del artículo 1726 del Código Civil y Comercial experimentará también reinterpretaciones a partir de la utilización del principio precautorio[67].

En materia medioambiental es usual que se verifiquen fenómenos de "concausación" o "pluricausalidad" en los cuales existen diferentes condiciones que, *prima faccie*, se presentan como posibles o probables causas jurídicas del hecho dañoso.

En lo relativo al tópico que tratamos, interesa destacar también que los daños masivos suelen aparecer como el producto de procesos complejos, difusos y dilatados en el tiempo y en el espacio.

Los efectos de las conductas que afectan negativamente al ambiente son prolongados, continuados y progresivos.

No es tan fácil ni tan clara la determinación de aquello que es normal, natural y ordinario en este tipo de eventos.

Se habla entonces en el campo ambiental de "causalidad circular", por oposición a la idea de "causalidad lineal", más propia de los fenómenos clásicos o individuales en los cuales a cada evento o hecho corresponde un mismo efecto.

La regularidad, previsibilidad o experiencia -pensados como requisitos necesarios para el funcionamiento de la teoría de la causalidad adecuada- brillan por su ausencia en problemas, por ejemplo, provenientes de radiaciones no ionizantes emitidas por antenas de telefonía celular[68] o del alcance de las consecuencias nocivas que se predican de las

66 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. "ASHPA. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley". 17/06/2015. Publicado en: LL Online.

67 Remitimos a algunas de las consideraciones que hemos vertido en "Relación de causalidad como presupuesto del daño ambiental. Nuevos perfiles a partir del Código Civil y Coercial de la Nación". Publicado en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XVIII, Número 2, Febrero de 2016. Editorial La Ley.

68 Para la profundización de esta temática y de otras vinculadas recomendamos la tesis doctoral de la profesora María Valeria Berros titulada "Entramado precautorio. Un

fumigaciones con agroquímicos, entre muchos otros.

Con acierto se ha apuntado que *"el criterio objetivo de responsabilidad civil permitirá retrotraer en la cadena causal de manera de fundar la responsabilidad no en el acto que provoca el daño sino en el acto que genera el riesgo. Es el riesgo creado el que genera la responsabilidad, ajeno a la relación de causalidad que pudo existir entre aquel riesgo y el daño que en definitiva se produjo"*[69].

Por tal motivo, podrían advertirse casos de afectaciones negativas al ambiente frente a los cuales el autor deba evitar -o, en su caso responder- no solo consecuencias inmediatas o mediatas -ambas testeadas bajo criterios de previsibilidad o regularidad- sino también por resultados que podrían presentarse, en principio, como meramente casuales o remotos.

El artículo 1725 del Código Civil y Comercial dispone que *"Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias"*.

En el terreno medioambiental, por tratarse de la tutela de bienes de uso común, es dable exigir a cualquier sujeto un obrar prudente, diligente y precautorio tendiente a adoptar todas las medidas posibles de evitación de daños en forma previa a la realización de cualquier actividad susceptible de modificar negativamente el entorno.

Ergo, de no llevarse a cabo tal procedimiento o de implementárselo de modo deficiente, lógico resultará cargar con mayor fuerza sobre la responsabilidad del agente y tener por acreditados vínculos causales que en casos tradicionales tal vez quedarían exentos del sistema preventivo o resarcitorio.

<u>- Antijuridicidad:</u> este presupuesto de la responsabilidad civil se verá también modificado en hipótesis de riesgos ambientales inciertos en los cuales adquiera operatividad la función precautoria.

Claro está que el de la antijuridicidad es un requisito por antonomasia de la función resarcitoria pero también lo es, según el artículo 1711 del Código Civil y Comercial, de la función preventiva.

Por lo tanto resulta válido interrogarnos acerca del modo en que funciona este concepto

---

aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina". Publicada en: http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8080/tesis/handle/11185/428.

69 Bestani, Adriana. "Principio precautorio y nuevo Código Civil y Comercial Común". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta). Con cita de Figueroa Yáñez, Gonzalo, "El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil", en Romeo Casabona (ed.), Principio de precaución, biotecnología y derecho, ps. 301/318.

a la hora de trabajar en el terreno de la precaución.

El horizonte de aquellos daños que no poseen justificación en los términos del artículo 1717 del Código Civil y Comercial forzosamente se ampliará en este tipo de hipótesis.

Por el contrario, aquellos "permisos para dañar" que el Digesto concede a partir del artículo 1719 se reducirán en el camino a la evitación de daños ambientales graves e irreversibles.

Es decir que tanto la legítima defensa como el estado de necesidad, el ejercicio regular de un derecho y el consentimiento del damnificado serán estrictamente interpretados y aplicados en el marco de nuestro objeto de estudio[70].

Será necesario, entonces, reconstruir o redefinir el concepto de antijuridicidad material y objetiva a la hora de ejercitar la función precautoria de la responsabilidad civil.

- Daños ambientales derivados de la autonomía de la voluntad contractual: si bien estamos más familiarizados a abordar la temática ambiental proveniente de conflictos extracontractuales, también las afectaciones negativas al ambiente pueden provenir de cláusulas contractuales de todo tipo.

Aquí igualmente jugará un papel importante la función precautoria ya que el sistema de responsabilidad civil y todas las reglas que contiene el Código en este campo han sido unificadas.

Pregonamos, por ejemplo, la aplicación del principio precautorio al momento de testear y, en su caso, invalidar cláusulas contractuales que resulten directa o indirectamente perjudiciales respecto del medioambiente.

La Resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, en el inc. k) de su Anexo expresa que serán abusivas todas aquellas cláusulas contenidas en contratos de consumo que *"Infrinjan normas de protección del medio ambiente o posibiliten su violación"*.

En estos casos, la función precautoria de la responsabilidad civil operará como respaldo válido para habilitar el control judicial de tales contratos en los términos del artículo 1122 del Código Civil y Comercial y, en igual sentido, cuando se trate de contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas tal como lo faculta el artículo 989 del mismo Digesto.

En el ámbito de las relaciones de consumo el principio precautorio operará asimismo como concepto definitorio de la obligación de seguridad que, conforme lo previsto por el artículo 5 y cc de la ley 24.240, es exigible a todos los integrantes de la cadena de

70 Ampliamos en Lorenzetti, Pablo. "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta).

comercialización de bienes y servicios.

El derecho constitucional a la seguridad del que gozan los consumidores será repensado a los fines de intentar eximirlos, vía función precautoria de la responsabilidad civil, de aquellos riesgos potenciales y graves respecto de los cuales no se cuente con certeza científica en relación a su dañosidad.

Los legitimados pasivos de este deber deberán igualmente adoptar medidas tendientes a garantizar la indemnidad de los consumidores en estos supuestos de controversia científica, en relación a los cuales las funciones resarcitoria y preventiva los privarían de todo tipo de amparo.

Por otra parte, es interesante la previsión contenida en el artículo 1728 del Código Civil y Comercial al determinar que los contratantes responderán *"por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto"* al momento de la celebración del contrato y en caso de dolo del deudor, la responsabilidad se fijará *"tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento"*.

Se trata de una excepción a la regla de la teoría de la causalidad adecuada para supuestos de contratos negociados, en los cuales se implementa un criterio subjetivo que tiene en cuenta lo que las partes -y no un "hombre medio"- hayan podido prever[71].

Según los Fundamentos del Anteproyecto, este artículo no se aplica a los contratos de consumo; circunstancia que nos lleva a repensar algunas adaptaciones que el precepto debería sufrir en hipótesis en que un contrato directa o indirectamente modifique de modo negativo el ambiente.

Es que, al igual que en el microsistema del consumo, nos posicionamos en un ámbito en el cual lo que se intenta es tutelar un interés superior, colectivo y unido al bien común.

Por tal motivo, juzgamos que esta limitación de carácter subjetivo que analizamos debería ceder o flexibilizarse cuando de responsabilidad contractual por daño ambiental se trate.

En base a las razones que ya adelantamos en este trabajo, es muy difícil que este tipo de perjuicios puedan preverse al momento de la celebración del convenio en los términos del artículo 1728; de manera que quedarían sin resarcir un sinnúmero de situaciones regidas por la incerteza o la imprevisibilidad.

No desconocemos que la autonomía de la voluntad debe ser respetada y que resultaría sorpresivo imputar a las partes determinadas consecuencias que no formaron parte del plan prestacional inicial.

---

71 Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) – De Lorenzo, Miguel Federico – Lorenzetti Pablo (Coordinadores). "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". Edit. Rubinzal – Culzoni, 2014/2015. T. VIII, Pág. 424.

Sin embargo, el propio Código[72] aconseja armonizar estas prerrogativas con la tutela de los bienes colectivos.

Sostenemos que será éste un desafío interesante a revisar por la jurisprudencia en aplicación de la función precautoria de la responsabilidad civil.

- Acciones procesales: la pretensión precautoria será ejercitable a través de todo el abanico de acciones que provee el ordenamiento jurídico tendientes a tutelar de manera rápida y urgente los derechos fundamentales que se hallan en juego.

Desde ya que el amparo colectivo diseñado por el artículo 43 de la Constitución Nacional, con todas sus variantes, se ofrecerá como la principal herramienta tendiente a evitar daños ambientales irreversibles.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han trabajado en el camino hacia la flexibilización de los presupuestos del proceso de amparo cuando de tutela de bienes ambientales se trata.

Así, en el caso de la regulación de carácter nacional, necesariamente la función precautoria de la responsabilidad civil inducirá a releer o hasta eliminar alguno de los requisitos establecidos fundamentalmente por los artículos 1 y 2 de la ley 16.986.

También será procedente la tramitación de este tipo de pretensiones a través de procesos sumarísimos, medidas cautelares, anticautelares, precautelares o autosatisfactivas, entre otros procesos urgentes que se han observado en precedentes dictados a lo largo y a lo ancho del país.

Pensamos que de ninguna manera podrá obstaculizarse el acceso a la justicia con exigencias que no se corresponden con los caracteres de estos procedimientos, tales como por ejemplo la mediación prejudicial obligatoria o la necesidad de agotamiento de la vía administrativa.

Como propuesta de "lege ferenda" sería interestante pensar también en la regulación específica de una "acción precautoria" de modo similar a la acción preventiva actualmente modelada a partir del artículo 1711 del Código Civil y Comercial.

Sin dudas que tal positivización contribuiría, por un lado, a aportar mayor precisión y efectividad en el ejercicio del instrumento y también, por otro lado, englobaría contornos y limitaciones tendientes a evitar desbordes o soluciones irrazonables que perjudicarían tanto la protección de los bienes colectivos como los individuales.

8.- Colofón.

Es necesario tomar conciencia acerca de cuál es el alcance que posee en nuestro derecho

72 Artículos 14, 240, 1737 y cc ya citados.

positivo abordar las cuestiones ambientales.

Muchas veces se piensa que el derecho ambiental se dedica a estudiar problemas poco importantes, algo *maketineros* o de moda.

Sin embargo, a partir de nuestro propio paradigma constitucional, consideramos que se trata de todo lo contrario.

Al analizar cada uno de los aportes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales sobre la materia concluimos en que su ámbito de aplicación va mucho más allá de la protección de los pajaritos que se posan sobre los árboles de la plaza del barrio o del olor que emana de la chimenea de una fábrica que se ubica a solo unas cuadras de nuestra casa.

El derecho ambiental es eso y mucho más en virtud de que el microsistema se encarga de tutelar no solo el patrimonio natural, sino también el cultural, el histórico, el artístico, el paisajístico y, en definitiva, todo aquello que tenga relación con la calidad de vida de las personas; no solo las de la generación actual sino también las de las futuras.

Esta materia, transversal como pocas otras, se sumerge en cuestiones sociales[73] y económicas de una trascendencia fenomenal.

Accidentes derivados de actividades nucleares, mineras, agrícolas; conflictos relacionados con energías renovables, residuos, organismos genéticamente modificados; protección de bienes culturales, históricos o artísticos; preservación de bosques, glaciares, montañas; recomposición o remediación de ríos, aire, suelo, cursos hídricos u océanos; desafíos provenientes del cambio climático, riesgos del desarrollo, transferencia de tecnología; relocalización de poblaciones afectadas por vivir en zonas contaminadas; preservación de la biodiversidad, de especies animales y vegetales; gobernanza de riesgos y adaptación de estructuras administrativas de cada uno de los sectores y niveles del Estado encargados de la gestión ambiental; son solo algunos de los grandes desafíos que a diario propone esta rama del derecho que analizamos.

Por lo tanto, las construcciones jurídicas que debemos implementar en el camino dirigido a solucionar este tipo de conflictos van de la mano con la complejidad e importancia que presenta el objeto de estudio.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia dedicadas al estudio del derecho ambiental han recorrido un camino importantísimo en el abordaje de estos desafíos; echando mano, fundamentalmente, a los principios regulados en el artículo 4 de la ley 25.675 y a las especiales características del daño ambiental insertas a partir del artículo 27 de la misma norma.

Sin embargo, tal como ya lo adelantamos en este texto, es conveniente transitar el camino hacia una refuncionalización y una mayor utilización del sistema general de

73 Cafferatta, Néstor (Director). “Derecho Ambiental. Dimensión social”. Editorial Rubinzal – Culzoni, 2015.

responsabilidad civil a los efectos de lograr resultados más concretos y positivos.

Se ha expresado que *"La contemporánea redimensión conceptual evolutiva sobre el daño se ha erigido en marco teórico de valioso rédito científico y ello se debe a los ingentes, cuan magníficos, empeños académicos producidos en tiendas ambientalistas y consagrados luego en plexos normativos de incuestionable perfil innovador, de los cuales la Ley de Medio Ambiente en Argentina es un ejemplo que desde hace ya una década impone el necesario señorío de prestancia técnica y avance científico que no reduce su alcance a los intramuros de la rama jurídica de incumbencia, sino que, en bienvenida renovada señal de la indivisibilidad fundamental del Derecho, trasciende hacia los extramuros enriqueciéndoles con aportes y contribuciones de indudable profundidad"*[74].

El operador jurídico contemporáneo se enfrenta a diario a situaciones en las cuales predomina el azar y la imprevisibilidad.

Es allí donde se torna más que válida la cita referenciada ut supra, según la cual se nos incentiva a reflexionar acerca de los valiosos aportes que el derecho ambiental ha formulado y continuará formulando al resto de las ramas jurídicas.

La codificación de los grandes principios del derecho ambiental se posiciona como una gran oportunidad para "oxigenar" los institutos clásicos y tornarlos mucho más útiles en relación a los fines que se persiguen.

El rol actual de la doctrina y de la jurisprudencia consiste justamente en enfrentar este tipo de desafíos en el marco de un paradigma complejo y plural en cuanto al bagaje de contenidos jurídicos a los cuales recurrir a la hora de arribar a soluciones constitucionalmente válidas.

Con claridad magistral se ha sostenido que *"el derecho como parte de la cultura de los pueblos cambia con la crisis de la pos-modernidad. El pluralismo se manifiesta en la multiplicidad de fuentes legislativas que regulan el mismo hecho, con la des-codificación o implosión de los sistemas genéricos normativos (Zersplieterung), se manifiesta en el pluralismo de sujetos a proteger, a veces difusos, como el grupo de consumidores o los que se benefician con la protección del medioambiente, en la pluralidad de agentes activos de una misma relación, como los proveedores que se organizan en cadena y en relaciones extremadamente despersolanizadas. Pluralismo también en la filosofía aceptada actualmente, donde el diálogo es lo que legitima el consenso, donde los valores y principios tienen siempre una doble función, el double coding, y donde los valores son muchas veces antinómicos. Pluralismo en los derechos asegurados, en el derecho a la diferencia y al tratamiento diferenciado de los diferentes al privilegio de los "espacios de excelencia"*[75].

---

74 Caumont, Arturo, "Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño". Publicado en: La Ley 18/07/2013, 1.

75 Jayme, Eric. "Identite culturelle et integration: le droit internationale privé posmoderne". Recueil del Cours de l'Academie de Droit International de La Haye, 1995,

La eficacia del principio precautorio por fuera del "menú" de la responsabilidad civil es notoriamente inferior en comparación con la postura que propiciamos consistente en su inclusión dentro de tal baraja de opciones.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -medioambientalización del derecho privado mediante, conforme las contundentes disposiciones de los artículos 14, 240 y 241- permite y promueve el ingreso de la racionalidad precautoria y su generalización en el campo de la responsabilidad civil.

En definitiva y concretamente, sostenemos que en el campo medioambiental la Constitución Nacional -y por ende toda la normativa infraconstitucional- exigen la adopción de medidas tendientes a evitar daños cuyo vínculo causal con la conducta respectiva sea cierto pero también se impone actuar en aquellos casos en los cuales exista controversia científica entre ambos componentes.

Ergo, si el artículo primero del Código Civil y Comercial de la Nación ordena que los casos que rige *"deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte"*, no podremos ignorar que en materia ambiental la tutela inhibitoria se bifurca entre la función preventiva y la función precautoria de la responsabilidad civil.

Argumentar lo contrario implicaría desconocer el mandato constitucional de proteger el ambiente[76] ya que estaríamos dejando fuera del sistema de responsabilidad civil -y por tanto, sin suministro de la debida protección que merece- el amplio abanico de daños o riesgos potenciales e inciertos que nos presenta esta problemática.

Pensamos, finalmente, que la función precautoria es uno de los grandes instrumentos que el ambientalismo tiene para ofrecer a un sistema general de responsabilidad civil en constante debate y tan vivo como los conflictos concretos cuya solución la sociedad reclama a diario a los operadores jurídicos.

II, Kluwer, La Haya, p. 36 y ss. Citado por Lima Marques, Claudia. "La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes". Publicado en: Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). "Tratado de Derecho del Consumidor". Tomo I, pág. 144. Edit. La Ley, 2015.

76 Deber reconocido incluso por la Corte en los siguientes términos: *"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"*. (Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros". 20/06/2006. Publicado en: La Ley, 11/07/2006, 4).

9.- Bibliografía.

- Berizonce, Roberto O. “La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio”. Publicado en: UNLP 2013-43, 245.

- Berros, María Valeria. “Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana en Argentina”. Publicado en: http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8080/tesis/handle/11185/428.

- Berros, María Valeria. “Reparación, prevención, precaución: una nueva mirada a partir del nuevo Código Civil y Comercial”. Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta).

- Bestani, Adriana. “Principio precautorio y nuevo Código Civil y Comercial Común”. Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta).

- Bueres, Alberto J. “La responsabilidad por daños en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”. Publicado en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Vol. 2013-2.

- Cafferatta, Néstor A. “Deber de prevención en el Código Civil y Comercial (en relación con el derecho ambiental y los bienes y valores colectivos)”. Publicado en: RCCyC 2016 (abril), 22.

- Cafferatta, Néstor (Director). “Derecho Ambiental. Dimensión social”. Editorial Rubinzal - Culzoni, 2015.

- Cafferatta, Néstor A. “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 273.

- Cafferatta, Néstor A. "El principio precautorio en el derecho ambiental”. Publicado en: RCyS 2014-I, 5.

- Cafferatta, Néstor A. (Director) – Cafferatta, Néstor A.; Lorenzetti, Pablo; Rinaldi, Gustavo; Zonis, Federico (Coautores). “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Ambiental”. Tomo I. Editorial La Ley, 2012. 3 Tomos.

- Catalano, Mariana: “La bifrontalidad del daño ambiental en la práctica”. Publicado en: RRCYS, Año X, Nº 8, agosto de 2008.

- Caumont, Arturo, “Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño”. Publicado en: La Ley, 18/07/2013, 1.

- Garrido Cordobera, Lidia M. R. “Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial”. Publicado en: La Ley, 10/02/2015, 1.

- Highton, Elena I. "Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del Derecho Argentino". Publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015. Número Extraordinario: "Claves del Código Civil y Comercial". Edit. Rubinzal Culzoni.

- Hitters, Juan Carlos, "Alcance de la cosa juzgada en procesos colectivos". Publicado en: La Ley, 2005-F, 751.

- Kemelmajer de Carlucci, Aída. "Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012". Publicado en: Revista Jurídica UCES Nº 17, 2013.

- Leiva, Claudio. "Una propuesta de delimitación del deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial". Publicado en: La Ley, 27/07/2016, 1.

- Lezcano, Juan Manuel. "Los principios jurídicos en el nuevo Código Civil y Comercial". Publicado en: DJ 20/05/2015, 7.

- Lima Marques, Claudia. "La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes". Publicado en: Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). "Tratado de Derecho del Consumidor". Tomo I. Edit. La Ley, 2015.

- Llamas Pombo, Eugenio. "Los problemas actuales de la responsabilidad civil". Título "1.10.- "Responsabilidad medioambiental sin responsabilidad civil?". Módulo de aprendizaje autodirigido. Plan de formación de la rama judicial. Consejo Superior de la Judicatura. Colombia, 2011.

- Lorenzetti, Pablo. "Relación de causalidad como presupuesto del daño ambiental. Nuevos perfiles a partir del Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XVIII, Número 2, Febrero de 2016. Editorial La Ley.

- Lorenzetti, Pablo. "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 43 (Director: Néstor Cafferatta).

- Lorenzetti, Pablo. "Consumo y ambiente. Diálogos microsistémicos". Publicado en: Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot Nº 39 (Director: Néstor Cafferatta). Septiembre de 2014.

- Lorenzetti, Pablo. "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012". Publicado en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XV, Número 8, Agosto de 2013. Editorial La Ley.

- Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) – De Lorenzo, Miguel Federico – Lorenzetti Pablo (Coordinadores). "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". Edit. Rubinzal – Culzoni, 2014/2015.

- Lorenzetti, Ricardo Luis. “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Publicado en: La Ley, 23/04/2012, 1.

- Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) - Catalano, Mariana y Gonzalez Rodriguez, Lorena (Coordinadoras). “Derecho Ambiental y Daño” (Obra Colectiva). Edit. La Ley, 2009.

- Lorenzetti, Ricardo Luis. "Teoría del Derecho Ambiental". Edit. La Ley, 2008.

- Mariño Lopez, Andrés. “La obligación de informar al consumidor. El paradigma de la precaución”. Publicado en: La Ley 19/02/2013, 1.

- Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás y Donna, Edgardo Alberto: “Daño Ambiental”, Rubinzal Culzoni, Bs. As. 1999, Tomo I.

- Peyrano, Jorge W. “Vías procesales para el principio precautorio”. Publicado en: La Ley 05/05/2014, 1.

- Picasso, Sebastián. “Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Publicado en: RCyS 2015-IV, 5.

- Prevot, Juan Manuel. “La prevención del daño y la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Publicado en: Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, Vol. 2012-3.

- Sozzo, Gonzalo. “La protección del consumidor a través del principio precautorio”. Publicado en: Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). “Tratado de Derecho del Consumidor”. Tomo III. Edit. La Ley, 2015.

- Sozzo, Gonzalo. “Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)”. Publicado en: Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3, Edit. Rubinzal - Culzoni.

- Tolosa, Pamela. “Derechos de incidencia colectiva, daños y análisis económico del derecho en el Código Civil y Comercial”. Publicado en: RCCyC 2016 (marzo), 293.

- Szafir, Dora -Directora- Carretto, S. -Investigadora Académica-. “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho del Consumidor”, Edit. La Ley Uruguay, 2011.

(Coordinadores). “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Edit. Rubinzal – Culzoni, 2014/2015.

- Lorenzetti, Ricardo Luis. “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Publicado en: La Ley, 23/04/2012, 1.

- Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) - Catalano, Mariana y Gonzalez Rodriguez, Lorena

(Coordinadoras). “Derecho Ambiental y Daño” (Obra Colectiva). Edit. La Ley, 2009.

- Lorenzetti, Ricardo Luis. "Teoría del Derecho Ambiental". Edit. La Ley, 2008.

- Mariño Lopez, Andrés. “La obligación de informar al consumidor. El paradigma de la precaución”. Publicado en: La Ley 19/02/2013, 1.

- Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás y Donna, Edgardo Alberto: “Daño Ambiental”, Rubinzal Culzoni, Bs. As. 1999, Tomo I.

- Peyrano, Jorge W. “Vías procesales para el principio precautorio”. Publicado en: La Ley 05/05/2014, 1.

- Picasso, Sebastián. “Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Publicado en: RCyS 2015-IV, 5.

- Prevot, Juan Manuel. “La prevención del daño y la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Publicado en: Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, Vol. 2012-3.

- Sozzo, Gonzalo. “La protección del consumidor a través del principio precautorio”. Publicado en: Stiglitz, Gabriel y Hernandez, Carlos (Directores). “Tratado de Derecho del Consumidor”. Tomo III. Edit. La Ley, 2015.

- Sozzo, Gonzalo. “Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)”. Publicado en: Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3, Edit. Rubinzal - Culzoni.

- Tolosa, Pamela. “Derechos de incidencia colectiva, daños y análisis económico del derecho en el Código Civil y Comercial”. Publicado en: RCCyC 2016 (marzo), 293.

- Szafir, Dora -Directora- Carretto, S. -Investigadora Académica-. “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho del Consumidor”, Edit. La Ley Uruguay, 2011.