

Buenos Aires, 22 de Agosto de 2012.

Sres.: Comisión Bicameral para la Reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación:

En primer lugar FARN destaca la importancia que implica para nuestro país la reforma del Código Civil.

En este sentido, estimamos que la mayor parte de las reformas propuestas constituyen un paso significativo para modernizar el código y repensarlo a la luz de las transformaciones sociales y los cambios producidos por la Reforma Constitucional de 1994 y la profusa jurisprudencia dictada en consecuencia.

Uno de los puntos que más nos interesa destacar en este aspecto, y sobre el cual haremos hincapié en nuestra presentación, se relaciona con la necesidad de avanzar en la constitucionalización del derecho privado, cuestión que ha sido especialmente abordada en el texto originariamente elevado por la Comisión de Reforma del Código y Comercial al Poder Ejecutivo Nacional.

1.- Derechos de incidencia Colectiva

La nueva dimensión de la democracia participativa, donde la relación del hombre con su entorno ha ampliado el espectro de protección a la vida y sus bienes esenciales, ha generado una nueva categoría jurídica: los derechos de incidencia colectiva.

Existen bienes que no pertenecen a la esfera individual sino social, no siendo divisibles en modo alguno y cuya pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener repercusión sobre un patrimonio individual, cuya acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera¹.

Sobre el particular nos interesa destacar que si bien este tipo de derechos han sido consagrados por la Carta Magna en los Arts. 41, 42 y 43, reclaman en este tiempo su tutela más allá del derecho público, en tanto muchos de los conflictos que los abarcan suceden también en campo del derecho privado.

En este sentido, existen categorías de daño, como los de incidencia colectiva, que obligan a repensar y reinterpretar varias de las doctrinas clásicas imperantes en el

¹ Cafferatta, Néstor. Perspectivas del Derecho Ambiental en Argentina.

derecho civil, cuya satisfacción ya no demandan la reparación del daño propiamente dicho, sino que se orienta prioritariamente a lograr una recomposición de las cosas al estado anterior al hecho dañoso, lo cual se diferencia del régimen previsto actualmente por el Código Civil.

La consagración de un régimen de daños colectivos requiere por tanto incorporar todas aquellas herramientas procesales que hagan efectivo su ejercicio, como sucede con las personas especialmente legitimadas para accionar en su defensa y la consagración del efecto expansivo (*erga omnes*) de las sentencias, todo lo cual reclama un tratamiento particularizado en el presente Código.

Creemos entonces que el Código Civil, además de consagrar de manera expresa los daños de incidencia colectiva, debería establecer una serie de herramientas procesales destinadas a lograr su tutela efectiva. Creemos por tanto necesario que se disponga el reconocimiento expreso de las personas legitimadas para accionar, siguiendo la fórmula propuesta por el Art 43 2do párrafo de la Constitución Nacional, que pone en cabeza del Afectado, el Defensor del Pueblo de la Nación y las Asociaciones Registradas la defensa de los derechos de incidencia colectiva. De igual manera estimamos apropiado también que el Estado, en sus diversos niveles de gobierno, también pueda estar legitimado para accionar en defensa de derechos colectivos.

Si bien es cierto que la fórmula procesal dispuesta por el Art. 43 de la Constitución Nacional ha resultado exitosa a la hora de promover la defensa de los citados derechos, la evolución de los conflictos sociales que involucran derechos de incidencia colectiva reclaman hoy una presencia más activa por parte del Ministerio Público.

Este organismo es una figura central del sistema de justicia penal. Sin embargo, su misión no se agota aquí, en tanto cuenta con una relevante intervención en temas de interés público como sucede en los casos contenciosos contra la Administración pública, violaciones a la ley de usuarios y consumidores o cuestiones ambientales.

Como vemos, el Ministerio Público es un actor que tiene capacidad para intervenir en casos que posean incidencia colectiva, es decir que puede impulsar a través de un caso, medidas con consecuencias de interés público. Esto cobra importancia sobre todo en aquellos lugares donde la sociedad civil se encuentra poco fortalecida o desarticulada y no existen asociaciones intermedias que tomen a su cargo estas iniciativas.

En este sentido, el Ministerio Público se erige como un garante de la defensa del interés público, en tanto es un organismo que cuenta con las herramientas y las facultades legales para intervenir en casos en donde el bien jurídico protegido trascienda la esfera individual e inter-generacional, que compromete a grupos indeterminados, con posibilidad de trasvasar límites territoriales y generacionales de personas.

Por ello estimamos que la nueva redacción del Código Civil debe dotar al Ministerio Público de todas las facultades necesarias para intervenir, promover y accionar en defensa de casos que propendan a la defensa de los intereses colectivos.

1.- a) Propuesta para incorporar al Código Civil:

a) Derechos individuales y de incidencia colectiva.

“Se reconocen 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”.

b) Daño a los derechos de incidencia colectiva.

“Cuando exista lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador”.

“Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada”.

“Están legitimados para accionar:

- a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante;
- b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda;
- c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional;
- d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales;
- e) el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa”.

c) Alcances de la sentencia. Cosa juzgada.

“En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto “erga omnes”, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado”.

2.- Derecho Humano al Agua.

El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud, indispensable para vivir dignamente y para la realización de otros derechos humanos.

Es por ello que todas las personas tienen el derecho a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico

Por tal motivo, los distintos instrumentos del derecho han promovido la idea de satisfacer las necesidades vitales del hombre, primero mediante instituciones como el "uso común", más adelante, con el advenimiento del Estado de Bienestar, mediante su consolidación del servicio público de agua potable y más recientemente integrándolo dentro del sistema de protección de los Derechos Humanos².

En la actualidad ya no existen dudas de que el acceso al agua constituye un derecho humano.

Existen un conjunto de declaraciones que a nivel internacional han receptado el derecho de acceso al agua potable. En este sentido, se destaca la Conferencia de la ONU de 1977 de Mar del Plata que declaró que *"todos los pueblos, cualquiera sea su nivel de desarrollo y condiciones económicas y sociales, tienen derecho de acceso al agua potable en cantidad y calidad acordes a sus necesidades básicas"*.

Ello luego se proyectó en la observación General Nº 15 sobre el cumplimiento de los artículos 11 y 12, del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de Noviembre del 2002, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), de la ONU que reconoció que el derecho humano al agua es indispensable para llevar una vida en dignidad humana", y que el mismo constituye "un prerrequisito para la realización de otros derechos humanos", cuestión que además fue adoptada por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24.2.c) y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14.2.h).

La mencionada observación, también dispone que los 146 países que ratificaron el PIDESC, deben velar para que la población tenga progresivamente acceso al agua potable segura y a instalaciones de saneamiento, de forma equitativa y sin discriminación, adoptando estrategias y planes de acción nacionales que les permitan "aproximarse de forma rápida y eficaz a la realización total del derecho a tener agua".

En este sentido, debemos mencionar que el Estado argentino ha reconocido este derecho mediante el Decreto n° 303/2006, en el cual lo define como un bien social y cultural, y en el Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales (Ley 26.221).

² Pinto, Mauricio, Torchia Noelia y Martín Liber. El Derecho Humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio. Abeledo Perrot. Pag 2

Asimismo, el derecho humano al agua ha sido reconocido en numerosos fallos dictados por nuestros tribunales tales como *“Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c. Ciudad de Buenos Aires”* (18/07/2007) CACAyT CABA Sala I; *“Defensoría de Menores Nº 3 c. Poder Ejecutivo Municipal”* (“Colonia Valentina Norte Rural”) (02/03/1999) del TSJ Provincia del Neuquén y *“Menores Comunidad Paynemil s/accion de amparo”* (“Comunidad de Paynemil”) (19/05/1997) CACiv, Neuquén, Sala II; *“Urriza, María Teresa c/ ABSA s/ amparo”* (21/03/2005) del Juzgado CA N° 1 de La Plata; entre otros³³.

De igual manera y siguiendo los postulados dispuestos por la Observación General Nº 15 del PIDESC, también enfatiza que la protección del derecho humano al agua también alcanza la necesidad de proteger las fuentes de agua para consumo humano, motivo por el cual el Estado deberá velar por controlar y minimizar los impactos que generen las actividades antrópicas, promoviendo que quienes realizan este tipo de actividades internalicen en sus costos medidas de saneamiento y mecanismos para proteger la calidad del agua para el consumo que se extrae de esas fuentes.

Sin embargo subsisten aún muchas posiciones que manifiestan que habida cuenta que el derecho al acceso al agua potable ha sido reconocido por medio de tratados internacionales suscriptos por nuestro país, que cuentan con la jerarquía suprallegal que dispone el Art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, no resulta necesario que el Código Civil lo incorpore como tal en su texto.

Debemos recordar que este derecho, tal como se encuentra estipulado es de carácter instrumental, motivo por el cual su provisión dependerá de las acciones y políticas públicas que se desarrollen las autoridades en cada una de las jurisdicciones, en tanto la prestación de los servicios de provisión de agua potable y saneamiento se encuentran en cabeza de las administraciones provinciales o de los concesionarios de tales servicios. Ello implica que la posibilidad de contar con acceso a agua potable, en las condiciones y bajo las circunstancias establecidas en los instrumentos internacionales quedará supeditada a las decisiones que se adoptan en tal sentido, situación que puede ser sumamente disímil dependiendo de la provincia o jurisdicciones que se trate.

Por ello, más allá de lo dispuesto en los instrumentos internacionales resulta necesario que la nueva redacción del Código Civil consagre, de manera expresa, que todos los habitantes gozan del derecho fundamental de acceso a agua potable para satisfacción

³³ Fairstein, Carolina y Niedzwiecki, Sara, “El acceso al agua en Argentina. Experiencias de reclamo ante situaciones de privación”, <http://www.isf.es>

de sus fines vitales, lo cual establecerá un piso común en materia de derecho al agua para todos los habitantes del país.

3.- Los Glaciares como bienes de dominio público.

Los glaciares y cuencas de alta montaña son recursos naturales con un valor estratégico trascendental como grandes reservas de agua dulce. Sin embargo, estas reservas estimadas en un principio como renovables, se consideran cada vez menos como tales. El progresivo retroceso de las masas de hielo que lleva ya unos treinta años, pone en evidencia su alto grado de vulnerabilidad..

Las aguas del deshielo no solo sirven para consumo humano directo sino también para el riego y la generación de energía. Su desaparición implicaría una severa interrupción en el ciclo hidrológico natural y en la provisión de agua para diversos fines antrópicos. Es por ello que resulta fundamental asegurar su conservación desde los puntos de vista económico, científico, jurídico y ambiental⁴.

Acertadamente, el Congreso Nacional decidió en septiembre de 2010 protegerlos a través de una norma nacional de presupuestos mínimos. Es importante destacar que un presupuesto mínimo implica una protección legal básica y uniforme para todo el país, colocando a todos los habitantes de Argentina en un pie de equidad en relación a la calidad ambiental. La **Ley de Presupuestos Mínimos Nº 26.639 para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial** tiene como objetivo la preservación adecuada de las reservas de agua dulce y los ecosistemas de alta montaña, en los cuales los glaciares son un componente clave. Las regiones en las que se desarrollan actividades de alto impacto, como es el caso de la minería, deben implementar herramientas tales como la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) con plena participación ciudadana, y fundamentalmente valorar los servicios ambientales que prestan tales ecosistemas, contribuyendo a sostener las economías locales.

Respecto de la **naturaleza jurídica de los glaciares**, la Ley Nº 26.639 ha designado a los glaciares y el ambiente periglacial como **bienes jurídicos objeto de protección específica**. Su artículo 1º **consagra el dominio público de los glaciares**. El dominio público se define como un conjunto de bienes de propiedad del Estado, afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes. El agua, en la mayoría de los países es un bien de dominio público. En este contexto, y en tanto que el glaciar es agua en estado sólido, es correcto considerarlo como un bien integrante del dominio público. El agua no es solo la que discurre por un río, sino las aguas de lluvia o las subterráneas; en definitiva agua en cualquiera de sus estados. Cuando se trata de glaciares existentes en tierras de dominio privado es donde los Estados han de preocuparse por establecer principios de conservación e instrumentos jurídicos que regulen estas situaciones,

⁴ Alejandro Iza y Marta Brunilda Rovere (Editores). Aspectos jurídicos de la conservación de los glaciares. UICN, Gland, Suiza.

como servidumbres ecológicas y/o administrativas y creen incentivos económicos para los propietarios de tierras privadas que cuentan en ellas con glaciares, a fin que incorporen criterios de gestión integrada en sus tierras⁵.

Marienhoff⁶ es claro cuando sostiene que *“el estado físico en que se presenta el agua de los glaciares, en nada altera su condición jurídica de curso de agua, tanto más si se tiene en cuenta que el glaciar no es una masa de hielo inmóvil e inmutable, sino, por el contrario, una masa que se renueva y desliza lentamente (...) El glaciar tiene los mismos elementos constitutivos de cualquier otro curso de agua: lecho y agua (congelada); por otra parte, el glaciar, al igual que los ríos, arroyos, etcétera, tiene su curso o corriente, aunque caracterizado por su lentitud. Es necesario, pues, entender el glaciar como una verdadera corriente muy lenta, que se mantiene en los mismos límites por acción de fuerzas opuestas, el aumento por la parte superior y la destrucción por debajo”*. Iza y Rovere⁷ incluso consideran que *“ha de apuntarse a una caracterización del glaciar (...) como un curso de agua que es parte integrante de un concepto más amplio: la cuenca hidrográfica.”*

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación dispone que: **“De los bienes con relación a las personas. ARTÍCULO 235.- Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: (...) c) los ríos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos navegables y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija la crecida media ordinaria en su estado normal. El lago es el agua, sus playas y su lecho delimitado de la misma manera que los ríos; (...)”**

Si bien corresponde entender que los glaciares y el ambiente periglacial están implícitamente comprendidos en el artículo referido cuando refiere en términos generales a **“toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general”**- como lo hace también el texto hoy vigente de Código Civil- atento ambos satisfacen usos de interés general, **creemos que los glaciares y el ambiente periglacial deben incluirse explícitamente en el texto del propuesto artículo 235**. Ello para estar no solo en plena sintonía con lo dispuesto por la Ley Nacional N° 26.639, sino también para reforzar la tutela de un recurso estratégico vital en un escenario de cambio climático global y presente proliferación de proyectos mineros en ecosistemas de agua dulce, en el plano nacional .

⁵ Alejandro Iza y Marta Brunilda Rovere, Op. Cit.

⁶ Marienhoff, M., Tratado de Derecho Administrativo, t. VI, Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 301-302.

⁷ Alejandro Iza y Marta Brunilda Rovere Op.Cit.

3.- a) Propuesta de modificación del Artículo 235:

ARTÍCULO 235.- *Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: (...) c) los ríos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos navegables, **los glaciares y ambiente periglacial**, y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija la crecida media ordinaria en su estado normal. El lago es el agua, sus playas y su lecho delimitado de la misma manera que los ríos. Glaciar es toda masa de hielo perenne estable o que fluye lentamente, con o sin agua intersticial, formado por la recristalización de nieve, ubicado en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación siendo parte constituyente de cada glaciar el material detrítico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua. El ambiente periglacial en la alta montaña es el área con suelos congelados que actúa como regulador del recurso hídrico, mientras que en la media y baja montaña es el área que funciona como regulador de recursos hídricos con suelos saturados en hielo; (...)*

4.- Camino de Sirga.

El Art. 1974 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación establece la ya conocida figura del Camino de Sirga, que dispone que: *“el dueño de un terreno colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o riberas, aptos para el transporte de agua, debe dejar libre una franja de terreno de QUINCE (15) metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad”*

“Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos violatorios de este artículo”.

Esta figura, resulta actualmente de suma importancia para garantizar el libre acceso y circulación a los recursos naturales de dominio público, la mejora de la calidad de vida de la población y la protección y preservación de los cursos hídricos y los ecosistemas costeros.

No obstante ello, la actual redacción del Proyecto de Código no ha puesto el acento en los aspectos anteriormente señalados, sino que ha retomado los fundamentos que dieron origen a la figura del Camino de Sirga, vale decir la preservación de los bordes costeros para garantizar la navegación fluvial.

Dicha disposición resulta totalmente obsoleta en tanto actualmente la navegación no se efectúa a remolque de soga desde los bordes costeros, motivo por el cual las restricciones que se impongan al dominio de los titulares de inmuebles ribereños no pueden quedar sujetas a las circunstancias históricas por las que fueron dictadas, sino

que deben interpretarse a la luz de los cambios paradigmáticos, que conforman el entramado social, ambiental y cultural de nuestros tiempos.

Resulta hoy inadecuado utilizar como único test para determinar si esta norma resulta aplicable, el hecho de que un curso de agua sea o no navegable en un sentido económico, ya que “la comunicación por agua” mencionada en el texto legal, como condición para establecer una restricción al dominio adquiere un significado más amplio cuando se consideran, además de las dimensiones económica, ambiental, social y cultural, que son las que deberían prevalecer a la hora de establecer de qué manera se protegen los ríos, lagos, lagunas, humedales y cursos de agua en general.

4.- a) Propuesta de modificación del Artículo 1974:

“El borde costero de las orillas de los cauces o riberas tendrá una función ambiental, social y cultural, siendo su uso público y gratuito”.

El dueño de un terreno colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o riberas debe dejar libre una franja de terreno de 35 metros en toda la extensión del curso, la que será de acceso público, libre y gratuito y en la que el propietario no podrá ejercer ningún acto que menoscabe el uso otorgado al mismo”.

“Los Estados están obligados a garantizar las funciones otorgadas a dichas franjas costeras”.

Sin otro particular saludamos a Uds. muy atte.

Fundación Ambiente y Recursos Naturales

Sitio web: www.farn.org.ar

Twitter: [@ambienteactual](https://twitter.com/ambienteactual)

Facebook: [Farn Argentina](https://www.facebook.com/FarnArgentina)