LA LEY

Derecho Ambiental

EN HOMENAJE A NUESTRO FUNDADOR
GUILLERMO J. CANO

FARN
FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

BUENOS AIRES - MIÉRCOLES 2 DE MARZO DE 2016 | AÑO XXIII Nº 1 | ISSN 0024-1636

La sustentabilidad en el Código Civil y Comercial el paradigma de un futuro desafiante

Lidia M. R. Garrido Cordobera

I. Punto de partida

Creímos siempre que proteger los acerbos del Derecho Ambiental constituye una garantía de futuro, y por ello aceptamos el reto de defender la aplicación de ciertos principios, los que muchas veces pueden chocar con criterios meramente utilitarios-economicistas o hasta ser considerados utópicos por el ala más dura.

Sostenemos que el ambientalismo no es una involución, sino que tiene metas definidas y es falsa esa aparente pugna con el desarrollo, pues se propugna hoy el derecho al desarrollo sustentable como un derecho humano a la calidad de vida en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y al Patrimonio Común de la Humanidad, que se funda en la idea de solidaridad entre los hombres (1).

Hoy el hombre se encuentra con un gran poder, que puede llevarlo a realizar prodigios o a causar daños muchas veces catastróficos; éste es el gran desafío que enfrenta la Humanidad y también el Derecho, que debe tomar su rol de prevención y de protección a las víctimas si realmente se quiere realizar el principio o valor justicia y no simplemente declamarlo y frente a la amenaza de que acaezcan daños graves e irreversibles, cuyas secuelas pueden propagarse en el espacio y a través del tiempo, se imponen cambios de paradigmas (2) y éste es el desafío que nos planteamos.

La actitud de lo que denominamos "hombre moderno" respecto del universo material fue y continúa siendo de conquista y de expansión; sobre todo el hombre occidental tiene una relación de dominio con respecto al medio en que se desenvuelve, creyendo en el principio de la expansión sin límites y de que si surge algún tipo de restricción, la misma sólo será temporaria, pues mediante su inteligencia aplicada a la ciencia y a las técnicas la superará; tal conducta, junto con la de presumir una ilimitada capacidad ambiental para la absorción de residuos y de desperdicios; y la creencia de que nos hallamos en un ecosistema abierto, ha llevado a lo que algunos denominamos ya hace veinte años "el inicio de la crisis ambiental o la tragedia de los comunes" (3).

Estos grandes avances científicos y técnicos que presenciamos en el último Siglo y lo que corre del actual, nos enfrentan con conflictos y dilemas filosóficos, morales, sociales, jurídicos y económicos en los que se ponen en juego principios éticos y cuya especial aplicación se da en el área de la salud y la calidad de vida, que creemos deben ser protegidos firmemente y donde confluyen intereses individuales y colectivos.

Frente a cada uno de estos nuevos desafíos surgen reclamos en el contexto social, y la comunidad reacciona de diferentes maneras, haciendo jugar las respuestas de ajuste y de presión, al decir de Diez-Picazo, en una evidente experiencia de cambio y de progreso jurídico (4).

Si bien es aceptada la imposibilidad de llegar al riesgo "0" también lo es que no podemos pagar cualquier costo ambiental por un aparente progreso y es imperativo que deban cumplirse con los principios ambientales.

Debemos recordar que los denominados, "costos de los accidentes" en Análisis Económico, se consideran al comenzar cualquier actividad (5); se estima que la gente es libre de decidir entre emprender una actividad pagando los costes de hacerlo (incluyendo los accidentes), o bien, evaluándolos, escoger una actividad menos atractiva, pero no tan arriesgada o riesgosa y que también la responsabilidad, desde un criterio macroeconómico, está fundada en el cálculo comparativo entre el coste social de la actividad y la riqueza productiva, o, más sencillamente, entre los intereses del damnificado y los del autor, debiéndose tomar asimismo en cuenta el interés social involucrado y el principio de solidaridad.

Esta pugna de los derechos ambientales se corona al reconocer la posibilidad de acceso a la justicia, pero para ello se ha recorrido una larga e histórica lucha, esto implicó una transformación en las estructuras de los sistemas jurídicos, el arribo de la dimensión social del Derecho, una nueva categoría de daños y de damnificados y la aplicación de los principios que hoy nos ocupan.

II. El porqué es positivo incluir el tema en el Código Civil y Comercial

La relación del Derecho Civil y el Derecho Ambiental es profunda y perenne, como puede apreciarse también con el Derecho Constitucional y el Administrativo, y unas de sus manifestaciones más trascendentes se evidencia en el tema de los daños que se producen por alteraciones del ambiente, dando tanto como resultados de tal situación daños colectivos como también daños individuales, pero no sólo en la represión sino también en su prevención y en la resolución de la pugna entre los derechos individuales y los colectivos (6).

En Italia, Guido Alpa manifiesta que la Corte distingue, los bienes denominados de disfrute colectivo de los de disfrute individual, correspondiendo los primeros a los llamados intereses colectivos, aunque aclara que pueden contener elementos de individualidad y no excluyen las existencias de intereses legítimos, pues la lesión del ambiente puede dañar también el patrimonio de la persona lesionando el derecho de propiedad (7).

En Argentina desde la modificación Constitucional de 1994 y la sanción posterior de la Ley General del Ambiente no puede caber duda alguna aun para los escépticos de la tutela jurídica de los bienes colectivos (8), pero aun parte de la doctrina discutía la injerencia y la regulación en el Código Civil y Comercial.

Creemos y sostenemos que, en la actualidad, la masificación y la propagación de los peligros y su carácter colectivo justifican plenamente no sólo la aceptación con rango propio del tipo de derechos de incidencia colectiva, sino también que fuesen receptados en el art. 14 del Cód. Civil y Comercial (CCC), pues un Código rige para todo el territorio de manera uniforme y evita el peligro de la no aplicación del Derecho Ambiental pese a la garantía constitucional y a las leyes Ambientales de Presupuestos Mínimos.

Sin embargo, sostenemos que sería necesaria la implementación de normas que establezcan la reparación de los daños colectivos en el Código Civil y Comercial como lo hace la Ley General del Ambiente (LGA) y de los daños punitivos ya no soóo en materia de consumo (y en dicho ordenamiento se la reformule el art. 52) con la supresión del tope para cumplir con el paradigma de la sustentabilidad.

Tengamos presente que en los fundamentos del Proyecto se dice que se establece una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado, extremo que fuera ampliamente reclamado por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.

En lo que nos interesa, se dice que éste sería el Código de los derechos individuales y colectivos, pues la mayoría de los códigos del Derecho Privado Comparado regulan sólo los derechos individuales, mientras que éste da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la

© CONTINÚA EN LA PÁGINA 2

EDITORIAL

El Derecho Ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil y Comercial significa un paso enorme en *pos* de la constitucionalización del Derecho Privado. En este sentido, el Derecho Ambiental se ha incorporado como parte inexorable de este cuerpo de normas que en una lógica inclusiva e integral comprende la sustentabilidad, el ambiente, los derechos, principios y valores jurídicos relacionados.

Por esta razón contamos en esta oportunidad con aportes a esta publicación que es menester destacar. Por un lado Lidia Garrido Cordobera, quien ahonda en el sentido integral de la reforma y la importancia que la misma reviste en el contexto del paradigma de la sustentabilidad, el cual considera que de la mano de los criterios de progresividad, de no regresión y *pro homine*, serán fundamentales para la aplicación del sistema normativo de tutela de los derechos de incidencia colectiva. Asimismo, María José Alzari analiza diversos interrogantes y desafíos que surgen del análisis y de la interpretación de la visión sistémica del Código en consonancia con la Ley General del Ambiente, la Constitución Nacional, el juego entre los derechos individuales y de incidencia colectiva, la prevención y el horizonte del desarrollo sustentable combinando la realización de actividades productivas, con el cuidado ambiental y la inclusión social.

Un tema de importancia en materia ambiental que lamentablemente ha sufrido un retroceso en el nuevo Código también está presente en el actual suplemento: El Camino de Sirga. Dicho camino era de 35 metros en el derogado Código Civil y pasó a 15 metros en el actual. Sobre esta temática, Julieta Sarno analiza la función del dicho camino a la luz de la actualidad y cómo ha pasado de ser un camino vinculado a la navegación en la antigüedad a ser en la actualidad un camino con una funcionalidad ampliada, de alto valor para la sustentabilidad, vinculado al ecosistema y a la biodiversidad de la ribera. Andrés Nápoli por su parte, apuntala la irremplazable función del Camino de Sirga considerando la situación de la Cuenca Matanza Riachuelo y el peso que en tal sentido tiene el trabajo realizado en dicho medio, que no debería someterse a regresión alguna en los pasos dados.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar la pérdida que ha significado la eliminación de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos del Cuerpo Civil y Comercial. Si bien este tema no está considerado específicamente en los artículos incluidos en el presente suplemento, se trata de un cambio en la normativa que no favorece la labor fundamental de los jueces sobre responsabilidad civil de los funcionarios en materia ambiental.

Anhelamos que esta edición contribuya a la necesaria visión sistémica que el nuevo Código reviste en *pos* de la constitucionalización del Derecho Privado y que permita hacer frente a los aspectos regresivos mencionados.

María Eugenia Di Paola
Directora del Suplemento

Cita on line: AR/DOC/501/2016

VIENE DE TAPA

Constitución Nacional (CN) (señalan que esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales). Incluye nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que le dan al Código un sentido general en materia valorativa.

Sabemos que en los derechos de incidencia colectiva el bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo y no un individuo en particular, la tutela del bien colectivo pertenece a la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna, (pues pertenece a todos); estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino pertenecen a la esfera social.

La última parte del art. 14 de la CN expresa 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,* tomando posición por la preeminencia de los intereses colectivos en caso de colación entre ambos tipos de derechos.

Para Prieto Molinero no regula un supuesto de *abuso de derecho,* sino lisa y llanamente una prohibición general de que los derechos subjetivos puedan afectar valores superiores a ellos, y al ser una prohibición general no puede dar lugar a un abuso, pues esto es cuando no hay límites legales definidos y aparece la posibilidad de causar daños no previstos por el ordenamiento, aquí existe y es categórica (9).

Lorenzetti sostiene que en el art. 14, "se regula un ámbito de colisión entre la esfera privada y la esfera pública y social mediante una cláusula general" (10), esto permite juzgar si se cumple con la función perseguida por el Derecho y da como ejemplo la declaración de abusividad de una cláusula contractual (interés particular) que lesione el Derecho Ambiental (interés de incidencia colectiva). En este supuesto estamos en realidad frente a normas de orden público y con contenido de Derechos Humanos, con lo cual el bien jurídico es indisponible.

No podemos soslayar una mención al art. 240 del CCC, que establece los límites a los derechos individuales sobre los bienes de incidencia colectiva, del que se deriva que la función social de los derechos individuales exige que los mismos sean ejercidos en forma compatible con los derechos de incidencia colectiva, conforme la normativa administrativa nacional y local e interés público; y siempre que no afecten el medio ambiente en el sentido más amplio, la norma aludida menciona que no se debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de varios ecosistemas: flora, fauna, la biodiversidad, el agua, el paisaje y los valores culturales, no siendo una enunciación taxativa y remitiendo a los criterios de las leyes especiales. Ni la supresión del derecho al agua potable.

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 (11).

Consideramos que la sustentabilidad plantea en nuestra sociedad el tema del compromiso y la responsabilidad de los jueces de aplicar el art. 4º de la Ley General del Ambiente en unión con el Código Civil y Comercial y del Estado como custodio tanto de los derechos individuales como de los de incidencia colectiva.

Debemos dejar para un tratamiento posterior los temas de las inmisiones, del consumo sustentable, el del ejercicio de los derechos reales, todos íntimamente ligados al principio de la sustentabilidad. ●

Cita on line: AR/DOC/502/2016

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "La preservación al medio ambiente en la Constitución Nacional: la protección y el daño ambiental en Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994", Ed. Depalma, 1995; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. y CORDOBERA DE GARRIDO, Rosa, "Protección al medio ambiente y calidad de vida", en Homenaje a los 150 años de la Constitución Nacional, *Academia Nacional de Córdoba,* 2003; GROSS ESPIEL, Héctor, "Estudios sobre Derechos Humanos", Ed. Jurídica Venezolana, 1985.

(2) BENJAMIN, Antonio, "Derechos de la Naturaleza", en Obligaciones y contratos en los Albores del SXXI", Ed. Abeledo Perrot, 2001.

(3) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Los daños colectivos y su reparación", Ed. Universidad, 1992.

(4) DIEZ-PICAZO, Luis, "Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado", Ed. Civitas, ps. 90 y ss.

(5) CALABRESI, Guido, "El coste de los accidentes, análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil", Ed. Ariel-Derecho, 1984.

(6) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Los daños colectivos: prospectiva general", Ed. Javeriana, Bogotá, 2009; RUDA GONZÁLEZ, Albert, "El daño Ecológico puro", Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, JORDANO FRAGA, Jesús, "La reparación de los daños catastróficos", Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000.

(7) ALPA, Guido, "Compendio del nuovo diritto privato", Ed. Utet, 1985, ps. 30 y ss.

(8) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad", Universitas 118, 2009.

(9) PRIETO MOLINERO, Ramiro, "El Abuso de derecho y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", *Revista de Derecho Privado,* Año I, Nº 2, Infojus, ps. 234 y ss .

(10) LORENZETTI, Ricardo L., "Código Civil y Comercial Comentado", t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 76.

(11) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "El riesgo ambiental", Ed. Reus, España, 2014; "Aplicación de los Principios de No regresión, solidaridad y *Pro Homine,*", LA LEY, 2014-F, 1199.

Desarrollo sustentable y el nuevo Código: Interrogantes en el ejercicio de actividades productivas

María José Alzari

"El objetivo central de la política ambiental es lograr un desarrollo sustentable, que significa una transformación productiva con equidad social" (1). Tan claro y tan complejo a la vez.

I. Introducción

Nuestra Constitución recepta en el art. 41 este concepto de *desarrollo sustentable, principio rector,* no sólo de la política ambiental, sino también *de todo nuestro sistema jurídico.* Resulta un principio rector para decisores políticos, para órganos judiciales y para los poderes legislativos, así como también para los particulares.

Este concepto de sustentabilidad sin duda también aparece como pilar en el Código Civil y Comercial de la Nación, incorporando aspectos que marcan una apertura del derecho privado clásico hacia lo colectivo, lo público. La reforma del Código ha introducido este cambio de visión. Lo colectivo ya no es solamente una especialidad sino que inunda todo el sistema jurídico.

El nuevo Código debe analizarse, interpretarse y aplicarse reconociendo la *coherencia sistémica existente entre la Constitución, la Ley General del Ambiente* (LGA) Nº 25.675 y la jurisprudencia que se han ido desarrollando en este sentido. Así lo manifiesta el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Ricardo Lorenzetti al decir que *"El derecho constitucional y el derecho privado argentinos tienen una clara definición sobre la tutela del bien colectivo y ello incide sobre la producción normativa en todo el resto del sistema* (2)."

Es objeto de este artículo es poder identificar algunos interrogantes que esos grandes "nuevos" enunciados traen para la realización de actividades productivas, bajo la lupa del concepto de desarrollo sustentable.

II. Derechos de incidencia colectiva

Entendemos que unos de los aspectos especiales a considerar es el referido a la inclusión de los derechos colectivos en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El art. 14 reconoce en el marco del Código tanto derechos individuales como de incidencia colectiva, aclarando que *"la ley no ampara el ejercicio de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general"*.

Por su parte el art. 240 define los límites al ejercicio de los derechos individuales al establecer que dicho ejercicio *"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"*.

Esta *dinámica entre derechos individuales y colectivos,* si bien no novedosa tiene la virtud de -en casos complejos- clarificar jerarquías y definir la necesidad de compatibilizar el ejercicio de derechos individuales con la protección de derechos colectivos. De esa manera se *plasma ese principio rector de desarrollo sustentable que busca equilibrar la realización de actividades productivas con el cuidado ambiental y la inclusión social.*

Esta inclusión, si bien en muchos aspectos celebrada, también conlleva algunas dudas e *inquietudes.*

El Dr. Leonardo de Benedictis expresa este cuestionamiento con claridad: *"La posibilidad de afectar el ambiente, a la que alude el artículo 14 no sería feliz ya que, si se tomara literalmente, llegaríamos al absurdo de considerar, por ejemplo, que el derecho a ejercer una industria lícita (artículo 14, Constitución Nacional), en todos los casos daría lugar a un ejercicio abusivo de derechos, pues, cualquier actividad 'puede afectar' el ambiente. En realidad, cualquier actividad afecta el ambiente, en consecuencia, la afectación a la que alude esta norma, no debiera ser cualquier impacto ambiental, sino aquel que califica como daño ambiental y por ello genera consecuencias jurídicas* (3)".

Otra cuestión que nos plantea algún interrogante se da cuando el art. 240 se refiere a la afectación del funcionamiento y sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, entre otros. ¿Estamos hablando de la misma definición de daño ambiental del art. 27 de la LGA Nº 25.675? Al referirse a valores colectivos ¿debemos considerar que son los aludidos en el art. 27 de la LGA? En consecuencia, se entendería que esa eventual "afectación" del art. 240 del Código Civil y Comercial debe ser "relevante" y "negativa", conforme lo define el art. 27 de la LGA, y no cualquier afectación.

Entendemos esto en el marco de esa coherencia sistémica que aludiéramos al inicio de este texto, sin perjuicio que como advierte el Dr. Lorenzetti *"en el futuro, habrá que aprender a ponderar, a equilibrar, a encontrar soluciones creativas entre estos aspectos* (4)".

III. La prevención

Uno de los temas de mayor importancia es la finalidad preventiva como esencia del Derecho Ambiental. Más allá de responsabilidades posteriores, el foco en la prevención de los daños ambientales resulta pilar básico en la materia. Así lo entiende nuestro sistema ju-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) DEVIA, Leila, "Avances del nuevo Código Civil y Comercial en los aspectos ambientales: primeras aproximaciones" / Leila Devia... [et.al.], SIBILEAU Agnès (coord.), DEVIA, Leila (dir.), edición literaria a cargo de María Carolina Ulla, 1ª ed., E-Book, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 11.

(2) LORENZETTI, Ricardo, *Revista de Derecho Ambiental,* Nro. 43, Julio/Septiembre 2015, Ed. Abeledo Perrot S.A. ISSN: 1851-1198 - RNPI: 5074815. p. 1 — Prólogo.

(3) DE BENEDICTIS, Leonardo, "El nuevo Código Civil y Comercial y la gestión ambiental empresaria. Consideraciones sobre disposiciones ambientales que repercuten en el sector productivo" (Sin publicar).

(4) LORENZETTI, Ricardo, *Revista de Derecho Ambiental,* Nro. 43, Julio/Septiembre 2015, Ed. Abeledo Perrot S.A. ISSN: 1851-1198 - RNPI: 5074815 p. 2 - Prólogo.

rídico; este principio de prevención aparece en nuestra LGA como principio y también como objetivo de la política ambiental nacional.

El nuevo Código incorpora entre las funciones de la responsabilidad a la prevención (art. 1708). Continúa definiendo (art. 1710) que "*toda persona tiene el deber, en cuanto de ella depende, 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;... c) no agravar el daño, si ya se produjo*".

Tal como lo expresa el Dr. Daniel Lago "*El bien jurídico tutelado es, en este caso, de tal importancia que la prevención adquiere una relevancia notoria* (5)."

En este sentido, se destaca que toda actividad productiva debe llevarse a cabo incluyendo en su esencia esa mirada preventiva. Al mismo tiempo, debemos tener en cuenta que la realización de una actividad productiva supone una combinación de factores de riesgo que poseen diferentes niveles de previsibilidad y cuentan con normas técnicas y evidencia científica. Estas normas y evidencias son las que definen los procesos y procedimientos que permiten la implementación de una serie de medidas preventivas que variarán de acuerdo a una multiplicidad de factores (naturales, tecnológicos, normativos, etc.).

Sin dudas *quien implemente acciones preventivas siempre va a tener mayores posibilidades de reducir riesgos, entre ellos los jurídicos, y hacer frente a eventuales situaciones con mayor rapidez y dinamismo*, en razón de la cual toda actividad productiva que se realice de buena fe contará con este tipo de acción. También será responsabilidad de los decisores políticos locales y nacionales acompañar la implementación de acciones preventivas mediante normativa de fomento y promoción, más allá de las medidas regulatorias como la Evaluación de Impacto Ambiental.

El nuevo Código en su art. 1757 introduce una reforma en los elementos de la responsabilidad objetiva al incluir no sólo las cosas (riesgo o vicio) sino también las "*actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.*"

Resultará interesante poder definir qué entenderá el decisor político por "*actividades riesgosas o peligrosas por los medios empleados o por las circunstancias de su realización*". Acá aparece otra vez esta necesidad de hacer efectivo ese principio rector de desarrollo sustentable y encontrar razonabilidad en la aplicación de las normas del Código.

Los cuestionamientos son claros. El *criterio de razonabilidad* deberá imperar en la interpretación y en el análisis *caso por caso* que el decisor (Juez o autoridad administrativa) realice.

Esto nos abre las puertas a un amplio campo de discrecionalidad, de definiciones contrapuestas o confusas, pudiendo afectarse la seguridad jurídica de cualquiera de las partes involucradas y -más complejo aún- pudiendo no resguardarse ese derecho de incidencia colectiva que la coherencia sistémica de su inclusión en el Código ha incorporado.

De todos nosotros depende lograr ese sensible equilibrio que el desarrollo sustentable supone y hacer de este nuevo Código un instrumento efectivo para alcanzar ese desafío. ●

Cita on line: AR/DOC/414/2016

{ NOTAS }

(5) LAGO, Daniel y LORENZETTI, Ricardo, *Revista de Derecho Ambiental*. Nro. 43 Julio/Septiembre 2015. Ed. Abeledo Perrot S.A. ISSN: 1851-1198 - RNPI: 5074815 p.166.

La doble función del camino de sirga a la luz de su modificación en el nuevo Código Civil y Comercial

Julieta Sarno (*)

I. Introducción

La ley 26.994 que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante "CCN") trajo numerosas modificaciones a la vida cotidiana de los habitantes de la República Argentina. Uno de los institutos jurídicos -olvidado quizás- que fue modificado también en este nuevo cuerpo legal, es el conocido como "camino de sirga" o "camino de ribera" (art. 1974, CCN). El Código Civil derogado (CC) receptaba al camino de sirga como una restricción al dominio a través del artículo 2639 CC (1) y ello fue objeto de diversas interpretaciones de la doctrina y la jurisprudencia, en torno a la naturaleza jurídica de este instituto. En el contexto actual, con la entrada en vigencia del CCN, y el crecimiento de los desarrollos inmobiliarios en los últimos años, que paulatinamente fueron ubicándose a la vera de los ríos y demás cursos de agua, resulta fundamental realizar una reflexión acerca de la conveniencia a la hora de priorizar (o no) el derecho del ribereño por sobre el interés público y el medio ambiente en el camino de sirga.

II. El camino de sirga. Recepción en el Código Civil

La denominación "camino de sirga", deriva del nombre que recibían las cuerdas utilizadas para renovar los barcos desde la orilla, contra la corriente, las cuales eran conocidas como "sirgas". Para todo este proceso, era necesario contar con un vasto espacio en la orilla para efectuar esa tarea. De esta manera, el camino favorecía el transporte acuático y por ende, el intercambio comercial y de las comunicaciones en general. En la actualidad, teniendo en cuenta los adelantos tecnológicos en la navegación, la utilización de estas cuerdas o sirgas ya no es necesaria, dado que existen remolcadores.

Esta figura legal fue introducida por el Derecho Romano, encontrando luego su recepción en el Derecho Español, para finalmente encontrar su reconocimiento en la legislación francesa. La Dra. Mariani De Vidal (2) describe en su "Curso de Derechos Reales" que el primer antecedente patrio fue un decreto de la provincia de Buenos Aires (1823) en el cual se imponía que los propietarios de terrenos de ambos lados del río, desde La Boca y hasta el Riachuelo, tenían la obligación de dejar un espacio de uso común de cuarenta varas (alrededor de 34 metros).

Con ese objeto, el art. 2639 del Cód. Civil derogado, establecía que *los propietarios debían dejar una franja de 35 metros hasta la orilla del río o canal, sin derecho a indemnización.* En ese espacio no estaba permitido realizar construcciones, ni reparar las existentes, así como tampoco alterar el terreno en forma alguna.

Diversas teorías fueron esbozadas en torno a la naturaleza jurídica de este instituto, pero lo cierto es que el Código Civil derogado lo ubicó en el capítulo de los derechos reales como una restricción al dominio privado en favor del interés de la comunidad. La doctrina mayoritaria se inclinó por considerar que el camino de sirga pertenecía a los propietarios ribereños, ya que se trataba de una restricción al dominio y no, como otra parte de los doctrinarios la han considerado, una servidumbre administrativa (Marienhoff, Bielsa y Villegas Basavilvaso). Una tercera postura consideró necesario asimilar el concepto del camino de sirga con el dominio público, haciendo énfasis en la literalidad de las palabras del art. 2639 del CC y por lo tanto, tildándolo de inconstitucional por tratarse de una confiscación impuesta a la propiedad privada.

III. La doble función

El concepto de camino de ribera describe al terreno delimitado entre el medio acuático -sin importar el cuerpo de agua del que se trate- y el medio terrestre adyacente. De este modo, los ecosistemas ribereños se caracterizan por poseer humedad del suelo elevada a lo largo del año, resultado del aporte superficial o sub-superficial del sistema hídrico que acompañan. Esto le confiere características distintivas respecto de otros ecosistemas al proporcionar protección a áreas ambientalmente frágiles, aportando beneficios socioeconómicos a su entorno, así como funcionar como amortiguador de las inundaciones. De ello se desprende que la única forma de preservar su función como regulador medioambiental es garantizando su existencia. Esta nueva función fue receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el fallo "Mendoza" y por el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en "Di Filippo, Facundo Martín y otros c. GCBA y otros s/ otros procesos incidentales" mediante el cual dos habitantes de la Ciudad de Buenos Aires interpusieron un amparo colectivo contra el Gobierno local (GCBA) tendiente a recuperar "el libre acceso y circulación en la totalidad del camino público de 35 sirga, en el predio denominado Costa Salguero" solicitando que se ordene la realización de medidas que lo liberen de construcciones e impedimentos y lo acondicionen para su pleno goce. El Juez de Primera Instancia hizo lugar a la medida cautelar, lo que fue apelado por el GCBA ante la Cámara del fuero, la que rechazó el recurso. De tal modo la demandada dedujo recurso de inconstitucionalidad, el que rechazado motivó una queja. El Tribunal Superior de la Ciudad rechazó, por mayoría, el remedio procesal (3).

IV. Las modificaciones que trae el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

El art. 1974 del CCN dispone: "*El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión en curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad. Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violatorios de este artículo*". De esta manera, la reforma si bien mantiene la figura del camino de sirga como una restricción al dominio, lo hace con el único objeto de facilitar el transporte por agua. Por otro lado, se mantiene la obligación de los propietarios de los fundos ribereños de respetar el camino de sirga, no pudiendo edificar ni ejecutar acto alguno que pueda obstaculizar la finalidad del instituto. La gran novedad que trae la modificación del artículo en este nuevo cuerpo legal es la reducción a 15 metros del camino de sirga, no obstante los numerosos beneficios ecológicos y biológicos enunciados en el apartado anterior. Más aún, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) ha anticipado que otra de las secuelas negativas de la reducción del camino de sirga será la pérdida del uso público de miles de kilómetros de costas y de otros tantos kilómetros cuadrados de los ecosistemas fluviales, sobre todo a partir del fenómeno creciente de privatización de las tierras fiscales. Dicha organización, así como la Asociación Civil para la Igualdad y la Justicia (ACIJ) han sugerido mantener la extensión de treinta y cinco metros, ampliando los usos del camino a las funciones sociales y ambientales que de hecho cumple. Por otro lado, el nuevo artículo elimina la mención

➲ CONTINÚA EN LA PÁGINA 4

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Julieta Sarno. Abogada en Estudio Jurídico, Departamento de Derecho Ambiental. L.L.M. Level course in U.S. Environmental Law, Berkeley School of Law UC. Ayudante docente en UBA de la materia "Audiencia Pública Ambiental". Las opiniones expuestas en este artículo corresponden al autor y no necesariamente reflejan la posición de la institución en la que se desempeña.

(1) Art. 2639 del CC: Los propietarios limítrofes con los ríos o canales que sirven a la comunicación por agua, están obligados a dejar una calle o camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río, o del canal, sin ninguna indemnización. Los propietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna.

(2) MARIANI DE VIDAL, Marina. "Curso de Derechos Reales", vol. 1, Ed. Zavalía, 1973.

(3) TS, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley Online: AR/JUR/21074/2014.

© VIENE DE PÁGINA 3

a la inexistencia de la indemnización que sí traía el derogado Código Civil, más, señala Roberto Malizia *"lo cierto es que debe aplicarse el principio general que emerge del art. 1971 que señala que las limitaciones no generan indemnización"* (4). Con respecto a la legitimación para exigir su cumplimiento, el nuevo Código dispone que *"todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violatorios..."*, de tal modo tanto la Administración pública como los ocupantes de los fundos vecinos tienen la posibilidad de acudir a la justicia para exigir el cumplimiento de esta restricción. Dicha legitimación activa podría ampliarse dependiendo de la finalidad que se le reconozca al instituto. Si entendemos al "camino de sirga" como una restricción del dominio en miras del interés público la legitimación activa podría extenderse a cualquier ciudadano que invoque el derecho en su condición de habitante del país y como potencial perjudicado, demostrando un interés legítimo. Ello zanja la cuestión planteada en la doctrina respecto de la procedencia o no de los reclamos de particulares afectados.

V. A modo de conclusión

Para concluir vemos cómo *"el interés público se entrelaza aquí, como en tantos otros supuestos reglados por el derecho privado, con el interés particular, demostrando una vez más como el jus publicum y el jus privatum surgen de un mismo tronco 'el interés general', decisión ésta que abre un tanto el espectro, incluyendo también las necesidades de una mejor comunicación vial"* (5). Quedará ver cómo la futura jurisprudencia recepcionará el impacto de esta modificación en nuestra legislación civil y comercial nacional. Si bien el camino de ribera fue concebido con fines útiles a la navegación, tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en afirmar que el instituto hoy tiene asimismo funciones ambientales que favorecen la biodiversidad del ecosistema ribereño. Ello se refleja en el hecho que la norma persiste en el tiempo, a pesar de su reducción en la norma del CCN y que está muy lejos de ser eliminada de nuestra legislación más aún luego de las consecuencias palpables que hemos advertido los últimos meses con las inundaciones en la provincia de Buenos Aires. ●

{ NOTAS }

(4) RIVERA- MEDINA, "Código Civil y Comercial de la Nación anotado", t. V, Ed. La Ley, p. 417.

(5) SALAS; TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, "Código Civil anotado", Ed. Depalma- Lexis Nexis, Bs. As., 1999.

Cita on line: AR/DOC/519/2016

El Camino de Sirga: buscando un cambio de paradigma

Andrés Nápoli

El derogado Código Civil de Vélez Sarsfield estableció en el art. 2639 la figura conocida como el "camino de sirga". Se trata una la franja o espacio de 35 metros, que los propietarios de terrenos colindantes con cauces de agua o riberas de cursos hídricos, aptos para el transporte por agua, deben dejar libres y en la que no se puede realizar ningún acto que tienda a menoscabar aquella actividad.

Dicho camino fue establecido para garantizar el libre acceso a las costas de todas las embarcaciones que surcaban los cursos de agua y posibilitar que la navegación se pudiese realizar mediante el remolque de los barcos por medio de sogas desde las costas, lo cual da nombre a la figura en cuestión.

El art. 1974 del Código Civil y Comercial mantiene en general la misma redacción que su antecesor, pero disminuyendo a 15 metros el espacio que el propietario corribereño debe mantener libre de todo tipo de ocupación. En síntesis, el nuevo texto mantiene la restricción al dominio impuesta en la vieja figura del camino de sirga pero disminuyendo la cantidad de metros que deben quedar liberados para garantizar las acciones vinculadas a la navegación.

La nueva redacción del presente artículo no guarda relación con el carácter progresista y moderno que ha guiado a la mayor parte de las reformas introducidas en el derogado Código Civil, por el contrario, implica un fuerte retroceso en materia de protección de derechos, principalmente aquéllos de carácter colectivo que con tanto esfuerzo se lograron incorporar en otros acápites.

En tal sentido, el nuevo art. 1974 debilita la vieja figura del "camino de sirga" en tanto la modificación que introduce disminuye la sirga en un 60%, lo que significa que ese espacio de terreno que actualmente se encuentra sujeto a las restricciones dominiales, ya no será pasible de limitación y podrá ser ocupado en su totalidad por los propietarios corribereños, sin que pueda por tanto invocarse derecho alguno en tal sentido.

Ello supone que varios miles de kilómetros cuadrados de bordes costeros de lagos y ríos de todo el país dejarán de ser accesibles al público, lo que implica una virtual y directa privatización de tierras que hoy se encuentran bajo el régimen de acceso público.

Ahora bien, tenemos que tener en cuenta que el acceso a las costas no sólo tiene como finalidad asegurar las condiciones para la navegación de embarcaciones, sino que es una herramienta de principal importancia para ejercer la protección de los recursos hídricos, para realizar el control de las actividades nocivas sobre el ambiente y para poner en marcha acciones de recomposición y restauración de los ecosistemas costeros y acuáticos.

En tal sentido, una de las primeras medidas desarrolladas para la puesta en marcha del Plan de Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo fue la apertura del borde costero del curso principal del río, constituida por los 35 metros que conforman el "camino de sirga", espacio que hasta el advenimiento del fallo del caso "Mendoza" en el año 2008 se encontraba totalmente ocupado en la mayor parte de su recorrido, ya sea por empresas que se apropiaron de los terrenos ribereños, como así también por pequeños y medianos asentamientos riesgosamente instalados en la franja costera y que se fueron consolidando ante la ausencia absoluta de control por parte de las autoridades.

Por otra parte, la nueva disposición del Código Civil y Comercial resulta además obsoleta, en tanto la navegación ya 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 que surge como condición para establecer una restricción al dominio, adquiere un significado más amplio cuando se consideran, además de las dimensiones económica, hidrológica, 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.

Estos espacios ya no deberían siquiera ser considerados como caminos de sirga, sino como zonas de ribera propiamente dichas, ya que sirven para identificar el espacio de transición que existe entre el medio acuático (ríos, arroyos, lagos y lagunas) y el medio terrestre adyacente.

Dichas zonas resultan sumamente importantes desde el punto de vista ambiental en tanto sirven a la protección de áreas ambientalmente frágiles, proporcionan enlaces entre unidades de paisaje y funcionan como amortiguadores entre las comunidades naturales y los ambientes. Asimismo, cumplen con una importante función hidrológica, principalmente en donde existen ríos de llanura, donde las riberas tienen la función de actuar como reguladoras de los procesos de inundación, lo por lo cual han sido incorporadas como áreas especiales de protección en los Códigos de Agua de las provincias del centro y litoral del país.

Todos estos fundamentos fueron expuestos por juristas, académicos, organizaciones sociales y muchos de quienes participaron en las multitudinarias audiencias públicas convocadas por el Congreso de la Nación en el año 2012, donde se debatieron las propuestas de reformas al Código Civil, sin que las mismas fuesen tenidas en cuenta a la hora de aprobar el nuevo texto legal.

En el mes de noviembre de 2015, el Senado de la Nación dio media sanción a un Proyecto de ley impulsado por la Senadora Magdalena Odarda en el cual propone reformar el art. 1974 para restituir la figura original del camino de sirga con una distancia de 35 metros.

El proyecto resulta positivo por cuanto busca en enmendar el error (voluntario o involuntario) cometido al sancionar el nuevo texto del Código Civil y Comercial, en tanto vuelve las cosas al estado anterior a la reforma, devolviéndole al camino de sirga los 20 metros cercenados, no obstante lo cual dejará la figura de la sirga con el mismo alcance y sentido con la que fue incorporado en el Código hace ya casi ciento cincuenta años.

Estamos todavía a tiempo de readecuar esta importante figura para que, además de cumplir con la finalidad para la que fue creada, pueda transformarse en una herramienta que posibilite la protección ambiental y el ejercicio de los derechos que hacen a la calidad de vida y el disfrute de amplios sectores de la población, garantizando la vigencia de los derechos colectivos consagrados por la reforma constitucional e incorporada en el nuevo texto del Código Civil y Comercial. ●

Cita on line: AR/DOC/516/2016

EQUIPO DE REDACCIÓN:
Directora: María Eugenia Di Paola
Secretario: Federico Sangalli
Miembros: Ana Di Pangracio, María Marta Di Paola, Dolores Duverges y Pía Marchegiani.

COLABORAN CON ESTA EDICIÓN:
Eduardo Abascal, María Marcela Flores, Luciano Olivares y Diego Miguel Seguí.

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN:
Mariana Lomé, Jorge Schiffrin, Margarita Carlés, Diego Luzuriaga y Claudio Bertonatti.

CONSEJO CONSULTIVO:
Guillermo Acuña, Adriana Bianchi, Mario Gustavo Costa, María Eugenia Di Paola, Sergio Elguezabal, Beatriz Kohen, Albina Lara, Victoria Matamoro, Aldo Rodríguez Salas, Daniel Sabsay, Gonzalo Verdomar.

CORRESPONDENCIA
Para el envío de artículos, correspondencia y notas en colaboración:

Sra. Directora
Suplemento de Derecho Ambiental
Fundación Ambiente y Recursos Naturales.
Dirección: Tucumán 255, Piso 6 Oficina A - Ciudad de Buenos Aires - Argentina.

Teléfonos: 4312-0788, 4312-2422, 4312-2183, 4313-8631.
Mail: suplemento@farn.org.ar

El contenido de los artículos de este suplemento es responsabilidad exclusiva de sus autores y no es necesariamente compartido por los editores o por los integrantes del Equipo de Redacción. FARN acepta y fomenta la difusión de todos los puntos de vista sobre los temas tratados en este suplemento.