

ANTI JURIDICIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL. SU REFORMULACIÓN A PARTIR DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

por PABLO LORENZETTI¹

Publicado: Revista de Derecho Ambiental Nro 43 julio/septiembre 2015 pág. 23 Abeledo Perrot

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone estudiar los perfiles de la antijuridicidad –entendida como presupuesto de la responsabilidad civil– a la luz del daño ambiental.

Es sabido que para que se active el sistema de responsabilidad por daños resulta indispensable la verificación de sus requisitos de procedencia: acción u omisión, daño, antijuridicidad, relación de causalidad y factores de atribución.

La doctrina y la jurisprudencia han centrado la discusión en los últimos años respecto de las adaptaciones y modificaciones que exigen los “nuevos” tipos de perjuicios en relación, fundamentalmente, al daño y a la relación de causalidad.

Sin dudas que se trata de dos presupuestos de esta rama jurídica cuyo estudio ha planteado y planteará grandes e interesantes desafíos.

Sin embargo, pensamos que el nuevo sistema de responsabilidad por daños que diseña el Código Civil y Comercial de la Nación nos invita también a profundizar algunas disquisiciones sobre otro de los institutos mencionados *ut supra*: la antijuridicidad.

Los novedosos contornos que el sistema de derecho privado otorga a la antijuridicidad –receptando claramente la opinión de gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia que precedió a la fuente legal en examen– concurrirán, junto al microsistema protectorio del ambiente, a formar la norma jurídica concreta a la hora de intentar solucionar los conflictos que presentan los riesgos y los daños a bienes colectivos ambientales.

Es por esta circunstancia que juzgamos como sumamente útil aportar aunque sea algunos breves comentarios acerca de la teoría general de la responsabilidad civil plasmada en el nuevo Código, tendientes a facilitar los necesarios intercambios que deberán entablarse con el microsistema protectorio del ambiente.

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.

En esta línea, ya no será posible abstraerse de esta teoría general o contraponerla a los principios que surgen de la normativa específica (léase ley 25675 y demás legislación concordante).

La tesis principal de este ensayo se apoya en que el Código Civil y Comercial de la Nación ha receptado un concepto de antijuridicidad perfectamente utilizable para la resolución de casos vinculados a daños colectivos, el cual deberá “dialogar” con las fuentes provenientes del microsistema que pretenden regular los supuestos de responsabilidad civil por daño ambiental.

Intentaremos entonces desarrollar una serie de ideas sobre la antijuridicidad, partiendo de tres fuentes jurídicas diferentes, en orden cronológico a como ellas se fueron presentando: el Código Civil de Vélez Sarsfield, la Ley General del Ambiente 25675 y, finalmente, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Luego nos dedicaremos a evaluar las particularidades que podría presentar la interpretación de las causas de justificación que regula la teoría general del nuevo Código en relación a los daños ecológicos.

Finalmente, y en forma previa a formular una serie de reflexiones conclusivas, exploraremos someramente algunos desafíos o caracteres específicos que podrían predicarse respecto de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad por daños en su reinterpretación bajo el prisma ambiental.

Aclaremos, por último en esta introducción, que el Código Civil y Comercial de la Nación unifica el sistema de responsabilidad civil contractual con el extracontractual.

Sin embargo, y a los fines de este artículo, centraremos nuestras reflexiones en la operatividad de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual, dejando para otro momento el estudio de la interesante y compleja temática del incumplimiento obligacional derivado de los vínculos contractuales.

II. ANTIJURIDICIDAD EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ SARFIELD

Desde ya que no formularemos un análisis exhaustivo de la historia de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil, ni tampoco agotaremos todas las vicisitudes que respecto del concepto emanan del Código de Vélez, ya que tal empresa excedería tanto los límites de este trabajo como la capacidad científica de su autor.

Sí desarrollaremos, en cambio, una serie de apuntes de carácter general que consideramos indispensables a la hora de introducirnos luego en el eje central de este texto.

En esa línea, diremos que la norma principal que encontramos en el Código derogado a los efectos de suministrar una suerte de definición de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad por daños es la del art. 1066: “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere *expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía*; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, *si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto*” (el resaltado nos pertenece).

Bajo el prisma del derecho “clásico”, y realizando una interpretación literal del este artículo, para que se active el sistema de responsabilidad civil sería imprescindible que la conducta generadora del daño resulte contraria a una ley “ordinaria”, “municipal” o “reglamento de policía”.

Ergo, si la acción no encuadra dentro de la conducta expresamente² tipificada por las fuentes jurídicas mencionadas, no hay “ilícito” resarcible.

Lo que se reprocha, de este modo, es una conducta del agente que causa un daño a otro y es la voluntad de quien ejecuta la acción lo que se juzga a la hora de determinar si ella violenta o no la norma jurídica.

Se vinculan –y de alguna manera se confunden– los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad o imputabilidad de la conducta, lo cual no es aconsejable y por eso ha sido descartado actualmente por la doctrina.

Se trata de una visión de la antijuridicidad “formal” y “subjetiva”, ya que se coloca el acento en el hecho generador del posible daño, mientras que se le resta importancia al resultado de tal conducta y al efectivo perjuicio que sufre una víctima sin justificación alguna.

Podemos encontrar aquí algún fundamento de carácter ideológico-principista respecto de esta posición, basada en el individualismo propio que impregna a todo el Código Civil de Vélez y que también posee anclaje constitucional en el art. 19 de la Carta Magna³.

Si dicho dispositivo –al erigir al principio de legalidad como uno de sus pilares fundamentales– descarta obligar a los ciudadanos a hacer lo que la ley no manda ni privarlos de lo que ella no prohíbe, lógico parece que el Código –de manera coincidente– exija la violación a una norma jurídica expresa para legitimar la limitación de carácter patrimonial que para el deudor de la obligación resarcitoria presupone la activación del sistema de responsabilidad por daños.

Se privilegia en este orden el valor seguridad jurídica y la libertad del ciudadano frente a la restricción patrimonial que presupone la activación del andamiaje de la responsabilidad civil.

Esta restricción a la libertad personal debe provenir de la ley –entendida como la principal fuente de derecho positivo–, sin que en tal concepción se deje demasiado margen a la actuación de la jurisprudencia. Los jueces, en esta concepción, no podrían tildar de antijurídica a una conducta no reprobada expresamente por la ley.

² El texto de la norma hace énfasis en esta palabra.

³ Ya el maestro Llambías reconocía este fundamento de carácter constitucional al afirmar que, si no existe violación a un deber legal expreso, “el sujeto que obra ha hecho legítimo empleo de una libertad que tiene arraigo constitucional puesto que él no puede ser privado de lo que la ley no prohíbe (art. 19, *in fine*, de la CN), y en consecuencia mientras se limite al uso de esa libertad de obrar, y más todavía al ejercicio regular de un derecho subjetivo, no está obligado a indemnizar los daños que pueden derivar de su actividad puesto que no serían daños injustos”. (LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 613).

Sería, bajo este prisma, “inseguro” y hasta “sorpresivo” condenar a alguien a que indemnice un daño cuyo presupuesto de hecho no se encuentra debidamente tipificado en una norma jurídica que los jueces aplican casi de modo literal y mediante procedimientos de subsunción normativa.

También se presenta como coherente con esta filosofía lo consignado por el art. 1067 del Código de Vélez, en cuanto a que tilda de “ilícito punible” a todo aquel acto según el cual pueda imputarse dolo, culpa o negligencia a sus causantes.

Queremos resaltar aquí que formulamos este breve repaso analizando de manera casi literal la norma diseñada por Vélez, ya que ello nos sirve para dar inicio al planteo central del trabajo.

Sin embargo, es necesario aclarar que no desconocemos el hecho de que la doctrina civilista ha trabajado desde siempre estas ideas y concluido, en su gran mayoría, en que, para tildar de antijurídica a una conducta –aun bajo la redacción del art. 1066 de Vélez–, puede recurrirse a criterios más amplios⁴.

Formulada entonces tal advertencia, a los fines de este texto, y sin perjuicio de algunas adaptaciones que han producido una flexibilización y apertura de los conceptos reseñados⁵, lo cierto es que para el derecho “clásico” sólo son resarcibles aquellos daños que provienen de conductas violatorias de normativa legal expresa.

Como ya sabemos, por las especialísimas características de los bienes colectivos ambientales –y también como ejemplo los daños masivos sufridos por consumidores–, esta noción se presenta como insuficiente.

III. ANTIJURIDICIDAD EN LA LEY 25675

La única referencia medianamente explícita a la antijuridicidad que hallamos en la principal norma de presupuestos mínimos del microsistema ambiental se aloja en el art. 27 de la ley 25675: “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. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

⁴ Sólo por citar un texto clásico que nos da la idea del tiempo transcurrido desde que la doctrina se ha planteado este tipo de debates de manera tan rigurosa en términos científicos: “¿Ilícito es lo prohibido expresamente por la ley? ¿O lo es también algo más que la transgresión de lo prohibido en forma expresa? (...) En mi modo de ver se impone el criterio amplio: el sistema legal no puede dejar sin repudio toda una serie de conductas no expresamente vedadas, pero cuya prohibición surge de la consideración armónica del sistema jurídico como plexo normativo...”. (ALTERINI, Atilio, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 73).

⁵ Nos referimos aquí –por ejemplo y sin perjuicio de que nos explayaremos al reflexionar sobre el concepto de antijuridicidad en el nuevo Código– a juzgar como antijurídicas a conductas violatorias de costumbres, principios o valores que emanen del ordenamiento vigente: “La antijuridicidad tampoco se circunscribe a la violación de normas (legales o contractuales) sino que comprende la transgresión a valores y principios jurídicos”. (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. IV, “Presupuestos y funciones del derecho de daños”, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 314).

Según esta redacción, es posible ingresar al sistema de responsabilidad civil por daño ambiental sin incurrir en una conducta de carácter ilícito en los términos del art. 1066 del Código de Vélez que referenciáramos en el título que antecede.

Ello así, por cuanto el art. 27 de la Ley General del Ambiente activa el sistema de responsabilidad por daños también como reacción hacia conductas de carácter lícito.

Desde la doctrina ambientalista, comentando este dispositivo legal, se ha concluido de manera contundente en que “basta con la antijuridicidad material (el acto injusto), como lo explicaran Federico De Lorenzo, Jorge Mosset Iturraspe e Isidoro H. Goldenberg, entre otros, en nuestra doctrina, para que se cumpla o configure este requisito del derecho de daños. En otras palabras, no es indispensable la antijuridicidad formal, la falta o contravención a leyes o normas ambientales formales o expresas, para que se pueda dar un ámbito regular del derecho de daños”⁶.

Poniendo en diálogo la regla que emana del art. 27 de la ley 25675 con el pensamiento del codificador decimonónico, es interesante observar la nota al título octavo (“De los actos ilícitos”) de la sección segunda del Libro segundo del Código de Vélez, el cual diferencia los actos lícitos de los ilícitos, en los siguientes términos: “Los actos lícitos son acciones, pues que tales se consideran aun los de la expresión tácita de la voluntad. Los actos ilícitos pueden ser acciones u omisiones. Acciones, cuando se hace lo que la ley prohíbe, omisiones, cuando no se hace lo que la ley manda. Los actos lícitos son acciones no prohibidas por la ley; los actos ilícitos siempre son acciones u omisiones prohibidas. Los actos lícitos sólo se consideran en el derecho, cuando pueden producir alguna adquisición, modificación o extinción de los derechos u obligaciones. En los actos ilícitos no hay distinción que hacer. Como su fin no es un fin jurídico, no son ni se llaman actos jurídicos, aunque estén determinadas sus consecuencias jurídicas. ‘El que me roba, dice Savigny, no se propone ciertamente venir a ser mi deudor *ex delicto*, para restituir la cosa hurtada e indemnizar todo el daño’. Estos son los caracteres diferenciales entre los actos lícitos e ilícitos”.

En materia ambiental es muy usual que los daños masivos se generen por conductas que en principio no resultan violatorias de norma específica alguna, ya que no existe un catálogo preciso y exhaustivo de reglas que indiquen cómo actuar en cada caso particular en relación a los bienes colectivos.

Esto se debe a varios motivos, pero uno de los principales se apoya en la extrema dificultad que experimenta el legislador para traducir en el texto normativo la intrincada serie de acciones, omisiones o conductas que pueden producir perjuicios ambientales.

Máxime cuando en innumerable cantidad de supuestos los riesgos a prevenir –en forma previa a la recomposición y/o resarcimiento de perjuicios ya causados– provienen de conductas cuyo vínculo causal con el daño es incierto desde el punto de vista científico; casos en los cuales adquiere significancia el principio precautorio regulado por el art. 4 de la ley 25675.

⁶ CAFFERATTA, Néstor (dir.); CAFFERATTA, Néstor; LORENZETTI, Pablo; RINALDI, Gustavo y ZONIS, Federico (coautores), *Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 500.

Muy difícilmente, entonces, un proyecto o actividad violatoria de lo prescripto por el art. 41 de la Constitución Nacional se encuentre prohibida por una ley expresa.

Por otra parte, también es complejo encontrar normas jurídicas que ordenen conductas específicas en relación a determinados bienes ambientales cuya omisión pueda generar un accionar antijurídico y, por tanto, ilícito en términos formales.

Un segundo argumento que podríamos reseñar en este punto finca en que los daños ambientales se fundan principalmente en factores de atribución de carácter objetivo⁷, en razón de lo cual poco interesa la voluntariedad del sujeto causante del evento que intenta prevenirse, recomponerse o resarcirse.

Ergo, esta identificación de la que hablábamos antes, ahora, entre la antijuridicidad y la culpabilidad, se difumina en los supuestos de daño ambiental.

La antijuridicidad ya no es más pensada como “subjetiva” sino como “objetiva”, lo cual redundaría en notorias ventajas para la tutela del bien colectivo.

Si bien nos explayaremos en el título dedicado al nuevo Código, adelantamos que el solo hecho de tildar como antijurídicas a conductas que violen el deber genérico de no dañar (carácter material del instituto que analizamos) y con independencia de la intención del agente (carácter objetivo) conlleva que gran parte de los desastres naturales que usualmente se verifican caigan dentro del derecho de la responsabilidad civil y experimenten así sus consecuencias.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos subrayar que no porque la responsabilidad por daños ambientales se apoye en factores objetivos de atribución debe relevarse de la carga de acreditar que la conducta u omisión que causa el perjuicio es antijurídica.

Es así que los proyectos o actividades que aparezcan sólo como potencialmente riesgosos para el medio ambiente, en principio, no resultan ilícitos.

Sin embargo, si esa misma actividad o proyecto luego causa un daño, sí resulta antijurídica en términos objetivos, por resultar violatoria del *alterum non laedere*⁸.

Ahora bien, claro está que no cualquier modificación del medio ambiente es antijurídica y, por tanto, genera la obligación de prevenir, recomponer o indemnizar.

A los fines de ponderar el requisito del derecho de daños que estamos explorando en este ensayo, deberá tenerse a la vista la definición brindada por el art. 27 de la ley 25675 y, entonces, evaluar si la alteración del bien colectivo es, por un lado, negativa y, por otro, relevante⁹.

⁷ Arts. 29 y conchs. de la ley 25675.

⁸ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 484, 485.

⁹ Se ha dicho en este punto que “En primer lugar, la alteración debe ser negativa pues, como se ha visto, hay alteraciones que son positivas y, consecuentemente, no configuran daño; p. ej., la construcción de un dique puede ser necesaria para impedir inundaciones, recolectar agua para los períodos de sequía, etc. Además, esa modificación debe ser relevante. Un sector de la doctrina entiende que este calificativo implica que la lesión desorganiza el sistema, retardando el desarrollo humano (Lorenzetti, Cafferatta, Esain, entre otros) y afirma que la acción lesiva es aquella que comporta una desorganización de las leyes

Sostenemos que estos dos requisitos, testeados de acuerdo a las circunstancias de cada caso, operarán como parámetros interpretativos a la hora de tipificar a una conducta u omisión como antijurídica en términos “materiales”.

Por otro lado, y en referencia a los daños causados por actividades lícitas, es conocido que la jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas oportunidades acerca de la responsabilidad del Estado¹⁰.

En materia ambiental, es usual también que los particulares se amparen en que sus actividades poseen autorización administrativa para funcionar y, por tanto, serían lícitas.

Desde ya que es lícito –en términos genéricos– desarrollar una actividad económica y, como consecuencia de ello, obtener beneficios patrimoniales. Se trata de derechos fundamentales con fuerte amparo constitucional¹¹.

Por tanto –alegan– no pueden ser responsabilizados en el caso en que generen daños ya que, por un lado, no se encuentran infringiendo norma alguna y, por otro, sus proyectos cuentan con el aval estatal que certifica cada proyecto.

La jurisprudencia ambiental ya se había pronunciado en contra de esta postura, al entender que la autorización administrativa no enerva la antijuridicidad del acto que causa daños injustificados¹².

En el nuevo Código Civil y Comercial hallamos una norma que, estando alojada en el marco de la responsabilidad civil por hecho de las cosas y actividades riesgosas, dispone lo siguiente: “Art. 1757: Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. *No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención*” (el resaltado nos pertenece).

En la misma línea, se regulan las inmisiones al disponer el primer párrafo del art. 1973 que “Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y *aunque medie autorización administrativa para aquéllas*” (el resaltado nos pertenece).

de la naturaleza (Lorenzetti, Trigo Represas); dicho en otras palabras, el daño ambiental se relaciona con el principio organizativo del sistema ambiental y existe cuando esa afectación es apta para impactar sobre el equilibrio de ese sistema (Lopez Alfonsín - Martínez)”. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25675, ley general del ambiente (LGA)”, Academia Nacional de Derecho 2006 (julio), 2/10/2006, p. 1.

¹⁰ Corte Sup., 20/9/1984, LL 1985-A-89; LLC 1985-7-554; ED 111-551, entre otros.

¹¹ Arts. 14 y 17 de la CN.

¹² Entre otros: “Un acto lícito, beneficioso para la colectividad, permitido administrativamente, puede importar un ataque al derecho ajeno, que impone una indemnización: la responsabilidad por inmisiones es exclusivamente objetiva, ningún papel juegan la negligencia o la impericia. La conclusión es la siguiente: La persona que asume el riesgo de un uso excesivo del fundo deberá responder por las consecuencias perjudiciales de tal conducta. No interesa que no haya negligencia ni el ejercicio antifuncional de su derecho”. (Trib. Col. de Responsabilidad Extracontractual n. 2 Rosario, 11/10/2006, “Tsioulis, Mario v. Mercado de Ganado S.A”, AP 70035324).

Este marco conceptual, que en ocasiones destacamos como propio y característico del ambientalismo, no resulta nada novedoso para el derecho de la responsabilidad civil.

Ya en la década del 70 del siglo pasado, el maestro Llambías sentenciaba que “La autorización administrativa para practicar una actividad bajo las condiciones que aquélla determine no es una causa de justificación que pueda liberar al agente de la obligación de reparar los daños que puedan sufrir los terceros como consecuencia de la actividad permitida”¹³.

Advertimos de esta manera que la regla inserta en los arts. 1757 y 1973 del nuevo Código descarta cualquier tipo de posibilidad de eximición de antijuridicidad de la conducta fundada en la autorización administrativa para el funcionamiento de la actividad o proyecto que cause directa o indirectamente daño ambiental.

Estos dispositivos claramente invalidan cualquier tipo de estrategia defensiva de aquellos causantes de perjuicios ambientales que intenten ampararse, por ejemplo, en que cuentan con la aprobación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental por parte de la autoridad competente.

El razonamiento es simple y claro: la responsabilidad civil transita por carriles diferentes que el cumplimiento de las normas y reglamentos de carácter administrativo.

En esta línea, si hay daño o posibilidad cierta o incierta de causación de un perjuicio, él debe ser prevenido, recompuerto o resarcido en caso en que las dos primeras alternativas no fueren posibles¹⁴, independientemente de que el menoscabo pueda resultar de carácter “lícito” por contar con certificación ambiental administrativa aprobada.

Se impone aquí casi como obligatoria la cita del ya tan célebre como esclarecedor caso de los “Saladeristas de Podestá”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1887: “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

¹³ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado...*, cit., t. III, p. 674.

¹⁴ Art. 28 de la ley 25675: “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder”.

Art. 1708 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

Art. 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación: “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”.

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”¹⁵.

Ahora bien, y atento a lo reseñado en este título, ¿estamos en condiciones de pregonar que en materia de daño ambiental de incidencia colectiva la antijuridicidad no constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad civil?

Pensamos que no es éste el camino a seguir, ya que actuar de ese modo nos llevaría a un accionar inconstitucional.

Por el contrario, la antijuridicidad es y continuará siendo un elemento del derecho de daños, aunque reformulado en su versión “material” y “objetiva” tal cual la entiende el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

IV. ANTIJURIDICIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

En la sección dedicada al “daño resarcible”, el nuevo Código define al daño en su art. 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*” (el resaltado nos pertenece).

En base a este punto de partida, entonces, consideramos que todo el instrumental vinculado a la responsabilidad civil plasmado en la nueva norma resulta directamente aplicable cuando de causación de daños ambientales colectivos se trata.

Recordemos que el art. 1709 del nuevo digesto, ubicado en la sección relativa a las disposiciones generales de la responsabilidad civil, establece la siguiente prelación normativa: “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”.

Concurrirán entonces a regular las características de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad por daños ambientales tanto lo normado por el Código Civil y Comercial como lo previsto por la ley 25675, con los alcances aludidos en el título anterior de este ensayo.

En lo que hace específicamente al requisito que aquí exploramos, el Código lo define de manera sustancialmente diferente a lo preceptuado por Vélez en el art. 1066 que reseñáramos con anterioridad.

Así, el art. 1717 de la nueva norma dispone que “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

Estamos aquí claramente en presencia de un concepto de antijuridicidad de carácter ya no “formal” sino “material” y ya no “subjetivo” sino “objetivo”, tal cual lo reclamaban tanto la doctrina como la jurisprudencia durante la vigencia del Código de Vélez.

¹⁵ Corte Sup., “Saladeristas Podestá, Bertam, Anderson, Ferrer y otros v. Provincia de Buenos Aires”, 14/5/1887, en *Colección de análisis jurisprudencial derecho constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 257, con nota de Ernesto Cionfrini.

No resulta imprescindible exigir la violación a una conducta tipificada por una normativa expresa –al modo del derecho penal– para que la acción dañosa pueda tildarse de antijurídica, sino que es suficiente con que resulte contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado.

Evidentemente, el Código recepta la postura mayoritaria que ha expresado la doctrina civilista al respecto, la cual evolucionó desde el concepto de la responsabilidad civil, entendida primigeniamente como una obligación de reparar en cabeza del agente que causa el daño, hacia la concepción más actual, centrada en el derecho de la víctima a ser indemnizada.

La responsabilidad civil pasa a ser pensada como un crédito a la reparación y la víctima del daño desplaza al causante del centro de la escena¹⁶.

De manera brillante, y vinculando la temática en análisis con la cuestión ambiental, Zavala de Gonzalez afirma que “Con énfasis debe rechazarse la vigencia de un derecho genérico a dañar y sí, el derecho a no ser víctima. Es inadmisibles aludir a un ‘derecho de accidentar pagando’, como se invoca a propósito del abono por empresas estadounidenses de cuotas dinerarias por contaminar el medio ambiente, dañando a las personas. Según bien critica Mosset Iturraspe, ello equivale a un permiso para matar pagando, en cuanto el costo sea menor que el originado por la prohibición de matar”¹⁷.

Desde esta óptica, si se verifica un daño que posee vínculo causal con la conducta generadora, opera una suerte de presunción *iuris tantum* que, a su vez, invierte la carga demostrativa al exigir al agente la prueba de que el perjuicio no se encuentra amparado por alguna causal de justificación.

Vale aquí formular algún tipo de aclaración en relación a las omisiones de carácter antijurídico, en las cuales evidentemente debe existir un presupuesto de hecho para que adquiera operatividad el sistema: debemos cuestionarnos acerca de qué es ese “algo” que se omite.

Pues bien, desde una visión sumamente amplia, podríamos tildar de antijurídica a toda aquella omisión no sólo de las leyes o deberes jurídicos explícitos, sino también de la costumbre, los principios generales del derecho –ambiental, en nuestro caso– y también en relación a los valores que emanan del ordenamiento.

Contrariamente a lo expresado en el párrafo que antecede, coincidimos con la doctrina que propone –aun sin abandonar el concepto de antijuridicidad “material” y “objetiva”– que para el caso de las omisiones debe fijarse algún tipo de restricción a los fines de evitar el aniquilamiento de la libertad personal del agente que se encuentra frente a la posibilidad de una conducta omisiva susceptible de causar un daño¹⁸.

¹⁶ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. “La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, en ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 1992.

¹⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, cit., t. IV, p. 315.

¹⁸ “Cuando no existe una infracción a una norma jurídica que expresamente prohíbe una conducta determinada, debe construirse el hecho antijurídico a partir de los deberes impuestos por distintas normas del orden jurídico; y si ello no es posible, pues no será factible condenar por responsabilidad civil”.

Así, se ha dicho que la omisión a la que refiere el art. 1717 del nuevo Código reenvía a la inobservancia del deber general de prevención de daños diseñado por el art. 1710¹⁹, haciendo jugar esta noción general con la teoría del abuso de derecho (arts. 10 y 14) y el principio de buena fe (art. 9).

Otra reserva que vale la pena incluir en este acápite radica en los supuestos de responsabilidad contractual, en los cuales sí la antijuridicidad consistirá en la violación de una norma expresa pactada por los particulares en las cláusulas del convenio que marcan las conductas debidas por los contratantes²⁰.

Dejando de lado las omisiones y retornando al análisis de las conductas antijurídicas, pensamos que ya no es necesario indagar en la voluntariedad del causante del daño ni asignarle factor de atribución alguno tal como se realizaba bajo el prisma de la antijuridicidad “subjctiva”.

En este cambio de paradigma, ciertamente, ha jugado un rol importante la jerarquización de la máxima del *alterum non laedere* y también el giro que ha adoptado el derecho de la responsabilidad civil al trasladar su eje desde la culpa al daño, colocando a la víctima en el centro del sistema²¹.

En relación al deber de no dañar a otro, se comprende al concepto de antijuridicidad como al de aquella conducta que conculca justamente esta máxima del *alterum non laedere*²², la cual, por otra parte, posee jerarquía constitucional.

El solo hecho de que una conducta llevada a cabo por una persona física o jurídica viole este deber de indemnidad que ostentan tanto las personas actuales como las futuras, como también los bienes de incidencia colectiva²³, la torna antijurídico.

El tránsito recorrido desde la noción del daño injustamente causado, con la mirada puesta en el agente lesivo, hacia la del daño injustamente sufrido, con la atención colocada en la víctima²⁴, se erige sin hesitación en la filosofía del nuevo digesto.

(IBARLUCÍA, Emilio A. “Antijuridicidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional”, LL del 28/12/2011, p. 1; LL 2012-A-561).

¹⁹ PICASSO, Sebastián, “La antijuridicidad en el Proyecto de Código”, LL del 30/8/2013, p. 1.

²⁰ Ha sostenido la doctrina en este punto que “en materia de responsabilidad contractual, rige una excepción a este principio, pues en dicho supuesto el daño necesariamente derivará del incumplimiento de una obligación preexistente, que precisa la conducta que el deudor está obligado a ejecutar. Esta diferencia está expresamente consagrada en el CCiv.yCom., pues los arts. 1716 y 1749 distinguen, en forma expresa, la violación del deber general de no dañar a otro y el incumplimiento de una obligación como las dos grandes fuentes del deber de resarcir”. (CALVO COSTA, Carlos A.; CASTRO, Verónica A.; GONZÁLEZ, Victoria; GRAFEUILLE, Carolina E.; MAGLIO, María C. E.; MARINO, Abel E.; URBINA, Paola A. y YUBA, Gabriela, “Comentario al art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación”, LL Online, Legislación Comentada Premium).

²¹ LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Responsabilidad civil. Parte general*, t. II, “La antijuridicidad”, por Sebastián PICASSO, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 209 y ss.

²² Tiene dicho la doctrina que “el fundamento actual de la antijuridicidad gira en torno de la existencia de un deber general de no dañar”. (PICASSO, Sebastián. “La antijuridicidad...”, cit.).

²³ Nos extenderemos algo más sobre este tema en el título VI de este trabajo.

²⁴ López Olaciregui, José María. “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”. Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. Edit. Depalma, agosto de 1978, n° 64, año 11).

Así lo dispone el art. 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación: “*La violación del deber de no dañar* a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código” (el resaltado nos pertenece).

El nuevo Código, en este punto, es coherente con uno de sus principales pilares, cual es el de la constitucionalización del derecho privado.

Se lee en los fundamentos del Anteproyecto que “La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

De este modo, la interpretación del presupuesto de la antijuridicidad se constitucionaliza, al igual que el resto del sistema de responsabilidad civil, ya que así lo ordena el art. 1 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Los casos que este Código 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. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

El principio del *alterum non laedere* emana del art. 19 de la Constitución Nacional²⁵ y, por tanto, la antijuridicidad como requisito específico de la responsabilidad civil no puede escapar de este razonamiento.

Ahora bien, claro está que para que el acto antijurídico –comprendido en los términos del nuevo Código– genere responsabilidad civil es preciso que genere un daño.

Esta aclaración es válida para aquellos supuestos violatorios de reglas, principios o valores jurídicos que no causan perjuicios de ningún tipo.

Aquí encontramos una justificación más acerca de la vigencia de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil: este requisito no se confunde con el daño y, por tanto, para activar las acciones preventiva o resarcitoria que regula el Código es necesario comprobar la antijuridicidad de la conducta²⁶.

²⁵ Corte Sup., "Santa Coloma v. Ferrocarriles Argentinos", 5/8/1986, JA 1986-IV-624.

²⁶ Con acierto se ha sostenido que “La antijuridicidad es predicable de una conducta humana (acción) y no del daño. Existen conductas antijurídicas y no daños antijurídicos”. (PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones...*, cit., t. II, p. 480).

Nótese también que la antijuridicidad opera como presupuesto de procedencia, no sólo de la acción resarcitoria, sino igualmente para supuestos de acciones preventivas.

Así lo exige expresamente el art. 1711 del nuevo Código, que viabiliza la acción preventiva para aquellas conductas y omisiones de carácter antijurídico que hagan previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento²⁷.

Esta exigencia debe ser también leída en el sentido que a la antijuridicidad le otorga el art. 1717, en consonancia igualmente con lo dicho en los Fundamentos del Anteproyecto para este punto: “b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención”.

Es decir que, en el caso de la función preventiva de la responsabilidad civil, la antijuridicidad provendrá de la violación del deber genérico de prevención de daños injustamente sufridos.

En definitiva, y según la cosmovisión del Código Civil y Comercial de la Nación, estaremos ante una acción u omisión antijurídica si ella conculca el principio general de indemnidad y si el daño que se genera no posee justificación alguna, lo cual nos invita a analizar el tópico que abordaremos en el título que sigue.

V. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Si, según el art. 1717 del nuevo Código, la conducta es antijurídica cuando causa daños que no aparezcan como “justificados”, razonable resulta que a continuación de la definición de este instituto se aclare cuáles son los casos en los que existe alguna justificación para dañar.

Así, ya no será necesario recurrir al Código Penal²⁸ para determinar los alcances y contornos de las causas de justificación, sino que bastará con recorrer lo prescripto por los arts. 1718 y siguientes del nuevo digesto a los fines de detectar estos “permisos” que relevan la antijuridicidad de ciertos actos que, en principio, se presentan como ilícitos en sentido genérico.

Lo novedoso del Código, en este caso, es entonces la inclusión expresa de estas causas de justificación que venían siendo introducidas al derecho privado por vía doctrinaria y jurisprudencial.

Se regulan la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho (art. 1718), la asunción de riesgos (art. 1719) –si bien el Código la incluye para pronunciarse en relación a que no configura una causa de eximición de responsabilidad civil– y el consentimiento del damnificado (art. 1720).

²⁷ En nuevo Código introduce también mecanismos preventivos para el ámbito contractual, como el diseñado, por ejemplo, por el art. 1032: “Tutela preventiva. Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”.

²⁸ Por ejemplo: legítima defensa: art. 34, incs. 6 y 7, del Código Penal; estado de necesidad: art. 34, inc. 3, del Código Penal.

Estos institutos, en las condiciones de procedencia que cada uno exige, relevan la antijuridicidad del daño; aunque no deben confundirse con las causas de inimputabilidad que excluyen la culpabilidad del agente, casos, por ejemplo, de ausencia de discernimiento o error excusable.

Se ha definido a las causas de justificación como aquellos “factores axiológicos que excluyen la antijuridicidad. Se trata de razones excepcionales que legitiman el acto; ponen de relieve que, a pesar del mal inferido por el agente, su conducta es justa y que el ordenamiento jurídico la autoriza y aprueba”²⁹.

Por exceder los límites y objetivos de este ensayo, formularemos aquí sólo algunas breves precisiones en relación a estos institutos, vinculándolos con su rol en materia de daños ambientales colectivos.

En términos generales, alegamos al respecto que la interpretación de cada uno de estos “eximentes” debe ser de carácter restrictivo, atento a que la “disponibilidad” o “apropiabilidad” de los bienes colectivos ambientales es sumamente reducida, por no decir nula o de imposible implementación.

Creemos que las causas de justificación que diseña el Código presuponen que los derechos que se ejercen (ejercicio regular), o los que legítimamente se defienden (legítima defensa) o aquéllos respecto de los cuales intenta evitarse un mal mayor, inminente y grave (estado de necesidad), o los derechos respecto de los cuales se presta conformidad para ser alterados o dañados (consentimiento del damnificado) o aquéllos en relación a los cuales se asume un riesgo (asunción de riesgos) son disponibles o renunciables.

En una interpretación holística del Código, debemos recurrir aquí –en materia de derechos personalísimos– a lo preceptuado por el art. 55: “El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”³⁰.

Por otra parte, al regular la renuncia de derechos, se dispone en el art. 944 que “Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados. No se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio” (el resaltado nos pertenece).

Pues bien, la tutela y el disfrute de un ambiente sano –como bien colectivo– es un derecho fundamental con jerarquía constitucional³¹.

²⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, cit., t. IV, p. 349.

³⁰ El Código se preocupa por garantizar fuertemente la libertad y razonabilidad del consentimiento para casos en los cuales se advierte algún tipo de vulnerabilidad o debilidad de una de las partes del vínculo. Se detecta esta intención, por ejemplo, en lo normado para los procedimientos de fertilización asistida (arts. 560 y 561), voluntad procreacional (art. 562), en la interpretación de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 987, 988 y 989), en los procedimientos de interpretación de los contratos en general (arts. 1061 y ss.), en la protección de la confianza entre los contratantes (art. 1067), en interpretación de las relaciones y contratos de consumo (arts. 1094 y 1095), entre otros.

³¹ Arts. 41 y 43 de la CN.

Además, toda la normativa microsistémica protectoria del ambiente se autocalifica como de orden público y resulta indisponible para las partes³².

En base a ello y en principio, ninguna persona física o jurídica puede hacer valer derechos de propiedad exclusivos respecto de estos bienes colectivos y –por tanto– disponer de ellos del mismo modo en que se lo habilita en relación a los derechos individuales o privados en los términos de los arts. 55 y 944 citados *ut supra*.

Debe interpretarse de manera restrictiva y considerarse como libremente revocable, por ejemplo y en la inteligencia del art. 55 del nuevo Código, todo aquel consentimiento que un individuo exprese en una relación jurídica que pueda comprometer directa o indirectamente derechos de incidencia colectiva.

Es por estos argumentos que entendemos que tampoco podrían ejercitarse las causas de justificación que diseña el nuevo Código para la tutela ambiental del mismo modo en que se lo permite para los derechos individuales.

A modo de ejemplo, consideramos que una industria no podría alegar el ejercicio regular de un derecho (art. 1718, inc. a) para arrojar sus residuos a un río, amparada en que ello se encuentra permitido por la autoridad administrativa que aprobó el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Tampoco una empresa contaminante del aire o del suelo podría válidamente insinuar en juicio como estrategia defensiva que las personas que la denuncian asumieron el riesgo de ser damnificadas (art. 1719) porque construyeron sus viviendas en las adyacencias de tal industria cuando ella ya se hallaba funcionando.

Idéntica situación se presenta respecto del consentimiento del damnificado (art. 1720), ya que nadie podría prestar conformidad con un daño al bien colectivo ambiental, debido a que de ninguna manera una conducta de carácter individual puede comprometer los derechos de los restantes integrantes de la clase o del grupo, ni aun de las generaciones futuras.

Una cosa es el ejercicio de esta facultad de “autodeterminación” o libertad personal respecto de bienes individuales y otra muy diferente cuando de bienes colectivos se trata.

Así lo expresa incluso el art. 1720 al disponer que el consentimiento del damnificado “libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de *bienes disponibles*” (el resaltado nos pertenece)³³.

El bien colectivo ambiental es clara y contundentemente indisponible para las partes, en razón de lo cual esta causa de justificación no posee campo de acción alguno en la materia que estudiamos.

³² Arts. 3 y concs. de la ley 25675.

³³ Respecto de la disponibilidad o indisponibilidad de ciertos derechos personalísimos en relación al consentimiento informado, aunque sin referir a la problemática ambiental, se han expresado de manera esclarecedora TOLOSA, Pamela y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena, “Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el nuevo Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV-46.

Es válido recordar la fuerte defensa de los derechos de incidencia colectiva diseñada por el nuevo Código, articulando en base a ello el ejercicio de los derechos individuales e introduciendo a la normativa general o sistémica de derecho privado el concepto de desarrollo sostenible.

Deberán confluír de este modo en la interpretación y aplicación de las causales de justificación, cuando de daños ambientales se trate, todos y cada uno de los principios y valores³⁴ de la normativa microsistémica, en consonancia con los que emanan de los arts. 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación³⁵.

Ratificamos entonces, en una primera aproximación hacia una temática merecedora de una mayor profundización que excede los objetivos de este aporte, que las causales de justificación diseñadas por el nuevo Código deben ser interpretadas de manera sumamente restrictiva cuando de bienes ambientales se trata, ya que dichos institutos poseen como sustrato la acción individual sobre derechos libremente disponibles.

En el balance de pesos específicos entre la tutela de los bienes colectivos, por un lado, y el interés que tiene en miras cada una de las causas de justificación reguladas por el digesto en comentario, por el otro, no es posible en nuestro ordenamiento que triunfen los últimos por sobre los primeros.

Deberá prevalecer la máxima del *alterum non laedere* –releída en los términos que referenciaremos en el título siguiente– y tildarse de antijurídica a toda conducta activa o pasiva que conculque la legislación, reglamentación, principios y valores tuitivos del medio ambiente.

VI. DESAFÍOS A EXPLORAR EN RELACIÓN A LA ANTIJURIDICIDAD COMO PRESUPUESTO DEL DAÑO AMBIENTAL

Luego de lo expuesto en los títulos que anteceden, pensamos que el diálogo entre el sistema de derecho privado diseñado por el nuevo Código –por un lado– y el microsistema protectorio del ambiente –por el otro– disparará algunos desafíos interesantes a encarar y que bien podrían ser objeto de futuros estudios.

Uno de los tantos tópicos que puede resultar propicio profundizar –siempre desde la óptica de la antijuridicidad del daño como objeto de análisis en este trabajo– radica en el vínculo estrecho que existe entre la tutela del medio ambiente y la dignidad de la persona humana.

La posibilidad de disfrutar de un ambiente sano constituye un derecho fundamental y, en términos constitucionales, engloba no sólo la tutela de los recursos naturales sino

³⁴ Art. 2 del nuevo Código: “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”.

³⁵ Art. 14, *in fine*: “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”.

Art. 240: “El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones 1ª y 2ª 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”.

también el patrimonio cultural, artístico, histórico, el paisaje y todo lo relativo a los micro bienes ambientales.

Esta definición amplia que emana del art. 41 de la Carta Magna posibilita determinar un doble objeto de protección: por una parte, se ampara el ambiente como “macro bien” en sí mismo, mientras que, por otro lado, y sin dudarlo, se tutela la calidad de vida de las personas integrantes de la generación actual y también de las generaciones futuras.

En este marco juega un rol preponderante la protección de la dignidad de la persona humana, concepto que, a su vez, se erige como uno de los pilares fundamentales del Código Civil y Comercial de la Nación.

Así, al regular los derechos y actos personalísimos, se expresa en el art. 51 que “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

Se trata de la fijación de un punto de partida y de una toma de postura con un contenido axiológico contundente que, por lo demás, es sostenido con firmeza a lo largo de todo el articulado del Código³⁶.

En el campo ambiental, tanto el primero como el último de los más importantes documentos a nivel internacional que se han producido en la materia relacionan y vinculan fuertemente a la tutela del medio ambiente con la dignidad de la persona humana.

Es así que la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo en 1972, expresa, por ejemplo, que "El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de las condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita una *vida digna* y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras" (el resaltado nos pertenece)³⁷.

Por otro lado, y mucho más recientemente, la Encíclica “Laudatio Si” redactada por el Papa Francisco en fecha 24 de mayo de 2015 contiene una innumerable cantidad de referencias a estos conceptos.

Sólo a los efectos de citar los ejemplos que consideramos más contundentes:

– “Es fundamental buscar soluciones integrales que consideren las interacciones de los sistemas naturales entre sí y con los sistemas sociales. No hay dos crisis separadas, una ambiental y otra social, sino una sola y compleja crisis socio-ambiental. Las líneas para la solución requieren una aproximación integral para combatir la pobreza, para devolver la dignidad a los excluidos y simultáneamente para cuidar la naturaleza”. (Parágrafo 139).

³⁶ Encontramos interesantes referencias a la dignidad de la persona humana, por ejemplo, en los siguientes artículos: 52 (afectaciones a la dignidad), 279 (objeto de los actos jurídicos), 1004 (objeto de los contratos), 1097 (trato digno a dispensarse a los consumidores), entre otros.

³⁷ Citado por: 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.

– “Se requiere advertir que lo que está en juego es nuestra propia dignidad. Somos nosotros los primeros interesados en dejar un planeta habitable para la humanidad que nos sucederá. Es un drama para nosotros mismos, porque esto pone en crisis el sentido del propio paso por esta tierra”. (Parágrafo 160).

– “Sabemos que es insostenible el comportamiento de aquellos que consumen y destruyen más y más, mientras otros todavía no pueden vivir de acuerdo con su dignidad humana. Por eso ha llegado la hora de aceptar cierto decrecimiento en algunas partes del mundo aportando recursos para que se pueda crecer sanamente en otras partes”. (Parágrafo 193).

Resaltamos entonces que, tanto para el sistema internacional de derechos humanos como para nuestro propio derecho interno, el disfrute de un ambiente sano constituye un verdadero prerequisite o presupuesto para el goce de los demás derechos reconocidos por los Estados, plexo de derechos fundamentales entre los cuales se encuentra el de la dignidad de la persona humana.

Bajo este punto de vista, entendemos que el sistema de responsabilidad civil deberá tener a la vista todas aquellas conductas u omisiones que resulten violatorias de la integridad del macro bien ambiental en los términos del art. 240 del Código Civil y Comercial de la Nación, en consonancia también con aquellos actos que se presenten como contrarios a la garantía de tutela de la dignidad de la persona humana consagrada por el art. 51 del digesto en estudio.

Por tanto, forzosamente se deberán juzgar como antijurídicas en términos materiales y objetivos todas aquellas acciones que afecten negativamente el ambiente y la dignidad de la persona humana en el caso concreto.

No podrá tildarse de arbitrario ni de contrario a derecho a este mecanismo, atento a que en el nuevo Código la antijuridicidad en este caso poseerá fundamento normativo en la letra, en los principios y en los valores que irradian de los arts. 14, 51 y 240.

El otro de los puntos que interesa dejar expuesto sólo a modo de invitación que podría hacernos el texto del nuevo Código para estudiar a futuro surge a raíz de la lectura de un interesantísimo e ingenioso trabajo del profesor Federico De Lorenzo relativo al “*alterum non laedere*”³⁸.

Se interroga de manera magistral quien fuera el coordinador de todas las subcomisiones que trabajaron en la redacción del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de 2012 acerca de la necesidad de “precisar quién es el ‘otro’ o el *alterum* al que refiere el principio de no dañar”.

Analizando el texto en comentario, advertimos que gran parte de las reflexiones sobre este aspecto son disparadas por conceptos que emanan de la problemática ambiental, ya que se pone como ejemplo de estos “nuevos otros” a las generaciones futuras, a la naturaleza, a los animales, a las comunidades indígenas, entre otros.

Recogiendo entonces la sugerencia del profesor De Lorenzo consistente en que estos “nuevos otros” “obligan al jurista a replantear(se) viejos institutos del sistema –

³⁸ DE LORENZO, Miguel F., “El principio de no dañar al ‘otro’”, LL del 1/9/2014, p. 1; LL 2014-E-1350.

sustantivos y procesales– a la luz de nuevos paradigmas que tienden a gobernar la teoría jurídica”, pensamos que tales nociones deben repercutir de algún modo en la interpretación del concepto de antijuridicidad que el nuevo Código recepta en su art. 1717.

Es que si afirmamos –una vez más– que estamos en presencia de un concepto “objetivo” y “material” de antijuridicidad y que su operatividad se relaciona con la violación del principio general de “no dañar a otro”, se impondrá en materia ambiental explorar quién es ese otro en cada caso particular.

Parece haber consenso en considerar como sujeto de derecho a la naturaleza, tal como lo hacen de manera literal las constituciones de Ecuador y Bolivia –o bien como objeto de fuerte tutela–, a los bienes colectivos en general.

Bajo este prisma, y tal como ya lo adelantamos en el presente ensayo, los daños al ambiente –entendido como macro bien– resultarán antijurídicos en caso en que no se encuentren justificados; supuesto en el cual aparecería como constitucionalmente razonable incluir a los bienes colectivos ambientales como aquellos “otros” que pueden ser sujeto u objeto de daños según el principio general.

Alguna mayor especificación y debate tal vez genere lo relativo a la consideración como sujeto de derecho de las generaciones futuras.

Nuestra Constitución Nacional no lo resuelve de manera expresa sino que en su art. 41 sólo indica que las actividades productivas de las generaciones actuales no deben comprometer las necesidades de las futuras.

Es complejo en este punto determinar qué tipo de bienes y en qué cantidad y calidad debemos transmitir a quienes nos sucederán.

También lo es el hecho de descifrar cuáles serán las necesidades concretas que poseerán las personas dentro de cincuenta o cien años en relación a los bienes ambientales, a los fines de juzgar como justa o injusta una acción u omisión que podamos advertir en nuestros días.

Se han propuesto algunos instrumentos para tutelar de manera más eficaz los derechos de las futuras generaciones tanto en el plano legislativo como en el administrativo y también en el judicial³⁹.

En similar postura, los instrumentos de derecho internacional con contenido ambiental colocan un especial énfasis en la protección de estos nuevos actores.

Para ser sintéticos y concentrándonos en la novedad que el documento significó para nuestra materia, insistimos con unas breves citas de la Encíclica *Laudatio Si*:

– “El problema es que no disponemos todavía de la cultura necesaria para enfrentar esta crisis y hace falta construir liderazgos que marquen caminos, buscando atender las necesidades de las generaciones actuales incluyendo a todos, sin perjudicar a las generaciones futuras”. (Parágrafo 53).

³⁹ SAULINO, María F., “Las generaciones futuras y los derechos ambientales”, en GARGARELLA, Roberto (dir.), *La Constitución en 2020*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

– “La noción de bien común incorpora también a las generaciones futuras. Las crisis económicas internacionales han mostrado con crudeza los efectos dañinos que trae aparejado el desconocimiento de un destino común, del cual no pueden ser excluidos quienes vienen detrás de nosotros. Ya no puede hablarse de desarrollo sostenible sin una solidaridad intergeneracional”. (Parágrafo 159).

Creemos que este breve repaso nos permitiría concluir en que, prima facie y bajo nuestro ordenamiento jurídico vigente, cualquier acción u omisión que conculque los derechos de las generaciones futuras encuadraría dentro de las conductas antijurídicas que dañan al “otro”.

No podremos, entonces, justificar proyectos, actividades o desarrollos que mantengan indemnes los bienes o derechos de los actuales habitantes del planeta pero que al mismo tiempo conculquen las prerrogativas que las generaciones futuras ostentan en su carácter de sujetos de derecho u objetos de protección⁴⁰ en términos constitucionales.

Las decisiones de cualquier tipo que adoptemos en el presente deben siempre también introducir la variable de la equidad internacional, ya que así surge del art. 41 de la Constitución Nacional y ahora también de los arts. 14 y 240 del nuevo Código.

Por último, e ingresando a la posibilidad de asignar personalidad jurídica a los animales, manifestamos sintéticamente que existe una corriente tanto doctrinaria como jurisprudencial dirigida a reconocerles su carácter de sujetos de derecho.

Desde el punto de vista jurisprudencial, ha sido muy divulgado el reciente caso fallado por la Cámara Federal de Casación Penal relativo a la orangutana Sandra⁴¹, en el cual se argumentó textualmente que “a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente”.

Esta posición ha sido defendida por la doctrina con sólidos, responsables y valederos argumentos⁴².

Sin embargo, preferimos en este punto acompañar a aquellos que se inclinan por sostener que no es posible en nuestro ordenamiento jurídico vigente asignar el carácter de “sujetos de derecho” a los animales.

Coincidimos con el profesor Picasso en que tanto bajo el régimen del Código de Vélez como también según lo preceptuado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los animales son objeto de derecho y no sujetos⁴³.

⁴⁰ Sea cual fuere la postura que se adopte al respecto.

⁴¹ C. Fed. Casación Penal, sala 2ª, “Orangutana Sandra s/recurso de casación s/hábeas corpus”, 18/12/2014, Supl. Penal 2015 (febrero), p. 31; LL 2015-A-339; DFyP 2015 (marzo), p. 211, con nota de Héctor Facundo D’Onofrio.

⁴² Entre otros: ZAFFARONI, Eugenio, *La Pachamama y el humano*, Colihue, Buenos Aires, 2012 (citado por la propia sentencia de la orangutana); BERROS, María V., “Breve contextualización de la reciente sentencia sobre el hábeas corpus en favor de la orangutana Sandra: entre ética animal y derecho”, RDAMB. 41; ROSA, María E., “El reconocimiento de los animales como sujetos de derecho. El caso del hábeas corpus de Sandra, la orangutana”; RDAMB. 41.

Es que si el legislador hubiere tenido la intención de asignarles a los animales ese carácter subjetivo, lo hubiese realizado expresamente. Sin embargo, en la legislación actual se los trata como cosas y no como sujetos no humanos.

Pensamos que con el solo recurso de dispensar a los animales la protección que como objetos de tutela merecen específicamente frente a –por ejemplo– determinadas prácticas que podrían generarles sufrimientos innecesarios o a experimentaciones de carácter científico susceptibles de producirles vejaciones irrazonables, se lograría el loable fin –que desde ya compartimos– que se intenta alcanzar al proponer considerarlos como sujetos de derecho.

Se trata de una cuestión técnica de carácter jurídico y no de una discrepancia en la finalidad que se persigue a la hora de salvaguardar a los animales.

En esta línea, se presentaría como sumamente grave y generaría serias incongruencias la postura consistente asignar el carácter técnico de sujeto de derecho a los animales, ya que, por ejemplo: “Toda persona tiene, por definición, un poder para actuar en el ámbito jurídico, ya sea por sí misma o por medio de representantes. Dado que es evidente que los animales no pueden actuar por sí, ¿quiénes serían sus representantes? ¿Qué norma jurídica establece una representación animal? ¿Cuál sería, por añadidura, el patrimonio de los animales, rasgo común a los dos tipos de personas (físicas y jurídicas) que el derecho reconoce? Y también (cuestión nada menor): ¿cómo se concilia el supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales con el hecho de que la ley permite que sean comprados, alquilados, dados en usufructo, cazados, encerrados, devorados, utilizados para la experimentación científica, etc.?”⁴⁴.

Por estas razones –sumadas a algunos otros argumentos que podrían aportarse al respecto y que nos llevarían a conclusiones absurdas como imputar responsabilidad civil a todo aquel que mate una vaca para luego faenarla y comerla– entiendo que, en lo que hace a este trabajo y según el derecho vigente, no sería factible considerar a los animales como aquel “otro” del “no dañar” y, por tanto, tildar de antijurídica a una conducta que les genere un perjuicio.

Reitero que lo dicho corresponde meramente a una serie de simplificaciones que aparecen como conducentes al tema puntual de este trabajo, pero que en nada desconocen las complejas e interesantes vicisitudes que plantea la problemática de los animales frente al derecho.

VII. COLOFÓN

De la misma manera que los nuevos fenómenos sociales impactan en las normas jurídicas generales y promueven su constante reelaboración y reformulación, los presupuestos de la responsabilidad por daños no deben darle la espalda a estos interesantes desafíos.

⁴³ PICASSO, Sebastián, “Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda”, LL del 16/4/2015, p. 1.

⁴⁴ PICASSO, Sebastián, “Reflexiones...”, cit.

El microsistema ambiental –y toda la producción doctrinaria y jurisprudencial que lo acompaña– han impulsado de manera valiosa y responsable estos cambios en el sistema de responsabilidad civil, aportando y exportando sus máximas y principios.

La doctrina uruguaya ha destacado con palabras magistrales esta idea: “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”⁴⁵.

Sin embargo, pensamos que no se han producido en todo este camino los suficientes diálogos entre el sistema general de responsabilidad civil y el microsistema tuitivo de los bienes colectivos ambientales.

Esta situación, en ocasiones, ha generado en materia ambiental soluciones algo deficitarias en lo que a fundamentación jurídica se refiere y, por otro lado, falta de efectividad en la tutela de los bienes colectivos.

Creemos que la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el proceso de “recodificación” a través de grandes principios y valores que él conlleva actuará como un inmejorable “campo de juego” en el cual la ciencia jurídica ambiental podrá ingresar para consultar instituciones, explorar instrumentos y extraer soluciones para cada uno de los casos.

Los artículos 1, 2, 14 y 240 del nuevo Código –sumados a todo el resto de los dispositivos que hemos citado en este ensayo– servirán de norte a seguir por los operadores jurídicos ambientales en el camino a lograr el mayor objetivo de la materia, cual es el de la profundización de la efectividad en la tutela del bien colectivo.

Específicamente en cuanto a la antijuridicidad como presupuesto del derecho de daños, concluimos en que el concepto que específicamente consigna el nuevo Código en su art. 1717 se ajusta mucho más a las especialísimas características del bien colectivo ambiental, en razón de lo cual complementará de buen modo las disposiciones sobre responsabilidad civil contenidas en la ley 25675.

En síntesis: las normas están escritas. Lo que resta entonces es encarar el mayor desafío para nosotros, los operadores jurídicos: entenderlas, interpretarlas y ejecutarlas de modo coherente, razonable y compatible con los principios y valores constitucionales.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

⁴⁵ CAUMONT, Arturo, “Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño”, LL del 18/7/2013, p. 1; LL 2013-D-925, cita online: AR/DOC/2456/2013.

BENJAMÍN, Antonio H., "¿Derechos de la naturaleza?", en AMEAL, Oscar (dir.) y TANZI, Silvia (coord.), *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, homenaje al profesor doctor Roberto López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

BERROS, María V., "Breve contextualización de la reciente sentencia sobre el hábeas corpus en favor de la orangutana Sandra: entre ética animal y derecho", *RD Amb.* 41.

BESALÚ PARKINSON, Aurora, "El incumplimiento considerado en sí propio y los nuevos perfiles de la responsabilidad (con especial referencia al daño ambiental)", *RCyS*, Número Especial en homenaje a su director, Atilio A. Alterini, 2009 (abril), p. 63.

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, La Ley, Buenos Aires, 2012, 3 tomos.

CALVO COSTA, Carlos A.; CASTRO, Verónica A.; GONZÁLEZ, Victoria; GRAFEUILLE, Carolina E.; MAGLIO, María C. E.; MARINO, Abel E.; URBINA, Paola A. y YUBA, Gabriela, "Comentario al art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación", *LL Online*, Legislación Comentada Premium.

CAUMONT, Arturo, "Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño", *LL del 18/7/2013*, p. 1; *LL 2013-D-925*.

DE LORENZO, Miguel Federico, *El daño injusto en la responsabilidad civil: alterum non laedere*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

DE LORENZO, Miguel F., "El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Código Civil de 1998", *LL 2000-C-975; Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*, t. VI, p. 1589.

GOLDENBERG, Isidoro H. y CAFFERATTA, Néstor A., *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

IBARLUCÍA, Emilio A., "Antijuridicidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional", *LL del 28/12/2011*, p. 1; *LL 2012-A-561*.

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)", *Academia Nacional de Derecho*, 2006 (julio), 2/10/2006, p. 1.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, "La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización", en ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 1992.

LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977.

LÓPEZ OLACIREGUI, José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", *Revista de Derecho Comercial y de la Obligaciones*, Depalma, 1978, nro. 64, año 11.

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, La Ley.

LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría del derecho ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Responsabilidad civil. Parte general*, t. II, “La antijuridicidad”, por Sebastián PICASSO, La Ley, Buenos Aires, 2013.

LORENZETTI, Ricardo L. (dir.); DE LORENZO, Miguel F. y LORENZETTI, Pablo (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014/2015.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. III, “El acto ilícito”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo, *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

PICASSO, Sebastián, “La antijuridicidad en el Proyecto de Código”, LL del 30/8/2013, p. 1; LL 2013-E-666.

PICASSO, Sebastián, “Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda”, LL del 16/4/2015, p. 1.

PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

PREVOT, Juan Manuel, “En torno de la antijuridicidad”, LL del 1/12/2010, p. 1; LL 2010-F-1295.

ROSA, María E., “El reconocimiento de los animales como sujetos de derecho. El caso del hábeas corpus de Sandra, la orangutana”, RDAmb. 41.

SAGARNA, Fernando, “Comentario al art. 1066 del Código Civil”, LL Online.

SAULINO, María F., “Las generaciones futuras y los derechos ambientales”, en GARGARELLA, Roberto (dir.), *La Constitución en 2020*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

TOLOSA, Pamela y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena, “Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el nuevo Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV-46.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. IV, “Presupuestos y funciones del derecho de daños”, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio, *La Pachamama y el humano*, Colihue, Buenos Aires, 2012.