



# CICLO DE CURSOS DE POSTGRADO

## Sobre derecho agrario y ambiental internacional

JORNADA GUIA – UNLP

Sobre recursos hídricos: entre bienes comunes, participación y transformación

### 4º Curso:

# LAS FORMAS DE LA NATURALEZA Y SUS FORMAS DE REGULACIÓN

Director: Leonardo Pastorino

Facultad de  
Ciencias Jurídicas  
y Sociales



UNIVERSIDAD  
NACIONAL  
DE LA PLATA

**LAS FORMAS DE LA  
NATURALEZA Y SUS FORMAS  
DE REGULACIÓN**



**Leonardo Fabio Pastorino**  
**(director)**

**LAS FORMAS DE LA  
NATURALEZA Y SUS FORMAS  
DE REGULACIÓN**



Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de cubierta puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, mecánico, óptico de grabación o de fotocopia sin permiso previo del Editor. Su infracción está penada por las leyes 11723 y 25446.



Pastorino, Leonardo Fabio

Las formas de la naturaleza y sus formas de regulación / Leonardo Fabio Pastorino. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ediciones Cooperativas, 2018.

297 p. ; 21 x 15 cm.

ISBN 978-987-652-197-0

© 2018 Pastorino, Leonardo  
Derechos exclusivos

1° edición, julio 2018

© 2018 Ediciones Cooperativas

Tucumán 3227 (1189)

Buenos Aires – Argentina

☎ (54 011) 4864 5520 / (15) 4937 6915

🌐 <http://www.edicionescoop.org.ar>

✉ [info@edicionescoop.org.ar](mailto:info@edicionescoop.org.ar)

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

*Impreso y encuadernado por:* Imprenta Dorrego. Dorrego 1102, C.A.B.A.

1ª. ed. se terminó de imprimir en julio 2018.

IMPRESO EN ARGENTINA – PRINTED IN ARGENTINA

Editorial asociada a:



**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL  
DE LA PLATA**

**Decano:** Abog. Miguel Oscar Berri

**Vice Decano:** Abog. Hernán Gómez

**Secretario de Postgrado:** Abog. Carlos Marcelo Lamoglia

**Secretario de Investigación:** Abog. Mariano Salgado

Actas del Cuarto Curso del Ciclo de Cursos de Postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional, dirigido por el Dr. Leonardo Fabio Pastorino (Res. 61/06 del HCA), dedicado a: *Las formas de la naturaleza y sus formas de regulación* y de la Jornada Internacional CUIA – UNLP sobre *Recursos Hídricos: entre bienes comunes, transformación y participación* bajo la responsabilidad científica de los profesores Lorenza Paoloni y María Laura Carranza (Università di Udine) y Leonardo Fabio Pastorino (Universidad Nacional de La Plata). Actividades realizadas en la semana del 7 al 11 de mayo de 2018 en el marco del Proyecto de Investigación “Derecho agrario, ambiental y del agua: respuestas en tiempos de cambio”, dirigido por el Dr. Leonardo Fabio Pastorino y codirigido por la Dra. María de las Nieves Cenicacelaya.

En memoria del

**Dr. Mario Hernández**

Entusiasta y generoso colaborador con nuestro grupo de investigación

Prof. Emérito de la Fac. Cs. Naturales y Museo (UNLP)

Ex presidente de la Asociación Latinoamericana de Hidrogeología Subterránea



# Presentación

**Abog. Miguel Oscar Berri**

*Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP)*

En tiempos en los que el debate en materia de derechos se orienta hacia su ampliación, cuando tienen por objeto la protección de las personas y grupos de personas más vulnerables -como indica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos- se mantienen simultáneamente las ideas y prácticas del capitalismo globalizado.

El poder fáctico desplegado por este último se ha caracterizado por el proceso de liberación económica con el resultado de privatizaciones de todo bien económicamente explotable, la multiplicación y acumulación del capital.

La existencia de bienes públicos y/o comunes también se debate dentro de este conflicto. Distintas teorías orientadas en diversos sentidos ideológicos que, en algunos casos, defienden objetivos económicos egoístas y en otros la satisfacción de las necesidades humanas, se entremezclan para desarrollar cierto tipo de intervención estatal de carácter diferente, original e innovador.

Es fundamental ante estas circunstancias preguntarse cuál va a ser la respuesta del sistema internacional. Qué rol les corresponde a los Estados nacionales y dentro de ellos a las provincias y municipios. El concepto de gobernanza también ingresa en esta discusión como administración de los bienes públicos y/o comunes (La diferenciación de bienes públicos y comunes realizada por las culturas anglosajonas nos resulta muy importante pero los tratamos del mismo modo para no prestar a confusiones).

La regulación del poder fáctico en esta materia resulta esencial.

Ya cuando el economista Mancur Olson en su famosa obra: *The Logic of Collective Action* expone un modelo de acción colectiva que se basa en individuos racionales, orientados por el interés propio y la maximización de la utilidad, para que trabajen en interés colectivo, comienza una mayor exposición de la discusión que pone en peligro la forma de explotación de bienes como el agua.

El debate se profundiza con la obra de Garret Hardin quien pasa a sostener la inviabilidad de las acciones colectivas de este tipo de recursos para afirmar que debían dejarse en la órbita del mercado o en la regulación estatal.

Elinor Ostrom (primera mujer en recibir el Premio Nobel de Economía) fue quien expresó el éxito en diferentes contextos culturales de la administración de este tipo de bienes por los propios usuarios.

Hoy resurge en el debate, fruto del avance del capitalismo desorganizado, la necesidad de la intervención del Estado en el ámbito nacional y de las organizaciones internacionales en el planeta creando nuevas políticas públicas, generando conocimientos y *expertise* que las sustenten, abordando los dilemas clásicos con análisis científicos y fundamentalmente con una visión humanista



que atienda a las tendencias incrementalmente diferenciadoras que generan injusticias y exclusión.

La presente iniciativa sobre recursos hídricos llevada a cabo por la Catedra 1 de Derecho Agrario se inscribe en este debate. Resulta de fundamental importancia enmarcar estas discusiones en un tratamiento interdisciplinario como lo ha hecho la iniciativa del Dr. Leonardo Pastorino. Por todo ello considero que esta obra es un orgullo para nuestra Facultad y un fuerte estímulo para llevar a cabo actividades de esta naturaleza que no sólo favorecen ampliamente el interés académico, sino también expresa principios esenciales para el servicio a la comunidad en la protección de los menos favorecidos. Van en estas breves líneas mis felicitaciones al Profesor Pastorino y su equipo que elaboraron este trabajo.

# Presentación

**Abog. Carlos Marcelo Lamoglia**

*Secretario de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP)*

El libro que presentamos, al que auspiciamos una recepción positiva en el ámbito universitario y por los interesados en los recursos naturales, reúne la intervención de destacados profesores-investigadores locales e internacionales que participaron en el mes de mayo de 2018, en la ciudad de La Plata, del Cuarto Curso de Postgrado titulado *“Las formas de la naturaleza y sus formas de regulación”*. El mismo formó parte de las actividades que regularmente ofrece la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

El curso, dedicado al estudio de disímiles aspectos de los recursos naturales, en especial aquellos vinculados a su regulación en los ordenamientos jurídicos locales e internacionales, estuvo tutelado por el Dr. Leonardo Fabio Pastorino - Profesor Titular de Derecho Agrario e Investigador-, quien ha demostrado un temple magnífico para llevar adelante las reuniones y acciones que comprendían extensas jornadas de arduo trabajo. Tal calidad se advierte nuevamente ahora al emprender las tareas de coordinación y dirección de este libro.

Los distintos trabajos que agrupa la obra son el fruto, en general, de líneas de investigación que, luego de su exposición en el curso de postgrado, se comparten en el presente como una contribución de la comunidad universitaria a la sociedad. Esta última etapa importa, además de la difusión del conocimiento, cumplir con los deberes de las instituciones de educación superior de preparar profesionales, científicos y técnicos formados sólidamente y comprometidos con la sociedad de la que forman parte.

Desde la unidad académica, además de las carreras de grado que se imparten regularmente, se ofrecen las vinculadas con la enseñanza de postgrado; entre ellas se encuentran los doctorados, maestrías y especializaciones. A las cuales se suman los “cursos de posgrado” que brindan a los graduados una formación continua, permanente y actualizada de los debates teóricos y prácticos que imperan en la ciencia jurídica.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en particular a la Secretaría de Postgrado, le ha sido sumamente grato haber acompañado la propuesta de dar continuidad a los cursos sobre *“Derecho Agrario y Ambiental Internacional”* que esta vez, se enfocó en *“las formas de la naturaleza y sus formas de regulación”* y, también que los saberes adquiridos se vuelquen en las páginas del presente libro.

El curso al que venimos refiriéndonos, como ahora la selección de sus principales conclusiones en el texto, se conectan directamente con una enseñanza de calidad que ofrece la Universidad Nacional de La Plata; sin olvidar que ambas actividades se concretaron durante el centenario de la Reforma Universitaria. En

aquel hecho histórico, que comenzó en Córdoba, se afirmó: “la autoridad, en un hogar de estudiante, no se ejercita mandando sino sugiriendo y amando: enseñando...”, destacando que “los gastados resortes de la autoridad que emanan de la fuerza no se avienen con lo que reclaman el sentimiento y el concepto moderno de las Universidades. El chasquido del látigo sólo puede rubricar el silencio de los inconscientes o de los cobardes. La única actitud silenciosa, que cabe en un instituto de Ciencia, es la del que escucha una verdad o la del que experimenta para creerla o comprobarla” (Manifiesto Liminar de la Reforma Universitaria, 21 de junio de 1918).

Nos queda agradecer, una vez más, la decisión de la dirección del curso de postgrado de plasmar en papel las intervenciones de sus distinguidos docentes, como la concurrencia de los graduados interesados por el ambiente, los recursos naturales y su protección. Nuevamente auspiciamos y pregonamos una recepción exitosa de la obra.

# Presentación

**Abog. Mariano Salgado**

*Secretario de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP)*

Mucho se habla de recursos naturales y de su importancia, no en todos los casos se toma real dimensión de la trascendencia concreta de los mismos y su conexión directa con el buen desenvolvimiento de la vida humana.

Los recursos naturales son componentes de la naturaleza que la humanidad debe criteriosamente disfrutar, facilitando la satisfacción de las necesidades básicas como la alimentación, la salud y la vivienda, entre otras.

Como fuente de explotación económica cada vez adquieren mayor relevancia para el hombre; aunque la aceleración del consumo y costumbres de la vida moderna llevan a las sociedades con desarrollo industrial al dispendio masivo de bienes y servicios, como consecuencia de una también masiva producción y para ello la sobreutilización de recursos naturales no siempre renovables.

Al aludir al criterioso disfrute o aprovechamiento, no se hace referencia más que a la responsable utilización de los mismos, la especie humana debe tomar conciencia de la envergadura que tienen los recursos para su propio desarrollo.

Pareciera que el hombre, se obstina en deteriorar el medio ambiente donde vive; es pues el desafío buscar desligar el crecimiento económico del consumo de recursos naturales y trabajar en la concientización sobre el cuidado y preservación del ambiente, para poco a poco revertir el desequilibrio que ha traído la actividad humana sobre su propio entorno.

Para afianzar la conservación de los recursos debe acentuarse la educación ambiental; atender a los estudios de impacto; desarrollar políticas y legislación que permitan regular la utilización de los recursos naturales y del ambiente.

Si bien los Estados tienen el deber de liderar estos factores, la Universidad no puede quedar distante y concretar sus aportes técnicos y científicos.

Esta obra es un ejemplo de ello, el trabajo incansable del profesor Leonardo Pastorino y todo su equipo pone a la comunidad universitaria en el rol que más conmueve a los que integramos la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: la Universidad como herramienta al servicio de la sociedad, como eje de transformación.



# Presentación y agradecimientos

**Dr. Leonardo Pastorino**

*Director del Ciclo de Cursos de Postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional*

Luego de diez años, retomamos la realización de este Ciclo de Cursos de Postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional. Los tres primeros cursos fueron continuados, exitosos en cuanto a la calidad de la temática y plantel docente y participación de alumnos que, en muchos casos aprobaron los mismos con trabajos que merecieron ser publicados. Pero la dinámica de dichos cursos, su intensidad para que puedan concentrarse en pocos días profesores y estudiantes de distintas latitudes, las temáticas elegidas que a pesar de su gran importancia no alcanzan a ser de consumo masivo y el esfuerzo necesario para conseguir apoyos económicos y abaratar todos los costos sumado al esfuerzo de organización, provocaron este prolongado *impasse*. Tanto aquellos cursos como éste fueron, entonces, únicos. No se volvieron y creo que no se volverán a repetir, al menos no con esas personas, esos profesores y esos alumnos que tuvieron un rol tan activo como los docentes y que también llegaron siempre con una elevada formación. Por ese motivo, desde el inicio, se pensaron estos cursos dejando un documento escrito, una memoria de lo que ocurrió, al estilo más clásico, el del libro. Tal memoria fueron los tres libros anteriores que llevaron el programa del curso para que el lector pueda constatar entre sus páginas cuánto de lo dicho quedaba compensado en el texto escrito. Está claro que el libro no reemplazará jamás las vivencias, la informalidad de las exposiciones, el debate generado, los paseos y almuerzos compartidos, pero permite, no obstante, que tantos otros que por medios, por responsabilidades, por distancias o por épocas diferentes no pudieron participar, aprovechen de algún modo de la experiencia. Esto es fundamental, más que nada porque además del clásico libro en papel, también los vamos incluyendo en el SeDiCi, nuestro repositorio *online* universitario.

En los primeros libros fuimos abordando los temas más generales, el tratamiento de la agricultura y sus productos en el orden internacional y los principios ambientales. Luego pretendimos seguir con el desarrollo de cuestiones internacionales de cada recurso, comenzando por el agua. Esta vez, buscamos compensar el trabajo inconcluso y previendo la posible irrealización de nuevos cursos de este estilo nos propusimos desarrollar la totalidad de los recursos restantes. Para acotar, buscamos un perfil cuestionador, el de si las categorías dominiales con las que se los contemplan en general en el mundo, son las necesarias. Nos volcamos más a un análisis de experiencias, de comparaciones, de buscar opciones en los distintos países y presentar nuevos desafíos que se van vislumbrando. Nos cuestionamos el uso del término recursos naturales, si contempla todas las manifestaciones de la naturaleza o si descarta aquellas que

no tienen una aparente utilización –económica- para la especie humana. Nos cuestionamos, además, si esas listas tradicionales con que la doctrina los clasifica, era la lista correcta, la completa, o si más allá de recursos o elementos de la naturaleza en sí mismos, individuales, no hay también otras “formas” surgidas por su interacción, como las costas, los humedales o los paisajes. De todas estas y otras reflexiones surgió el título del curso, *Las formas de la naturaleza y sus formas de regulación*, que tal vez algunos califiquen o aprecien por poético pero que trata de transmitir mucho más de contenido que de formas en lo que al voltaje jurídico refiere.

Pero esta vez el curso tuvo una particularidad más, sumó más sinergias, más aportes económicos e intelectuales y permitió organizar, al mismo tiempo, pero en dos niveles de participación algo diferentes, sendas actividades. Al curso se le integró un día de jornada especialmente dedicada al agua, a raíz de un trabajo que sobre los bienes comunes venimos realizando con el Consorzio Universitario Italiano per l’Argentina (CUIA) lo que favoreció la presencia de varios docentes italianos. La jornada se llamó *Recursos hídricos: entre bienes comunes, participación y transformación*. Esta organización permitió, además, que la jornada siendo abierta a todo público, gratuita y de sólo un día de duración, se abriese a una concurrencia mucho más amplia e interdisciplinaria y también sirvió para que la actividad de la red del CUIA y nuestra UNLP se enriquezca con la participación de docentes que vinieron de otras universidades participando sea de la jornada, sea del curso.

Además de agradecer al CUIA debemos hacer lo mismo con la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad de La Pampa, a la Università del Molise y a la de Santiago de Compostela y al programa de subsidios para reuniones científicas de la propia Universidad Nacional de La Plata que contribuyeron a reunir parte del cuerpo docente. También es necesario agradecer a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de nuestra Universidad, más allá de la pertenencia, porque siempre ha acogido con entusiasmo y sin reparos todas nuestras actividades y en especial estas dos que hoy documentamos en este libro. Tanto el decano Vicente Atela con quien organizamos el curso y la jornada como su sucesor Miguel Berri a quien le cupo estar formalmente en las actividades apenas electo, han puesto a disposición con simpleza y simplificación todo lo que habíamos de necesitar. También cabe mencionar el apoyo recibido siempre de parte de la Secretaría de Postgrado, de la de Investigación y de la Económico-Financiera y de la Dirección de Informática y Comunicación Visual, haciendo extensivo el reconocimiento a sus responsables y a sus equipos de trabajo.

Finalmente es menester mencionar que si bien las actividades del Ciclo de Cursos de Postgrado han sido siempre generadas por la Cátedra I de Derecho Agrario que hace dieciocho años presido, pero que si bien me tiene como autor intelectual de las iniciativas, reciben el acompañamiento activo del resto de los docentes y auxiliares; se hacen con espíritu de apertura para toda la comunidad

académica de nuestra Facultad y pensando también que estos cursos sirvan de provecho a la formación de docentes de otras universidades del país en nuestras materias. Muchos de los colegas de cátedra integran el equipo de investigación que fue responsable de la organización de la Jornada sobre recursos hídricos, junto al resto del equipo y con la preciosa colaboración de la doctora María de las Nieves Cenicacelaya, codirectora del grupo. También destacamos que del equipo de investigación que se nutre de docentes de muchas otras materias de la Facultad, han participado muchos de ellos como docentes del Curso y expositores de la Jornada en un trabajo de nuevas sinergias que enriquece por el aporte de los conocimientos específicos de cada cual al grupo y con los desarrollos que el propio equipo genera y puede expandir en actividades como las aquí presentes.

Tal vez el resultado más alentador de estos cursos es ver que de los alumnos participantes, en el breve tiempo otorgado para la presentación de trabajos finales, varios de ellos los hicieron y fueron dignos de ser incorporados a esta obra. Mencionamos los aportes de Mónica Zappettini, de la Universidad de la República, Uruguay, de Juan Carlos Fernández de la Universidad Nacional del Comahue, de Cristian Bustamante y Florencia Pinedo que colaboran con las cátedras de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de Ciencias Naturales y Museo –ambas UNLP- que dirijo. También es de festejar y agradecer la participación en el curso y colaboración en el diseño y corrección de los trabajos de este libro de María Victoria Diloreto.

La Plata, junio de 2018





## PROGRAMA

### CUARTO CURSO DE POSTGRADO EN DERECHO AGRARIO Y AMBIENTAL INTERNACIONAL

#### LAS FORMAS DE LA NATURALEZA Y LAS FORMAS DE SU REGULACIÓN

Experiencias internacionales sobre modalidades de dominio y gestión de los recursos naturales y el ambiente

Patrocina: Consorcio Universitario Italiano para la Argentina

Auspician: Consulado General de Italia en La Plata, Unión Mundial de Agraristas Universitarios, Universidad del Molise, Universidad de La Pampa.

Edificio Karakachoff, séptimo piso, aula 102, del 7 al 11 de mayo de 2018 de 9 a 13 y de 14 a 21 hs.

LUNES 7 de MAYO

MAÑANA

#### **9.00 hs.: Palabras de apertura del curso por parte de las autoridades**

Razones del curso: *Una mirada iusfilosófica sobre la naturaleza* (L. Pastorino)

#### **10.00 hs: Naturaleza y Derechos Humanos**

María de las Nieves Cenicacelaya, Universidad Nacional de La Plata

#### **11.00 hs: pausa**

#### **11.20 hs: Acuerdos Internacionales Ambientales. Afectación al dominio de los recursos naturales y culturales nacionales**

Leila Devia, Universidad de Buenos Aires

#### **12.30 hs: Explicaciones acerca del trabajo para la certificación del curso con aprobación**

TARDE

#### **14.00 hs: Función ecológica de la propiedad y otras categorías jurídicas para la gestión del territorio y de la naturaleza**

Leonardo Pastorino, Universidad Nacional de La Plata

#### **15.30 hs: ¿La maldición de los comunes? Propiedad y gestión de los montes en España**

Belén Trigo García, Universidad de Santiago de Compostela

**17.00 hs: pausa**

**17.30 hs: Derechos territoriales de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Fabián Murúa, Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires y Universidad Nacional de La Plata

**18.30 hs: *La función económica social, un medio de acceso y conservación de la tenencia de la tierra en Bolivia***

Maritza Sánchez Gil, jueza agroambiental en Bermejo y Cercado, Tarija

MARTES 8 de MAYO

MAÑANA

**9.00 hs: *Los recursos naturales en la nueva Constitución Política del Estado e instrumentos de gestión ambiental en Bolivia***

Maritza Sánchez Gil, jueza agroambiental en Bermejo y Cercado, Tarija

**10.00 hs: *La regulación de la propiedad privada como instrumento de prevención de los incendios forestales***

Belén Trigo García, Universidad de Santiago de Compostela

**11.00 hs: pausa**

**11.30 hs: taller con participación de alumnos y seguimiento de trabajo de aprobación**

TARDE

**14.00 hs: *Áreas marinas protegidas***

Juan Duro, Administración de Parques Nacionales

**15.00 hs: *Aluvión y línea de ribera***

Marcelo Lamoglia, Universidad Nacional de La Plata y Universidad Nacional de La Pampa

**16.00 hs: *Consideraciones sobre el dominio público en nuestra costa***

Pablo Reca, Universidad Nacional de La Plata

**17.00 hs: pausa**

**18.00 hs: *Las formas del paisaje y sus diferenciaciones***

María Cristina Romero, Universidad Nacional de La Plata

**19.00 hs: Paisaje: las formas de su regulación jurídica**

Liliana Zendri, Universidad Nacional de La Plata

MIÉRCOLES 9 de MAYO

MAÑANA

**9.00 hs: Propiedad colectiva y usos cívicos en Italia**

Lorenza Paoloni, Universidad del Molise

**10.00 hs: pausa**

**10.30 hs: El dominio de las aguas en el derecho indiano y la evolución de éste, por influencias del derecho civil en América Latina**

Rafael Figueroa, Universidad Católica de Salta

**12.00: taller con participación de alumnos y seguimiento de trabajo de aprobación**

TARDE

**14.00 hs: Dominio minero y propiedad minera: conflictividad jurídica y ambiental en el derecho comparado**

Alicia Morales Lamberti, Universidad Nacional de Córdoba

**16.00 hs: El ciclo de la bioenergía y sus formas de regulación**

Fernando Thill, Universidad Nacional de La Plata

**17.00 hs: pausa**

**17.30: Las formas de los humedales y las dificultades naturales y jurídicas de su demarcación y protección**

Patricia Kandus, Universidad Nacional de San Martín

**18.30 hs: Dominio del agua, glaciares y ambiente periglacial**

Diego de Rosa, Universidad Nacional de La Plata

**19.30: Biodiversidad agraria y zootécnica como bien cultural del territorio**

Fabio Pilla, Universidad del Molise

JUEVES 10 de MAYO

**JORNADA RECURSOS HÍDRICOS: ENTRE BIENES COMUNES, PARTICIPACIÓN Y TRANSFORMACIÓN**

VIERNES 11 de MAYO  
MAÑANA

**9.00 hs:** *Ecología del paisaje y servicios ecosistémicos*  
Laura Carranza, Universidad del Molise

**10.30 hs:** *Las dúctiles formas del paisaje y su potencia erosionadora de rígidas categorías jurídicas*  
Leonardo Pastorino, Universidad Nacional de La Plata

**11.30 hs:** **pausa**

**12.00 hs:** *¿Los ríos como sujeto de derecho?*  
Yenny Vega Cárdenas, Universidad de Montreal

**12.40 hs:** **Ronda de consultas a los docentes para los trabajos de aprobación**

TARDE

**14.00 hs:** *Biodiversidad y recursos genéticos en Europa y en la nueva legislación italiana*  
Lorenza Paoloni, Universidad del Molise

**15.00 hs:** *Formas de protección, conservación y aprovechamiento de los recursos vivos del mar en aguas jurisdiccionales*  
José Esain, Universidad Nacional de Mar del Plata

**16.30 hs:** **pausa**

**17.00 hs:** *La jurisdicción del estado costero sobre las especies migratorias en el derecho del mar*  
Simone Vezzani, Universidad de Perugia

**18.00 hs:** *La conservación de la biodiversidad en los bosques nativos: una inversión en salud genética*  
Fabio Caradonna, Universidad de Palermo (Italia)

**19.00 hs:** **Evaluación del curso y exposición de los estudiantes participantes**

## **Jornadas Internacionales CUIA – UNLP**

### **Sobre gestión de bienes comunes**

La Plata, 10 de mayo, Hs. 9.30

Auditorio 105 – Centro de Postgrado UNLP – Edificio Karakachoff – 1º Piso

Calle 48 entre 6 y 7 – La Plata

### **RECURSOS HÍDRICOS: ENTRE BIENES COMUNES, PARTICIPACIÓN Y TRANSFORMACIÓN**

Responsables científicos: María Laura Carranza, Lorenza Paoloni y Leonardo Pastorino

Realizado en el marco del proyecto de Investigación: Derecho Agrario, Ambiental y del Agua: respuestas en tiempos de cambio

Organizan: Secretaría de Relaciones Institucionales de la UNLP

Secretaría de Investigación de la FCJyS - UNLP

9.30 hs:

Apertura de las jornadas a cargo del Lic. Javier Díaz, Secretario de Relaciones Institucionales de la UNLP

Saludos del Cónsul General de Italia en La Plata, dott. Iacopo Foti; de la Secretaria Académica y del Secretario de Investigación de la Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP, abog. Valeria Moreno y Mariano Salgado.

**Coordina las exposiciones** la Prof. María Susana Tabieres (UNLP)

### **Introducción**

**Profs. Raúl Perdomo y Eduardo Kruse** (UNLP), *La participación de la UNLP en la problemática del agua*

**Prof. Leonardo Pastorino** (UNLP), *Desafíos del derecho del agua*

### **Recursos hídricos compartidos**

**Prof. Alicia Morales Lamberti** (Universidad Nacional de Córdoba), *Aguas interjurisdiccionales y aprovechamientos energéticos: estándares jurídicos y ambientales de gestión*

**Profs. Gonzalo Fuentes y María de las Nieves Cenicacelaya** (UNLP), *Avatares de la gestión de las aguas interprovinciales: el caso del río Atuel*

**Profs. Matías Regazzoli y Juan Mecca** (Universidad Nacional de La Pampa), *Los comités de cuencas hídricas interjurisdiccionales, necesidad de la obligatoriedad para proteger el ambiente*

**Prof. Yenny Vegas Cárdenas** (Universidad de Montreal), *El sistema de los Grandes Lagos de Norteamérica e innovaciones jurídicas en torno a su gestión*

11.15 hs: pausa

### **Valorización y conservación de los recursos naturales y del territorio**

**Prof. Fabio Pilla** (Centro Biocult, Universidad del Molise), *La valorización de los recursos del territorio*

**Prof. Giuseppe De Mastro, Dra. Claudia Ruta** (Universidad de Bari), **Prof. Vanina Cravero**, (Universidad Nacional de Rosario), *La agrobiodiversidad: motivos de su desaparición, razones para su tutela*

13 a 15.30 hs: receso

### **Aportes a la conceptualización jurídica del agua**

**Prof. Rafael Figueroa** (Universidad Católica de Salta), *El dominio de las aguas en el derecho indiano y la evolución de éste, por influencias del derecho civil en América Latina*

**Dra. Maritza Sánchez Gil** (jueza Agroambiental en Bermejo y Cercado, Tarija), *El derecho humano al agua en la Constitución de Bolivia*

**Prof. Yenny Vega** (Universidad de Montreal), *La construcción social de la naturaleza jurídica del agua en América del Norte*

### **Sustentabilidad y gestión ambiental**

**Prof. María Adriana Victoria** (Universidad Nacional de Santiago del Estero), *Sustentabilidad ambiental del agua de riego como bien común a partir de la huella hídrica*

**Prof. Alfredo Diloreto** (UNLP), *La huella hídrica como forma adoptada para el pago del canon de uso del agua en la Provincia de Buenos Aires*

**Prof. Lorenza Paoloni** (Universidad del Molise), *El recurso "agua" en la actividad agraria, entre integración y participación: la experiencia Italiana*

17.30 hs: pausa

**Prof. Fabio Caradonna** (Universidad de Palermo), *Agua contaminada por arsénico y efecto epigenético de algunos fitoquímicos: posible extensión de un modelo "in vitro"?*

**Prof. Simone Vezzani** (Universidad de Perugia), *El derecho del agua: entre la protección de las inversiones extranjeras y nuevas formas de tutela jurídica*

## **Valorización y conservación de los recursos naturales y del territorio**

**Lic. Daniel Blanco** (Fundación Humedales), *Programa Corredor Azul, conectando gente, naturaleza y economías en el sistema de humedales Paraná-Paraguay*

**Prof. María Laura Carranza** (Universidad del Molise), *Directiva Hábitat y Red Natura 2000. Experiencias y buenas prácticas*

**Auspician:** Consulado General de Italia en La Plata, Unión Mundial de Agraristas Universitarios, Universidad del Molise, Fac Cs Económicas y Jurídicas La Pampa, Red de Científicos Argentinos en Italia y Centro de Estudios Italianos de la UNLP.





# “De la concepción liberal de la propiedad privada inmueble, a la función social y a la función ecológica”

*Leonardo Fabio Pastorino*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, calle 48 e/ 6 y 7, La Plata, Buenos Aires, Argentina.

Mail de contacto: [pastorinoleonardo@yahoo.com.ar](mailto:pastorinoleonardo@yahoo.com.ar)

---

## RESUMEN

Este trabajo presenta la evolución conceptual que tuvo el derecho de propiedad. En primer lugar se rememoran los orígenes a fines del Siglo XVIII del derecho de propiedad como derecho natural y el desarrollo de un concepto de derecho individual, absoluto, perpetuo.

En segundo lugar se analiza cómo surgió la primera limitación a esa concepción bajo la fórmula de la función social. Respecto a esta última, el trabajo muestra que no se trata tampoco de un concepto unívoco. En una presentación original del autor se clasifican diversas concepciones en tres grandes opciones que pueden distinguirse por claros efectos o alcances jurídicos diferentes.

Finalmente, se plantea la función ecológica de la propiedad como una función aún no claramente definida en forma universal ni normativa y, con reflejo a las tres posturas definidas para la función social de la propiedad, se trata de delinear el alcance que va adquiriendo o puede alcanzar la función ecológica de la propiedad.

**Palabras clave: Propiedad fundiaria. Concepto liberal de la propiedad. Función social de la propiedad. Función ecológica de la propiedad.**

---

## ABSTRACT

This paper presents the conceptual evolution of property rights. In first place, it thinks back to the origins of property right as a natural right and the development of the concept as an individual, absolute and perpetual right at the end of 18th century.

In second place, it analyses how the first limitation to this conception arose under the formulation of the social function. In the latter respect, this paper shows it is not a univocal concept either. Doing an original presentation, the author classifies different conceptions into three major options that can be distinguished by clear effects or different legal scopes.

Finally, the ecological function of property is considered as a function not yet clearly defined in an universal or normative way, and, reflecting those three positions defined for the social function of property, it is about delineating the scope that it is acquiring or can reach the ecological function of the property.

**Keywords: Real property. Liberal concept of property. Social function of property. Ecological function of property**

---

## **1. Introducción**

Sin ánimo de recopilar los abundantes antecedentes que podrían encontrarse al respecto tanto en nuestro país como en el extranjero, voy a citar uno referido a mis primeras lecturas en materia de derecho ambiental y que, además tiene el valor agregado de haberse publicado en las postrimerías de la reforma constitucional de 1994; época, además, fundacional de nuestro derecho ambiental moderno. En una sintética pero aguda observación del “Derecho Ambiental”, Ariel Barbero (1993) exponía tres problemas y tres riesgos para esa disciplina en ciernes y, entre los tres primeros, “el problema del derecho de propiedad”.

Este curso de postgrado se diseñó, precisamente, para hablar de la propiedad, de sus concepciones y de sus alcances y también para cuestionar o desmitificar la concepción monista de una propiedad calificada como derecho sobre la cosa, “absoluto”, “exclusivo” y por ende “excluyente”, “individual” con tendencias al individualismo, “mercantilista” y negador de funciones esenciales de los bienes que nos brinda la naturaleza y del propio sistema que gobierna a esta última.

Tratamos de profundizar dos ideas que en su bonhomía no dejan de contener un germen revolucionario: ¿corresponde que se consienta que los bienes de la naturaleza y la naturaleza misma sean objeto de derechos apropiativos? ¿El derecho de propiedad privada tiene siempre los mismos alcances o modos de ejercicio, aun cuando se trata de estos bienes provenientes de la naturaleza? Es decir, como lo hicimos para el agua, pensamos si no pueden regularse los recursos en base a derechos de uso (Pastorino, 2013) más que a derechos apropiativos que terminan ofreciendo siempre situaciones de privilegio; y, caso contrario, si se mantienen los recursos naturales bajo la égida de la propiedad, profundizar la idea de Pugliatti (1964) de que no existe una propiedad, una sola forma de concebirla para todas las cosas, sino varias propiedades.

Para aportar a estas preguntas se harán contribuciones vinculadas a los cambios de concepciones sobre el derecho de propiedad con el fin de mostrar que no siempre se habló de este derecho, aún a partir de su concepción más incisivamente monista nacida en la revolución francesa, ni con el mismo alcance ni con la misma función, siendo receptáculo de ideas y definiciones diversas surgidas de la tensión entre la apropiabilidad y el individualismo por un lado y las necesidades sociales por el otro.

## **2. El derecho de propiedad como un derecho humano, sus razones**

Me gusta pensar que las ideas y conceptos más que de un autor, de una norma o de una institución, son hijas e hijos de un tiempo y que la evolución de las mismas viene acompañando acontecimientos sociales y eventos de época que enmarcan o fuerzan un cambio histórico. Por eso intentaré describir la concepción más radical del derecho de propiedad, la que enmarcó una conceptualización de la misma de lo más individualista, absoluta y repulsiva de todo interés social o de

valoraciones ambientales tratando de entender su porqué y qué otras importantes deficiencias de época intentó corregir.

La proclama de dicho derecho como un derecho humano, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, nace, a mi parecer, como una necesidad política y de cambio de régimen para contestar al poder omnímodo del monarca absolutista. No sólo, como también habrá sido, porque garantizar el derecho a la propiedad exclusiva daba germen a un desarrollo capitalista de una sociedad burguesa victoriosa, sino porque era necesario amparar al ciudadano, refugiado en el ámbito de “su propiedad”, propiedad – territorio, de los alcances de las persecuciones políticas de un gobierno que, en la falta de contrapoderes, se inclinaba al despotismo y al terror. Al poder absoluto y al sistema aristocrático, también la revolución le opuso bases republicanas. Aunque al decir de Lafaille (1943), por perseguir derechos igualitarios incluyó al dominio entre los derechos del hombre y protestando violentamente contra una injusticia, incurrió en otras tantas.

En efecto, la Declaración se inspiraba en la doctrina de derechos naturales que debían ser vistos como ínsitos y universales y vinculados al desarrollo de la vida y la personalidad. Dicha vida y personalidad, puesta incluso en riesgo por el poder omnímodo, era la que quedaba preservada en el sentido más estricto y físico, en el ámbito de la propiedad que pasaba a ser inviolable. A tal fin, la declaración enuncia que “por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de que haya una justa y previa indemnización”. Basta leer el preámbulo para notar la contraposición de estos derechos “naturales” a los poderes fácticos del poder real: “considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos” se exponen en una declaración solemne los derechos “naturales, inalienables y sagrados” del hombre a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo los respeten.

Otro trabajo podrá marcar la evolución que el derecho de propiedad tuvo en las siguientes declaraciones internacionales de derechos humanos que, seguramente fueron cambiando al respecto, receptando en cierto modo la crítica a una reafirmación patrimonialista y economicista que alejó el concepto de derecho de propiedad totalmente de toda idea de los valores no patrimoniales que quiso amparar o proteger. Pero lo cierto es que el postulado de la revolución francesa tuvo inicialmente un camino de reafirmación y de exacerbación llevando a la propiedad a ser un derecho preferencial y de los más fuertemente protegidos en los sistemas normativos que de ella fueron tributarios. Pensemos en nuestra Constitución Nacional de 1853 que, a la vez que reconocía la potestad de limitar todos los derechos en los arts. 14 y 28, a la propiedad la calificaba de inviolable (art. 17) junto al domicilio (art.18) lo que me hace aún más pensar en esta

protección preferencial no respecto a cualquier derecho de propiedad, al que luego en “Bourdie” (Fallos, 145:307) la Corte Suprema identificará como todo aquél traducible en un valor patrimonial, sino a la propiedad inmueble, propiedad – territorio – morada que debía garantizar la protección contra los gobernantes tiranos adeptos a la confiscación de bienes con fines de persecución política. Así, otra norma de la misma Carta, en el artículo 17 señala que “la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino”.

El célebre Paolo Grossi (1977), ex secretario general del *Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato* y actual miembro de la *Corte Costituzionale italiana*, señala citando a Proudhon algunas motivaciones políticas que al nuevo régimen post revolucionario sirvieron para consolidar el concepto de propiedad privada. En una especie de alianza íntima avalada por intereses concurrentes, el nuevo poder defenderá a capa y espada la propiedad porque son los propietarios los sujetos más proclives a conservar el orden impuesto. Se construye una idea del “buen ciudadano” en base al propietario, quien temeroso de perder sus riquezas será quien más cuide el respeto de las leyes. En parte ironizando sobre este elogio al propietario, retoma concepciones extraídas del texto proudhoniano que intentando ser fiel a las ideas de época ensalza el derecho de propiedad que inspira a su titular un sentimiento de seguridad para su futuro, lo tranquiliza y lo hace menos turbulento; lo alienta al trabajo para formar o adquirir más propiedades, al darle la certeza de disfrutar y disponer de ella a voluntad. Para esa concepción decimonónica, los hombres laboriosos serán siempre los mejores ciudadanos, al ser los más útiles a la sociedad y la propiedad llevará al hombre a la conservación de sus bienes por el deseo de transmitirlos a sus hijos, o a sus familiares cercanos, o a sus amigos, se trata, por ende, de unos de los resortes más importantes del amor paternal y de la piedad filial, y satisfaciendo los sentimientos piadosos de padres e hijos, es la causa de promoción de la prosperidad pública. Es bajo la égida del derecho de propiedad que reposa la tranquilidad de todos los habitantes del país y cierra con esta pregunta: “¿Quiénes son los hombres que temen más una depresión política en el estado?”

Un elogio y una alianza que se manifiesta políticamente también en las primeras leyes electorales donde la llamada democracia fue moderada y sólo reservada al voto de los ciudadanos propietarios. Una alianza que, en definitiva, al decir de Grossi, exacerbó, la cultura del “tener” por sobre el “ser”.

Las loas al derecho de propiedad expandieron sus consecuencias retroalimentarias. Se comenzaron a borrar las normas colectivas de propiedad y todo tipo de diversidad de derechos reales preexistentes. El cúmulo de facultades que se le otorgó a la propiedad privada llegó al colmo de reconocer la propia capacidad de destrucción de la cosa. Se pensó que el Estado no debía tener propiedad salvo para esos escasos bienes imprescindibles que llamaron dominio público, por cumplir un interés general. En tal razón, muchos códigos civiles, como el argentino, instauraron como regla que todo bien no definido como

estatal, sería privado y, para completar, tal dominio de los privados no quedaba en la superficie explotada sino que se aventuraba al cielo y al infierno, abarcando los recursos mineros. También por accesión el propietario fue dueño de otros recursos como bosques y todo tipo de vegetales. Las aguas que no formaron cuerpos de agua quedaron también en el ámbito de la propiedad privada y aún hoy el Código Civil y Comercial argentino, en pleno 2015, año de su entrada en vigencia, entiende que un elemento de tal vital importancia puede quedar en manos de los privados.

### **3. Críticas a la concepción de la propiedad privada, absoluta y exclusiva y alternativas en torno al concepto de función social**

Las primeras críticas a la concepción extrema que ve en el derecho de propiedad privada un verdadero señorío excluyente basado sólo en los intereses del propietario y que respecto al resto –incluso al Estado– sólo genera obligaciones de respeto, se hicieron conocer muy prontamente. No es éste un estudio profundo de la propiedad, para un recorrido histórico de distintas concepciones con inclusión de los autores que más aportaron a una crítica a esta concepción nacida en la revolución francesa, puede leerse a Joaquín de Camps Arboix (1953). Por nuestra parte, recordemos a Proudhon, que ya en 1840 escribe su libro para criticar en primer lugar, que se trate de un derecho natural, que se pueda confundir o equiparar a la categoría de otros derechos humanos como la igualdad, a la cual, según el autor, la propiedad niega; y para también cuestionar sus orígenes en la ocupación, siendo que según entiende la única legitimación del derecho de propiedad puede proceder del trabajo. Mientras para nuestro autor la igualdad, la seguridad y la libertad son derechos absolutos porque viven dentro del hombre y no admiten aumento ni disminución porque en la sociedad cada asociado recibe tanto como da, la propiedad vive fuera de la sociedad y no todos los hombres pueden disponer de ellos en forma igual (Proudhon, 1840).

Claramente proclama Proudhon la inconveniencia de la apropiación de la tierra, no viendo diferencias con otros bienes de la naturaleza que entiende no deben ser apropiados, mientras que, en cambio, sí acepta la apropiación de los frutos obtenidos por el trabajo del hombre. También critica la exclusividad territorial, se remonta a otras culturas como las árabes, donde existe posesión, pero no propiedad. Entiende que debe haber acceso de todos, pero también entiende que aunque se reparta en partes iguales con derechos propietarios a todos los habitantes, al poco se vería un nuevo desequilibrio.

Así, se comenzó a repensar la propiedad en relación a la sociedad, teniendo en cuenta que en aquellos años todavía propiedad fundiaria y actividades extractivas y agrarias eran lo preponderante. La tensión se planteó entre acumulación y derechos exclusivos y necesidades colectivas o sociales. Surgieron las ideas colectivistas que buscaron el poder concentrar la tierra en el Estado como garante de la función organizacional y de reparto igualitario y otras ideas

que, queriendo evitar aniquilar la posesión y señorío como motor del desarrollo económico buscaron alternativas a aquellas otras que terminaban prohibiendo algún derecho sobre los bienes por parte de los privados.

En la brevedad de estas páginas no ahondaremos en detalles de la evolución de ideas pero podemos calificar en torno a la frase “función social” tres alternativas:

**a) La que se opone a considerar a la propiedad un derecho subjetivo perpetuo, absoluto y surgido del derecho natural, poniendo el acento en la función social.**

Se reconoce en Léon Duguit la formulación que dice que la propiedad no es un derecho sino una función social (1918). Para este autor no existe un derecho subjetivo exclusivo del propietario para convertirse en la función social del poseedor del bien. Reconoce en el titular el derecho a servirse del provecho de sus bienes para sus necesidades individuales y en garantía del ejercicio de la libertad individual. Recordemos que Proudhon reconoce como verdaderos derechos humanos la igualdad, la libertad y la seguridad. Pero si el ejercicio del derecho no responde a satisfacer las necesidades individuales ni la libertad individual y se excede contrariando la utilidad colectiva, dicho ejercicio puede ser castigado. Más allá del reconocimiento, entonces, de un derecho individual al ejercicio, se condena la no utilización u obtención de provecho en bienes que se consideran por naturaleza idóneos para cumplir una satisfacción de necesidades sociales. Función, que en este caso, se adaptaría a la definición del diccionario de la Real Academia Española como “tarea que corresponde realizar a una institución”. Para Duguit, se viola la función, la esencia para la que la cosa es apta y descrece en cambio de la teoría de abuso del derecho.

A este esquema también contribuyen las concepciones que poniendo claramente fin al derecho “natural” de propiedad, hacen recobrar en el Estado la titularidad de la misma, por vía del concepto del dominio originario. Postura de la Constitución Mexicana de 1917 que establece: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”. Entonces no es un derecho natural, sino que es el derecho positivo el que crea el derecho de propiedad privada individual y absoluto. Pero no sólo el Estado puede repartir la tierra como dijo la Constitución de Querétaro originalmente a través de la propiedad privada, sino que recobrada como propiedad estatal, la tierra pudo ser distribuida de otras formas, como se hizo a través de los ejidos.

Con esta concepción, se traslada el eje de ponderación de los derechos del propietario a la función que se le reconoce a la cosa, lo que implica legitimar su tenencia sólo en base a la consideración de si el ejercicio de los derechos sobre ésta (ya no necesariamente derechos de propiedad sino de posesión o utilización) responden con su finalidad productiva. Así, la tierra cumple con su función social si es adecuadamente explotada; en tanto es irracional su no uso o abandono. En

tal sentido, también se cita entre las pioneras de esta concepción la Constitución de Weimar que, por primera vez, proclama que la propiedad engendra deberes, cambiando así el eje del derecho natural inviolable que puede justificar también el no producir con la cosa a estos deberes derivados de la función social.

También se considera prioritaria la necesidad de distribución y acceso, máxime en un tiempo donde la actividad agraria era una actividad vital y a la vez de las de más fácil y natural orientación. Esto también se opone a la concepción del derecho natural que más que garantizar el acceso garantizaba el *statu quo* de quien ya resultaba propietario. Por eso, al decir de Vivanco “es indudable que no puede desconocerse un derecho de todos sobre lo que permite vivir a todos” y “si alguien pudiera disponer con exclusividad de tales bienes en detrimento de los demás podría admitirse la facultad de esos sujetos a excluir a los otros del derecho de disponer de alimentos, o sea, de subsistir” (1967, T.II, p.47). Ante la necesidad de distribución, la obligación es por el trabajo personal y no tercerizado y cumplir la finalidad de afincar a la familia rural a su terruño evitando así la migración de desocupados a las ciudades. La tierra *res frugifera*, debe priorizarse para el uso agrario.

Esta posición permite supervisar el fiel acatamiento a la función social, la que si no se realiza aniquila todo derecho a “tener”. Ver, sin más, la explicación en este libro de cómo juega este concepto actualmente en el derecho boliviano.

**b) La que aun reconociendo la propiedad privada entiende que la misma se legitima cumpliendo la función social y admite que el Estado puede limitarla o extinguirla pero reconociendo el derecho patrimonial de su titular.**

Esta posición no descrea del derecho de propiedad pero lo limita en función del cumplimiento de intereses generales que define el Estado. En tal sentido, no se abroga la posibilidad de quitar el bien de manos de quien incumple la función, pero sí regula mecanismos que facilitan el logro de esos fines, en el campo agrario. Se crean instituciones que facilitan el acceso a la tierra y se privilegia a quien en realidad la hace trabajar y rendir. Esta posición es clara en el Código Civil italiano que entre propietarios y arrendatarios inclina la balanza aumentando el cúmulo de facultades a favor del arrendatario. En Argentina se la aceptó con la ley de arrendamientos de 1948 y el sistema pergeñado para proteger al arrendatario en su articulado substancial y también con el diseño de las Cámaras Paritarias de Conciliación y Arbitraje para arrendamientos y aparcerías.

En esta concepción también se puede poner fin al derecho de propiedad privada por incumplir la función social, definiendo actitudes o supuestos, especialmente de titularidad, en los que la ley entiende dicha función no se cumple. Existen en estos modelos dos conceptos en juego que, en apariencia contradictorios, se concilian en los casos concretos. La propiedad privada como derecho subjetivo e individual (o familiar) se reconoce como impulso al espíritu empresarial, precisamente, a hacer producir los bienes de la tierra en beneficio de la obtención de frutos que son provechosos más allá del interés individual de



quien los obtiene por cumplir fines de alimentación, abrigo, estratégicos, productivos, etc. En cambio se desalienta la no utilización, el desaprovechamiento de esos bienes productivos, las tierras improductivas u ociosas y los modos de titularidad de carácter especulativo o que atentan con la mejor distribución y acceso en las manos que quieren trabajar la tierra. La tierra es “para el que la trabaja” y se fomenta un campo no en pocas manos sino poblado por agricultores. Así, el latifundio, la concentración, la titularidad en sociedades anónimas, las tierras públicas improductivas, son desalentadas.

Se trata de una postura no exenta de tensiones. Expropiaciones, impuestos extraordinarios, congelamiento de arriendos, valuaciones calculadas fuera de las leyes del mercado, repartos dirigidos, son algunos de los tantos mecanismos que se usaron y que no dejaron de cuestionar la fuerte intromisión estatal que aun reconociendo la propiedad privada como derecho y su valor impulsor de riqueza, la tuvieron a raya.

En estos términos receptaba la Constitución Nacional argentina de 1949, luego derogada, la función social de la propiedad en su artículo 38: “La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”. Texto que con variantes inspiró a muchas otras de las constituciones provinciales, incluso hasta hoy vigentes, que se recopilan en *Derecho agrario argentino* (Pastorino, 2011).

En esta concepción se empezó a hablar del uso racional de la tierra y de los recursos bajo el concepto de aprovechamiento. Es decir, racional es aprovechar, hacer producir el recurso para lo que es capaz.

### **c) La función social concebida como limitación reglamentaria.**

Finalmente una tercera concepción se encuentra más lavada de intervencionismo, no en el sentido de *laissez faire*, porque el Estado regulará, pero no lo hará poniendo en riesgo el derecho de propiedad mismo. Es una posición que se funda en la teoría del abuso del derecho y que en definitiva, en relación a la tierra, no se plantea tanto el no producir sino el producir en forma tal que pueda obstaculizarse la propia productividad de los recursos.

En el caso argentino esta postura se impuso en un intento intermedio por reconocer que era inadmisibles el uso absolutamente discrecional del propietario pero sin llegar a plantear el ataque frontal al derecho o su aniquilación ni siquiera por la vía expropiatoria. Ya derogada la Constitución de 1949, una reforma más o menos integral del Código Civil, luego de cien años de su redacción, abandonó al respecto la definición del dominio con los extremos del texto original del artículo 2513 que definía el dominio como el derecho del propietario de disponer y

servirse de la cosa, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario pudiendo “desnaturalizarla”, degradarla o destruirla. Esta extremista derivación del mal entendido *ius abutendi*, ponía en evidente contradicción este ejercicio del derecho de propiedad con fines sociales pero ya no aquellos de eminente naturaleza económica, sino además, de aquellos que involucraban los aspectos conservativos de bienes que, además de productivos, ahora se percibían como integrantes de un concepto ecosistémico que trascendía el interés individual. El nuevo texto dirá que tales derechos de disponer y servirse, usar y gozar la cosa deberán ser “conformes al ejercicio regular”. Explica el responsable de la reforma que con esa formulación de ejercicio regular se entiende un ejercicio “normal, no abusivo” (Borda, 2008). De ahí la conexión con el llamado abuso del derecho que quedará más a la interpretación judicial que a la otra posible acepción de que se trate de un uso regular conforme a las reglas. Podríamos decir que entonces la reforma busca, no sólo alejarse claramente de la posible afectación del derecho en sí de propiedad, de su carácter permanente e individual, sino, además, de toda posible regulación normativa. A pesar de ello, para Borda en apelación a la función social “cada vez que el derecho de propiedad sea ejercido de una manera antisocial, es decir contraria a los derechos de la comunidad, ese ejercicio será abusivo y no tendrá el amparo de la ley”.

En síntesis, bajo la formulación de la función social se buscó limitar una concepción extremadamente individualista de la propiedad privada que la veía como un derecho natural y por lo tanto de imposible limitación por el derecho positivo. Pero bajo la misma expresión se dieron diferentes acepciones o alternativas de muy diverso voltaje jurídico, las que presentamos en una graduatoria que, entendemos, a la vez recorre un camino histórico desde las posiciones más extremas y más confrontativas con los excesos de la concepción liberal a otras que fueron buscando un equilibrio. Pero no puede soslayarse que dicho recorrido implicó intensas luchas políticas en el campo de la realidad, de revoluciones y de aplicación de reformas agrarias que provocaron resistencias y también en el campo de los discursos y de las ideas políticas. Realidad e idearios, tuvieron, a mi entender, en este campo, un intercambio dialéctico y, como explica Lattuada (1988) al exponer sobre las políticas agrarias prácticas de los partidos políticos argentinos, existió un proceso de filtrado que hizo que a mayor intervención y afectación del derecho de propiedad, mayor resistencia, freno y obstaculización a instituciones radicalizadas.

Si bien el esbozo clasificatorio anterior puede presentarse como original del autor de este trabajo, en apoyo a la idea que lo inspira de que no todas las veces que se habla de función social se lo hace en iguales términos, vayamos en auxilio del gran maestro que precedió las enseñanzas en nuestra misma Cátedra. Antonino Vivanco enseñó que las tendencias orientadas a limitar “acentuadamente” el derecho del propietario, se iniciaron con el extremo de considerar a la propiedad, no un derecho subjetivo sino, una función social.

Entendía Vivanco que la inspiración inicial de esas ideas provenían de Augusto Comte y se basaba en una parábola por la cual el propietario se imagina como un funcionario o magistrado encargado por la sociedad de administrar una parte de la fortuna pública y que, si no logra hacerla producir, se le quita. En otro criterio, sigue Vivanco, la función social se enseña diciendo que la propiedad tiene por naturaleza una misión social, siendo medio para procurar el mayor bien de la sociedad en el uso y disfrute de las cosas y que el propietario no necesita de la anterior delegación sino que, tratándose de una interpretación fundada en la doctrina social de la iglesia, entiende que proviniendo de Dios, se le impone a los propietarios una misión especial y deberes particulares para con los demás hombres y la sociedad. Finalmente, una tercera postura se aparta de las anteriores buscando una ubicación intermedia y entiende que la propiedad es un derecho real y verdadero pero limitado moral y jurídicamente. (Vivanco, 1986). Esta posición sería concordante con lo que luego va a mencionar Barbero (1993), ya entrando al análisis del concepto de propiedad en relación al derecho ambiental, que fue la posición de la Corte Constitucional italiana que llega a negar indemnización por la prohibición de un uso contrario al propósito inherente a la naturaleza de un bien privado que cumple, además, una función ambiental.

#### **4. La función ecológica de la propiedad**

Realizado el recorrido breve sobre las concepciones respecto a la función social de la propiedad veamos, entonces, que sucede con la función ecológica.

En primer lugar, debemos decir que aún no se trata de un concepto claramente reconocido ni en el campo de las ideas ni a nivel normativo.

En segundo lugar, que no se trata de un continuo con la función social, es decir, una evolución a partir de aquella, pero sí recepta la base común de que la propiedad absoluta individual de la concepción liberal puede obstaculizar la realización de fines sociales y ambientales. Pero la función ecológica se funda en el reconocimiento de que los bienes deben ser utilizados en modo de respetar la capacidad de carga de los ecosistemas y recursos y, en tal supuesto, hasta puede presentarse como opuesta a la función social cuando ésta está impulsada por fines productivistas.

No depende de un reconocimiento constitucional, que, por otro lado, en el caso argentino lo inferimos pero no es textual; sino que la función ecológica la derivamos de la observación que el nivel de uso de la naturaleza y sus bienes, territorio, espacio e interrelaciones está en un punto de crisis ante el desarrollo económico y social de la población, que, por otro lado, sigue creciendo. Ello impone, reitero, más allá de que lo diga o no una constitución o una ley, que se reconozca que dichos bienes que están a disposición de la humanidad sean usados no contrariando su capacidad de carga ni poniendo en crisis el equilibrio de los factores, bienes y condiciones que se integran en la persecución de un equilibrio evolutivo en el ecosistema.

Ello no obstante, como tenemos pocas páginas para desarrollar la idea, apoyaremos el análisis con nuestro texto constitucional, sin dejar de reiterar que otros países, aún sin reconocimiento expreso al ambiente en sus constituciones, van en igual camino, e incluso, lo están recorriendo en forma más incisiva.

Antes de adentrarme en la norma suprema, también quiero decir que sigo vinculando el concepto de ambiente al de ecosistema (Pastorino, 2005) y prefiero hablar de función ecológica y no ambiental de la propiedad.

La reforma constitucional de 1994 al introducir la cláusula ambiental en su artículo 41 hizo grandes aportes y dio un paso trascendental para la consagración de un derecho ambiental como disciplina autónoma. En lo que al punto que tratamos interesa, fundamental resulta que ha reconocido al lado del derecho de todos a vivir en un ambiente sano y equilibrado, el deber también de todos de preservarlo. También en su segundo párrafo fijó orientaciones precisas para la concreción de la tutela ambiental con deberes específicamente destinados a las autoridades. Es en el punto de los deberes donde creo que nace el orden público ambiental y también la función ecológica de la propiedad porque en la misma Constitución que se consagra el derecho a la propiedad que sigue siendo calificada de inviolable, ahora nace la imposición al propietario de conducirse en su ejercicio de manera tal que su acción proteja el derecho de todos a vivir en un ambiente sano, para lo cual, requisito ineludible es preservar al propio ambiente.

Se trata a mi entender de una obligación que trasciende la norma escrita, la imposición de limitaciones de policía o cualquier otra intervención estatal, es decir, un deber que no espera el cumplimiento del deber propio por parte de las autoridades. Un mandato de autocumplimiento, inspirado, a mi entender en la filosofía de Jonas, explicada en su libro *El principio responsabilidad* publicado por primera vez en alemán en 1979.

Esta postura luego se ve reafirmada en la ley general del ambiente de argentina, ley 25.675 que se auto proclama de orden público e indica que con sus principios debe interpretarse toda la legislación ambiental del país (art. 3). En ella, se definen también los criterios que deben seguir las normas y pautas en materia ambiental que están obligadas a garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable (art. 6).

La idea continúa y cierra su alcance en lo que a la propiedad respecta con el nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina que reconoce el llamado "microsistema" de la normativa ambiental y dispone dos interesantes preceptos que estimo son del más alto voltaje y de aún imprevisible dimensión. Por un lado el reconocer que en el ejercicio de los derechos individuales sobre bienes (se supone entonces principalmente derechos reales -entre ellos el estelar dominio- así como cualquier otro derecho que implique disfrutar o usar un bien, como derechos de origen contractual privado y hasta administrativos) no se podrá afectar (mandato en clave asimilable al postulado constitucional de inspiración en

Jonas de autolimitación) el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros (art. 240) y, además, se aplicarán las normativas sobre presupuestos mínimos (ambientales) que responderán a las previsiones antes comentadas (art. 241).

Sólo porque es anterior y más concreta, citamos también la ley de la Provincia de Formosa de 1993, 1060, que en su artículo 5 expresa que “la propiedad tiene una función ambiental y no puede ser fuente de degradación ambiental ni obstáculo para la recuperación y la conservación del ambiente. Se reconocen los derechos adquiridos por los particulares, con arreglo a la ley sobre los elementos naturales y los recursos renovables. Su uso, goce y disposición deberán observar lo dispuesto por esta ley”.

Ahora bien, así como planteamos diversas intensidades para la función social de la propiedad, queda por ver si se puede pensar lo mismo para la función ecológica y me permito anticipar mi opinión y es que seguramente dicha intensidad irá ganando espacio proporcionalmente al avance de la concientización y de la crisis ambiental y será también más fuerte según la valoración que se dé en su caso al valor ambiental protegido.

En primer lugar, aun no compartiendo mi postura de que se trata de un sistema, el de derecho ambiental, completamente de orden público, lo que equivale a reconocerle una valoración superior por parte de la sociedad actual que a otros intereses, especialmente patrimoniales e individuales o que surge de las normas comentadas una derivada imposición de autoregulación o autolimitación; sí parece aceptado, en el estado actual de la cuestión, diría que casi sin oposición, que el Estado puede limitar el ejercicio de la propiedad en miras a respetar el correcto funcionamiento del ambiente por la vía de restricciones de policía o de cualquier otro tipo de normativa. Es decir, llamándola función ecológica de la propiedad o no, parece una realidad indiscutida que se acepte una limitación similar a la de la tercera postura que dimos para la función social de la propiedad, aquella identificada como la represión del abuso del derecho.

Ya entrando en un terreno más fino, no sé si existe consenso cuando esa limitación implica una pérdida de rentabilidad o prohibiciones absolutas que en primera apariencia parezca dejar a los bienes naturales sin posibilidad de aprovechamiento económico. Allí vale el caso y mi crítica al concepto de compensación enunciado en la ley de presupuestos mínimos de bosques nativos, 26.331, que puede abrir una incorrecta interpretación en línea con la consagración de un verdadero derecho subjetivo al pago por el “sacrificio” impuesto al derecho de propiedad individual, perdiendo en cambio sentido la otra interpretación posible, a la que adhiero, de que se trata de restricciones amparadas por el orden público ambiental y no compensables pero que el Estado para la efectividad de su cumplimiento simplemente estimula con un verdadero premio económico.

En el caso de las prohibiciones a ciertas actividades -en realidad éstas existen desde siempre- cuando el Estado ordena territorialmente las actividades económicas y no suelen generar conflicto cuando lo hace en forma previa a la actividad misma. Ahora bien, cuando, en cambio, la actividad ya está en funcionamiento algunos parecen reclamar el ingreso al segundo nivel o segunda interpretación de nuestro equivalente en la función social, es decir se suele reclamar una indemnización o expropiación. Sin embargo, ya existen varios antecedentes de restricciones de este tipo sin ninguna indemnización, precisamente por invocación al orden público. Valen de ejemplo el caso “Ancore” (Ac. 77.608, 19/2/02) donde la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires dispuso que deba cesarse la actividad de un *feed lot* ubicado en el casco urbano de una ciudad sin indemnización por afectación al orden público ambiental. El otro caso es la ley 14.126, de paisaje protegido del Polígono de Tandil, que terminó con la actividad minera en una amplia zona, donde la misma se venía realizando y hasta se dice que dicha actividad fue la que dio origen al desarrollo de la región. En este último caso, entiendo, lo que sucede es que la actividad considerada negativa para el ambiente afecta directamente el bien mismo atentando con su existencia. Sería un caso donde se aplicaría la postura que según Barbero (1993) tiene la Corte Constitucional italiana. La explotación canteril no deja más que oquedades en el paisaje de colinas que, precisamente, la población y el Estado valora en grado superior al rédito económico y de desarrollo que dicha actividad pudiera generar. También se puede observar para ambos casos, que en definitiva, no se aniquila con la restricción el derecho de propiedad mismo. En el primer caso – Ancore- los terrenos en pleno casco urbano seguramente podrán destinarse a un fin inmobiliario habitacional o cualquier otro de alto rendimiento, lo que se restringe es la actividad específica. En el segundo, parece inicialmente más difícil visualizar la alternativa productivista que compense la ecuación económica para el privado pero si pensamos en el concepto de externalidades positivas todo hace aventurar que la protección ambiental declarada debe dar al lugar una protección especial que favorecerá el aprovechamiento con otros fines, tales el turístico, vacacional, urbano regulado o de producciones agrarias en áreas de especial protección ambiental, así como tantas otras que en sinergia pueden generar un modelo sostenible de desarrollo rural que tampoco puede *prima facie* descartarse como más rentable.

Se acaban las páginas auto asignadas en mi función de director del presente. Corresponde entonces hacer alguna conclusión o reflexión final. Hasta aquí, los casos señalados indican un tibio avance sobre el alcance del derecho de propiedad inmueble por vía de restricciones, manifestadas en prohibiciones a veces fuertes y que también pueden constituirse en obligaciones de hacer, a favor de valores ambientales. Pero aun así, se reconoce siempre la propiedad como derecho subjetivo del titular, quien retiene todo aprovechamiento posible más allá de lo que es objeto de restricción. Seguramente la doctrina y la jurisprudencia

deberán afinar conceptos y criterios para poder construir un esquema interpretativo que permita determinar la compatibilización entre los intereses ambientales y los derechos individuales del titular del derecho de propiedad, identificando también diferencias entre situaciones y bienes que, seguramente habilitarán soluciones distintas.

## 5. Referencias

- Barbero, Ariel. 1993. Derecho Ambiental. En H. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, *Elementos de política ambiental*. La Plata.
- Borda, Guillermo. 2008. *Tratado de derecho civil*. Derechos Reales I. 5ª Edición Actualizada y Ampliada por Delfina Borda. La Ley. Buenos Aires.
- De Camps y Arboix, Joaquín. 1953. *La propiedad de la tierra y su función social*. Bosch. Barcelona.
- Duguit, Léon. 1918. *Manuel de droit constitutionnel*. 3ª édition. Ancienne Librairie Fontemoing & Cª, Éditeurs. Paris.
- Grossi, Paolo. 1977. *Un'altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*. Giuffrè Editore. Milano.
- Jonas, Hans. 2002. *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*. 4ª ed. Einaudi. Torino.
- Lafaille, Héctor. 1943. *Derecho Civil*. T.III, vol.1. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires.
- Lattuada, Mario. 1988. *Política agraria y partidos políticos (1946-1983)*. Biblioteca Política Argentina. CEAL. Buenos Aires.
- Pastorino, Leonardo. 2005. *El daño al ambiente*. Lexis Nexis. Buenos Aires.
- Pastorino, Leonardo. 2011. *Derecho agrario argentino*. 2da. edición. AbeledoPerrot. Buenos Aires.
- Pastorino, Leonardo. 2013. Agua: ¿de quién? Ponencia al XXIV Congreso Nacional del Agua, CONAGUA, San Juan, 14 al 18 de junio.
- Proudhon, Pierre J. 1840. *¿Qué es la propiedad?. Acerca de su principio, de su derecho y de su autoridad*. Gómez Pinilla A (traductor, 1910). Sempere y Cª. Editor. Valencia.
- Pugliatti, Salvatore. 1964. *La proprietà nel nuovo diritto*. Giuffrè Editore. Milano.
- Vivanco, Antonino. 1967. *Teoría general de derecho agrario*. Editora Platense. La Plata.
- Vivanco, Antonino. 1986. Propiedad Agraria. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Driskill, Buenos Aires, XXIII: 450.

# “Naturaleza y derechos humanos”

*María de las Nieves Cenicacelaya y Carlos Gonzalo Francisco Fuentes<sup>1</sup>*

<sup>1</sup>Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

Mails de contacto: [edurneca@yahoo.com.ar](mailto:edurneca@yahoo.com.ar)

[gonzalofuentes7@yahoo.com.ar](mailto:gonzalofuentes7@yahoo.com.ar)

---

## RESUMEN

Recién a partir del último tercio del siglo XX el mundo comenzó a tomar conciencia de la gravedad del deterioro que el hombre había causado a la naturaleza y al ambiente en el que vivía. Esa preocupación hizo que se adoptaran una serie de instrumentos internacionales que dieron lugar a la globalización de la tutela ambiental del mismo modo que con anterioridad había surgido la globalización de la protección de los derechos humanos.

En este trabajo daremos cuenta someramente de algunas intervenciones de Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que haya estado en juego la protección del ambiente o sus componentes, con una perspectiva de derechos humanos, procurando hacer una selección que resulte representativa de diversas temáticas y Estados del hemisferio; y también de los últimos avances en América Latina y el Caribe en pos de la adopción de un instrumento regional que asegure la implementación de los llamados “derechos de acceso” en materia ambiental.

**Palabras clave:** **Naturaleza – Ambiente – Derechos Humanos – Sistema Interamericano**

---

## ABSTRACT

Only in the last third of the 20th century, man began to become aware of the seriousness of the damage that he had caused to nature and to environment. This concern led to the adoption of different international instruments that gave rise to the globalization of environmental protection in the same way that the globalization of the protection of human rights had previously arisen.

In this paper we will outline some measures which have been adopted by Inter-American Commission on Human Rights and Inter-American Court of Human Rights in which protection of the environment or its components has been at stake, with a human rights perspective, trying to make a representative selection of different issues and, in turn, where different hemisphere's states were involved; and we will also briefly refer to the latest developments in Latin America and the Caribbean in pursuit of the adoption of a regional instrument to ensure the implementation of so-called "access rights" in environmental matters.

**Keywords:** **Nature – Environement – Human rights – Inter-American system**

---



## **1. Introducción**

La noción de naturaleza permite referirse a los fenómenos que forman parte del universo físico y a todo aquello vinculado a los organismos vivientes. Aunque el diccionario de la Real Academia Española (RAE) reconoce dieciocho acepciones de la palabra -lo que muestra su amplitud de significados- el uso más habitual de la noción, de todas formas, se asocia a aquello que forma el mundo terrenal y que no ha sido creado por el hombre. El término, por lo tanto, suele referirse a la totalidad de los seres vivos (incluyendo seres humanos, animales y plantas) y a los fenómenos que surgen sin intervención de las personas (viento, nieve, mareas).

Desde la aparición misma del hombre sobre la faz de la tierra, éste transformó el mundo que lo rodeaba, aún con su sola presencia, y contaminó el ambiente que habitaba. De ahí que existan testimonios muy antiguos de como la humanidad intentó, a su modo, evitar, neutralizar, remediar, los efectos adversos que la actividad humana provocaba en las aguas o los bosques. No obstante, por milenios, esa presión del hombre sobre los elementos de la naturaleza fue lo suficientemente discreta, moderada, lenta, como para permitir su necesaria adaptación (Ost, 2003)

Pero los cambios tecnológicos que aceleraron en los últimos dos siglos el crecimiento de la población con sus inevitables y cada vez mayores impactos sobre el medio natural, hicieron que el hombre comenzara a tomar conciencia de las consecuencias que ello aparejaría en su existencia, llegando, incluso, a convertir a la misma humanidad en una especie amenazada donde sus derechos más fundamentales (a la vida, a la integridad personal, a la libertad, a la seguridad, a la salud, a la alimentación, al agua, al hábitat) estarían en severo riesgo.

Es así que, numerosos instrumentos internacionales han contribuido a sentar la premisa de que la existencia de un ambiente sano y de condiciones adecuadas para disfrutar de los recursos naturales de una manera que garantice la sostenibilidad presente y futura, son derechos inalienables.

El ambiente entendido, como el conjunto de elementos naturales (agua, aire, tierra, flora, fauna), los ecosistemas formados a través de la interacción de estos elementos y la diversidad biológica, constituyen, así, un presupuesto fundamental para el desarrollo de la vida humana en condiciones dignas y saludables.

## **2. Naturaleza, ambiente y derechos humanos**

Con la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, llevada a cabo en Estocolmo en junio de 1972, dará comienzo la globalización de la protección de la naturaleza, cuando ya habían pasado casi dos décadas y media del inicio de la globalización de la protección de los derechos humanos. En efecto, en 1948 se habían adoptado, en Bogotá, la

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en Nueva York, la Declaración Universal de Derechos Humanos, piedra angular del sistema de protección internacional de los derechos humanos (Fall, 1995); e, incluso, también ya habían visto la luz, los Pactos gemelos de las Naciones Unidas en 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en 1969.

La Declaración de Estocolmo resalta la importancia de la naturaleza para el ser humano y los demás seres vivos. Los recursos naturales de la Tierra, dice, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga (Principio 2). Destaca asimismo que los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, “son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma”.

Dos décadas más tarde, y en reafirmación de su antecesora, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992, consignará entre sus principios que “los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”(Principio 1); el derecho al desarrollo (poco antes consagrado como derecho humano inalienable por la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo de 1986) “debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras (Principio 3); y “la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables” (Principio 25)

A cuarenta y cinco años de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en junio de 1993, consagró una serie de postulados, entre los que merecen resaltarse que: los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; y su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos (Punto I.1); todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí (Punto I.5); la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente (Punto I.8) y el derecho al desarrollo debe realizarse de manera que satisfaga equitativamente las necesidades en materia de desarrollo y medio ambiente de las generaciones actuales y futuras (Punto I.11).

Por su parte, la Declaración de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sustentable que tuvo lugar en setiembre de 2002 en Johannesburgo, heredera de Estocolmo y Río, advierte que el “ambiente global continúa sufriendo. La pérdida

de la diversidad biológica continúa, las reservas pesqueras continúan reduciéndose, la desertificación clama por tierra más y más fértil, los efectos adversos del cambio climático son ya evidentes, los desastres naturales son más frecuentes y más devastadores y los países en desarrollo más vulnerables, y el aire, el agua y la contaminación marina continúan privando a millones de una vida decente” (Punto 13)

La circunstancia de que, como acabamos de ver, recién a partir del último tercio del siglo XX el mundo comenzara a tomar conciencia del grave deterioro de la naturaleza, el ambiente y sus componentes que afectaba al planeta, hizo que la cuestión ambiental -por obvias razones temporales -y al igual que lo acontecido respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos del ámbito onusiano- quedara fuera de los dos instrumentos generales inter-americanos más importantes, la Declaración de Bogotá y el Pacto de San José de Costa Rica.

A su turno, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), más conocido como Protocolo de San Salvador, no obstante estar dedicado a la tutela de los denominados derechos de “segunda generación”, sí incluyó -a su modo- los derechos ambientales al consignar en el art. 11.1 que “Toda persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”, añadiendo en el art. 11.2 el compromiso de los Estados de promover “la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”; siendo así, aún hoy, la única cláusula que específicamente aborda la problemática ambiental en todo el sistema interamericano.

Entendemos que ésta ha sido una de las causas -seguramente la más relevante- por las cuales no ha habido demasiados pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en relación al tema que nos ocupa. A su vez, entre esas pocas decisiones, cabe consignar que el mayor número de ellas han estado vinculadas a los derechos de los pueblos originarios de las Américas en razón de que la tierra y los otros elementos de la naturaleza, hacen a la esencia misma de la identidad indígena (Ruiz Chiriboga, 2006), y ello a pesar de que tampoco existe en este hemisferio instrumento jurídico específico alguno que los tutele.

### **3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Según el art. 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) cualquier persona, grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) puede acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para denunciar violaciones a los derechos humanos cometidas por un Estado Parte, luego de haber agotado los recursos de la jurisdicción interna; debiendo presentarla dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de

la decisión definitiva; y siempre que la materia de la petición no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, según estipula el art. 46 de la CADH. De este modo, quien haya sufrido una violación a sus derechos humanos puede lograr que la CIDH investigue la situación y formule recomendaciones al Estado responsable para que se restablezca -en la medida de lo posible-, el goce de los derechos conculcados, se reparen sus consecuencias dañosas y, también, para evitar que hechos similares no vuelvan a ocurrir en el futuro.

Cuando un Estado miembro de la OEA no sea parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, para discernir si en un caso hubo o no violación de derechos humanos, los actos u omisiones estatales deberán analizarse a la luz de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), cuyas disposiciones sí están obligados a respetar; siendo además la CIDH competente para recibir peticiones en que se alegue la violación de ese instrumento por parte del Estado.

Ese es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos, quién ratificó la Carta de la OEA en 1951, mas no la CADH. En este sentido, la CIDH declaró admisible en 2010 (Informe No. 43/10) la Petición 242-05 (caso Mossville Environmental Action Now - Estados Unidos) con respecto a las alegadas violaciones de la DADDH en relación derecho a la igualdad ante la ley, atento a que los peticionarios habían sostenido que las políticas ambientales del estado exponían a los residentes de una pequeña localidad de Louisiana -en su mayoría afroamericanos- a una carga contaminante desproporcionada causando lo que denominaron “racismo ambiental”, producido al otorgar una protección ambiental desigual en base a la raza, sin ninguna justificación razonable y al no establecer medios adecuados y eficaces para obtener la protección ambiental debida. Durante décadas se autorizó a instalarse allí a un importante número de plantas industriales que fabrican, elaboran, almacenan y vierten sustancias tóxicas y peligrosas, facilitado ello por generosos incentivos tributarios y por las normas de zonificación, lo que habría causado un grave daño ambiental y serios problemas de salud conexos a los residentes del lugar, a los que, además, se les negaba cualquier participación en la investigación de los hechos.

Brasil, en cambio, sí adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo hizo en 1992 y por ello, en 2012, la CIDH declaró admisible (Informe No. 71/12) la Petición P-1073-05 (caso Habitantes del Conjunto Habitacional “Barão de Mauá” – Brasil) que responsabilizaba a ese estado por la degradación ambiental y los riesgos a la vida humana, la integridad personal y la salud derivados de la contaminación del suelo y otros daños ambientales conexos, en perjuicio de los habitantes de un conjunto habitacional de San Pablo, que fue construido sobre un terreno que había sido utilizado anteriormente como área de desecho ilegal de sustancias tóxicas, todo ello en violación de varias normas de la CADH, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica.

La CIDH también puede, en situaciones de gravedad y urgencia, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente, o incluso en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente. Así, luego de declarar en 2004 la admisibilidad (Informe Nro. 69/04) de la Petición 504/03 presentada por la Coordinadora Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (caso Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus Miembros - Perú) en la cual se alegaba la responsabilidad del estado por la violación de derechos fundamentales tutelados por la CADH (vida, integridad personal, garantías judiciales, protección a la familia, del niño, propiedad, protección judicial y desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales) en perjuicio de los miembros de la comunidad campesina de San Mateo de Huanchor, en razón de los efectos que sufrían ocasionados por la contaminación ambiental producida por un depósito de relaves de residuos tóxicos a cielo abierto aledaña, en las cercanías del río Rimac, la CIDH otorgó medidas cautelares en favor de los afectados. De este modo, la Comisión solicitó se iniciase un programa de asistencia y atención médica a los pobladores de San Mateo de Huanchor y en especial a los niños; se elaborase a la brevedad el estudio de impacto ambiental requerido para el traslado del relave con desechos tóxicos, y luego se procediese al tratamiento y traslado del mismo a un sitio seguro donde no generase contaminación.

La Comisión Interamericana puede también realizar visitas a los países miembros de la OEA a fin de evaluar la situación de los derechos humanos en el lugar. Esas observaciones *in loco*, según el art. 53 del Reglamento de la CIDH, se practicarán, en cada caso, por una comisión especial designada a ese efecto.

En 2017, entre los días 31 de julio y 4 de agosto, la CIDH realizó una de estas visitas a Guatemala con el propósito de observar en terreno la situación de derechos humanos en ese país centroamericano. Durante la misma, la Comisión constató la grave situación que enfrentan las defensoras y los defensores de derechos humanos en Guatemala, siendo informada de actos de violencia y agresiones a los que están expuestos constantemente, que van desde asesinatos, amenazas, acoso, criminalización, arrestos arbitrarios y hostigamientos. En particular, durante la audiencia celebrada el día 7 de septiembre en relación a los ataques en contra de defensores de derechos humanos por parte de empresas extractivas en Guatemala, la CIDH recibió información sobre una presunta política del Estado de perseguir a personas que defienden el ambiente, los recursos naturales, el agua, la tierra y el territorio en general (OEA/Ser.L/V/II Doc. 208/17, CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala, Punto 318), cuestión que como veremos, es de permanente atención por parte de los órganos del sistema interamericano.

La Comisión elabora además un Informe Anual para la Asamblea General de la OEA el cual debe contener, entre otros ítems, un análisis sobre la situación de

los derechos humanos en el hemisferio, y las recomendaciones a los Estados y a los órganos de la OEA sobre las medidas necesarias para fortalecer el respeto de los derechos humanos; las peticiones y casos individuales en los que ha intervenido, las medidas cautelares otorgadas y los informes de seguimiento. También puede elaborar informes generales o especiales sobre la situación de los derechos humanos en un Estado determinado (*country reports*). Por caso, en 2001, en el Capítulo V del Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay (<http://www.cidh.org/countryrep/paraguay01sp/indice.htm>), luego de recordar que el Preámbulo de la CADH, reafirmando la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos señala que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”, la Comisión destacó que la extrema pobreza constituye una violación generalizada de todos los derechos humanos que puede, incluso, afectar seriamente la institucionalidad democrática; y en virtud de ello, entre las estrategias específicas que le indicó al Estado paraguayo para luchar contra este flagelo, le recomendó proteger los recursos ambientales de las comunidades pobres de ese país sudamericano.

En razón del art. 15 del Reglamento de la CIDH, ésta puede también crear relatorías con mandatos ligados al cumplimiento de sus funciones de promoción y protección de los derechos humanos, ya sea temáticas, a cargo de un comisionado, o especiales, a cargo de otras personas designadas por la Comisión.

La nueva Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) es una Oficina especialmente creada para apoyar a la CIDH en el cumplimiento de su mandato de promoción y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el continente americano. Recientemente, a través del Comunicado de Prensa 83/18, ha elogiado dos decisiones tomadas por sendos países de América del Sur para hacer frente a la emisión de gases efecto invernadero en un contexto de cambio climático.

En efecto, en primer lugar se hace referencia a la Ley Marco sobre Cambio Climático aprobada por el Congreso peruano el 15 de marzo del corriente año que, entre otros aspectos, reconoce el aporte de los pueblos indígenas y afroperuanos en la conservación de los ecosistemas, y el impacto diferenciado del cambio climático en determinados grupos en situación de vulnerabilidad. Luego, destaca una sentencia de la Corte Suprema de Colombia adoptada el 5 de abril en la que se subraya la interdependencia del derecho a un ambiente sano con la realización de otros derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y en la cual se enfatiza que derechos como la vida, alimentación, agua, salud y la misma dignidad humana están ligados y sustancialmente determinados por el entorno y el ambiente.

#### **4. Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte IDH, institución judicial autónoma, con sede en San José de Costa Rica, tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante su competencia contenciosa, a través de la cual analiza una demanda específica, establece la veracidad de los hechos denunciados y decide si éstos constituyen o no una violación a la citada Convención mediante el dictado de una sentencia; y a través de su competencia consultiva, que abordaremos más abajo.

##### **a. Competencia contenciosa de la Corte IDH**

En relación a la competencia contenciosa, sólo los Estados partes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueden someter un caso a la decisión de la Corte IDH, una vez agotados los procedimientos ante la Comisión. De todos modos, hasta el momento, siempre ha sido la CIDH quien ha desencadenado un proceso contencioso ante la Corte IDH; debiendo recordar que ésta sólo podrá conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José que le sea sometido, cuando el Estado en cuestión haya reconocido su competencia contenciosa; todo ello en virtud de lo establecido en el art. 46 CADH.

Desde su primer fallo en 1987, la Corte Interamericana ha dictado más de trescientas sentencias de todo tipo: de fondo, de excepciones preliminares, de reparaciones, de costas y de interpretación de sentencias.

En un importante número de ocasiones, la Corte ha debido decidir en casos en los que estaban en juego cuestiones ambientales, vinculadas -al igual que lo ocurrido en la Comisión- a los recursos naturales y hábitat de pueblos indígenas y tribales. Sólo haremos referencia a uno de ellos en el que, si bien estaban involucrados derechos de pueblos originarios, la Corte tuvo que pronunciarse en relación a la compatibilidad de esos derechos con la protección del ambiente y, en especial, acerca de ciertas restricciones producto de la creación de reservas naturales dentro de un territorio ancestral; cuestión que nunca antes había sido objeto de discusión en el tribunal hemisférico.

En otros dos casos, la actuación de la Corte Interamericana ha estado vinculada a dos derechos clave en la protección del ambiente como son, el derecho a la participación ciudadana (individual o colectiva, a través de las organizaciones de la sociedad civil) en la toma de decisiones que puedan afectar al ambiente y su prerrequisito, el derecho de acceso a la información pública ambiental (Quiroga Lavié et al., 2009).

El caso de los Kaliña y Lokono se originó a partir de la creación de tres reservas entre 1966 y 1986: Wia Wia, Galibi y Wane Kreek en territorio ancestral. Las dos primeras fueron establecidas para proteger las playas en las que anidan tortugas marinas, impidiéndose incluso en ciertas épocas el acceso de los indígenas. La última, en tanto, fue creada para la protección y conservación de ecosistemas. Sin embargo, con fundamento en una concesión otorgada en 1958,

desde 1997 hasta 2009 una empresa realizó allí actividades de minería a cielo abierto, como consecuencia de las cuales, la caza y la pesca, que eran tradicionales en la zona, se redujeron considerablemente.

En 2015, respecto del mantenimiento de las reservas naturales en el territorio tradicional, la Corte determinó que el Estado debe ponderar los derechos en juego, esto es, por un lado, la protección de los derechos colectivos de los Pueblos Kaliña y Lokono y también la protección del ambiente como parte del interés general; concluyendo que, en principio, existe una compatibilidad entre las áreas naturales protegidas y el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la protección de los recursos naturales sobre sus territorios, destacando que estos pueblos pueden contribuir de manera relevante con dicha conservación. En este sentido, los criterios de participación efectiva, acceso y uso de sus territorios tradicionales, y obtención de beneficios de la conservación —todos ellos, siempre y cuando sean compatibles con la protección y utilización sostenible—, resultan, dice el tribunal, elementos fundamentales para alcanzar dicha compatibilidad, la cual debe ser evaluada por el Estado. A su turno, el tribunal no consideró que las restricciones que los pueblos indígenas sufrieron hayan sido desproporcionadas, poniendo de relieve la necesidad de compatibilizar la protección de las áreas protegidas con el adecuado uso y goce de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas, estimando que estas áreas, consisten no solamente en la dimensión biológica, sino también en la sociocultural y que, por tanto, debe incorporarse un enfoque interdisciplinario y participativo. No obstante, al verificarse la falta de participación efectiva de los pueblos Kaliña y Lokono en la conservación de las referidas reservas y sus beneficios y que se evitara la degradación al ambiente —no se llevó a cabo un estudio de impacto ambiental— la Corte IDH estimó que el estado era responsable por haber vulnerado varios derechos (propiedad colectiva, identidad cultural y participación en asuntos públicos) garantizados por la CADH (Corte IDH, caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam - Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2015)

Otro caso emblemático decidido por el tribunal con sede en San José fue el del homicidio (impune por más de catorce años) de Blanca Jeannette Kawas Fernández, presidenta de una Fundación que tenía por objetivo “mejorar la calidad de vida de los pobladores de las cuencas hidrográficas de la Bahía de Tela, en el hondureño Departamento de Atlántida. Según la CIDH, había fuertes indicios de que el estado había intervenido en el asesinato de esa activista que había denunciado, entre otras cosas, la contaminación de las lagunas y la depredación de los bosques de la región y que era calificada por algunos sectores como una “protectora insaciable” del ambiente que se oponía al desarrollo turístico de la zona. La Corte IDH en su sentencia de 2009 manifestó su —reiterada— (Ayala Corao, 1999) preocupación por los ataques que sufren quienes se dedican a la defensa de los derechos humanos, resaltando que ello abarca necesariamente las actividades de denuncia, vigilancia y educación sobre todos



los derechos, de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los mismos. También, como en ocasiones anteriores, el tribunal interamericano puso de relieve la innegable relación entre la protección del ambiente y la realización de otros derechos humanos, a la vez que advierte sobre los efectos adversos que la degradación ambiental y el cambio climático han provocado en el goce efectivo de los derechos humanos en el continente. Y por ello, dice la Corte, que el trabajo realizado por la defensa del ambiente y su relación con los derechos humanos cobra especial relevancia en los países de la región, en los que se observa un número creciente de amenazas, actos de violencia y asesinatos de ambientalistas con motivo de su labor, como se verá más adelante, a propósito de la reciente adopción del LAC P10. La Corte, finalmente, al concluir en la responsabilidad del estado hondureño, entre otras medidas, dispuso que Honduras levantase un monumento en memoria de Blanca Jeannette Kawas Fernández e hiciese la rotulación del parque nacional que lleva su nombre; y que ejecutase una campaña nacional de concientización y sensibilización sobre la importancia de la labor que realizan los defensores del ambiente en ese país y de sus aportes en la defensa de los derechos humanos en general (Corte IDH, caso Kawas Fernández vs. Honduras – Fondo, Reparaciones y Costas, 3 de abril de 2009)

Finalmente, haremos referencia a un caso en el cual, en principio, se negó el acceso a la información pública ambiental. Los hechos que lo desencadenaron se remontan a 1998 cuando el Estado chileno se negó a brindar a un grupo de conocidos ambientalistas toda la información que requirieron del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa Forestal Trillium Ltda y el Proyecto de deforestación Río Cóndor que se llevaría a cabo en la XII Región del país (Magallanes) que, en opinión de los solicitantes podía ser perjudicial para el ambiente e impedir el desarrollo sostenible de esa zona del extremo sur chileno. Y tampoco se les permitió impugnar debidamente esa decisión, con lo que se les conculcaba su derecho de acceso a la información pública ante los tribunales locales.

El órgano estatal requerido es el único organismo autorizado para aceptar el ingreso de capitales del exterior y para establecer los términos y condiciones de los respectivos contratos. Sus autoridades no entregaron toda la información solicitada a los peticionarios porque consideraron “de carácter reservado toda aquella información referida a terceros cuya entrega pudiera constituir un atentado a la privacidad de sus titulares, arriesgando de manera irresponsable el resultado de las actividades de los inversionistas en Chile”, no obstante tratarse de un proyecto de enorme impacto ambiental que había generado gran discusión pública.

Durante el trámite ante el sistema interamericano varias ONG’s de todo el mundo se presentaron como *amicus curiae* en apoyo del derecho de acceso a la información pública. Por su parte, la Corte Interamericana en su sentencia

recuerda que, en materia ambiental, este derecho ya estaba consagrado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 y que la Asamblea General de la OEA en diversas resoluciones consideró que el acceso a la información pública en general, es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información. También, con apoyo en su propia jurisprudencia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destaca que el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, y que, por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control.

Por lo anterior, el tribunal, por unanimidad, consideró que el Estado chileno violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 CADH y, por mayoría, que también violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 del mismo instrumento regional, en perjuicio de los peticionarios. También por unanimidad resolvió, entre otros puntos, que el Estado debía, a través de la entidad correspondiente y en el plazo de seis meses, entregar la información solicitada por las víctimas, en su caso, o adoptar una decisión fundamentada al respecto; y adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado.

#### **b. Competencia consultiva de la Corte IDH**

La competencia consultiva de la Corte Interamericana es la más amplia que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el momento (Albanese, 1997). Ella la habilita a emitir opiniones sobre cuestiones de derechos humanos (hasta el momento, veinticuatro) sin que exista un caso ni hechos concretos por juzgar, constituyendo un valioso instrumento para prevenir conflictos y perfeccionar los instrumentos por medio de los cuales se cumplen los compromisos internacionales asumidos por los Estados.

El 15 de noviembre de 2017, la Corte IDH, emitió la OC-23 de la Corte IDH, Medio Ambiente y Derechos Humanos, a solicitud de Colombia, en el que por primera vez, el tribunal desarrolló el derecho a un ambiente sano reconociendo “la relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos”, así como la interdependencia e indivisibilidad que existe entre derechos humanos, ambiente y desarrollo sostenible. El pronunciamiento fue resultado de un proceso ampliamente participativo, en el que se recibieron medio centenar de observaciones escritas por parte de Estados, organizaciones internacionales y nacionales, instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos; y también observaciones orales

de veintiséis delegaciones en una audiencia pública celebrada en Ciudad de Guatemala el 22 de marzo de 2017 .

([http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_04\\_18.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_04_18.pdf))

La Corte señala que el derecho humano a un ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege a los componentes del ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo para las personas individuales. A su vez, este derecho, dice, tiene dos dimensiones, una individual y otra colectiva. En la colectiva, este derecho constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes como futuras. Y en la individual, su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad personal, al agua, a la alimentación, a la vivienda. La afectación a estos derechos puede darse, sostiene la Corte IDH, con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad; por lo cual, los Estados están jurídicamente obligados a actuar frente a esas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación.

La degradación del ambiente, advierte la Corte, puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad; y su protección condición necesaria para una vida digna. Por ello, los Estados deben abstenerse de cualquier práctica o actividad que contamine el ambiente.

Según la Convención Americana, los Estados están obligados a cumplir con sus obligaciones (también las ambientales) con debida diligencia. Tienen la obligación de prevenir los daños ambientales significativos, la que implica regular las actividades que puedan causar un daño significativo al ambiente, con el propósito de disminuir el riesgo a los derechos humanos; supervisar y fiscalizar las actividades que puedan producir un daño significativo al ambiente; exigir la realización de un estudio de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al ambiente, sea que la actividad o proyecto sea realizado tanto por un Estado como por privados, teniendo en cuenta la naturaleza y magnitud del proyecto y la posibilidad de impacto que tendría en el ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de disponer de medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales; y mitigar el daño ambiental significativo, inclusive cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado, utilizando la mejor tecnología y ciencia disponible. Además, los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, frente a posibles daños graves o irreversibles al ambiente, que afecten los derechos a la vida y a la integridad personal, aún en ausencia de certeza científica.

La Corte IDH también resalta que los Estados tienen la obligación de prevenir los daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, lo cual implica que deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción, realizar estudios de impacto ambiental, establecer planes de contingencia y mitigar los daños ocurridos. A su vez, deben garantizar el acceso a la información manera accesible, efectiva y oportuna sobre posibles afectaciones al ambiente; garantizar el derecho a la participación pública de las personas, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el ambiente, y garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del ambiente, lo que le permite al individuo velar por que se apliquen las normas ambientales y constituye un medio para remediar cualquier violación a los derechos humanos que hubiera sido causada por el incumplimiento de normas ambientales.

**c. Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, Participación Pública y Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.**

En Escazú, distrito parte del Área Metropolitana de San José de Costa Rica, se reunieron representantes de los gobiernos y de la sociedad civil de veinticuatro países de la región en la Novena Reunión del Comité de Negociación del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe y adoptaron este Acuerdo, también conocido como LAC P10 -*Latin America and Caribbean Countries Principle 10*- (<https://negociacionp10.cepal.org/9/es>)

En 2012 se habían sentado las bases del mismo en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río + 20), cuando un grupo de países (Chile, Costa Rica, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay) a veinte años de la Cumbre de la Tierra firmaron la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (el denominado principio de “democracia ambiental”) en la que se reconocía que los derechos de acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental son esenciales para la promoción del desarrollo sostenible, de la democracia y de un medio ambiente sano.

Asimismo, la Declaración comprometía a los firmantes a explorar la viabilidad de un instrumento regional para asegurar la implementación cabal de estos derechos, a lo que finalmente se arribó el 4 de marzo de 2018. Antes, en noviembre de 2014, en la Cuarta Reunión del Comité de Negociación del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe se aprobó la Decisión de Santiago, mediante la cual se dio inicio a la negociación del instrumento regional, con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) actuando como secretaria técnica de este proceso e impulsora de

la adopción del Acuerdo, que también contó con el auspicio de ONU Medio Ambiente.

El objetivo, según su art. 1, es “garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, y de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”.

Los principios que guían la implementación del Acuerdo, en total sintonía con el derecho internacional de los derechos humanos y las reglas de la democracia ambiental son, en virtud del art. 3: igualdad y no discriminación; transparencia y principio de rendición de cuentas; no regresión y progresividad; buena fe; preventivo; precautorio; equidad intergeneracional; máxima publicidad; soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales; igualdad soberana de los Estados; y pro persona.

Por imperio del art. 4, cada Parte deberá garantizar el derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano, así como cualquier otro derecho humano universalmente reconocido que esté relacionado con el Acuerdo; y, por ello, deberá adoptar todas las medidas necesarias, de naturaleza legislativa, reglamentaria, administrativa u otra, en el marco de sus disposiciones internas, para garantizar su implementación.

Por impulso de los representantes de la sociedad civil, el art. 9 adopta una posición histórica para salvaguardar a los defensores de derechos humanos en materia ambiental (terminología propuesta por Costa Rica, Paraguay y Perú), estableciéndose que cada país “garantizará un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad”, debiendo los Estados tomar las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales; así como las medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones. Todo ello en sintonía con las actuaciones de los organismos hemisféricos de derechos humanos a las que hemos hecho referencia más arriba.

Además, según datos recientes, la violencia contra los activistas ambientales va en aumento en el mundo. En 2017, cuatro defensores del ambiente fueron asesinados cada semana; siendo América Latina la región más peligrosa. En efecto, ciento noventa y siete ambientalistas fueron asesinados en todo el mundo, pero el 60% de ellos en América Latina y el Caribe, según el último Informe de la ONG internacional Global Witness. (<https://www.globalwitness.org>)

El Acuerdo estará abierto a la firma de los treinta y tres países de América Latina y el Caribe, en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, a partir del 27 de septiembre de este año, y estará sujeto a la ratificación de los Estados que lo hayan firmado. Colombia y México (los dos países con mayor cantidad de asesinatos y amenazas a ambientalistas, según el citado Informe de Global Witness) intentaron que se incluyera la posibilidad de los gobiernos de hacer reservas al tratado, lo que finalmente, según el art. 23, quedó expresamente vedado.

El art. 15 del Acuerdo establece la creación de una Conferencia de las Partes, que será convocada por la CEPAL a más tardar un año después de su entrada en vigor, esto es, noventa días después de que haya sido ratificado por once estados, y luego, periódicamente.

Durante la segunda reunión del Foro de los Países de América Latina y el Caribe sobre el Desarrollo Sostenible, realizado el pasado abril en la sede de la CEPAL en Santiago de Chile, se hizo un llamado a los países de la región a ratificar este acuerdo "visionario y sin precedentes" que "vincula explícitamente lo ambiental con los derechos humanos y garantiza derechos procedimentales que son esenciales para implementar de manera adecuada la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", por ser transversales a cualquier decisión que enfrente el uso de recursos naturales" (<https://www.cepal.org/es/noticias/llaman-paises-america-latina-caribe-ratificar-primer-acuerdo-regional-asuntos-ambientales>)

A su turno, dos días después de la adopción del LAC P10, ONU Medio Ambiente lanzó en Ginebra una iniciativa para hacer frente a las amenazas, la intimidación, el acoso y el continuo asesinato de defensores del medio ambiente en todo el mundo. Se trata de la denominada Iniciativa de Derechos Ambientales de las Naciones Unidas que insta a todos los gobiernos a priorizar la protección de los ambientalistas y a llevar ante la justicia de forma rápida a los que los atacan o amenazan; pues la tolerancia para con estos actos, socava los derechos humanos básicos y el estado de derecho ambiental, sostiene el organismo.

En ocasión de la presentación de esta Iniciativa, que pretende asistir a los gobiernos en el fortalecimiento de sus capacidades para desarrollar e implementar normas que protejan los derechos ambientales, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, resaltó que "Las violaciones de los derechos ambientales tienen un profundo impacto en una amplia variedad de derechos humanos, incluidos los derechos a la vida, la autodeterminación, la alimentación, el agua, el saneamiento, la salud, la vivienda, y los derechos culturales, civiles y políticos". Mientras, John Knox, Relator Especial sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente, señalaba que "Ha llegado el momento de reconocer formalmente la interdependencia entre los derechos humanos y el medio ambiente, a nivel nacional e internacional"

(<https://www.unenvironment.org/es/news-and-stories/comunicado-de-prensa/onu-lanza-iniciativa-para-protger-los-defensores-del-medio>)

## 5. Conclusiones

La protección internacional de los derechos humanos dio inicio más de dos décadas antes de que la comunidad internacional comenzara a adoptar distintos instrumentos en salvaguarda de la naturaleza y el ambiente. Este desfase temporal trajo como consecuencia que la cuestión ambiental quedara fuera de la normativa internacional que tutela los derechos fundamentales.

Sin embargo, ello no ha sido óbice para que, sobre todo en los últimos años, los órganos del sistema interamericano hayan intervenido frente a violaciones de derechos de toda índole causadas por la contaminación del ambiente y de los elementos que los componen, apelando a la idea de que las normas de derechos humanos son instrumentos vivos que deben interpretarse evolutivamente más allá del rigor literal.

De esta forma, a través de distintas decisiones, tanto la Comisión cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como otros organismos regionales como la CEPAL, han ido afianzando en simultáneo la tutela de la naturaleza, del ambiente y de los derechos humanos.

## 6. Referencias

- Albanese, Susana. 1997. *Derechos humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas*. Editorial de Belgrano. Buenos Aires.
- Ayala Corao, Carlos. 1999. *El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos en México y la declaraciones de derechos humanos en Fix Zamudio, Héctor (coord.) México y las declaraciones de derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Corte Interamericana de Derechos Humano. México. pp. 99-118.
- Fall, Ibrahima. 1995. *La protección de los derechos humanos en el horizonte del Siglo XXI en Relaciones Internacionales* No. 8, Instituto de Relaciones Internacionales, UNLP. La Plata, Argentina. pp. 57-64
- Ost, François. 2003. *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*. La Découverte, Paris.
- Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves. 2009. *Derecho Constitucional Argentino*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires.
- Ruiz Chiriboga, Oswaldo. 2006. *El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano en Sur*, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 3, Nro. 5, Red Universitaria de Derechos Humanos. São Paulo, pp. 43-69.

# **“La función económico-social: un medio de acceso y conservación de la tenencia de la tierra en Bolivia”**

*Hugo Bejarano Torrejón<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Ex magistrado del Tribunal Agrario de Bolivia

Mail de contacto: [hbejaranot@hotmail.com](mailto:hbejaranot@hotmail.com)

---

## **RESUMEN**

El artículo 397 de la Constitución Política del Estado dispone que: “el trabajo es la fuente fundamental para la adquisición y conservación de la propiedad agraria. Las propiedades deberán cumplir con la función social o con la función económica social para salvaguardar su derecho de acuerdo a la naturaleza de la propiedad”.

A partir de este principio Constitucional, que se viene repitiendo en todas las Constituciones de Bolivia desde la Constitución de 1938, se ha establecido que la función social y la función económica social constituyen el elemento fundamental que garantiza el acceso a la tierra o derecho de propiedad agraria y también para su conservación y tutela jurisdiccional. Esta función social o función económica social se expresa en la posesión agraria, consistente en el trabajo agrario, el mismo que garantiza la seguridad alimentaria, aunque falta disposiciones legales que permitan asegurar el cumplimiento de una función ecológica de la tierra.

**Palabras clave: Tenencia de la tierra - Función económico-social - Bolivia**

---

## **ABSTRACT**

Article 397 of the Political Constitution of the State provides that: "work is the fundamental source for the acquisition and conservation of agrarian property. The properties must comply with the social function or the social economic function to safeguard their right according to the nature of the property. "

From this Constitutional principle, which has been repeated in all the Constitutions of Bolivia since the 1938 Constitution, it has been established that the social function and the social economic function constitute the fundamental element that guarantees access to land or property rights agrarian and also for their conservation and jurisdictional protection. This social function or social economic function is expressed in the agrarian possession, consisting of agrarian work, the same that guarantees food security, although there are no legal provisions that allow ensuring the fulfillment of an ecological function of the land.

**Keywords: Land tenure - Economic-social function - Bolivia**

---

## **1) Introducción**

La tenencia de la tierra constituye un factor importante en la estructura productiva y de desarrollo de los estados, por cuanto el equilibrio entre las fuerzas productivas, tierra y hombre, constituyen la base para un desarrollo



armónico del área rural lo cual impacta también en el desarrollo del mismo estado; así la tenencia de la tierra o el predio agrario es un instrumento de producción económica en beneficio del propietario y sobre todo de la población.

Esta producción agropecuaria como una actividad económica y de seguridad alimentaria, debe sustentarse en el desarrollo sostenible, con base en la agroecología, o principio agroecológico, como herramienta para minimizar la pobreza y otorgar una respuesta a la inequidad social.

Este principio que propugna la agricultura ecológica, es considerado como un sistema de producción agraria que promueve y estimula la salud del agro ecosistema, incluyendo la biodiversidad, los ciclos biológicos y la actividad biológica del suelo. Enfatiza el uso de buenas prácticas de manejo con la utilización del suelo y demás elementos de la agropecuaria. Esto se consigue, en la medida de lo posible, con los métodos biológicos, culturales y mecánicos en oposición a la utilización de productos químicos sintéticos.

La agricultura ecológica se basa en considerar la producción agrícola como la integración de todos los elementos que la componen: la tierra, los animales y las plantas. Sin embargo, no sería ésta una técnica productiva sólo tradicional o ineficiente; por el contrario, conjugaría las enseñanzas de la agropecuaria autóctona y los avances científicos positivos, respetando a la protección del medio ambiente y los recursos biológicos.

Finalmente la agroecología, no significa poner trabas al crecimiento económico y a la transformación productiva; tampoco se trata de preservar el medio ambiente a ultranza, sino utilizarlo como herramienta del desarrollo sostenible buscando el crecimiento económico sin agotar los recursos naturales ni dañar el medio ambiente, como ocurrió en el pasado, ya que muchos de los procesos productivos maximizaron el beneficio a costa del equilibrio ecológico; de la calidad del aire y/o de la contaminación de los ríos; es decir, un crecimiento desmesurado con impactos ambientales negativos por el uso de tecnologías inapropiadas, acciones depredadoras, explotación irracional de los recursos renovables, etc.

La agricultura ecológica, basada en el uso sostenible de los recursos, otorga múltiples ventajas como ser: la producción de alimentos sanos, enteramente orgánicos, frescos y ricos en nutrientes; la protección de la salud humana; la fertilización de la tierra, el equilibrio de los ecosistemas; la no- contaminación del medio ambiente; el renacer de muchas especies casi desaparecidas; la preservación de la vida campesina; lo que produce a su vez la solución a algunos problemas sociales económicos en el sector campesino, al fomentar nuevas fuentes de trabajo y por otra parte, se garantiza la seguridad alimentaria.

Este principio nos muestra que la agricultura ecológica que es la que nos permitirá alcanzar el desarrollo sostenible del agro, conlleva otras relaciones jurídicas innatas a la actividad agraria, tales como las emergentes del uso y

aprovechamiento de agroquímicos, fitosanitarios, producción de transgénicos y contaminación del agua o aire por el uso de químicos y otros productos sintéticos.

A partir de la Conferencia de las Naciones Unidas, realizada en Estocolmo en junio de 1972, en el mundo se ha iniciado un proceso tendiente al manejo adecuado y equilibrado de los recursos, sobre la premisa básica de que los estados deberán adoptar un enfoque integrado y coordinado en la planificación de su desarrollo, de modo que se asegure la compatibilidad del mismo con la necesidad de conservar y mejorar el medio ambiente en beneficio de su población. En Nueva York, en 1980, se firma la Declaración sobre Política y Procedimientos Ambientales, relativos al desarrollo económico, ocasión en la que por vez primera se define el concepto de desarrollo sostenible.

La Constitución Política del Estado de Bolivia, dispone lo siguiente para la gestión de los recursos naturales.

Artículo 349 I: “Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo.

II El Estado reconocerá, respetará y otorgará derechos propietarios individuales y colectivos sobre la tierra, así como derechos de uso y aprovechamiento sobre otros recursos naturales”.

Por su parte el Artículo 397 de la Constitución Política del Estado ordena que “el trabajo es la fuente fundamental para la adquisición y conservación de la propiedad agraria. Las propiedades deberán cumplir con la función social o con la función económica social para salvaguardar su derecho de acuerdo a la naturaleza de la propiedad”. En este contexto se enmarcará el presente estudio sobre el derecho de propiedad agraria en Bolivia.

## **2) Tenencia de la tierra en Bolivia**

Durante el siglo pasado en diversos países del mundo se efectivizó la reforma agraria. Esta tenía por objetivo enfrentar la gran propiedad latifundiaria y democratizar el acceso a la tierra para los campesinos pobres. En forma general, se puede decir, que la experiencia de las reformas agrarias se basó en esas dos grandes motivaciones generales.

Así tenemos que la reforma agraria es una necesidad para el desarrollo nacional por cuanto tiende a superar las barreras productivas partiendo de la transformación en la tenencia de la tierra con el objetivo final del cambio en la estructura agraria para el desarrollo integral.

El acceso a la tierra y la seguridad de su tenencia son elementos críticos para mitigar la pobreza rural y avanzar hacia un mundo donde la seguridad alimentaria y la ausencia de hambre sean una realidad para todos. Así lo reconocieron los gobiernos de todo el mundo en la Cumbre Mundial sobre la Alimentación, celebrada en Roma en 1996.

La revolución mexicana de principios del siglo XX que terminó con la promulgación de la Constitución de Querétaro, conocida como la primera Constitución de tipo social en el mundo, fue el más importante acontecimiento histórico internacional que influyó para que se diera la revolución boliviana de 1952 y para la reforma agraria decretada el 2 de agosto de 1953 con la puesta en vigencia del D.L. N° 03464.

Es a partir de dicha Constitución de Querétaro de 1917 que se perfecciona el concepto de función social de la propiedad, que luego sería recogida por la mayoría de las Constituciones del mundo.

Emergente de la situación caótica en el área rural, especialmente respecto a la incoherente tenencia de la tierra, en agosto de 1953 en la localidad de Ucuireña Cochabamba se firma el D.L. N° 03464 elevado a rango de ley de la república el 29 de octubre de 1956, estableciendo la reforma agraria nacional, como un medio de transformación de las estructuras socio económicas del campo; así Carlos D. Meza Gisbert señala que “se eliminó además un sistema de explotación y una estructura económica muy próximos al feudalismo”.

La Reforma Agraria Boliviana estableció los siguientes principios fundamentales:

- a. El dominio originario de la Nación sobre la tierra y los recursos naturales.
- b. La función social de la propiedad.
- c. El reconocimiento de la propiedad privada agraria.
- d. El correcto aprovechamiento de los recursos naturales.
- e. La distribución equitativa de la tierra.

A su vez esta reforma agraria tuvo los siguientes objetivos:

Los objetivos de la reforma agraria están consagrados en la parte considerativa del D.L. N° 03464 que establecen:

- a. Proporcionar tierra y labrantía a los campesinos que no la poseen o que la poseen muy escasa, siempre que la trabajen.
- b. Restituir a las comunidades indígena las tierras que les fueron usurpadas y cooperar en la modernización de sus cultivos; respetando y aprovechando, en lo posible, sus tradiciones colectivistas.
- c. Liberar a los campesinos de su condición de siervos, proscribiendo los servicios y obligaciones personales gratuitas.
- d. Estimular la mayor productividad y comercialización de la industria agropecuaria, facilitando la inversión de nuevos capitales.
- e. Conservar los recursos naturales del territorio adoptando las medidas técnicas y científicas indispensables.
- f. Promover corrientes de migración interna de la población rural, excesivamente concentrada en la zona interandina, con objeto de obtener una racional distribución humana, afirmando la unidad nacional y vertebrar económicamente al oriente con el occidente del territorio boliviano”.

Si bien la reforma agraria ha constituido un avance importante en el desarrollo del país, toda vez que ello significó la liberación de las fuerzas productivas; sin embargo, se tuvo un concepto errado respecto de sus alcances, al creer que dicha reforma consistió en una simple distribución de tierras, toda vez que, entre otros, en la aplicación de políticas de reforma agraria se evidenciaron distorsiones.

La reforma agraria boliviana, de 1.465 títulos ejecutoriales emitidos de derecho propietario, otorgó 1.361 a grandes propietarios, representando el 98.71% de los títulos otorgados a propiedades mayores de 500 hectáreas, llegando muchas de ellas, a extensiones de 50.000 hectáreas (haciendo este último rubro en subtotal de un millón seiscientos setenta y seis mil setecientos treinta y cinco hectáreas).

En consecuencia, con la Reforma Agraria continuaron los problemas de tenencia de la tierra en Bolivia, toda vez que la mayor parte de la superficie productiva del país se encuentra en pocas manos de empresarios agropecuarios que con el nombre de empresas agropecuarias, especialmente en el oriente del país, que no son otra cosa que latifundios empresariales, los cuales en muy pocos casos son trabajados y cumplen la función económico social ya que “de estos 32 millones de hectáreas, no más de cuatro millones se destinan a la agricultura y la ganadería de carácter ‘empresarial’, quedando ociosas o sin trabajar más de 28 millones de hectáreas”.

La capacidad productiva de estos suelos está disminuyendo rápidamente debido a su compactación, erosión, anegamiento y pérdida de fertilidad, junto con la creciente resistencia de las plagas a los plaguicidas y la pérdida de biodiversidad.

El resultado global es una espiral descendente de degradación de la tierra y agravamiento de la pobreza en las zonas rurales. Incluso los problemas urbanos tienen origen rural, ya que los pobres deben abandonar el campo de forma masiva y migrar hacia las ciudades, donde sólo unos pocos afortunados consiguen ganarse la vida con un salario, mientras que la mayoría sobrevive, en muchos casos con limosnas.

Si continúa como hasta ahora la tendencia hacia una mayor concentración de la tierra y la consiguiente industrialización de la agricultura, o por el contrario a la permanencia de latifundios improductivos y peor aún si la tierra se sigue fragmentando en superficies menores a la pequeña unidad productiva, será imposible conseguir la sostenibilidad social o ecológica, suscitándose en consecuencia un verdadero problema agrario.

### **3) La función social y función económica social como el medio fundamental para acceder y conservar el derecho a la propiedad de la tierra**

Ante la necesidad de reordenar la tenencia de la tierra en Bolivia, se dota de nuevos instrumentos jurídicos que permitan al Estado Boliviano reorganizar el derecho de propiedad sobre la tierra, con una distribución más equitativa.

Es así que el 18 de octubre de 1996 se promulga la Ley N° 1715 del Servicio Nacional de Reforma Agraria, mal conocida como Ley INRA, la que es modificada por la ley 3545 de reconducción comunitaria, promulgada el 28 de noviembre del 2006. Estos instrumentos legales crean la estructura orgánica y atribuciones del “nuevo” Servicio Nacional de Reforma Agraria (SNRA) y el régimen de distribución de tierras; garantiza el derecho propietario sobre la tierra; crea la Judicatura Agroambiental, y crea un Proceso Extraordinario denominado saneamiento de la propiedad agraria, como el mecanismo técnico – jurídico para regularizar la tenencia de la tierra en Bolivia.

Pero toda esta regularización tiene como elemento sustantivo y central el cumplimiento de la función social o función económica social sobre las tierras que viabiliza la consolidación y reconocimiento del derecho de propiedad agraria y garantiza el ejercicio de ese derecho sobre la tierra labrantía.

Esta herramienta jurídica para la regularización del derecho de propiedad agraria se sustenta en el mandato constitucional, primero en la Constitución Política del Estado del año 1967 y, luego, en el artículo 397 de la Constitución vigente del 2009.

Frente a lo señalado, el saneamiento de la propiedad agraria, al constituir el instrumento que regulariza y perfecciona el derecho de propiedad agraria, constituye un medio adecuado para verificar el cumplimiento de la función social o económico social, toda vez que ante la existencia de vicios nulidad o anulabilidad en el otorgamiento de un derecho de propiedad agraria y en caso de que la tierra no cumpla la función social o económico social, vuelva a dominio del Estado, para posteriores dotaciones o adjudicaciones.

El artículo 64 de la Ley 1715 define al saneamiento como el procedimiento técnico-jurídico transitorio destinado a regularizar y perfeccionar el derecho de propiedad agraria, se ejecuta de oficio o a pedido de parte. Es decir, que el Estado Boliviano frente al caos y las sobreposiciones de derechos agrarios, generados por la ejecución de la reforma agraria, ha creado este proceso administrativo extraordinario a fin de establecer un plan de ordenamiento territorial y sobre todo la definición, consolidación y solución de conflictos en la vía administrativa, de manera más ágil y bajo el principio de la informalidad.

Por ello el saneamiento tiene como primera finalidad: la titulación de tierras que se encuentren cumpliendo la función económico-social o función social definidas en el art. 2 de la Ley N° 1715, por lo menos dos años antes de su publicación, aunque no cuenten con trámites agrarios que los respalden, siempre

y cuando no afecten derechos legalmente adquiridos por terceros, mediante procedimiento de adjudicación simple o dotación, según sea el caso.

En este marco la tenencia de la tierra en Bolivia se sujeta al cumplimiento de la función social o función económica social de la tierra, en la constitución o consolidación del derecho de propiedad agraria mediante el proceso de saneamiento por el INRA o para garantizar su ejercicio y conservación de ese derecho de propiedad mediante la valoración a cargo de los Órganos Jurisdiccionales Agroambientales.

Pero es bueno que recordemos el concepto de función social: definido por el juriconsulto Ángel Osorio, como el derecho de usar y disfrutar y disponer de las cosas con arreglo a su naturaleza en servicio de la sociedad y para el provecho del propietario.

La función social es la condición esencial para merecer la protección de la ley, el concepto aparece por primera vez en la Constitución Política del Estado de 1938. La actual Constitución Política del Estado establece que la función social "es el aprovechamiento sustentable de la tierra por parte de pueblos y comunidades indígena originario campesinos, así como el que se realiza en pequeñas propiedades, y constituye la fuente de subsistencia y de bienestar y desarrollo sociocultural de sus titulares".

Por ello se dice que el fundamento de la función social de la propiedad agraria, está en el cumplimiento de fines encaminados al mayor incremento de la producción, en beneficio de la sociedad entera, considerada a estos efectos fundamentalmente como conjunto de familias, y que entraña en sí, a la vez, en un aspecto general, un respeto a la personalidad humana. Es, por lo tanto, un interés social el que fundamenta el derecho de propiedad, pero un interés social basado en la necesidad, siempre apremiante y universal, de aumento de la producción para conseguir, principalmente, una mayor perfección en la satisfacción de las necesidades inherentes a la familia.

Por su parte, la función económico-social de la propiedad agraria debe entenderse como el empleo sustentable de la tierra en el desarrollo de actividades productivas, conforme a su capacidad de uso mayor, en beneficio de la sociedad, del interés colectivo y de su propietario. (Art. 397.III C.P.E.).

La función económico-social en materia agraria, establecida por el artículo 397 de la Constitución Política del Estado, es el empleo sostenible de la tierra en el desarrollo de actividades agropecuarias, forestales y otras de carácter productivo, así como en las de conservación y protección de la biodiversidad, la investigación y el ecoturismo, conforme a su capacidad de uso mayor, en beneficio de la sociedad, el interés colectivo y el de su propietario. (Art. 2.II Ley N° 1715).

La Constitución Política del Estado vigente señala en su artículo 393 que "el Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad individual y comunitaria o colectiva de la tierra, en tanto cumpla una función social o una función económica social, según corresponda."

En consecuencia, la función social y función económica-social, expresada en la actividad productiva agraria es la base fundamental para adquirir y conservar la propiedad agraria o tenencia de la tierra en Bolivia.

#### **4) Herramientas jurídicas para la verificación de la función social y función económica social de la propiedad agraria.**

##### **a) ¿Cómo se demuestra la función social?**

Conforme lo dispone la Ley 1715, la pequeña propiedad, las propiedades comunarias o colectivas, cumplen la función social cuando sus propietarios o poseedores, demuestren que viven en el lugar y trabajan la tierra con el fin de lograr su bienestar y el de su familia. Cuando se trata de comunidades comunarias y colectivas para verificar el cumplimiento de la función social, además de vivir en la parcela se deben tomar en cuenta los derechos y deberes que se relacionan con los estatutos, reglamentos y los usos y costumbres.

Aquí es importante aplicar el entendimiento al que ha llegado la justicia constitucional basada en una decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es decir "(...) tomando en cuenta las costumbres y las creencias propias de cada pueblo o comunidad en la que es ejercida, por cuanto la diversidad cultural se constituye en su base esencial." (Art. 98.I de la CPE).

##### **b) ¿Cómo se verifica la función económico-social?**

La función económico-social comprende, de manera integral, áreas efectivamente aprovechadas, de descanso, servidumbres ecológicas legales y de proyección de crecimiento; en saneamiento no excederá la superficie consignada en el Título Ejecutorial o en el trámite agrario, salvo la existencia de posesión legal. Necesariamente será verificada en campo, siendo éste el principal medio de comprobación, bajo el principio de inmediatez. Los interesados y la administración, complementariamente, podrán presentar medios de prueba legalmente admitidos. La verificación y las pruebas serán consideradas y valoradas en la fase correspondiente del proceso.

Ahora bien, en el reconocimiento del derecho de propiedad agraria en caso de medianas y empresas agropecuarias, la ley concede un área de proyección de crecimiento de la mediana propiedad es del 50% y de la empresa agropecuaria del 30 %. Para la empresa agrícola será calculada desde un 30% hasta un 50% según parámetro establecido en reglamento, siempre y cuando no exceda la superficie mensurada en saneamiento o la consolidada como emergencia del mismo. Para el cálculo del área de proyección de crecimiento, se tomará en cuenta el área efectiva y actualmente aprovechada, además del área en descanso en propiedades agrícolas.

En predios con actividad ganadera, además de la carga animal, se tomará en cuenta, como área efectivamente aprovechada, las áreas silvo-pastoriles y las áreas con pasto cultivado.

En las actividades forestales, de conservación y protección de la biodiversidad, la investigación y el ecoturismo, se verificará el otorgamiento regular de las autorizaciones pertinentes, su cumplimiento actual y efectivo, de acuerdo a normas especiales aplicables.

Las servidumbres ecológicas legales son limitaciones a los derechos de uso y aprovechamiento establecidas sobre las propiedades agrarias de acuerdo a las normas legales y reglamentarias específicas. Para la regularización y conservación del derecho propietario serán tomadas en cuenta y reconocidas, sin constituir cumplimiento de función económico social. Constituirán función económica social sólo cuando se desarrollen sobre las mismas actividades bajo manejo, regularmente autorizadas.

La función económica social se demuestra fundamentalmente mediante la acreditación de las mejoras existentes en el fundo agrario, campos de pastoreo, sembradíos, plantaciones, ganado, medios utilizados en la actividad agraria; asimismo se demuestra a través del Plan de Ordenamiento Predial (POP) del predio, contratos de personal asalariado, registro de ganado, autorización de ejercicio de actividades forestales o de conservación, acreditación de mejoras, etc." (Art. 166 Reglamento de la Ley N° 1715).

Finalmente se debe considerar que la Ley 1715, una vez consolidada el derecho de propiedad agraria en predios clasificados como medianas y empresas agropecuarias, establece como sanciona al incumplimiento de la Función Económica Social, con la figura jurídica de la Reversión de la propiedad agraria. (Art. 401 CPE, Art. 52 de la Ley N° 1715).

La reversión es un proceso administrativo agrario por el que son revertidas al dominio originario de la Nación sin indemnización alguna, las tierras cuyo uso perjudique el interés colectivo calificado por la Ley N° 1715 (art. 51).

Siendo causal de reversión, el incumplimiento total o parcial de la función económico-social establecida en el artículo 397-III de la Constitución Política del Estado y artículo 2 de la Ley N° 1715, por ser perjudicial al interés colectivo, y se sustancia ante la Dirección Departamental del INRA.

## **5) Conclusiones**

De la revisión, estudio y análisis de las disposiciones legales y constitucionales de Bolivia, se llega a la conclusión de que la tenencia de la tierra y el derecho a la propiedad agraria recientemente fue redistribuido bajo el proceso denominado como saneamiento de la propiedad agraria, por ello en mi entender se puede calificar como una segunda reforma agraria en Bolivia, y a partir de la Ley 1715 y 3545 se establece una nueva estructura institucional para dar seguridad jurídica y garantizar el ejercicio del derecho de propiedad agraria en Bolivia.

Este reordenamiento y la seguridad jurídica de la propiedad agraria por mandato de la Constitución Política del Estado en sus Artículos 393 y 397 y la Ley 1715 modificada por la Ley 3545 se tiene determinado que elemento fundamental



y sustancial para esta seguridad jurídica y la garantía para el ejercicio del derecho de propiedad agraria, es el cumplimiento de la función social o función económica social.

Finalmente, es importante hacer notar que la exigencia del cumplimiento de la función económico-social busca mayor productividad de las tierras, pero tal vez estas normas no establecen los candados jurídicos precisos para cuidar o regular el uso sostenible del recurso tierra y a la vez asegurar no solo la cantidad de alimentos sino también la calidad de los alimentos generados en la actividad agraria, por ello se debe buscar la regulación legal de implementar el cumplimiento de la función ecológica de la propiedad agraria.

# **“La función social y la función económica social en la Constitución política: un medio de acceso para la conservación de la tierra”**

*Maritza Sanchez Gil<sup>1</sup>*

<sup>1</sup>Ex jueza agroambiental en Bermejo y Cercado, Tarija, Bolivia.

Mail de contacto: maricita\_san\_gil@hotmail.com

---

## **RESUMEN**

Partiendo de las disposiciones contenidas en la Constitución Política de Bolivia se analiza la función social y la función económica social de la propiedad, para luego abordar el tratamiento dado en la Ley de Servicio Nacional de Reforma Agraria y sus formas de verificación.

Brevemente se analizan los límites y restricciones impuestos a la propiedad en la actual Constitución y las leyes especiales como la reversión, la expropiación, la extensión de la propiedad, la renta fundiaria, la prohibición para extranjeros y la dotación, para finalizar con los logros alcanzados a partir de la promulgación de la Constitución Política del Estado en la regulación de la propiedad.

**Palabras clave: Constitución – Propiedad - Función Social – Función Económica Social – Límites y Restricciones**

---

## **ABSTRACT**

Based on the provisions contained in the Political Constitution of Bolivia, the social function and the social and economic function of the property are analyzed, and then the treatment given in the National Agrarian Reform Service Law and its forms of verification.

Briefly, the limits and restrictions imposed on property in the current Constitution and the special laws such as reversion, expropriation, extension of property, land rent, prohibition for foreigners and endowment, to end with the achievements reached are analyzed. from the promulgation of the Political Constitution of the State in the regulation of property.

**Keywords: Constitution - Property - Social Function - Social Economic Function - Limits and Restrictions**

---

### **1. Antecedentes de la tenencia de la tierra en Bolivia**

La Función Social de la propiedad fue establecida por primera vez en la Constitución Política del año 1938, en el artículo 17 que reza “La propiedad es inviolable cuando llena la función social”, articulado que se ha mantenido en las posteriores constituciones de 1967, 1994, y siguientes.

El paradigma de la tierra es de quien la trabaja que inspiró la reforma agraria de 1953, que establecía como elementos caracterizadores de la función social los

siguientes: trabajo productivo referido al planeamiento y ejecución de actos y hechos resultantes del esfuerzo físico e intelectual del campesino dirigidos a lograr una mayor producción y mejor productividad a los efectos de abastecer la demanda del mercado regional y nacional, el segundo elemento está referido al trabajo directo y eficiente, en este contexto los actos y hechos ejercitados deben ser realizados por el titular del predio, el tercer elemento tiene que ver con el cumplimiento de planes y programas agrícolas del gobierno, es decir que este trabajo debe ejercitarse dentro de los lineamientos generales fijados por el gobierno nacional, y por último el cuidado y defensa de los recursos naturales, que buscan el buen uso y cuidado del factor tierra, con el propósito de evitar su deterioro.

Como se puede evidenciar se mantiene la esencia en esta Constitución de este principio consagrado en la Ley de Reforma Agraria del año 1953, en efecto el artículo 397 establece al trabajo como la fuente fundamental para adquirir y conservar la propiedad agraria.

Sin lugar a equivocarme creo que la función social y función económica social que debe cumplir la propiedad agraria es uno de los institutos mas relevantes que caracteriza a la propiedad agraria, me animaría a decir, que es la característica que diferencia de la concepción civilista del derecho propietario, aunque en rigor, la Constitución Política, cuando se refiere a la propiedad en términos generales, en el artículo 56.I reconoce el derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que esta cumpla una Función Social; empero sin especificar en que consiste el cumplimiento de la Función Social, se podría decir que las condicionantes constitucionales a la propiedad privada son: el cumplimiento de una función social y no resultar perjudicial al interés colectivo; claro está que, a ello, se agregan aquellas obligaciones relacionadas con la propiedad, como ser la obligación de tributar y otras, que no constituyen parte del presente análisis.

El precepto constitucional, anteriormente citado, es concordante con el Art. 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que expresa: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar"; en el mismo sentido, el Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, establece: "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes..."; es decir, el derecho de usar, percibir los frutos y disponer del mismo, sin otras limitaciones que las establecidas por la ley.

Es así que, el Código Civil boliviano, en su Art. 105-I, señala que la propiedad es un poder jurídico que permite usar, gozar y disponer de una cosa y debe ejercerse en forma compatible con el interés colectivo, dentro de los límites y con las obligaciones que establece el ordenamiento jurídico. Asimismo, su Art. 106, dispone que la propiedad debe cumplir una función social.

¿Qué significado tiene que la función social de la propiedad privada? Al respecto, nos encontramos con dos posturas, que algunos autores consideran no son excluyentes entre sí. Una que relaciona a la función social con un criterio delimitador de todas las situaciones de propiedad; y otra, que lo relacionan con un principio legitimador de la intervención del legislador en materia de propiedad.

La primera postura -función social como criterio delimitador- sostiene que el propietario no tiene un poder absoluto sobre la cosa y que el ordenamiento jurídico prevé que el ejercicio de las facultades no se dirija solamente a la satisfacción del interés privado del titular de la propiedad, sino que también se tome en cuenta las exigencias más generales de la propiedad en su conjunto. Es así que, el derecho de propiedad no se basaría sólo y exclusivamente en el interés del titular, sino también, en la conexión entre la posición del particular y su pertenencia a un grupo social. En este sentido, la propiedad tiene una Función Social que cumplir, que no sólo es exclusiva a los intereses del propietario, sino también, constituye un medio de actuación del interés público.

La segunda postura -función social como principio legitimador- mantiene intacta la estructura del derecho de propiedad, puesto que la condición de la función social no modifica sustancialmente ninguno de los elementos del poder reconocido al propietario (*ius utendi, fruendi y abutendi*). Esta postura, estima que la función social de la propiedad necesariamente debe ser establecida por una ley concreta, mediante el establecimiento de los límites y deberes correspondientes. El reconocimiento de la función social de la propiedad legitima al legislador para que, en nombre de los intereses generales, imponga al propietario, de determinados bienes, limitaciones y deberes que delimiten, definan o determinen el contenido de la propiedad; pero, se debe respetar el contenido esencial y la regulación debe ser en el marco de la garantía constitucional a la propiedad. Finalmente, esta postura sostiene que la Función Social de la propiedad sólo tendrá eficacia jurídica inmediata y efectividad práctica, en tanto haya sido concretada y desarrollada por las leyes.

De lo dicho, nos quedamos con dos ideas: una función social que conjuga el interés individual con el colectivo; y una función social que debe ser regulada mediante ley.

Así también lo reconoce el artículo 393 constitucional, que señala que el Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad individual y comunitaria o colectiva de la tierra, en cuanto cumpla una función social o función económico social según corresponda.

La Constitución en cuanto a la propiedad agraria, con absoluta claridad define para cada caso, ha publicado 13 artículos (393 al 404) cada uno de estos artículos tiene un mandato específico a ser desarrollados en la ley especial por lo que sólo cabe interpretar su contenido. En efecto, si revisamos el artículo 397, vemos que la función social se entiende como el aprovechamiento sustentable de la tierra en las

pequeñas propiedades como en las propiedades indígenas originarias campesinas, y constituye la fuente de subsistencia y de bienestar de sus propietarios, esto implica necesariamente que en este tipo de propiedades deberá realizarse permanente actividad agraria para demostrar el cumplimiento de la función social.

En tanto que la función económica social, se entiende como el empleo sustentable de la tierra en el desarrollo de actividades productivas, conforme a su capacidad de uso mayor, en beneficio de la sociedad, del interés colectivo y de su propietario. La propiedad empresarial estará sujeta a revisión de acuerdo con la ley, para verificar el cumplimiento de la función económica social.

Esto supone que la producción deberá ser intensiva, con empleo de medios modernos para la producción además de emplear mano de obra asalariada, lo contrario a esto implica la imposición con la reversión.

Siendo este un tema de primer orden en materia agraria, interesa abundar, refiriéndonos de manera armónica a la legislación que desarrolla estos conceptos conviene detenerse y analizar el artículo 2 de la ley 1715 del Servicio Nacional de Reforma Agraria, modificada por el artículo 2 de la ley Nro. 3545 de Reconducción Comunitaria, instituye este concepto referido específicamente a la propiedad agraria clasificada como pequeña propiedad, la propiedad comunaria y colectiva cumplen una función social cuando están destinadas a lograr el bienestar familiar o el desarrollo económico de sus propietarios, pueblos y comunidades indígenas, campesinas y originarias, de acuerdo a la capacidad de uso mayor de la tierra.

El párrafo IV de la referida norma determina que la Función Social necesariamente debe ser verificada en campo, el artículo 159 del DS 29215 de 2 de agosto de 2007, establece que el Instituto Nacional de Reforma Agraria verificará de forma directa en cada predio, la función social o económico social, siendo este el principal medio de prueba y cualquier otro es complementaria, también determina que el Instituto Nacional de Reforma Agraria podrá utilizar instrumentos complementarios de verificación, como ser imágenes de satélite, fotografías aéreas y toda información técnica y/o jurídica idónea que resulte útil, de acuerdo a las normas técnicas y/ o jurídicas idónea que resulte útil y aprobadas por el Instituto, empero señala que estos instrumentos no sustituyen la verificación directa en campo. El artículo 165 del Reglamento establece ciertos requisitos para la verificación de la función social que debe cumplir cada clase de propiedad agraria obligada a cumplir esta función, tal es así que instituye que la verificación de la residencia en el lugar, uso o aprovechamiento tradicional de la tierra y sus recursos naturales, para el caso de la pequeña propiedad ganadera se constatará la existencia de cabezas de ganado o pasto sembrado y la infraestructura adecuada a esta actividad y que en el caso de la pequeña propiedad agrícola se constatará la residencia o la existencia de actividad agrícola, mejoras o áreas en descanso. Finalmente establece que las Tierras

Comunitarias de Origen y Comunidades Indígenas (ahora clasificadas por la Constitución como tierras comunarias colectivas, de conformidad con el convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo “ OIT”,) cumplen la función social con el uso y aprovechamiento de sus territorios que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que ocupan, de acuerdo a sus usos y costumbres o utilizan de alguna manera en la satisfacción de sus necesidades económicas sociales, culturales y espirituales del pueblo indígena u originario.

En lo referente a la función económica social de la propiedad agraria, el artículo 2. II de la ley 1715 modificado por el artículo 2 de la ley 3545, que define el empleo sostenible de la tierra en el desarrollo de actividades agropecuarias, forestales y otras de carácter productivo, así como en las de conservación y protección de la biodiversidad, la investigación y el ecoturismo, conforme a su capacidad de uso mayor, en beneficio de la sociedad, el interés colectivo y el de su propietario.

El párrafo III del mencionado artículo determina que la Función Económico Social es un concepto integral, que comprende áreas efectivamente aprovechadas de descanso, servidumbre ecológica legales y de proyección de crecimiento, que no excederá la superficie consignada.

De lo anterior se infiere que la Mediana Propiedad y la Empresa Agropecuaria (sector empresarial) reconocidas en la Constitución, cumplen la función económico social, cuando los propietarios o poseedores, desarrollan actual y efectivamente actividades agropecuarias, forestales y otras de carácter productivo, así como la conservación y protección de la biodiversidad, investigación y ecoturismo, tal cual determina el artículo 66 del reglamento de la ley 175, salvándose causas de fuerza mayor como inundaciones, incendios, sequias y otros desastres o catástrofes naturales declarados mediante Decretos Supremos.

Al igual que la función social, el cumplimiento de la función económico social necesariamente debe ser verificada en campo, considerando de manera integral las áreas efectivamente aprovechadas, áreas en descanso, solo en predios con actividad agrícolas, área de proyección de crecimiento y servidumbres ecológicas legales cuando estén bajo manejo y regularmente autorizadas, ello siempre que el desarrollo de las actividades estén de acuerdo con la aptitud de uso del suelo, el empleo sostenible e la tierra, en beneficio de la sociedad y el interés colectivo.

Los desmontes a partir de la vigencia de la Ley Forestal, sin autorización no constituyen cumplimiento de la función social o económico social, por ser ilegales y constituir delito.

Las actividades de carácter delictivo tipificadas en las leyes pertinentes, desarrolladas en un predio no dan lugar al reconocimiento del cumplimiento de la función social o económico social por ser contrarias al interés colectivo y el beneficio de la sociedad

Por otra parte se garantiza la titularidad de las mujeres en el acceso y distribución a la tierra, sin discriminación por el estado civil o unión conyugal.

Posterior a la promulgación de la Constitución de 2009, se han promulgado las leyes de desarrollo como ser la Ley de Derechos de la Madre Tierra, la que tiene por objeto reconocer los derechos de la Madre Tierra, reconociéndole el carácter jurídico de sujeto colectivo de interés público, de igual manera la ley Marco de la Madre Tierra, Y Desarrollo Integral Para Vivir Bien señala que el Estado Plurinacional de Bolivia promoverá el manejo integral y sustentable de los componentes, zonas y sistema de vida a efectos de su regeneración de la Madre Tierra, a través de acciones que garanticen el aprovechamiento sustentable de la tierra y territorios.

## 2. Limitaciones y afectaciones a la propiedad agraria

Brevemente nos referiremos a los límites que imponen la actual Constitución y las leyes especiales siendo los más importantes:

**a) La reversión.** Conceptualmente esta figura jurídica se entiende como la restitución de tierras al pueblo boliviano sin indemnización, conforme prevé el artículo 401.I constitucional la reversión se impone a las propiedades clasificadas como mediana y empresa, por incumplimiento de la función económica social y la tenencia latifundiaria improductiva de la propiedad; también es otra causal señalada en el artículo 398 de la Constitución la explotación de la tierra por medio de una relación servidumbral, de esclavitud o semi-esclavitud, del mismo modo esta disposición legal determina como causal de reversión a la propiedad que exceda a la superficie máxima zonificada, prevista en la ley, hay que entender que la reversión se aplicada a la propiedad regularizada y perfeccionada, es decir que cuente con título ejecutorial.

**b) La expropiación.** Conceptualmente se entiende como el acto de privación del derecho propietario de un particular por parte del Estado, por causa de necesidad y utilidad pública, previa indemnización, así establece el artículo 401.II constitucional que la única causal de expropiación constituye la necesidad y utilidad pública y se aplica a todos los tipos de propiedad, al Respecto vale hacer un comentario, la legislación agraria contenida en la ley 1715 del Servicio Nacional de Reforma Agraria, modificada por el artículo 23 de la ley 3545 de Reconducción Comunitaria, en el artículo 59 imponía como causal de reversión la conservación y protección de la biodiversidad y el incumplimiento de la función social aplicable a la pequeña propiedad, sin embargo por supremacía constitucional, resulta ahora la única causal para la expropiación la realización de obras de interés público.

**c) La extensión de la propiedad.** El artículo 398 de la referida Constitución establece como extensión máxima de la propiedad 5000 has., disposición que es resultado del referendun dirimitorio, en cuanto a las extensiones mínimas y máximas aún está vigente lo determinado en el Decreto Ley No. 3464 de 02 de

agosto de 1953, cuyas extensiones varían de acuerdo a la zona geográfica, a la calidad de la tierra y al tipo de propiedad.

**d) La renta fundiaria.** Consecuente con el postulado de que el trabajo es la fuente fundamental para adquirir y conservar la propiedad, expresada en el aprovechamiento de la producción el art. 395.III. constitucional, determina que por ser contraria al interés colectivo, está prohibida la obtención de renta fundiaria; esto significa que la tierra no puede generar otro tipo de beneficios a su propietario que no sea el resultado de la actividad agraria, además esto se entiende en el sentido de que la propiedad agraria tiene la carga del cumplimiento de la Función Social o Económica Social, por lo que no se puede permitir otra actividad que no este encuadrado en las normas que la regulan.

**e) Prohibición para extranjeros.** También la Constitución establece la prohibición de adquisición de tierras para los ciudadanos extranjeros, exceptuando cuando en el proceso de saneamiento se encuentre con resolución final y/o titulo ejecutorial pero anterior a la vigencia de la nueva Constitución.

**f) De la dotación.** Se prohíbe la compra venta de tierras entregadas en calidad de dotación y las dobles dotaciones.

### 3. Conclusiones

Existe un marco institucional en la temática tierra, en la parte administrativa Presidida por el Ministerio de Desarrollo Rural y Tierras, donde se encuentra el Viceministerio de Tierras, el Servicio Boliviano de Reforma Agraria, el Instituto Nacional de Reforma Agraria, y la Autoridad de Bosques y Tierras.

En la Jurisdiccional Agroambiental se tiene al Tribunal Agroambiental como máximo órgano encargado de administrar justicia en materia agraria y ambiental.

La Constitución Política Estado Plurinacional, introduce cambios significativos, la propiedad agraria esta vinculada con la actividad agraria, pecuaria, forestal, de conservación de la biodiversidad, de esto se puede colegir que la propiedad mas que un derecho parece ser una impuesta por el Estado, precautelando el interés social y ambiental.

Es notorio en la Constitución Política del Estado Plurinacional, el enfoque económico que le da a la propiedad agraria en sentido de que esta necesariamente cumplir con la función social y función económica social, que no son sino la exigencia de la producción.

Se introduce la equidad de género con relación a la participación de la mujer en los procesos de saneamiento y distribución de tierras, redistribución, sin discriminación por estado civil o unión conyugal.

La promulgación de la Constitución Política del Estado es sin duda un avance significativo en procura de alcanzar la tan ansiada equidad en la tenencia de la tierra. Su contenido en gran medida responde a las demandas de los sectores indígenas y campesinos del país; no obstante, la tarea aún es ardua pues la construcción de una nueva ley de tierras de alguna manera significa revisar los



pactos logrados hasta la fecha en este tema. La inevitable discusión tendrá que darse, por lo que sólo nos resta augurar que su conclusión no anule o desnaturalice aquello que hasta hoy se ha conquistado en este delicado tema.

**De la complementariedad entre derechos individuales y colectivos.** La Constitución ha reconocido que al interior de las comunidades indígenas originarias campesinas existe una correlación entre los derechos individuales y colectivos. Esa complementariedad en el fondo implica una titulación mixta, luego la tarea consiste en desarrollar criterios jurídicos que permitan reconocer esa tenencia mixta precautelando la integralidad del territorio comunal.

**De la distribución de tierras fiscales.** Los procesos de asentamientos humanos son asumidos por la Constitución como una tarea que permitirá la racional distribución de la tierra. En este caso, la ley debe reglamentar la manera en que se producirán los asentamientos humanos pero con un enfoque que vaya más allá de la entrega de títulos de propiedad garantizando el acceso a la educación, salud, seguridad alimentaria y producción, en el marco del Ordenamiento Territorial del Estado y la conservación del medio ambiente.

**De la integración de los territorios indígena originario campesino en la estructura del Estado.** Uno de los logros más significativos de la Constitución es sin duda el haber reconocido la existencia de los territorios indígenas originarios campesinos. La ley tiene el reto de consolidar ese reconocimiento y para ello es necesario ligar la titulación de territorios indígenas con la posibilidad de instaurar autonomías de base indígena, asumiendo que la edificación de territorios indígenas es el inicio de un proceso de construcción en la integración al Estado.

# “Domini collettivi tra sud, centro e nord – Prospettive e nostalgie”

*Maria Athena Lorizio<sup>i</sup>*

<sup>1</sup>Segretario generale della Associazione per la Tutela delle Proprietà Collettive e dei Diritti di Uso Civico (A.PRO.DUC), Italia.

Mail de contacto: [athena.lorizio@studiocerulli.it](mailto:athena.lorizio@studiocerulli.it)

---

## RESUMEN

El presente estudio se ocupa de la propiedad colectiva en Italia desde su nacimiento histórico, pero sobre todo en su estado presente en las diversas regiones del país. Se analiza la situación en el norte alpino; en la región central montañosa de los Apeninos y especialmente al interior del Estado Pontificio y se la compara con la región meridional donde la presencia en forma de *universitas civium* tiene un alcance territorial mucho menor. El trabajo recupera la evolución al interior de esas tres grandes regiones geográficas, donde la propiedad colectiva ha tenido una rica variedad de formas organizacionales en los distintos estados previos a la unificación. Sigue con la evolución durante la Italia unificada, desde la ley 1766 del 16 de junio de 1927 que declaró la indisponibilidad de las tierras a la ley 168 del 20 de noviembre de 2017 que ha dado la personalidad jurídica a los entes gestores de la propiedad colectiva de derecho privado y una autonomía estatutaria que les autoriza a crear sus propias normas. El trabajo finaliza presentando algunos desafíos actuales de gestión.

**Palabras clave:** Propiedad colectiva – Italia - Usos cívicos - Gestión.

---

## ABSTRACT

The present study deals with collective property in Italy since its historical birth, but especially in its present state in the various regions of the country. The situation in the alpine north is analyzed; in the mountainous central region of the Apennines and especially in the interior of the Papal State and is compared with the southern region where the presence in the form of *universitas civium* has a much smaller territorial scope. The work recovers the evolution within these three great geographical regions, where collective property has had a rich variety of organizational forms in the different states prior to unification. It continues with the evolution during the unified Italy, from the law 1766 of June 16, 1927 that declared the unavailability of the lands to the law 168 of November 20, 2017 that has given the juridical personality to the entities managing the collective property of private law and a statutory autonomy that authorizes them to create their own rules. The work ends by presenting some current management challenges.

**Keywords:** Collective property - Italy - Civic uses – Management

---

## **1. Considerazioni generali sul tema della comproprietà collettiva delle comunità originarie di abitanti**

Le comunità originarie di abitanti (comunità di villaggio) che sotto varie denominazioni gestiscono in piena autonomia i propri patrimoni agro-silvo-pastorali nelle aree territoriali di rispettiva competenza, rappresentano un fenomeno comune a tutte le formazioni umane nelle diverse parti del mondo. Risalgono ai primi insediamenti stabili e si sono sviluppate con strutture diverse nelle varie epoche storiche, costituendo il nucleo originario del comune amministrativo moderno. Ancor oggi sopravvivono comunità indigene nelle forme originarie o quasi, nelle aree più estreme ed isolate dei diversi continenti, dove è più difficile introdurre le tecnologie necessarie per un diverso sistema e confort di vita ([www.demaniocivico.it-guida](http://www.demaniocivico.it-guida) usi civici).

Il tema dei domini o proprietà collettive delle comunità originarie di abitanti è tra i più interessanti per lo storico del diritto, prima ancora che per il giurista, ed è anche tra i più tormentati e controversi soprattutto per l'impossibilità di documentare l'origine di questi possessi collettivi e il loro formarsi nei primi insediamenti umani. Non ci possono essere atti costitutivi di possessi che derivano dalle occupazioni di fatto delle terre da parte delle comunità originarie e dei loro discendenti. E' solo il possesso di fatto attraverso l'utilizzo diretto, non equivoco e continuato nel tempo del bene da parte della comunità e di ogni suo componente, che costituisce titolo degli antichi diritti della comunità.

Le poche notizie che abbiamo sull'origine di questi possessi si traggono dalle cronache locali e soprattutto dai vecchi contenziosi, dalle verifiche demaniali, dagli atti conservati negli archivi storici, pubblici e privati, negli uffici dei commissariati per gli usi civici. Elementi importanti sono anche le intestazioni dei vecchi catasti. I conflitti tra le comunità rurali ed il feudatario, il comune e le altre autonomie locali erano continui, e spesso si risolvevano in via conciliativa con accordi che comprovano gli antichi possessi.

Il massimo sviluppo dei possessi collettivi si ebbe in epoca feudale, nel sistema ad economia chiusa e legata allo sfruttamento della terra e allo scambio in natura proprio di quel mondo, dove la comunità originaria difendeva con tenacia i suoi diritti esistenziali opponendosi alle prepotenze baronali, anche quando era costretta a pagare al signore una quota in natura in cambio del riconoscimento dei propri diritti. E quando, a fine '700, sotto la spinta delle forze rivoluzionarie e delle nuove ideologie che venivano dalla Francia, quel mondo crollò, travolse anche i diritti dei cives considerati come servitù, oneri e pesi sulla proprietà del singolo signore e spesso confusi con i privilegi ed abusi feudali. Con le leggi abolitive del feudo, anche i diritti di utilizzo esercitati dalle comunità rurali sui beni feudali furono dichiarati cessati come esercizio in natura, liquidati e convertiti in compensi sostitutivi, in danaro o con distacco di quota.

Il processo di liquidazione degli usi civici riguardò le terre feudali e non toccò i possessi delle comunità originarie, le quali dovettero convivere con le strutture e

i poteri della nuova società borghese, nata dalla rivoluzione, e difendere i propri diritti e patrimoni in un mondo completamente cambiato. Sotto l'influsso delle teorie illuministe e rivoluzionarie che ponevano l'individuo e non più la cosa al centro della società, qualsiasi forma di utilizzo collettivo dei terreni era considerato come un ostacolo all'affermarsi delle nuove tecnologie agricole e al progresso sociale ed economico del mondo borghese e quindi da abolire.

Nell'attuale momento di crisi e trasformazione della società, e considerando soprattutto le deficienze della gestione pubblica per quanto riguarda il controllo del territorio e dell'ambiente naturale, ci possiamo rendere conto di quanto l'utilizzo collettivo ed autogestito dei beni da parte delle comunità di villaggio sia stato importante per la conservazione del patrimonio agro-silvo-pastorale e quindi per la tutela del nostro territorio. Ma questa realtà ed il regime consuetudinario dei possessi delle comunità locali non sono stati considerati dal nostro legislatore (Per notizie storiche, bibliografia e giurisprudenza sui domini collettivi, v.V. Cerulli Irelli, 2016).

Ci limitiamo a ricordare che in Francia il Code Napoleon del 1804 disponeva, all'art. 542, che i biens communaux erano beni sui quali gli abitanti della comunità - e non il comune ente pubblico - avevano un diritto di proprietà o di utilizzo. La norma del codice napoleonico fu riportata nel Codice sardo del 1947, ma non nel codice civile dello Stato unitario del 1865 e nella legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865 All. A e leggi successive. Anche il codice civile vigente del 1942 e la stessa Costituzione del 1948 hanno ignorato la comproprietà dei beni delle comunità di villaggio (F. Marinelli, 2011).

Il legislatore italiano ha considerato soltanto il modello della proprietà esclusiva ed individuale di diritto romano e non le diverse forme di possesso delle comunità originarie di villaggio, che si riportano all'istituto del condominio per facoltà separate del diritto germanico. Come sappiamo, nel mondo rurale a tradizione germanica, il possesso del bene comune non si divideva per quote tra i comunisti ma spettava per intero alla comunità e ciascuno poteva trarre utilità diverse dallo stesso bene comune. L'utilizzo era esercitato in modo diretto, promiscuo e solidale nell'interesse proprio del singolo e del gruppo. I demanialisti della scuola napoletana di fine '700 dicevano che ciascun utente utilizzava i beni comuni ed esercitava i diritti civili *uti singulus et uti civis* (G. Cervati, 1968).

Di fatto, poiché le leggi dello Stato unitario ignoravano la comunità originaria come soggetto giuridico, anche i beni delle comunità vennero confusi con i beni patrimoniali dei comuni e quando le leggi comunali e provinciali disponevano che i beni comunali incolti dovevano di regola essere dati in affitto, si ritenne che la norma valesse anche per i beni delle comunità originarie. Queste leggi hanno portato ad un contenzioso continuo tra comune e comunità risolto in giurisprudenza in genere a favore delle comunità (V. Cerulli Irelli, 2016).

## **2. I domini collettivi negli Stati preunitari, tra Nord, Centro e Sud**

In Italia le comunità di villaggio o di abitanti si sono insediate stabilmente e sviluppate in forme autonome e chiuse nelle aree alpine delle regioni del Nord, dove hanno mantenuto la propria autonomia attraverso le generazioni.

Nel Centro Italia, nelle vallate dell'Appennino fino all'Abruzzo, nelle zone interne dell'ex Stato Pontificio, le università agrarie, le associazioni e comunanze agrarie hanno continuato a gestire di fatto i loro patrimoni con struttura d'impresa e a fini sociali; in Emilia, le partecipanze agrarie hanno mantenuto la forma associativa e familiare antica.

La situazione è molto diversa nei territori meridionali dove la *universitas civium*, comunità di abitanti organizzata con propri statuti e regolamenti consuetudinari ed aperta agli usi dei residenti (*cives*), è una realtà più limitata territorialmente rispetto a quella delle comunità chiuse delle regioni del Nord e del Centro Italia, e condizionata in passato fortemente dalla coesistenza con il demanio feudale (per notizie v. A. Bulgarelli Lukas, 2015).

La maggior parte delle *universitates civium* derivavano i loro poteri dal riconoscimento regio. Nei conflitti con il feudatario il popolo si appellava al re che interveniva a favore dei *cives* contro i soprusi del signore. Nel feudo normanno e svevo, che è giurisdizionale e anche patrimoniale, il feudatario concedeva in enfiteusi ai contadini, con contratti di colonia, il diritto di coltivare ed utilizzare i prodotti della terra, ricevendo in cambio una quota del prodotto che costituiva la sua rendita (la terza, la quinta). E' importante considerare che nel feudo abitato gli atti di concessione ai coloni del diritto di coltivare e utilizzare i prodotti della terra erano sempre atti ricognitivi dei diritti originari della comunità e non atti costitutivi di nuovi diritti.

C'è anche un altro fattore che differenzia la *universitas civium* delle regioni meridionali dalle comunità originarie del Nord Italia. A differenza delle comunità familiari montane del Nord che escludevano i forestieri dall'utilizzo delle scarse risorse, nelle regioni meridionali il territorio della *universitas* era aperto agli usi promiscui di tutti i residenti, i *cives*, che formavano l'*universitas civium*. Da qui, il termine "demanio civico universale" proprio del Sud. Naturalmente, dove la comunità era organizzata con regolamenti e statuti, gli usi erano esercitati secondo le modalità indicate nelle norme statutarie. Dove la comunità non aveva strutture proprie, il demanio civico era amministrato dall'ente locale, il comune amministrativo, che spesso confondeva i beni della comunità con i beni patrimoniali comunali e ne disponeva per fini di bilancio e non per gli interessi e le necessità dei *cives* titolari dei beni.

Le ragioni di questa diversità di gestione dei patrimoni delle comunità sono certamente culturali, dovute allo specifico contesto storico, socio-economico dei vari territori, che ha dato luogo ad un diverso rapporto tra comunità di abitanti, istituzioni locali pubbliche e potere centrale.

Il rapporto delle comunità originarie con i poteri locali più forti è stato in genere conflittuale: nell'alto medioevo con il feudatario, dal sec. XI in poi anche con il comune e la città, nell'ordinamento moderno con le amministrazioni pubbliche ai vari livelli, centrale e locali.

Consideriamo ora, in breve, la storia di queste comunità e il loro sviluppo nei singoli contesti territoriali (per le leggi degli Stati pre-unitari, v. Codice degli usi civici, di L. Acrosso e G. Rizzi, 1956).

Nelle **regioni del Nord**, sotto l'influsso delle consuetudini germaniche, le comunità locali insediate nelle zone montane e formate dalle famiglie degli originari, si consideravano corpi chiusi e utilizzavano come proprietà esclusiva i beni "appresi per laudo" e cioè i boschi, pascoli e terreni coltivabili, derivanti dalle occupazioni di fatto. Ogni comunità amministrava in piena autonomia il proprio patrimonio agro-silvo-pastorale in conformità delle antiche consuetudini, regole e statuti deliberati dai capi famiglia in pubblica assemblea. Le comunità locali erano fortemente radicate nel territorio, e mantennero la loro autonomia anche quando nel sec. XI, dopo le lotte tra la Lega dei Comuni e Federico Barbarossa (battaglia di Legnano del 1176 e pace di Costanza del 1183) cominciò ad affermarsi e a prevalere il libero comune. Come detto, la coesistenza tra comunità di abitanti e comune non era pacifica, e ha dato luogo a vertenze giudiziarie di grande interesse per le notizie storiche riportate nelle cronache e documenti d'epoca.

Nel Veneto, il sistema dei corpi chiusi degli antichi originari cominciò ad incrinarsi quando, con le terminazioni dei provveditori alle terre pubbliche (anni 1600/1700), rinnovate alla elezione di ogni nuovo doge, la Repubblica Veneta, mentre riaffermava il diritto eminente di Venezia sulle terre comuni oltre alla riserva degli alberi occorrenti per la costruzione delle navi, riconosceva anche il diritto di tutti indistintamente all'uso e godimento delle terre comuni sia pure dopo un periodo di attesa delle famiglie sopravvenute. Nelle terminazioni dei provveditori del 28 aprile 1674 e del 7 settembre 1764 il periodo di permanenza dei forestieri nel comune, per essere considerati originari e partecipi ai benefici dei beni comuni, era di 50 anni. Gli originari cercarono sempre di opporsi al predominio di Venezia. Alla caduta della Repubblica Veneta, quando con il Trattato di Campoformio del 1797 Venezia passò all'Austria e successivamente durante l'occupazione francese (Repubblica Cisalpina e poi Regno Italico), in alcune località, gli originari, che erano anche gli amministratori dei comuni, tendevano a dividere tra loro le terre della comunità.

A fermare tali abusi, intervennero i decreti della Repubblica Cisalpina del 12 dicembre 1801, 23 dicembre 1803 e 4 agosto 1807 che regolavano le passività dei Comuni e disponevano la ripartizione dei beni comuni escludendo i pascoli, i boschi e gli edifici di proprietà dei comuni, in quanto necessari agli usi degli abitanti. Le Regole del Veneto continuarono a vivere e a gestire i propri patrimoni anche quando, con i decreti 8 giugno 1805 e 25 novembre 1806 del Regno Italico,

furono dichiarati disciolti i corpi degli antichi originari e fu disposto il trasferimento dei beni alla Municipalità (Comune), tranne quelli che risultassero acquistati con denaro proprio degli originari.

Tale disposizione non fu mai abolita e fu poi riaffermata dal governo austriaco con la sovrana risoluzione del 10 luglio 1839 n. 29 che prevedeva l'alienazione dei beni comunali incolti, e la soppressione degli usi civici, ed ebbe quindi effetto in tutto il Lombardo-Veneto. Le antiche Regole di fatto hanno continuato a gestire i loro patrimoni agro-silvo-pastorali "appresi per laudo" in piena autonomia ed hanno sempre rivendicato la loro natura privatistica opponendosi tenacemente alle leggi dello Stato unitario del 1924/27 di riordino degli usi civici nel Regno, che estesero a tutto il territorio nazionale il sistema delle leggi liquidative degli usi civici sulle terre ex feudali e di sistemazione del demanio dell'ex Regno di Napoli.

Tra le Regole del Veneto più organizzate ricordiamo la Regola di Cortina d'Ampezzo che gestisce il Parco regionale delle Dolomiti, le Regole dell'Altipiano di Asiago. Nel Trentino le comunelle del carsico triestino, le Asuc del Trentino, la Regola feudale di Predazzo, le Regole di Spinale e Manez, la Magnifica Comunità Val di Fiemme

Anche in Lombardia, le comunità degli originari mantennero la loro autonomia fino a quando, con le ordinanze di Maria Teresa e di Giuseppe II del 23 agosto 1770 e 14 marzo 1775, fu disposta la divisione tra i comunisti dei pascoli della comunità in modo che ciascun colono avesse una parte di pascolo, come aggiunta inseparabile alle sue terre. Gli usi di legnatico sui boschi comuni non furono aboliti, ma regolamentati.

In Piemonte e Valle d'Aosta i francesi imposero la divisione dei demani comunali con la legge 14 marzo 1799, che si richiamava alla legge 10 giugno 1793. Si tentò di abolire i diritti di pascolo e di fida nel 1797, ma di fatto gli usi continuarono ad essere esercitati in molte zone di montagna, attraverso le consorzierie o comunaglie. Queste comunità, tipiche della Val d'Aosta, erano formate dai gruppi di antichi "originari" e sono ancora oggi esistenti. Le consorzierie sono regolate dalla l.r. 5 aprile 1973 n.14 e dalla successiva l.r. 22 aprile 1985 n.16 come "enti speciali di natura pubblicistica", dove la partecipazione è riservata ai proprietari dei fondi rustici che risiedono effettivamente nelle frazioni e località delle Consorzierie per il periodo dell'anno minimo stabilito dagli statuti.

Nelle **regioni centrali**: in Toscana, le comunità familiari originarie, già intorno all'anno mille, erano organizzate con proprie strutture e riuscirono a svilupparsi nonostante i contrasti con i signori feudali.

In Toscana, le leggi abolitive delle servitù civiche di pascolo e di legnatico intervengono a metà '700 e sono dovute all'opera riformatrice del granduca Pietro Leopoldo d'Asburgo, il quale riteneva il sistema delle servitù civiche un impedimento al libero sviluppo dell'agricoltura e contrarie al progresso e

miglioramento delle condizioni sociali, che erano assai difficili soprattutto nelle zone paludose delle Maremme.

Il Granduca si propose di liberare la proprietà privata di tutti i vincoli imposti dallo Stato e dai Comuni, donò ai Comuni i diritti che spettavano allo Stato sulle terre pubbliche e comunali a condizione che i Comuni alienassero le terre comunali ai privati con tutti i frutti, senza pagar nulla allo Stato, ma facendo pagare i frutti ai proprietari delle terre. La riforma venne attuata in più tempi. Secondo l'interpretazione della giurisprudenza della Corte di cass. (sent. 7 luglio 1934 n. 2455 in riv. Demani 1934/35, 623 – riv. Dir. Agr. 1935, II, 1941), le leggi leopoldine non significarono la soppressione immediata di tutti gli usi civici che sulle terre avevano i terrieri, ma una "tendenza" mai completamente attuata all'affrancazione graduale e prudente dei diritti civici.

Pietro Leopoldo volle facilitare la vendita e l'allivellamento dei beni comunitativi, ma le sue leggi non furono applicate in modo uniforme in tutte le provincie. Le comunità amministravano i beni loro trasferiti a mezzo magistrati.

In molti territori si verificò anche un fenomeno singolare: gruppi di famiglie residenti (i comunelli) si costituivano in condomini di fatto per riacquistare a nome del comunello gli stessi beni da sempre utilizzati in forma collettiva dalle stesse famiglie che erano state costrette a vendere in forza delle leggi leopoldine. Per questi beni riacquistati dai comunelli, con soldi propri delle famiglie, ma per continuare l'uso collettivo, si è posto di frequente il problema della natura privata (condominiale, del gruppo) o collettiva dei beni riacquistati.

A inizio '800, interviene il dominio francese. La legge 19 marzo 1802 del Primo Console Bonaparte abolì i diritti di pascolo ed altri usi nelle foreste comuni, a meno che i comuni e i particolari avessero presentato titoli o atti di possesso. Cessata l'era napoleonica, in Toscana ritornò il Granduca Ferdinando III d'Asburgo. Con legge 15 novembre 1814 il Granduca abolì le leggi civili del Governo napoleonico e ripristinò le leggi del Granducato sulla feudalità, salvi i diritti legittimamente acquisiti sotto il governo francese.

2.3. Nelle provincie dell'ex Stato pontificio le università agrarie, comunanze e partecipanze, le associazioni di fatto degli allevatori delle mandrie di bestiame e degli agricoltori riuscirono, dopo lotte sociali e forti resistenze da parte del governo pontificio, ad essere riconosciute, con legge 4 agosto 1894 n. 397 sull'ordinamento dei domini collettivi, persone giuridiche con funzione sociale e struttura d'impresa, a profitto della comunità di abitanti. Dato il regime fortemente accentratore dell'amministrazione pontificia, il riconoscimento dei domini collettivi poté avvenire solo dopo l'annessione delle ex provincie pontificie all'Italia unita e per effetto dei movimenti delle associazioni agrarie dell'epoca e la intensa pressione del deputato avv. Zucconi, descritte da P.Grossi in "Un altro modo di possedere" Milano 1977.

La l. 4 agosto 1894, n. 397 dichiarava obbligatoria la gestione collettiva delle terre derivanti dall'affrancazione degli usi, e richiedeva agli utenti determinati



requisiti di professionalità, ma nel contempo sottoponeva l'amministrazione sociale ai regolamenti deliberati dall'assemblea degli utenti ed i regolamenti a controlli pubblici analoghi a quelli dei comuni: attribuiva infine agli enti poteri amministrativi di riscossione dei contributi e di accertamento delle inadempienze (artt. 2-8).

Il controllo pubblico, se da un canto ha avuto effetti conservativi del patrimonio di questi enti, dall'altro ha impedito quella elasticità di gestione che è indispensabile per enti che operano sul mercato in regime di concorrenza. Sulla natura delle università agrarie laziali, vi è stato un forte contrasto di giurisprudenza perché la Cassazione per un certo periodo (fine anni '50- 1980) le aveva qualificate enti pubblici economici estendendo ai dipendenti i contratti collettivi di lavoro (Cass. Sez. Un. 8 maggio 1957, n. 1577, in Giust. civ., 1957, I, 764) mentre la gestione era vincolata alle norme degli enti locali. Questa situazione contraddittoria venne superata dalle Sez. Un. Cass. 13 maggio 1980, n. 3135, in Giur. it., 1980, I, 1, 1128 che ne riconobbe la natura di enti pubblici minori (rispetto ai comuni).

Nella relazione ministeriale per la conversione in legge dei decreti nn. 751 e 1484 del 1924 sugli usi civici nel Regno, si legge che nell'ex Stato pontificio le leggi abolitive delle servitù civiche avevano deluso le aspettative della popolazione, tanto che furono sospese con la legge 8 marzo 1908 n. 76 ed anche le università agrarie furono considerate un "vano tentativo di collettivismo agrario" e "un duplicato del Comune". In realtà i domini collettivi della L. 397 /1894 scontavano il diverso clima politico che portò alle leggi fasciste del 1924/1927 e al r.d. 332 del 1928 che abrogò il regolamento per l'ordinamento e il funzionamento delle associazioni agrarie approvato con R.D. 29 ottobre 1922 n. 1472 (art. 63 r.d. n. 332, cit.). La legge 16 giugno 1927 n.1766 sul riordinamento degli usi civici nel Regno, di conv.del r.d. 22 maggio 1924 n.751, aveva infatti introdotto il diverso principio dell'apertura dei beni delle comunità agli usi di tutti i cives, a prescindere dai requisiti di professionalità, e soprattutto stabiliva la quotizzazione dei patrimoni agricoli dei domini collettivi e la concessione delle quote a titolo enfiteutico agli utenti. Il programma del legislatore dell'epoca era quello di creare una nuova classe di piccoli proprietari agricoli.

Con la quotizzazione delle terre produttive e l'affrancazione dei canoni, le università agrarie ebbero ridotti i loro patrimoni atti a coltura e quindi la maggior parte delle loro entrate, e ciò portò a bilanci deficitari e quindi allo scioglimento degli enti e al trasferimento dei beni al Comune o frazione territorialmente competente (artt. 25 e 26 1. n. 1766/1927). E così le università agrarie, che erano circa trecento ad inizio '900, si sono ridotte a poco più di ottanta, e la maggior parte vivono in condizioni critiche per quanto riguarda la gestione dei patrimoni agricoli.

**In Emilia**, le Partecipanze emiliane, costituite da terreni produttivi concessi a rotazione a determinati gruppi di famiglie, sono riuscite a conservare, dopo una

forte opposizione, anche nel sistema della legge del 1927, il loro particolare regime.

Il regolamento n. 332 del 1928, all'art. 65, ha previsto un procedimento specifico per esonerare le associazioni agrarie, composte da determinate famiglie che possedevano esclusivamente terre atte a coltura e le avevano migliorate in modo sostanziale e permanente, dall'applicazione del capo 2° della legge e quindi dall'apertura dei beni agli usi dei cives e dalla quotizzazione delle terre produttive. Ricordiamo soprattutto il contenzioso che ha riguardato la partecipazione di Nonantola, il consorzio dei partecipanti di Persiceto e le partecipanze di Pieve di Cento e di Cento.

**In Sardegna** le popolazioni traevano le utilità per le loro necessità di vita dalle concessioni di terre fatte dal Sovrano. Le comunità avevano denominazioni tipiche: furriardogi nella parte meridionale dell'isola, stazzi nella parte a Nord. Furriardogi e stazzi erano situati in zone lontane dagli abitati, destinate alla pastorizia, e successivamente chiuse da frutteti, vigne etc.. Stazzi e furriardogi costituirono i nuclei originari di molti degli attuali Comuni. Invece il diritto di cussorgia era l'uso concesso agli abitanti su una determinata zona di terreno ademprivile per il pascolo del bestiame (filadas). I diritti di ademprivio erano i diritti d'uso di cui erano titolari i cittadini.

Con le leggi abolitive della feudalità, che vanno dal 1832 al 1840, lo Stato riacquistò le terre infeudate e le concesse ai Comuni per la ripartizione ed assegnazione delle quote ai capi-famiglia (Editto del 12 marzo 1838 e le Istruzioni del 28 aprile 1840). Si vollero così sopprimere gli ademprivi e favorire la creazione della piccola proprietà contadina.

**Nel Meridione**, nell'ex Regno di Napoli, come detto, le comunità originarie (universitas civium) hanno costituito una realtà limitata dal predominio del sistema feudale. Le comunità erano aperte e l'utilizzo dei beni era promiscuo, consentito a tutti i residenti secondo le regole consuetudinarie e norme statutarie. La ragione va ricercata nella formazione storico-giuridica ed insieme sociale di questi territori. Nel Sud Italia il feudo normanno e quello svevo erano molto forti, ma ricordiamo che re Ruggero II di Altavilla governò saggiamente e attuò una politica a sostegno dell'agricoltura, riconoscendo i diritti originari delle popolazioni. Nonostante le leggi di re Ruggero, le popolazioni agricole della Puglia, Calabria e Basilicata conducevano una vita assai misera, ignoravano di avere diritti su quelle terre fertillissime su cui pagavano l'affitto o il canone in natura al signore. Oppresse dal sistema del caporalato locale.

Ugualmente misera era la situazione nel Regno di Napoli dove si alternavano i Borboni di Spagna, gli Angioini re di Francia e i Borboni d'Asburgo. La situazione della classe rurale non migliorò nemmeno con le leggi abolitive del feudo a fine '700, quando, sull'onda della Rivoluzione francese, si costituì il Regno di Napoli, che governò per un decennio fino alla restaurazione dei Borboni (1806-1816). Con le leggi abolitive del feudo si provvide a ripartire il demanio

feudale in due parti, una parte era assegnata al Comune e l'altra rimaneva in proprietà all'ex feudatario, libera dagli usi. Gli usi sulle terre dell'ex feudatario furono liquidati, mentre la parte spettante ai Comuni era destinata ad essere ripartita in quote da assegnarsi ai contadini più poveri che diventavano così possessori/proprietari delle terre (art. 32, decreto 3 dicembre 1808 di Gioacchino Napoleone: "i cittadini concessionari saranno riguardati come padrone delle quote ad essi spettanti"). Il sistema delle leggi dei napoleonidi tendeva a trasformare i poveri contadini del feudo in una nuova classe di piccoli proprietari agricoli, risolvendo così il problema della miseria atavica del Sud. Ma all'epoca non si prevede alcun sistema di contributi finanziari o sussidi di qualsiasi genere a favore dei possessori delle quote. E così gli assegnatari si trovarono nella necessità di rivendere la loro quota all'ex feudatario, tornando a coltivare come affittuari i terreni concessi loro in proprietà, tanto che il legislatore dovette intervenire a vietare le vendite per un decennio, poi prorogato ad un ventennio (legge 12 dicembre 1816 sull'amm.ne civile art. 185, e decreto 6 dicembre 1852 art.1 di Ferdinando II).

L'attuazione delle leggi liquidatrici si risolse quindi in un fallimento. La situazione fu resa ancora più grave da un contenzioso infinito con gli ex feudatari, che in alcuni territori dura tuttora.

Questa è la tragedia delle terre del demanio civico nel Sud d'Italia.

Si può dire che dove la comunità di abitanti si è saputa organizzare in modo autonomo con strutture e organi propri, ed ha potuto gestire i beni in conformità dei propri statuti, regolamenti e consuetudini, i patrimoni agro-silvo-pastorali delle comunità locali sono giunti fino a noi, e coprono ancora una parte considerevole del territorio montano e delle aree interne, che sono stati così conservati nelle loro forme originarie.

Dove invece queste strutture sono mancate, i beni delle comunità di abitanti sono stati affidati per legge all'amministrazione dei Comuni. Ma i Comuni non hanno saputo o potuto gestire i beni della comunità perché i Comuni non sono imprese, non hanno le strutture e capacità adatte e necessarie, e questo ha portato alla dispersione ed occupazione arbitraria di moltissimi patrimoni agro-silvo-pastorali delle comunità locali.

### **3. I domini collettivi nello Stato unitario italiano**

Con la legge 16 giugno 1927 n. 1766 di conv. del r.d. 22 maggio 1924 n. 751 sul riordinamento degli usi civici nel Regno e con il regol. di attuaz. del 1928 (r.d. 332 del 26 febbraio 1928), il legislatore italiano, mentre ha esteso all'intero territorio nazionale il sistema di liquidazione degli usi civici sulle terre private ex feudale stabilito dalle leggi dell'ex regno di Napoli, ha riconosciuto l'interesse preminente dello Stato alla conservazione dell'antico patrimonio agro-silvo-pastorale delle comunità di villaggio. Ha, infatti, sottoposto boschi e pascoli permanenti alle norme della legge forestale 30 dicembre 1923 n. 3267 Tit. IV sulla gestione dei

patrimoni silvo-pastorali dello Stato e dei comuni, ed ha stabilito un divieto generalizzato di alienazione e mutamento di destinazione di questi beni dichiarati di cat. A, derogabile solo in casi eccezionali su autorizzazione dell'autorità sovraordinata ( art.12 l. 1766/1927).

Le leggi di riordino degli usi civici del 1924/27 sono importantissime e vanno conservate nella parte in cui hanno sancito il regime di indisponibilità e di tutela del patrimonio agro-silvo-forestale delle comunità di abitanti e ne hanno vincolato la destinazione alle norme della legge forestale anche sotto la spinta di una giurisprudenza illuminata e consapevole della realtà giuridica del mondo rurale. Nel 1985, il legislatore nazionale ha rafforzato questa tutela dichiarando "le aree assegnate alle Università Agrarie e le zone gravate dagli usi civici" beni ambientali, (l. 8 agosto 1985 n. 431 di conv. del d.l. 27 giugno 1985 n.312, art.1, riprodotta nel Codice dei beni ambientali (art. 142, 1° co. lett. h) d.lgs.22 gennaio 2004 n. 42). Il vincolo è stato riconfermato anche dalla legge 168 /2017, art. 3, co. 6. (infra 4).

L'estensione all'intero territorio nazionale del sistema delle leggi liquidative meridionali ha dato luogo ad un forte contenzioso con le comunità e regole del Nord Italia che non potevano accettare soprattutto due principi: l'apertura dei beni agro silvo pastorali agli usi generalizzati di tutti i cittadini del comune o della frazione (art. 26, 1° co.l.) e la quotizzazione delle terre coltivabili (di cat. B) ed assegnazione delle quote in enfiteusi affrancabili agli utenti con la conseguente perdita dei patrimoni agricoli (art. 13 ss.l.).

Le comunità originarie rivendicarono subito con molta forza il regime privatistico dei loro patrimoni originari dando luogo ad un lungo contenzioso che fu risolto con le leggi montagna del 1952 e del 1971 che hanno escluso dalla disciplina degli usi civici il settore delle comunioni familiari montane regolate dai rispettivi statuti e consuetudini.

La prima legge dello Stato unitario che ha riconosciuto le comunioni familiari montane è la legge montagna 25 luglio 1952 n.991. L'art.34 della legge 991 ha disposto che "nessuna innovazione è operata in fatto di comunioni familiari vigenti nei territori montani nell'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale; dette comunioni continuano a godere e a amministrare i loro beni in conformità dei rispettivi statuti e consuetudini riconosciuti dal diritto anteriore". In modo più chiaro l' art. 10 della legge montagna 3 dicembre 1971 n. 1102 ha dichiarato "... non soggetta alla disciplina degli usi civici" la categoria delle comunioni familiari montane disciplinate dai rispettivi statuti e consuetudini "per l'amministrazione, il godimento e l'organizzazione dei beni agro silvo pastorali appresi per laudo...". Tra le comunioni familiari montane furono comprese le regole ampezzane di Cortina d'Ampezzo, le regole del Comelico, le società degli antichi originari della Lombardia, le servitù della Val Canale. La privatizzazione degli enti gestori dei patrimoni agro-silvo pastorali in proprietà collettiva fu completata con l'art. 3 della legge quadro montagna 31 gennaio 1994 n. 97, che ricomprese

espressamente nella stessa categoria delle organizzazioni montane che gestiscono i beni agro-silvo-pastorali anche le Regole cadorine dichiarate enti pubblici con il d.lgs. 1104/1948, ed i domini collettivi delle province dell'ex Stato pontificio riconosciuti persone giuridiche con la legge 4 agosto 1894 n. 397.

L'art. 3 della l. n. 97/1994 è però una norma di principio che doveva essere attuata con le leggi regionali di competenza. L'attuazione dell'art. 3 è stata molto limitata. Molte Regioni sono rimaste inattive, tranne la Regione Veneto con la l.r. 19 agosto 1996 n. 26 sul riordino delle Regole, dichiarate persone giuridiche di diritto privato, la Regione Friuli V.G. con la l.r. 5 gennaio 1996 n. 3 per le Vicinie o Vicinanze consorziali, e la Regione Toscana con la l.r. 23 maggio 2014, n. 27 che ha costituito le nuove asbuc.

#### **4. I domini collettivi e la legge 168/2017**

L'inerzia delle Regioni ha determinato un nuovo intervento del legislatore nazionale che, con la legge 20 novembre 2017 n.168, ha "riconosciuto" i domini collettivi come ordinamenti giuridici primari delle comunità originarie, soggetti alla Costituzione, con potere di autonormazione ed ha attribuito direttamente *ex lege* agli enti gestori dei domini collettivi personalità giuridica di diritto privato e autonomia statutaria (art.1).

La legge 168/2017 ha un grande significato e valore per le comunità locali di antica formazione. L'art.1 "*riconosce i domini collettivi, comunque denominati, come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie*" in attuazione degli art. 2, 9, 42, 2° comma e 43 Cost.. Si tratta quindi di una legge attuativa di principi e garanzie costituzionali sulla funzione sociale della comproprietà collettiva intergenerazionale (art.2 Cost.), i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale della gestione comune (art. 2 e 42, 2° co. Cost.), il valore ambientale, paesaggistico e culturale del territorio gestito dalle comunità di villaggio (art. 9 Cost.), l'utilità generale delle forme di gestione economica produttiva e dei servizi pubblici essenziali resi dalle stesse comunità (art. 43 Cost.).

Perché è importante la legge 168/2017. In effetti, è la prima legge dello Stato italiano che "riconosce" a livello nazionale l'esistenza e la validità giuridica di queste antiche forme di comproprietà o possessi collettivi, consistenti nell'utilizzo promiscuo, diretto e solidale del bene da parte di ciascun componente la comunità di villaggio a vantaggio proprio del singolo e dell'intera comunità secondo regole consuetudinarie che si tramandavano per generazioni

La legge 168/2017 si riallaccia idealmente alla legge 4 agosto 1894 n. 397 che dichiarò persone giuridiche i domini collettivi nelle province dell'ex Stato pontificio e dell'Emilia, e che è la prima legge dello Stato unitario sui domini collettivi, anche se limitata alle associazioni agrarie dell'Italia centrale.(*supra* 2.3) Per questo è importante la legge 168/2017 che per la prima volta in Italia ha

ricosciuto, con norme di principio, la comproprietà collettiva intergenerazionale delle comunità originarie dichiarandola "ordinamento giuridico primario soggetto alla Costituzione". Si può comprendere quindi il grande interesse che si è creato – fra gli enti di gestione dei domini collettivi di tutta Italia - intorno a questa legge che riguarda le comproprietà di antico e diverso regime risalenti al condominio di diritto germanico.

La legge 168 pone problemi non facili di natura interpretativa e di attuazione, anzitutto per quanto attiene il rapporto tra la comunità originaria contitolare degli antichi patrimoni agro-silvo-pastorali e l'ente esponenziale che la rappresenta e ne amministra i beni, le direttive e modalità per la formazione dei nuovi domini collettivi nelle aree territoriali dove le comunità locali non sono organizzate in gestioni autonome, in particolar modo i problemi che comporta in tal caso l'affidamento della gestione dei beni delle comunità ai comuni con amministrazione separata (art.2, comma 4 l.), infine il rapporto con la Regione per l'esercizio delle competenze di cui all'art. 3, comma 1, lett. b) numeri 1, 2, 3 e 4 della legge montagna 31 gennaio 1994 n. 97, da compiersi nel termine di un anno dalla entrata in vigore della legge e quindi entro il 13 dicembre 2018.

Non può non preoccupare la gestione dei demani civici da parte dei comuni, nelle zone dove manca la comunità originaria di abitanti e quindi soprattutto nelle Regioni meridionali, considerando i gravi conflitti di interesse cui ha dato luogo nel passato detta gestione e di cui abbiamo già detto *supra* 2.6.

La legge 168 comunque ha un impatto assai forte sulla realtà delle gestioni collettive nella parte in cui dichiarando gli enti gestori persone giuridiche private consente ad essi di operare nell'ambito della propria autonomia senza essere più condizionati dal potere regionale di vigilanza e tutela sugli enti, trasferito alle Regioni con il d.P.R.15 gennaio 1972 n.11 art. 1ult.co. sul trasferimento alle regioni ordinarie delle funzioni amministrative in materia di usi civici.

## **5. Nuove prospettive**

Comincia un'altra storia, difficile, ma avvincente.

Gli enti esponenziali che gestiscono questo patrimonio hanno ora ex lege personalità giuridica di diritto privato e autonomia statutaria, ma non possono essere equiparati ad amministratori privati che operano nel mercato secondo le regole di diritto comune, proprio perché gestiscono un patrimonio a regime pubblicistico, con capacità di autonormazione a livello sussidiario (art. 118 cost.) con finalità che sono insieme sociali, produttive e di tutela ambientale, culturale.

Le comproprietà originarie, storicamente discusse, contestate da una parte della dottrina che le poneva su un livello marginale e secondario rispetto all'istituto dominante della proprietà individuale di stampo romanistico, acquistano ora rilevanza costituzionale ed uno specifico regime proprietario pubblico e collettivo, dichiarato tale con legge.

Nostalgie del passato non possono esserci. La vita delle comunità rurali era dura e faticosa. La comunità originaria con le sue regole di utilizzo promiscuo dei beni, solidarietà ed associazionismo serviva proprio ad aiutare gli uomini a superare le asprezze di una vita senza garanzie e coperture, esposta alle intemperie ed avversità naturali oltre che alle aggressioni dei nemici e fattori umani.

La parte positiva era certamente rappresentata dalla qualità della vita, che era sì faticosa ma si svolgeva in un ambiente naturale, non inquinato, e certo non dannoso come quello odierno.

Si può obiettare che c'erano comunque la peste nera e le febbri malariche e la terzana, che però erano causate dalle pessime condizioni igieniche, mancata bonifica dei territori paludosi e quindi dall'opera dell'uomo.

Gli enti gestori ora diventano imprese, con capacità giuridica privata ed entrano quindi nel mercato, anche se non possono disporre del patrimonio agro silvo pastorale. Possono e debbono però gestire il patrimonio e i beni secondo programmi di sviluppo e regole di efficienza e correttezza.

Anche se la legge n. 168/2017 pone i domini collettivi dinnanzi a complessi problemi di natura pratica, riteniamo che la nuova normativa possa essere di sostegno per una gestione più efficiente nell'interesse sia della comunità locale di abitanti che dell'intera collettività.

## 6. Referencias

V. Cerulli Irelli. 2016. *Apprendere per laudo. Saggio sulla proprietà collettiva*, pubbl. in "Quaderni Fiorentini" n. 45. Giuffrè Ed. e su [www.demaniocivico.it](http://www.demaniocivico.it) (sez. bibl./pubbl.). Milano.

F. Marinelli. 2011. *La proprietà collettiva nei codici civili europei*, in Miti e riti della proprietà. L'Aquila.

A. Bulgarelli Lukas. 2015. *I beni comuni nell'Italia meridionale: le istituzioni per il loro management*, in *Glocale – Riv. molisana di storia e scienze sociali*, 9-10, Beini Comuni, gennaio.

L. Acrosso e G. Rizzi. 1956, ristampa 1994. *Codice degli usi civici*. Iandi Sapi Ed.

# “La propiedad comunitaria indígena como un bien colectivo”

*Juan Carlos Fernández<sup>1</sup>*

<sup>1</sup>Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNCOma, General Roca, Río Negro, Argentina.

Mail de contacto: [juan.fernandez@uncoma.fade.edu.ar](mailto:juan.fernandez@uncoma.fade.edu.ar)

---

## **RESUMEN**

En este trabajo nos proponemos, en un primer momento, definir sucintamente las características del modelo de decisión judicial respecto a las pretensiones de comunidades indígenas y tribales en relación al territorio y los recursos naturales existentes en el mismo. Para ello, y considerando la doctrina del control de convencionalidad de oficio, que postula una necesidad de adecuación de los criterios de decisión estatales a los fallos de la Corte Interamericana, describimos los principios básicos de la jurisprudencia convencional en la materia.

Advirtiendo que la elaboración del sistema interamericano tiende a asimilar fuertemente la propiedad comunitaria indígena con el derecho real de dominio del derecho hegemónico, postulamos en un segundo momento la posibilidad de revisar dicha concepción merituando el recurso al concepto de “bienes colectivos” como modelo de reconocimiento de derechos territoriales y sobre recursos naturales a las comunidades indígenas y tribales.

**Palabras clave: Propiedad comunitaria indígena – derechos humanos – bien colectivo**

---

## **ABSTRACT**

In this paper we propose, at first, to define succinctly the characteristics of the model of judicial decision regarding the claims of indigenous and tribal communities in relation to the territory and the natural resources existing in it. To do this, and considering the position adopted by the Inter-American Court of Human Rights and the Supreme Court of Justice in Argentina in relation to the control of conventionality, which postulates a need to adapt the decision criteria of the State to the judgments of the Inter-American Court, we describe the basic principles of conventional jurisprudence in the matter.

Noting that the elaboration of the inter-American system tends to strongly assimilate the indigenous community property to the right of property of the hegemonic law, we postulate in a second moment the possibility of revising this conception, using the concept of "common goods" as a model of recognition of territorial rights to indigenous and tribal communities.

**Keywords: indigenous collective property – human rights – common goods**

---



## **1. El control de convencionalidad en materia de propiedad comunitaria indígena**

En el derecho vigente argentino no resulta posible conceptualizar la extensión del derecho de propiedad comunitaria indígena sin remontarse a la definición que del mismo ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

Ello es así dado que desde el caso “Almonacid Arellano y otros vs Chile”, de 26 de septiembre de 2006, la CorteIDH ha institucionalizado el concepto de control de convencionalidad al sostener que: “(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Dicha tesis no ha sido contestada por los órganos judiciales argentinos, sino que, por el contrario, a través de numerosos precedentes judiciales la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) ha ratificado el esquema de control de convencionalidad de oficio, habiendo definido en la causa “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, de 27 de noviembre de 2012, que “(...) los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22) , incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”.

Cabe enfatizar que a los efectos de determinar la adecuación convencional de las normas estatales, el órgano judicial debe tener en consideración no sólo las normas formales de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana y otros organismos competentes internacionales, lo que fuera

ratificado por la CorteIDH, entre otros, en el caso "Fontevicchia y D'Amico v. Argentina", en sentencia de fecha 29 de noviembre de 2011.

Por otra parte, es necesario destacar que los derechos y garantías que la CorteIDH se entiende convocada a interpretar no son solamente los derivados del CIDH, sino que conforme al art. 29 inciso b) del mismo, la competencia de la CorteIDH se extendería aún a la interpretación y aplicación de derechos fundamentales reconocidos en otras normas jurídicas.

Sostuvo en este sentido la CorteIDH que: "(...) al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

(...) El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.

Debe tenerse en cuenta, además, que en virtud del artículo 29.b) de la Convención ninguna disposición de ésta puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

El Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana (...)" - Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párrafos 127 a 130 -.

Este criterio de interpretación evolutiva permite a la CorteIDH determinar el concepto de propiedad protegido convencionalmente en el art 21 CIDH, considerando las especiales particularidades que tiene la relación de las comunidades indígenas y tribales con su territorio en el marco del Convenio 169 OIT.

Conforme con lo expuesto, resulta claro que la tarea de definir la extensión de los derechos de los pueblos originarios sobre el territorio y los recursos naturales existentes en el mismo, requiere ineludiblemente definir los criterios que ha adoptado la CorteIDH para decidir en esa materia.

## **2. Los criterios de decisión de la CorteIDH en materia de reclamos territoriales y sobre recursos naturales realizados por comunidades indígenas**

Resulta posible esquematizar los criterios de decisión de la CorteIDH en los siguientes términos:

**a) Consideración del derecho consuetudinario indígena como fuente de derecho básica, en cuanto el mismo no se oponga al derecho internacional de los derechos humanos o demás derechos reconocidos en el Estado concernido.**

La importancia del derecho consuetudinario indígena para resolver los conflictos suscitados en relación a los recursos naturales ha sido destacada por la CorteIDH desde sus inicios, habiéndose constituido en la base del reconocimiento del derecho de propiedad comunitario sobre la tierra, ante la falta de una norma expresa que así lo reconociera en el CIDH.

Así, sostuvo la CorteIDH que: “(...) l derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.” - Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 151 -.

**b) Las comunidades indígenas no son pueblos en el sentido propio atribuido al término en el derecho internacional público.**

Habida cuenta de la importancia que detentaría el hecho de que se reconociese a los pueblos originarios el conjunto de atributos que le son propios a los pueblos en el marco del derecho internacional público, y la incidencia que ello conllevaría para el régimen de los recursos naturales y el principio de la soberanía estatal y permanente sobre los mismos, destacamos que la CorteIDH ha omitido expedirse respecto al carácter de pueblo de las comunidades indígenas y tribales, en el sentido que se otorga a dicho término en el derecho internacional público.

Sostuvo en esta línea que: “(...)la Comisión ha puntualizado que no pretende que los saramacas constituyan actualmente una comunidad con subjetividad internacional, sino que la autonomía que reclama para la tribu es de derecho público interno. La Corte no estima necesario averiguar si los saramacas gozan de autonomía legislativa y jurisdiccional dentro de la región que ocupan. La única cuestión que aquí interesa consiste en saber si las leyes de Surinam relativas a

derecho de familia se aplican a la tribu Saramaca (...)" - Caso Aloeboetoe y otros vs Surinam, sentencia de 10 de septiembre de 1993, párrafo 58 -.

**c) La falta de un adecuado procedimiento estatal para lograr el reconocimiento territorial implica una violación del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art 25 CIDH.**

En forma sistemática, la CorteIDH ha sostenido que los Estados deben garantizar vías administrativas y judiciales adecuadas para que las comunidades indígenas y tribales peticionen y eventualmente obtengan el reconocimiento de los derechos territoriales y sobre recursos naturales, que reclaman. Este recurso debe ser efectivo y permitir la resolución de la petición en un plazo razonable, pues de otro modo se consideraría incumplido por el Estado su obligación de garantizar el debido proceso legal y el principio de tutela judicial efectiva.

Sostuvo así que: "(...) el Estado señala, básicamente, que ha cumplido con sus obligaciones constitucionales y legales para garantizar y facilitar a los miembros de la Comunidad el acceso a los mecanismos administrativos en el proceso de reivindicación de sus derechos a la propiedad comunitaria de la tierra, pero sus instituciones administrativas han encontrado dificultades para responder efectivamente el reclamo de los miembros de la Comunidad indígena debido a la complejidad del caso.

(...) Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención Americana, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. En este sentido, la Corte ha considerado que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas

(...) Al analizar el proceso administrativo de reivindicación de tierras indígenas en el presente caso, la Corte examinará, en primer término, la existencia formal de un recurso que permita solicitar la reivindicación de tierras indígenas. En segundo término, compete a la Corte analizar la efectividad del mencionado recurso, lo que implica examinar, *inter alia*, el respeto al principio del plazo razonable. Para ello, la Corte recuerda que para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso es preciso tomar en cuenta tres elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales. "- Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 55 y sgtes -.

**d) El procedimentalismo como criterio formal para dirimir los casos traídos a su conocimiento. La falta de resolución expresa sobre la cuestión de fondo.**

En la misma senda pergeñada en los párrafos anteriores, en cuanto se entiende que la condena al Estado Nacional demandado se basa en la inexistencia de procedimientos adecuados para resolver los planteos de reivindicación territorial o de participación en la gestión de los recursos naturales, la CorteIDH ha omitido expedirse sobre las cuestiones de fondo planteadas, relativas a la determinación concreta del sujeto a quien le correspondería el dominio o participación en la gestión de los recursos naturales, y en qué extensión y grado. En forma expresa ha indicado que no le corresponde determinar la extensión del territorio de una comunidad indígena, en competencia con otra comunidad, o la relación de prevalencia entre la propiedad comunitaria indígena y el derecho real de dominio civil.

En efecto, las condenas de la CorteIDH se fundan en el incumplimiento de un procedimiento administrativo y/o judicial efectivo, en lugar de fundarse en la falta de reconocimiento de un derecho sustancial en relación al territorio o el dominio o gestión de los recursos naturales.

Resolvió así tempranamente la Corte que: “(...) conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas. Sin embargo, la Corte advierte que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta situación ha creado un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad Awas Tingni en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes. En este entendido, la Corte estima que los miembros de la Comunidad Awas Tigni tienen derecho a que el Estado:

1. delimite, demarque y titule el territorio de propiedad de la Comunidad; y
2. se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad.

En atención a lo anterior, y teniendo presente el criterio adoptado por la Corte en aplicación del artículo 29.b de la Convención, la Corte estima que, a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado

concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.(...) Por la razón anterior, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta Corte considera que el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas. Asimismo, como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención en el presente caso, la Corte dispone que el Estado deberá proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Awas Tingni, en un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad. Mientras no se hayan delimitado, demarcado y titulado las tierras de los miembros de la Comunidad, Nicaragua se debe abstener de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awas Tingni.” - Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafos 152 y sgtes. -.

Más tarde, y en relación a la pretensión de comunidades indígenas sobre tierras formalmente privadas, sostuvo que: “(...) a la Corte no le compete determinar cuál es el territorio tradicional de la Comunidad indígena Yakye Axa, pero sí establecer si el Estado ha respetado y garantizado el derecho a la propiedad comunal de sus miembros (...) Por la razón anterior, corresponde al Estado delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras, de conformidad con los párrafos 137 a 154 de la presente Sentencia (...) Por lo expuesto, el Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, conforme a lo expuesto en los párrafos 144 a 154 de esta Sentencia. Para ello, deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario. Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad,

conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad(...) -Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 215 y parte resolutive de la sentencia.

“Ahora bien, la Corte no puede decidir que el derecho a la propiedad tradicional de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa está por sobre el derecho a la propiedad privada de los actuales dueños o viceversa, por cuanto la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares. Esa tarea corresponde exclusivamente al Estado paraguayo.”- Caso Comunidad Sawhoyamaxa vs Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafos 135 y sgtes -.

**e) La protección del art 21 CIDH abarca tanto la propiedad como la posesión comunitaria. La potestad reglamentaria sobre el derecho de propiedad comunitaria indígena.**

Pacíficamente ha entendido la CorteIDH que la protección que el art 21 del CIDH depara al derecho de propiedad abarca no solo a la propiedad formal indígena, sino incluso a la posesión tradicional aún no reconocida formalmente, como también a los recursos existentes en ese territorio.

Dijo en este sentido la CorteIDH que: “(...) para determinar si dichas circunstancias constituyen una privación del derecho al uso y goce de la propiedad, la Corte debe considerar, naturalmente, si la aldea de Moiwana pertenece a los miembros de la comunidad, tomando en cuenta para ello el concepto amplio de propiedad desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal. Las partes en el presente caso están de acuerdo en que los miembros de la comunidad no tienen un título legal formal – ni colectiva ni individualmente – sobre sus tierras tradicionales en la aldea de Moiwana y los territorios circundantes. Según lo manifestado por los representantes y por Surinam, el territorio pertenece al Estado residualmente, ya que ningún particular o sujeto colectivo tiene título oficial sobre dichos terrenos. Sin embargo, esta Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias – pero que carecen de un título formal de propiedad – la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral. La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, su nexos comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar

plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

(...) En este sentido, los miembros de la comunidad, un pueblo tribal N'djuka, poseen una "relación omnicompreensiva" con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana: su ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes (...) debe bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad. Los límites exactos de ese territorio, sin embargo, sólo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas (...)" - Caso "Comunidad Moiwana vs Surinam", sentencia de 15 de junio de 2005, párrafo 129 y sgtes.-.

La consecuencia de reconocer la protección que el art 21 del CIDH brinda a la propiedad privada, es la posibilidad de reglamentar el derecho comunitario indígena dentro de los límites que dicho art. 21 permite.

Así, sostuvo la CorteIDH que: "(...) si bien es cierto que toda actividad de exploración o extracción en el territorio Saramaka podría afectar, a mayor o menor grado, el uso y goce de algún recurso natural utilizado tradicionalmente para la subsistencia de los Saramakas, también es cierto que no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio Saramaka. El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros (...). De modo similar, los bosques dentro del territorio Saramaka proporcionan hogar para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir (...). En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar dichos recursos de subsistencia. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los Saramakas.

No obstante, la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta y, por lo tanto, no permite una interpretación así de estricta. Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el



derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”. Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio.” - Caso “Pueblo Saramaka vs Surinam”, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrafo 126 y sgtes.

### **3. La propiedad comunitaria indígena como un bien colectivo**

Como se infiere de la descripción efectuada en el parágrafo anterior, la evolución del derecho convencional en materia indígena se ha direccionado hacia la asimilación de la propiedad comunitaria al derecho real de dominio clásico, otorgándole prácticamente la totalidad de sus mismos atributos —en particular el carácter exclusivo y excluyente del uso por parte de terceros— y, como consecuencia, tornándola igualmente reglamentable a efectos de coordinar su uso y goce con la satisfacción del resto de los derechos fundamentales en una sociedad democrática. Resulta igualmente relevante destacar que los operadores jurídicos han entendido que el único instituto apto para satisfacer las reclamaciones territoriales indígenas es la propiedad, omitiendo el reconocimiento del derecho de uso —pero sin propiedad—, previsto en el art. 14 del Convenio 169 OIT, y que resulta aplicable en aquellos casos en que existen divergencias entre distintos integrantes de los pueblos originarios respecto a la extensión de la propiedad comunitaria reclamada por cada uno.

Por nuestra parte, estimamos que la pretensión teórica de asimilar la posesión o la propiedad comunitaria indígena al tipo jurídico clásico, decimonónico y exclusivista del derecho real de dominio resulta disfuncional para garantizar el progresivo empoderamiento de la totalidad de los integrantes de un pueblo indígena o tribal determinado.

En efecto, desde el punto de vista de los derechos reales, el derecho civil hegemónico puede ser visto como un sistema de división de todos los recursos naturales —y el recurso suelo en primer lugar— en partes homogéneas y posterior regulación de un sistema apropiación de éstas. Para este esquema, todo recurso que se pueda dividir se puede apropiar.

Sin embargo, la propiedad comunitaria indígena que el Convenio 169 OIT y la jurisprudencia de aplicación reconocen sobre el territorio indígena, incluiría no solo dicho territorio, sino la biodiversidad total y otros recursos naturales, por lo que la pretensión de asimilarlo total y absolutamente al dominio civil clásico implica tratar analógicamente institutos que no lo son.

Pero, aún más, hoy podría sostenerse que el derecho de dominio previsto en la legislación civil argentina debe ser aprehendido como tal sólo en cuanto tiene una función ambiental, esto es, en la medida que pudiese ser integrado dentro del marco del ambiente entendido como bien colectivo. Ello así atento a que todo derecho real y contractual debiera interpretarse a la luz del art. 14 del Código Civil y Comercial aprobado por Ley 26.994, de modo que una posible concepción del instituto de la propiedad comunitaria indígena por fuera de los cánones socio-ambientales previstos en la última norma citada podría devenir antijurídica.

Postulamos entonces la necesidad de analizar si la propiedad comunitaria indígena puede ser entendida como un bien colectivo —en la medida que el patrimonio ambiental y cultural que detenta pertenece a una pluralidad indefinida de sujetos, comenzando por los mismos integrantes del pueblo indígena concernido, pero también incluyendo al resto de los ciudadanos del Estado que, por ejemplo, podrían tener acceso al patrimonio cultural situado en territorio indígena—.

Recordamos, en sustento de lo expresado, que el profesor Gonzalo Sozzo (“Pasado, presente y futuro del principio de orden público referido a los bienes colectivos”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Ed Rubinzal Culzoni, 2007-3, 2008, Santa Fe) entiende que el ambiente y el patrimonio cultural pueden ser considerados como un bien colectivo, y en el mismo sentido, por ejemplo, el Convenio Europeo del Paisaje, suscripto en Florencia el 20 de octubre de 2000, manifiesta en sus considerandos que “[...] el paisaje desempeña un papel importante de interés general en los campos cultural, ecológico, medioambiental y social, [...] que es un componente fundamental del patrimonio natural y cultural europeo [...] que el paisaje es un elemento importante de la calidad de vida de las poblaciones [...] que su protección, gestión y ordenación implican derechos y responsabilidades para todos”, con lo cual dota al paisaje de una serie de caracteres que le harían pasible de ser calificado como bien colectivo.

Somos conscientes de que la aplicación directa y total de la serie de caracteres que la doctrina postula para los bienes colectivos (por ejemplo, la necesidad de uso común sustentable y la imposibilidad de excluir a terceros del uso y goce) afectaría seriamente la calidad reivindicatoria que los pueblos originarios postulan respecto al territorio y a los recursos naturales allí existentes, por lo que entendemos que dichos caracteres podrían ser susceptibles de reglamentación particularizada en algunos casos (por ejemplo, para tornar compatibles el derecho de acceso al patrimonio cultural del resto de los habitantes del Estado y el

derecho de dominio originario que los pueblos indígenas puedan tener sobre el territorio en que se encuentran, o el derecho de acceso al recurso paisajístico de los habitantes y el derecho de dominio de los pueblos originarios sobre el territorio concernido).

No obstante, destacamos que la consideración de la propiedad comunitaria indígena como un bien colectivo en primera instancia reviste utilidad para considerar la calidad del bien dentro del pueblo originario mismo, esto es sin relación alguna con los otros ciudadanos del Estado.

En efecto, el pueblo indígena no puede ser confundido con la forma de “persona jurídica” que forzosamente se les obliga adoptar para poder insertarse en el derecho hegemónico, inclusive para poder acceder a la titularidad de las tierras. El pueblo indígena es una realidad sociológica mucho más profunda, y no cuadra a ésta la presión del molde de la personería jurídica civil. Por ello es que considerar a la propiedad comunitaria como un bien colectivo habilitaría el uso y goce del territorio por los reales integrantes del pueblo y en su totalidad, eliminándose la posibilidad de excluir a algunos indígenas del uso y goce del territorio comunitario por el mero hecho de no conformar formalmente la asociación civil que se creó para peticionar en el marco del derecho hegemónico.

De este modo, la propiedad comunitaria detentaría los caracteres que son propios de los bienes colectivos (uso común sustentable, imposibilidad de excluir a otros integrantes del pueblo originario de su uso y goce, etc.), que habilitan que los integrantes de un pueblo indígena no puedan ser excluidos de su uso y goce, so pretexto de que formalmente no integran la “persona jurídica” que eventualmente han creado para reclamar ante las autoridades administrativas y judiciales.

En fin, postulamos que resulta altamente probable que la aplicación de la noción de bien colectivo al complejo caso estudiado habilite soluciones que ayuden a superar —o al menos minorar— las tensiones existentes entre los Estados y los pueblos indígenas por el dominio y la gestión de los recursos naturales, y a la par las tensiones existentes dentro del mismo pueblo indígena, en cuanto deshecha la posibilidad de la titularidad y el uso exclusivo y excluyente de la propiedad comunitaria por determinados indígenas en detrimento de otros.

# “El dominio de las aguas en el derecho indiano y su evolución por influencias del derecho civil en la América española”

*Rafael Ángel Figueroa<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Universidad Católica de Salta.

Mail de contacto: [figueroa.mineria@hotmail.com](mailto:figueroa.mineria@hotmail.com)

---

## RESUMEN

Resulta indudable que el Derecho Indiano, surge de los principios generales del Derecho Castellano, que es en definitiva, el derecho aplicado en el nuevo continente, que en razón de su extensión y diversidades culturales, no tenía una estructura política y legislativa única, por lo cual, fueron de aplicación las instituciones del Derecho de Castilla, normas éstas que tendrían en el tiempo, la necesidad de adaptarse a la idiosincrasia y problemática de estas latitudes.

El dominio de todas las aguas, para el derecho de Castilla, pertenecían al rey y este las declaraba de uso común.

Para los aztecas y los incas, las dos civilizaciones originarias más desarrolladas, todas las aguas y tierras eran de propiedad y gobierno del Inca, quien las distribuía tras cada conquista territorial.

El derecho indiano, traslada el dominio de tierras y aguas, de manos del Inca al Rey, constituyéndose los realengos sobre los cuales el soberano ejercía plena autoridad.

La incorporación de principios contenidos en el derecho civil español, francés, alemán, inspirados a su vez en el derecho romano, modificó en diversas formas la cuestión del “dominio de las aguas”, introduciendo la calidad de aguas “públicas” y “privadas”, las que a su vez, volvieron a limitar el dominio privado sobre las aguas.

Este trabajo, pretende reflejar estos movimientos o tendencias.

**Palabras clave:** agua - historia del derecho - Latinoamérica.

---

## ABSTRACT

Undoubtedly, the Indian Law, arises from the general principles of Castilla law that is ultimately the right applied in the new continent, which because of its extent and cultural diversity, did not have a unique political and legislative structure, which is why, the institutions of the Law of Castilla were applied, norms that would have in time, the need to adapt to the idiosyncrasies and problems of these latitudes.

The domain of all the waters, for the right of Castilla, belonged to the king and he declared them of common use.

For the Aztecas and the Incas, the two most developed original civilizations, all waters and lands were property and government of the Inca, who distributed them after each territorial conquest.

The Indian right, transfers the ownership of land and water, from the Inca to the King, constituting the crown property on which the sovereign exercised full authority.

The incorporation of principles contained in Spanish, French and German civil law, inspired in turn by Roman law, modified in various ways the issues raised of "dominion of waters", introducing the classification of "private waters" or "public waters", which, in turn, once again limited the private domain over the waters.

This work, intends to reflect these movements or trends.

**Key words: water - law history - Latin America.**

---

## **1. Introducción**

Con grata alegría recibí la invitación del Prof. Dr. Leonardo Pastorino, para participar en este Cuarto Ciclo de Cursos de Posgrado de Derecho Agrario y Ambiental, extremo que le agradezco profundamente, aceptando con gusto el desafío de tratar temas de importancia para el Derecho Agrario como es, el recurso agua.

Expertos en geopolítica, sociólogos y ambientalistas coinciden que la escasez de agua para las necesidades humanas en un futuro cercano, se convertirá en la principal preocupación de la humanidad. Hay quienes pronostican incluso conflictos armados entre naciones o grupos humanos en razón de la escasez, o peor aún, la falta de agua para cubrir las necesidades básicas de vida. Estos conflictos no son desconocidos o remotos, basta mirar la situación en Somalia, Etiopía, Israel, Siria-Israel, Palestina, para advertir la seriedad del problema que se avecina para la humanidad y el equilibrio mundial.

Se torna de esta forma una cuestión esencial, vital y prioritaria, reevaluar la normativa que regula el acceso a los Recursos Hídricos, por ello siguiendo el hilo de esta preocupación, abordamos la cuestión del dominio de las aguas en el derecho indiano, su evolución por influencia del Derecho Civil, en América Hispana y su actual postura al respecto.

Es necesario retroceder en la historia y referirnos a;

## **2. El inicio de su estructura política de España**

Es indudable la actividad desarrollada por la Reina Isabel I de Castilla en el descubrimiento del nuevo mundo y su accionar en la unificación territorial española.

Hay que recordar las palabras de Federico II de Alemania, cuando escribió; "La majestad imperial es libre de todas las leyes, de cualquier clase que sean, y no tienen que rendir cuentas más que al juicio de la razón, que es la madre del

Derecho”, pensamiento este que cristaliza una monarquía autoritaria y nacional, que influye el Siglo XV, donde el poder se mantiene únicamente en manos del rey, fenómeno inverso al de la Edad Media en la cual el poder público se encontraba fragmentado.

En 1479, Isabel tras vencer a las fuerzas de Juana (hija del rey de Portugal), fue reconocida como Isabel I reina de Castilla, extendiéndose este reino hasta la costa atlántica africana. En 1479 muere Juan II de Aragón, sucediéndole su hijo Fernando II, esposo de Isabel I, con lo cual se inicia, la expansión española, luego con la anexión de Granada y el descubrimiento de nuevas tierras por Colon (1492).

Isabel I participo activamente en relación a los gastos del viaje, en la configuración legal y económica, la evangelización y la imposición de la iglesia en las Indias. Fortaleció las Instituciones de Castilla a través del Consejo Real, órgano este que tuvo a su cargo el control de las órdenes militares, la hacienda regia, las Cortes y la administración de justicia.

Estos monarcas, reciben el título de “Reyes Católicos”, del Papa Alejandro VI, por su intervención exitosa en contra de las fuerzas francesas, que invadieron Italia.

A la muerte de Isabel, hereda el trono su hija Juana, apodada “la loca”, madre del futuro emperador Carlos V, imperio en el que “nunca se pone el sol”.

Los Reyes Católicos, encomiendan a Juan Rodríguez de Fonseca, para estudiar y dar solución a los problemas de la colonización de las Indias. Muerto Fernando, el Consejo es reemplazado por la “Junta de Indias”, y en 1524, Carlos V lo transforma en el Consejo de Indias, el que pierde vigencia en 1834.

Concluimos en afirmar, con el historiador Jaime Vincens Vives, que, a mediados del cuatrocientos, el hombre de Occidente sale de sus marcos geográficos tradicionales y se lanza a la conquista del mundo; se inicia para este continente la etapa atlántica, la etapa de irradiación universal

### **3. El Consejo de Indias. Formación del Derecho Indiano**

El Dr. Alberto G. Spota, en su Tratado de Derecho de Aguas, expresa que es necesario rescatar en forma previa a referir los principios del derecho indiano en materia de aguas, las disposiciones o instituciones existentes de los pueblos originarios.

Los Incas, que habitaban el Perú, mantenían un sistema de comunismo agrario, el que siguió vigente gracias al reconocimiento tácito, que de él hiciera la legislación indiana. El derecho incásico tuvo una fuerte influencia en el Tucumán, advirtiéndose que sus normas tuvieron un efecto y aplicación local y no territorial.

El *ayllu*, es una unidad agrícola dada a una colectividad o grupos familiares, para su producción. El Inca, es el dueño de las tierras y aguas, y luego de la conquista de nuevos territorios, disponía el empadronamiento y distribución de

la misma, la construcción de canales y acequias que posibilitarían la entrega de caudales suficientes para la producción de esas unidades o ayllu, que detentaban la tierra y la disponibilidad del recurso agua como un usufructo temporario, pues periódicamente tales reparticiones, eran nuevamente, realizadas por el Inca.

Los aztecas, mantenían una política similar a través del *calpulli*, que es la entrega de tierras a grupos familiares para su explotación.

El comunismo agrario de estas civilizaciones, imponía el uso común de las aguas, las que eran distribuidas entre todos, siguiendo un método riguroso, nos dice Ricardo Levene.

El dominio de la tierra y las aguas, que detentaban incas y aztecas, pasó a la Corona Española, es decir que los recursos naturales en su casi totalidad, correspondían en propiedad y dominio al soberano, que constituían *los realengos*, que no son otra cosa que bienes de la real corona.

Se justificó este dominio y señorío en una disposición de Felipe II, cuya síntesis es; por haber sucedido enteramente en el Señorío de las Indias y pertenecer a nuestro patrimonio y Corona Real, baldíos, suelos y tierras, que no hubieran sido concedidos por mis predecesores o en nuestro nombre, corresponde devolverlas a la Real Corona.

La Ley 1ª, título 1ª de la Recopilación de Indias, expresaba, que, por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos títulos, somos Señor de las Indias Occidentales, tierra firme, del mar océano descubierto y por descubrir, y están incorporadas a nuestra Real Corona de Castilla.

Entonces, las aguas, cualquiera fuere su situación de uso, volumen o caudal, pertenecían a la Real Corona, salvo las expresas concesiones que de ellas hiciere el rey o sus autorizados. En efecto, el rey, los virreyes y alguna otra autoridad de la corona, se encontraban facultados para entregar tierras, bosques, pastos y agua a particulares que conformaban las acciones de colonización del nuevo continente y esta entrega se formalizaba a título de propiedad para el beneficiario. Surgen las mercedes, que no son sino concesiones de un territorio más o menos extenso, con todos sus recursos naturales y a título de propiedad.

Arribamos a una primera conclusión, en la cultura incásica y azteca, las aguas constituían bienes comunes del *calpulli* o del *ayllu*, y en la legislación de indias, las aguas correspondían al rey y eran declaradas de uso común.

Estos sistemas de reparto, tenían sus controles y penalidades, en caso de abusos o falta efectiva del uso productivo del agua. En el derecho indiano, tales autoridades eran los jueces de agua. Los virreyes y la audiencia, tenían competencia para regular el uso del agua. Dictando normas que aseguren el interés público en el uso del recurso, reconociéndoseles competencia para solucionar los conflictos entre españoles e indios y entre regantes entre sí.

#### **4. El dominio de las aguas durante la conquista**

En relación a la tierra, los pastos, los bosques y el agua, por aplicación de leyes contenidas en la Recopilación de Indias, se estableció el dominio de las mismas a favor de la Corona, y el derecho común de los habitantes, en relación a su aprovechamiento. En síntesis, el dominio de estos recursos pertenecía al rey.

En los primeros tiempos de la conquista y colonización de América, la actividad agrícola era escasa y consecuentemente, las normas referidas al recurso agua, fueron dispersas y reducidas.

Durante la dominación española, los recursos tierra, suelo, agua y bosques pertenecían, como dijimos, al rey. El agua declarada de uso común, posibilitaba su aprovechamiento, si se mantenía un uso productivo del recurso.

Pero advertimos que el rey y los funcionarios autorizados por éste, podían dar en propiedad con un carácter más cercano al “dominio privado”, tierras, suelo, agua y bosques a aquellas personas que prestaban un gran servicio a la Corona, o formaban parte del grupo poblacional de colonización de pueblos, con lo cual, el dominio muy limitado por cierto del recurso agua, reconocía el carácter de bien propio.

#### **5. El dominio de las aguas en el derecho intermedio**

Este período, abarca desde 1810 en donde se dan los primeros esbozos de independencia en el Virreinato del Río de la Plata, hasta mayo de 1871, fecha en la cual entra en vigencia el Código Civil de Vélez Sarsfield.

El Dr. Guillermo Cano, en su obra “Bosquejo del Derecho Mendocino Intermedio de Aguas”, expresaba con acierto que la evolución jurídica siguió las huellas de la económica política, pues la colonización surge primero con la conformación de los núcleos urbanos, del que irradia luego la conquista del campo, es por esta razón que las primeras normas legales relacionadas al agua, sean dadas para reglar su empleo casi exclusivamente en las ciudades.

El derecho indiano, le otorga a la legislación del agua, un marcado regionalismo y ratifica el dominio regalista del recurso agua.

Así las primeras normas que regulan otros usos del recurso (al margen del abastecimiento poblacional), tienen un marcado regionalismo, que se ajusta a las necesidades propias de cada región o zona.

En el período bajo análisis, coexisten dos sistemas opuestos entre sí dedicados al gobierno o administración del agua. El primero de ellos, es la centralización en una sola autoridad dentro de cada región o mejor dicho provincia, y el segundo sistema, es la descentralización de la competencia en el gobierno o administración de aguas, la que le es conferida a las municipalidades.

Para la escuela mendocina, el sistema más eficaz, es una autoridad centralizada, que posibilita la ejecución de grandes obras de regadío y la enunciación de una política hídrica uniforme. Recordemos que la Constitución de Mendoza de 1855, adoptaba el sistema descentralizado, dándoles competencia en



el gobierno y administración del agua a las municipalidades. Tal situación en la práctica no se dio, pues la organización del gobierno municipal surge a fines de 1872, por lo que la autoridad del agua la ejercía el Juzgado General del Agua, es decir en la praxis el gobierno y administración del agua en Mendoza la ejercía una autoridad centralizada y especializada.

La característica puntual de este período intermedio, reposa en el carácter regalista de las aguas, heredado del derecho indiano y de los usos y disposiciones legales del derecho incásico.

La provincia de Jujuy el 15 de septiembre de 1846, dicta un decreto por el cual se reconoce el carácter del dominio público de las aguas y las normas que regulan su aprovechamiento quedan sujetas a la tutela y reglamentación administrativa. Otra norma regula la creación de los consorcios de usuarios de un mismo sistema hídrico que se crean en forma obligatoria, y designan la autoridad de aplicación, creando la figura del juez comisionado del agua.

El gobierno de la provincia de Tucumán, dicta en julio de 1857 la Ley N° 91, que regula el uso de las aguas conducidas por la acequia de La Patria, que circunda la ciudad de Tucumán, de propiedad de la provincia. Crea una comisión que tiene a su cargo la administración y regulación de las obras de toma, que los particulares podían realizar para el aprovechamiento de las aguas. Esta comisión funcionaba como Tribunal de Aguas, y era competente para entender en todas las cuestiones que se susciten en relación al uso del recurso, la propiedad de la toma y reclamaciones entre los propios usuarios. Imponía penas y multas contra las personas que abusen en el uso del recurso, o usaran caudales sin la debida autorización o turno. La comisión fijaba el valor de canon por el uso del recurso y estaba autorizada a concederla sin costo a personas de escasos recursos. Se dictó en esta provincia, los Decretos de enero de 1862 y marzo de 1867, que regulaban la distribución de agua para uso agrícola en la zona sur de la ciudad, en la que se desarrolla la actividad azucarera.

La provincia de Salta otorgó a los Cabildos, la competencia en el manejo y regulación del agua. Disposiciones de este, sobresalieron respecto de los efectos dañosos de las aguas, al regular la apertura de tomas en los ríos y arroyos que circundan la ciudad, ello a fin de evitar inundaciones a zonas pobladas. En igual sentido, prohibió la invernada de burros (destinados a la actividad minera del Alto Perú), en todo el Valle de Lerma, a fin de proteger los cultivos desarrollados en el valle, y evitar la destrucción de canales y acequias. Por Ley dictada en febrero de 1825, se abolió el Cabildo, cuya vigencia se remonta a la fundación de la ciudad (1582), tomando el Poder Ejecutivo, el gobierno y administración del agua en la provincia reconociendo las prerrogativas y facultades de orden municipal.

Siguiendo el carácter municipal del manejo de las aguas que ingresaran a su territorio, la Municipalidad del Departamento de Campo Santo (hoy Gral. Güemes) dicta la Ordenanza que condensa el "Reglamento de Irrigación del

Dpto. de Campo Santo”, el que es luego ratificado por ley de la provincia (1867). Aplicado este instrumento legal a las aguas del río de Siancas, cuyas aguas son usadas en los Partidos de la Viña, Campo Santo, San José y Cobos Su referencia surge al resultar esta ordenanza una de las fuentes más importante del Código de Aguas de Salta sancionado por Ley 775 en 1946, el cual a su vez es adoptado textualmente por siete Provincias.

## **6. El Derecho Civil. Sus disposiciones en materia de aguas**

La Constitución Argentina, reconoce los poderes delegados a la Nación, por las Provincias y consecuentemente refiere las facultades delegadas al Gobierno Nacional. Los poderes no delegados por las provincias, son facultades propias de éstas.

La Constitución de la Nación, no regula ni refiere los bienes del Estado, quedando dichas disposiciones en la órbita del Código Civil. Este ordenamiento legal, enumera en su Art. 2340 los bienes públicos y en el Art. 2339, reconoce el dominio de los mismos a las provincias, cuando estos se encuentran dentro de sus territorios.

Las fuentes del Derecho Civil en América, casi resultan comunes. El liberalismo del Siglo XIX, se nutre en los principios de la Revolución Francesa de 1789 que influyen en el Código de Napoleón de 1804, cuerpo legal, que a su vez es fuente de los códigos adoptados por distintos Estados americanos, emancipados de la Corona española.

Todo código no puede nacer adecuadamente sin una voluntad política que acabe con todo aquello que se oponga a la generación de un código, ya que este es un símbolo de un cambio radical, con el mundo jurídico antiguo, dando así comienzo a uno nuevo. El renegar a sus raíces, es característica de todo nuevo código. El código napoleónico es el triunfo político de la revolución francesa.

Esta nueva estructura jurídica, se incorpora en el Código Civil de Vélez Sarsfield. En el Libro Tercero, regula sobre Derechos reales, y en el Título I, Capítulo Único, legisla sobre las cosas consideradas con relación a las personas.

En el Art. 2339, reconoce que las cosas son bienes públicos de la Nación o de los Estados Particulares, o son bienes privados del Estado Nacional o de los Estados particulares. Refiere los bienes municipales, como aquellos en que el Estado pone bajo el dominio de las Municipalidades (Art. 2344) y por último alude a los templos y las cosas sagradas y religiosas, que corresponden en dominio y propiedad a las respectivas iglesias y parroquias (Art. 2345).

Las cosas que no son bienes del Estado Nacional, Provincial, Municipal o de las iglesias, son bienes particulares, sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas.

A su turno, el código en su Libro Tercero, Capítulo Quinto “Del dominio de las cosas y de los medios de adquirirla”, nos da el concepto de “dominio”

diciendo que es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona (Art. 2506).

El codificador, en la nota de este artículo, alude a la definición de dominio o propiedad que contiene el Libro 1º, Tit. 28, Partida 3ª, y el código Francés, de las cuales se aparta, ya que en las Partidas, se limita las facultades del propietario “según Dios y según fuero” y en otra cita de las Partidas, el concepto de propiedad también se limita a “no hacer daño o provocar perjuicio a otro”. La crítica respecto a la definición del Código Francés, es que, en lugar de conceptualizar la propiedad hace una enumeración de los principales atributos de esta; “la propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta”.

Los Romanos, refiere el codificador, hacían una definición empírica de la propiedad “*juis utendi et abutendi*”, definición que no tiene relación sino con los efectos y no con las causas, ni con los orígenes, porque ellos justamente buscaban ocultar los orígenes de sus propiedades, ello lleva al codificador a adoptar el concepto de dominio que sostienen los jurisconsultos Aubry y Rau, al comentar el código francés, que en definitiva el concepto enunciado en el citado Art. 2506.

En relación puntual al recurso agua, la misma se encuentra sometida al dominio público de los Estados (los mares adyacentes al territorio de la República; los mares interiores; los ríos y sus cauces, y todas las aguas que corren por cauces naturales; y los lagos navegables).

En el dominio privado o de los particulares, se encuentran el uso y goce de lagos que no son navegables. Las aguas que broten en un terreno privado. Las aguas subterráneas. Las aguas pluviales que caen en terrenos del particular y las que ingresa a este.

**a. El nuevo ordenamiento dispuesto por Ley 17.711:**

Las reformas introducidas al código, modificaron lo referente al dominio de las aguas. En efecto por Ley 17.711 quedan comprendidos entre los bienes públicos, los mares territoriales. Los mares interiores. Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra que tenga o adquiriera la aptitud de usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas y los lagos navegables.

Las aguas privadas son, las que nacen y mueren en un mismo fundo (Art. 2350), las aguas pluviales caídas en lugares privados (Art. 2335) y las aguas que brotan en terrenos privados (Art. 2637), pero cuando constituyen curso de aguas por cauces naturales pertenecen al dominio público. Las aguas que no se desplazan en el terreno, que forman los bañados y esteros, son aguas privadas en caso de encontrarse en terrenos de particulares. Tras esta reforma del código, la clasificación de las aguas se corresponde: al dominio público, privado y “*res nullius*”.

Los avances en la legislación ambiental:

La Constitución Nacional de 1994 en su Art. 41 reconoce el derecho al ambiente sano y equilibrado y jerarquizó las aguas regulándolas como agua-recurso natural, agua-ambiente, agua-patrimonio natural, agua-desarrollo sustentable dejando atrás el mero concepto agua o recurso hídrico.

Se otorga al Congreso Nacional la facultad de dictar leyes de presupuestos mínimos, que regulan puntualmente distintos aspectos referidos a las aguas. La Ley General del Ambiente (Nº 25.675), incorpora los principios, objetivos de política e instrumentos de gestión aplicados de forma unánime en el territorio argentino. Todo ello influyó en la necesidad de modificar con este sentido u orientación, el código civil

**b. Código Civil y Comercial Unificado, promulgado por Ley Nº 26.994**

En el nuevo CCC, estas leyes ambientales son reconocidas junto a los tratados internacionales sobre derechos humanos y deben integrarlo; y en el ejercicio de los derechos individuales acota al no abuso del derecho individual, ni la afectación del ambiente ni de los derechos de incidencia colectiva en general. Todo lo cual implica un cambio sustancial que incide en la gestión de las aguas.

En términos generales en este código se mantiene el dominio hídrico público ya existente y se amplía algunos bienes que integran dicho dominio, por ejemplo, refiere los glaciares, el ambiente periglacial, los estuarios y las playas.

Adopta la técnica legislativa de las normas ambientales, al incorporar en su normativa definiciones precisas respecto del concepto alcance de “mar territorial”, “playas marítimas”, “río”, debiéndonos remitir a las definiciones o conceptos que disponen en su glosario las leyes de Presupuestos Mínimos Ambientales o los tratados internacionales.

Amplía la tipificación clásica de aguas públicas y aguas privadas, incorporando una nueva condición que podría designárselas como “aguas públicas privadas” Art. 236 inc. c).

En el Libro 1º, Título 3º, Sección 2ª, regula los bienes en relación a las personas. Así en su Art. 235, dispone los bienes del dominio público y en relación al agua, refiere: El mar territorial, hasta la distancia que determinen los tratados internacionales. Las aguas interiores. Los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y toda agua que tenga o adquiriera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas. Las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina.

En relación al dominio privado del Estado, se encuentran los lagos no navegables que carecen de dueño (Art. 236).

Las aguas de los particulares, se reducen a aquellas que surgen en los terrenos de éstos, siempre que no formen cauce natural (Art. 239).

Los especialistas en Derecho de Aguas en general, formulan una severa crítica al nuevo CCC, diciendo que el mismo no valora adecuadamente un recurso estratégico como es el agua. En efecto, se sigue reconociendo una categoría,

aunque sea residual, de aguas privadas a las que denomina “agua de los particulares” (Art. 239), cuando en realidad toda el agua cualquiera fuere su estado, corresponde incorporarla al dominio público del Estado, que era la prédica en 1937 del Dr. Guillermo Cano.

## **7. La legislación Boliviana**

La legislación en la República de Bolivia, adoptó las tradiciones romanistas, que luego recoge el Código Civil, por ello surge un fuerte vínculo del recurso agua al derecho patrimonial, ya que la considera como parte integrante de los bienes inmuebles, es decir se trata de un accesorio de este.

En Bolivia, no se desarrolló una legislación específica del agua, no se puede hablar de un “derecho de aguas” propiamente dicho, sino que este bien es objeto de numerosas normas legales que en forma puntual o tangencial, se refieren al agua, en cuanto uso, daños provocados por esta, etc.

La legislación civil regula el recurso agua, aplicando las normas del derecho común de propiedad, con lo cual se concluye que la propiedad del agua, se la atribuye al dueño de la tierra, pues la considera un bien accesorio al suelo. Las aguas pluviales, le corresponden al propietario del suelo al igual que las aguas subterráneas, extendiendo este derecho en forma absoluta.

Lo que califica al agua como cosa del dominio público o privado, es el carácter que reviste el propietario del fundo.

Bolivia adoptó en 1879, la Ley de aguas de España de 1866. Reglamenta la propiedad y uso del agua disponiendo el derecho absoluto de propiedad sobre las aguas a favor del dueño de la tierra, englobando también en este dominio las aguas subterráneas.

### **a. La reforma agraria de 1953**

El decreto Ley N° 3464 de agosto de 1953, instrumenta la reforma agraria boliviana, que en el año 1956 es trasformada en ley.

Los latifundios existentes en el país, son objeto de esta ley de reforma agraria, en virtud de la cual se reparte la tierra entre los ex colonos de las haciendas y se restituye sus tierras a las comunidades indígenas, sin regular la partición de aguas entre las nuevas fracciones surgidas por aplicación del régimen aludido.

Esta ley de reforma agraria, reconoce el dominio originario de la Nación sobre las aguas, que fuera proclamado por la Constitución de 1938, y al respecto dispone: El derecho de las poblaciones al uso de fuentes de agua para fines domésticos. Uso igualitario y proporcional del agua de riego y abrevadero de ganado, por las propiedades agrícolas y ganaderas. Consolidación de los turnos en el reparto del agua (mitas) pre-existentes. Aprovechamiento agrícola de las aguas que ingresan al predio y el aprovechamiento gratuito de las aguas sobrantes.

**b. Anteproyecto de Ley General de Aguas (INELA)**

El Instituto Nacional de Economía y Legislación de Aguas (de Argentina), con el apoyo financiero de las Naciones Unidas, realiza el Anteproyecto de Ley General de Aguas, presentado ante Autoridades de Bolivia en 1972.

Recoge el anteproyecto, algunas normas contenidas en la Ley de 1906, y lo relevante del mismo es la declaración del dominio originario y público del estado, de todas las aguas sin excepción alguna.

La ley declara que el uso del agua, aún por el propio estado, debe ser formalizado a través de permiso, concesión o autorización dada exclusivamente por la autoridad de aplicación de la ley de aguas.

Los principios generales que sostiene este anteproyecto, se sintetizan en las siguientes pautas: El agua es un recurso natural de carácter público. No es susceptible de dominio privado. El estado otorga los títulos que habilitan el uso del agua. Su uso debe ser racional y adecuado a las políticas integrales del estado. Pertenecen al dominio público, el lecho o cauce de ríos, arroyos o corriente de agua superficial. Los estudios y proyectos de obras hidráulicas, son competencia de la autoridad de aplicación. Se regulan las servidumbres y restricciones administrativas, al dominio. Se crea el Registro Nacional de Concesiones de Agua. Regula las aguas atmosféricas y vapores endógenos.

Este anteproyecto, no fue convertido en ley, aunque transfirió a la legislación posterior, alguno de sus postulados.

**c. La Constitución Nacional (promulgada el 07/02/09)**

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en vigencia, contiene cinco partes y consta de 411 artículos. Una disposición abrogatoria y una disposición final.

La Cuarta Parte regula la “Estructura y Organización Económica del Estado”. E en su Título II, refiere El Medio Ambiente, Recursos Naturales, Tierra y Territorio. El Capítulo Quinto, trata sobre los recursos hídricos.

El Art. 373 declara que el agua constituye un derecho fundamental para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promueve y asegura el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, diversidad y sustentabilidad

Los recursos hídricos en todos sus estados, superficiales, subterráneos, constituyen recursos finitos, vulnerables, estratégicos y cumplen una función social, cultural y ambiental. Estos recursos no serán objeto de apropiaciones privadas y en tanto ellos como sus servicios no serán concesionados y estarán sujetos a un régimen de licencias y registros y autorizaciones conforme ley.

El nuevo Código Civil Boliviano, refiere en relación al agua; que los lagos, manantiales y corrientes de aguas son inmuebles y el dominio de estas se regula por la Constitución de la Nación.

## 8. La Legislación Paraguaya

Por una ley dictada en el año 1875, se dispone la creación de una comisión integrada por cinco juriconsultos que tenía como objetivo, el dictado del Código Civil.

En agosto de 1876, se decide por ley adoptar el código civil, penal y procesal argentino, disponiéndose que el código civil entrara en vigencia a partir del 1 de mayo de 1877.

Tal extremo, nos evita repetir la legislación civil paraguaya, que no es otra que la ya referida en relación al código de Vélez Sarsfield.

En 1902 y en 1929, se tentó la modificación del código de Vélez. En 1959, se crea una Comisión Nacional de Codificación (revisión de los códigos civil y comercial), surgiendo el anteproyecto de código civil, preparado por el Prof. Luis De Gasperi, que tomó como fuente para esta modificación, el anteproyecto de Bibiloni, el anteproyecto de 1936 y el código Civil italiano de 1942. La Comisión presenta el anteproyecto en septiembre de 1964.

Este anteproyecto fue revisado por los miembros de la Comisión Nacional de Codificación, la que definitivamente aprueba el código en diciembre de 1985, entrando en vigencia dicho cuerpo legal, en enero de 1987.

En su Art. 1898 menciona los bienes públicos del Estado, sosteniendo en su inc. b) los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales y estos mismos cauces. El inc. d) menciona como bienes del dominio público, los lagos navegables y sus álveos.

El Art. 1902 sostiene que los lagos y lagunas no navegables, pertenecen a los propietarios ribereños.

Art. 1908, refiere que las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen en propiedad uso y goce al dueño de la heredad.

### a. Ley N° 3239/07; “De los Recursos Hídricos de Paraguay”

Esta ley regula la gestión sustentable e integral de todas las aguas y de los territorios que la producen, cualquiera sea su ubicación, estado físico o su ocurrencia natural dentro de la República, con el fin de hacerla social, económica y ambientalmente sustentable para las personas que habiten el territorio de la República de Paraguay.

Fija los principios que sostienen que toda relación jurídica administrativa y la planificación en la gestión y las actividades conexas a ella, serán interpretadas e integradas en función de la Política Nacional de los Recursos Hídricos y la Política Ambiental Nacional.

La gestión integral y sustentable de los recursos hídricos, tienen como principios fundamentales: Las aguas superficiales y subterráneas son del dominio público del estado. El acceso al agua es un derecho humano. Los recursos hídricos poseen usos y funciones múltiples. La cuenca hidrográfica, es la unidad básica de gestión. Los recursos hídricos constituyen un bien finito y vulnerable.

Posee un glosario que específicamente da el concepto técnico o interpretación de cada vocablo usado en la ley y referido al recurso agua.

Sostiene los usos especiales y su prelación: Consumo humano. Satisfacción de las necesidades de los ecosistemas acuáticos. Uso social y ambiental. Uso para generación de energía eléctrica. Uso industrial. Uso para otro tipo de actividades.

El uso del agua se la otorga, a través del permiso y la concesión.

## **9. La Legislación Uruguaya**

La legislación uruguaya, no escapa a las fuentes del derecho romano y los antecedentes de codificación europea, sobre todo el derecho civil francés.

El Libro II contiene las disposiciones referentes a los bienes y del dominio o propiedad de estos. El Capítulo II, regula los bienes en relación a las personas y su Art. 476, refiere que los bienes se corresponden en propiedad al Estado o a los particulares.

Los bienes de propiedad nacional cuyo uso no pertenecen generalmente a los habitantes se llaman bienes privados del Estado, o bienes fiscales (Art. 477).

Son bienes nacionales de uso público; las ensenadas y costas del territorio oriental, en la extensión que determinen las leyes especiales. Los ríos y arroyos navegables o flotables en todo o parte de su curso. El agua corriente de ríos no navegables, en cuanto al uso para cubrir las primeras necesidades de la vida, si hubiere camino público que las haga accesibles. Lagos, lagunas, charcas, embalses que ocupen terrenos fiscales.

Considera privadas, las aguas pluviales caídas en el predio de los particulares. Las aguas que nacen en terrenos privados. Ríos o arroyos no navegables, corresponden a los ribereños o colindantes de lagos, lagunas, charcas que no pertenecen al Estado o algún particular.

Las aguas subterráneas existentes que se alumbran en terrenos públicos son de propiedad del Estado, salvo derechos adquiridos sobre estas, al amparo del Código Rural.

El propietario del predio lo será también de las aguas subterráneas.

Las perforaciones tendientes a la búsqueda de agua subterránea, para su alumbramiento, la instalación de las máquinas y equipos para extraerlas y elevarlas, como la construcción de obras necesarias, está sujeto a la Reglamentación que en tal sentido se dicte y a la autorización del Ministerio competente.

Los pozos someros o aquellos destinados a alumbrar aguas para uso doméstico, están libres de cumplir requisitos previos (autorización o permisos).

El Código de Aguas, sostiene el uso común: bebida e higiene humana. Bebida del ganado que conforma la economía doméstica. Navegación o flotación. Transporte gratuito de permisos o bienes. Pesca deportiva.

Los usos privativos de aguas del dominio público, así como la ocupación de sus álveos, podrán ser otorgados mediante permisos o concesiones de uso, de



acuerdo con lo dispuesto en este Título. El Poder Ejecutivo reglamentará en qué casos será procedente la concesión de uso, para lo cual tendrá en cuenta las características de las posibles utilizaciones y ocupaciones, atendiendo especialmente a las siguientes: 1º Magnitud y duración de los usos u ocupaciones; 2º Finalidad a que se destinan; 3º Conveniencia del régimen de concesión de uso para determinadas utilizaciones, desde el punto de vista de los intereses generales. Fuera de los casos previstos en dicha reglamentación, corresponderá el otorgamiento de un permiso. (Art. 165 Cód. de Aguas).

La reforma de la Constitución producida en el año 2004 y su Ley Reglamentaria N° 18.610, suprimieron el dominio privado del agua y declararon la transferencia de esta al dominio público.

El Art. 47 numeral 2º, dice; las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un ciclo unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Por vía reglamentaria, se dispone que las aguas superficiales y subterráneas conformen el dominio público hidráulico (Art. 4 Regl.)

El cambio del dominio de las aguas de ríos y arroyos no navegables que por accesión correspondían al dueño del suelo, hoy conforman el dominio público hidráulico.

## **10. La Legislación Chilena**

El Código Civil, fue proyectado por Andrés Bello, y promulgado en 1855, entrando en vigencia el 1 de enero de 1857. Tuvo influencia en la codificación civil latinoamericana y fue adoptado casi íntegramente por Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Honduras, Colombia y Panamá.

El Código Civil sostiene en su Art. 595 que todas las aguas son bienes nacionales de uso público y se completa esta norma con lo dispuesto en Art. 603 que expresa: no se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes u ordenanzas respectivas.

La normativa aplicable a los derechos de aprovechamiento de aguas en la República de Chile, están contemplados básicamente en la Constitución, el Código de Aguas y Decreto N° 203 del Ministerio de Obras Públicas que contempla los requisitos legales para la exploración y explotación de aguas subterráneas.

El agua es un bien nacional de uso público, en donde el estado otorga al particular un derecho de aprovechamiento del recurso, es decir solo le concede el uso del agua, que se constituye como un derecho de naturaleza real que permite al concesionario extraer y usar el caudal específico que agua que indica la resolución dictada por la Autoridad Competente que es la Dirección General de Aguas.

La característica más notable de los derechos de aprovechamiento de agua, es que dicho título corresponde en dominio al titular del aprovechamiento, el que debe inscribir en mismo en el Catastro Público de Aguas, pudiendo ser objeto de enajenación o gravámenes de la misma manera que los bienes raíces inscriptos.

La resolución que acuerda el Derecho de Aprovechamiento del Agua constituye para su titular un derecho real administrativo de dominio respecto del uso del recurso. No existe en la legislación Chilena, el principio de inherencia del agua a la tierra, como es en nuestro derecho positivo.

El Código de Aguas refiere dos calidades de aguas: marítimas y terrestres, pero las disposiciones del código solo se refieren a las terrestres y abarcan tanto las aguas superficiales como las subterráneas y clasifica los derechos de aprovechamiento del agua según sus características esenciales que determinan la forma de ejercicio del derecho que implican.

Así el derecho de aprovechamiento puede ser: consuntivo o no consuntivo; de ejercicio permanente o de ejercicio eventual; de ejercicio continuo: que posibilita el uso del agua en forma ininterrumpida durante las 24 horas del día los 365 días del año. O de ejercicio discontinuo: que posibilitan el uso durante determinados períodos. Por último se prevé el derecho de aprovechamiento alternado, en donde el uso del agua se distribuye entre dos o más usuarios que se turnan sucesivamente.

La autoridad concedente es la Dirección General de Aguas, la que cumpliendo el procedimiento administrativo impuesto en el propio código, dicta resolución fundada, otorgando el Derecho de Aprovechamiento de Aguas (que en nuestro sistema legal, es la concesión).

Esta Resolución, produce efectos a partir del registro de la misma en la Contraloría General de la República, que dictamina si el instrumento que posibilita el uso del recurso agua (resolución), se ajusta a derecho. En esta instancia el Derecho de Aprovechamiento del Agua, debe ser elevado a escritura pública, para posteriormente inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces, adquiriendo entonces su titular la posesión del Derecho de Aprovechamiento de Aguas. Este, puede ser objeto de transferencia y adquisición por prescripción adquisitiva de acuerdo a las disposiciones generales del Código Civil.

La Dirección General de Aguas, debe llevar un registro, que el código de aguas (Art. 122) designa Catastro Público de Aguas. En el que consta toda información que tenga relación con ellas, y se inscribe el Derecho de Aprovechamiento, en el Registro Público de Aguas del Conservador de Bienes Raíces. Los derechos no inscriptos en este registro, imposibilitan a su titular a realizar ningún acto ante la Dirección de Aguas ni la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

El Aprovechamiento de Aguas, conlleva por ministerio de la ley, la facultad de imponer todas las servidumbres necesarias para su ejercicio, sin perjuicio de

las indemnizaciones correspondientes. Esta facultad implica el uso de terrenos necesarios para la conducción de caudales, como la evacuación de los excedentes.

Una modificación introducida al Código de Aguas en el año 2005 (Ley N° 20.017), impone a la Dirección General de Aguas velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medioambiente, debiéndose para ello establecer un caudal ecológico mínimo, el cual solo afectará a los nuevos derechos que se constituyan, para lo cual debe considerarse las condiciones naturales de cada fuente superficial.

El no uso productivo del caudal acordado, la falta de obras necesarias para la conducción y desagües no ejecutadas por el concesionario, dan lugar a la imposición de multa.

Si se observa la evolución jurídica-histórica de la definición y utilización de las propiedades de agua, transferencias de agua y posesión colectiva de ésta, se advierten diferentes modelos políticos del Estado chileno, que se proyectan a partir de la mitad del Siglo XX, y se materializan en su legislación de aguas (1951, 1969, 1981).

Al dividir la administración del agua en fases, según la codificación adoptada en las fechas ya indicadas, se tiene una administración descentralizada (1951), a una fuerte centralización (1969), para desembocar en una privatización del recurso con el código de aguas de 1981, que llevo a cabo un cambio profundo de los derechos de propiedad y del mercado del agua, en lo que a relación estatal se refiere y se condensan en varias premisas: La regulación de los derechos de agua deberían mantenerse compatibles con una política de libre mercado. La libertad en la transacción del recurso debería generar espacio a grandes inversiones en tecnologías de riego. Impuestos anuales para Derecho de Aprovechamiento de Aguas no utilizados, deberían fortalecer la venta del recurso. La eficiencia en general debería mejorar y el sector agrario debe modernizarse.

Constitución Política de Chile, en su Art. 25, párrafo 19 declara: los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgaran a sus titulares la propiedad sobre ellos. Es el único texto constitucional americano, que refiere esta garantía.

## **11. La Legislación Peruana**

En 1845, en Perú surge la necesidad de dictar un nuevo ordenamiento civil, pues la legislación aplicada resultaba confusa y en ocasiones contradictorias. El Presidente Ramón Castilla, dicta una ley por la cual se conforma una comisión redactora integrada por siete destacados juristas, que presentan el proyecto a mediados del año 1947, tratándolo el Congreso ese mismo año.

En el proyecto aludido, puede advertirse tiene una gran influencia el derecho romano- castellano y canónico, apartándose de la legislación francesa, que inspiró o fue una fuente de importancia en el dictado de los códigos en América Hispana.

Este proyecto, luego de varias revisiones fue sancionado como ley en 1852. Este código rigió hasta su reforma en 1936 y luego fue modificado por el Código de 1984.

El Código Civil, al referirse a la propiedad inmueble y su extensión para el propietario particular, expresa que la misma se extiende al subsuelo y hacia el espacio, en la medida del interés y aprovechamiento del propietario, excluyéndose los recursos naturales, los cuales corresponden al dominio del Estado.

La República de Perú, promulgo en el mes de marzo de 2009, una Ley de Recursos Hídricos, que regula el uso y gestión integrada del agua, comprendiendo el agua superficial, subterránea, continental y los bienes asociados a esta. Se extiende también, al agua marítima y atmosférica.

Esta norma legal consta de un título preliminar, en el cual se destaca que la finalidad principal, es la regulación del uso y gestión integrada de los recursos hídricos, la actuación del estado y la de los particulares en dicha gestión, como los bienes asociados a esta.

Fija los principios que rigen el uso y gestión integrada del recurso, destacándose que ésta tiene un valor socio cultural, económico ambiental, por lo que debe buscarse el equilibrio entre estos fines.

Declara el principio de prioridad en el acceso al agua, expresando que el mismo es la satisfacción de las necesidades primarias de la persona humana, declarándolo un derecho fundamental, sobre cualquier uso, aun en caso de escasez.

Sostiene el respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y nativas.

Establece la participación de la población y cultura del agua, a través de mecanismos instrumentados por el Estado, que posibilita la participación de los usuarios y de la población organizada en la toma de decisiones.

Crea una autoridad descentralizada de la gestión pública del agua y de autoridad única, dándole a la autoridad de aplicación las herramientas necesarias para llevar adelante la política hídrica nacional, a través de la "Autoridad Nacional del Agua (ANA).

Establece que la gestión del recurso será integrada y participativa por cuenca hidrográfica. Y declara en su artículo 2º (Dominio y uso público sobre el agua), que el agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua.

## **12. La legislación Venezolana**

La República Venezolana pone en vigencia su Código Civil en 1865, donde establece tres categorías de aguas: a) Las aguas de ríos y lagos navegables las

declaraban como aguas públicas, b) las aguas de lagos y ríos no navegables o cursos de menor caudal de agua, las declaraba como aguas públicas de libre aprovechamiento y c) las aguas privadas, que incluye a las aguas subterráneas, las pluviales, arroyos y cursos de aguas menores.

La reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en su Art. 304, establece que todas las aguas corresponden al dominio público, insustituible para la vida y el desarrollo sustentable del país.

A fines de diciembre de 2006, se dicta la ley de aguas que es publicada el día 2 de enero de 2007, entrando en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial.

Esta ley consta de ocho títulos, que regulan el plan de gestión integral de las aguas.

El agua en la legislación venezolana, es un bien del dominio público no privatizable, que incluye en su gestión a toda la población, es decir impone una gestión comunitaria que garantiza el acceso universal a los servicios.

El Poder Ejecutivo, tiene a su cargo el dictado de la reglamentación de esta ley de aguas, obligación que se encuentra pendiente a la fecha, por ello se puede sintetizar que el nuevo sistema de dominio de las aguas en general es caótico, pues de alguna forma rige el viejo sistema legal de uso del recurso.

Queda pendiente de ejecución, completar y aprobar el Reglamento de la Ley de Aguas. Realizar los planes de gestión integral de las aguas, en el ámbito de las regiones hidrográficas. Elaborar el balance actual y prospectivo de disponibilidades y demandas de abastecimiento, riego y uso industrial en Hm<sup>3</sup>/año, por regiones hidrográficas. Elaborar proyectos que permitan la solución de aspectos como: Recuperación de cuencas degradadas. Gestión del agua en zonas de especial interés ambiental. Conservación y gestión de cuencas vírgenes. Gestión del agua en zonas indígenas. Protección de márgenes y riberas.

### **13. La legislación Colombiana**

El asentamiento de grupos originarios de Colombia, se desarrolló en las cercanías de lagos, ríos o fuentes de agua, que permitía su uso sin conflictos ni tensiones. No existió en estas culturas, un concepto de apropiación particular o personal del recurso agua. Su uso y aprovechamiento era comunitario.

Con la llegada del conquistador español, las tierras y sus recursos naturales correspondían en dominio al rey, constituyéndose los "realengos".

Los particulares, podían hacer uso de tierras, bosques y agua a través de diferentes títulos u ordenanzas, que en términos generales se designaban como "merced", que significa un acto de autoridad, un concepto jurídico procedimental, o dicho de otra manera, es el acto final de un procedimiento concesional; el título del cual surgían ex novo, derechos de uso y aprovechamiento sobre las aguas (y otros recursos) a favor de particulares.

Luego de declarar la independencia de la Corona (noviembre de 1811), se mantuvo la legislación indiana hasta la adopción del Código Civil Chileno en 1887.

Dicha norma expresaba que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios (Art. 667), y agregaba: exceptúense las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños.

El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes (Art. 668). En los primeros años del Siglo XX, se faculta a las Municipalidades la gestión del agua, fundamentalmente para uso agrícola e industrial.

Con la reforma de la constitución en 1991, se produce un cambio en la legislación ambiental, surgiendo como Autoridad en la materia el Ministerio de Ambiente, el cual fue modificado en su designación y funciones, siendo en la actualidad el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, imponiéndose en el Art. 80 la obligación del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

#### **14. La legislación Mexicana**

El Código Civil de los Estados Unidos de México, fue fiel a la postura que sostenía el derecho incásico, en el sentido que las aguas corrientes superficiales corresponden al Estado, al igual que los ríos, lagos y lagunas sin distinguir la posibilidad o no de navegación de estas vías hídricas.

Las aguas subterráneas y las aguas que surgen naturalmente en un predio corresponden en su uso y goce al superficiario, el Código Civil expresa en su Art. 933, que: “El dueño del predio en que exista una fuente natural, o que haya perforado un pozo brotante, hecho obras de captación de aguas subterráneas o construido aljibe o presas para captar las aguas fluviales, tiene derecho de disponer de esas aguas, pero si éstas pasan de una finca a otra, su aprovechamiento se considerará de utilidad pública y quedará sujeto a las disposiciones especiales que sobre el particular se dicten”.

El dominio del dueño de un predio sobre las aguas ya referidas, no perjudica los derechos que legítimamente hayan podido adquirir a su aprovechamiento los de los predios inferiores

A su turno, el Art. 934 nos dice que si alguno perforase pozo o hiciera obras de captación de aguas subterráneas en su propiedad, aunque por esto disminuya el agua del abierto en fundo ajeno, no está obligado a indemnizar; pero debe

tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 840 (no es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no de otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario).

El propietario de las aguas no podrá desviar su curso de modo que cause daño a un tercero. El uso y aprovechamiento de las aguas de dominio público se regirá por la ley especial respectiva.

Art. 937, sostiene la obligación de dar aguas sobrantes, al vecino que carece de ellas o el alumbramiento del agua le resulte de alto costo. Así, sostiene la norma legal citada: El propietario de un predio que sólo con muy costosos trabajos pueda proveerse del agua que necesite para utilizar convenientemente ese predio, tiene derecho de exigir de los dueños de los predios vecinos que tengan aguas sobrantes, que le proporcionen la necesaria, mediante el pago de una indemnización fijada por peritos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 27, expresa. “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

A su turno, el quinto párrafo del artículo citado precedentemente, nos dice: “Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; la de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional.

Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten las entidades federativas”

## 15. Conclusiones

El derecho positivo moderno se orienta a considerar el recurso agua, como un bien del dominio público del Estado y la necesidad que el mismo regule su uso, con una visión de protección ambiental y sustentable.

## 16. Referencias

- Vincens Vives, Jaime. 1994. *Historia Gral. Moderna*. Montaner y Simón. Barcelona.
- Spota, Alberto G. 1946. *Tratado de Derecho de Aguas*. Luis Rubino. Bs. As.
- Levene, Ricardo. 1924. *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*. Bs. As.
- Cornejo, Atilio. 1980. *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas de Salta*. Instituto .de San Felipe y Santiago de Estudios Históricos de Salta. Salta.
- Cano, Guillermo. 1943. *Bosquejo del Derecho Mendocino Intermedio de Aguas*. Bs. As.
- Pigretti, Eduardo A. 1987. *Derecho de los Recursos Naturales*. Bs. As.
- Berrenechea Zambrana, Ramiro. 2003. *Derecho Agrario*. La Paz-Bolivia.
- Moisset de Espanés, Luis. *El Nuevo Código Civil Paraguayo*. Academia Nac. de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. ([www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)).
- Gentes, Ingo. 2004. *Estudio de la Legislación Oficial Chilena y del Derecho Indígena a los Recursos Naturales*. Documento elaborado para la Universidad de Wageningen/Neerlandes, de Naciones Unidas.





# **“Avatares de la gestión de las aguas interprovinciales: el caso del Río Atuel”**

*Carlos Gonzalo Francisco Fuentes y María de las Nieves Cenicacelaya<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, calle 48 e/ 6 y 7, La Plata, Buenos Aires, Argentina.

Mails de contacto: gonzalofuentes7@yahoo.com.ar

[edurneca@yahoo.com.ar](mailto:edurneca@yahoo.com.ar)

---

## **RESUMEN**

La Constitución Argentina establece que las provincias son dueñas de sus recursos naturales pero también que cuando éstos son interprovinciales es necesario que su uso y aprovechamiento sea acordado entre las partes; y, finalmente cuando esos acuerdos fracasan, es la Corte Suprema la que debe resolver el conflicto. Los desacuerdos entre las provincias muy frecuentemente suceden por el uso y aprovechamiento de aguas inter-jurisdiccionales. En este trabajo abordaremos el prolongado conflicto entre dos estados federados de la Argentina: Mendoza y La Pampa; las que históricamente discuten acerca del uso y utilidad del Río Atuel. Más precisamente ahondaremos en el último pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde se establecieron novedosos criterios en materia de federalismo ambiental resolver el diferendo, dándose especial prevalencia a la participación de la ciudadanía.

**Palabras clave: Recursos Hídricos – Río Atuel – Federalismo – Ambiente – Participación**

---

## **ABSTRACT**

Argentine Constitution stipulates that provinces own their natural resources but it also determine that when these one are interprovincial it is necessary that their use and exploitation be agreed between the parties; and if it is impossible, Federal Supreme Court must resolve the dispute.

Frequently, use and exploitation of inter-jurisdictional waters causes discrepancies.

In this paper we will report about the historical dispute between two Argentinian federated states: Mendoza and La Pampa. They have been involved for years in a conflict on Atuel river's use and exploitation.

More specifically, we will go deeper into the last ruling of the Federal Supreme Court at which, novel criteria about environmental federalism were identified in order to resolve the differences; among then, citizen participation is emphasized.

**Keywords: Water resources – Atuel river – Federalism - Environment – Citizen participation**

---

## **1. Introducción**

Como ya hemos referido (Cenicacelaya y Fuentes, 2017) la Constitución argentina establece en su artículo 124, que las provincias ejercen el dominio originario de sus recursos naturales; entre los que se incluyen, claro está, los cursos de agua. Sin embargo, cuando éstos son compartidos con otras provincias, las entidades de la federación que se hallen involucradas, deberán arreglar su uso y aprovechamiento a través de tratados interprovinciales, celebrados conforme al artículo 125 de la norma suprema.

Como dato novedoso, luego de la última reforma constitucional se ha incorporado el artículo 41, que tutela el ambiente y en el que, entre otras previsiones, se ha establecido para las autoridades un deber especial de cuidado y protección del mismo.

En este trabajo nos ocuparemos especialmente de uno de los conflictos interprovinciales desatados por el uso de un recurso hídrico compartido, en el que está en juego la sostenibilidad ambiental de dos regiones argentinas, de una parte, Cuyo y de otra parte, la Región Pampeana. Conflicto que vale destacar, viene de larga data y que en los últimos tiempos ha recobrado actualidad debido a que se le ha solicitado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que alcance una solución aceptable para todas las partes de esta disputa. En tal sentido haremos una somera alusión al primer pronunciamiento de la CSJN del año 1987 (CSJN, La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos -Fallos 310:2478-) para luego hilvanar cuestiones de suma trascendencia del último pronunciamiento –preliminar- de parte de aquel tribunal, en el nuevo planteo judicial, que tuvo lugar el día 1 de diciembre de 2017 (CSJ 243/2014 (50-L) ICS1 La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/Uso de Aguas.)

## **2. Conflictos por ríos inter-jurisdiccionales**

En el diseño del sistema federal Argentino, las provincias ejercen un haz de competencias exclusivas, entre las que destacamos el dominio de los recursos naturales existentes en su territorio; y dentro de ellos, en lo que a este trabajo concierne, sus cursos de agua.

Así, el dominio de los ríos, sean ellos navegables o no navegables, e independientemente de que estén situados en la totalidad de su curso dentro de una provincia, o transcurran por más de una provincia o sirvan de límite entre provincias, es, en todos los casos, provincial; y son las provincias quienes pueden decidir exclusivamente sobre la utilización y el aprovechamiento de esos ríos dentro de su territorio.

Sin embargo, lo anterior puede acarrear conflictos de difícil resolución; por ejemplo, si una provincia situada aguas arriba hiciera un uso desmedido del recurso hídrico, pudiendo llegar a despojar, incluso, a la provincia aguas abajo de la posibilidad de uso alguno; o si el curso fuese contaminado.

La Constitución Nacional dispone de una herramienta que puede resultar de suma utilidad para que las entidades de la federación puedan acordar sobre el particular, del mismo modo que el Derecho Internacional lo hace para el caso de los ríos transfronterizos (Barberis, 1973), cuyas pautas pueden ser aplicadas analógicamente, como hace tres décadas dijo la propia Corte Suprema.

Nos referimos a los tratados interprovinciales que prevé el artículo 125 CN los que, deben ser puestos en conocimiento del Congreso Nacional y que pueden colaborar a realizar la denominada concertación federal (Cenicacelaya, 2014).

En este sentido, en nuestro país, se han celebrado varios acuerdos interprovinciales en pos de consensuar la distribución, el manejo coordinado y la protección de las aguas compartidas. Y no obstante que no todos ellos presentan idénticas características, lo que sí tienen en común es la adopción del concepto de “cuenca”, como área geográfica delimitada por la línea divisoria de aguas, que fluyen hacia un término común (Moyano, 2014). Ese es, además, el mecanismo recomendado desde la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación a través de los Principios Rectores de Política Hídrica (PRPH) a efectos de acordar la distribución, el manejo coordinado y la protección de las aguas compartidas, en la medida que constituyen ámbitos propicios para la búsqueda anticipada de soluciones a potenciales conflictos (Principios 22 y 23)

Ahora bien, en cuanto a las relaciones y conflictos que se tejen entre dos o más provincias y los mecanismos de articulación, debemos resaltar que la relación entre provincias es un vínculo entre pares, como entes públicos jurídicamente iguales, en jerarquía y consideración. Las relaciones que median entre ellas son de cooperación y de coordinación, nunca de subordinación.

Además de la igualdad, que implica que una provincia no puede prevalecer sobre otra, debe considerarse la autonomía en tanto implica que cada entidad estadual sea independiente en su ámbito de injerencia competencial y en la integridad de su territorio.

Entonces, de estas dos características esenciales se deriva una tercera y ella es que el diseño institucional requiere al menos de un mecanismo de superación de los eventuales conflictos interprovinciales que no afecte la igualdad ni la autonomía

### **3. Mecanismo constitucional para la resolución de conflictos interprovinciales**

Organizado y consolidado el Estado Nacional, como lo referimos en el acápite anterior, los conflictos entre provincias debieron subsumirse necesariamente en la lógica de la organización federal y en la dinámica de relaciones que se gestan entre los distintos niveles de gobierno y de jurisdicción. La “consolidación de la paz interior”, como objetivo de organización declamado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, requiere de herramientas o procedimientos capaces de lograrlo, entre ellos, la canalización de los conflictos interprovinciales.

El mecanismo de superación de conflictos interprovinciales que más se ajusta a la esencia de un sistema que identifique a las partes en conflicto como entes jurídicamente iguales, es el previsto en el artículo 127 CN.

Este mecanismo constitucional viene a significar una instancia superadora de la ineficacia de la coordinación mediante negociación directa entre las partes, que es, sin duda, el camino normal o primario de articular las relaciones. Ahora bien, fracasada la vía principal de coordinación, la negociación, los convenios o acuerdos mutuos, se justifica el acceso a la jurisdicción de la CSJN a través de esta competencia particular, llamada “competencia dirimente” que deriva de la igualdad jurídica entre las provincias y además, del contenido concreto del conflicto entre provincias.

En la competencia dirimente, la CSJN no actúa como un órgano jurisdiccional sino como un árbitro en una contienda entre dos partes que se someten a su criterio, más político que jurisdiccional (Quiroga Lavié *et al.*, 2001). En relación a esto, cabe consignar que hasta el momento sólo dos pleitos han sido dirimidos por el máximo tribunal federal: el conocido como caso “del Río Atuel” (el pronunciamiento de 1987 ya referido más arriba), con motivo de la controversia por varias décadas entre las provincias de La Pampa y Mendoza sobre el aprovechamiento de esa sub cuenca hídrica; y otro que intentaba precautoriamente evitar daños mientras se resolvía la cuestión principal en torno a la modificación del escurrimiento natural de las aguas interprovinciales de la Laguna La Picasa ubicada entre el sudoeste de Santa Fe y el noroeste de Buenos Aires (CSJN, Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo – derivación de aguas – 2000 – Fallos 323:1877).

Las normas y principios que aplicará la CSJN para resolver el conflicto no se encuentran limitadas ni siquiera al ordenamiento jurídico local, sino que el Tribunal podría apelar directamente y sin necesidad de interpretaciones intrincadas a normas del Derecho Internacional, a pautas y criterios sentados por otros órganos judiciales o recomendaciones emitidas por organismos internacionales con injerencia en la materia, área o ámbito en debate (la Corte Norteamericana lo denomina *common law* federal)

Pero lo más relevante a destacar es que, en estos casos, la CSJN emite una sentencia también peculiar, y si bien en su fallo podría imponer determinada carga a una de las partes o a ambas, tal imposición dista de tener el vigor y sustancia que tendría en un juicio donde su actuación es netamente jurisdiccional.

En este tipo de procesos la CSJN establece condiciones, fija reglas de coordinación, plazos, controla el proceso de negociación y la implementación de los acuerdos, pero en esencia la actividad del Tribunal es arbitrar el conflicto y no juzgar la actuación de las partes. En síntesis, se tratará de conciliar los intereses en juego y no de establecer qué interés debe prevalecer.

Estas características del mecanismo, si bien se ajustan a los caracteres de las provincias en el sistema federal, le restan eficiencia a la hora de lograr una

concreta y sustentable articulación en una relación conflictiva donde las partes no ceden en nada en sus posiciones.

Tales aspectos fueron reafirmados por la CSJN en el pronunciamiento del 1 de diciembre de 2017 en el considerando 9, al sostener "Que la competencia dirimente de esta Corte reviste diversa naturaleza de la jurisdiccional, conforme ha sido sostenido tanto por la jurisprudencia nacional". En miras a la implementación de tan delicada tarea, es preciso reconocer las siguientes pautas remarcadas por la Corte Suprema para su ejercicio: a) se trata de una función de naturaleza prudencial; b) el Tribunal debe ejercer las potestades necesarias para arribar a la resolución del conflicto, dado que "tan enfática como la prohibición de las provincias de declarar o hacer la guerra a otra, es el establecimiento de su remedio y sustituto" lo que implica reconocer al órgano "amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio" y modular la estructura procesal de su ejercicio, de acuerdo a las particulares características de la situación concernida; c) la discrecionalidad propia de la naturaleza prudencial de esta competencia dirimente no debe conducir a la arbitrariedad, pues su ejercicio se orienta a los fines constitucionales de "constituir la unión nacional, asegurar la paz interior y promover el bienestar general" y se inspira en la equidad y los principios propios del sistema federal constitucional, en miras a garantizar un federalismo lealmente aplicado; d) el Tribunal debe utilizar las herramientas necesarias para arribar a una solución del conflicto de modo gradual; criterio que resulta especialmente aplicable al caso por tratarse de una cuestión ambiental, regida por el principio de progresividad; e) las decisiones del Tribunal deberán ser aplicadas por las partes conforme al criterio de "buena fe", siendo, este estándar un factor relevante al momento de ponderar las responsabilidades que pueden emerger en caso de incumplimiento.

#### **4. Histórico conflicto por los usos del Rio Atuel**

El conflicto se centra en que desde la provincia de La Pampa se denuncia que los usos hidráulicos que se han hecho sobre el río han impedido que éste llegue con el caudal suficiente a su territorio, lo que obstaculiza el desarrollo de esa zona al carecer de agua para el riego y el desarrollo de la agricultura y la ganadería. A ello, Mendoza históricamente sostuvo los usos, pues de estas obras realizadas depende el riego de todo el valle en la zona sur de su provincia (San Rafael y General Alvear).

Los albores del conflicto se produjeron cuando Mendoza comenzó a utilizar de manera integral las aguas del Rio Atuel, construyéndose en el año 1948 la represa del Nihuil y los diques el Nihuil y Valle Grande, tomando gran parte del recurso hídrico para el abastecimiento de dichos emprendimientos. Desde ese año el Atuel no volvió a ingresar al territorio pampeano sino hasta una gran crecida que tuvo lugar en el año 1973. Luego, producto del reclamo persistente de pobladores del norte pampeano, el gobierno federal dictó la Resolución 50/49 de

Agua y Energía Eléctrica, por la que se establecen tres sueltas anuales de una duración de una semana cada una a fin de abastecer de agua a los habitantes del noroeste pampeano.

El conflicto fue en aumento hasta llegar a la virtual desaparición del curso natural del río, lo cual motivó que el área circundante de la cuenca haya experimentado un proceso de desertificación convirtiendo al área en un bioma no apto para la vida.

Dicho contexto motivó que la Provincia de La Pampa en el año 1980 decidiera someter la cuestión a la CSJN y demandar a tenor del actual artículo 127 de la CN, por acción posesoria de aguas y regulación de usos del Río Atuel.

Ante el bloqueo de las negociaciones, La Pampa promovió una demanda ante la CSJN: “contra la Provincia de Mendoza, a fin de que se la condene a no turbar la posesión que ejerce y le atañe a la Provincia de La Pampa sobre las aguas públicas interjurisdiccionales que integran la sub-cuenca del Río Atuel y sus afluentes, a cumplir lo dispuesto por la Resolución nº 50/49 de Agua y Energía Eléctrica, y para que se regulen los usos en forma compartida entre ambas provincias dueñas del recurso”.

Por su parte, Mendoza negó que el río fuera interprovincial, y en subsidio consideró que, de ser interprovincial, la utilización de las aguas que ella realizaba era acorde con lo dispuesto en el convenio con el Estado Nacional para la construcción de Los Nihuales y que ello era oponible a La Pampa. Alegó a su favor la ley 12.650 y el contrato celebrado con el gobierno federal el día 17 de junio de 1941 que le había concedido el aprovechamiento exclusivo del río Atuel.

#### **a. El fallo de la CSJN**

En lo sustancial del pronunciamiento la CSJN el 3 de diciembre de 1987 resolvió i) declarar el carácter interestadual del Río Atuel ii) rechazar la acción posesoria de aguas entablada por La Pampa y; iii) exhortar a los Estados miembros en queja a celebrar convenios tendientes a una utilización razonable y equitativa en el uso futuro de las aguas del Atuel; ello sobre la base de pautas expresamente establecidas en el resolutorio.

La sentencia de 1987 constituyó uno de los hitos más relevantes del conflicto entre estas dos provincias, aun cuando muchos aspectos de la contienda no quedaron del todo claros, al menos no para las partes. La discusión en más o en menos continuó. Como ejemplo de cierta inconsistencia del fallo, después de 1987, cada una de las partes se presentó ante la CSJN solicitando distintas “aclaraciones” a la sentencia.

Si bien el fallo comentado reconoció el carácter interjurisdiccional del río Atuel, no es menos cierto que dejó inalterable la situación de privilegio que tenía y mantuvo Mendoza: los usos del agua en forma exclusiva y el sistema de riego. También, es cierto que se estableció la necesidad de que ambas provincias negociaran de buena fe sobre la regulación de la futura utilización del río.

Dos aspectos de esa sentencia permitían vislumbrar que tal orden no sería plenamente cumplida i) la primera fue la circunstancia de no haberse fijado pautas concretas ni plazos -al menos no de forma imperativa-, ni haberse fijado “sanciones” para un eventual incumplimiento; y ii) la segunda fue la invocación a los “usos futuros” que pareció algo imprecisa si se tiene presente que la propia CSJN le reconocía a Mendoza los usos consuntivos de una importante cantidad de hectáreas.

La CSJN sostuvo que para decidir sobre la regulación del uso de las aguas es necesaria una prueba terminante del derecho porque el daño que puede resultar de romper con los usos establecidos es indudable e inmediato, mientras que los beneficios potenciales pueden ser especulativos y remotos.

La interpretación del fallo difirió enormemente entre las partes. Para La Pampa se confirmó que el Atuel le pertenecía en forma conjunta. Para Mendoza, el uso de sus aguas fue confirmado y, en cierta forma, legitimado. Por lo demás, los términos del fallo implicaron una amplia laxitud, en especial para establecer el deber de acordar entre las partes el uso compartido del río. Así, Mendoza, solicitó aclaratoria que fue resuelta por la CSJN el 26 de julio de 1988. La Pampa, a su vez, también se presentó ante la CSJN luego del fallo de 1987. Y más de dos décadas después de ese fallo histórico, la CSJN se pronunció nuevamente en la causa. En efecto, el 17 de marzo de 2009 aclaró, una vez más, el alcance de su sentencia de 1987 en cuanto a lo resuelto: la interjurisdiccionalidad del Atuel, los usos consuntivos aplicados a una superficie determinada y la necesidad de que las partes celebren convenios sobre los usos futuros.

## **5. Federalismo y ambiente en la constitución de 1994**

En paralelo a los avatares de la sentencia de la CSJN, se produjo una profunda transformación jurídica, que implicó el desarrollo de mecanismos institucionales de protección al ambiente que modificaron la mirada acerca del aprovechamiento de los recursos naturales, especialmente, el agua y el aire. La palabra “ambiente” se incorporó decididamente al vocabulario cotidiano, también “participación ciudadana”, “intereses colectivos”, “usuarios y consumidores”.

El salto cualitativo lo marcó la reforma constitucional de 1994 con la incorporación del actual artículo 41 CN. Así, algunos autores llegaron a hablar de una especie de redefinición del Estado; por ejemplo Quiroga Lavié, quien mencionó la formación de un “Estado ecológico de derecho”. El texto parte del derecho al ambiente sano, el deber de preservarlo y el daño ambiental, para luego indicar las obligaciones de los gobiernos y la distribución de competencias.

En este último aspecto, se modifica parcialmente el sistema de coordinación de competencias entre el gobierno federal y los provinciales que en materia ambiental, tras la reforma de 1994, se incorpora a un sistema de tipo “vertical” denominado “federalismo de concertación”. De esta forma, el federalismo ambiental argentino, está fundado en un esquema de competencias concurrentes



que otorga predominio normativo a la nación y primacía ejecutiva a las provincias. Además la reforma constitucional de 1994 consagró el poder provincial sobre los recursos naturales, en tanto fijó el dominio originario provincial de los mismos, según el artículo 124 CN.

En el marco de este nuevo paradigma, el derecho al agua potable es uno de los que recibe especial tutela. Ecología, ambiente sano, equilibrio y desarrollo, derecho al agua, agregaron nuevos valores a la Constitución Nacional. En el espíritu de la ley fundamental, el desarrollo económico continuó siendo eje del crecimiento, pero no a cualquier precio; la racionalidad del uso de los recursos se impuso como pauta y límite al desarrollo, el que debe ser sostenible en el tiempo.

Por otro lado, dentro del conjunto de derechos ambientales, podemos identificar al más específico derecho humano al agua. La cuestión no es menor porque en la demanda de La Pampa del año 2014, este derecho fue especialmente considerado para instar el nuevo proceso judicial. Se afirmó allí que el agua dejó de ser un recurso para el desarrollo económico para transformarse en un componente ambiental; el agua (se dijo) ya no debe tratarse como un bien económico sino como un bien social que debe ser sostenible y disfrutable por generaciones futuras.

## **6. Nuevo juicio**

A diferencia del juicio promovido en el año 1979, en mayo de 2014 La Pampa promovió una demanda “en los términos del artículo 127 de la Constitución Nacional, en contra de la Provincia de Mendoza”.

La petición a la CSJN fue compleja. Por un lado, peticionó la declaración del incumplimiento de Mendoza de la obligación de negociar y celebrar de buena fe convenios para regular los usos del río Atuel; y también que se declarase el daño ambiental en el territorio pampeano, se ordenase su cese y la recomposición del ambiente.

En concreto, se le solicitó la fijación de “un caudal fluvioecológico” en forma inmediata, estableciendo al efecto cantidad y calidad mínima del agua a ingresar al territorio pampeano, y un caudal ambiental, tanto en lo que hace a la cantidad cuanto a la calidad del agua que debe ingresar al territorio a La Pampa, y se dispusiese la realización de las obras para alcanzar el mismo, así como los plazos de ejecución. Finalmente, otra petición que formó parte del reclamo fue la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del Río Atuel, con la participación del Estado Nacional.

El argumento central de la demanda considera al agua como una necesidad indispensable para la vida, la salud, el ecosistema y el desarrollo.

A mediados del año 2015, Mendoza contestó la demanda en un extenso escrito. Allí se (re) plantean numerosas cuestiones procesales y sustanciales. Una de ellas fue la de imputar a La Pampa el fracaso de las sucesivas negociaciones producto de su intransigencia y la actitud conflictiva. Exaltó su propia buena fe y

apertura al diálogo, y valoró haber cedido caudales de agua ajenos a la cuenca del Atuel. En relación a lo exclusivamente procesal, Mendoza opuso varias excepciones previas a la demanda. Una de ellas fue alegar que el actual juicio es una réplica del caso que se ventiló a finales de la década del setenta y se resolvió en el año 1987.

La Pampa solicitó a la CSJN la citación del Estado Nacional. El motivo jurídico-procesal era posibilitar que el eventual fallo le sea extensible en sus efectos. Además, es evidente que su presencia resulta necesaria para asegurar cualquier decisión adoptada en un conflicto en el cual los protagonistas son estados subnacionales; ello sin contar con el posible financiamiento de cualquier obra o programa que sea ordenado o consensuado. Sin embargo, dadas las particularidades del caso, esta citación fue comprensiva también de la responsabilidad histórica que La Pampa le imputa al Estado Nacional en la generación del daño ambiental, en particular, porque en la ley 12.650 –que permitió la construcción de Los Nihuiles– no se previó que el río Atuel fuese un recurso compartido entre Mendoza y el propio gobierno nacional que participó directamente en la construcción del complejo hidroeléctrico y, hasta el año 1992, en su administración.

En el marco del proceso judicial, la CSJN citó al gobierno nacional como tercero interesado. En mayo de 2015, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación se presentó en el expediente. En lo sustancial, expresó que la incidencia del Estado Nacional resulta limitada habida cuenta de que las provincias detentan el dominio originario de los recursos naturales, conforme al artículo 124 CN. Tratándose de recursos hídricos, son las provincias las que están facultadas para dictar la normativa que regule sobre las aguas en sus territorios. Agregó que el Estado Nacional integra el Consejo Hídrico Federal y que en esa instancia ejerce un rol coordinador y de facilitador de la armónica comunicación entre las provincias; y además resaltó que las provincias habían suscripto acuerdos, los cuales debían ser aprobados por las Legislaturas, no siendo ello de la injerencia del Estado Nacional, ni del Congreso ni del Poder Ejecutivo.

## **7. Las audiencias públicas como herramienta de participación**

En la actualidad existe una corriente importante tendiente a valorizar estas audiencias desde el punto de vista del proceso frente al reclamo de celeridad y de una justicia más rápida; ello, sin duda, se ve favorecido con la diagramación de instancias orales y por ello la misma CSJN ha reglamentado este instituto a través de la Acordada 30/2007 del 5 de noviembre de ese año.

Asimismo, desde el punto de vista procesal las audiencias resultan útiles para el abordaje de procesos policéntricos y colectivos donde hay una multiplicidad de centros de interés. “Es decir, no hay dos, sino una pluralidad de centros de interés y en tales casos la audiencia pública aparece como la vía más apta para poder

escuchar a las distintas partes dentro de un proceso que se distingue por su complejidad. Por tanto, desde el punto de vista del derecho procesal, hay una revalorización muy importante de las audiencias públicas” (Lorenzetti, 2013).

Dentro de las audiencias que se llevan a cabo en la CSJN nos referiremos específicamente a las audiencias públicas convocadas de “manera potestativa” por el dicho tribunal (Benedetti y Sáenz, 2016) en aquellos procesos de marcada relevancia institucional, en que las derivaciones de este tipo de casos exceden el mero interés de partes. En este tipo de audiencias no sólo se privilegia el relato directo de las partes en conflicto frente a los Ministros del Máximo Tribunal, sino que también se engrosan los argumentos de análisis con la participación de los Amigos del Tribunal.

Las audiencias públicas resultan de utilidad para casos como el analizado al permitir tomar contacto a las partes en las cuestiones del diseño institucional del federalismo, permitiéndose la escenificación de los problemas que generan las tensiones de este sistema.

Cabe destacar que esta modalidad también se inscribe en la moderna concepción aperturista del Estado (Estado abierto) lo cual implica un mayor grado de transparencia en el manejo de la información pública; asociado con el desarrollo de mecanismos que permitan el inmediato y fácil acceso a la misma por parte de los ciudadanos.

En cuanto a la figura del Amigo del Tribunal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevé este instituto en el Reglamento aprobado en el año 2009; allí aclara que la expresión “amicus curiae” significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia. La función esencial de los *amicus* responde a la necesidad de sumar voces en litigios donde estén en juego derechos fundamentales, cuestiones de relevancia institucional o cuando se decide sobre la constitucionalidad de una ley.

Su opinión, en principio, no es vinculante, pero sí puede influir en la decisión del órgano; en este sentido, el artículo 5 de la Acordada 28/2004, previó que las opiniones o sugerencias de los *amicus* tienen por objeto ilustrar a la Corte Suprema y pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento. Tal criterio ha quedado desvirtuado en la Acordada 7/2013 del 23 de abril de 2013, que en su artículo 2 establece como uno de los requisitos para intervenir, expresar a qué parte apoya en la defensa de sus derechos, lo que a nuestro entender constituye una desnaturalización de la figura. Esta última acordada modificó las anteriores 28/2004 y 14/2006, siendo el fruto de la convocatoria a organizaciones no gubernamentales que discutieron cual era la reglamentación más apropiada de los “amigos del tribunal”; entre todas se consensuó su alcance y luego fue aprobada por la Corte; dándole una noción diferente a la idea de independencia porque originariamente se pensó que el amigo del tribunal debía ser considerado

como independiente de las partes. En realidad, es independiente en un sentido porque no es la parte. Es independiente, pero viene a alegar en favor de una de las partes. En ese sentido no es independiente. Es decir, no es imparcial. A nuestro modo de ver este aspecto resulta criticable, puesto que la naturaleza de la figura fue pensada para brindar opiniones o sugerencias.

Bajo estas previsiones y ante un caso de relevancia institucional, complejo y sumamente trascendente, en la causa La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ Uso de Aguas”, la CSJN convocó a una audiencia a las partes y al Estado Nacional a una audiencia pública con carácter informativa y conciliatoria, que se celebró el día 14 de junio de 2017, a las diez horas, en el Palacio de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. La totalidad de la audiencia se encuentra disponible en <http://www.cij.gov.ar/nota-26201-Se-realizar--una-audiencia-p-blica-ante-la-Corte-Suprema-en-una-causa-por-una-demanda-de-la-provincia-de-La-Pampa-contra-la-provincia-de-Mendoza-vinculada-al-r-o-Atuel.html>.

Asimismo se habilitó la participación de “amigos del tribunal”. Los distintos “amigos” expresaron las posiciones de una u otra parte. La Pampa contó con expertos de la Universidad Nacional de La Pampa y representantes de comunidades locales de pueblos originarios; Mendoza, con la exposición de representantes de la Universidad de Mendoza, de la filial General Alvear de la Federación Agraria Argentina y del Departamento General de Irrigación.

## **8. Nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema en el conflicto del Río Atuel**

El día 1 de diciembre de 2017 –treinta años después de su primera intervención- la CSJN dictó un nuevo pronunciamiento histórico. Dicha resolución es de naturaleza anticipatoria, puesto que por medio de ella el máximo tribunal se avoca a componer aspectos urgentes del conflicto toda vez que, luego del intercambio de posiciones invocadas en la audiencia pública por las partes y los amigos del tribunal, se dicta la primera resolución dirigida a intentar modificar los puntos de conflicto.

Veamos los puntos más salientes de dicho pronunciamiento.

### **a. Justificación de la CSJN para regresar al caso**

La CSJN, como primera cuestión, debió expresar las razones fácticas y jurídicas que permiten retomar el tratamiento de un tema ya fallado con anterioridad. Los puntos que a criterio del Máximo Tribunal implican que esta causa no se encuentre alcanzada por la cosa juzgada, son los nuevos elementos fácticos y jurídicos que no existían en 1987 y que determinan la promoción de este nuevo planteo. Ello son:

**1. Derechos de incidencia colectiva.** En tal sentido, se enuncian los derechos de incidencia colectiva en la especie “el ambiente”, de expreso reconocimiento en los artículos 41 y 43 CN. Así es que en el considerando 5 se determina que si bien en el *sub examine* se configura un conflicto entre las dos provincias involucradas

acerca del uso del río Atuel —que ha sido calificado como interprovincial—, las cuestiones sometidas a decisión de esta Corte en el caso, presentan aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 03/12/1987 (Fallos 310:2478), dado que con el paso de los años, el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva.

**2. Reafirmación del ambiente como bien colectivo.** En el párrafo 2° del considerando 5, la CSJN enuncia el aspecto central para volver al estudio del asunto, expresando que hoy existe un bien jurídico protegido que es el ambiente como bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible; lo cual “cambia sustancialmente el enfoque del problema, cuya solución no sólo debe atender a las pretensiones de los Estados provinciales, ya que los afectados son múltiples y comprende una amplia región”. Estamos ante un conflicto que, por tratar de un bien colectivo, indivisible, como el ambiente, excede a las partes y constituye un proceso poli-céntrico. Frente a ello reafirma que la solución de este conflicto, requiere de conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales. También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial (párrafo 4 del considerando 5) para que mantenga su sustentabilidad futura.

**3. La gestión de la cuenca debe darse en clave de ecosistemas.** El agua es un componente más, pero no es el único, y se lo debe analizar como soporte del ecosistema (Cano, 1979); de allí la noción de cuenca hídrica enfocada en “ecosistemas” (“sistemas ecológicos compartidos”) y no en las aguas o los cauces de los ríos solamente. Esa tesis decanta (Esain, 2018) en la sentencia del 1 de diciembre de 2017. Como vemos, la noción de cuenca para Cano se extiende no sólo a las aguas, sino a todos los sistemas ambientales; implica un enfoque de diversidad biológica. Por eso la conclusión es que “no sólo las aguas superficiales y subterráneas, los cauces o lechos que integran una cuenca, y las aguas atmosféricas, están envueltos en la definición de su régimen jurídico, sino que también lo están los otros recursos naturales conexos”.

**4. El recurso agua en función eco-céntrica.** Sostuvo la Corte que “La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente”. Asimismo, en el considerando 11, sostiene que en relación con el acceso al agua potable, esta Corte ha dicho que ese derecho incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y -en particular- en el campo de los derechos de incidencia colectiva; por lo que es

fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia. Concluyendo que el derecho al agua potable, se especifica en el presente caso, en el derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema.

**5. El nuevo Federalismo Argentino.** El considerando 6 es aquel en que la Corte describe el "nuevo federalismo", como un sistema cultural de convivencia cuyas partes integrantes no actúan sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento. En tal sentido la Corte sostuvo que "el sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial; ello implica coordinar esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes". De ello es válido concluir que la Corte considera que la funcionalidad de la estructura federal en materia ambiental implica la asignación de competencias a los diversos entes de manera coordinada. Ello implica ni más ni menos que trazar las líneas de resolución del conflicto sobre la base del llamado federalismo de concertación, evolución moderna que se opone al federalismo dual o de oposición. Esto tiene lógica con la reciente doctrina del Alto Tribunal, que ha venido haciendo referencias expresas al concepto de "Estado ambiental de derecho" (Esain, 2018). La Corte, para dar sustento a su sentencia, desde que en ella se relativiza la noción de territorialidad federal por la de territorialidad ambiental, en conjunción con los llamados "sistemas ecológicos compartidos", sostiene que resulta imperioso determinar el caudal fluvio-ecológico suficiente para la conservación de la diversidad biológica.

**6. Extraterritorialidad del conflicto.** El pronunciamiento en análisis resulta innovador al proyectarse sobre el moderno modelo federal, lo cual permite a la Corte trazar hipótesis de avanzada para el manejo y gestión de la cuenca del Atuel. Por ello, en el considerando 13 pondera medidas referidas a la cuenca en general en términos ambientales -no hídricos solamente- y deja de lado las jurisdicciones territoriales implicadas en el caso. El territorio ambiental no coincide con el territorio político o jurisdiccional, según dice la Corte; y no sólo ello: dentro de una jurisdicción provincial puede haber una zona específica, un departamento especialmente afectado; concluyendo que la importancia de la ausencia del agua y la desertificación en esas áreas, excede el interés de las provincias para implicar una amplia región.

## **9. Consideraciones finales**

Como hemos visto, la incorporación a la Constitución Nacional de elementos protectorios del ambiente ha generado una transformación que impacta en la forma de analizar y resolver los conflictos entre provincias cuando se encuentra en peligro la sustentabilidad ambiental.

El avanzado estado de daño al ambiente que ha generado la falta de acuerdos entre las provincias en puja, obliga a que ellos se deban gestar con una mirada prospectiva donde ineludiblemente, no sólo participen las provincias en litigio, sino también el Estado nacional con todos sus poderes en pos de la resolución de esta falla sostenida en el tiempo del sistema federal argentino.

## 10. Referencias

- Barberis, Julio A. 1973. *Fuentes del Derecho Internacional*. Editora Platense. La Plata.
- Benedetti, Miguel Ángel y Sáenz, María Jimena. 2016. *Las Audiencias Públicas de la Corte Suprema*. Siglo Veintiuno Editores S.A. Buenos Aires.
- Cano, Guillermo, 1979. *Recursos hídricos internacionales de la Argentina*. Víctor de Zavallía Editor. Buenos Aires.
- Cenicacelaya. 2014. *Los recursos hídricos interprovinciales y el federalismo argentino en* Pastorino, Leonardo F. (Coord) *Congreso Internacional De códigos y desafíos jurídicos para enfrentar la crisis del agua*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Ediciones Cooperativas, Buenos Aires.
- Cenicacelaya, María de las Nieves y Pastorino, Leonardo Fabio. 2014. *Cursos de agua compartidos en el federalismo argentino en Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa*, Vol VI No. 1. Santa Rosa.
- Cenicacelaya, María de las Nieves y Fuentes, Carlos Gonzalo F. *Conflictos por recursos hídricos interprovinciales y tutela ambiental. El caso de la salinización del Río Colorado en el sur Bonaerense en Iuris, Revista da Faculdade de Direito de la Universidade Federal de Rio Grande*, v. 27, n. 1, Rio Grande, Brasil, 2017.
- Di Paola, María Eugenia y Machain, Natalia. 2005. *El Principio Precautorio en la República Argentina en Revista Jurídica de Buenos Aires. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*. Lexis Nexis. Buenos Aires.
- Esain, José Alberto. *Fallo por el río Atuel. Federalismo ambiental y derecho ambiental de aguas en Diario La Ley* del 21 de marzo.
- Lorenzetti, Ricardo. *Las Audiencias Públicas y la Corte Suprema*, conferencia dictada en la Universidad Di Tella, disponible en [https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10618/RATJ\\_V14N2\\_Lorenzetti.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10618/RATJ_V14N2_Lorenzetti.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Moyano, Amílcar. 2008. *Recursos hídricos provinciales compartidos. El caso del Río Colorado en Revista de Derecho Ambiental*, Nro. 44. Lexis Nexis. Buenos Aires.
- Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves. 2001. *Derecho Constitucional Argentino*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires.

# **“Sustentabilidad ambiental del agua de riego como bien común a partir de la huella hídrica”**

*María Adriana Victoria<sup>1</sup>*

<sup>1</sup>Universidad Nacional de Santiago del Estero, Argentina.

Mail de contacto: mariaadrianavictoria@gmail.com

---

## **RESUMEN**

A partir de la consideración del agua como un bien común (BC) y su diferenciación con los bienes públicos y privados, se analiza la gestión del agua de riego acorde a dicho bien y, como instrumentos de evaluación de la misma, tanto la HH, en sus diferentes manifestaciones, como especialmente la ISO 14046, por entender que se constituyen en óptimos instrumentos para la sostenibilidad ambiental del agua de riego como BC.

**Palabras clave: Aguas – Bien común – Sustentabilidad ambiental – Huella hídrica – ISO 14046: 2014**

---

## **ABSTRACT**

From the consideration of water as a common good (BC) and its differentiation with public and private goods, the management of irrigation water according to said good is analyzed and, as instruments for evaluating it, both the HH, in its different manifestations, as especially ISO 14046, because it is understood that they constitute optimal instruments for the environmental sustainability of irrigation water such as BC.

**Keywords: Waters - Common good - Environmental sustainability - Water footprint - ISO 14046: 2014**

---

## **1. Introducción**

El 11° Reporte de Riesgos Globales publicado por el Foro Económico Mundial (World Economic Forum, 2016) indica que la crisis del agua se encuentra dentro de los diez riesgos más relevantes para la humanidad, con respecto a la probabilidad de ocurrencia y el impacto que podría generar, y constituye el mayor riesgo vislumbrado dentro de los próximos diez años. Por lo que la crisis de agua se clasifica como un riesgo social y se relaciona con el medio ambiente y la sociedad en general.

La crisis ambiental está en el centro de la crisis económica y social y los próximos cambios que se van a vivir estarán marcados fundamentalmente por nuestras formas de relacionarnos con el entorno (González Reyes, 2012). De ahí surge la necesidad de concebir la sostenibilidad como un BC desde la perspectiva de nuestra dependencia de la naturaleza, preservarla y las limitaciones de la gestión privada.

Tres son esferas del desarrollo sustentable adonde se refleja la crisis del agua:  
1) En el sector social genera una ruptura brusca a través de problemáticas como



daños a la salud por falta del recurso o una mala calidad del mismo, así como migraciones forzadas o conflictos entre comunidades. 2) En el sector económico representa un riesgo para las empresas, dado que el agua es un insumo vital para muchos procesos agrícolas, agroindustriales y comerciales. 3) En el sector ambiental genera diversos efectos como la pérdida de biodiversidad y el consecuente colapso de los ecosistemas.

El agua es un recurso natural limitado, indispensable para la vida y el goce de otros derechos humanos. Recurso que debe ser tratado como un bien social y cultural y no como un bien económico. “El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente...” (Declaración de Dublin).

La agricultura consume actualmente entre el 60 y el 70% del agua dulce, una cifra que puede incrementarse hasta un 19% en 2050, siempre y cuando la apuesta científica para mejorar la eficiencia hídrica no resulte suficiente ante el aumento de la población mundial. En 2050, la agricultura necesitará producir un 60% más de alimentos a nivel mundial y un 100% más en los países en desarrollo.

El riego consume alrededor de un 15% del agua de uso agrícola, ascendiendo a unos 2.000-2.500 kilómetros cúbicos (km<sup>3</sup>) al año.

Según el Informe sobre Desarrollo Humano 2006 del PNUD, buena parte de los problemas que se consideran causados por la escasez son, en realidad, consecuencias de una política de mala gestión de los recursos hídricos.

Con el advenimiento del Derecho Ambiental y el enfoque ecosistémico, el agua no puede ser vista de manera aislada de los demás recursos que le dan sustento, como lo son bosques y suelos, lo que le da una dimensión integradora en el desenvolvimiento de la totalidad de los ecosistemas (Peña Chacón). Opera la interdependencia del agua con los demás recursos naturales renovables.

Problemática que cobra mayor relevancia ante la escasez del recurso agua en las zonas áridas y semiáridas de Argentina, lo cual hace necesario su gestión sustentable, compatible con el ambiente.

## **2. Los bienes comunes de la naturaleza**

El agua como recurso ha sido caracterizada desde diferentes perspectivas, como: BC, bien público, bien económico. Por lo que más allá de los bienes públicos y privados emerge otra categoría, tal es la de los Bienes comunes (BCs) o colectivos.

Los BCs, en general también se conocen como bienes de propiedad común.

Ostrom define los Recursos de Uso Común (RUCs) como bienes (naturales o materiales) conformados en sistemas para su aprovechamiento y caracterizados por un flujo de explotación sostenible limitado en un contexto de bajas posibilidades de exclusión y alta rivalidad entre usuarios actuales y potenciales.

Una manera sencilla de definir los BCs es que son aquellos bienes “que se producen, se heredan o se transmiten en una situación de comunidad” (Ostrom, 2011).

Los BCs o recursos comunes corresponden a bienes que son rivales pero no excluibles. Se trata de bienes que están a disposición de todo el que quiera utilizarlos, pero presentan el fenómeno de escasez, el uso de ellos por parte de un individuo disminuye la utilización por parte de otro.

Los RUCs tienden a ser usados excesivamente cuando los individuos no pagan por su uso. Esto crea una externalidad negativa. De acuerdo a esto, los BCs plantean un nuevo dilema, pues una vez suministrado el bien, las autoridades tienen que decidir cuánto es lo que se debe utilizar.

Cuando se habla de BCs, no se hace referencia a los bienes privados, propios de los individuos, ni se habla de los bienes públicos, propios del estado.

Los BCs son aquellos procesos y recursos que no funcionan bajo la lógica de la propiedad mercantil/privada ni bajo la jerarquía estatal, son objeto de estudio y de experimentación por parte de muchas universidades, organizaciones de la sociedad civil, colectivos sociales y comunidades locales, en tanto prioridad para desarrollar un modelo social sostenible basado en principios de justicia social y fraternidad.

“El término RUC alude a un sistema de recursos naturales o creados por el hombre, lo suficientemente grande como para volver costoso (aunque no imposible) excluir a beneficiarios potenciales” (Moral Ledesma, 2013).

Hablar de BCs, es estar ante la presencia de una comunidad, un grupo (consorcio de regantes), un pueblo, un país, la humanidad.

Mattei (2013) considera que los BCs no pueden concebirse como un mero objeto, como una porción tangible del mundo externo; no pueden ser aprehendidos con la lógica mecanicista de la ilustración, que separa netamente el sujeto del objeto; no pueden ser reconducidos a la idea moderna de mercancía. Los BCs existen solo en una relación cualitativa. El autor señala que: “Nosotros no tenemos un BC, un ecosistema, el agua, somos, más bien, partícipes de los BCs, somos agua, somos parte de un ecosistema rural o urbano. De ahí que una teoría que coloque en el centro los BCs solo pueda poner en cuestión la separación entre ser y tener, y entre sujeto y objeto”.

En consecuencia, los BCs no son propiedad privada ni pública, no pertenecen a particulares ni al Estado; no se tiene un BC, sino que se participa de uno.

La consideración del agua como BC implica la inalienabilidad del recurso, así como el control social sobre su aprovechamiento y manejo, en tanto patrimonio social, natural y cultural (Serrano, García, Marín, 2012).

El respeto del acceso al agua como un derecho humano sólo se puede garantizar a través de una gestión y una protección adecuada de este BC.

En la declaración final del II Foro Alternativo Mundial del Agua (Ginebra, 2005) se reiteró la exigencia de considerar al agua como BC de la humanidad y, por tanto, excluida de la esfera comercial y de las reglas del mercado.

BC es sinónimo de comunidad, cooperación y respeto por los derechos y preferencias de los otros.

Hardin (1968), sostuvo en “La tragedia de los bienes comunes” que al no existir un propietario que se interese por preservarlos, o sea que se ocupe de garantizar su sostenibilidad, los BCs están condenados a ser saqueados y agotados. Ante esto, el nuevo paradigma plantea como opción fundamental una dinámica social equilibrada entre personas, géneros y grupos sociales, en armonía con la naturaleza, para promover la vida y asegurar su reproducción (Houtart, 2011).

Mayorga Alvarado (2014), califica de absurda la tesis de que existe una clase de bienes susceptibles de ser considerados como dominio común de la humanidad.

Los BCs son una tercera modalidad de bienes que tienen como características: se usan colectivamente, pueden ser utilizados por todos; son transgeneracionales, no pueden ser gestionados en términos de racionalidad individual ni tener como objetivos las “ganancias”; no pueden ser propiedad privada, ni pública, debe buscarse una forma de “propiedad comunitaria o colectiva” y por ende una estructura de debate – decisión también colectiva. Además, el hecho de poder ser utilizados por todos, implica respecto al acceso, un criterio de potencial universalización del bien, de su acceso por parte de la totalidad de los sujetos y actores de la sociedad; no pueden ser gestionados con criterios de racionalidad individual ni la ganancia establecerse como fin último; no pueden ser propiedad privada de un solo sujeto, sino que deberían ser de propiedad colectiva o comunitaria. Pero no resulta fácil comprender el mundo con una tercera categoría de bienes.

Según Ostrom (2011), los BCs, tienen como características comunes: el grupo está bien delimitado; los límites del recurso están bien definidos; las normas de uso son de acuerdo con las características del recurso; los miembros pueden modificar las normas de uso, controlan el uso inapropiado y tienen régimen sancionador.

Cafferatta (2016) recuerda que los "bienes colectivos", son los BCs o indivisibles, y constituyen una categoría de bienes, que han sido receptados por la Reforma de la Constitución de 1994, al reconocer los derechos de incidencia colectiva, en especial el derecho ambiental (artículos 41 y 43), los que son ahora recogidos en el texto del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley n° 26.944 (artículos 14, 240, 1737 y concordantes).

El "bien colectivo", según enseña Ricardo Lorenzetti (2008), presenta las siguientes características: 1) indivisibilidad de los beneficios, el bien no es divisible entre quienes lo utilizan, dado su carácter "no distributivo"; 2) uso

común sustentable, el bien puede ser usado por todos los ciudadanos, uso común o masividad que produce lo que se denomina la "tragedia de los comunes"; 3) no exclusión de beneficiarios, todos los individuos tiene derecho al uso y por lo tanto no pueden ser excluidos; 4) estatus normativo, el bien colectivo o común tiene reconocimiento legal (reconocimiento deontológico; 5) calificación objetiva, mediante una designación objetiva, que trasciendo la mera subjetividad; 6) legitimación para obrar difusa o colectiva; 7) procedencia de la tutela preventiva en forma prioritaria; 8) resarcimiento a través de patrimonios de afectación; 9) ubicación en la esfera social.

Por lo que Cafferatta (2016), siguiendo a Ricardo Lorenzetti (2006), destaca que resulta necesario reformular diversas teorías jurídicas de base, entre éstas, la teoría de la acción, que salta de lo individual a lo colectivo y la teoría de los bienes, incorporando los bienes colectivos.

Lo "común" es una de las dimensiones en boga no solo en la economía sino también en el derecho.

Mattei (2013) señala que "la nueva Constitución boliviana constituye el modelo jurídico más avanzado de elaboración del concepto de BCs del que la humanidad dispone hoy para pensar su propio desarrollo", ya que allí encuentra en las concepciones de medio ambiente, vivir bien, agua y territorialidad indígena las bases de un nuevo modelo jurídico. A su vez, legislaciones como la de Paraguay disponen que: "Los recursos hídricos poseen un valor social, ambiental y económico" (artículo 3 inc. g).

En relación a los tipos de bienes comunes que puede haber, hay BCs de la humanidad y BCs de una comunidad. Los primeros son el aire, el agua, el medio ambiente, el conocimiento, la cultura. Mientras que los segundos lo constituyen cualquier recurso compartido por dicha comunidad. Además, puede haber "BCs mixtos" con "acceso abierto" en donde cualquiera tiene acceso o bien con "acceso restringido", acceso solo por parte de los miembros de la comunidad (acceso de agua para riego que tienen solo los regantes concesionarios y permisionarios).

Los BCs son un modelo de organización eficaz y el medio rural es una fuente de innovación del que se puede aprender mucho sobre la cooperación y la organización colectiva.

Conforme a lo señalado por Stefano Zamagni (2014), se pueden diferenciar entre bienes públicos y BCs: 1) Bien Público: es un bien que no es excluible, ni es rival en el consumo. Así, el acceso al mismo está asegurado a todos, y el disfrute por parte de un individuo es independiente de los demás. Puede pensarse en lo que sucede, por ejemplo, la "defensa nacional", en un determinado país. 2) BC: es el bien que es rival en el consumo pero no es excluible; la ventaja que cada uno obtiene de su uso no puede ser separada de la ventaja que otros puedan obtener. Es decir que el beneficio que el sujeto obtiene del BC debe materializarse junto al de los demás, no en contra ni prescindiendo de los otros. Por ejemplo, el acceso al agua para riego. 3) Bien privado: es un bien excluible y rival.

Cabe destacar que, en la práctica, difícilmente se puedan encontrar BCs “puros”, ya que, generalmente, se trata de mezclas de regímenes de propiedad diferentes, de gestiones que conjugan lo estatal con lo privado y lo comunal, y de recursos que son utilizados por varias comunidades con derechos diferenciados, de modo que pueden ser abiertos y restringidos a la vez.

Para superar el modelo unidimensional propuesto por Hardin (1968), basado en la bipartición entre bienes públicos (sujetos al control estatal) y bienes privados, Ostrom (2011) propone una clasificación doble para la cual los bienes deben considerarse sobre la base de criterios de rivalidad y excluibilidad.

“Rival” es un bien para el cual el consumo de un sujeto excluye el consumo de otro (el agua que recibe un regante no la puede recibir otro). “No excluyente” quiere decir que no sea posible discriminar quiénes lo disfrutarán y quiénes no mediante los precios, puesto que o bien no tienen precio o bien éste es asumible por todas las personas. La autora se insertó en el marco conceptual de la “Nueva Economía Institucional” (NEI), y a partir del análisis microeconómico, puso su foco en aspectos desatendidos por la teoría economía convencional, tales como los costes de transacción, el estudio de las reglas del juego, los mecanismos de control y el mantenimiento de los acuerdos sociales. Así, logró conciliar desde una perspectiva económica los conceptos de “eficiencia” y “sostenibilidad”, destacando el rol de las instituciones. Ello le permitió superar una dicotomía tradicional que asigna a los bienes privados al ámbito del mercado, de acuerdo a los parámetros del orden espontáneo de Adam Smith.

### **3. Gestión de los bienes comunes**

Ostrom (2011) considera que si un bien o recurso es BC, siguiendo su forma, debe ser administrado y gestionado por las comunidades, en algún formato de gestión comunitaria. Afirmar que existen maneras de propiedad comunal que garantizan un óptimo uso de ciertos bienes. Además, y este es un elemento típico de los estudios neoinstitucionalistas, no considera este modelo de gestión como alternativa o en conflicto con el modelo de estado y mercado. Por lo tanto, los bienes públicos, los BCs y los bienes privados son complementarios y la categoría más adecuada corresponde a cada tipo de recurso y modo de uso. En este sentido, la atención de Ostrom se centra en comprender qué mecanismos permiten a los miembros de una comunidad gestionar correctamente los BCs y prevenir el comportamiento oportunista.

La autora, desarrolla la teoría de la “gestión de los BCs” estudiando precisamente los “sistemas de la gestión del agua”, porque es ahí donde encuentra una gestión eficaz y reivindica justamente la importancia de estos sistemas autogestionarios. “El modelo de gestión debe ser congruente con las características propias del bien del que se trata; si el bien es común su planificación y su gestión también deben serlo”.

La propuesta de Ostrom, ofrecería formas interesantes de gestión, pero requiere de la articulación con los otros sectores tanto en la planificación como en la gestión de los bienes.

La solución para los BCs, en el marco de una Economía de los Bienes Comunes (EBC), implica profundizar una nueva ecuación entre estado, sociedad y mercado. Se trata de una nueva articulación entre los distintos actores sociales.

En Argentina, de interés sería una gestión colectiva ya que el agua es un BC, aunque en cierto modo el rol que desempeñan los consorcios de regantes o usuarios del agua, los consejos del agua para uso agropecuario, los Comités de Cuenca, dan cuenta de ello, pero su paso previo es de la Administración pública que otorga las concesiones y permisos y autoriza el funcionamiento de los consorcios de riego.

Augusto Morello (1998) hablaba de la "soberanía compartida", del gobierno con la colectividad.

A los fines de la comprensión de los procesos de organización y gobierno de los recursos de uso compartido, Ostrom (2002) reconoce su interdependencia y diferencia entre "sistemas de recursos" y flujo de "unidades de recursos" producidas por el sistema. Precisamente estas categorías establecen la diferencia entre un canal de riego (sistema de recursos) y los metros cúbicos de agua por segundo que se utilizan para el regadío (unidades de recurso). De esta forma quedan diferenciados los "propietarios" del sistema de recursos de los "apropiadores" de las unidades de recursos. Así, los regantes que extraen unidades de recursos de un cauce fluvial pueden ser legítimos apropiadores de unidades de recurso sin ser propietarios del sistema.

Por lo que las unidades de recursos pueden ser rivales (el agua que utiliza un regante para regar no la puede usar otro regante), pero el sistema de recursos se puede utilizar de forma conjunta por muchos apropiadores (agricultores regantes).

Además Ostrom distingue entre los "productores" de un RUC de los "proveedores". Un gobierno actuando como constructor de una obra pública de regadío puede actuar como el proveedor para luego entregar en usufructo ese canal a los regantes quienes actuarán como productores del mismo, encargándose de su administración al mismo tiempo que extraen unidades de recurso.

Por ello es necesario diferenciar claramente entre el "sistema de recursos" y el "régimen jurídico de derechos de propiedad" en el cual está situado de forma contingente ese sistema.

Schlager y Ostrom (1992) han llegado a denominar y distinguir cinco formas de ejercicio del derecho de propiedad en el ámbito de los BCs materiales: acceso, extracción, manejo, exclusión y alienación. Derechos, que si están bien definidos, se pueden ejercer en su totalidad o de forma parcial, ya que es posible obtener algunos y renunciar a otros, lo que permite una modulación y combinación de ellos con el fin de garantizar algún objetivo colectivo. Esta diversidad da cuenta

de las múltiples posibilidades a las que pueden acudir la gestión de BCs. Sin embargo, la autoorganización exige una fuerte capacidad de acción colectiva y autogestión así como un alto grado de capital social por parte de los interesados.

La gestión del agua para riego, su acceso equitativo, es importante hacerlo con una mirada de cuenca y territorio, con un enfoque ecosistémico de Gestión Integral de Recursos Hídricos (GIRH).

En Bolivia, la mayoría de los sistemas de riego se encuentran bajo gestión colectiva, donde una colectividad se organiza en torno a un sistema de riego común.

#### **4. Instrumentos y técnicas para la sustentabilidad del agua**

En el referido enfoque integrado, la evaluación de los recursos hídricos reviste una importancia fundamental en tanto sirve de base para la toma de decisiones de la política hídrica y ambiental. Más aún, el uso económico del agua obliga a la aplicación de instrumentos, también económicos, que deben tomar en cuenta no solo los costos financieros, sino también los económicos y ambientales, para alcanzar un uso eficiente y sostenible.

La sostenibilidad del BC implica una responsabilidad colectiva e individual por el mantenimiento de dichos bienes. Precisamente tanto la huella hídrica (HH) como la ISO 14046: 2014, de gestión ambiental, “huella de agua”, aportan a ello, en tanto se presentan como indicadores del uso del agua.

##### **Huella hídrica**

HH es un concepto introducido en 2002 por Arjen Hoekstra y P. Hung, como un indicador que pudiera mapear el impacto del consumo humano de agua dulce. Es decir que el concepto de HH (“water footprint”) fue creado para obtener un indicador que relacionara el agua con el consumo, a todos los niveles de la población (Vázquez del Mercado Arribas, Buenfil Rodríguez, 2012).

HH de un país, actividad agrícola, o industria, o persona, se define como el volumen de agua necesaria para la producción de los productos y servicios consumidos por los habitantes de dicho país o actividad agrícola o industria, o persona. La intención última de este concepto es servir como un indicador capaz de aportar más información que los tradicionales indicadores basados en la producción. Este indicador estima el volumen de agua consumido o contaminado para generar un producto, mantener un territorio, una organización o servicio.

La HH, por su proximidad conceptual a la huella ecológica, es el que ha calado más en la sociedad.

A partir de estos datos, es posible evaluar los impactos ambientales, sociales y económicos que implica el consumo de esta agua (Ferrer, Viegas, 2014).

Para establecer la HH de un proyecto o una organización se tienen en cuenta tres tipos de agua: verde, azul, gris.

Precisamente los cultivos requieren agua. Ello se define como la cantidad que fisiológicamente necesita la planta para vivir y es igual a su consumo de agua por

evapotranspiración. Esta agua procede en parte, de la precipitación absorbida del suelo o agua verde y, cuando la anterior es insuficiente, del aporte extra en forma de riego, o agua azul. El resto del agua verde o azul que no utiliza la planta se recicla por infiltración y vuelve a formar parte del recurso. La cantidad de agua disponible en el suelo, así como la evapotranspiración, dependen de diferentes factores climáticos, edáficos y fisiológicos.

La HH Verde se refiere al consumo de agua almacenada en el suelo proveniente de la precipitación, que no se convierte en escorrentía. Satisface una demanda sin requerir la intervención humana. Es particularmente relevante para los productos agrícolas (productos a base de cultivos) y se refiere a la evapotranspiración del agua de lluvia total (de los campos y de las plantaciones), así como al agua incorporada a la cosecha (Vázquez del Mercado Arribas, Buenfil Rodríguez, 2012).

Para cuantificar la HH verde se hace necesario contar con información climática diaria que permita hacer seguimiento a los niveles de precipitación, una vez se cuenta con el valor de agua lluvia y mediante el uso de lisímetros se puede cuantificar el total del agua evapotranspiración.

A su vez la HH Azul se refiere al consumo de agua, asociado a una extracción de fuente superficial y/o subterránea para satisfacer la demanda originada en un proceso de producción de bienes o servicios, cubriendo una demanda de agua no satisfecha a causa de un déficit en la disponibilidad de agua procedente de la lluvia. Requiere de intervención humana (Vázquez del Mercado Arribas, Buenfil Rodríguez, 2012). Es el volumen de agua superficial y subterránea evaporado, incorporado al producto o devuelto a otra cuenca o al mar, como resultado de la producción de un bien (en la agricultura) o servicio. No vuelve a la cuenca de la que fue retirada.

En la producción agrícola, finalmente se hace un seguimiento a la producción en cada ciclo productivo para así poder asociar cual es el gasto de agua por cada kilo o tonelada de producto producido.

Para cuantificar la HH azul se hace necesario instalar aforadores o contadores de caudal que permitan cuantificar el agua proveniente de una fuente superficial o subterránea.

Otra HH es la Gris. Se trata de un concepto aún más reciente, utilizado por primera vez en 2008 por Hoekstra y Chapagain. Se define como el volumen de agua dulce necesario para asimilar la carga de contaminantes por parte de un cuerpo receptor, tomando como referencia las normas de calidad ambiental, asociando los límites establecidos a una calidad buena para el ambiente y las personas (Vázquez del Mercado Arribas, Buenfil Rodríguez, 2012).

Se calcula como el volumen de agua que se requiere para diluir los contaminantes hasta el punto en que la calidad del agua se mantenga por encima de las normas acordadas de calidad del agua. Para cuantificar la HH gris se hacen



monitoreos continuos a la calidad del agua que ingresa y sale del sistema evaluado los principales contaminantes productos de la fertilización.

La distinción entre el agua verde y el agua azul fue introducida en 1995 por Falkenmark (1995).

“HH de un producto, bien o servicio”, es el volumen total de agua dulce utilizado para su elaboración, sumado en las diversas etapas de la cadena productiva. Además brinda información respecto al volumen total de agua utilizada, a dónde y cuándo se utiliza el agua, por lo que tiene una dimensión volumétrica, espacial y temporal.

A su vez, la “HH de un cultivo” es el volumen de agua utilizado en el cultivo ( $m^3 /ha$ ) dividido entre su rendimiento ( $ton/ha$ ). El uso de agua del cultivo depende por un lado, de su necesidad de agua y por el otro, del agua disponible en el suelo. Y si se trata de un cultivo primario que se transforma en un producto (por ejemplo, arroz procesado como arroz integral), se calcula la HH del producto transformado dividiendo la HH de los productos primarios entre la denominada fracción del producto (es decir, el tonelaje del producto vegetal obtenido por tonelada del cultivo primario).

Y, si un cultivo primario se transforma en dos productos distintos o más (por ejemplo, algodón procesado como textil y como aceite de algodón), es necesario distribuir la HH del cultivo principal entre sus productos, en proporción al valor de los mismos (Vázquez del Mercado Arribas, Buenfil Rodríguez, 2012).

La HH establece una relación directa entre los sistemas hídricos y el consumo humano y esta vinculación puede determinar factores como la escasez o contaminación del agua, pero también puede permitir la mejora de la gestión de la producción de agua.

La HH es importante para el cuidado del medio ambiente. Además la HH sirve para cuantificar la magnitud de la cantidad de agua utilizada y los riesgos potenciales a los que se enfrenta un sistema productivo; generar conciencia de dónde y cómo se utiliza el recurso hídrico; tomar mejores decisiones sobre cómo manejar el recurso hídrico y gestionar procesos; participación en políticas locales y nacionales de sostenibilidad ambiental y productiva.

Por lo que el indicador de HH en la agricultura puede permitir establecer políticas y acciones concretas para ahorrar agua en el sector que mayor requerimiento del recurso tiene.

Para evaluar la “sustentabilidad ambiental” de la HH verde ( $WS_{green}$ ) en una cuenca en un determinado período, se define como el cociente entre el total de las huellas hídricas verde a la disponibilidad de agua verde ( $WA_{green}$ ) Water Availability. La disponibilidad de agua verde, se define como la evapotranspiración total de agua de lluvia de la tierra ( $ET_{green}$ ), menos la evapotranspiración de la tierra reservada para la vegetación natural ( $ET_{env}$ ) y menos la evapotranspiración de la tierra improductiva ( $ET_{umprod}$ ). Definido de esta manera, el indicador de sustentabilidad de agua verde, indica la fracción de

apropiación de los recursos hídricos verdes disponibles. Si la división es menor a 1, entonces se puede concluir que el impacto ambiental en cuanto al consumo de agua no existe o no es significativo, pero cuanto mayor sea a 1, la situación es no sustentable (Gutierrez, 2016).

Para evaluar la sustentabilidad ambiental de la HH azul (WSblue) en una cuenca en un determinado período, se debe comparar el caudal consumido (la HH azul) con el caudal disponible (WAbblue). Este último corresponde a la escorrentía natural Runoff (Rnat) menos el requerimiento de flujo ambiental Environmental Flow Requirement (EFR). El indicador de sustentabilidad de agua azul de valor 1 significa que el caudal de agua azul disponible ha sido totalmente consumido, pero si dicho indicador es más allá de 1 no es sustentable (Gutierrez, 2016).

La HH azul y verde de un cultivo regional como ser naranjas permite: 1) contribuir a establecer políticas ambientales con respecto del uso del agua en actividades cítricas, y al ser un producto de exportación, tener un mayor control del recurso hídrico que se exporta de manera virtual; 2) es posible también identificar oportunidades de mejora del desempeño ambiental del producto, en la comunicación al consumidor a través de etiquetados, en la toma de decisiones estratégicas (Gutierrez, 2016).

Por lo que para ser sustentable con el medio ambiente, el uso del agua no debe exceder los límites máximos sustentables de un recurso de agua dulce. Así mismo los impactos ambientales que se contabilizan en la evaluación de sustentabilidad de la HH, identifican impactos primarios en términos de flujos de agua modificados en comparación con las condiciones naturales, y sin trastornos humanos.

Cardona M.C. & Congote O.B., mencionan que, una visión de sustentabilidad está en medir la HH en unidades de planificación de los bienes y servicios ambientales, es decir, en el esquema de ordenamiento territorial y en la ordenación de la cuenca hidrográfica. Es así que la HH se presenta como un indicador de sostenibilidad que ofrece una visión del agua novedosa, que permite identificar impactos.

Por lo tanto, la HH es una herramienta para monitorear, mejorar la eficiencia en el uso del agua y reducir los impactos en el agua a nivel empresarial y sectorial.

Entre las posibilidades para reducir la HH se encuentran las siguientes: 1) cambiar el modelo de consumo sustituyendo los productos con elevada HH por otros cuya HH sea menor; 2) seleccionar el producto con menor HH o que la huella del producto se dé en un área geográfica donde no haya escasez de agua; 3) el reciclaje y la reutilización del agua puede ser una herramienta para la reducción de la HH gris de los usos del agua (Mallma Capcha, 2015).

El cálculo de la HH aporta información para: 1) conocer en qué puntos de la producción se puede reducir el consumo de agua, de manera de aplicar los

principios del desarrollo sostenible; 2) se puede llegar a relacionar el consumo diario de agua y los problemas de contaminación y distribución de agua en lugares donde se producen los bienes y, por tanto, cuantificar los efectos del consumo y comercio en el uso de los recursos hídricos (Mallma Capcha, 2015).

Con el objetivo de promover el uso responsable del agua dulce en Argentina, la Senadora Silvina García Larraburu (2014) presentó un proyecto de ley para implementar un sistema de medición de la HH en este país, con la finalidad establecer políticas destinadas a fomentar la protección del medio ambiente a través de la implementación de un sistema de medición del impacto ambiental que se produce sobre los recursos hídricos.

Por Decreto n° 429/13 del gobierno de la provincia de Buenos Aires, se aprueba la Reglamentación de los artículos 43, 56 y 67 de la Ley n° 12.257, que aprueba el Código de Aguas de dicha provincia. En el referido decreto se alude en sus anexos, entre otros temas, a la implementación del canon, tipos de HH.

El propio código de aguas establece en el art. 43 que: “El canon por uso del agua será el instrumento económico principal por el cual se solventarán los Planes de GIRH para cada región o subregión hidrológica en el ámbito provincial”. A su vez el art. 67 dispone que: “Para aquellos productos que tengan en su composición un volumen igual o superior al 50% de agua, serán alcanzados por un pago adicional equivalente a un 50% del canon calculado según reglamentación del art. 43 de la Ley n° 12.257”.

#### **a. La norma ISO 14046: 2014, de gestión ambiental, “huella de agua”**

Dicha norma establece principios, requisitos y directrices para la gestión de la HH y es una oportunidad para ampliar el uso del concepto en las organizaciones públicas y privadas. Entenderla, bajo la perspectiva del Análisis de Ciclo de Vida (ACV), es el primer paso.

Es un enfoque más completo que el de la HH y permite la adopción de conclusiones más fundamentadas; requiere indicadores relativos a los efectos sobre la disponibilidad/escasez de agua, complementados con otros indicadores que evalúen el impacto ambiental que los usos del agua producen sobre el recurso agua (eutrofización, acidificación, ecotoxicidad, etc.), la salud humana, los recursos naturales y los ecosistemas. Por su enfoque más completo y la mayor viabilidad de su cálculo, la Huella de Agua es posible que sea elegida por las empresas que quieran evaluar los efectos de sus actividades sobre el recurso agua, posibilita la sostenibilidad del recurso y su interdependencia con el medio ambiente.

El principal objetivo de esta norma es evaluar los impactos ambientales de las actividades de las organizaciones sobre el agua, favoreciendo la mejora en la gestión de este recurso escaso.

La norma ISO 14046, es de carácter certificable por tercera parte independiente, según informa Asociación Española de Normalización y

Certificación (AENOR). La ISO 14046: 2016, anula a: UNE-ISO 14046:2015, estando vigente la ISO 14046: 2014.

El marco de referencia en el que se desarrolla la ISO, 2014 tiene los siguientes puntos básicos: 1) Se aplica a productos, servicios, procesos y organizaciones, lo que se corresponde con la mayor parte de métodos de análisis desarrollados hasta ahora; 2) está basada en el ACV, específicamente en la norma ISO 14044; 3) es modular de acuerdo a las etapas del ciclo de vida. Esto significa que los valores de HH que se estimen en una etapa del ciclo de vida se pueden sumar a los correspondientes a otra etapa; 4) identifica los impactos ambientales potenciales relacionados con el agua, por lo que se excluye cualquier referencia a impactos sociales o económicos; 5) incluye las dimensiones temporal y geográfica, es decir, se tiene que especificar claramente en el estudio cuál es el marco temporal para el que se realiza el análisis y la situación geográfica dónde se localiza el área de estudio, ya que repercutirá en las disponibilidades de agua; 6) identifica cantidades de uso de agua y cambios en su calidad, por lo que se tienen en cuenta tanto las disponibilidades de agua como su degradación, los dos aspectos básicos estudiados por la mayor parte de métodos de análisis; 7) para la aplicación de esta norma, se requiere un conocimiento hidrológico. En este marco, la evaluación de la HH puede servir de apoyo a la hora de ISO, 2014; 8) identifica oportunidades para reducir impactos relacionados al uso del agua asociados a productos, procesos y a la organización; 9) gestiona de forma estratégica los riesgos; 10) facilita la eficiencia y la optimización de la gestión del agua a nivel de productos, procesos y organizacionales; 11) informa a los tomadores de decisión en la actividad agraria, agroindustrial, gobierno y ONGs de los impactos potenciales relacionados con el agua; 12) aporta información consistente y fiable, basada en evidencias científicas para reportar los resultados de una HH. Pero la norma tiene limitaciones ya que analizada desde el punto de vista del ACV: 1) No es suficiente para describir los potenciales impactos ambientales globales (es decir, más allá del agua) de productos, procesos u organizaciones, sino que debe incorporarse a la aplicación de la ISO 14044 para un análisis integral; 2) no sirve para la comunicación a través de las declaraciones ni, mucho menos, para los productos de etiquetado; 3) no permite de forma fácil la comparación de huellas del agua (Ferrer, Viegas, 2014).

ISO 14046 es claramente una herramienta útil para las organizaciones interesadas en la comprensión de los impactos ambientales relacionados con el agua, especialmente para propósitos internos y va a permitir mejorar la gestión de los riesgos del agua frente a su escasez como recurso, así como mejorar la reputación social y ambiental de la empresa.

#### **b. Punto en común de la HH y la huella del agua**

La HH y la huella de agua con enfoque de ciclo de vida son herramientas que persiguen un objetivo similar, tal es conocer el consumo de agua asociado a

diversas unidades de análisis y las consecuencias que ese consumo tienen aparejadas- y lo afrontan con diferente metodología.

La metodología de la Water Footprint Network (WFN) o sea de la Red de huella hídrica puede que resulte más adecuada si se quiere conocer el consumo de agua asociado a una comunidad determinada y poder tomar decisiones respecto de la asignación de los recursos hídricos de un sitio para satisfacer la demanda de agua directa e indirecta de esa comunidad. Mientras que el enfoque más apropiado podría ser el de huella de agua si el objeto de estudio es conocer el impacto que se produce sobre la disponibilidad de agua o la acidificación acuática, o incluso el daño potencial que podría causar sobre la salud humana o los ecosistemas (Martínez, Chargoy, Puerto, et al, 2016).

A pesar de sus diferencias, en la mayoría de los casos son dos enfoques que pueden resultar complementarios y necesarios para la toma de decisiones complejas que aborden la sustentabilidad del uso de los recursos hídricos para satisfacer las necesidades humanas.

## 5. Conclusiones

Ante el panorama de crisis ambiental sin precedentes y de nuestra profunda dependencia económica y social del entorno, surge la necesidad de concebir una economía de la sustentabilidad de los BCs, aún cuando se trate de una categoría de bienes que está en discusión, abierta al aporte de juristas y economistas.

Por ello urge:

- Gestionar el uso sustentable de los RNs, BCs y de las capacidades en el territorio para la gobernabilidad y gobernanza democrática de los mismos.

- Profundizar la GIRH.

- Rescatar la importancia de la HH para el cuidado del medio ambiente y como un eficiente instrumento para la participación en políticas locales y nacionales de sustentabilidad ambiental y productiva.

- Aplicar los indicadores para evaluar la sustentabilidad ambiental de la HH azul (destinadas al riego) como así las HH verde y gris.

- Difundir que la HH verde y azul de los cultivos permite contribuir a establecer políticas ambientales con respecto del uso del agua en los mismos.

- Capacitar, fomentar la aplicación de la HH en tanto indicador de sustentabilidad que permite identificar relaciones causa-efecto a nivel socio-ambiental al ser las actividades socioeconómicas el primordial factor de presión sobre los recursos naturales.

- Regular la HH a nivel nacional, en Argentina, a partir de un programa de HH y de sellos de frutos y productos con HH.

- Difundir y fomentar la aplicación de la norma ISO 14046: 2014, de Gestión ambiental (enfoque más completo que el de la HH), a fin de evaluar los impactos ambientales de las actividades productivas que usan el agua como recurso natural fundamental, favoreciendo la mejora en la gestión de este escaso recurso.

Por lo que tanto la HH, en sus diferentes manifestaciones, como la ISO 14046, se constituyen en óptimos instrumentos para la sostenibilidad ambiental del agua de riego como BC.

## 6. Referencias

- Aenor.  
[http://www.aenor.es/aenor/normas/normas/fichanorma.asp?tipo=N&codigo=N0054640#.Wqk9\\_WrOWM8](http://www.aenor.es/aenor/normas/normas/fichanorma.asp?tipo=N&codigo=N0054640#.Wqk9_WrOWM8)
- Agriculturers. 2014. Red de especialistas en agricultura. Opinión. Huella hídrica, indicador del agua que consumimos. <http://agriculturers.com/huella-hidrica-indicador-del-agua-que-consumimos/>
- Cafferatta, Néstor. 2016. Orden público. Derecho ambiental. Medio ambiente. Unificación civil y comercial. constitución nacional. Derechos constitucionales. *Revista digital Pensamiento Civil*.  
<http://www.pensamientocivil.com.ar/autores/nestor-cafferatta>.
- Centro de Análisis y Prospectiva, Gabinete Técnico de la Guardia Civil. 2016. Nota de futuro 1 / 2016. Informe de riesgos globales. 23/02/16. [http://intranet.bibliotecasgc.bage.es/intranet-tmpl/prog/local\\_repository/documents/17801.pdf](http://intranet.bibliotecasgc.bage.es/intranet-tmpl/prog/local_repository/documents/17801.pdf).
- Cosude. Centro de Análisis de Ciclo de Vida y Diseño Sustentable CADIS, Embajada de Suiza en Colombia, Agencia Suiza para la Cooperación y el Desarrollo. Martínez A., Chargoy J., Puerto M., Suppen N., Rojas D., 2016. *Huella de Agua (ISO 14046) en América Latina, análisis y recomendaciones para una coherencia regional*.  
[http://www.ana.gob.pe/sites/default/files/archivos/paginas/huella\\_de\\_agua\\_en\\_america\\_latina.pdf](http://www.ana.gob.pe/sites/default/files/archivos/paginas/huella_de_agua_en_america_latina.pdf)
- Declaración de Dublín de 1992.  
<http://appweb.cndh.org.mx/derechoagua/archivos/contenido/CPEUM/E1.pdf>
- Falkenmark, M. 1995. Land and Water Integration and River Basin Management, FAO *Land and Water Bulletin* Number 1. Roma, Italia.
- Ferrer, Montserrat, Viegas, Marcio. 2014. Huella hídrica: La nueva norma internacional ISO 14046: 2014 y su implementación. CONAMA. Congreso Nacional de Medio ambiente.  
<http://www.conama.org/conama/download/files/conama2014/CT%202014/1896712004.pdf>
- González Reyes, Luis. 2012. La sostenibilidad parte de la gestión de los bienes comunes. *Publicado en el n° 53 de Pueblos – Revista de Información y Debate – Tercer trimestre de 2012*.  
<http://www.revistapueblos.org/blog/2012/08/28/la-sostenibilidad-parte-de-la-gestion-de-los-bienes-comunes/>
- Gutiérrez, Verónica Lourdes. 2016. Huella Hídrica de Cítricos. Impacto sobre la disponibilidad de agua en la etapa de producción primaria de naranjas (Citrus

sinensis) en la Provincia de Entre Ríos, Argentina. Tesis de grado de ingeniería en recursos naturales renovables. Instituto de Ciencias Humanas, Sociales y Ambientales (INCIHUSA) - CCT Mendoza CONICET. Mendoza - Argentina. Lujan de Cuyo, Mendoza. [bdigital.uncu.edu.ar/objetos\\_digitales/7636/huella-hidrica-de-ctricos.pdf](http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/7636/huella-hidrica-de-ctricos.pdf)

Hardin, Garret. 1968. The Tragedy of de Commons. *Revista Science*, n° 162: 1243-1248.

Houtart, François. 2011. De los bienes comunes al bien común de la humanidad. <http://www.imdosoc.org/web/de-los-bienes-comunes-al-bien-comun-de-la-humanidad/>

[http://www.atl.org.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=669&Itemid=](http://www.atl.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=669&Itemid=)

<http://www.barilocheopina.com/noticias/2014/10/27/15328-presentan-proyecto-de-ley-para-medir-la-huella-hidrica-en-la-argentina>

<http://www.diariosur.es/economia/agroalimentacion/201706/09/agricultura-consume-entre-agua-20170609004317-v.html>

<http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/13-429.html>

<https://www.iagua.es/noticias/colombia/ccafs/15/12/10/que-es-huella-hidrica-y-cual-es-importancia-agricultura>

<http://www.vidasostenible.org/informes/huella-hidrica-el-consumo-oculto-de-agua/>

Iso. <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:14046:ed-1:v1:es>. ISO 14046: Primera norma internacional sobre la Huella Hídrica.

<https://dqsiberica.com/2014/11/10/iso-14046-huella-hidrica/>

Lorenzetti, Ricardo. 2008. *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, pp. 9-10.

Mallma Capcha, Tito. 2015. Huella hídrica de los productos agrícolas de la región Junín comercializadas en la ciudad de Lima. Tesis para optar el grado de doctoris philosophiae, Lima, Perú.

<http://repositorio.lamolina.edu.pe/bitstream/handle/UNALM/2166/P10-M34-T.pdf?sequence=1>

Mattei, Ugo. 2013. *Bienes Comunes, un manifiesto*. Ed. Trotta, Madrid, p. 66.

Mayorga Alvarado, Eduardo. 2014. *El agua, un bien escaso*, Siglo 21.

Moral Ledesma, Beatriz. 2013. *Un acercamiento a la gestión de los bienes comunes y las organizaciones colectivas en el primer sector en EUSKADI*. Estudio promovido por Katilú, Unidad mixta de innovación de Hazi, Neiker, Azti e Innobasque. Edita: Katilú.

[http://www.katilu.net/bienescomunes/ca/pdfs/Bienes\\_Comunes/files/res/download/BCC.pdf](http://www.katilu.net/bienescomunes/ca/pdfs/Bienes_Comunes/files/res/download/BCC.pdf)

Morello, Augusto M. 1998. *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*, Vol. 1, p. 299, Platense.

Naciones Unidas. 2015. Informe de las Naciones Unidas sobre los Recursos Hídricos en el Mundo. Resumen ejecutivo agua un mundo sostenible. <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002322/232272s.pdf>

Ostrom, Elinor. 2011. *Gobierno de los bienes comunes. La evolución de las Instituciones de acción colectiva*. 2da. ed. México, UNAM-CRIM-FCE, 2011, p. 77. Traducción: Leticia Merino Pérez. Título original: *Governing the commons. The evolution of institutions for collective action*. 1990. Cambridge University Press.

Ostrom, Elinor. 2002. The evolution of norms within institutions: comments on: Paul R. Ehrlich and Anne h. ehrlich's, *Environment and Development Economics*, Cambridge University Press, vol. 7 (01): 2.

Peña Chacón, Mario. Derecho humano al agua. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24593.pdf>

PNUD. 2006. Informe sobre Desarrollo Humano. *Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua*. [hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2006\\_es\\_completo.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2006_es_completo.pdf)

*Presentación de los Bienes Comunes*. <http://www.pidesoneuba.com/sites/default/files/Bienes%20Comunes%20-%20Documento%20BASE.pdf>

¿Qué es la Huella Hídrica? <http://www.aclimatecolombia.org/huella-hidrica/> [www.aclimatecolombia.org/huella-hidrica/](http://www.aclimatecolombia.org/huella-hidrica/) Qué es la huella hídrica y cuál es su importancia en la agricultura? <https://www.iagua.es/noticias/colombia/ccafs/15/12/10/que-es-huella-hidrica-y-cual-es-importancia-agricultura>

Schlager, Edella and Ostrom, Elinor. 1992. Property Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis. 68 *Land Economics*, 249-262. <http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/Ec100C/Readings/OstromSchlager.pdf>

Serrano, Lidia. García, Aniza y Marín, Gonzalo. 2012. *El bien común, el derecho humano al agua y las políticas de privatización*. <https://www.ecologistasenaccion.org/article22493.html>

Vázquez del Mercado Arribas, Rita, Buenfil Rodríguez, Mario Óscar. Huella hídrica de América Latina: retos y oportunidades. 2012. *Aqua-LAC*, vol. 4, n° 1. [http://www.huellahidrica.org/Reports/Vazquez%20del%20Mercado%20Arribas%20and%20Buenfil%20\(2012\).pdf](http://www.huellahidrica.org/Reports/Vazquez%20del%20Mercado%20Arribas%20and%20Buenfil%20(2012).pdf)

Zamagni, Stefano. 2014. Bienes comunes y economía civil. *Revista Cultura Económica* n° 87, Año XXXII n°87: 8-25. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/bienes-comunes-economia-civil.pdf>





# “La huella hídrica como forma adoptada para el canon de uso del agua en la Provincia de Buenos Aires”

*Alfredo Gustavo Diloreto*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

Mail de contacto: [agdiloreto@yahoo.com.ar](mailto:agdiloreto@yahoo.com.ar)

---

## RESUMEN

Partiendo del marco jurídico que regula el dominio del agua desde el Código Civil, hasta el nuevo Código Civil y Comercial y las disposiciones constitucionales, donde las provincias detentan el dominio de los recursos naturales que les asigna la potestad para regular su manejo, se analiza la normativa del Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires, que establece el régimen de protección, conservación y manejo del recursos hídrico.

En este se prevé el pago de un canon para los concesionarios o permisionarios de derechos de uso del agua pública, que se instrumentó a través del Decreto 429/13 mediante el concepto de huella hídrica, y que al momento sólo se ha aplicado para el uso extractivo o consuntivo del agua, lo que motivara su impugnación judicial, analizándose en el presente dos fallos dictados ante esas acciones.

**Palabras clave: Regulación del Agua - Canon – Huella Hídrica.**

---

## ABSTRACT

Starting from the legal framework that regulates the water domain from the Civil Code to the new Civil and Commercial Code and the constitutional provisions where the provinces hold the domain of natural resources that assign them the power to regulate their management, the regulations of the Water Code of the Province of Buenos Aires are analyzed, which establishes the regime of protection, conservation and management of water resources.

This provides for the payment of a fee for concessionaires or permit holders of public water use rights, which was implemented through Decree 429/13 through the concept of water footprint, and which at the moment has only been applied for the use of water. extractive or consumptive of the water, which will motivate its judicial challenge, analyzing in the present two faults distant before those actions.

**Keywords: Water regulation – Canon – Water Footprint.**

---

### 1. Antecedentes

El Código Civil sancionado en el año 1869 siguió los criterios económicos y jurídicos en boga en la época y se caracterizó por su individualismo, por ello el dominio del artículo 2506 fue definido como “...el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”.

En este sentido, Vélez se preocupó en primer término de que la libertad individual no sufriera desmedro, ni tampoco, las facultades del titular en cada

caso; trasplantada esta doctrina al régimen del dominio –figura de suyo favorable para amplificar las facultades del sujeto- se explica que ellas alcanzaran ese grado excesivo, que se le permitiera degradar y destruir la cosa, conservar la propiedad a despecho de su inacción persistente; extenderla de una manera infinita a la atmósfera y al subsuelo (Lafaille, 1943),

Entre los caracteres que le asignaba al dominio, y si bien en la definición no se lo incluía, se hallaba el de ser absoluto, ya que conforme al artículo 2506 la cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona y el artículo 2513, permitía desnaturalizarla, degradarla y destruirla. Vélez en la nota a este último artículo señalaba que “...Importa, sin embargo, observar que los excesos en el ejercicio del dominio son en verdad la consecuencia inevitable del derecho absoluto de propiedad, pero no constituyen por si mismos un modo del ejercicio de este derecho que las leyes reconocen y aprueban... Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituyera en juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida.”

El concepto de dominio y su extensión en el espacio son también amplios, ya que en su redacción original, la propiedad de las aguas subterráneas se hallaba regida por el art. 2518, que extendía la propiedad del suelo a toda su profundidad y al espacio aéreo en líneas perpendiculares, por lo que constituían una propiedad privada del dueño de la superficie en la cual se hallaban, pudiendo también favorecer la privatización de las tierras y tutelar en forma estricta y amplia la propiedad agraria (Pastorino, Cenicacelaya, Diloreto, 2013).

En consecuencia el propietario de la superficie podía efectuar todas las perforaciones o excavaciones que considerara necesarias, ya que conforme al art. 2514 de esas facultades no puede ser restringido, y de usar y gozar de las aguas descubiertas conforme a los derechos que le acordaba el art. 2513 al propietario.

La ley 17.711 (B.O. 26/04/68 Y Fe de Erratas B.O. 05/05/68) cambia esta situación e incorpora al dominio público del Estado las aguas subterráneas y todas aquellas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general junto a los ríos, sus cauces y las demás aguas que corren por cauces naturales (inc. 3 del art. 2340), cuestión esta que habría operado como una expropiación sin indemnización, y por lo tanto contraria a las disposiciones del art. 17 de la Constitución Nacional (Pastorino, 2011) que generara una extensa y aún irresuelta discusión sobre la constitucionalidad de dicha reforma.

Ante ello, en la misma norma se garantiza el ejercicio regular del derecho del propietario de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación, sin perjuicio del derecho al uso y goce de los bienes públicos sujetos a las disposiciones del Código y a las ordenanzas generales o locales (art. 2341).

Por otra parte, pertenecen al dominio privado de los particulares las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad (art. 2350), las

aguas de lluvia que caen en las mismas (art. 2635) y las aguas surgentes (art. 2637). La inclusión del agua en una u otra categoría, es efectuada conforme a la importancia que ella reviste por la utilidad que presta al país, determinando así su afectación. Ello determina que el público titular del uso y goce de las cosas públicas, varía según se trate de usos comunes o especiales, tratándose en el primer caso de un público genérico, por ejemplo el uso del agua por el hambre para apagar su sed, y en el segundo de uno específico, representado por la categoría de permisionarios y concesionarios (Marienhoff, 1996).

Actualmente el Código Civil y Comercial aprobado por la Ley 26.994 (B.O. del 8 de octubre de 2014) que entrara en vigencia el 1° de agosto de 2015, en su art. 235 inc. c) considera como bienes pertenecientes al dominio público “los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales”.

Y distingue como bienes del dominio privado “del estado nacional, provincial o municipal, los lagos no navegables que carecen de dueño” (art. 236 inc. c) y el artículo 237 determina que “los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles”. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales. La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan su carácter nacional, provincial o municipal.

En cuanto a las aguas de los particulares, el art. 239 establece que las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho y pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles.

Con respecto al uso de los bienes, el artículo 240 establece que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva y 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 y cualquiera sea la jurisdicción en que se

ejercen los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable (art. 241).

## **2. Disposiciones constitucionales**

El agua constituye uno de los elementos imprescindibles para el desarrollo de la actividad agraria y siendo el agua del dominio público la principal fuente de provisión, las provincias que en nuestro sistema federal preexisten a la Nación se reservaron el ejercicio del poder de policía (art. 121 de la C.N.) y han reglado el uso de la misma, sin perjuicio de la potestad de la Nación de dictar las leyes de presupuestos mínimos en materia de protección de los recursos naturales, conforme se estableció en su artículo 41 con la reforma introducida en 1994 (tal como ocurrió con las leyes 25.688 y 25.675).

Asimismo, el artículo 124 de la Constitución Nacional declara que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994, tras la reforma, en su artículo 28 reivindicó el dominio eminente provincial sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio.

## **3. Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires**

En ese marco constitucional, la provincia de Buenos Aires en año 1999 sanciona su Código de Aguas (B.O. 09/02/99) por el que se establece el régimen de protección, conservación y manejo del recurso hídrico, derogando el Libro Tercero del Código Rural.

### **a) Uso y aprovechamiento del agua y de los cauces públicos**

En el Título III, que será de aplicación al uso y aprovechamiento del agua, al referir al uso común, el artículo 25 garantiza que “toda persona podrá usar el agua pública a título gratuito, de conformidad a los reglamentos generales, para satisfacer necesidades domésticas, bebida e higiene, transporte gratuito de personas o cosas, pesca deportiva y esparcimiento sin ingresar en inmueble ajeno, no debiendo contaminar el medio ambiente ni perjudicar igual derecho de terceros para satisfacer necesidades para la vida misma”, ello en concordancia con lo normado en el Código Civil.

Asimismo, en el artículo 28 se establece el carácter *intuito re* de las concesiones y permisos para usar y gozar del agua, que constituyen un derecho accesorio e inseparable del inmueble para cuyo beneficio se otorgan y se transmite de pleno derecho a los adquirentes de su dominio.

Sobre este último aspecto, el capítulo III al establecer los usos especiales que se otorgarán por concesión, enumera el abastecimiento de agua potable, uso agropecuario, industrial, recreativo, deportivo y de esparcimiento, energético, de aguas con propiedades terapéuticas, medicinales y termales o vapor de agua, minero, piscícola y flotación y navegación (art. 55). Ésta, es meramente enunciativa, pudiendo establecerse otros usos, como se efectuó a través del

decreto 429/2013 Anexo II (B.O. 04/09/13) en virtud de la facultad concedida a la Autoridad del Agua por el artículo 56, al incorporarse el uso destinado a satisfacer las necesidades básicas de consumo de agua, limpieza y saneamiento no previstos en el inc. a) del artículo 55 de la Ley N° 12257, el riego de cultivos de terrenos que no excedan de media hectárea destinados a las economías familiares o comunitarias, y el suministro de aguas para surtir bocas contra incendios o hidrantes; el aprovechamiento del agua para beneficio individual o particular no contemplado como consumo humano, con capacidad de almacenamiento mayor a 10 m<sup>3</sup> y la asignación de agua al ambiente destinada a mantener los componentes, funciones, procesos y resiliencia de los ecosistemas que proporcionan bienes y servicios a la sociedad. Implica establecer no sólo cantidad, sino calidad y régimen de variación de flujo de agua.

Esta distinción entre uso común y especial, halla su fundamento en la necesidad de optimizar el uso eficiente de un recurso limitado que permita satisfacer las necesidades de toda la población.

En cambio para la actividad pecuaria, el uso del agua destinada a abreviar y bañar ganado propio o ajeno según el art. 65 dice que será objeto de permiso de uso en la cantidad que indique la autoridad de aplicación, la que también establecerá la obligación o no de inscribirse en los registros respectivos.

En orden a la potestad provincial para determinar el modo y la forma para el uso y goce de los bienes del dominio público, la Provincia de Buenos Aires ha establecido las de la concesión y el permiso.

Por ello, el Código en el Capítulo II, regla las condiciones para los permisos y concesiones, estableciendo que la autoridad de aplicación podrá otorgar permisos para la ocupación, el uso o el aprovechamiento exclusivos de agua, álveos o cauces públicos (art. 34) o mediante concesiones, las que son definidas como un derecho conferido ante el requerimiento de personas físicas o jurídicas, privadas, públicas o mixtas por el Estado (art. 37).

El canon a pagar por los concesionarios o permisionarios de derechos de uso de agua pública se establecerá reglamentariamente, según los diferentes usos atendiendo a criterios de prioridad, planificación, disponibilidad y calidad del recurso, y toda otra circunstancia propia o derivada de cada utilización.

#### **b) Pago del Canon**

El artículo 43 del Código de Aguas prevé que el canon a pagar por los concesionarios o permisionarios de derechos de uso de agua pública se establecerá reglamentariamente, según los diferentes usos atendiendo a criterios de prioridad, planificación, disponibilidad y calidad del recurso, y toda otra circunstancia propia o derivada de cada utilización.

Esta norma, actualmente ha sido reglamentada por el Decreto 429/13 (BO del 4/9/13 N° 27236 –Suplemento–), que aprueba la reglamentación de los artículos 43, 56 y 67 del Código citado y delega en el Ministro de Infraestructura de la Provincia de Buenos Aires, la facultad de fijar periódicamente el valor del canon

mediante la actualización de los componentes monetarios de la fórmula establecida en la reglamentación aprobada como Anexo I en el artículo precedente, según las variaciones de costos que pudieran producirse.

En él se establece que el canon por uso del agua será el instrumento económico principal por el cual se solventarán los Planes de Gestión Integrada de los Recursos Hídricos para cada región o subregión hidrológica en el ámbito provincial.

### **c) Instrumentación del Canon**

A fin de su instrumentación, en los planes de gestión integrada de los Recursos Hídricos se deberá determinar el valor económico del agua para cada región o subregión hidrológica y el canon a aplicar en cada caso no deberá ser superior al valor determinado para cada región o subregión hidrológica.

Para su cálculo se utilizará la fórmula a determinar por la Autoridad del Agua que contenga los conceptos de Huella Hídrica y todos aquéllos que surjan a partir de la mejora del conocimiento hidrológico de la región y del aprovechamiento de los usuarios.

Para su confección, deberá contemplarse, el tipo de usuario, la huella hídrica resultante de la medición de volúmenes de agua implicados en el desarrollo de la actividad del establecimiento productor o de servicios, expresada en metros cúbicos mensuales, la ponderación de la vulnerabilidad, disponibilidad, u otra característica o estado inherente a las fuentes de abastecimiento o cuerpos receptores, los costos que demande la administración y gestión de usuarios, los estudios, monitoreos hidrológicos, planificación y control, la aplicación de regímenes de incentivos respecto a la mejora en la eficiencia de uso, al reuso de aguas dentro de los establecimientos o de la complementación en la utilización de aguas pluviales y/o provenientes de acuíferos con aguas salobres o saladas y a la protección de zonas estratégicas que brinden servicios hidrológicos tales como zonas de recarga y protección de caudal base, entre otros.

A su vez, define el uso extractivo o consuntivo del agua que implica la extracción de volúmenes de agua de los cuerpos acuáticos superficiales o de los acuíferos con flujo de retorno perdido y como uso no extractivo, *in situ* o no consuntivo el que corresponde al uso que ocurre en el propio cuerpo de agua, sin extracción del recurso.

### **d) "Huella Hídrica" o huella de agua**

El decreto la define como el volumen total de agua usado para producir los bienes y servicios utilizados por una empresa, o consumidos por un individuo o comunidad. El uso de agua se mide en el volumen de agua consumida, evaporada o contaminada, ya sea por unidad de tiempo o por unidad de masa. La huella de agua se puede calcular para cualquier grupo definido de consumidores (por ejemplo, individuos, familias, pueblos, ciudades, provincias, estados o naciones) o productores (por ejemplo, organismos públicos, empresas privadas o el sector económico).

En el anexo I se indica que este concepto de huella hídrica fue introducido en 2002 por el profesor Arjen Hoekstra de UNESCO-IHE, como un indicador alternativo del uso del agua y un indicador del consumo y contaminación de agua dulce, que contempla las dimensiones directa e indirecta de un consumidor o de un productor.

En las definiciones contenidas en Anexo I, que fuera aprobado por el Decreto 429/13, se indica que el estudio de la huella hídrica a niveles territoriales específicos permite conocer exactamente cuánta agua, y en qué condiciones, se utiliza de los recursos hídricos locales, y que cantidad sería necesaria para contrarrestar las corrientes contaminadas (Chapagain y Orr, 2009). Se puede establecer de donde procede el agua en el ciclo hidrológico, a la vez que se relacionan los productos comercializados con las zonas de producción. Para su cómputo, la metodología desarrollada por Chapagain y Hoekstra (2004) (actualizada en Hoekstra et al., 2009, y posteriormente en Hoekstra et al., 2011), se han establecido los estándares de cálculo a nivel mundial.

La “Huella Hídrica” dentro de un área geográfica se define como el consumo y la contaminación total del agua dentro de los límites de dicha área (unidad espacial administrativa o hidrológica) que se calcula como la suma de la “Huella Hídrica” de todos los procesos que utilizan agua en dicha área y el cálculo de la “Huella Hídrica” de un producto se aplica tanto a los productos de la agricultura, como de la industria o del sector servicios.

En el cálculo de la huella hídrica de un proceso en la producción de bienes y servicios, Hoekstra et al. (2009) incluyen a la “Huella Hídrica” azul, la “Huella Hídrica” verde y la “Huella Hídrica” gris.

La huella hídrica de un producto se define como el volumen total de agua que se utiliza directa o indirectamente para producir un determinado producto. En su cuantificación se considera el consumo de agua y su contaminación en todas las etapas de la cadena de producción, como por ejemplo para producir un kilo de carne vacuna se utilizan en promedio 15.500 litros de agua o un kilo de trigo unos 1500 litros, variando de acuerdo al lugar geográfico y el momento en que se realiza el cálculo.

La Huella Hídrica de un productor (consumidor de agua) está vinculada al volumen de producción, tecnología de producción y tratamiento de aguas residuales, gestión del agua en el establecimiento y estrategias de uso sostenible, identificadas como variables más destacadas.

Las tres huellas hídricas incluidas en el proceso de producción de bienes y servicios son caracterizadas como “Huella Hídrica” azul que es un indicador del uso consuntivo de agua azul en los procesos de evaporación, el agua incorporada en un producto, el flujo de retorno perdido que no está disponible para su reutilización dentro de una misma área geográfica, porque no retorna al mismo cauce o acuífero de donde fue extraída (por ejemplo cuando se vierte al mar o a otro sistema hídrico), la que no está disponible para su reutilización dentro de



una misma área geográfica, porque no retorna en el mismo período (por ejemplo cuando se extrae agua en un período de sequía y se devuelve en un período húmedo).

Asimismo, se pueden distinguir tres diferentes tipos de fuentes de agua azul en la evaluación de la “Huella Hídrica” azul de un proceso: aguas superficiales (“Huella Hídrica” azul claro), aguas subterráneas libres o renovables (“Huella Hídrica” azul oscuro) y aguas subterráneas fósiles (“Huella Hídrica” negra).

“Huella Hídrica” verde, es la precipitación que llega al suelo, almacenándose temporalmente en la parte superior del suelo o en la vegetación. Por lo tanto, es el volumen de agua de lluvia consumida durante el proceso de producción. Este tipo de huella es relevante en los productos agrícolas y forestales, donde es igual a la evapotranspiración en los cultivos y plantaciones más el agua incluida en el producto cosechado.

“Huella Hídrica” gris es un indicador del grado de contaminación del agua en un determinado proceso. Se define como el volumen de agua de un cuerpo receptor que se necesita para asimilar la carga de contaminantes, basado en las normas vigentes de calidad ambiental del agua. Se calcula como el volumen de agua que se requiere para diluir los contaminantes hasta el punto de que la calidad del agua ambiental se mantenga por encima de lo estipulado en las normas de calidad del agua. Es un uso no consuntivo.

#### **e) Disposiciones transitorias**

Los usos comprendidos en el decreto que implementa el pago del canon son los que utilizan el agua como insumo, distintos tipos de uso y el que utiliza el agua como materia prima, comenzándose su implementación por el primero.

Para ello, y hasta tanto no se efectivice la medición directa de volúmenes y cargas para el cómputo del canon, los usos consuntivos que integran la Huella Hídrica serán temporariamente reemplazados por los caudales de explotación denunciados en las declaraciones juradas anuales rubricadas por el usuario y/o calculados por la Autoridad del Agua. El caudal de explotación anual será prorrateado mensualmente.

Los usos no consuntivos que integran la Huella Hídrica no se integrarán a la fórmula de canon transitoriamente, hasta tanto se efectivicen las mediciones respectivas.

Por último, para el uso del agua como única materia prima o como componente principal (aguas minerales, aguas gasificadas, hielos, gaseosas u otras) contemplados en el artículo 67 del Código de Aguas, se establece que para aquellos productos que tengan en su composición un volumen igual o superior al 50% de agua, serán alcanzados por un pago adicional equivalente a un 50% del canon calculado según reglamentación del Artículo 43 de la Ley N° 12257, canon que aún no se implementó.

#### 4. Impugnaciones

Ante esa implementación progresiva del canon a pagar por los concesionarios o permisionarios de derechos de uso de agua pública, la Asociación Argentina de Acabado de Metales (S.A.D.A.M.) dedujo por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial de La Plata una pretensión anulatoria contra la resolución N° 257/14 de la Autoridad del Agua de la Provincia de Buenos Aires (A.D.A.) y el Decreto N° 429/13 que le sirve de sustento, al considerar que se ha quebrantado el principio de legalidad tributaria, en tanto el canon por uso del agua pública sería técnicamente un tributo cuyo establecimiento por mandato constitucional, se halla reservado al Poder Legislativo y en ese sentido advierte con respecto al Decreto 429/13 por el cual se delegó al Ministerio de Infraestructura la facultad de fijar periódicamente su valor, ha mediado una “arrogación ilegítima de funciones de un poder a otro” cuya consecuencia no puede ser otra que la nulidad absoluta y por otro lado resalta que la motivación del mismo se hallaría viciada, tornándola incongruente con su faceta teleológica al justificar su dictado en pos de la preservación cuantitativa y cualitativa del recurso hídrico que al mismo tiempo restringe su acceso lesionando lo que considera el “derecho humano al agua” y requiere una medida cautelar no innovativa.

Este Juzgado, en su primera intervención se declaró incompetente y ordenó remitir las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia por entender que era un caso propio de su competencia originaria -que le asigna el art. 161 inc. 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- y decidió denegar la concesión de la medida cautelar solicitada.

El Alto Tribunal aceptó la competencia y resuelve radicar la causa ante sus estrados en la Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo y le confiere a la actora un plazo de quince días para que adecúe su presentación al proceso de inconstitucionalidad y firme esa resolución o vencido el plazo para readecuar la demanda, vuelvan los autos para el tratamiento de la medida cautelar solicitada.

La Corte Suprema en la causa I.73.388 recaratulada “Asociación Argentina de Acabado de Metales (S.A.D.A.M.) c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad Resolución 257/14 del A.D.A. y Decreto 429/13”, en su fallo del 1 de julio de 2015, consideró que como reiteradamente se ha sostenido, el examen de los requisitos a los que se halla sujeta la procedencia de las medidas cautelares es particularmente estricto en el ámbito de la acción originaria de inconstitucionalidad, atento a la presunción de constitucionalidad de que gozan las normas susceptibles de ser cuestionadas por su conducto, no advirtiendo la alegada verosimilitud del derecho ni el supuesto peligro en la demora, indispensables para el despacho favorable de la cautelar solicitada por la accionante.

En orden a lo primero y contrariamente a lo que se propone, ésta no surge de la mera constatación de disposiciones contenidas en el estatuto de la asociación y su acta de designación de autoridades, de consuno con un comunicado emitido por la Asociación de Industriales Metalúrgicos de la República Argentina (A.D.I.M.R.A.) que daría cuenta del impacto negativo que tendría la medida en el sector industrial.

Esto, se vincula a la legitimación activa exigible en el caso concreto; lo segundo, asumiendo que se trata de la documental agregada posteriormente a fs. 70 al no existir otra constancia similar en el expediente, carece de virtualidad para acreditar esta parcela. De allí que, frente al desamparo argumentativo que esto implica, no es posible tener por configurado el extremo bajo análisis.

Tampoco concurre un supuesto de peligro en la demora que justifique la concesión de la cautelar solicitada (arts. 195, 230, 232 y concs. C.P.C.C.).

Cabe recordar que la evaluación de este recaudo exige ponderar tanto el gravamen que produciría la implementación del canon cuestionado si al cabo del mismo resultaría la paralización temporal de sus efectos en el supuesto de arribarse a una sentencia adversa a la pretensión; entonces, tal balance arroja un saldo desfavorable al otorgamiento de la tutela cautelar pretendida, ya que meras afirmaciones vinculadas a la "caída del nivel de actividad industrial y un récord de presión tributaria", desprovistas de todo otro elemento para su corroboración, obstan al cotejo fehaciente de la repercusión que tendría el canon que se denuncia violatorio de normas constitucionales, en la concreta situación económica y financiera de los sujetos nucleados por quien acciona (doctr. causa I. 72.199 "Gómez de Álzaga", res. del 27-XI-2013 y sus citas).

Por tales razones y sin que ello implique emitir opinión sobre el fondo de la cuestión planteada, resolvió denegar la medida cautelar solicitada por la parte actora.

En otra causa, la Unión Industrial Argentina promueve demanda contencioso administrativa contra la Autoridad del Agua de la Provincia de Buenos Aires solicitando se anule la Resolución N° 401/15 dictada por dicho organismo que agota el reclamo efectuado en relación a la nulidad absoluta de las Resoluciones N° 881/14 y N° 257/14 de la Autoridad del Agua de la Provincia de Buenos Aires (A.D.A.) y el Decreto N° 429/13 que les da sustento, la que recae en el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 3 del Departamento Judicial La Plata.

Asimismo, se solicita la suspensión in limine de los efectos y de la ejecutoriedad derivada de las normas atacadas mediante el dictado de una medida cautelar positiva innovativa que ordene suspender la aplicación y en consecuencia el cobro del canon del agua, toda vez que genera graves riesgos que afectan no sólo los derechos de todas las empresas radicadas en esta provincia sino también a los derechos de todos los habitantes por significar un grave riesgo a la calidad ambiental y a la disponibilidad de los recursos hídricos de la misma.

En el fallo dictado con fecha 12 de abril de 2016 en la causa caratulada “Unión Industrial Argentina c/Autoridad del Agua y otros/Pretensión anulatoria” N° 28193, se resolvió que la procedencia de las medidas cautelares queda subordinada a la verificación de los siguientes extremos insoslayables: la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y que la medida no afecte gravemente el interés público.

Asimismo en la medida cautelar, cuando se intenta contra la Administración Pública es menester que se acredite prima facie y sin que ello implique prejuzgamiento de la solución de fondo la manifiesta arbitrariedad del acto cuestionado, y ello porque los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, razón por la cual, en principio, ni los recursos administrativos ni las acciones por las cuales se discute su validez suspenden la ejecución, lo que determina prima facie la improcedencia de las medidas cautelares.

En la demanda, la parte actora, afirmaba que la fórmula establecida en el Decreto 429/13 no respeta los criterios previstos en el artículo 43 de la Ley 12.257, por lo tanto, si bien no se cuestiona el cobro de un canon por el uso del agua se debaten los parámetros para su cálculo, ya que de continuarse con el cobro del canon se estaría convalidando un perjuicio económico, real y actual; el Juzgado consideró que no resultan suficientes para tener por verosímil el derecho invocado no advirtiendo que las resoluciones impugnadas adolezcan de arbitrariedad, ilegalidad o irrazonabilidad manifiestas que ameriten suspender su ejecutoriedad.

En consecuencia, no hallándose configurado el requisito de verosimilitud del derecho, se resolvió desestimar la medida cautelar solicitada.

## **5. Conclusiones**

Si bien, desde la sanción del Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires en 1999, se estableció en el artículo 43 que los concesionarios o permisionarios de derechos de uso de agua pública, sea esta subterránea o superficial, pagarán un canon, el que se establecerá reglamentariamente según los diferentes usos atendiendo a criterios de prioridad, planificación, disponibilidad y calidad del recurso, y toda otra circunstancia propia o derivada de cada utilización, con la sanción del Decreto 429/13 se integra la reglamentación de esta norma en orden a su implementación, ya que no había sido comprendida en el Decreto 3511/07 reglamentario del Código, al considerarse que la política del sector debe propender a alcanzar la mejor satisfacción de las demandas de agua y compatibilizar el desarrollo general, regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo, racionalizando sus usos con relación al ambiente y demás recursos naturales, debiendo ser aprovechados procurando el máximo beneficio sustentable para la

generación actual, garantizando su potencialidad para satisfacer las necesidades futuras.

Una vez determinada la huella hídrica como parámetro para conformar el canon tal como se adopta en este decreto, y se abandone la fórmula provisoria, correspondería que ello no sólo sirva para solventar parte del costo que demande la dirección y coordinación de las mediciones hidrológicas periódicas que permitan el conocimiento cuali-cuantitativo del recurso, los estudios y relevamientos para la determinación de disponibilidad, cantidad, calidad y distribución de los recursos hídricos superficiales y subterráneos en las distintas cuencas provinciales. Además se destaca como función del Estado dirigir y coordinar los estudios básicos, defensa, preservación y control de los recursos hídricos en todas sus manifestaciones y estados, tal como se expresa en los considerandos.

Ello, toda vez que siendo la huella hídrica una herramienta de gestión, pública o privada, permitiría la adopción de políticas que orienten las actividades a desarrollar en una región optimizando la utilización del recurso agua que requieran para ser llevadas a cabo, alentándolas o desalentándolas.

Asimismo, a través de ella se podría avanzar en el ordenamiento territorial ambiental como una forma de gestión del territorio ya que por cuestiones cada vez más ambientales y de racionalización de las decisiones, debe hacerse para ubicar cada actividad en las zonas potencialmente más aptas (Pastorino, 2011).

## 6. Referencias

- Lafaille, Héctor. 1943. *Derecho Civil*, Tomo III, Tratado de los Derechos Reales, Vol. I, pág.867. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires.
- Pastorino Leonardo Fabio, Cenicacelaya María De las Nieves, Diloreto Alfredo Gustavo. 2013. *Régimen de dominio de las aguas subterráneas y consecuencias para su gestión, protección, tutela y aprovechamiento*. VIII Congreso Argentino de Hidrogeología, 17 al 20 de setiembre, La Plata.
- Pastorino Leonardo Fabio. 2011. *Derecho Agrario Argentino*, pag. 240 y ss. Abeledo Perrot, 2° Edición. Buenos Aires.
- Marienhoff Miguel S. 1996. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. VI, pag. 92 y ss. Abeledo Perrot, 3° Edición. Buenos Aires.

# “La línea de ribera y el aluvión desde la legislación y su tratamiento en la jurisprudencia”

*Carlos Marcelo Lamoglia<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP

Mail de contacto: [mlamoglia@way.com.ar](mailto:mlamoglia@way.com.ar)

---

## RESUMEN

La necesidad de identificar las pautas legales que resultan aplicables a la “línea de ribera”, para su correcta identificación en los ríos y espacios ribereños, es ineludible para un correcto cuidado de los bienes públicos y los recursos naturales. De tal forma, se presentan en el trabajo aquellos aspectos jurídicos que han merecido regulación en la legislación de fondo y en el ordenamiento jurídico provincial (Bs.As), ampliando el estudio con la interpretación de la jurisprudencia. El examen del “aluvión” -como uno de las causas de modificación de la línea de ribera- ha merecido también que nos detengamos en su regulación legal.

**Palabras clave:** Ríos-Línea de ribera-Aluvión - Código Civil y Comercial - Código de Agua (Bs.As.) - Jurisprudencia.

---

## ABSTRACT

The need to identify the legal guidelines that are applicable to the "riparian line", for its correct identification in rivers and riverside spaces, is essential for the proper care of public goods and natural resources. In this way, the legal aspects that have merited regulation in the substantive legislation and in the provincial legal system (Bs.As) are presented in the work, expanding the study with the interpretation of jurisprudence. The examination of the "alluvium" - as one of the causes of modification of the riparian line - has also deserved us to stop in its legal regulation.

**Keywords:** Rivers-Riparian Line-Alluvium - Civil and Commercial Code - Water Code (Bs.As.) - Jurisprudence.

---

## 1. Introducción

La trascendencia del agua para la vida es por demás valorada y por ello justifica su estudio desde distintos espacios del conocimiento y, desde la ciencia jurídica, se aportan elementos significativos para su cuidado como un recurso natural no renovable.

Nos proponemos compartir algunas ideas vinculadas a un aspecto significativo en el uso de las riberas de los ríos; en particular lo concerniente a la “línea de ribera” y las formaciones aluvionales que inciden sobre ésta última. Ello al entender que tales aspectos deben evaluarse en una política pública que

atienda el necesario equilibrio que debe evidenciarse entre la protección al medio ambiente y el derecho de propiedad que se propugna sobre los bienes que se forman sobre las riberas.

La temática en examen, que forma parte del estudio de distintas áreas del derecho, mantiene su importancia frente a los nuevos emprendimientos urbanos que se instalan en espacios atractivos -cercano a las costas de un río, mar o bosques- y que, en no muchas ocasiones, terminan invadiendo los mismos espacios con consecuencias negativas y de difícil recuperación. Tal como se propugna desde la doctrina especializada, las políticas habitacionales deben ser encausadas en el marco de los condicionantes que establecen las medidas de conservación de los recursos naturales en juego y como también sus entornos naturales.

Al respecto, desde el derecho español, Víctor Escartín Escudé (2013) advierte:

La importancia del agua como elemento vertebrador de la política territorial y urbanística se observa con toda claridad a la hora de estudiar los condicionantes que este recurso ha impuesto e impone al régimen de utilización del suelo...la inadecuación de determinados espacios para su transformación urbana como consecuencia de los riesgos que generan los cauces y torrentes fluviales (pág. 208).

Y en la misma publicación donde se señalan distintas medidas de protección se hace mención a la necesidad de su cumplimiento no sólo para la conservación y recuperación de los recursos hídricos sino también para sus “entornos” para garantizar el valor ambiental de éstos, “preservándolos de la intervención del hombre” (pág. 217/218). Que no es más que la verificación de un adelanto que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras (Naciones Unidas, Río, 1992).

## **2. La línea de ribera**

La necesidad de delimitar la línea de ribera aparece como ineludible antes de emprender cualquier discusión jurídica que involucre posibles formaciones aluvionales en la costa de los ríos.

En lo que se refiere a los ríos, curso de agua que consideraremos especialmente en el trabajo, es importante recordar que lo constituye su “cauce” y el recurso natural –“agua”-, agregando además que el cauce puede subdividirse en “piso o fondo” y la ribera interna que se encuentra a ambos lados del piso cuando el terreno se eleva y exteriormente marca el límite del río (Mariani de Vidal, 2004, pág.394).

Por su parte, Miguel S. Marienhoff (1939), expresa que todo curso de agua, cualquiera sea su especie (ríos, arroyo, torrente) está esencialmente constituido por dos elementos: el agua y el lecho. El “lecho y el agua integran el concepto de “curso de agua”...considerado éste como unidad legal y natural”. Y al detenerse en el concepto de lecho se lo califica como “la superficie de tierra que las aguas

ocupan habitualmente” y, al detenerse en el elemento “agua”, afirma que se refiere al “agua corriente” que debe diferenciarse del “curso de agua”, toda vez que “el agua corriente representa la substancia líquida considerada con independencia del terreno sobre el cual corre, mientras que el curso de agua (río, arroyo, etc.) es la unidad total representada por el volumen de agua que corre por un cauce determinado” (pág. 272).

La doctrina civilista enseña que la línea de ribera es donde termina la ribera interna, no obstante encontrarse la ribera externa (Mariani de Vidal, 2004) – margen- que no forma parte del río, de su cauce. El río termina en la línea de ribera (Papaño-Kiper-Dillon-Causse, 2004, pág. 204)

La línea de ribera actúa como límite entre el dominio hídrico y el dominio privado – de los particulares y/o del Estado-, lo cual la convierte en el punto de contacto entre dos sectores del ordenamiento jurídico nacional; esto es el derecho privado –organizado hoy mediante las reglas insertas en el Código Civil y Comercial de la Nación- y el derecho público- constituido por la Constitución Nacional, las Cartas fundacionales provinciales y las normas de derecho administrativos dictadas al efecto.

El Código Civil y Comercial de la Nación hace referencia a la línea de ribera de manera expresa al regular el dominio público (art. 235). En particular se señala que en el caso de las playas se encontrarán en las “más altas mareas altas”, es decir la porción de tierras que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales. Y, en el caso de los ríos, aquella se fija por el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Tal pauta –la de los ríos- se aplica también para los lagos y lagunas (Jorge Horacio Alterini -director-, 2016).

Para establecer la línea de ribera –en especial en los ríos- se han pensado distintas reglas. En el anterior régimen de fondo se hacía referencia a las más altas aguas en su estado normal (art. 2577 C.C.) y, en el actual régimen, se establece que integran la categoría de bienes del dominio público: “los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general,... Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos al promedio de las máximas crecidas medias ordinarias” (inc. c, art. 235 C.CyC).

La lectura del artículo, se precisa en la obra colectiva dirigida por Jorge Alterini: “muestra que se trata de la fusión de los incs. 3º y 5º del derogado art. 2340...la norma ostenta ciertos cambios, pero en lo referente a los ríos se mantiene incólume el carácter de bien perteneciente al dominio público...”, agregando que “la trascendencia que el tema reviste, y la profusa y variada



legislación existente, ha dado lugar a una disciplina particular, dentro de los recursos naturales, que es el derecho de aguas (pág. 47).

El mismo código de fondo prescribe que lo vinculado al deslinde de los bienes del dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa (art. 2267). Es por ello que en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la línea de ribera corresponde ser fijada por la Autoridad del Agua; así lo dispone el código del agua (Ley 12.257). Tal ordenamiento provincial al detenerse en la pauta asentada en la ley de fondo indica que las crecidas medias ordinarias es la que nace de promediar los máximos registrados en cada año durante los últimos cinco años (art.18) y señala que la línea de ribera queda configurada por la sucesión de puntos que determinan las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias.

En el código provincial del agua se hace referencia a una característica particular y definitoria de la línea de ribera, esto es que la misma no es “permanente”; ello es así porque sus límites pueden alterarse por diversas causas, algunas de orden natural y otras por actos ilegítimos; y en todos estos supuestos deberá procederse a una nueva fijación y demarcación (art.21).

A su turno la reglamentación de este último artículo prescribe que “para el supuesto de alteraciones de la línea de ribera que no tenga origen en causas naturales o en acto legítimo, corresponderá declarar la clandestinidad de lo obrado e intimar al propietario o responsable a la realización de los trabajos necesarios para restituir, a su costa, las cosas a su estado natural o anterior” (Dec.3511/07)

En este procedimiento aparecerá la “delimitación” entre los bienes de dominio público natural y dominio privado y que se materializa en un acto declarativo que viene a constatar un hecho de la naturaleza que la administración verifica. Y para el caso de los bienes públicos artificial es la “alineación”; la cual igualmente se materializa en un acto administrativo que producirá efectos hacia el futuro.

Dentro de las causas por las cuales pueden corregirse la línea de ribera de los ríos, aparece la formación aluvional que como tal alteran el cauce del río, sus contornos o riberas. De tal aspecto nos ocuparemos en el apartado siguiente.

### **3. El aluvión: su configuración**

Descripta brevemente lo referente a la línea de ribera, nos detendremos ahora en aquellas formaciones de tierra que se van consolidando a la orilla de los ríos de manera natural y como consecuencia del agua que corre por el lecho de río. Hacemos referencia al “aluvión” que cuenta con expreso reconocimiento en el ordenamiento civil y comercial -como también encontraba andamiaje en el articulado del Código de Vélez- (art. 2571) y que se reputa como una manera válida de adquisición del dominio vía “acesión”.

En el Código Civil y Comercial se describe al instituto jurídico que nos ocupa como “el acrecentamiento paulatino e insensible del inmueble confinante con aguas durmientes o corrientes que se produce por sedimentación, pertenece al dueño del inmueble. No hay acrecentamiento del dominio de los particulares por aluvión si se provoca por obra del hombre, a menos que tenga fines meramente defensivos” (art. 1959). Sobre la redacción actual de la norma, la doctrina civilista se ha encargado de puntualizar aquellas notas que definen y consolidan el aluvión (Lorenzetti -direc-,2015, pág.255 y Rivera-Medina-direc-2014, pág. 375).

El aluvión importa un acrecentamiento de tierra -que debe ser paulatino y solo perceptible por el tiempo- que asoma por acción de la corriente del agua que reciben los terrenos confinantes con la ribera de los ríos y arroyos (Papaño, *et al*, 2004). El incremento de tierra puede ser súbito o repentino; pero sin la intervención del hombre, dada el carácter “espontaneo” que deberá acreditarse. El cumplimiento de los requisitos que hacen a su configuración lo ubican entre los modos de adquisición del dominio por vía de accesión natural al incorporarse al dominio del ribereño (Malizia, en Rivera-Medina (direc.), 2014, pág. 376).

El aluvión reposa en principios de equidad, que importa participar de las contingencias favorables y desfavorables. A veces por efecto de causas naturales vinculadas a la corriente del río se pierden terrenos, en otras, se ganan o acrecientan. Lo definitorio es que la ampliación de la propiedad debe ser como consecuencia de la acción directa o indirecta del agua. Solo cuando se advierte una adherencia concreta a la ribera pueda hablarse de un aluvión maduro.

El codificador se encargó de disipar cualquier posibilidad de identificar como terrenos aluvionales aquellos sedimentos que se depositan -por efecto de las aguas- en el cauce del río, que se identifica como el comprendido en los límites de éste último determinado por la línea de ribera (art. 1960) que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Siguiendo las pautas del Código Civil, que estimamos aplicable al régimen actual, tampoco revisten la calidad de aluvión la reunión de tierra cuando está separada por una corriente agua que forma parte del río y no sea intermitente, “ya que en ninguno de esos casos existe adherencia a la ribera externa” al no haber “cesado de ser parte del lecho del río” (Papaño, *et al*, 2004, pág. 204). Obviamente no aparece el aluvión cuando nos encontramos ante el supuesto de un río canalizados ya que las márgenes son artificiales.

Los autores -y algún precedente jurisprudencial- al confrontar la anterior redacción del código civil con la plasmada en el hoy Código Civil y Comercial han planteado ciertos interrogantes sobre la lectura e interpretación del artículo 1959 del código actual ya que éste vincula al aluvión con las “aguas durmientes o corrientes”. Una interpretación exegética o autónoma de la norma podría hacer pensar que el codificador permite adquirir por accesión a los propietarios limítrofes de los espacios de agua que se mencionan en el artículo 235 del C.CyC.

No obstante, tal razonamiento es incorrecto dada la directiva del citado art. 235 del mismo texto legal que se encarga de reputar bienes del dominio público – ya lo adelantamos - a los “ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales...y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general”. Ello importa –entendemos- que todo aluvión que se produzca o genere sobre bienes del dominio público a los que alude el art. 235 pertenece al Estado donde el río o arroyo se encuentre ubicado o corresponda su titularidad (Roberto Malizia, pág. 376); la eliminación de navegabilidad, no es óbice para destruir tal afirmación. El nuevo parámetro introducido por el legislador (tener aptitud de satisfacer usos de interés general) además de contener lo referido a la navegabilidad del río importa una ampliación de las razones o circunstancias que conllevan a la rotulación de “público” de los bienes allí previstos y, en consecuencia, se ubican en un régimen especial (Art. 237 C.CyC).

#### **4. El análisis desde la jurisprudencia**

La posibilidad de ensanchar los espacios que se encuentran ubicados en el ámbito del dominio hídrico resulta ser una constante para la población ribereña. Ello ha ocasionado -no pocas- disputas de orden judicial a los fines de determinar la naturaleza de aquellos dominios que los particulares reclaman como propios – generalmente calificándolos de aluvionales- y su reconocimiento efectivo en su patrimonio con la consecuente modificación de la línea de ribera.

A continuación realizamos una escueta síntesis de precedentes jurisprudenciales que dan cuenta de la temática que hemos esbozado en el presente trabajo y, asimismo, reflejan que las controversias de la línea de ribera y las formaciones aluvionales no han pasado inadvertidas para los jueces, sobre todo cuando la solución del caso involucra bienes del dominio público.

*a. “La Celina S.A. Agrícola Ganadera e Industrial c/ Buenos Aires. Provincia s/Usucapión” (CSJN. Fallos 341:180).*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante CSJN- debió resolver la pretensión enderezada por la parte actora que, de acuerdo a los hechos referidos en el fallo, busca obtener la titularidad de los lotes y alegando una “acesión y prescripción” consolidada; tales terrenos se ubicaban sobre el partido de San Isidro (Prov.Bs.As) y tocaban la ribera del Río de La Plata. La demanda fue rechazada porque los espacios físicos en disputa no podían calificarse de aluvionales. La sentencia toma como ordenamiento jurídico aplicable la legislación civil vigente al momento de generarse la controversia (Código Civil de Veléz), no obstante hacer el comparativo respectivo con el C.C.y C.

El tribunal afirmó que “hay que determinar, en primer término, si el predio que reclama la actora como parcela...” constituye, según sus dichos, una formación aluvional -en los términos del artículo 2572 y concordantes del Código Civil (actual artículo 1959, Código Civil y Comercial de la Nación) que se adhirió y acrecentó los terrenos que ella y su familia poseen desde hace más de cien años.

Y, en tal sentido, se recordó que en el caso de quien invoca el aluvión, “de conformidad con los principios que rigen la carga de la prueba, debe acreditar la formación del terreno de aluvión. En el caso de aluviones formados a lo largo de la ribera de ríos navegables, debe acreditar también, para aprovecharse de ellos, que su formación es anterior al año 1.871, fecha de vigencia del régimen consagrado por el Código Civil sobre este punto”.

Ingresando al tema puntualizó el tribunal que “el aluvión debe ser la obra espontánea de la naturaleza, la obra de las aguas que en su rodar continuo arrastran y depositan los materiales que constituyen el terreno de aluvión o se retiran de una hacia otra ribera del río” -ello con cita del art. 2572 Cod.Civ-. Tal forma es “lo que la doctrina ha denominado aluvión propiamente dicho o “por acarreo”, toda vez que el acrecentamiento se produce por efecto de la corriente de las aguas al llevar arena, tierra, fango, piedras, etc., a lo largo de las riberas”.

Y, como ya lo expusimos al comenzar nuestro trabajo, se afirma que “para que exista el aluvión es necesario que se trate de acrecentamientos paulatinos e insensibles; es decir, de acrecentamientos que sean la obra lenta y sucesiva del tiempo, observada la ribera del río día, tras día, nada de particular se nota, pero transcurre el tiempo y la comparación entre épocas más o menos distantes, permite comprobar la formación del terreno de aluvión”; se requiere en concreto que “el terreno de aluvión haya llegado a unirse con el de la ribera y a formar parte integrante del fundo ribereño, lo cual se justifica porque el derecho de aluvión es una aplicación de la teoría de la accesión como modo de adquisición de la propiedad y ella no existe sin que exista la mentada adherencia”.

Vinculando el aluvión con la línea de ribera, la CSJN destacó que “es esencial que el terreno que lo constituye sobrepase el nivel ordinario de las aguas; de no ser así solo se tratará de un aluvión “naciente”, pero no de un aluvión “maduro”. En este sentido, el artículo 2577 del Código Civil determinaba que “tampoco constituyen aluvión, las arenas o fango, que se encuentran comprendidas en los límites del lecho del río, determinado por la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal”.

Concluye el tribunal, en lo que respecta a la caracterización del aluvión, que debe descartarse como tal supuesto “las tierras rellenadas o acumuladas por el hombre” –salvo el caso de defensas-; en este supuesto nos encontramos en el supuesto de aguas “ganadas” al río o al mar que son exclusiva responsabilidad del hombre.

En el caso particular, los terrenos en litigios carecen de las particulares de todo bien aluvional, tal como dan cuenta los informes periciales producidos por el perito geólogo que intervino a petición del mismo tribunal. De tal prueba se concluyó que “el sólo reconocimiento geomorfológico general del área permite vislumbrar que el estado actual de los terrenos invocados en autos son el resultado de un relleno antrópico”.

El perito insistió sobre las características propias de los terrenos aluvionales, destacando que por el contrario el "material de relleno de génesis antrópica" es, en cambio, "un material sedimentario, que evidencia no haber sido depositado por la acción hidrodinámica fluvial, sino exclusivamente por la acción antrópica directa", es decir "se trata de terrenos, que pertenecieron y pertenecen al Río de La Plata".

En síntesis, la acción judicial intentada se rechazó porque "el predio reclamado no ha sido generado por la acción natural de las aguas, sino que fue creado por rellenos artificiales colocados sobre la ribera interna del Río de La Plata en una fecha muy posterior a la denunciada".

b. *"Provincia de Buenos Aires contra Municipalidad de San Fernando. Coadyuvante: Náutica Propeller S.A."* (SCBA-Causa B-50.865, sent.12/3/14)

De igual manera estimamos oportuno recordar la sentencia recaída en la causa última citada fallada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en adelante SCBA) al analizar la procedencia de la demanda instaura por el Fisco provincial con el objeto de lograr la anulación de las ordenanzas municipales dictadas en el Municipio de San Fernando por las cuales se otorgaron el uso y goce de terrenos ubicados en la ribera del Río Luján a un tercero desconociendo que tales bienes correspondían al Estado provincial.

Si bien la naturaleza o condición de las parcelas reclamadas por la provincia no es discutida por las partes -aluvional-, discrepan sobre su "condición jurídica; esto es, si se trata de bienes del dominio de la Municipalidad de San Fernando o si pertenecen al dominio provincial". La SCBA recuerda, en lo que concierne a las formaciones aluvionales, que "como principio", "son accesorios de los terrenos confinantes con la ribera de los ríos, los acrecentamientos de tierra que reciban paulatina e insensiblemente por efecto de la corriente de las aguas, y pertenecen a los dueños de las heredades ribereñas", pero, recordando la directiva del Código Civil -art. 2572- se puntualiza que existe una excepción a dicha regla cuando "siendo en las costas del mar o de ríos navegables" los terrenos aluvionales "pertenecen al Estado".

En el sub lite, se recalca que es clara la regla y, por lo tanto, se "sustraer el supuesto de aluvión a la vera de un río navegable, de la posibilidad de acrecer a los fundos ribereños". Tales circunstancias hacen concluir a la SCBA que los bienes en litigio pertenecen al dominio provincial.

Tal calificación importa para la Corte provincial la innecesidad de "exigírsele un título especial para rectificar la inscripción respectiva ya que la propiedad -en las condiciones apuntadas- se adquiere de pleno derecho (conf. arts. 2524 inc. 3º y 2572, Cód. Civ.)....Ello por cuanto, el terreno constituido por aluvión no requiere para su adquisición de acto alguno de toma de posesión"

De tal forma se rechaza la idea introducida por el municipio sobre la titularidad de las parcelas por entender que correspondía al dominio inminente.

El tribunal provincial señaló que “la especie no subsume en lo estatuido por el art. 2342 inc. 1° del Código Civil -dominio eminente- pues las tierras a que se refiere esta norma son las que no han sido nunca propiedad de los particulares porque ab origine han pertenecido al Estado, y aquí la superficie en disputa proviene de una formación aluvional cuya regulación corresponde al art. 2572 de aquel cuerpo normativo. Y, precisamente, no se encontraban inscritas en el Registro de la Propiedad Inmueble por haber surgido de una formación natural y paulatina por efecto de las corrientes de las aguas”

De tal forma, establecido “el carácter aluvional de los terrenos en cuestión” y “la navegabilidad del río en el que éstos se emplazan”, se asevera que “no cabe sino la aplicación del art. 2572 in fine del Código Civil en cuanto atribuye el acrecentamiento al Estado, en este caso, provincial” e “idénticos motivos asisten para sostener que, en virtud del principio de accesoriedad, el bien acrecido por obra del concesionario sobre el lecho del río Luján participa de la misma naturaleza que el bien principal...”.

La tarea de los peritos –como en el anterior fallo sintetizado- ha sido fundamental para la resolución del caso, ya que aquellos afirmaron que la morfología de las parcelas ha sido alterada por las obras de construcción y canalización llevadas a cabo por la empresa concesionaria, provocando la invasión de una superficie aproximada de cuatro hectáreas sobre la margen interna del río Luján. La demanda instaurada por el fisco provincial es receptada favorablemente.

c. *“Arrendo Costanzo Agustín y otras c/ Caverzan Eduardo David y Otros s/ Rein vindicación” (STJRío Negro, sent. del 6/10/15)*

Por último en este repaso por precedentes jurisprudenciales vinculados al aluvión, la línea de ribera y sus implicancias para delimitar los bienes públicos de los privados, nos detendremos en el análisis de la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro<sup>1</sup> donde abordó la temática de las tierras formadas por consecuencia de las corrientes de agua y su titularidad.

La discusión resuelta por el Tribunal fue entablada por personas físicas en lo atinente a la titularidad de bienes fiscales sobre los cuales ambos se atribuían titularidad. Ante la inexistencia de una determinación de la línea de ribera, el tribunal provincial destacó que no podía establecerse la condición o naturaleza de los terrenos en discusión dado que es imprescindible aquella previa “determinación” de la línea de ribera. Ello toda vez que ésta es la que señala el límite o separación entre el dominio público natural y privado. Igualmente se recordó que todo aquello que se encuentra por debajo de la línea de ribera no puede considerarse aluvión.

## 5. Conclusiones

Algunas ideas se clarifican en esta instancia del trabajo; en primer lugar que el ordenamiento jurídico existen suficientes recursos -legales y técnicos- para arribar a una correcta delimitación o trazado de la línea de ribera de los cursos de aguas -en particular en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires-, lo cual conlleva, en los hechos, a la necesaria división -por lo que aquí importa- entre los espacios o bienes públicos y aquellos que se sujetan a la legislación civil o comercial (privados).

En segundo lugar, es claro que la línea de ribera trasciende el mero hecho fáctico que se materializa con una inscripción en la documentación catastral o registral, para ubicarla en una tarea pública tendiente a resguardar y proteger el recurso natural agua. Como lo planteamos, resulta estéril catalogar un espacio como aluvional, si previamente no se delimitó -conforme las reglas del ordenamiento jurídico aplicable al caso- la línea de ribera.

Y, en lo referido al aluvión y su configuración como tal, es importante considerar no solo aquellas directivas que provienen del régimen jurídico aplicable sino también aquellas que elaboró la doctrina y jurisprudencia. En particular, cuando lo que se encuentra en juego es la adquisición de bienes originados por efecto de las corrientes de agua e involucra bienes de dominio público, la interpretación de la normativa en juego debe ser restrictiva para evitar una disgregación de bienes públicos.

## 6. Referencias

- Alterini, Jorge H. (direc.). 2016. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*. 2ª Edición Actualizada y aumentada. Ed. La Ley, Tomo II.
- Conferencia de Naciones Unidas, celebrada entre el 3 y 14 de junio de 1992 en Rio de Janeiro, Brasil.  
<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>
- Código de Agua, Provincia de Buenos Aires. Ley 12.257, *Código de agua -Régimen de protección, conservación y manejo del recurso hídrico de la Provincia de Buenos Aires*, publicado B.O. 9/2/1999;
- Dec.3511/07, *Aprueba la reglamentación del código de agua* publicado el 2 y 3/1/2008;
- Escartín Escude, Víctor. 2013. *Aguas y urbanismo* en la obra colectiva *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*. Ed. Marcial Pons. Madrid, España,
- Lorenzetti, Ricardo Luis (direc.). 2015. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 1era. Edición.
- Mariani de Vidal. 2004. *Derechos Reales*. 7ª edición actualizada, Ed. Zavalía, Tomo 1.
- Marienhoff, Miguel S. 1939. *Régimen y Legislación de las Agua Públicas y Privadas*. Valerio Abeledo. Buenos Aires.
- Papaño-Kiper-Dillon-Cause. 2004. *Derechos Reales*. Ed. Astrea, 2da. Edición, Tomo 1. Resolución Ministerial nro. 705/07 B.O. 22/01/2008.
- Rivera Julio Cesar- Medina, Graciela (direc.). 2014. *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Editorial Thomson Reuters La ley.

# “El dominio del agua en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”

*María Florencia Pinedo<sup>1</sup>*

<sup>1</sup>Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

Mail de contacto: [mariaflorenciapinedo@gmail.com](mailto:mariaflorenciapinedo@gmail.com)

---

## RESUMEN

Se pretende en este trabajo realizar un análisis del articulado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en relación al agua.

El nuevo código, aprobado por Ley 26.994, generó un cambio normativo que inspiró el estudio de distintos temas por él regulados, en este caso los relativos al recurso hídrico; la regulación dominical, los derechos de los particulares y los aspectos de su publicidad.

**Palabras clave:** Aguas – Dominio – Código Civil y Comercial.

---

## ABSTRACT

The aim of this work is to analyze the new Civil and Commercial Code of the Nation and its articles in relation to water.

The new code, approved by Law 26,994, generated a normative change that inspired the study of different topics regulated by it, in this case those related to water resources; the Sunday regulation, the rights of the individuals and the aspects of their publicity.

**Keywords:** Waters - Domain - Civil and Commercial Code - Water legislation in the Civil and Commercial Argentine Code.

---

## 1. Introducción

Tras la reforma constitucional de 1994, se incorporan dos temáticas fundamentales para el análisis de esta problemática: en primer lugar, en el artículo 124 se declara el dominio originario provincial de todos los recursos naturales. Esto es, el dominio efectivo y la toma de decisiones sobre el recurso; la regulación de sus usos, el otorgamiento de concesiones y permisos; y también en materia administrativa el poder de policía. Y en segundo lugar la potestad de la nación de dictar normas de presupuestos mínimos de protección ambiental en el artículo 41, teniendo las provincias la posibilidad de complementarlas.

Así en el año 2002, se sanciona la Ley 25.688, régimen de gestión de aguas, que prevé presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional.

Por su parte el Código Civil de 1869, también decidió sobre el dominio de las aguas al tratar el régimen de las cosas, haciendo hincapié en un sistema amplio de propiedad privada individual. De esta manera el código determinó que las aguas formaban parte del dominio del propietario fundiario, con excepción de



aquellos cuerpos de agua considerados estratégicos declarados de dominio público.

Con la ley 17.711 se intentó limitar el derecho a la propiedad extendido sobre las aguas, declarando de dominio público aquellas susceptibles de satisfacer un interés general, como así las aguas subterráneas.

El sistema dominical dado por esta reforma quedaba incluido en este nuevo código civil de la siguiente manera:

- a. aguas de dominio público (federal o provincial según donde se encuentren): el mar territorial, los mares interiores, los ríos y sus cauces, las aguas que corren por cauces naturales, las aguas subterráneas (sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación), los lagos navegables. (artículos 2339 y 2340)
- b. aguas de dominio privado (de los particulares o del estado): los lagos no navegables (artículo 2349), las aguas de vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad (artículo 2350), las aguas pluviales que caen en terrenos privados (artículo 2635), las aguas que surgen en terrenos particulares mientras nos constituyan un curso de agua por cauce natural (artículo 2637).
- c. aguas susceptibles de apropiación privada: aguas pluviales que caigan en lugares públicos o que corran por lugares públicos sin que los vecinos puedan alegar ningún derecho adquirido (artículo 2636).

Es importante destacar que las reformas enumeradas con antelación en el código civil generaron algunas críticas con relación a la competencia, dado que, desde la legislación de fondo, se regularon aspectos propios de las normas de derecho público que las provincias tenían reservadas según el artículo 121 de la constitución nacional, esto es, que el régimen de aguas involucra materia que excede el ámbito civil, sobre todo teniendo en cuenta los mandatos constitucionales que confirma nuestro sistema federal argentino.

Podría decirse que la inclusión del régimen de aguas en el Código Civil responde a una cuestión de organización en la que la regulación del dominio privado no podía llevarse a cabo sin antes delimitar qué bienes lo integrarían y cuáles no, una mera clasificación, respondiendo a la regla del artículo 2.347 que enuncia que todos los bienes que no integran el dominio público son privados. Sin embargo, estas afirmaciones no aclaran los aspectos que hacen al uso del agua como bienes públicos, que corresponden indiscutidamente al derecho administrativo.

Por su parte el nuevo Código Civil y Comercial, deja de lado la tendencia de publicidad de todas las aguas y mantiene el sistema mixto de propiedad incluyendo algunas modificaciones, inclinadas a ampliar la clasificación de bienes que contiene el dominio público, pero sin descartar la categoría privada en este código denominada "agua de los particulares" (artículo 239).

## **2. Nuevo Código Civil y Comercial de La Nación**

En el título de bienes, sección 2° (bienes con relación a las personas), el Código Civil y Comercial vigente, enumera en el artículo 235 los bienes de dominio público y agrega los glaciares, el ambiente periglacial y los estuarios, dejando de lado otros cuerpos de agua como son los humedales o los esteros.

Por otro lado, este artículo aclara que son bienes pertenecientes al dominio público, es decir que son inalienables, inembargables e imprescriptibles, excepto lo dispuesto por leyes especiales. Esta última referencia abre un interrogante en relación a cuál es el alcance y el fundamento de las denominadas leyes especiales, y si estas leyes pueden modificar la clasificación de bienes de dominio público o privado que el nuevo código establece.

El artículo 238 define los bienes de los particulares como aquellos bienes que no son del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de los estados municipales, entendiéndose entonces que todos aquellos cuerpos de agua no tratados por el nuevo Código, como los antes mencionados esteros y humedales, quedan calificados como bienes privados, quedando en manos de los particulares.

En esta nueva etapa, tras la reforma constitucional de 1994, y la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, el reto se da en la conciliación de las regulaciones provinciales sobre las aguas y la ley de presupuestos mínimos dentro de esta nueva estructura normativa.

En la provincia de Buenos Aires, se sancionó en 1998 el Código de Aguas por ley 12.257. En su artículo primero describe como principio general que establecerá el régimen de protección, conservación y manejo del recurso hídrico de la provincia, dejando en manos del Código Civil las cuestiones referentes al régimen dominial y sus limitaciones.

## **3. Limitaciones al Dominio de las Aguas**

El Código Civil y Comercial, como se pudo ver brevemente en párrafos anteriores desarrolla un sistema de limitaciones dominiales impuestas a la propiedad privada bajo la tutela del interés privado, perteneciendo al derecho administrativo aquellas regulaciones que se fundan en el interés público.

En el título III, límites al dominio, el nuevo código reconoce que son materia de derecho administrativo las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público, y agrega que se aplicarán de manera subsidiaria a las normas administrativas las disposiciones de este código en materia de relaciones de vecindad (artículo 1.970). El Código Civil derogado establecía las restricciones de vecindad, pero no mencionaba la subsidiaridad al derecho administrativo; quedando en la actualidad la aplicación del Código Civil y Comercial, sujeta a la ausencia de legislación local en la materia.

Por su parte, el artículo 1.975, sobre los obstáculos al curso de las aguas, regula que los dueños de inmuebles linderos a un cauce no pueden realizar

ninguna obra que altere el curso natural de las aguas o modifique su dirección o velocidad, a menos que sea meramente defensiva; y agrega que si alguno de ellos resulta perjudicado por trabajos del ribereño o de un tercero, puede remover el obstáculo, construir obras defensivas o reparar las destruidas, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior, y reclamar del autor el valor de los gastos necesarios y la indemnización de los demás daños. Si el obstáculo se origina en un caso fortuito, el Estado sólo debe restablecer las aguas a su estado anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo.

Este capítulo también puede ser analizado bajo la lupa de la afirmación de que en el nuevo Código Civil y Comercial se encuentran excesos de competencia, dado que autoriza modificaciones al dominio público, a través de las obras con fines defensivos, aunque no pertenezcan a la esfera de la propiedad privada.

El Código Civil de Vélez, regulaba de forma similar en los artículos 2.642 a 2.646, pero enunciaba que estas prohibiciones abarcaban a todos los ribereños que no poseían concesión especial de autoridad competente.

El artículo 1.976 del nuevo código, reforma sustancialmente las normas del Código anterior.

Regula la recepción del agua que se desplace desde otro fundo. Los requisitos para la recepción son que el agua que se recibe no haya sido degradada, y que no hubiera interferencia del hombre en su desplazamiento. También regula que puede derivarse el agua extraída artificialmente, probando que no causan perjuicio a los inmuebles que la reciben.

Sin embargo, el Código Civil derogado, prohibía hacer correr aguas hacia un fundo vecino, si las mismas derivaban de pozos propios, o servicios de su heredad, y obligaba a los propietarios a tomar las medidas necesarias para hacer correr las aguas que no sean pluviales o de fuentes sobre terreno que le pertenezca o incluso sobre la vía pública (artículos 2.632 y 2.633). Tampoco permitía al propietario realizar modificaciones en el nivel de su terreno, para derivar las aguas pluviales que cayeran en su heredad (artículo 2.634).

El camino de sirga, se encontraba contemplado en los artículos 2.639 y 2.640 del Código Civil. Establecía una franja de terreno público de 35 metros que debían dejar libre los propietarios limítrofes de ríos o canales que sirvieran a la comunicación por agua sin derecho a indemnización, mientras que para aquellos casos en los que el río o canal en cuestión atravesare alguna ciudad o población, podría modificarse el ancho de terreno libre, por la Municipalidad respectiva, no pudiendo ser dicha modificación inferior a 15 metros.

El nuevo Código Civil y Comercial lo regula en su artículo 1.974 en el que establece que 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 15 metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no podrá hacer ningún acto u obra que menoscabe aquella actividad. Se suprimió

la diferenciación de metros en los casos que establecía el código de Vélez y se unificó a 15 metros para todos los casos de camino de sirga.

Esta reducción a la franja costera recibió fuertes críticas por la propia disminución de metros, pero además, por haberle quitado el carácter de espacio público a esta franja de terreno libre. Esto es, que con la nueva regulación ya no es un camino público consecuencia de la restricción al dominio privado, si no parte de la propiedad privada con una restricción en su uso, en la que el propietario no puede entorpecer el acceso a las aguas.

El Código Civil derogado, prohibía a los propietarios ribereños realizar construcciones, reparar las construcciones antiguas, y además deteriorar el terreno de manera alguna, lo que significaba en materia ambiental la preservación del ecosistema costero. El nuevo Código Civil y Comercial prescindió de esa prohibición.

#### **4. Servidumbres**

Otra de las simplificaciones que impartió el nuevo código, se relaciona con la reglamentación de las servidumbres. El título XI, sobre Servidumbres, en su artículo 2.166 destinado a la servidumbre forzosa sólo menciona la servidumbre de acueducto y la de recibir agua. La servidumbre de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante o para la población, y la servidumbre de recibir agua, sea extraída o degradada artificialmente, de la que no resulta perjuicio grave para el fundo sirviente, o de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías. El código agrega que, para los dos casos de servidumbre forzosa, si el titular del fundo sirviente no convino la indemnización con el titular del fundo dominante o con la autoridad local en los casos que esté involucrada la población, se deberá fijar judicialmente.

El Código Civil anterior en materia de servidumbres presentaba un régimen más estricto y reglamentarista que fue dejado de lado por el nuevo Código Civil y Comercial.

#### **5. Conclusiones**

Como mandato general, el nuevo código en su artículo 237 sobre la determinación y el carácter de las cosas del Estado afirma que las personas tienen su uso y goce sujeto a las disposiciones generales y locales. Sin embargo, no se encuentra posteriormente disposición alguna de regulación al uso del agua. Entendiéndose que el recurso hídrico es un bien común que va más allá de la esfera privada de los particulares, resulta discutible que las nociones relativas al agua se encuentren sujetas a las disposiciones de este código y en algunos casos, como las servidumbres, a los acuerdos individuales civiles.

El nuevo Código Civil y Comercial mantuvo los lineamientos del Código Civil derogado, con relación al sistema mixto de propiedad, negando el sistema

imperante en la actualidad que pondera la unidad, y perdiendo la oportunidad de modificar nuestro antiguo sistema normativo sobre el recurso hídrico.

El agua es un bien común que trasciende la esfera individual de los particulares, debería ser tratada como un bien común inapropiable, y su regulación debería estar sujeta únicamente al agua como bien público. Sin embargo en el Código Civil y Comercial de la Nación, en el régimen dominial, es calificada como “cosa”. Dado que afecta directamente al interés público, el agua debería ser de dominio público en su totalidad.

## 6. Referencias

- Agnes Sibileau y Leila Devia. 2015. *Servidumbre Ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Biblioteca Jurídica online elDial.com  
<http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/1929-servidumbre-ambiental-nuevo-codigo-civil-y-comercial-nacion>
- Botassi, Carlos Alfredo (Director). 2017. *Derecho administrativo*. T.I. Editorial de la Universidad Nacional de La Plata (EDULP).
- De Rosa, Diego. 2011. *Régimen legal de aguas subterráneas*. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales n° 41.
- Marienhoff, Miguel S. 1998. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. Edición Abeledo-Perrot.
- Marienhoff, Miguel S. 1960. *Tratado del Dominio Público*, Edición TEA.
- Pastorino, Leonardo Fabio. 2017. *Una visión panorámica del derecho del agua*. Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales. N. 24. IJ Editores.  
<https://uy.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=19&idedicion=1154>
- Pastorino, Leonardo Fabio. 2015. *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el derecho agrario, en los recursos naturales y en el derecho ambiental*. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Número extraordinario 2015.
- Pinto, Mauricio y Martín, Liber. 2015. *El régimen de las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial y su compatibilidad con la tutela ambiental*. Revista de de Derecho Ambiental, N° 43. La Ley. Buenos Aires.

# “Diritto internazionale degli investimenti e diritto all’acqua: il caso dell’Argentina”

Simone Vezzani<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Università degli Studi di Perugia, Dipartimento di Giurisprudenza, Perugia, Italia.

Mail de contacto: [simone.vezzani@unipg.it](mailto:simone.vezzani@unipg.it)

“Mentre la qualità dell’acqua disponibile peggiora costantemente, in alcuni luoghi avanza tendenza a privatizzare questa risorsa scarsa, trasformata in merce soggetta a lle leggi del mercato. In realtà, *l’accesso all’acqua potabile e sicura è un diritto umano essenziale, fondamentale e universale, perché determina la sopravvivenza delle persone, e per questo è condizione per l’esercizio degli altri diritti umani.* Questo mondo ha un grave debito sociale verso i poveri che non hanno accesso all’acqua potabile, perché ciò significa negare ad essi il diritto alla vita radicato nella loro inalienabile dignità.”.  
(Papa Francesco. 2015. *Lettera enciclica Laudato Si’*. Sulla cura della casa comune, par. 30).

---

## RESUMEN

A partir de la década de 1990, las grandes olas de privatización y liberalización del sector de servicios públicos (incluido el sector del agua) han dado lugar a inversiones masivas. En las mismas décadas, el Derecho internacional de inversión extranjera se ha caracterizado por un desarrollo impresionante, a través de la celebración de casi tres mil tratados bilaterales de inversión (TBI) que permiten a los inversores extranjeros iniciar un procedimiento de arbitraje contra los Estados receptores. Si bien el derecho internacional de inversiones se ha convertido en el área de derecho internacional que garantiza a las partes privadas los recursos más efectivos, las restricciones al derecho del Estado receptor a ejercer sus poderes reguladores pueden tener un impacto perjudicial en su capacidad para cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos. Este artículo analiza críticamente la particularmente abundante jurisprudencia de arbitraje relativa a las inversiones extranjeras en el sector del agua en Argentina. En particular, examina la interacción existente entre los derechos de los inversores y el derecho humano al agua y el saneamiento.

**Palabras clave: Derecho humano al agua - Inversiones extranjeras - CIADI – Argentina estado de necesidad - Demanda Reconvenional.**

## ABSTRACT

Starting from the 1990s, major waves of privatization and liberalization of the public utility sector (including the water sector) have resulted in massive foreign investments. In the same decades international investment law has been

characterized by an impressive development, through the conclusion of almost three thousand bilateral investment treaties (BITs) allowing foreign investors to initiate ICSID arbitration proceedings against host States. While international investment law has turned into the area of international law which guarantees to private parties the most effective remedies, constraints to the host State's right to exercise its regulatory powers may have a detrimental impact on their ability to abide by their international human rights obligations. This paper critically analyzes the particularly abundant arbitration case law concerning investment in the water sector in Argentina. Notably it examines the interplay existing between the investors' rights and the human right to safe drinking water and sanitation.

**Keywords: Human right to water – Foreign investments – ICSID – Argentina State of Necessity – Host State human rights counterclaim.**

---

### **1. Premessa: dalla protezione diplomatica all'arbitrato ICSID**

La mobilità degli investimenti fra Stati esportatori e Stati importatori di capitali suscita delicati problemi connessi al contemperamento fra la protezione degli investitori stranieri e la sovranità economica degli Stati. Dalla fine del secolo XIX, in un periodo storico in cui il ricorso a rappresaglie armate non era vietato dal diritto internazionale, la lesione dei diritti di proprietà dei propri cittadini all'estero era utilizzata dalle grandi potenze europee persino come pretesto per spedizioni armate nei confronti degli Stati ospiti degli investimenti. Costituisce una manifestazione di questa tendenza imperialista il blocco navale praticato nel 1902-1903 nei confronti del Venezuela da Germania, Italia e Gran Bretagna, intervenuti in protezione diplomatica dei propri investitori. Contro il recupero dei crediti *manu militari* (c.d. politica delle cannoniere), si levò la voce del giurista e ministro degli esteri argentino Luis María Drago (Buenos Aires, 1859 – Buenos Aires, 1921), principale artefice della Convenzione c.d. Drago-Porter; pur non essendo mai entrato in vigore, questo strumento prevede per la prima volta dei limiti al ricorso all'uso della forza, nei casi in cui lo Stato debitore si dimostrasse disponibile a una soluzione pacifica della controversia (v. sul punto Cassese, 1984). Qualche anno prima, il giurista argentino Carlos Calvo (Buenos Aires, 1824 – Parigi, 1906) aveva elaborato la dottrina, che da lui ha preso il nome, in base alla quale gli Stati avrebbero dovuto inserire, nei contratti di concessione stipulati con stranieri, ai fini dello sfruttamento delle risorse naturali, una clausola attraverso la quale l'investitore rinunciava alla protezione diplomatica del proprio Stato di nazionalità. La "clausola Calvo" prevedeva altresì che tutte le controversie relative agli investimenti avrebbero dovuto essere sottoposte alle corti dello Stato territoriale. Purtroppo entrambi questi tentativi di arginare il predominio degli Stati europei fallirono, non riuscendo a incidere sul funzionamento dell'istituto tradizionale della protezione diplomatica e sulle norme in materia di uso della forza.

Dopo le atrocità delle due Guerre mondiali, la Carta delle Nazioni Unite ha segnato il passaggio a un ordine internazionale imperniato sul divieto di uso della forza come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali (art. 2, par. 4 della Carta), in linea con le aspirazioni di Drago. Inoltre, a seguito del processo di decolonizzazione, le rivendicazioni del Gruppo dei 77, divenuti maggioranza numerica nell'ambito delle Nazioni Unite, hanno portato all'affermazione del principio della sovranità permanente sulle risorse naturali. Tuttavia, anche in questo caso, l'opposizione del blocco degli Stati occidentali ha impedito l'effettiva realizzazione di un Nuovo ordine economico internazionale ispirato a principi solidaristici e di giustizia redistributiva (Bulajić, 1993).

A partire soprattutto dagli anni '90 del secolo scorso, in un contesto geopolitico caratterizzato dal prevalere delle dottrine neoliberiste, il diritto internazionale degli investimenti ha conosciuto uno sviluppo tumultuoso attraverso la conclusione fra gli Stati di quasi tremila accordi bilaterali (BITs, Bilateral Investment Treaties), trasformandosi in uno dei settori del diritto internazionale in cui sono tutelati in maniera più efficace gli interessi dei privati. L'innovazione maggiormente significativa è rappresentata dalla previsione nei BITs di meccanismi arbitrali che possono essere attivati unilateralmente dall'investitore nei confronti dello Stato ospite. Grazie ad essi, le imprese non hanno bisogno di adire i tribunali dello Stato territoriale per far valere le asserite violazioni, da parte di questo, degli obblighi previsti dal BIT, né devono attendere un eventuale intervento in protezione diplomatica del proprio Stato di nazionalità, una volta esauriti inutilmente i mezzi di ricorso interni. Specialmente il ricorso all'arbitrato amministrato dal Centro internazionale per la soluzione delle controversie legate agli investimenti (ICSID, istituito dalla Convenzione di Washington entrata in vigore il 14 ottobre 1966), si rivela estremamente vantaggioso per gli investitori, in quanto i lodi arbitrali hanno efficacia di titolo esecutivo in tutti gli Stati contraenti della Convenzione di Washington (ivi, art. 54). Giustificato dall'esigenza di evitare una politicizzazione delle controversie e un diniego di giustizia da parte delle corti interne, di cui si ritiene dubbia l'indipendenza e l'imparzialità, il ricorso generalizzato all'arbitrato si pone in netto contrasto con la "dottrina Calvo". Le imprese multinazionali si vedono infatti riconosciuta la facoltà di agire di fronte a tribunali arbitrali *ad hoc*, per far valere le proprie pretese fondate sui BITs e veder lo Stato ospite condannato al pagamento di un indennizzo. Come dimostra la denuncia della Convenzione di Washington da parte di Bolivia, Ecuador e Venezuela, alcuni Stati continuano a ritenere che non sia opportuno affidare ad arbitri *ad hoc* il compito di sindacare le scelte di politica economica e sociale operate dagli Stati. Sebbene tradizionalmente espresse dai Paesi importatori di capitali, queste preoccupazioni sono state condivise di recente anche dai Paesi del Nord Globale, come testimoniato dall'esclusione dei meccanismi di soluzione delle controversie Stato-investitore dall'Accordo di libero scambio tra Stati Uniti e Australia (Accordo del



18 maggio 2004, entrato in vigore il 1° gennaio 2005, 43 ILM 1248) e dalla accese critiche mosse dall'opinione pubblica europea nei confronti dell'introduzione di tali meccanismi nel CETA e nel TTIP (sul punto v. Sornarajah, 2015; Roberts, 2017).

Gli arbitri sono chiamati a decidere questioni giuridiche assai delicate, se si considera che, frequentemente, le violazioni allegate dagli investitori sono una conseguenza dell'adozione di atti legislativi o regolamentari finalizzati al perseguimento di interessi generali, quali la tutela della salute, dell'ambiente o dei lavoratori (Acconci, 2011 e 2014; Vadi, 2013). Oltre all'esercizio del diritto dello Stato ospite a regolare l'attività economica, in vista del perseguimento dei propri obiettivi di politica socio-economica ("right to regulate"), a venire in rilievo sono gli stessi interessi della comunità internazionale nel suo complesso, relativi alla tutela dei diritti umani (Francioni, 2014).

Non sorprende che larga parte del contenzioso ICISD abbia riguardato investimenti connessi al trattamento e alla somministrazione dell'acqua. Si tratta di una risorsa strategica per la vita dell'uomo e per i processi produttivi, destinata, peraltro, a diventare sempre più scarsa in un futuro minacciato dall'incremento demografico e dal riscaldamento globale. A partire dagli anni '80 e '90 del secolo scorso, ingenti sono stati gli investimenti stranieri realizzati nel settore in esame, nel contesto di massicce politiche di privatizzazione dei servizi pubblici. Come è noto, specialmente nell'America Latina, queste politiche sono state attuate prevalentemente nel contesto di programmi di aggiustamento strutturale e settoriale promossi dalle organizzazioni finanziarie internazionali (*in primis* Fondo monetario internazionale e Banca mondiale) in coerenza con la c.d. dottrina del *Washington consensus*. E non è un caso che la maggior parte delle controversie siano state promosse nei confronti dell'Argentina, un Paese ricco di risorse idriche, conosciuto in tutto il mondo per il Rio de la Plata e per le cascate di Iguazú.

## **2. Tutela internazionale del diritto all'acqua**

La peculiarità degli investimenti nel settore idrico risiede nel fatto che l'acqua non è una semplice merce; costituisce un determinante del diritto fondamentale alla salute, che può definire la differenza fra la vita e la morte. Non soltanto l'accesso all'acqua potabile, ma anche la disponibilità di sistemi idrico-fognari adeguati è indispensabile per garantire il diritto alla salute, prevenendo i c.d. *water-related diseases* (Marrella, 2010; Acconci, 2011; Daza-Clark, 2017; Scovazzi, 2017).

Già con la Dichiarazione di Mar del Plata, resa alla fine della Conferenza delle Nazioni Unite sull'acqua del 1977, gli Stati si impegnarono sul piano politico a predisporre piani e politiche nazionali volte a garantire l'accesso all'acqua potabile necessaria per il soddisfacimento dei bisogni primari della propria popolazione. Da allora, il diritto umano all'acqua pulita e a servizi fognari

adeguati ha trovato espressamente riconoscimento, sul piano del *soft law*, nella risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 64/292, adottata il 28 luglio 2010. Ma, soprattutto, tale diritto è stato ricavato in via ermeneutica dalle disposizioni contenute nelle numerose convenzioni internazionali sui diritti umani, che proteggono il diritto alla vita e alla salute (Lanciotti, Alessandra, 2018). Si segnala in particolare il Patto ONU del 1966 sui diritti economici, sociali e culturali. Secondo il Comitato incaricato di sorvegliarne l'osservanza, esso salvaguarda il diritto all'acqua attraverso il combinato disposto degli articoli 11 e 12, rispettivamente concernenti il diritto ad uno *standard* di vita adeguato e il diritto alla salute (Commento generale n. 15 del 20 gennaio 2003). Secondo l'opinione prevalente, queste disposizioni del Patto codificano il diritto internazionale generale. In quanto tali, vincolano anche tutte le organizzazioni finanziarie dotate di personalità giuridica internazionale – quali Banca mondiale, Fondo monetario internazionale e banche regionali di sviluppo – facendo loro divieto di finanziare progetti o programmi di aggiustamento suscettibili di pregiudicare il godimento del diritto all'acqua (Commento generale n. 15, punto 60). Per altro verso, le norme del Patto entrano a far parte del diritto degli Stati contraenti, secondo i meccanismi di adattamento predisposti da ciascuno di essi, rafforzando così la tutela che il diritto all'acqua riceve sul piano del diritto interno (in tal senso, si veda ad esempio la sentenza del 18 luglio 2007 *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, nella quale la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) fa ampiamente riferimento al Commento generale n. 15 di cui sopra, al fine di ricostruire il contenuto del diritto di accesso all'acqua).

La società civile si è fatta promotrice di varie iniziative finalizzate allo sviluppo progressivo del diritto all'acqua sul piano internazionale, attraverso l'adozione di uno strumento *ad hoc*. Si segnala, in particolare, il Progetto recentemente elaborato dall'ong "Comitato Italiano Contratto mondiale sull'acqua", che potrebbe costituire la base per il negoziato di un Secondo Protocollo facoltativo al Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali (Scovazzi, 2017).

### **Obbligo di proteggere**

Come chiarito nel citato Commento generale n. 15, nonché nei lavori degli *Special Rapporteurs* sul diritto all'acqua nominati dal Consiglio per i diritti umani dell'ONU, gli Stati hanno l'obbligo di rispettare, di proteggere e di realizzare il diritto all'acqua delle persone sottoposte alla loro giurisdizione. Ai fini del presente contributo, maggiore interesse riveste l'obbligo degli Stati di proteggere, ossia di evitare che l'attività di privati possa pregiudicare il godimento del diritto all'acqua. Quest'obbligo assume una particolare rilevanza nel caso in cui uno Stato abbia scelto di privatizzare i servizi idrici: "Cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes

deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación general, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento” (Commento generale n. 15, cit., punto 24).

### **3. La prassi arbitrale relativa all’Argentina**

Alcuni dei casi maggiormente interessanti decisi negli ultimi anni dai tribunali arbitrali ICSID sono stati promossi da investitori stranieri nei confronti dell’Argentina. Ai ben noti casi riguardanti i *bond*, si affiancano quelli scaturiti dalla decisione dell’Argentina – intesa nella sua qualità di soggetto di diritto internazionale – di bloccare gli aumenti delle tariffe in circostanze di iperinflazione, revocare o imporre una revisione dei contratti di concessione riguardanti il trattamento e la somministrazione di acqua potabile, nonché la captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue. Come in altri Paesi dell’America Latina, la privatizzazione/svendita dei servizi idrici ha prodotto in Argentina conseguenze sociali e sanitarie particolarmente deteriori, portando per lo più ad un peggioramento della qualità dei servizi e ad un aumento delle tariffe tale da impedire l’accesso all’acqua, a costi sostenibili, agli strati più poveri della popolazione. Ancora oggi, l’inadeguatezza delle infrastrutture e le politiche di prezzo improntate alla massimizzazione dei profitti fanno sì che l’accesso all’acqua potabile e ai servizi igienico-sanitari costituisca un diritto negato per centinaia di migliaia di persone, tanto nelle periferie urbane, quanto nelle aree rurali più povere del Paese. Al riguardo, ha colpito molto l’opinione pubblica internazionale la foto pubblicata sul quotidiano “Misiones Online” il 13 dicembre 2017, che ritrae una bambina indigena, a Posadas, intenta a bere da una pozzanghera.

Per far fronte alla situazione creatasi in concomitanza con la grave crisi economico-finanziaria del 2001-2003, il 6 gennaio del 2002 l’Argentina promulgò la Ley N° 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario che, fra le altre cose, autorizzava il Governo a rinegoziare i contratti di servizi pubblici e operava un congelamento delle tariffe (sul regime giuridico dei servizi idrici integrati in Argentina v. Pastorino, 2014). In quello stesso frangente storico, le province argentine adottarono vari provvedimenti volti a sanzionare i comportamenti abusivi delle concessionarie dei servizi idrici che avevano privato migliaia di persone dell’accesso all’acqua pulita – in conseguenza sia dell’innalzamento dei prezzi, sia della mancata manutenzione e realizzazione di nuove infrastrutture, in violazione degli obblighi posti dai contratti di concessione. Fra queste misure si può ricordare, a titolo esemplificativo, l’adozione da parte dell’Organismo Regulador de Aguas Bonaerense, di un

provvedimento che impediva alle imprese concessionarie di interrompere la somministrazione di acqua ai soggetti morosi (ORAB, Resolución N° 56/02 del 27 agosto 2002). L'adozione di siffatte misure legislative e regolamentari è stata alla base dell'attivazione di vari procedimenti arbitrari da parte degli investitori stranieri, che lamentavano una violazione del loro diritto ad un "trattamento giusto ed equo", se non di aver subito un'espropriazione indiretta (cfr. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. (Demandantes) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/03/17, decisión sobre jurisdicción 16 Majo 2006; *Azurix Corp. (Demandante) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/01/12, laudo 14 Julio 2006; *Impregilo S.p.A. (Demandante) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/07/17, laudo 21 Junio 2011; *Saur International S.A. (Demandante) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/04/4, laudo 22 Majo 2014; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (Claimants) v. Argentine Republic (Respondent)*. ICSID Case No. ARB/03/19, lodo 9 aprile 2015; per un caso precedente scaturito dalla privatizzazione dei servizi idrici e fognari negli anni '90 v. *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux, (Demandantes) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/97/3, laudo 21 Noviembre 2000).

L'Argentina ha cercato, sino ad oggi con scarso successo, di giustificare di fronte ai tribunali ICSID la risoluzione unilaterale dei contratti di concessione, o l'adozione degli atti legislativi e regolamentari invisi agli investitori, adducendo argomenti fondati sulla tutela del diritto all'acqua. Argomenti analoghi sono stati altresì elaborati nelle memorie depositate da alcuni *amici curiae* (si veda in particolare il caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.*, cit. *supra*).

Tre sono state le principali strategie difensive utilizzate dall'Argentina. In primo luogo, la violazione degli obblighi scaturenti dai BITs è stata giustificata in ragione dell'esistenza di uno stato di necessità. In secondo luogo, si è sostenuta la doverosità di un'interpretazione sistematica delle disposizioni dei BITs, che prenda in considerazione le esigenze legate alla tutela del diritto all'acqua. In terzo luogo, la violazione di questo diritto da parte dell'investitore straniero è stata fatta valere attraverso la proposizione di una domanda riconvenzionale.

#### **a. Stato di necessità come causa di esclusione dell'illecito internazionale**

Come ammesso, sia pure con molta cautela, dal Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato, adottato nel 2001 in seconda lettura dalla Commissione del diritto internazionale, lo stato di necessità opera come causa di esclusione dell'illecito internazionale (Benvenuti, 2006). Questa scriminante può essere invocata per giustificare un fatto dello Stato che sarebbe altrimenti illecito, laddove tale fatto sia l'unico modo, per lo Stato, di salvaguardare un proprio interesse essenziale di fronte a un pericolo grave e imminente. Fra gli interessi protetti rientra certamente il corretto funzionamento

dei servizi pubblici essenziali, indispensabile sia per la conservazione del bene-Stato, sia per la tutela del diritto alla salute della popolazione. Come precisato dall'art. 25 del citato Progetto di articoli, occorre tuttavia che la condotta altrimenti illecita non comprometta in modo serio un interesse essenziale dello Stato nei cui confronti sussisteva l'obbligo (o della comunità internazionale nel suo insieme); inoltre lo stato di necessità non può essere invocato se lo Stato ha contribuito al suo verificarsi.

L'Argentina ha più volte prospettato lo stato di necessità nell'ambito di controversie con investitori stranieri, con riferimento anzitutto alle difficoltà sorte in relazione al rimborso dei titoli di debito sovrano. Peraltro, in casi molti simili fra di loro, promossi da obbligazionisti o da concessionari di servizi pubblici, i tribunali arbitrali hanno raggiunto conclusioni di segno opposto, quanto alla configurabilità della crisi finanziaria come stato di necessità (cfr. Weibel, 2007; Tanzi, 2012).

Con riguardo ai casi qui in esame, nel caso ICSID No. ARB/03/19 (lodo del 9 aprile 2015, cit. *supra*), il tribunale arbitrale ha riconosciuto che l'accesso all'acqua potabile e ai servizi fognari è di vitale importanza per la popolazione e costituisce un interesse essenziale dello Stato argentino (par. 260). Si noti che, nel caso di specie, l'Argentina sosteneva, tra le altre cose, che Suez e le altre imprese straniere coinvolte avessero somministrato acqua torbida nella Provincia di Buenos Aires, suscettibile di veicolare epidemie quali il colera. Tuttavia, il tribunale ha statuito che non fossero soddisfatte le altre condizioni per l'invocabilità dello Stato di necessità. In particolare, ad avviso degli arbitri, l'Argentina avrebbe potuto adottare altre misure idonee a garantire l'accesso all'acqua, senza violare l'obbligo di garantire un trattamento giusto ed equo agli investitori, previsto dai BITs conclusi con i rispettivi Stati di nazionalità (Francia, Spagna e Regno Unito) (*ibidem*, par. 262). Quest'affermazione si pone in linea con un orientamento piuttosto diffuso in ambito ICSID, quanto al rapporto esistente fra diritto degli investimenti e diritti umani (Acconci, 2018). Da un lato, alcuni tribunali arbitrali hanno riconosciuto che gli investimenti nel settore idrico hanno delle implicazioni sul godimento dei diritti umani (si veda, sia pur indirettamente attraverso il richiamo delle considerazioni svolte dagli *amici curiae*, *Biwater Gauff (Tanzania), Ltd. v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, lodo 24 luglio 2008, parr. 366-392, spec. par. 379). Al contempo, i medesimi tribunali hanno ritenuto che non fosse configurabile alcun conflitto fra gli obblighi dello Stato in materia di diritto all'acqua e gli obblighi nei confronti degli (Stati di nazionalità degli) investitori (si vedano in tal senso *Azurix Corp.*, lodo 14 luglio 2006, cit. *supra*, par. 261; *Saur International S.A.*, lodo 22 maggio 2014, cit. *supra*, par. 331). È vero che il diritto di accesso all'acqua da parte dei non abbienti potrebbe essere garantito, in linea di principio, dallo Stato attraverso l'erogazione di sussidi, al posto del controllo dei prezzi. Sempre astrattamente, lo Stato potrebbe far fronte a nuovi rischi sanitari per la popolazione tramite nuovi investimenti pubblici, senza

bisogno di modificare il contenuto dei rapporti contrattuali con le imprese concessionarie dei servizi idrici integrati. Tuttavia, la concreta fattibilità delle soluzioni alternative, specialmente in situazioni di gravi crisi economico-finanziaria, dovrebbe essere valutata con molta attenzione, con riferimento alle specificità del caso e tenendo in debito conto le conseguenze che un aggravio della spesa pubblica potrebbe avere per lo sviluppo socio-economico della popolazione, e dunque sulla tutela effettiva dei diritti umani.

Alla luce di quanto precede, il richiamo dell'esimente dello stato di necessità costituisce una strategia di incerta efficacia, come dimostra l'alto grado di imprevedibilità delle soluzioni accolte sinora nella prassi internazionale (Tanzi, 2012). Del resto, l'incertezza riguarda anche un ulteriore aspetto di fondamentale rilievo, vale a dire se l'esimente dello Stato di necessità liberi lo Stato dal pagamento dell'indennizzo per il danno arrecato, o se viceversa consenta soltanto allo Stato di dilazionare tale pagamento (*ibidem*).

#### **b. Strategie difensive fondate sul un'interpretazione sistematica del diritto all'acqua**

Una seconda strategia difensiva fa leva sulla necessità di interpretare le norme dei BITs alla luce dell'obbligo dello Stato ospite di tutelare e promuovere il diritto di accesso all'acqua.

Gli interessi generali dello Stato e della comunità internazionale nel suo complesso sono suscettibili di venire in rilievo a fini ermeneutici sotto due distinti profili: un profilo "interno" ed uno "esterno" (Focarelli, 2016; sul punto v. anche Tanzi, 2013). Per quanto riguarda il primo, soprattutto i BITs più recenti contengono disposizioni che riconoscono il diritto dello Stato ospite di perseguire i propri fini pubblici e individuano, fra gli obiettivi dei trattati in questione, il perseguimento di uno sviluppo sostenibile dello Stato di destinazione degli investimenti (l'inserimento di clausole di questo tipo è stato auspicato anche dall'Institut de droit international nella risoluzione del 13 settembre 2013 su "Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties" (relatore Andrea Giardina), <[http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2013\\_tokyo\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2013_tokyo_en.pdf)>, art. 10). Come statuito da un tribunale ICSID in uno dei casi sopra citati, in base al metodo interpretativo di cui all'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, anche le norme dei BITs che enunciano il diritto degli investitori a un trattamento "giusto ed equo" devono essere interpretate alla luce di questo oggetto e scopo dei trattati (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. (Claimants) v. The Argentine Republic (Respondent)*. ICSID Case No. ARB/03/19, lodo 30 luglio 2010, par. 218; pur interpretando la nozione di trattamento giusto ed equo alla luce del fine di perseguire il miglioramento dello sviluppo e del benessere dello Stato argentino, il tribunale arbitrale ha concluso tuttavia nel senso di una violazione del BIT).

Dall'altro lato, sotto il profilo "esterno", i trattati internazionali devono essere interpretati prendendo in considerazione tutte le regole internazionali applicabili nei rapporti fra le parti contraenti, secondo il principio di integrazione sistemica fissato dall'art. 31, par. 3, lett. c), della sopracitata Convenzione di Vienna. A prescindere dalla presenza di richiami in tal senso nei BITs, dunque, le norme internazionali sui diritti umani (di natura consuetudinaria o contenute in convenzioni internazionali di cui sono parti entrambi gli Stati contraenti) dovrebbero essere prese comunque in considerazioni dall'interprete, al fine di interpretare le norme volte a tutelare i diritti degli investitori (in tal senso v. *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (Demandantes) y Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/07/26, decisión 8 de Diciembre 2016, par. 1200). Da questo punto di vista, la nozione di trattamento "giusto ed equo" dovrebbe comportare una tutela limitata alle legittime aspettative degli investitori, da valutarsi anche alla luce degli obblighi – noti all'investitore che agisca in buona fede – dello Stato in materia di tutela dei diritti umani (per una valorizzazione dei principi di buona fede e di equità nel diritto internazionale degli investimenti, v. rispettivamente Tanzi, 2018 e Francioni, 2012).

Nei casi in esame, i criteri interpretativi di cui sopra sono stati richiamati più volte dai tribunali arbitrali, senza tuttavia che questi ultimi ne abbiano tratto conseguenze ai fini della decisione delle specifiche controversie. Ciò non toglie che, come mostrano alcuni lodi recenti, soluzioni meno sbilanciate a favore dei diritti degli investitori siano possibili, ispirate ad un'armonizzazione dei due sistemi normativi (in materia di investimenti e diritti umani) e alla conseguente funzionalizzazione del diritto di proprietà (v. *infra*).

### **c. Il caso *Urbaser* e la responsabilità delle imprese multinazionali per violazione del diritto all'acqua**

Una terza strategia difensiva adottata dall'Argentina è stata la presentazione di una domanda riconvenzionale nei confronti degli investitori, volta a far dichiarare una violazione, da parte di questi ultimi, del diritto all'acqua. Questa strategia è stata tentata per la prima (e per il momento unica) volta da uno Stato, nel caso *Urbaser* (*Urbaser*, decisione dell'8 dicembre 2016, cit., sulla quale v. Guntrip, 2017).

La procedura arbitrale era stata attivata sulla base del BIT Spagna-Argentina, da alcune società azioniste della società AGBA, erogatrice di servizi idrici integrati nella Provincia di Buenos Aires. La decisione presenta particolare interesse sotto il profilo del diritto internazionale. Pur non accogliendo nel merito la domanda riconvenzionale dell'Argentina, il tribunale arbitrale l'ha ritenuta ammissibile in base alla Convenzione di Washington e al BIT in questione (ivi, par. 1155). È interessante notare come sia stata ritenuta sufficiente l'esistenza di un legame di ordine fattuale con la controversia principale ai fini dell'ammissibilità della domanda riconvenzionale. Peraltro, al riguardo, non è

possibile trarre indicazioni di portata generale, posto che l'ammissibilità di domande riconvenzionali nell'ambito delle controversie fra Stato e investitore non può che essere valutata sulla base delle specifiche previsioni del BIT, di volta in volta applicabile. Nel caso di specie, l'art. X del BIT fra Spagna e Argentina non pone limitazioni *ratione personae* alla parte che può proporre una domanda, né limita espressamente l'oggetto delle controversie sottoponibili ad arbitrato a quelle relative ad asserite violazioni del BIT stesso.

Il lodo *Urbaser* prende posizione circa una delle questioni maggiormente dibattute e controverse del diritto internazionale, inerente alla soggettività internazionale delle imprese multinazionali, più precisamente il problema se gli investitori siano destinatari degli obblighi internazionali in materia di diritti umani. Il tribunale si è pronunciato in senso affermativo, argomentando che, se gli accordi sugli investimenti "no est[an] basado[s] en la incapacidad de una empresa de ser titular de derechos en el derecho internacional, no es posible aceptar que rechazaría necesariamente toda noción de que una empresa inversora extranjera no puede ser sujeto de obligaciones en el derecho internacional" (*ibidem*, par. 1194). Si tratta in verità di una posizione (ancora) piuttosto isolata nella prassi dei tribunali interni e internazionali (Focarelli, 2016), per quanto non manchino analoghe prese di posizione al di fuori del contesto dell'arbitrato fra Stati e investitori stranieri (nel senso che anche le imprese siano destinatarie degli obblighi internazionali corrispondenti al diritto alla salute v. *Prof. Alain Pellet, Independent Objector (France) vs/ Afiliat Limited (Ireland)*, EXP/409/ICANN/26, par. 49). I limiti della presente trattazione non consentono di approfondire ulteriormente il punto.

Una volta risolta in senso affermativo la questione, circa l'idoneità delle norme di diritto internazionale generale in tema di diritti umani a produrre obblighi nei confronti degli investitori stranieri, il tribunale mette in luce come l'applicazione di dette norme non sia esclusa né dal BIT, né dalla Convenzione di Washington istitutiva dell'ICISD. Anzi, quest'ultima, all'art. 42 individua tra le norme applicabili dagli arbitri, in assenza di accordo fra le parti, il diritto dello Stato ospite e "such rules of international law as may be applicable" (fra queste ultime il tribunale ha coerentemente ritenuto ricomprese le norme internazionali sul diritto all'acqua: v. par. 1205).

Se, da un lato, il tribunale arbitrale ICSID ha adottato un approccio molto innovativo, ha nondimeno rigettato nel merito la domanda riconvenzionale dell'Argentina. Secondo la ricostruzione contenuta nel lodo, infatti, né dal BIT Spagna-Argentina, né dal diritto internazionale generale, sarebbe stato possibile desumere l'esistenza di un obbligo positivo in capo alle imprese, di assicurare l'accesso all'acqua: "El derecho humano al agua implica una obligación de hacer para el Estado, pero no contiene ninguna obligación de hacer para una empresa que suministra el servicio requerido a través de un contrato. Tal obligación debería ser distinta de la responsabilidad del Estado de brindar servicios de agua



potable y saneamiento a su población [...] En consecuencia, si bien es correcto afirmar que la obligación del Estado se fundamenta en su obligación de hacer valer el derecho humano al agua de todas las personas dentro de su jurisdicción, ello no es así en el caso de los inversores que persiguen, es cierto, el mismo objetivo, sino que se fundamenta en la Concesión y no en una obligación derivada del derecho humano al agua. De hecho, garantizar el derecho humano al agua representa una obligación de hacer. Esa obligación recae en los Estados y no es posible imponerla a una empresa concedora del ámbito del suministro de servicios de agua y saneamiento. Para que esa obligación de hacer sea aplicable a un inversor particular, es necesario un contrato o una relación jurídica similar de derecho civil y comercial. En ese caso, la fuente de la obligación de hacer del inversor es el derecho local y no el derecho internacional general” (par. 1208 e 1210).

È indubbio che l’obbligo di adottare misure positive volte ad assicurare il godimento dei diritti umani gravi, in primo luogo, sullo Stato territoriale. In considerazione di ciò, si deve anzi ritenere che, nonostante il lodo *Urbaser*, con ogni probabilità gli Stati continueranno ad essere molto prudenti nel proporre questo tipo di domande riconvenzionali nel contesto dell’arbitrato in materia di investimenti. Ammettere che vi sia stata una violazione di un diritto di accesso all’acqua a danno di persone sottoposte alla propria giurisdizione – ad esempio perché non sono state costruite infrastrutture adeguate, o perché l’acqua è stata somministrata a prezzi non sostenibili – implica per lo Stato riconoscere di essere venuto meno ai propri obblighi di proteggere e di realizzare.

L’aspetto maggiormente interessante del lodo *Urbaser* riguarda tuttavia una considerazione svolta in un *obiter dictum*. Pur escludendo che la questione fosse rilevante nel caso di specie, il tribunale arbitrale ha nondimeno precisato: “[I]a situación es diferente si lo que está en juego es una obligación de no hacer, como la prohibición de realizar actos que violan los derechos humanos. Dicha obligación puede ser de aplicación inmediata no sólo respecto de los Estados sino también respecto de las personas físicas y otros particulares”. Laddove si consolidasse un orientamento di questo tipo nell’ambito dell’arbitrato sugli investimenti internazionali, gli investitori stranieri potrebbero essere chiamati a rispondere della violazione degli obblighi negativi in materia di diritti umani. Con riferimento al diritto all’acqua, si potrebbe pensare al caso in cui l’investitore straniero somministri alla popolazione acqua chimicamente o biologicamente contaminata, oppure causi un grave inquinamento delle acque superficiali o sotterranee. Ma vi è di più. Potrebbero essere qualificate come violazioni dell’obbligo di *non facere* anche tutte quelle condotte delle imprese straniere riconducibili al fenomeno del *water grabbing*, ossia l’uso massiccio di acqua a fini agricoli o produttivi, tali da compromettere l’accesso all’acqua potabile e all’igiene personale da parte della popolazione locale (in relazione alla violazione del diritto all’acqua, a causa delle attività di imprese straniere produttrici di bibite

in bottiglia, si veda la vicenda relativa alle attività della Coca Cola in India, sulla quale cfr. Corte suprema indiana, *M C Mehta v. Union of India* 2004 (12) SCC118 e, più in generale, Shiva, 2002).

#### 4. Conclusioni

Il diritto internazionale degli investimenti costituisce un'area "sismica" del diritto internazionale, la cui evoluzione ha avuto, e continuerà ad avere nei prossimi anni, un ruolo importante nel determinare gli assetti della globalizzazione economica e giuridica (Ferrarese, 2000).

Recenti pronunce, come quella resa nel caso *Philip Morris (Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. (Demandantes) y República Oriental del Uruguay (Demandada)*. Caso CIADI N.° ARB/10/7, laudo 8 Julio 2016, spec. parr. 306-307), evidenziano una crescente attenzione degli arbitri nei confronti della tutela degli interessi generali dello Stato e dell'intera comunità internazionale. Fra questi, la corretta gestione dei servizi pubblici essenziali non può che avere un ruolo fondamentale, unitamente alla salvaguardia della salute, intesa nella sua dimensione individuale e collettiva. Nella stessa linea si colloca la revisione dei modelli di BITS predisposti dagli Stati, specialmente industrializzati, per meglio garantire il potere regolamentare dello Stato ospite (Acconci, 2018).

La prassi sopra esaminata, relativa al diritto all'acqua, evidenzia la prevalenza di decisioni sfavorevoli agli Stati ospiti degli investimenti. Si è peraltro messo in evidenza come il diritto internazionale fornisca soluzioni potenzialmente idonee a contemperare la tutela degli interessi degli investitori stranieri con quella dei diritti umani delle popolazioni interessate. Laddove accolte in maniera più sistematica, queste soluzioni potrebbero portare a escludere la responsabilità dello Stato ospite o, quantomeno, ridurre l'ammontare degli indennizzi, che nella prassi hanno raggiunto cifre molto onerose, soprattutto per Paesi in via di sviluppo e con elevato debito pubblico.

Particolarmente innovativa risulta la prospettiva inaugurata dal loro *Urbaser*, che ammette la possibilità di domande riconvenzionali nei confronti degli investitori che abbiano violato obblighi internazionali di *non facere* in materia di diritti umani.

#### 5. Riferimenti bibliografici

Acconci, Pia. 2011. *Tutela della salute e diritto internazionale*. Cedam. Padova.

Acconci, Pia. 2014. The Integration of Non-investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law: Is a Multilateral Approach Desirable? Sacerdoti, Giorgio e altri (a cura di). *General Interests of Host States in International Investment Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 165-193.

Acconci, Pia. 2018. Sustainable Development and Investments: Trends in Law-Making and Arbitration. Gattini, Andrea, Tanzi, Attila e Fontanelli, Filippo (a

- cura di) *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Brill, Nijhoff. Leiden/Boston, 290-319.
- Benvenuti, Paolo. 2006. Lo stato di necessità alla prova dei fatti. Spinedi, Marina, Gianelli, Alessandra e Alaimo, Maria Luisa (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*. Giuffrè, Milano, 107-151.
- Bulajić, Milan. 1993. *Principles of International Development Law: Progressive Development of the Principles of International Law Relating to the New International Economic Order*. Brill, Nijhoff. Dordrecht, etc.
- Cassese, Antonio. 1984. *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*. Il Mulino, Bologna.
- Daza-Clark, Ana Maria. 2017. *International Investment Law and Water Resources Management*. Brill, Nijhoff. Leiden, etc.
- Ferrarese, Maria Rosaria. 2000. *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Il Mulino, Bologna.
- Focarelli, Carlo. 2016. *Economia globale e diritto internazionale*. Il Mulino, Bologna.
- Francioni, Francesco. 2012. Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani: convergenza o conflitto? Di Stefano, Adriana e Sapienza, Rosario (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il Diritto internazionale. XVI Convegno SIDI, 23-24 giugno 2011*. Editoriale Scientifica, Napoli, 417-435.
- Francioni, Francesco. 2014. Foreign Investments, Sovereignty and the Public Good. *The Italian Yearbook of International Law* 23-1: 3-22.
- Guntrip, Edward. 2017. *Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration? EJILTalk!* 10.02.2017.
- Lanciotti, Alessandra. 2018. L'accesso all'acqua pulita. Giuffrida, Roberto (a cura di). *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*. Giappichelli. Torino, 97-106.
- Marrella, Fabrizio. 2010. On the Changing Structure of International Investment Law: The Human Right to Water and ICSID Arbitration. *International Community Law Review* 12: 335-359.
- Pastorino, Leonardo (a cura di). 2014. *De códigos y desafíos jurídicos para enfrentar la crisis del agua*. Ediciones Cooperativas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Roberts, Anthea. 2017. The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecided. *EJIL Talks!* 15 June 2017.
- Scovazzi, Tullio. 2017. Il diritto umano all'acqua e all'igiene personale. Pineschi, Laura (a cura di). *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo fra interessi globali e interessi particolari. XXI Convegno. Parma. 9-10 giugno 2016*. Editoriale Scientifica. Napoli, 213-254.
- Shiva, Vandana. 2002. *Water Wars: Privatization, Pollution and Profit*. South End Press, Cambridge, MA.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. 2015. *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge

- Tanzi, Attila. 2012. Sull'insolvenza degli Stati nel diritto internazionale. *Rivista di diritto internazionale* XCV-1: 66-88
- Tanzi, Attila. 2013. Public Interest Concerns in International Investment Arbitration in the Water Services Sector: Problems and Prospects for an Integrated Approach. Treves, Tullio e altri (a cura di), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*. Routledge. London/New York, 318-335.
- Tanzi, Attila. 2018. The Relevance of the Foreign Investor's Good Faith. Gattini, Andrea, Tanzi, Attila e Fontanelli, Filippo (a cura di) *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Brill, Nijhoff. Leiden/Boston, 193-220.
- Vadi, Valentina. 2013. *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, London, Routledge.
- Waibel, Michael. 2007. Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E. *Leiden Journal of International Law* 20: 637-648.



# “Biodiversità e servizi ecosistemici tra normativa e prassi”

*Lorenza Paoloni<sup>1</sup> - Maria Laura Carranza<sup>2</sup>*

<sup>1</sup>Dipartimento Giuridico; <sup>2</sup>Dipartimento Bioscienze e Territorio, Università degli Studi del Molise, Campobasso, Italia

Mail di contatto [lorenza.paoloni@unimol.it](mailto:lorenza.paoloni@unimol.it); [carranza@unimol.it](mailto:carranza@unimol.it)

---

## RESUMEN

El concepto de agro-biodiversidad se refiere a los ecosistemas con su flora, su fauna, su componente microbiológica y genética que derivan de la acción ejercitada inicialmente por la selección natural en la evolución de la vida y por el hombre que ha domesticado la naturaleza desde el tiempo de los primeros agricultores cerca 10.000 años hasta el día de hoy.

La biodiversidad es un elemento esencial del ambiente natural y garantiza numerosos beneficios para el hombre, beneficios que vienen llamados: Servicios Ecosistémicos. Los ecosistemas naturales, constituidos por un conjunto de especies que han evolucionado en el tiempo en equilibrio con el ambiente físico, son la garantía de la sustentabilidad de bienestar humano. Los servicios ecosistémicos pueden ser de diferente naturaleza como: suministro (madera, comida, medicinas, etc), regulación (filtrado del agua, descomposición de residuos orgánicos, regulación del clima con el ciclo del Carbono, etc), de base (ciclo de los nutrientes, fotosíntesis y formación de biomasa, formación de los suelos), cultural (recreación, estética, espiritual, etc).

La ley 194 de diciembre del 2015 del gobierno italiano, sobre la seguridad y la conservación de la biodiversidad de los productos agrícolas y alimentarios, ha cubierto la diferencia entre la rica reglamentación internacional y la normativa italiana aun en fase de desarrollo y ha dado particular resalto a la protección de la rica herencia de biodiversidad presente en el territorio italiano. Esta ley tiene como principal objetivo la actualización de la normativa italiana adaptándola al marco normativo internacional en diferentes niveles que van desde la seguridad y conservación de la biodiversidad de alimentos, necesaria para conservar los recursos genéticos locales, a la definición de medidas para prevenir riesgo de extinción y erosión genética y específica de la biodiversidad a escala nacional.

En fin, viene presentado y comentado un trabajo piloto sobre la integración de los servicios ecosistémicos en la planificación de las áreas protegidas. El proyecto se ha realizado utilizando fondos europeos LIFE+ y se llama LIFE+mgn (making good nature). En particular en el proyecto LIFE+mgn se propone a través de la participación de las comunidades locales y la utilización de PES (Pay for Ecosystems Services= Pago por servicios ambientales) de definir los planes de gestión y conservación de la biodiversidad dentro de la red de áreas protegidas europeas (Red Natura 2000). La propuesta ha sido desarrollada y puesta en

practica en un set de 22 areas de la red con características ambientales, territoriales y culturales muy heterogeneas y que son representativas de la realidad italiana. La aplicación del modelo LIFE+mgn, que se ha demostrado muy eficaz para integrar los servicios ecosistémicos en la planificación sustancial de la red Natura 2000, podría ser extendida a toda la red de áreas protegidas incluyendo otras áreas como los Parques nacionales y regionales.

**Palabras clave: Biodiversidad, Servicios Ecosistémicos, Reglamentación y normativa europea.**

---

#### **ABSTRACT**

Agricultural biodiversity entails the wealth of plant, animal and microbial genetic resources formed through biological mechanisms, natural selection and a lengthy evolution process, and accumulated - since the appearance of the agriculture about 10.000 years ago - by generations of farmers who patiently and diligently domesticated, selected and moved from different areas, the species from which the products necessary to man's existence would derive.

Biodiversity is an irreplaceable element in the natural environment, producing a range of benefits for humanity realized by the so-called ecosystem services, in the form of different types of goods and services such as food, timber, drinking water, pollination, energy, climate regulation, protection from natural hazards/risks, erosion control, ingredients for medicines and cosmetics, leisure activities

The Italian act 194, passed on the 1st of December 2015, on safety and conservation of agricultural and food biodiversity, attempts to fill a gap between a set of prolific international agreements - aimed, in different ways, at regulating the delicate topic of the safety of biological and agricultural diversity- and a likewise productive season of regional acts, focused on the protection of our territory's remarkable genetic heritage.

This legislation's main objective is to achieve an international framework, arranged through different levels and competences, for the safety and conservation of agricultural and food biodiversity, able to safeguard local genetic resources - both agricultural and food- from the risk of genetic erosion and extinction.

A pioneering work aimed at defining new management tools that include Ecosystem services in the governance of the network of protected areas (Natura 2000 network) has been recently done in Italy in the context of the LIFE+ European program (called LIFE+mgn). The proposed procedure was implemented and tested in a pool of 22 protected areas representative of the environmental, social and economic heterogeneity in Italy. Specific PES (Payment for ecosystem services) and contracts were defined. The model LIFE+mgn seems adequate for including ES in defining a sustainable plan of the Natura 2000 network.

## **1. Introduzione**

La biodiversità negli ecosistemi naturali e agricoli designa tutto il patrimonio di risorse genetiche vegetali, animali e microbiche formatesi, per azioni di meccanismi biologici e per selezione naturale, nei lunghi tempi dell'evoluzione ed accumulate (Gaston et al 2000), poi dall'apparire dell'agricoltura (circa 10.000 anni orsono), da generazioni di agricoltori che hanno pazientemente e diligentemente domesticato, selezionato e trasferito, da zone geografiche diverse, tutte quelle specie da cui ricavare prodotti necessari alla sussistenza dell'uomo su questo pianeta (CBD).

Da questo punto di vista l'Italia, per via dell'eterogeneità dei suoi paesaggi, della sua posizione centrale nel Mediterraneo e dell'insieme dei fattori bioclimatici, è il Paese più ricco di biodiversità animale e vegetale dell'intero continente europeo mentre il bacino del Mediterraneo è uno dei maggiori centri di biodiversità del mondo (Myers et al 2000).

Gli scienziati, quasi all'unanimità, sostengono che la biodiversità debba essere conservata nella sua globalità anche perché esistono tuttora molte specie vegetali poco note e non ancora domesticate che un giorno potrebbero rivelarsi utili ed affiancare, così, quelle già diffusamente coltivate. Inoltre, sono tuttora presenti sulla terra alcune specie di interesse agrario che possono essere utilizzate per ottenere prodotti diversi da quelli abituali, quali oli, carboidrati e loro derivati nonché metaboliti secondari di interesse farmaceutico, cosmetico ed industriale (Costanza et al. 1997; Millennium Ecosystem Assessment., 2005).

Nel presente contributo, dopo aver illustrato il quadro normativo europeo e italiano, che pone particolare attenzione alla preservazione della biodiversità e delle risorse genetiche, si descriveranno alcune esperienze significative praticate sul territorio nazionale che si avvalgono della biodiversità come fonte di servizi ecosistemici per l'uomo.

## **2. La biodiversità come "capitale naturale e culturale"**

La Commissione europea, in un documento strategico sul tema dal titolo "La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: strategia della UE sulla biodiversità fino al 2020, Bruxelles, 3 maggio 2011" ritiene che la biodiversità, quale insieme di straordinarie varietà di ecosistemi, specie e geni che ci circonda, rappresenti la nostra "assicurazione" sulla vita, poiché garantisce agli abitanti del pianeta cibo, acqua pura e aria pulita; offre mezzi di riparo e medicine; mitiga le catastrofi naturali, l'azione dei parassiti e le malattie e contribuisce, altresì, alla regolazione del clima.

Come è stato rimarcato (Trisorio, 2015) e sancito chiaramente anche dalla FAO (1999), la diversità biologica non ha una dimensione univocamente agricola o



naturalistica in quanto “include nella sua definizione anche una dimensione socio-economica e culturale, considerando le conoscenze tradizionali parte integrante dell’agrobiodiversità. Questa è vista come il risultato dell’interazione tra ambiente, risorse genetiche, sistemi e pratiche di gestione adottate da popolazioni culturalmente diverse che, di conseguenza, utilizzano le risorse ambientali in modi diversi».

La biodiversità è, altresì, una “fabbrica di vita” perché, secondo il pensiero di Vandana Shiva (2001, 13) “oltre a rappresentare le infinite facce che il mondo vivente può assumere, determina anche le condizioni necessarie a far sì che ciò avvenga”; questo significa che essa comprende anche secoli di evoluzione culturale “perché il genere umano è coevoluto con le altre specie nei diversi ecosistemi del pianeta: la diversità biologica ha plasmato le diverse culture del mondo”.

Come si è detto un elemento che contrassegna la biodiversità è la multifunzionalità; a tale connotato oggi si aggiunge la caratterizzazione della biodiversità come “capitale naturale” in quanto fornisce servizi ecosistemici posti alla base dell’economia. Come è stato puntualizzato (Commissione, 2011), “con il deterioramento e la perdita di biodiversità non possiamo più contare su questi servizi: la perdita di specie e *habitat* ci priva della ricchezza e dei posti di lavoro derivanti dalla natura, mettendo a repentaglio il nostro benessere. E’ per questo motivo che la perdita di biodiversità è la minaccia ambientale che, insieme al cambiamento climatico, incombe più gravemente sul pianeta, e i due fenomeni sono inestricabilmente legati”.

Infine, non si può omettere di riportare l’autorevole opinione di Papa Francesco (2015, 51) sul tema, il quale nella sua Enciclica dedica un intero capitolo alla perdita della biodiversità, dovuta all’opera dell’uomo che compie scelte opportunistiche, con riguardo all’uso delle risorse della terra, più attente al dato economico/commerciale ed in vista del conseguimento di un risultato immediato. Tuttavia non bisogna pensare alle specie animali e vegetali come “risorse” sfruttabili e dimenticare che esse hanno un valore in sé stesse. “Quando si analizza l’impatto ambientale di qualche iniziativa economica, si è soliti considerare gli effetti sul suolo, sull’acqua e sull’aria, ma non sempre si include uno studio attento dell’impatto sulla biodiversità, come se la perdita di alcune specie o di gruppi animali o vegetali fosse qualcosa di poco rilevante....La cura degli ecosistemi richiede uno sguardo che vada al di là dell’immediato, perché quando si cerca solo un profitto economico rapido e facile, a nessuno interessa veramente la loro preservazione...Per questo, possiamo essere testimoni muti di gravissime inequità quando si pretende di ottenere importanti benefici facendo pagare al resto dell’umanità, presente e futura, gli altissimi costi del degrado ambientale”

### 3. La biodiversità nella normativa europea

La posizione dell'Europa si è contraddistinta, almeno fino ad una certa data, per una marcata (e quasi esclusiva) attenzione alla biodiversità ambientale (o naturale) piuttosto che a quella agricola in senso stretto.

Il primo passo avviato verso una più complessa ed inclusiva formalizzazione giuridica della salvaguardia della biodiversità consegue alla ratifica della Convenzione sulla biodiversità (CDB) avvenuta nel 1993 con decisione del Consiglio 93/626/CEE cui si affianca la Convenzione di Berna, per la conservazione della vita selvatica e dei suoi biotopi in Europa, elaborata nel 1979, divenuta esecutiva dal 1° giugno 1982 e recepita in Italia con legge n. 503 del 5 agosto 1981.

L'Unione europea comincia così a condividere, con interventi puntuali, le nuove linee di tendenza, affermatesi a livello planetario, che attribuiscono rilevanza giuridica ed economica alla diversità biologica e la eleva a categoria concettuale autonoma rispetto alla nozione d'ambiente.

L'elemento che accomuna la recente legislazione comunitaria, che tenta di contrastare la perdita del patrimonio genetico negli ecosistemi, negli *habitat* e nelle aree agricole produttive, è costituito dalla considerazione di fondo che tale perdita ha un impatto negativo sullo sviluppo economico, in quanto è alla base delle risorse essenziali in termini di cibo, fibre, bevande, medicinali nonché dei processi industriali e delle attività di pesca e agricoltura dalle quali dipende la sopravvivenza della nostra specie.

Si avverte, inoltre, che l'agricoltura risulta collegata alla biodiversità da una relazione biunivoca; infatti, se da un lato l'attività agricola può costituire uno strumento di tutela ed incremento della biodiversità, dall'altro, se praticata secondo il modello dell'agricoltura industrializzata ed intensiva, può rappresentare una serie minaccia ed addirittura un fattore di deterioramento della diversità biologica (Russo, 2012, 191).

Tra gli aspetti salienti nelle scelte di matrice europea, sulla tutela della biodiversità delle risorse genetiche, si annoverano la conservazione e l'utilizzazione sostenibile della diversità agrobiologica che si debbono realizzare attraverso azioni *in situ*, cioè negli ecosistemi, negli habitat naturali, nell'azienda agricola (*on farm*), ed *ex situ*, ovvero al di fuori dell'habitat naturale.

La conservazione *in situ* di specie, varietà vegetali e razze d'animali domestici aventi anche un effettivo o potenziale valore agroalimentare può essere incentivata nell'ambito dello svolgimento delle attività agricole (di allevamento, coltivazione, silvicoltura), che sovente contribuiscono alla conservazione di specie animali e vegetali in via di estinzione.

Per ciò che concerne la conservazione *ex situ*, si rileva che nell'Unione europea le banche di conservazione del germoplasma non hanno raggiunto lo stesso livello di sviluppo che altrove ed occorrono pertanto iniziative tese a favorirne

l'efficienza al fine di rispondere all'esigenza attuale e futura della sicurezza dell'approvvigionamento alimentare a livello mondiale.

Particolarmente significativo è, altresì, il complesso meccanismo d'interazione tra gli ecosistemi agricoli e gli altri ecosistemi ed il ruolo da questi svolto ai fini della conservazione della biodiversità.

Tale interconnessione appare in sintonia con quanto previsto dalla Convenzione sulla diversità biologica, dalla strategia comunitaria per la diversità biologica a questa collegata nonché dal piano d'azione globale per la conservazione e l'uso sostenibile delle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura (Global Plan of Action for the Conservation and Sustainable Utilisation of Plant Genetic Resources for Food and Agriculture) adottato nel 2011 dalla FAO ed il Trattato internazionale sulle risorse genetiche vegetali per l'alimentazione e l'agricoltura, adottato nel corso della trentunesima riunione della Conferenza della FAO a Roma il 3 novembre 2001 e ratificato a nome dell'Unione nel 2004, noto anche come Fao Seed Treaty. Il Trattato è deputato a svolgere una funzione primaria non solo con riguardo alla tutela ed all'utilizzo delle risorse genetiche ma anche con riferimento alle conoscenze tradizionali ed ai Farmers' Rights (Paoloni, 2005).

Tuttavia, nonostante il grande dispiego di energie negli anni profuso dal legislatore europeo nella produzione di numerosi documenti in materia di tutela della biodiversità, anche agricola, la Commissione dell'Unione europea ha dovuto registrare il mancato raggiungimento dei programmati obiettivi all'interno del sistema comunitario ed ha denunciato questo insuccesso nella comunicazione "Valutazione 2010 dell'attuazione del piano d'azione UE sulla biodiversità" (Relazione, 2010).

In conseguenza di questo parziale "fallimento" della strategia intrapresa, è stata adottata nel 2011 l'altra comunicazione, sopra richiamata, dal titolo "La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: la strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020", nella quale viene individuato, come obiettivo ambizioso, già peraltro convenuto dai Capi di stato della UE nel 2010 (Conclusione del Consiglio europeo), quello di porre fine alla perdita di biodiversità ed al degrado dei servizi ecosistemici nel territorio UE entro il 2020, cercando di ripristinarli ove possibile e contribuendo ad evitare la perdita di biodiversità a livello mondiale.

Tale strategia intende integrare le considerazioni in materia di biodiversità in tutte le politiche settoriali. Con riguardo specifico all'agricoltura, l'attenzione è posta alle politiche di sviluppo rurale. Si prevede l'estensione delle superfici agricole coltivate a prati, seminativi e colture permanenti che sono oggetto di misure inerenti alla biodiversità a titolo della PAC; si prefigurano pagamenti diretti mirati a remunerare la creazione di beni pubblici ambientali ed, infine, si sostiene la diversità genetica nell'agricoltura e la sua conservazione anche mediante il ricorso alle misure agroambientali.

Un ruolo significativo in tale contesto è, come si accennava, svolto dalla Politica Agricola Comune, la cui recente riforma per il periodo di programmazione 2014-2020 presenta alcune importanti novità rispetto alla salvaguardia della biodiversità e dei servizi ecosistemici.

Nella direzione degli obiettivi di Europa 2020, la nuova PAC inserisce nell'ambito del I Pilastro (Pagamenti diretti) il cosiddetto "greening": si tratta di un pagamento ecologico a favore degli agricoltori che adottano sui loro ettari ammissibili alcune azioni favorevoli per la biodiversità e l'ambiente (diversificazione colturale, mantenimento dei prati permanenti, aree a valenza ambientale, messa a riposo ecologica, Natura 2000) oltre gli attuali obblighi di condizionalità.

Nell'ambito del II Pilastro (Sviluppo Rurale) il nuovo Regolamento (UE) n.1305/2013 sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del FEASR (Fondo Europeo Agricolo per lo Sviluppo Rurale) offre l'opportunità di finanziare interventi per il mantenimento e ripristino dei servizi ecosistemici e il finanziamento della gestione dei siti inseriti nella rete Natura 2000 (Marino -Cavallo, 2014, 33)

Purtroppo anche l'ultima revisione della strategia europea sulla biodiversità, effettuata alla fine del 2015, non ha dato riscontri del tutto positivi e quindi la Commissione per l'ambiente, la sanità pubblica e la sicurezza alimentare ha individuato e sollecitato una serie di correttivi che verranno presi in considerazione in una Proposta di risoluzione (Parlamento europeo, 2016), sulla revisione intermedia della strategia dell'UE sulla biodiversità.

Un compito sempre più impegnativo, inerente la conservazione della biodiversità, comprensiva anche di quella agricola, è ora assunto, all'interno delle scelte strategiche operate dalla UE, dall'attuazione del Protocollo di Nagoya, che punta l'attenzione proprio sulle sorti delle risorse genetiche.

L'apposito regolamento (Reg. (UE), 2014), fissa le norme relative alla conformità dell'accesso e della ripartizione dei benefici derivanti dalle risorse genetiche e dalle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche, in conformità delle disposizioni del protocollo di Nagoya relativo all'accesso alle risorse genetiche e la giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione relativo alla Convenzione sulla diversità biologica. L'efficace attuazione del presente regolamento contribuirà anche alla conservazione della diversità biologica e all'uso sostenibile dei suoi componenti, in conformità delle disposizioni della Convenzione sulla diversità biologica.

E' utile ricordare, altresì, come il protocollo di Nagoya, nello specificare più dettagliatamente le prescrizioni generali della Convenzione sulla diversità biologica, in materia di accesso alle risorse genetiche e di ripartizione monetaria e non monetaria dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche («accesso e ripartizione dei benefici»), si integra con l'altro importante strumento legislativo costituito dal Trattato sulle Risorse Fitogenetiche per l'alimentazione e

l'agricoltura (ITPGRFA ) sopra richiamato. Entrambi i provvedimenti pongono l'accento proprio sul riconoscimento dei diritti delle comunità locali e autoctone in ordine all'impiego delle risorse genetiche locali.

L'attualità del Trattato è data, inoltre, dallo specifico ed unico ruolo che questo strumento normativo internazionale può giocare riguardo alla questione più generale della sicurezza alimentare, favorendo una *governance* appropriata delle risorse genetiche sparse nel pianeta in modo da consentire agli agricoltori di continuare a conservare, sviluppare e usare *on-farm*, secondo criteri di sostenibilità, un ampio range di coltivazioni biodiverse.

Il Trattato FAO, come è stato puntualmente osservato, costituisce un tentativo originale e senz'altro innovativo verso "l'accesso a risorse che, più di altre, sono configurabili come beni comuni globali, funzionali al godimento effettivo dei diritti fondamentali, in una dimensione intergenerazionale" (Vezzani, 2013, 433)

Su questa stessa lunghezza d'onda sembra sintonizzarsi anche la Relazione (Commissione, 2013) in materia di risorse genetiche in agricoltura la quale, nell'intento dei relatori, dovrebbe contribuire ad arricchire la riflessione sulla conservazione della diversità genetica in agricoltura e condurre a ribadire la necessità di conservare ed utilizzare in maniera sostenibile le risorse genetiche.

Le politiche ed i programmi che devono prevedere tale obiettivo sono, segnatamente "la politica di sviluppo rurale, attraverso le relative misure agro-ambientali, per individuare pratiche agricole idonee, e attraverso il partenariato europeo per l'innovazione, per integrare le esigenze della prassi con le attività di ricerca e promuovere l'interazione tra i soggetti coinvolti; la politica di ricerca e innovazione con il suo programma quadro Orizzonte 2020, per rafforzare la base di conoscenze sulla diversità genetica in agricoltura".

Nella Relazione su menzionata si sottolinea, a più riprese, che la biodiversità in agricoltura contribuisce alla sicurezza alimentare in quanto attenua i rischi associati ai sistemi di produzione intensiva e ad alta specializzazione; ciò vuol dire che la salvaguardia della biodiversità contribuisce alla fornitura di beni pubblici e di servizi ecosistemici (es: impollinazione, miglioramento della lotta antiparassitaria, ecosistemi agricoli più resilienti e stabilità del terreno). Tuttavia è necessario che, per salvaguardare le risorse genetiche, gli agricoltori possano trarre un vantaggio economico dall'impiego di specie, varietà e razze finora sottoutilizzate.

La promozione dell'uso sostenibile delle risorse genetiche ha, peraltro, ricevuto una scarsa attenzione come è desumibile anche dal ritardo con cui il legislatore italiano è intervenuto a disciplinare la materia oggetto di interesse nel presente lavoro.

In questo quadro generale di riferimento la Relazione della Commissione chiama opportunamente in causa il Trattato internazionale sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura, di cui si è appena fatta menzione.

Il Trattato, che come si è precisato costituisce un accordo specifico sull'accesso e la condivisione dei benefici nell'ambito del protocollo di Nagoya, impegna le parti a conservare la biodiversità vegetale in agricoltura sia all'interno (compresa l'azienda agricola) sia all'esterno degli ecosistemi e degli habitat naturali e a utilizzare le risorse genetiche in maniera sostenibile. Le parti contraenti convengono di adottare misure nel campo dell'agricoltura, della ricerca e della selezione e di agevolare l'accesso alle risorse fitogenetiche ed alle conoscenze tradizionali ad esse associate. Il Trattato riconosce, altresì, il ruolo e i diritti degli agricoltori per quanto riguarda la conservazione, l'utilizzo e il miglioramento delle risorse genetiche in agricoltura e la ripartizione dei benefici ad esse correlati.

La tutela delle risorse genetiche richiama, altresì, un altro tema di estrema importanza ed attualità sul quale si è già avviato un vivace dibattito, a livello europeo: la controversa legislazione sementiera che interferisce in modo incisivo proprio sulle scelte degli operatori agricoli, a tutti i livelli, e con riguardo, segnatamente, alla salvaguardia dell'agrobiodiversità finalizzata anche alla produzione di cibo.

Vale la pena ricordare, preliminarmente, un dato non sufficientemente evidenziato e che forse aiuta a comprendere alcune scelte non sempre limpide in materia di sementi e di materiale riproduttivo vegetale operate dagli organismi comunitari. In seno alla complessa struttura amministrativa dell'Unione europea, la direzione che si occupa della disciplina delle sementi non è la DG AGRI (che ha responsabilità in materia di agricoltura) bensì la DG SANCO, che ha a cuore gli interessi degli agricoltori consumatori di sementi per tutelarli dalle frodi commerciali presenti sul mercato. Quindi in tale contesto le sementi rilevano dal punto di vista commerciale e non per la loro funzione produttiva.

Come si può leggere dalla Relazione della Commissione sulle risorse genetiche, "Un'efficace attività di conservazione e il rafforzamento della biodiversità e della variabilità in agricoltura esigono un quadro giuridico a livello di Unione che tenga conto delle problematiche legate alle risorse genetiche nell'ottica di agevolare le attività di conservazione e l'uso sostenibile di tali risorse. A tale proposito la Commissione ha proposto di recente una profonda revisione della legislazione concernente il materiale riproduttivo vegetale, che avrebbe per effetto di rafforzare notevolmente la conservazione delle risorse genetiche, in quanto sarebbe considerevolmente facilitato l'accesso ai mercati delle varietà tradizionali con aperture verso varietà meno omogenee".

Ad oggi occorre registrare un ennesimo rallentamento del processo legislativo avviato su questo percorso, dovuto ad un atto del Parlamento europeo che, in prima lettura, ha respinto il c.d. "Regolamento sulle sementi" (2015) proposto dalla Commissione UE. Secondo il Parlamento, l'atto legislativo della Commissione c.d. "Better regulation framework", che puntava anche ad una semplificazione normativa del settore attraverso la fusione di ben dodici direttive in un unico regolamento, avrebbe dato troppo potere alla Commissione

medesima privando gli Stati membri della possibilità di adattare le regole alle loro esigenze.

Del resto la proposta aveva già subito forti critiche perché, riconoscendo un ruolo primario alla commercializzazione delle sementi brevettate, penalizzava i piccoli agricoltori ed i loro sistemi informali di produzione e scambio delle sementi, minacciando così l'agricoltura tradizionale che Carlo Petrini, fondatore di Slow Food e Terra Madre, reputa "la biodiversità agricola e selvatica per garantire una sovranità alimentare sicura".

La proposta della Commissione è stata reputata, da più parti, come l'ennesima dimostrazione di forza da parte della lobby sementiera europea. Più che una 'semplificazione' delle regole in materia di commercializzazione delle sementi, si assiste, in buona sostanza, al potenziale consolidamento del controllo delle corporations del seme sul mercato delle sementi agricole, in un mutato quadro di riferimento ove sempre più soggetti (politici, società civile, ect.) stanno cominciando a cogliere la cruciale importanza della biodiversità agricola. E' evidente che i processi di controllo della produzione agricola contribuiscono, in modo sempre più intenso, ad incrementare il percorso di graduale commodification delle sementi e, con esse, delle risorse genetiche come da più parti è stato avvertito (Vezzani, 2013, 462).

Sul versante giurisprudenziale, in argomento, un significativo contributo è stato fornito dalla nota sentenza della Corte di Giustizia (2012), riferita al caso Kokopelli, dal nome dell'associazione francese dedita alla vendita *on line* di sementi orticole di varietà (non iscritte nel catalogo delle varietà amatoriali) definite "locali, antiche, amatoriali o vecchie" ed ancor prima dalle conclusioni, disattese dai giudici di Lussemburgo, espresse dall'Avvocato generale sempre in merito alla medesima controversia, nelle quali si afferma che la diversità biologica in agricoltura si è drasticamente ridotta e che tale diminuzione dipende, tra gli altri motivi, anche dalle disposizioni dell'Unione europea per le quali "le sementi per la maggior parte delle specie vegetali sfruttate a fini agricoli possono infatti essere commercializzate solo se la varietà è ufficialmente ammessa" ovvero se la varietà sia distinta, stabile, sufficientemente omogenea e talvolta, anche produttiva. Tali requisiti non sono richiesti per molte "varietà antiche".

Tirando le fila dei diversificati percorsi intrapresi negli anni dall'Unione europea, emerge che gli indirizzi politici prospettati, in una prima fase, si modellavano su un approccio di tipo conservativo della tutela delle risorse genetiche e della biodiversità.

Di recente si registrano, per contro, un mutamento di orizzonti e scelte più attente anche agli ecosistemi ed allo sviluppo sostenibile. In particolare nella relazione della Commissione sulle risorse genetiche, sopra citata, si coglie uno spiraglio di luce in tal senso quando si afferma che "La conservazione della biodiversità agricola e l'uso sostenibile delle risorse genetiche in agricoltura esigono interventi che vadano oltre il quadro consolidato. Occorre porre un

particolare accento su un approccio integrato e olistico che garantisca un migliore coordinamento delle attività di conservazione delle risorse genetiche attraverso l'uso sostenibile e un'interazione efficace tra tutti i soggetti coinvolti”.

Da qui discendono i suggerimenti per l'istituzione di reti che consentano di promuovere il ruolo dell'agricoltura nello sviluppo delle zone rurali, il mantenimento delle tradizioni e delle pratiche agronomiche tradizionali, la fornitura di beni pubblici ambientali, forme alternative di turismo, sviluppo di prodotti nel quadro di regimi di qualità; stimolino la domanda da parte dei consumatori di prodotti ottenuti da varietà locali e tradizionali, senza trascurare di prendere in considerazione l'interferenza che sull'agricoltura hanno oggi assunto i mutamenti climatici.

In conclusione, nella relazione si afferma esplicitamente che “l'Unione promuove un cambio di orientamento politico in cui incoraggia le parti interessate ad adoperarsi per la conservazione delle risorse genetiche e a andare oltre la conservazione e passare all'uso attivo e sostenibile delle medesime. Questo cambiamento si riflette nell'approccio coerente e complementare previsto da diversi (nuovi) strumenti della politica dell'Unione per proteggere in modo più deciso ed effettivo la biodiversità in agricoltura” quali, come si è sopra enunciato, la transizione dalle attività di ricerca e conservazione all'uso sostenibile nelle aziende agricole secondo un approccio olistico e grazie all'ausilio di maggiori risorse finanziarie che potranno “rafforzare la sostenibilità e la redditività economica dei vari sistemi agricoli e dell'intera catena alimentare”.

#### **4. La biodiversità nella normativa nazionale**

Il 1° dicembre 2015 entra in vigore la legge n. 194, recante “Disposizioni per la tutela e la valorizzazione della biodiversità di interesse agricolo e alimentare”.

L'obiettivo fondamentale della l. 194/2015 è la realizzazione di un impianto istituzionale, organizzato su livelli e competenze diverse, per la salvaguardia e la valorizzazione della biodiversità di interesse agricolo e alimentare che miri alla tutela delle risorse genetiche locali, rilevanti dal punto di vista agricolo ed alimentare, dal rischio di estinzione ed erosione genetica. L'erosione genetica sta a significare, come è noto, la perdita, nel tempo, della diversità genetica tra popolazioni o varietà della stessa specie e all'interno di esse, o riduzione della base genetica di una specie a causa dell'intervento umano o di un cambiamento climatico

Le finalità della legge sono perseguite anche ricorrendo alla tutela del territorio rurale mediante la riduzione dello spopolamento delle aree agricole e la loro preservazione da fenomeni di inquinamento genetico e di perdita del patrimonio genetico. Nel testo della legge, invero, non viene specificato come si intenda raggiungere questo obiettivo e, soprattutto, che cosa significhi concretamente inquinamento genetico e perdita del patrimonio genetico.



L'impianto proposto per la salvaguardia della biodiversità di interesse agricolo e alimentare prevede la costituzione dei seguenti organismi, ai quali si farà riferimento nel prosieguo del presente lavoro: l'Anagrafe nazionale, la Rete nazionale, il Portale nazionale ed il Comitato permanente.

Una delle disposizioni chiave nella legge qui esaminata è senz'altro l'art. 2, il quale, in modo quasi tautologico ma comunque conforme a quanto indicato dalle Linee Guida (MIPAF, 2012), afferma che le "risorse genetiche di interesse alimentare ed agrario" sono costituite dal materiale genetico di origine vegetale, animale e microbica, avente un valore effettivo o potenziale per l'alimentazione e per l'agricoltura.

Anche dalla nozione di "risorse locali", che dovrebbe essere connessa a quella di risorsa genetica, traspare una certa approssimazione. Esse devono infatti risultare originarie di un determinato territorio ma non si precisa come si rileva tale origine. Qualora siano specie alloctone devono essere state introdotte da lungo tempo, senza specificare quanto, nel territorio che le ospita e dunque naturalizzate ed integrate.

Il legislatore prende, infine, in considerazione le risorse di un determinato territorio che risultano scomparse ovvero conservate in appositi orti botanici, allevamenti ovvero centri di conservazione o di ricerca in altre regioni o Paesi poiché anch'esse devono essere, evidentemente, oggetto di tutela ai fini della preservazione della biodiversità.

Altre due significative definizioni vengono introdotte dalla legge in esame, peraltro già da tempo anticipate da diverse leggi regionali: si tratta degli "agricoltori custodi", ai quali viene richiesto di impegnarsi presso l'azienda agricola ovvero *in situ* nelle attività di conservazione delle risorse genetiche a rischio di estinzione o di erosione genetica secondo quanto definito dalle Regioni di appartenenza, e degli "allevatori custodi" così chiamati in quanto dediti alla salvaguardia degli animali locali le cui razze rischiano di estinguersi. Tali soggetti risultano destinatari di particolari benefici da parte delle Regioni per la loro attività svolta previa iscrizione alla Rete nazionale della biodiversità di interesse agricolo e alimentare.

E' facile intuire che i maggiori fruitori di tali incentivi saranno gli agricoltori/allevatori custodi, impegnati nella conservazione e valorizzazione delle produzioni locali nell'ambito dei presidi Slow Food, alla cui filosofia la legge chiaramente si ispira nonostante i richiami nell'art. 1 ai Trattati internazionali le cui finalità sono ben più ampie di quelle connesse alla semplice protezione delle risorse genetiche in via di estinzione.

In questa medesima prospettiva si inseriscono anche le "comunità del cibo e della biodiversità" ovvero gruppi di agricoltori locali, agricoltori e allevatori custodi, riuniti intorno a un progetto di difesa delle produzioni insieme a gruppi di acquisto, scuole, centri di ricerca, associazioni, esercizi di ristorazione e commerciali, enti pubblici, etc. (Sivini-Corrado, 2013) ed in parte ispirati ai

modelli americani dei Community-Based Food System (University of Michigan, 2009).

Gli accordi stipulati dai suddetti gruppi sono, tuttavia, focalizzati alla realizzazione, tra gli altri, di modelli agricoli attenti alla tutela della biodiversità, delle risorse genetiche, dei saperi tradizionali connessi alle colture agrarie nonché alla realizzazione di forme di filiera corta, di vendita diretta, di scambio di prodotti agricoli all'interno di circuiti locali, di orti didattici, sociali, urbani, etc. secondo i prototipi di un'agricoltura pluriculturale e plurifunzionale, ecologicamente compatibile, che può riassumersi nella formula dei c.d. Diversified Farming Systems (Jannarelli, 2015).

La legge qui scrutinata prevede che verrà istituito un sistema nazionale coordinato che si avvarrà di un'Anagrafe nazionale (in cui saranno censite tutte le risorse genetiche locali a rischio di estinzione i cui dati oggi sono dispersi in varie banche dati gestite da istituzioni o centri di ricerca differenti e che oggi non sono in collegamento tra loro), una Rete (composta da strutture locali, regionali e nazionali per la conservazione del germoplasma (Ceccarelli, 2013) *ex situ* e dagli agricoltori ed allevatori custodi (Paoloni, 2015, 117), un Portale (ovvero un sistema di banche dati interconnesse che monitorano e informano) e un Comitato permanente (costituito da rappresentanti del Ministero, associazioni e allevatori custodi e nominato su designazione delle Regioni).

All'interno di un provvedimento legislativo nel complesso piuttosto anodino, prevalentemente calibrato sulla promozione e la "sistematizzazione" della biodiversità agricola e alimentare, anche attraverso la creazione di organismi non proprio indispensabili, meritano menzione due articoli che mettono in chiaro alcuni profili di un certo interesse.

L'art. 3 istituisce l'Anagrafe nazionale della biodiversità (di interesse agricolo e alimentare) avente, come si è visto, la funzione di catalogare, previo apposita istruttoria, tutte le risorse genetiche locali sia di origine vegetale che animale o microbica soggette a rischio di estinzione o di erosione genetica. Lo scopo dell'iscrizione nell'Anagrafe, che mantiene le risorse genetiche sotto la responsabilità ed il controllo pubblico, è quello di rendere tali beni non assoggettabili ad alcun tipo di proprietà intellettuale, e dunque non appropriabili da parte di terzi, o ad alcun altro diritto o tecnologia che ne limiti l'accesso o la riproduzione da parte degli agricoltori, compresi i brevetti di carattere industriale (Sirsi, 2011).

La disposizione in esame fissa, inoltre, due importanti "paletti" prescrivendo che le risorse genetiche locali non possono essere oggetto, in ogni caso, di protezione tramite privativa per ritrovati vegetali ai sensi della Convenzione internazionale per la protezione dei ritrovati vegetali (UPOV) né sono brevettabili le risorse genetiche di interesse alimentare ed agrario anche parzialmente derivate da quelle iscritte nell'Anagrafe, ne' le loro parti e componenti, ai sensi del

Trattato internazionale sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura (IPGRFA).

La norma viene poi integrata e rafforzata dall'art. 9 che stabilisce, modificando l'art. 45, comma 4, d.lgs. n. 30/2005 che non possono essere considerate alla stregua di invenzioni e dunque non sono oggetto di brevetto le varietà vegetali iscritte nella suddetta Anagrafe né, tantomeno, le varietà dalle quali derivano produzioni contraddistinte dai segni distintivi quali le denominazione di origine protetta, di indicazione geografica o di specialità tradizionali garantite e da cui derivano i prodotti agroalimentari tradizionali. Quella qui descritta appare, in buona sostanza, una modalità di preservazione delle risorse genetiche, sotto il controllo pubblico, non solo dal dichiarato rischio di estinzione ma anche da eventuali atti di biopirateria, assai frequenti in questo settore (Vezzani, 2015, 26).

Un'ulteriore annotazione che si intende svolgere riguarda l'importante (ma ennesima) modifica apportata, tramite l'art. 11 della legge in esame, all'art. 19 bis della legge sementiera nazionale (l. 25 novembre 1971, n. 1096 e successive modifiche).

La disposizione, nel ribadire che gli agricoltori che producono le varietà di sementi iscritte nel registro nazionale delle varietà da conservazione, nei luoghi di origine di tali varietà e prodotti in azienda, possono svolgere l'attività di vendita diretta e in ambito locale di sementi o di materiali di propagazione, riconosce il diritto al libero scambio soltanto all'interno della Rete nazionale della biodiversità, consentendo in tal modo una parziale attuazione dei principi solennemente sanciti dagli artt. 6 e 9 del Trattato sulle risorse genetiche che invece si rivolgono a tutti gli agricoltori conferendo loro la facoltà di scambiare liberamente le proprie sementi. Il Trattato, come è noto, ha come finalità proprio quella di favorire una governance appropriata delle risorse genetiche sparse nel pianeta in modo da consentire agli agricoltori di continuare a conservare, sviluppare e usare on-farm, secondo criteri di sostenibilità, un ampio range di coltivazioni biodiverse.

Tuttavia il fatto che gli agricoltori possano utilizzare, secondo le modalità previste, le varietà vegetali diffuse a livello locale, contribuisce a ridurre l'appiattimento genetico e ad arricchire la biodiversità contro il rischio della standardizzazione delle coltivazioni agricole ed il "monopolio" dei semi (Ceccarelli, 2009).

La legge, tuttavia, non prende in considerazione alcuni aspetti di maggiore attualità quali il valore economico della biodiversità sia con riguardo ai benefici che essa produce negli ecosistemi e per gli abitanti del pianeta ma anche con riferimento agli svantaggi che la sua perdita causa agli esseri viventi. Si ripropone, in sostanza, un'idea della biodiversità ancora focalizzata sulla conservazione delle risorse genetiche e trascura tutti gli aspetti connessi ai diritti degli agricoltori sul patrimonio genetico inteso come complesso non solo di

elementi naturali ma anche di conoscenze, saperi tradizionali, regole condivise utili per praticare un'agricoltura sostenibile ed effettivamente biodiversa.

Sarebbe stato utile anche riconoscere, seguendo gli ultimi orientamenti della dottrina e le richieste della società civile, le risorse genetiche alla stregua di "beni comuni" (Navdanya, 2015), al fine di invertire il pericoloso percorso di *commodification* e di monopolizzazione del patrimonio genetico intrapreso, da tempo, dalle multinazionali agricole che ha gradualmente sottratto agli agricoltori il controllo del ciclo riproduttivo delle piante anche ad uso alimentare e del loro raccolto (Vezzani, 2013, 436)

## 5. Il Valore della biodiversità negli ecosistemi italiani

Come esempio di integrazione dell'analisi dei servizi ecosistemici nella governance degli ambienti naturali in Italia possiamo citare il progetto LIFE+mgn (Making Good Nature)

<http://www.lifemgn-serviziosistemici.eu/IT/home/Pages/default.aspx>.

Si tratta di un progetto finanziato dall'Unione Europea attraverso fondi LIFE. LIFE è un Programma di finanziamento introdotto dall'Unione Europea nel 1992, con cui vengono sostenuti economicamente dei progetti che si svolgono su delle tematiche ambientali proposte e condivise dai Paesi membri. L'obiettivo è fornire un sostegno specifico per lo sviluppo e l'attuazione della politica e della legislazione comunitarie in materia ambientale come ad esempio l'implementazione della direttiva europea Habitat (Direttiva n. 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche). I fondi Life hanno contribuito alle diverse fasi necessarie per la effettiva implementazione della direttiva Habitat e hanno contribuito ad esempio ai processi che vanno dall'individuazione nel territorio di una serie di habitat di interesse comunitario da tutelare, la loro delimitazione in aree definite come Siti di Importanza Comunitaria (S.I.C.), che riguardano in modo più specifico la vegetazione, e le Zone Speciali di Conservazione (Z.S.C.), che riguardano più dettagliatamente la fauna. L'insieme di SIC e ZPS costituisce una rete di protezione della biodiversità in Europa detta "rete dei siti Natura 2000".

In tempi più recenti sono stati proposti i programmi finanziari LIFE+ (o LIFE Plus) con obiettivi aggiornati che perseguono sempre la protezione della biodiversità ma che allargano le attività progettuali ad altri obiettivi più ampi come Politica e governance ambientali, Informazione e comunicazione.

In questo contesto si inquadra il progetto LIFE+ Making Good Natura (Making public Good provision the core business of Natura 2000 - LIFE11 ENV/IT/000168) che si è svolto in un periodo di quattro anni (2012 -2016) e che si inserisce sull'asse LIFE+ "Politica e Governance Ambientali". Si tratta del primo progetto italiano che sviluppa nuovi percorsi di governance ambientale finalizzata alla tutela degli ecosistemi agroforestali. LIFE+mgn, coordinato da un consorzio di università (Consorzio Universitario per la Ricerca Socioeconomica e per

l'Ambiente - CURSA), ha coinvolto come partner numerosi enti pubblici e privati (regioni, parchi, WWF, ecc) ed è stato cofinanziato da due ministeri italiani: quello dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e quello del Mare e Politiche Agricole Alimentari e Forestali.

L'obiettivo principale del progetto è stato quello di creare i presupposti per il raggiungimento di una efficace gestione degli habitat e delle specie animali e vegetali, designati dalle Direttive Habitat e Uccelli, fornendo agli amministratori dei siti Natura 2000 strumenti di gestione e autofinanziamento che costituiscono forme di remunerazione delle attività di tutela.

Particolare attenzione è stata data allo sviluppo di strumenti di autofinanziamento come i PES (Pagamenti per i Servizi Ecosistemici) ed alla identificazione di meccanismi specifici come: permessi negoziabili, tasse per l'utilizzazione dei servizi, Verified Emission Reduction per l'assorbimento di CO<sub>2</sub>, attività commerciali, donazioni, ecc.

Data l'importanza dei PES nel progetto, proviamo a definirne brevemente la sua natura e caratteristiche. I PES (Payment for Ecosystem Services), sono delle nuove forme di scambio proposte in numerosi paesi del mondo come risposta alla perdita di biodiversità e di Servizi Ecosistemici e che sono specificamente finalizzate al recupero ed alla salvaguardia dei sistemi ecologici e dei servizi da essi forniti. Nell'uso corrente PES è una denominazione che comprende tutta una serie di incentivi e meccanismi di mercato volti a tradurre valori ambientali non di mercato in reali incentivi finanziari per gli attori locali affinché con certificazioni volontarie, buone pratiche, comunicazione ambientale, promuovano e supportino il mantenimento delle molteplici funzioni ecologiche offerte dalla biodiversità e dal capitale naturale (Marino e Pellegrino, 2018).

Il progetto LIFE+mgn ha interessato 21 siti pilota appartenenti alla rete Natura 2000, ben distribuiti da nord a sud e lungo dei gradienti costa-pianura-montagne che costituiscono un campione rappresentativo della eterogeneità culturale, socio-economica ed ecosistemica del paese. Nello specifico, il progetto ha promosso lo sviluppo di diverse azioni mirate a valutare i servizi ecosistemici (tenendo conto delle caratteristiche e peculiarità di ogni sito) e a identificare strumenti di governance basati su forme di autofinanziamento.

Il lavoro si è sviluppato attraverso una stretta collaborazione interdisciplinare in ogni fase ed è iniziato dalla ricognizione di conoscenze e cartografie degli ecosistemi presenti nei diversi siti. Dopo una prima identificazione degli ecosistemi, sono stati valutati i diversi servizi ecosistemi da loro offerti tenendo conto della classificazione proposta dal Millenium ecosystems assesment (2005). I servizi quindi sono stati attribuiti secondo 4 grandi categorie: supporto alla vita (es. formazione del suolo), approvvigionamento (es. di cibo), regolazione (es. controllo dell'erosione), valori culturali (es. estetici o religiosi). Ogni sito ha dei servizi che ha in comune con altri siti, ma anche ecosistemi peculiari con servizi eco sistemici che li rendono unici. Per ogni sito sono stati valutati in modo

qualitativo e quantitativo la presenza e il contributo degli ecosistemi a fornire dei servizi dei quali beneficia l'uomo. Per la valutazione di ogni servizio si è tenuto conto dell'offerta, vale a dire cosa offre quell'ecosistema ed in che quantità; della domanda, vale a dire chi ne ha bisogno e di quanto; ed infine si è proceduto ad una valutazione economica-monetaria tenendo conto, quando possibile, dei costi di mercato (Marino et al 2014).

Dopo questa prima fase di lavoro da parte degli esperti si è proceduto ad una valutazione dei servizi ecosistemici ed ad una programmazione della loro gestione con un forte coinvolgimento degli stakeholders e delle comunità locali. Questa fase è stata molto delicata perché le comunità locali e i vari utilizzatori delle aree protette che godono dei flussi di benefici emergenti possono contrastare o contribuire agli obiettivi di conservazione dell'area stessa in funzione delle loro reciproche relazioni. Per questo motivo, sono stati definiti una serie di categorie di beneficiari e le loro possibili relazioni con le aree protette (Rastogi et al. 2010). La comprensione dei beneficiari e delle relazioni spaziali tra questi e l'area protetta è stata alla base della definizione di strategie di remunerazione specifiche dei servizi ecosistemici (SE) offerti ed ha contribuito a supportare gli obiettivi di conservazione (Gialloppa e Marino 2016).

Le comunità locali sono state coinvolte nelle diverse fasi del progetto, in particolare nelle fasi di analisi dei servizi ecosistemici e di valutazione dell'efficacia di gestione dei siti Natura 2000 interessati. Sono stati organizzati numerosi incontri con le comunità locali presenti nelle diverse aree del progetto che hanno portato al raggiungimento dei seguenti obiettivi: a) condivisione, presa di coscienza e validazione dei servizi ecosistemici individuati dagli esperti per ogni SIC, b) partecipazione ad incontri startup locali per formazione di tecnici locali e selezione di un set di portatori di interesse rappresentativi delle diverse realtà, c) partecipazione a tavoli di confronto a livello locale con i diversi interessati per identificare ed organizzare PES e sistemi di autofinanziamento adatti ad ogni realtà territoriale; d) implementazione di PES e sistemi di autofinanziamento a livello locale ed a scala più ampia (e.g. di rete di siti, di bacini idrografici, di regione, ecc).

In collaborazione con comunità scientifica, comunità locali e stakeholders è stato sviluppato un modello innovativo di valutazione dell'efficacia di gestione dei siti Natura 2000 che focalizza il processo di valutazione sulla salvaguardia degli elementi di biodiversità attraverso la fornitura dei servizi ecosistemici. Il modello è stato realizzato attraverso l'elaborazione e l'implementazione di specifici strumenti operativi che includono la valutazione economica dei servizi ecosistemici forniti dagli habitat e dagli ambienti nei siti Natura 2000, in relazione allo stato di conservazione degli ecosistemi/habitat (art. 1 Direttiva Habitat 92/43/CEE). L'implementazione di questo modello ha portato alla definizione di un bilancio economico e ambientale territoriale articolato su due livelli: il primo a

livello di sito e il secondo a livello del bacino con il quale il sito interagisce in termini biofisici e socioeconomici.

Questo modello di valutazione dell'efficacia dei siti natura 2000, che ha condotto alla definizione di un bilancio economico e ambientale territoriale per ogni SIC, è stato incorporato all'interno di un nuovo schema di governance che ha portato allo sviluppo di specifici PES così come all'utilizzo di numerose forme di autofinanziamento. In particolare si è tentato di quantificare il contributo fornito dai sistemi naturali, gli habitat o le azioni a tutela della biodiversità ad una gestione sostenibile del territorio. Il modello generale è stato adattato ad ogni singola realtà territoriale attraverso: a) la definizione dei PES specifici per ogni sito e l'individuazione di metodologie partecipative atte ad implementare i PES (Pagamenti per i Servizi Ecosistemici) relativi ai servizi individuati; b) la definizione di potenziali strumenti di autofinanziamento individuabili per ogni sito

Infine, LIFE+mgn ha predisposto degli strumenti utili ad estendere la esperienza a tutta la rete di siti Natura2000. In particolare è stato scritto e diffuso un manuale per l'applicazione del modello di governance MAKING GOOD NATURA che contiene una spiegazione accurata dei materiali e modalità di lavoro necessari per l'applicazione del progetto in altre aree d'interesse (Gialloppa e Marino 2016). Il manuale tiene conto di quanto già elaborato a livello internazionale come ad esempio le linee guida del TEEB 2010 (The Economics of Ecosystems and Biodiversity) e dello IEEP (Institute for European Environmental Policy; <https://ieep.eu/>). Il manuale è scritto in modo comprensibile per un pubblico vasto ma è rivolto principalmente agli amministratori e ai manager dei siti della Rete Natura 2000.

## 6. Riferimenti bibliografici

- Ceccarelli S., 2009. Biodiversità, miglioramento genetico partecipativo e diritto al cibo (chi decide cosa mangerai stasera per cena?), *Agricoltura, Istituzioni, Mercati*
- Ceccarelli S., 2013. *Produrre i propri semi. Manuale per accrescere la biodiversità l'autonomia nella coltivazione delle piante alimentari*, Firenze
- Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni (2011), *La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020*, Bruxelles, 3 maggio 2011, COM(2011) 244 def.
- Convention of BioDiversity/ COP 5 Decision V/5. *Agricultural biological diversity*. <https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7147>. Consultato in mayo del 2018
- Corte di giustizia CE, 2012. Terza Sezione, 12 luglio 2012, in causa C-59/11, Association Kokopelli/Graines Baumaux SAS, in G.U. 22.9.2012, C 287/9

- Costanza, R.; D'Arge, R.; De Groot, R.; Farber, S.; Grasso, M.; Hannon, B.; Limburg, K.; Naeem, S.; O'Neill, R.V.; Paruelo, J.; et al. 1997. The values of the world's ecosystem services and natural capital. *Nature*, 387, 253–260.
- Gaston, K. J. 2000. Global patterns in biodiversity. *Nature*. 405, 220–227. Doi: 10.1038/35012228
- Gaglioppa P., Marino D. 2016. *Manuale per la valutazione dei servizi ecosistemici e l'implementazione dei PES nelle aree agroforestali. Applicazione del modello di governance LIFE+mgn nei siti Natura 2000*. Roma, pp. 178 [http://www.lifemgn-serviziosistemici.eu/IT/Documents/LIFE+MGN\\_Manuale\\_IT.pdf](http://www.lifemgn-serviziosistemici.eu/IT/Documents/LIFE+MGN_Manuale_IT.pdf)
- Jannarelli A., 2015. *Cibo e Diritti. Per un'agricoltura sostenibile*, Torino
- Marino D., Pellegrino D. 2018. Can Payments for Ecosystem Services Improve the Management of Natura 2000 Sites? A Contribution to Explore Their Role in Italy. *Sustainability*, 10, 665; doi:10.3390/su10030665
- Marino D., Cavallo A., 2014. *Agricoltura, cibo e città. Verso sistemi socioecologici resilienti*, Roma, anno 1, n. 2
- Marino D., Schirpke U., Gaglioppa P., Pellegrino D. 2014. Assessment and governance of ecosystem services: first insights from LIFE+ Making Good Natura project. *Annali di Botanica* 4: 83-90.
- Millennium Ecosystem Assessment., 2005. *Ecosystems and Human Well-being: Synthesis*. Island Press, Washington, DC.
- Mipaf, 2012. Decreto, 6 luglio 2012, *Adozione delle linee guida nazionali per la conservazione in situ, on farm ed ex situ, della biodiversità vegetale, animale e microbica di interesse agrario*, in Gazz. Uff. n.171, 24-7-2012
- Myers N., Mittermeier R.A., Mittermeier C.G., da Fonseca G.A. B., Kent J. 2000. Biodiversity hotspots for conservation priorities. *Nature* (403): 853–858. doi:10.1038/35002501
- Navadanya International, 2013. *The Law of the Seed*, <http://www.navdanya.org/attachments/lawofseed.pdf>
- Paoloni L., 2005. *Diritti degli agricoltori e tutela della biodiversità*, Torino
- Paoloni L., 2009. I diritti collettivi degli agricoltori sulle risorse genetiche, Germanò - Bugiani, *La ricchezza della diversità*, Milano
- Papa Francesco 2015. *Laudato si. Enciclica sulla cura della casa comune*, Milano
- Parlamento europeo, 2016. Proposta di risoluzione, *sulla revisione intermedia della strategia dell'UE sulla biodiversità*, Documento di seduta, A8-0003/2016
- Rastogi A, Badola R, Hussain SA, Hickey G.M. 2010 Assessing the utility of stakeholder analysis to Protected Areas management: The case of Corbett National Park, India. *Biological Conservation* 143:2956-2964
- Russo L. 2012. *Agricoltura e tutela della Biodiversità*, in Germanò - Viti (a cura di), *Agricoltura e «beni comuni»*, Atti del Convegno IDAIC, Lucera-Foggia, 27-28 ottobre 2011, Milano
- Shiva, V. 2001. *Campi di battaglia. Biodiversità e agricoltura industriale*, Feltrinelli, Milano



- Sirsi E., 2011. La tutela delle risorse genetiche in agricoltura, in Costato, Germanò, Rook Basile, *Trattato di Diritto agrario, Il Diritto agroambientale*, vol. II, Milano
- Sivini S., Corrado A. (a cura di), 2013. *Cibo locale. Percorsi innovativi nelle pratiche di produzione e consumo alimentare*, Napoli
- TEEB (2010) *The Economics of Ecosystems and Biodiversity: Mainstreaming the Economics of Nature: A synthesis of the approach, conclusions and recommendations of TEEB*. ISBN 978-3-9813410-3-4. <http://www.teebweb.org/>
- Trisorio A. 2015. Agricoltura e biodiversità: strumenti e prospettive, *Agriregionieuropa*, anno XI, n. 41
- Vezzani S. 2013. Le risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura nel dibattito sui "global commons", *Rivista Critica del Diritto Privato*, n. 3
- Vezzani S. 2015. La tutela delle conoscenze tradizionali di interesse agricolo nel diritto internazionale, Germanò - Strambi (a cura di), *La valorizzazione del patrimonio culturale immateriale di interesse agricolo*, Milano
- University of Michigan Urban & Regional Planning Capstone Project Building, 2009. *Community-Based Sustainable Food System. Case Studies and Recommendations*, <http://closup.umich.edu/publications/misc/Community-Based-Sustainable-Food-Systems.pdf>

# “El régimen jurídico de la pesca en Argentina”

José Alberto Esain<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata

Mail de contacto: [jaesain@yahoo.com.ar](mailto:jaesain@yahoo.com.ar)

“Todo es limitado en este planeta y la pesca no podía ser excepción, quizá localmente y para pesquerías tradicionales, en climas propicios, la abundancia de recursos puede considerarse constante mientras no cambie el modelo social y las capturas sean sólo artesanales, pero a escala mundial esto no es así, desajustándose la relación oferta-demanda en virtud de los siguientes factores: limitación intrínseca de recurso, incremento de la demanda, despilfarro, ineficiencia, progreso tecnológico, excesos, déficit” (Ramón Martín Mateo, José Díez Sánchez (col), *Tratado de derecho ambiental: Recursos naturales, Volumen 3*, Editorial Trivium, Madrid, 1997)

---

## RESUMEN

En el presente trabajo nos enfocamos en analizar el régimen jurídico de los recursos vivos marinos en Argentina. Es que desde la configuración jurídica de los peces del caladero (enfoque directo sobre el sistema fauna), pasando por la regulación de la actividad pesquera (enfoque indirecto) el sistema normativo permite al Estado el manejo y la protección del ambiente en el marco de una política pesquera para el desarrollo sostenible.

Para comprender estos aspectos, se agrega otro análisis: la evolución que tiene dicho régimen en el tiempo. En este punto se puede verificar una mutación que ha seguido aquella que el recurso ha sufrido en el aspecto fáctico. La Corte ha ido confirmando estos puntos en varias sentencias. Todos estos puntos son abordados en el presente trabajo.

Si tenemos que hacer un repaso de dicho perfeccionamiento, los peces han sido primero *res nullius* sujetos a apropiación mediante pesca; en segundo lugar se ha producido una demanialización del recurso mediante el decreto de facto 17500 acompañado por el nacimiento de un régimen de permisos de pesca como autorizaciones para acceso al caladero y una administración mediante sistema olímpico, para en tercer lugar pasar -en las especies en grave retroceso biológico- a un sistema de administración por cuotas de captura (régimen de limitación de capturas) con el desembarco en el año 1998 de la ley 24992 federal de pesca. Toda esta evolución va en el sentido de permitir una política de uso sostenible de los recursos vivos marinos en el marco del desarrollo sostenible, y el propósito del presente aporte será analizar el mismo desde este punto de vista y sus

posibilidades para officiar en favor de la integración de la legislación ambiental para el ámbito pesquero.

**Palabras claves: régimen jurídico de la pesca marítima - derecho ambiental - desarrollo sostenible.**

---

#### **ABSTRACT**

In the present work we focus on analyzing the legal regime of marine living resources in Argentina. It is that from the legal configuration of the fishes of the fishing ground (direct approach on the fauna system), passing through the regulation of the fishing activity (indirect approach) the normative system allows the State the management and the protection of the environment within the framework of a fisheries policy for sustainable development.

To understand these aspects, another analysis is added: the evolution of this regime over time. At this point you can verify a mutation that has followed that which the resource has suffered in the factual aspect. The Court has been confirming these points in several judgments. All these points are addressed in the present work.

If we have to do a review of this improvement, the fish have been first *res nullius* subject to appropriation by fishing; secondly, there has been a demand for the resource through decree *de facto* 17500 accompanied by the birth of a regime of fishing permits as authorizations for access to the fishing ground and an administration through the Olympic system, in third place to pass -in the species in serious biological regression - to a system of administration by catch quotas (catch limitation regime) with the landing in 1998 of federal fishing law 24992. All this evolution goes in the sense of allowing a policy of sustainable use of marine living resources in the framework of sustainable development, and the purpose of this contribution will be to analyze the same from this point of view and its possibilities to officiate in favor of the integration of environmental legislation for the fishing sector.

**Keywords: maritime fishing - environmental law - sustainable development.**

---

### **1. La pesca y el derecho ambiental**

En 1994 el sistema jurídico argentino sufrió una importante modificación en sus estructuras más básicas con el desembarco de la noción de desarrollo sostenible, alojada en la que se ha llamado cláusula ambiental, es decir el artículo 41 de la Constitución Nacional. Como una suerte de encrucijada de rutas, este nuevo y paradigmático concepto se distribuye en cada uno de los añejos integrantes de las estructuras de antaño, obligando a su reformulación. El sector pesquero no ha quedado ajeno a este proceso. La cuestión se ve reforzada cuando en el año 2002 se sanciona la Ley General del Ambiente 25675 (LGA en adelante), que introduce instrumentos y principios obligatorios para todas las políticas sectoriales en materia ambiental. Es dicha norma la que en su artículo 5 obliga a

que los distintos niveles de gobierno integren en todas sus decisiones y actividades, previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en esa ley. Además, en esa ley se dispone como principio madre en materia de ordenación de leyes, que las disposiciones de la ley general del ambiente “se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ella”, lo que obliga a revisar todas y cada una de las regulaciones hasta aquí sancionadas, referidas a cuestiones ambientales, las que seguirán vigentes en la medida que se adapten a los nuevos contenidos de la LGA.

Así llegamos al régimen federal de pesca, aprobado por ley 24922, llamada ley federal de pesca (en adelante LFP), publicada el 12 de enero de 1998, norma anterior a la LGA. Ella, como toda otra ley ambiental sectorial anterior a la LGA, por imperio de los dos artículos mencionados debe ser releída y reinterpretada. Los contenidos de la ley 24922 se refieren a una actividad específica desarrollada sobre el ambiente y con incidencia sobre el mismo. Es por ello que todos estos insumos deberán ser leídos desde y hacia la LGA. Esto cambia el enfoque, incidiendo gravemente en lo que resulta ser derecho vigente en materia pesquera.

El entrecruzamiento de ambas normas nos regala un panorama sugerente que además, no puede obviarse pues, sería una flagrante violación de nuestro derecho positivo. Así, serán obligatorios en el ámbito pesquero varios contenidos formados desde los principios de la sostenibilidad, los que harán rever las nociones clásicas del sector, provocando que cualquier decisión política en materia pesquera no pueda dejar de considerar esos principios claves de derecho ambiental como los de prevención, precaución, cooperación, responsabilidad, sustentabilidad, equidad intergeneracional, etc. Pero no sólo cambiarán los contenidos, sino también las formas. Los procedimientos de toma de decisión no serán los mismos si verificamos el entrecruzamiento de las normas indicadas. En ese sentido, el margen de discrecionalidad para adoptar las decisiones políticas fundamentales en la materia será más reducido, ganando el consenso, la participación y el acceso a la información pública un lugar preponderante (Esain, 2012).

Esto ha llevado en numerosos casos a la adopción de una batería de instrumentos que ponen foco en limitar las conductas de la actividad pesquera que impliquen un excesivo esfuerzo para el recurso, con miras hacia la sostenibilidad del mismo. Un buen ejemplo de esto podemos encontrarlo en el Código de Conducta para la Pesca Responsable de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO en adelante) el que ya ha sido analizado de manera minuciosa (Pablo Fernando Filippo). Pero mucho debió pasar para que llegemos a esta situación, y para que el derecho cambie la manera de mirar la pesca, como actividad, y su vinculación con el entorno en que ella se desarrolla.

Para entender cuál es el estado actual de la normativa en materia pesquera, su contexto y su desenvolvimiento e interpretación en el marco del sistema de legalidad ambiental debemos considerar algunas cuestiones importantes:

a.- régimen jurídico de los peces que pueblan el mar argentino y su evolución. Para ello se debe verificar también cuál es el régimen en otros sistemas jurídicos para así luego poder analizar el nuestro.

b.- el rol del Estado dentro de ese esquema jurídico.

c.- la pesca dentro del sistema ambiental.

d.- a ley 24.922 leída desde y hacia la ley 25675.

Finalmente, la enorme importancia que tienen los contenidos que sin estar alojados en la LGA, surgen del sistema referido a la protección del ambiente pero que se desprenden de los convenios internacionales (derecho de integración y derecho internacional). Algunos con jerarquía constitucional; otros con jerarquía supralegal (arts. 75.22 primer párrafo e inciso 24 CN), otros sin ser obligatorios, pero siendo pautas de interpretación que irradian obligaciones para el Estado, las que delinean normas e instituciones que constriñen a reinterpretar las reglas específicas en materia pesquera.

Como vemos, todos estos serán nuevos aspectos desafiantes que marcarán la necesaria traducción de las viejas instituciones que regulaban la actividad pesquera al modelo de desarrollo sostenible impuesto por nuestra Constitución nacional.

El presente trabajo se enfocará en un análisis del primer aspecto: el régimen jurídico de la pesca y su contribución a la teoría general del derecho ambiental. Repasaremos los diferentes pasos que se han dado en el tiempo y cómo desde dichos puntos emprenderemos las bases para sostener una buena teoría aplicable a la protección del ambiente.

## **2. El régimen jurídico de la pesca marítima en la República Argentina**

Para ver la evolución de los regímenes jurídicos de la pesca en la Argentina, debemos pensar básicamente dos períodos históricos, siendo el segundo divisible en dos partes.

El primer período es el que va a desarrollarse a lo largo de todo el siglo XIX. En cuanto a los antecedentes legislativos -siguiendo en esto a Catalano- la primera regulación se remonta a períodos preconstitucionales de nuestro país. La primera norma dictada respecto a la pesca es del año 1821, fijando derechos en la costa patagónica, a la que le siguieron otras leyes y decretos dictados a partir de la organización constitucional argentina en los años 1888, 1902, 1905, y 1907, hasta la sanción de la ley nacional 9.475 del año 1914, que dividió la pesca en marítima y costera, esta última en el mar territorial y a desarrollarse por embarcaciones con pabellón nacional (Catalano, Brunilla, García Díaz y Lucero, 1998). En este primer período histórico al cuerpo normativo que más le debemos prestar atención es al propio Código Civil, vigente desde el año 1871. En el mismo se partía de

considerar a los peces como cosas sin dueño *–res nullius–* y, como tales, susceptibles de apropiación privada. Como muestra podemos ver los artículos 2343 inc. 1, 2524, 2525 y 2527. El propio Código traía referencias a la actividad cuando reglaba a la pesca como otra manera de apropiación “cuando el pez fuere tomado por el pescador o hubiere caído en sus redes” (art. 2547 CC). Luego, en cuanto a los lugares y su influencia sobre el régimen legal decía que “es libre pescar en aguas de uso público. Cada uno de los ribereños tiene el derecho de pescar por su lado hasta el medio del río o del arroyo” (art. 2548 CC). Finalmente, el rol del Estado aparece cuando se regla: “A más de las disposiciones anteriores, el derecho de cazar y de pescar está sujeto a los reglamentos de las autoridades locales” (art. 2549 CC). Con esto tenemos no sólo la calificación jurídica del recurso natural como *res nullius*, sino la delimitación de los roles de la autoridad en ejercicio del poder de policía que le es propio y, dado el *carácter relativo* de los derechos, todo encuadrado en los artículos 14 y 28 CN. Recordemos que *relatividad* de los derechos implica que ellos no son absolutos y, por el contrario, cabe al Estado la actividad limitativa de los mismos para lograr la compatibilidad en su ejercicio, intervención pública denominada “poder de policía”. Esta intervención restrictiva se produce con el objeto de proteger el tejido social para evitar consecuencias dañosas para el resto de los particulares o la seguridad pública. En el caso de la pesca el Estado intervenía regulando una actividad que consistía en la apropiación que hacían los particulares de una cosa sin dueño.

Dice Miguel Marienhoff que los peces “son los representantes típicos de la fauna acuática; son los animales silvestres de las aguas, y en ese sentido algunas legislaciones los llaman animales “bravíos” o “salvajes” (Código Civil del Ecuador artículo 597, Código Civil de Guatemala artículo 544, Código Civil de Panamá, Artículo 347). La pesca, aparte de constituir el medio de aprehender los peces, representa uno de los usos comunes de las aguas” (Marienhoff Miguel, 2006).

Existe un punto temporal, cronológico en el que los *recursos vivos que pueblan el mar argentino* definitivamente *pasan a ser cosas integrativas del patrimonio del Estado Argentino*. Con esto se produce una patrimonialización de los mismos. El cambio de *status jurídico* de los recursos vivos del mar se consolida –los antecedentes reseñados ya nos alertan sobre una demanialización producto de anteriores normas- con la adopción del decreto de facto 17.500 del año 1967. Dice el decreto de facto 17500/67 en su primer artículo: “Los recursos vivos existentes en las zonas marítimas bajo soberanía argentina, son *propiedad* del Estado Nacional, el que podrá conceder su explotación conforme a la presente ley y su reglamentación. (Texto actualizado según ley 20.136, Art. 1, B.O. 15/02/73). Agrega el artículo 2: “Los recursos a que se refiere el artículo anterior sólo podrán ser explotados por embarcaciones con pabellón argentino y con previo *permiso* otorgado por la autoridad competente” (Texto actualizado según Ley 20.136, Art. 1, B.O. 15/02/73). En consecuencia este decreto tiene dos consecuencias jurídicas

trascendentes: 1) se demanializan los recursos vivos del mar a favor del Estado, dejando los mismos de ser “cosas sin dueño” “susceptibles de apropiación privada” pasando a pertenecer al Estado Nacional, 2) su explotación queda prohibida por los particulares, los que sólo pueden realizarla previa autorización de la Administración mediante el régimen jurídico aplicable, es decir mediante “permisos de pesca” los que tendrán carácter precario, y serán mutables conforme las condiciones en que se encuentre el recurso para ser explotado.

Para nosotros, el paso más importante se dio con esta patrimonialización a favor del Estado, pues entonces, utilizando una técnica muy difundida en el derecho ambiental como es la demanialización, se dotó a un recurso natural del carácter de bien del dominio público del Estado. Se lo hace desde una noción diferente: la de proteger la riqueza Nacional, que se compone entre otras cosas de los recursos naturales del país. En este aspecto la técnica de incluir al recurso natural en el dominio público del estado no está dada para satisfacer un fin general con el uso que den los particulares al mismo. La técnica del dominio público en este caso se vincula con la capacidad que tendrá el estado para intervenir focalizando la gestión del mismo en una utilización racional de los recursos naturales. Con esta técnica se logra la protección, ya que es la Administración la que se reservará la regulación de la explotación del mismo mediante permisos y concesiones temporales (la Resolución 2/2001 en su artículo 4 dice que Cuota Individual de Captura (CIC) es una “concesión temporal del Estado a favor de una persona, que lo habilita para la captura de un porcentaje de la CTA de una especie determinada y cuya magnitud, expresada en toneladas métricas, quedará establecida cada año en función de la CTA”, aunque no debemos olvidar que resultan ser el complemento que la Administración otorga sobre el permiso, que no deja de ser un título signado por la precariedad), los que se mantendrán sólo si se dan determinadas condiciones, sobre todo las relacionadas con la conservación del recurso para el logro del *uso racional* que pretende la Constitución nacional en el segundo párrafo del artículo 41 CN y en sintonía con la ley general del ambiente 25675.

De todos modos, la interpretación que hacemos hace pie en la tesis del dominio público que se afianza no en la cosa y su régimen patrimonial, sino en el modo en que relaciona el Estado con la misma. Desde hace años la figura ha venido adoptando perfiles novedosos sobre todo porque ha pasado a formar parte del elenco de instrumentos de gestión del derecho ambiental. Un replanteo de la figura permitirá pensar en bienes que, siendo integrativos del dominio público del Estado, no necesariamente deben poseer todos los elementos constitutivos de la figura tal como era considerada por la doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX.

La Corte Suprema ha analizado el alcance de los permisos de pesca en autos “Barilari” y ha dicho: “el otorgamiento de ese permiso importa una concesión estatal (artículo 27, ley 24.922) que ha sido consecuencia de una valoración por

parte de la autoridad nacional, del proyecto pesquero presentado a su consideración, el cual constituye la causa, en los términos del artículo 7 de la ley 19.549, del acto administrativo en cuya virtud se emitió el permiso de pesca; y si bien sus consideraciones se vinculan con el tipo de buque de que se trata y la actividad que se realiza en su interior, con el puerto base -en el que se descargará el mayor porcentaje de sus capturas-, con la cuota de captura y sus zonas; ninguna de sus previsiones determina -como no podía ser de otra manera- la carga legal de procesar el pescado en determinado territorio como condición para ejercer la actividad que realiza”.

Dos elementos de la tesis de la Corte: a) los peces son bienes que pertenecen al dominio público; b) los títulos que se otorgan a los particulares en cualquier caso, son autorizaciones sujetas a limitaciones, restricciones que no dan derecho adquirido, ni reconocerán preexistencia (ni ancestral ni cultural) ni derecho a una indemnización individual para los supuestos de actividad limitativa por el Estado la que se justifica por el cambio de las condiciones en que dicha autorización se diera.

Cabe preguntarse ¿qué significa que los peces son bienes del dominio público? En esto, la doctrina española es la que más ha analizado el tema, debido -sobre todo- a que la atribución de varios de sus recursos naturales como bienes integrativos del dominio público surge de una norma constitucional (132 CE) como ya hemos analizado en el comienzo del presente. Por este motivo los españoles han debido profundizar la relectura de esta integración a efectos de facilitar el manejo de estos recursos naturales, algo que con la noción clásica de dominio público resultaba más complejo. Por este motivo, para ellos esa calificación *demanial* se hace más con un sentido preventivo, el que implica permitir al Estado el control de las actividades de explotación de los recursos, descubiertos o por descubrir, situados en esas zonas marítimas.

Para José Ignacio Morillo y Velarde Pérez la utilización de este instituto se hace pretendiendo articular un conjunto de instrumentos a través de los cuales se garantiza el uso racional y equilibrado de unos recursos naturales en aras de la función de protección del medio ambiente que le asigna la Constitución (art. 45.2 CE) (Morillo José Ignacio y Pérez Velarde, 2009). Pues bien, esto mismo lo debemos transportar a nuestro país, donde el dominio público del Estado se hace a efectos de construir un título de actuación estatal respecto a los bienes que quedarán incluidos en dicha categoría. Se facilitará así la intervención de “las autoridades” a efectos de “proveer a la (...) utilización de los recursos naturales” (conforme segundo párrafo del artículo 41 CN). Como vemos, aquella inclusión histórica dentro del patrimonio del Estado de los recursos vivos del mar mediante decreto de facto 17500 obedece a una noción *conservacionista*, que implicará darle un sentido de futuridad a la actividad. No se pretende tomar estos bienes para el patrimonio del Estado, pues luego el Estado no dispondrá de los mismos conforme a los cánones comunes del derecho privado, ni tampoco se



pretende cubrir con los recursos vivos del mar (cosa fungible) fines de utilidad pública, ni las demás condiciones que deberían abonarse para ingresar en la noción clásica de dominio público. Lo que se busca es permitir al Estado monopolizar los títulos por los cuales se permite tomar recursos naturales vivos del mar argentino, los que además año tras año pueden luego ser modificados, limitados y circunscriptos en su ejecución por nuevos requisitos y condiciones.

La afectación une así dos aspectos:

-*aspecto negativo*: exclusión de la propiedad privada y,

-*aspecto positivo*: habilitación de títulos jurídicos de actuación para la Administración a través de los cuales se ejercen funciones de conservación y regulación.

Una segunda pregunta derivada de estos temas sería ¿porqué es tan importante estudiar este aspecto en relación a la pesca? La respuesta es muy sencilla: si la inclusión de los recursos vivos del mar dentro del dominio público siguiera la tesis más clásica, imbuida de un sentido patrimonialista, los títulos demaniales, por los cuales el Estado podría intervenir sobre su aprovechamiento, serían mucho más rígidos y, por lo tanto, generarían facultades limitadas en cuanto al manejo. En cambio, si la inclusión dentro del dominio público tiene otro correlato, comprensivo de una noción más moderna y funcional, la Administración sin perder esta calificación del bien jurídico como de dominio público, poseerá mejores títulos de actuación, para facilitar así el manejo del recurso.

Desde esta noción funcional del dominio público, la Corte empieza a construir una redefinición de la actuación del Estado en la utilización racional de los recursos naturales. Esta será la base que permitirá una gestión adecuada de la administración, sin depender de indemnizaciones a los particulares por las limitaciones que produzca con sus avances sobre los derechos de adquisición del recurso. Entrecruzarará varios instrumentos para mecanizar la utilización racional de los recursos vivos del mar, entre los que se cuentan:

- a. la política nacional de pesca,
- b. Sistema de administración pesquera que conjuga la figura del permiso a la que se le agrega el régimen de cuotificación,
- c. los instrumentos de conservación
  - cualitativos, es decir cuota máxima de captura permisible y,
  - cuantitativos, o medidas técnicas como las zonas o épocas de vedas, tipos de artes y de redes,
- d. el control en buques,
- e. monitoreo sobre las pesquerías (a través de diferentes sistemas de seguimiento, como el control satelital por ejemplo),
- f. los informes científicos especializados,
- g. política nacional de investigación pesquera,

h. y sobre todo la precariedad de la figura jurídica utilizada -sin necesidad de indemnización- ya que la técnica permisoria permite la pesca, pero quedándose el Estado con la capacidad de limitar, condicionar, o anular la autorización para el supuesto en que no se cumplan con determinadas condiciones impuestas y, modificables en el tiempo, conforme la evolución del recurso natural.

Como vemos, la figura jurídica utilizada es esencial para que el Estado pueda diseñar el mejor modo en cuanto a la utilización del recurso sin necesidad de indemnización a particulares por la revocación del acto de autorización. De lo contrario, no habría política pesquera posible. Esto es así aquí y en todo el globo.

Para nosotros la confusión por la que se niega este requisito para los recursos vivos radica en pensar que el objeto de regulación se posa sobre un bien particular (pez) y no sobre una generalidad (sobre un recurso natural). Esta última categoría incluye no sólo los peces de valor comercial, sino todos los recursos vivos que pueblan el mar argentino. Estamos hablando de aves, plancton, fitoplancton, mamíferos marinos, pinnípedos y, por supuesto, también de peces con valor comercial. El derecho ambiental obliga a pensar en nuestras categorías, o mejor dicho a repensar las categorías clásicas, sobre todo las que se refieren a recursos naturales agotables, porque en estos casos, el hombre regulará su utilización para evitar su extinción. En consecuencia, no podemos pensar -cuando vemos el objeto de regulación- en categorías clásicas -peces del código civil- porque hoy el dominio público referido por el decreto de facto 17.500 tiene por objeto incluir dentro de la riqueza nacional un recurso natural para monopolizar por el Estado su utilización y evitar su agotamiento. Esta es la traducción del instituto clásico del dominio público a derecho ambiental. No estamos ante cosas fungibles o consumibles en el sentido clásico, sino ante sistemas ambientales (flora y fauna marina) que serán declarados de dominio público para que el Estado mantenga el monopolio respecto a su utilización.

Es de nuestra opinión que este tipo de bienes jurídicos (los recursos vivos del mar) siendo recursos naturales renovables no pueden considerarse como cosas de dominio privado del Estado. Estamos ante bienes que componen la riqueza nacional, y que son por lo tanto de dominio público. En apoyo de nuestra posición citamos a dos autores de enorme importancia.

Los españoles lo entienden claramente respecto a su artículo 132.1 cuando dicen: "que se extiende el manto demanial sobre un espacio marino y unos recursos naturales sobre los que el Estado español ejerce de acuerdo con el Derecho internacional, una relación de soberanía, equiparando por ello la calificación de dominio público a una relación jurisdiccional, lo que descubre su verdadera funcionalidad" (Menéndez Rexach, 1990). Cuando nuestro país mediante las legislaciones que hemos citado califica estos recursos como bienes de propiedad del Estado Nacional, lo que ha hecho es reservar a la Administración el control de su explotación, prohibiéndola sin la previa

obtención del título administrativo correspondiente y asegurando la explotación racional de los recursos conforme a lo previsto en el artículo 41 de la Constitución. Esto se desprende del decreto 17.500 cuando dispone que el Estado Nacional “podrá conceder su explotación conforme a la presente ley y su reglamentación”. El Estado Argentino posee el dominio público sobre este recurso natural a efectos de poder monopolizar el manejo del mismo y su explotación la que se darán en el marco de la legislación que regula la actividad.

En cuanto al tercer requisito -el *teleológico*- el mismo se vincula con el fin al que se tiende a satisfacer con la utilización del bien de dominio público, el cual debe ser siempre de interés general. Los recursos vivos del mar argentino resultan ser, junto a su subsuelo, una riqueza nacional, que el Estado debe administrar para evitar su agotamiento. El agotamiento de estos recursos naturales implicará la pérdida de biodiversidad y de las condiciones que permiten vivir al hombre. Por este motivo el derecho ambiental posee un fin público en la preservación de los bienes colectivos que forman el ambiente. Entre estos se encuentran los recursos vivos del mar. Estos pueden ser tomados por quienes realizan la actividad pesquera pero el Estado debe evitar que esa toma pueda incidir en la viabilidad de la especie. En este aspecto radica el fin público: la conservación del recurso que hace a la riqueza nacional y a la protección del ambiente donde el hombre vive.

Finalmente el requisito normativo se verifica porque es el decreto 17.500 -y antes la ley 9475 del 29/07/1914 y las normas concordantes- han venido incluyendo estos recursos naturales en el dominio del Estado.

Son todos estos motivos los que nos convencen de que los recursos vivos del mar han quedado incluidos en el dominio público del Estado. Este mecanismo es utilizado a efectos de reservar a la Administración el control de su explotación, prohibiéndola sin la previa autorización administrativa correspondiente, la que además resulta precaria pues el Estado puede prohibir la explotación o limitarla si median razones de interés público comprometidas. El fin perseguido es la explotación racional para evitar su agotamiento y el del ambiente en general.

Ramón Martín Mateo que dice en su Tratado: “No hay ciertamente un derecho natural a la pesca, como tampoco lo hay a la caza, y aún en el supuesto de que existiera una abundancia irrestricta de recursos para el ejercicio de estas actividades, será necesaria la intervención del Estado para ordenarlos o si se quiere para la efectividad de una supuesta libertad genérica de pescar como vía apropiatoria de bienes comunes. No comparto el criterio antiguo del Consejo de Estado (Dictamen del 14.1.1980) sobre la necesidad de una norma de rango de Ley para organizar en concreto la actividad pesquera, ni tampoco la tesis de la doctrina española, que concibe al hombre titular nato de infinitas potestades sólo recortables por el legislador que limita así el libre desarrollo de su personalidad (Santamaría, 1980). Otra cosa será que se trate de derechos fundamentales asignados por la Constitución. Pero en nuestro caso lo que está en juego es el

respeto del orden ambiental que tiene, por cierto, respaldo constitucional también en muchos países incluido España, donde se conmina a los poderes públicos (art. 45 CE) a que velen por la gestión racional de los recursos naturales" (Martín Mateo y Díez Sánchez, 1997).

### **3. El devenir histórico del régimen jurídico de la pesca desde la ley 17.500 en la Argentina.**

Veamos ahora cuál fue el recorrido de la regulación histórica de nuestros recursos vivos marinos luego de la ley 17.500.

#### **a) El sistema olímpico**

En el período que va desde la sanción del decreto de facto 17500, seguido por las normas posteriores tales como la ley 20.136 y hasta la sanción de la ley federal de pesca 24.922 el caladero argentino fue administrado por lo que se conoce como "sistema olímpico", es decir que todos los buques con permiso de pesca, mayoritariamente irrestrictos, competían por un recurso único. Este sistema, incentivado y avalado por las autoridades pesqueras, fomentó una verdadera "carrera por la pesca" acrecentando progresivamente los niveles de captura y poniendo en grave riesgo de extinción varias especies. La crisis de esta modalidad de administración fue lo que llevó al cambio por un sistema de cuotas. Estos sistemas agregan al manejo clásico –"olímpico"– mediante demanización y permiso precario, las medidas de protección del recurso cuantitativa y cualitativa, ambas teniendo en consideración la recuperación biológica.

Surgen entonces las cuotas de captura (TACS en Europa) como modalidad que se adopta en casi todo el mundo a efectos de proteger los recursos marinos de la depredación que la actividad pesquera sin ningún límite produce. Estas medidas de protección cuantitativas son el nuevo sistema de administración de la actividad el que ha desplazado al mencionado sistema olímpico.

#### **b) La proliferación de regulaciones parciales**

Desde fines de la década de 1960 se produjo en Argentina, un proceso de promulgación y modificación de leyes y decretos que marcaron el inicio del interés manifiesto del Estado nacional por la pesca. Recordemos entre tantas la delimitación de la soberanía sobre las 200 millas marinas desde la costa (Ley 17094), el establecimiento de permisos de pesca, exenciones, reducciones, diferimientos de impuestos y medidas promocionales para la instalación de empresas pesqueras en el territorio ubicado al sur del río Colorado (Ley 19.000); y la exclusividad de barcos de bandera argentina para la pesca dentro de las 200 millas (Ley 20.136) (Cóccaro, et al, 2002).

#### **c) La promoción industrial, y el mercado concentrador de pesca**

Durante la década de 1970 se sanciona la Ley de Promoción Industrial (Ley 21.608), que fomentó el incremento de las inversiones extranjeras y la formación de sociedades mixtas o asociaciones temporales que contaron con los créditos y avales del Banco Nacional de Desarrollo para el fortalecimiento de la actividad

(Mizrahi, 2001). La ley 19.002 de 1971 con la creación de mercados nacionales de concentración pesquera para controlar la comercialización, la calidad y sanidad de los productos. La ley declara obligatoria la concentración en mercados de todos los productos de la caza y pesca marítima y fluvial obtenidos por embarcaciones que operaran en puertos argentinos. Es autoridad de aplicación el Servicio Nacional de Pesca, según decreto reglamentario 441/1971. Se crea el Mercado Nacional de Concentración Pesquera del Puerto de Mar del Plata (decreto 442/1971).

En 1977 por ley 21.673 se crea el Instituto de Investigación y Desarrollo Pesquero (INIDEP, en adelante) como ente descentralizado con personería jurídica el que debe actuar en jurisdicción del Ministerio de Economía, Secretaría de Estado de Intereses Marítimos, Subsecretaría de Pesca.

El 21 de noviembre de 1979 se dicta la ley 22.107 que crea el fondo nacional de la pesca y que regula el régimen de administración. Será esta la ley la que se mantendrá vigente hasta el desembarco de la actual ley federal de pesca.

En la década de 1980, las irregularidades de la política económica nacional junto a los problemas financieros desencadenados en el período anterior, hicieron crítica la situación del sector pesquero: la política cambiaria afectó negativamente a las industrias que dependían en gran medida de las exportaciones; el elevado costo del crédito bancario perjudicó a las empresas por el valor de los insumos y los salarios de la mano de obra; el mercado de consumo interno se redujo; existía una flota pesquera obsoleta y algunas especies tenían altos niveles de sobrecaptura. Todas estas situaciones se agravaron con el establecimiento unilateral -desconocido por nuestro país- en 1986, de una Zona Económica Exclusiva (ZEE), por parte de Gran Bretaña, luego de la guerra de Malvinas en 1982. Precisamente en ese año, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, benefició a los países ribereños en detrimento de los poseedores de gran flota pero poca ribera, debido a que estableció el Régimen Jurídico que internacionalmente definía el Mar Territorial, la Zona Contigua y la Zona Económicamente Exclusiva. Este orden jurídico internacional motivó el traslado del centro de gravedad de la actividad pesquera mundial hacia las zonas subutilizadas y el consiguiente ingreso en el mercado, de países como la Argentina (Cepparo, Gabrielidis, Prieto, y Huertas, 2007).

Ante la ausencia de una ley nacional de pesca, la actividad en el país siempre se sostuvo jurídicamente con permisos de pesca concedidos por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación (SAGPyA), y sus resoluciones reglamentarias para el otorgamiento de los mismos. A partir de 1986 se creó el "permiso de pesca restringido" para la preservación de algunas especies. Sin embargo, un año después, se concretaron convenios con la URSS, Bulgaria y sobre todos con la Comunidad Económica Europea, que incrementaron la explotación de determinadas especies. Las capturas de las flotas de estos dos países produjeron impactos negativos: en el aspecto ecológico, por la

sobreexplotación de especies demersales y desde el punto de vista socioeconómico, por la escasa mano de obra argentina empleada en las embarcaciones, y la ausencia de procesamiento de la materia prima capturada, en tierra. Sólo se beneficiaron un reducido número de empresas argentinas asociadas, a las que debían comprar un 30% de su producción. Por las licencias otorgadas la Argentina sólo obtenía un canon del 3% de la producción (Cepparo, Gabrielidis, Prieto y Huertas, 2007).

Llegamos finalmente a la sanción de la ley federal de pesca 24922.

#### **4. La ley federal de pesca 24922**

Con la llegada del régimen federal de pesca de la ley 24922 el Estado pretende jugar un rol más activo, fortaleciendo su intervención sobre la actividad de los privados, con más facultades para limitar la explotación del recurso, con foco en la utilización racional que es la sostenibilidad aplicada a este tema. Para ello la base serán tres cuestiones:

##### **a) La consolidación de un régimen jurídico del recurso desde los siguientes elementos:**

- *patrimonialización en cabeza del Estado* (peces como bienes de dominio público), prohibición de explotación a los particulares y
- *permisión sólo mediante acto precarios* de la Administración, con condicionamientos, sujetos a los resultados de la explotación anterior mediante un instrumento central que es el tercer elemento,
- *capturas máximas permisibles* que condicionan el ejercicio de la actividad permitida a un elemento relacionado a la cantidad de recurso natural explotable y la permanencia futura de la especie en el marco del desarrollo sostenible, esto es, considerando el elemento ambiental, el económico y el social del sector pesquero;
- *sistema de administración por cuotas*. Esto porque además, el particular se encuentra frente al Estado con una doble limitación: por un lado la del ingreso al caladero que depende del permiso pero que además en los casos de especies cuotificadas, el sistema de administración obliga al particular a contar con una cuota individual transferible de captura, que representa el máximo que durante ese período de tiempo podrá capturar de esa especie, todo en base al parámetro de captura máxima permisible que acabamos de mencionar.
- *política nacional pesquera concertada* en un órgano intrafederal creado a esos efectos con integración de la Nación y las provincias con litoral marino: el Consejo Federal Pesquero.
- *sistema de información científica*, con control y monitoreo permanente, para que las limitaciones a los derechos de explotación del recurso natural posean la necesaria razonabilidad técnica.
- *Sistema financiero* para hacer frente a estas actividades, todo ello desde la creación de un fondo con aportes del sector.

## **b) El régimen de permisos con captura máxima permisible**

La técnica de limitación de capturas. Conforme las diferentes regulaciones vigentes y, especialmente la LFP los recursos pesqueros ubicados en la zona correspondientes a la soberanía argentina, sólo pueden explotarse por embarcaciones de pabellón nacional, que cuenten con el *permiso de pesca* necesario. Veremos a continuación que además del permiso se necesitará también cuota de captura asignada al buque en caso de una especie cuotificada. Dispone el artículo 23 de la LFP: “Para el ejercicio de la actividad pesquera, deberá contarse con la *habilitación* otorgada por la Autoridad de Aplicación según lo estipulado en los artículos 7 y 9 de la presente ley, mediante alguno de los actos administrativos enumerados a continuación: a) *Permiso de pesca*: que habilita para el ejercicio de la pesca comercial a buques de bandera nacional, para extraer recursos vivos marinos en los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina; b) *Permiso de pesca de gran altura*: que habilita a buques de pabellón nacional para el ejercicio de la pesca comercial, sobre el talud continental, fuera de la Zona Económica Exclusiva, alta mar o con licencia en aguas de terceros países; c) *Permiso temporario de pesca*: serán otorgados a buques arrendados a casco desnudo en las condiciones y plazos establecidos en la presente ley. El mismo tratamiento se aplicará para los buques de pabellón extranjero que operen en las condiciones de excepción establecidas por esta ley; d) *autorización de pesca*: que habilita para la captura de recursos vivos marinos en cantidad limitada, para fines de investigación científica o técnica. Agrega el artículo 24: “La explotación de los recursos vivos marinos en los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina, sólo podrá ser realizada por personas físicas domiciliadas en el país, o jurídicas de derecho privado que estén constituidas y funcionen de acuerdo con las leyes nacionales. Los buques empleados en la actividad pesquera deberán estar inscriptos en la matrícula nacional y enarbolar el pabellón nacional”.

Es decir que el primer requisito para ingresar al caladero y poder realizar la pesca comercial es contar con una habilitación de las cuatro que enumera el artículo 23 LFP citado. Además se necesitará que el buque esté inscripto en la matrícula nacional y tenga pabellón nacional. Para las embarcaciones de pabellón extranjero existe un régimen excepcional.

Pero además de poseer alguna de estas habilitaciones, el buque que desee desarrollar la pesca comercial deberá contar con una cuota de captura asignada, es decir un requisito complementario pero necesario, que implicará un límite cuantitativo respecto a la cantidad de recurso pesquero que el barco podrá pescar. Dice al respecto el artículo 28 LFP: “Los permisos de pesca son habilitaciones otorgadas a los buques solamente para acceder al caladero, siendo necesario para ejercer la pesca contar con una cuota de captura asignada o una autorización de captura en el caso de que la especie no esté cuotificada”.

Así, la ley federal de pesca argentina, siguiendo el sistema que históricamente poseía nuestro país en las últimas décadas del siglo XX, adopta un régimen de

pesca basado en la prohibición general de la toma de recursos del caladero y la autorización mediante actos administrativos a los particulares para la toma del recurso natural, agregando una condición nueva: la cuota individual derivada de la captura máxima permisible. En el caso de las autorizaciones para aprovechamiento de los recursos vivos del mar en nuestro régimen, la ley de pesca instaura una modalidad de autorización operativa, pues si bien ella se da en un tiempo y estadio inicial, luego depende, el mantenimiento de esa autorización, de determinadas condiciones del recurso, ya sea por la cuota individual de captura, como del permiso mismo, el que puede revocarse en caso de que se den determinadas condiciones, por la Administración. Como vemos, esta figura jurídica es la que permitiendo este tipo de prerrogativas a favor de la Administración, facilitará la programación de acciones y medidas en favor de los intereses de nuestro país y la sostenibilidad del recurso, a través de una política nacional de pesca, elaborada y ejecutada de manera eficaz, sujeta a una modificación constante, con metas interinas, y graduales, de cumplimiento imperativo.

Siguiendo la doctrina española donde la autorización es una categoría unitaria, sin distinguirla del permiso, pero sí clasificándola (García de Enterría y Ramón Fernández, 2006), aplicándola al régimen de pesca, veremos que estamos ante un sistema de autorizaciones -no concesiones- operativas y de funcionamiento. Son autorizaciones operativas y no simples porque el permiso de pesca, a partir de ser otorgado, por sí solo no permite el ejercicio de la actividad, sino que queda sujeto a una serie de condiciones más, para poder permitirla. La Cámara Federal en lo Contencioso administrativo concluyó que el régimen de las autorizaciones se trata de una técnica mediante la cual se instrumenta la regulación global de una actividad, creándose una relación especial de sujeción. Esta regulación unilateral comprende tanto el momento inicial de la autorización (otorgamiento), como todo el desarrollo posterior de la actividad. Y en este sentido, se trata de verdaderos actos condición, es decir, que introducen al particular en una situación reglamentaria en la cual sus derechos y obligaciones surgen de cara a las normas en cada momento vigentes (CN Fed. Cont-administrativo, en pleno, 1/10/85, "Multicambio S.A. c. B.C.R.A." (La Ley, 1985-E-263).

Dentro de este sistema quedan integradas las autorizaciones para ejercitar la actividad de pesca en nuestro régimen. Para la LFP "La pesca y el procesamiento de los recursos vivos marinos constituyen una actividad industrial". Su regulación se dará con sujeción al Régimen Federal de Pesca Marítima que se establece dicha ley. Básicamente el papel de la Administración no se reduce sólo a la mera emisión del acto condición para relevar de la prohibición inicial. Es que, durante todo el largo período de vida de la autorización, el Estado se informa acerca de las condiciones en que el título precario se ejerce y, en caso de que con ese ejercicio se hayan incumplido las condiciones del otorgamiento o, en caso de



que los estudios científicos alerten sobre consecuencias negativas para el recurso natural en caso de permitirse la continuidad de la actividad tal como se viene dando, la Administración puede limitar en incluso anular. Para ello la LFP crea un requisito adicional al permiso: la cuota de captura, régimen para las especies en retroceso biológico. Con ellas el Estado tendrá un cuidado particular y exigirá además del permiso para pescar, una habilitación extra, que se desprende del lado de la Administración del número general de capturas que el recurso admite en toda la jurisdicción nacional, conforme los informes científicos.

El otorgamiento del permiso de pesca y su sostenimiento así como la captura máxima para especies en retroceso son facultades que competen exclusivamente a la Autoridad, que cuenta con los medios técnicos idóneos para determinar su procedencia y persistencia. Para dar base justificada en la razonabilidad científica de las revocaciones o limitaciones de los derechos de los particulares (conf. art. 28 y 41 CN), la ley trae un instrumento central: los informes del INIDEP. Estos serán claves para justificar la razonable limitación de los derechos de los particulares a acceder al caladero. Desde el punto de vista del derecho administrativo las limitaciones que se den a esos actos permisivos precarios no pueden sino responder a la estructuración de políticas sectoriales claras que delimiten normativamente las finalidades que debe perseguir la acción administrativa en materia pesquera. Dichas políticas deben estar dirigidas, principalmente, a determinar el grado de explotación que es biológicamente sostenible a largo plazo, ya que si bien no cabe duda que existen importantes intereses económicos que deben ser contemplados, y aún cuestiones de política de empleo, no es posible desconocer el mandato contenido en el art. 41 de la CN en cuanto a que las actividades productivas deben satisfacer las necesidades actuales sin comprometer las de las generaciones futuras. Este criterio se afirma, como veremos más adelante con la LGA.

Del artículo 23 LFP surgen los requisitos a los que hemos hecho referencia previamente. En todos estos actos intervienen ambas autoridades creadas por la LFP (Autoridad de Aplicación Federal y Consejo Federal de Pesca). Por ejemplo, para la emisión de los permisos de pesca se necesita el concurso de ambas autoridades, es decir, la Secretaria de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas que los otorga, pero previa autorización del Consejo Federal Pesquero (7 inc. d).

Para quien quiera profundizar los aspectos de conservación que trae la ley 24922 ella posee un Capítulo VII dedicado a la “Conservación, Protección y Administración de los Recursos Vivos Marinos”, donde se sujeta la actividad pesquera a otros requisitos más que el simple permiso. Concretamente dice este título que “La pesca en todos los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina, estará sujeta a las restricciones que establezca el Consejo Federal Pesquero con fundamento en la conservación de los recursos, con el objeto de evitar excesos de

explotación y prevenir efectos dañosos sobre el entorno y la unidad del sistema ecológico” (artículo 17). De estas restricciones dos son muy importantes:

- *Captura máxima permisible y cuotas individuales de captura*: la primera restricción será la captura máxima permisible (CMP, en adelante). Dice al respecto el artículo 18 que “El Consejo Federal Pesquero establecerá anualmente la Captura Máxima Permisible por especie, conforme a lo estipulado en el artículo 9 inciso c)”. De ella surgirán las cuotas individuales por buque y especie.

- *Medidas técnicas, zonas, épocas de veda, artes de pesca*: Según lo prescripto en el artículo 7, inciso e) de esta ley, la Autoridad de Aplicación podrá establecer zonas o épocas de veda. La información pertinente a la imposición de tales restricciones, así como su levantamiento, será objeto de amplia difusión y con la debida antelación, comunicadas a los permisionarios pesqueros y las autoridades competentes de patrullaje y control. Asimismo podrá establecer reservas y delimitación de áreas de pesca imponiendo a los permisionarios la obligación de suministrar bajo declaración jurada, información estadística de las capturas obtenidas, esfuerzo de pesca y posición de sus buques. Lo mismo respecto a la imposición de medidas técnicas de protección.

Estamos ante una autorización inicial pero sujeta luego a condicionamientos que podrá establecer la autoridad de aplicación.

**c) La ley federal de pesca y los derechos de las provincias costeras**

El otro aspecto para destacar de la LFP es el relacionado con la forma federal de estado y los derechos de las provincias costeras respecto a sus recursos naturales por un lado (conf. art. 124 CN) y el derecho de la Nación – la ley divide áreas de dominio y jurisdicción de uno y otro orden. Así, la LFP se aplicará entonces: a) directamente y de modo exclusivo para el espacio nacional (5.a LFP) y; b) desde el sistema de concertación y coordinación participada que trae la LFP para el espacio de 12 millas o de las aguas interiores, de dominio provincial (5.b LFP).

Artículo	Espacio	Dominio	Jurisdicción
3 LFP	Aguas interiores y aguas marítimas hasta las 12 millas	Exclusivo de las provincias con litoral marítimo	Administración y coordinación de la protección en el marco de la LFP (Consejo)
4 LFP	Aguas de la Zona Económica Exclusiva argentina y en la plataforma continental argentina a partir de las doce (12) millas	Exclusivo de la Nación	Exclusiva de la Nación, ejercitada desde la LFP y las resoluciones del Consejo y la Autoridad de Aplicación.

Las provincias costeras poseen el dominio sobre los recursos ubicados dentro de las primeras doce millas y las aguas interiores, y ejercitan la jurisdicción sobre

ellos de modo supletorio, supeditado a las medidas nacionales dictadas dentro de la estructura pergeñada por la LFP, para unificar criterios de manejo del recurso natural, las que son prevalentes sobre las medidas propias de las provincias. La clave del sistema es que esas medidas se dan por un órgano, el Consejo Federal Pesquero, al que las provincias costeras llevan cada una un representante, en plena aplicación del principio de participación federal mediante el cual los estamos miembros de una federación participan de la concreción de las políticas del orden central sobre todo cuando ellas los pueden afectar en sus intereses.

## **5. El derecho ambiental y la pesca**

### **a) La utilización racional del recurso pesquero en el marco del derecho ambiental**

La pesca, como cualquier actividad que se desarrolla sobre un recurso natural –en este caso los peces que pueblan las aguas de jurisdicción argentina, así como las especies migratorias- ha sufrido desde la adopción por el constituyente en 1994 de la cláusula ambiental, un cambio en su regulación. Es que el régimen jurídico de los recursos naturales ha mudado de ropa, ingresando en el ámbito del desarrollo sostenible, el que con su *vis* expansiva integra en una sola disciplina todas las definiciones, políticas o planes que puedan guardar efectos sobre el bien jurídico ambiental. Era común en los ordenamientos clásicos relacionados con los recursos naturales, verificar títulos destinados a la conservación, que ponían énfasis en los límites a la explotación. Estos sectores se alineaban con el clásico poder de policía de los derechos individuales por razones de seguridad y orden público (art. 28 CN). Esto demanda una nueva lógica, quedando inmerso en el contexto del derecho ambiental. Es que uno de los principales temas para esta disciplina es la manera en que el hombre utiliza los recursos naturales, pues éstos resultan ser uno de los componentes básicos del ambiente y el tipo de aprovechamiento que hagamos redundará en su conservación o no, más si pensamos que en la actualidad se encuentra en crisis la noción de renovables de los mismos. Los actuales estudios alertan que si se extrema la presión sobre los recursos naturales, ello importará quizá la pérdida de algún elemento y también la de los que a él se relacionen, dentro de las poblaciones o ecosistemas en que tengan influencia. Así la conservación de los recursos naturales se deberá considerar desde un contexto ambiental.

Desde la Constitución nacional se desprende una lógica que interrelaciona las normas que regulan la utilización de los recursos naturales con las de protección del ambiente y que considera a aquellos como bienes ambientales propugnando su uso sostenible y racional. Son ellas las que definen el nuevo rol que debería pretenderse de la ley federal de pesca si se la observa desde la ley general del ambiente. Esto nos lleva de la mano a un aspecto preponderante en estudio: la cuestión de relacionar las leyes apuntadas responde a una necesidad de

armonizar dos contenidos que la propia Constitución nacional verifica en plena simbiosis. No llevar adelante esta tarea hermenéutica implicaría dejar de lado el mandato del constituyente que pretende esta integración normativa. La simbiosis entre desarrollo sostenible y utilización racional de los recursos naturales se puede verificar en la clásica Declaración de Estocolmo de 1972 donde se proclamaba “los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación y ordenación, según convenga” (principio 2). Agrega la Declaración que “el hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su hábitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y fauna silvestres” (principio 4).

Desde la reforma de la Constitución Nacional y, con la incorporación del artículo 41 se desprende claramente la necesidad de que el uso que las autoridades permitan de los recursos naturales deberá ser racional, lo que implica la previa evaluación de las actividades para saber las consecuencias que puedan acarrear un perjuicio de los mismos o al patrimonio natural. La racionalidad se desprenderá justamente de la sostenibilidad que en el primer párrafo ya se describiera por el constituyente. Se suma a este elemento que uno de los deberes de las autoridades será la preservación de la diversidad biológica y el patrimonio natural.

#### **b) La ley general del ambiente 25675 y la ley federal de pesca 24922 como norma ambiental**

El sistema ambiental argentino se estructura desde una ley marco 25675 que integra contenidos nucleares, centrales de la disciplina, en pleno desarrollo de la norma ambiental constitucional (art. 41 CN) para el ámbito legislativo y luego la serie de leyes sectoriales o especiales. Un resumen de los contenidos de las leyes sectoriales nacionales puede ser este. Pues bien, frente a tal dispersión la ley general del ambiente 25675 oficia como centro nuclear de regulación de la materia, la que dispersará sus contenidos en el resto de estas leyes, entre las que se encuentra la ley federal de pesca. El sistema sería el siguiente:

La LFP, como dijimos, es una ley anterior a la LGA. Es una ley ambiental sectorial anterior a la LGA. Ese 12 de enero de 1998 cuando el Congreso dio el consenso para adoptar un régimen federal para los recursos vivos del mar no existía ley general del ambiente. El desafío en el año 2002 al dictarse la LGA era cómo ordenar ésta, entre otras, leyes sectoriales que, siendo especiales y anteriores, se impondrían sobre la ley general por axioma interpretativo clásico. Recordemos que la regla hermenéutica dispone que ley general no deroga las leyes especiales anteriores, salvo abrogación expresa o manifiesta

incompatibilidad. Una solución era derogar expresamente las normas anteriores. El inconveniente es que semejante decisión provocaría un colapso en el sistema, pues quitarían todas esas normas sobre el ambiente o recursos naturales generándose enormes lagunas. Lo que se debe lograr es la primacía de la ley general por sobre la ley sectorial anterior, pero sin abrogación de las últimas. Entre muchas otras cosas la ley 25675 es ley marco porque contiene el instituto que caracteriza a esta tipología de leyes: el principio de supletoriedad, que ordena el modo de vigencia de la LGA respecto a las leyes sectoriales anteriores. Es el artículo 3 el que establece el mecanismo de supletoriedad cuando dispone: “La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta”. Esta formulación es lo que Raúl Brañes se denomina principio de supletoriedad (Brañes, 2000). En esto la ley viene a marcar una diferencia respecto a otras normas, pues ella ni dispone la expresa derogación de leyes especiales anteriores, ni las excepciona totalmente, sino que establece la prioridad de los contenidos de la LGA respecto a los de la “legislación específica sobre la materia”, los que sólo sobrevivirán en la medida que “no se opongan a los principios y disposiciones contenidas en la ley marco”. La imposición del artículo 3 LGA, sin ser una derogación de todas las normas especiales anteriores, lo es respecto a las que sean contrarias a sus mandatos. No las deroga, sino que las hace sobrevivir en la medida que no contraríen los contenidos que la LGA trae. Esto no significa que se eleve de jerarquía a la ley 25.675 pues nuestro país no posee base constitucional para realizar este tipo de operaciones en el sistema de fuentes. En realidad el único legitimado para crear nuevas gradientes o modificar la pirámide de fuentes de nuestro sistema de normas es el constituyente que -reforma mediante- podría introducir novedades - como lo hizo en 1994- aunque ninguna referida a las normas ambientales.

En consecuencia las leyes ambientales anteriores se mantienen vigentes, pero de un modo diferente al que tenían antes de la publicación de la LGA. Ella oficiará como “centro de operaciones” conformando una forma radial para el sistema de legalidad ambiental, obligando a una relectura de las normas sectoriales dictadas en tiempos anteriores, las que se nutrirán de los contenidos de la ley marco, bajo apercibimiento de perder su vigencia o ser declaradas nulas. La LFP, como ley sectorial que es, sufre este mismo proceso. Su texto era de 75 artículos hasta el 26 de noviembre de 2002. Desde esa fecha su texto serán esos 75 artículos más todos aquellos de la ley 25675 que le sean aplicables, tanto para completarla, como para modificarla, en caso de ser necesario.

Recordemos que -tal como lo señala Brañes (2000) la supletoriedad es una regla distintiva de las leyes marco. La misma implica disponer como supletorios de ella y sus reglamentos las demás leyes y sus correspondientes reglamentaciones, que rigen materias especiales. En ese horizonte, dispone la ley

general argentina que las leyes específicas mantendrán su vigencia en cuanto no se opongan a sus principios y disposiciones (conf. art. 3 LGA). Con esto dice presente la regla de supletoriedad. Pero si verificamos el texto de nuestra norma, más que un principio estamos ante una regla, que implica la pérdida de vigencia del contenido que se oponga a la ley marco. Es una regla de ordenación de fuentes, una de las que prescribe que las normas sectoriales anteriores mantengan su vigencia condicionada, ya que sólo lo hacen en la medida en que no contradigan a la LGA. La ley marco dispone de esta manera la sobrevivencia de las leyes especiales anteriores, condicionado a que no contradigan sus contenidos. Para lograr ordenar a todas estas normas desde la LGA la misma debería traer un enorme anexo con la lista de leyes sectoriales que quedarían derogadas desde ella. Esto es imposible, y además no es lo que se hace en las leyes marco.

Esto es lo que sucede con la LFP, la que se deberá interpretar desde y hacia la LGA. En consecuencia la ley de pesca conserva su vigencia siempre que el operador la interprete desde y hacia la LGA. En la medida que no cumpla con este mecanismo estará haciendo una aplicación ilegítima nula o anulable de la norma.

Esto provocará enormes cambios en el sistema de gestión de los recursos vivos del mar, a saber:

- Se deberá reinterpretar a la LFP con claro objetivo tuitivo. La técnica es la administración sostenible y participada de los recursos vivos del mar mediante el otorgamiento de permisos de pesca precarios, condicionados en su ejercicio (el ejercicio del permiso es ni más ni menos que la aptitud para tomar el recurso natural) a un abanico de institutos de conservación. Esto queda claro cuando la LFP dispone en su artículo 1 “La Nación Argentina fomentará el ejercicio de la pesca marítima en procura del máximo desarrollo compatible con el aprovechamiento racional de los recursos vivos marinos” pretende establecer el puente entre lo que es la pesca y el ámbito ecosistémico en que ella se desarrolla. La actividad se desenvuelve dentro de los ecosistemas marinos.
- El foco de la institucionalidad está en la coordinación de la política pesquera ambiental nacional en aras del logro del desarrollo sostenible entre Nación y Provincias a través de un órgano nuevo: el Consejo Federal Pesquero.
- En él se depositan las expectativas para la adopción de decisiones con participación de cada uno de los gobiernos provinciales costeros más el gobierno nacional, en un manejo uniforme de medidas de protección ambiental, para todos los espacios, sectores y actores del mar argentino.
- Se deberá institucionalizar el derecho de acceso a la información pública ambiental y participación ciudadana en los procesos de toma de decisión en materia pesquera, tanto capturas máximas permisibles, como la adopción y ejecución de vedas temporales y espaciales.
- Se deberá enfocar la gestión pesquera desde una noción ecosistémica sustentable que hemos definido como “una estrategia de manejo integrado de los ecosistemas

y sus recursos naturales bajo los principios de prevención, precaución, acceso a la información y participación ciudadana; que armoniza desarrollo económico social y el aprovechamiento de los recursos naturales en el presente, con la conservación de la diversidad biológica y las funciones ecológicas esenciales, sin comprometer el uso y goce apropiado por parte de las generaciones futuras” (Esain, 2012).

- Gestión ecosistémica que se reflejará en pensar la relación entre pesca y medio ambiente más allá de lo que disponen los contenidos clásicos del régimen jurídico de la pesca que pretende sólo la protección de las especies de preponderante interés comercial. Debemos avanzar en una perspectiva más amplia de tutela de la biodiversidad. Esto modificará las pautas de los institutos de conservación de los recursos vivos marinos.

- La Captura Máxima Permisible (llamada por los europeos como limitación de las capturas) que se hace en base a estudios elaborados por el Instituto de Investigación y Desarrollo Pesquero (INIDEP, en adelante) ahora no considerará la viabilidad futura de las especies con valor comercial sino también el ecosistema mutando el instituto en una suerte de mecanismo preventivo ambiental o evaluación del impacto ambiental de la actividad pesquera.

- Lo mismo para las vedas temporales o espaciales, las medidas técnicas de protección como son los sistemas selectivos de captura, que se dan en base a información científica sobre la viabilidad no de la especie con valor comercial sino sobre el ecosistema vinculado a ella.

- Aplicación del principio precautorio ante escenarios de consecuencias inciertas sobre capturas máximas permisibles o aperturas de espacios vedados a la pesca.

- Desembarco del instituto de la conservación estricta sobre espacios especiales como las áreas naturales protegidas que pueden pasar a ser marinas, permitiendo una política de conservación de mayor rigor en esos lugares.

- Necesidad de adoptar para todos estos mecanismos de conservación de los recursos vivos marinos, procedimientos de prevención ambiental como la evaluación de impacto ambiental o evaluación ambiental estratégica.

## **6. Conclusiones**

A modo de conclusiones podemos anotar varias cuestiones:

- la demanialización de los recursos vivos del mar, incluidos entre los bienes de dominio público con el monopolio del Estado en el manejo del mismo y;

- un régimen de administraciones desde el derecho público, con la autorización como técnica mediante la cual se instrumenta la regulación global de la actividad, creándose una relación especial de sujeción.

Estos dos elementos de base administrativa, permiten rápidamente una readaptación desde el derecho ambiental. Estamos ante un bien de pertenencia colectiva estatal –recursos vivos marino- pero que se desenvuelve en el marco de otro bien que lo excede (el bien colectivo ambiente). El bien estatal, las especies

con valor comercial, son disponibles a favor de los particulares pero desde autorizaciones precarias. Esta figura permite al Estado un manejo -desde las condiciones en que se mantiene el bien colectivo- de esas autorizaciones disponiendo de limitaciones en función de la nueva realidad. Si los datos científicos alertan sobre peligros respecto a la sostenibilidad del recurso o afectaciones del ambiente, se permitirá limitar la posibilidad de acceso al caladero, en razón de estos parámetros, sin necesidad de indemnizar el sacrificio de los particulares.

Esta íntima relación entre pesca y medio ambiente resulta obligatoria desde el año 2002 con el desembarco de la ley general del ambiente 25675, que obligará a traducir los elementos de la ley federal de pesca a clave ambiental (art. 3 LGA) so pena de pérdida de vigencia de la ley 24922.

Ello provocará que, desde la base de los contenidos que estamos describiendo, las instituciones del régimen pesquero comiencen a funcionar desde una nueva lógica, la lógica de la sostenibilidad del ecosistema marino.

## 7. Referencias

- Barrio García, Gonzalo A. 1998. *Régimen jurídico de la pesca marítima*. Marcial Pons. Madrid, España.
- Brañes, Raúl. 2000. *Manual de derecho ambiental mexicano*. Fundación Mexicana para la educación Ambiental y Fondo de Cultura Económica. México.
- Cafferatta, Néstor (Director). 2013. *Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental*, Tomo I. La Ley. Buenos Aires.
- Catalano Edmundo, Brunilla María Elena, García Díaz Carlos, Lucero Luis. 1998. *Lecciones de derecho agrario y de los recursos naturales*. Zavalía. Buenos Aires.
- Cepparo, María Eugenia; Gabrielidis, Graciela; Prieto, Estela; Huertas, Marta. 2007. *Evolución de la legislación pesquera argentina desde la segunda mitad del siglo XX*. UNCuyo FFyL I. Geografía, Dirección URL del informe: <http://bdigital.uncu.edu.ar/1143> en el marco del Proyecto de SECyT UNCuyo 06/G303, Cepparo, María Eugenia (Directora), Universidad Nacional de Cuyo. Facultad de Filosofía y Letras.
- Cóccaro, José M. (et al). 2002. *La Minería Pesquera argentina en Reflexiones Geográficas N° 10 Revista de la Agrupación de Docentes Interuniversitarios*. Geografía. Río Cuarto, Córdoba.
- Esain, José Alberto. 2012. *Pesca marítima y derecho ambiental*. Abeledo Perrot (en colaboración con la Fundación Vida Silvestre). Buenos Aires.
- García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. 2006. *Curso de derecho administrativo*, II 1er edición argentina. Thomson, Civitas, y La ley. Buenos Aires.
- Marienhoff Miguel S. 2006. *Tratado de derecho administrativo*. T VI. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Martín Mateo Ramón, Díez Sánchez José (col). 1997. *Tratado de derecho ambiental: Recursos naturales, Volumen 3 y 4*. Trivium. Madrid.



- Menéndez Rexach. 1990. *La configuración del dominio público marítimo terrestre en Revista de estudios Territoriales*. Núm. 34, septiembre-diciembre.
- Mizrahi, E. 2001. *Caracterización del sector pesquero argentino. Aspectos económicos financieros*. Consejo Federal de Inversiones CFI. Buenos Aires.
- Morillo José Ignacio y Pérez Velarde. 2009. *Las transformaciones del derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas en Dominio público, naturaleza y régimen de los bienes públicos*, Gabriel de Reina Tartiére (coordinador). Heliasta, ps. 126 y 127. Buenos Aires
- R. Carrillo Santiago. 2005. *Una visión iuspublicista de los permisos de pesca en LL Patagonia*, junio, n. 983.
- Santamaría Pastor J. 1980. *Fundamentos de derecho administrativo*. Volumen I. Civitas. Madrid.
- Seitune Daniel. 2004. *Desarrollo sustentable e la pesca argentina en Revista Pesca y puertos de la Patagonia*, nro. 24, 24/11, ps 3/4.

# “Reglamentación de la actividad cinegética sobre especies nativas en la provincia de Buenos Aires”

*Cristian Javier Bustamante*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Lic. en Biología, Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS), Prov. de Buenos Aires.

Mail de contacto: [cjcristian@hotmail.com](mailto:cjcristian@hotmail.com)

---

## RESUMEN

El recurso fauna ha sido históricamente administrado y gestionado por el Ministerio de Agroindustria de la Provincia de Buenos Aires, como Autoridad Aplicación que regula los hechos, actos y bienes de la actividad rural de la provincia.

Sin embargo, al crearse el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) -Autoridad Ambiental provincial- le fueron otorgadas, entre otras competencias directas, ejecutar acciones tendientes a la protección, conservación y uso sustentable de las especies nativas susceptibles de caza.

Este trabajo se realizó con el objetivo de dar a conocer la actual coordinación interinstitucional en la regulación de este particular recurso faunístico.

**Palabras clave:** actividad cinegética, código rural, especie silvestre, especie nativa, especie exótica.

---

## ABSTRACT

The fauna resource has been historically administrated and managed by the Ministry of Agribusiness of the Province of Buenos Aires, as an Application Authority that regulates the facts, acts and goods of the rural activity of the province.

However, when the Provincial Organism for Sustainable Development (OPDS) - Provincial Environmental Authority - was created, they were granted, among other direct competences, actions for the protection, conservation and sustainable use of native species susceptible to hunting.

This work was carried out with the objective of publicizing the current inter-institutional coordination in the regulation of this particular faunistic resource

**Key words:** hunting activity, rural code, wild species, native species, exotic species.

---

### 1. Introducción

La Constitución Nacional argentina adopta un régimen de gobierno de tipo republicano, democrático, representativo y federal.

La misma Constitución reconoce, a través del art. 124, que el dominio originario de los recursos naturales hallados dentro de los límites establecidos para cada jurisdicción, pertenecen a las provincias.

Partiendo de esta base, y atendiendo aspectos relacionados a la regulación de las especies de la fauna de origen autóctono susceptibles de ser cazadas en el territorio de la provincia de Buenos Aires, se desarrollará el marco conceptual de la normativa establecida en la provincia para este tipo de fauna en particular.

## **2. Fauna, primeras consideraciones**

Es importante destacar que la fauna silvestre distribuida naturalmente en el territorio argentino es considerada inicialmente como “res nullius”, es decir, como “cosa de nadie”, o también entendida como “cosa sin dueño” (Pastorino, 2011). Dicha consideración queda reflejada en el Código Civil y Comercial Argentino, que en este aspecto no cambia en relación a igual determinación que hacía el Código Civil.

No obstante, por imperio del dominio originario provincial, expresamente reconocido ahora, o por no tratarse de una competencia expresamente delegada en la Nación en la Constitución Nacional, las provincias desde la conformación del Estado argentino, tuvieron competencia para regular los modos de apropiación por los privados de esas cosas sin dueño y lo hicieron, por mandato del mismo Código Civil, a través de la regulación de la caza.

Dicha regulación, se inició como mera intervención para distribuir entre los interesados los derechos de aprehensión, es decir, bajo un esquema tradicional de la función estatal de regular entre distintos particulares individuales sus actividades, a fin de evitar conflictos entre ellos, y estableciendo criterios equitativos. Pero luego se fueron incorporando objetivos que apuntaron más a un interés público en particular, por la conservación del recurso, primero, y por la preservación de la biodiversidad, después. A su vez, con criterios conservacionistas se utilizó el sistema de regulación de la caza, para corregir consecuencias negativas originadas en la introducción de especies exóticas.

## **3. Conceptos básicos**

### **a. Fauna silvestre**

Según el Código Rural incluye a todas las especies animales que viven fuera del contralor del hombre, en ambientes naturales o artificiales con exclusión de los peces, moluscos y crustáceos. Cabe destacar que no distingue entre especies nativas y exóticas.

### **b. Fauna nativa (o autóctona)**

Es aquella originaria o propia de un determinado lugar y que ha coevolucionado en el/los ecosistema/s que habita. El territorio en el cual se cumplen estas condiciones se considera “área natural” de distribución.

En este trabajo las especies nativas consideradas serán las siguientes: Perdiz chica común o inambú (*Nothura maculosa*); Copetona (*Eudromia elegans*); Pato siriri o pato viuda (*Dendrocygna viudata*); Pato barcino chico (*Anas flavirostris flavirostris*); Pato colorado (*Anas cyanoptera cyanoptera*); Pato maicero (*Anas*

*georgica spinicauda*); Pato overo (*Anas sibilatrix*); Pato picazo (*Netta peposaca*); Pato cuchara (*Anas platalea*); Comadreja overa o picaza (*Didelphis azarae*); Comadreja colorada (*Lutreolina crassicaudata*); Quiya o coipo o coipu o nutria (*Myocastor coypus*); Avutarda de pecho rayado o cauquén (*Chloephaga picta dispar*); Avutarda de pecho blanco (*Chloephaga picta picta*); Cotorra o cata común (*Mylospitta monacha*); Loro barranquero (*Cyanoliseus patagonus patagonus*); Vizcacha (*Lagostomus maximus*); Cuis de la pampa (*Cavia pamparum*); Viguá o biguá (*Phalacrocorax brasilianus brasilianus*); Paloma torcaz (*Zenaida auriculata*); Paloma turca (*Columba picazuro*) y Paloma montera (*Columba maculosa*).

**c. Especie exótica (introducida o alóctona)**

Es aquella introducida por la acción humana –de forma intencional o accidental- y que en consecuencia se desarrolla fuera de su área natural de distribución.

**d. Actividad cinegética**

Es la acción por la que se captura o mata un animal.

**e. Caza**

El Código Rural entiende por acto de caza a todo arte o técnica que tiende a buscar, perseguir, acosar, apresar o matar los animales silvestres, así como la recolección de productos derivados de aquéllos, tales como plumas, huevos, guano, nidos o cualesquiera productos o sub-productos de dichos animales.

**4. Administración interministerial**

En la provincia de Buenos Aires, el recurso fauna ha sido normado, administrado y gestionado por el entonces Ministerio de Asuntos Agrarios, a través de la Dirección de Flora y Fauna (DFF), Autoridad de Aplicación del Código Rural, Decreto-Ley N° 10.081/83 que regula los hechos, actos y bienes de la actividad rural en el ámbito del territorio bonaerense.

Este Decreto-Ley posee una sección dedicada a las especies silvestres y un capítulo concerniente a la caza, mientras que su reglamentario especifica las diferentes modalidades de caza y los requisitos necesarios para la obtención de las licencias, entre otras regulaciones.

Asimismo, se menciona que dicho ministerio también es el encargado de regular las actividades de cotos, -criaderos y comercio de fauna silvestre-, centros de rescate y rehabilitación de fauna silvestre, y parques zoológicos; guías de tránsito, entre otras actividades directa e indirectamente vinculadas a la fauna en general.

Posteriormente, a partir de la sanción de la Ley N° 11.723/95 Ley Marco Ambiental de la provincia de Buenos Aires, le fueron asignadas a la Autoridad Ambiental, hoy Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) competencias sobre la protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general, a fin de asegurar a las

generaciones presentes y futuras la conservación de la calidad ambiental y la diversidad biológica.

Con la finalidad de proteger a las especies faunísticas, la Ley N° 11.723, en el Capítulo VI dedicado a la Fauna Silvestre, contempla la implementación de censos poblacionales periódicos, registro y localización de especies y nichos ecológicos, y estudios de dinámica de poblaciones nativas.

Por otra parte, el Decreto N° 23/07 que aprueba la estructura orgánico funcional del OPDS, determina que le corresponde a la Dirección Provincial de Recursos Naturales (DPRR), la realización estudios y evaluaciones para establecer el grado de riesgo actual para la conservación de los recursos y ambientes naturales frente a las acciones antrópicas.

#### **5. Prescripciones del Código Rural y del Decreto N° 1878/73 vinculadas a la caza.**

La actividad cinegética en la provincia de Buenos Aires se encuentra regulada en la Sección de las Especies Silvestres Animales y Vegetales, Capítulo 1, del Decreto-Ley N° 10.081/83, que establece que la caza de animales de la fauna silvestre, su persecución o muerte, sea cual fuere el medio empleado o el lugar donde se efectúe, la destrucción de nidos, huevos o crías y el tránsito o comercio de sus cueros, pieles o productos, se efectuarán de conformidad con las disposiciones contenidas en esta normativa.

En relación al ejercicio de caza, queda establecido que puede ejercerse en todos los lugares que no estén expresamente vedados por la autoridad de aplicación, pudiendo ser éstos zonas de propiedad pública o privada.

El Código Rural además de establecer las artes prohibidas, estipula la obligatoriedad de tramitar la licencia de caza de carácter personal e intransferible, mientras el Decreto Reglamentario especifica las distintas modalidades de caza. En este sentido quedan establecidas cuatro tipo de modalidades: Caza Deportiva, Caza Comercial, Caza Plaguicida y Científica que a continuación se detallan.

##### **a. Caza Deportiva**

Es aquella dirigida a cazar animales silvestres sin fines de lucro. Dentro de esta categoría se incluye a la caza deportiva menor y mayor. La primer modalidad se practica sobre especies menores de la fauna silvestre y con escopeta de cañón liso, cargada con cartuchos a perdigones y también con armas que disparen munición calibre 22. La segunda modalidad, se practica sobre especies mayores de la fauna silvestre, con armas de fuego largas, de cañón estriado de un calibre no menor de 7 milímetros y escopetas calibres 20, 16 y 12, cargadas con proyectiles sólidos tipo "brennecke". Esta modalidad podrá realizarse tanto en cotos de caza o predios privados que a tal efecto sean habilitados por la Autoridad competente.

**b. Caza Comercial**

Es aquella que se practica sobre animales silvestres, con fines de lucro.

**c. Caza Plaguicida**

Es aquella que se realiza con el propósito de controlar especies declaradas plagas o circunstancialmente perjudiciales o dañinas.

**d. Caza Científica**

Se entiende por aquella que se aplica con fines de investigación o para la exhibición zoológica de las piezas cobradas y sin fines de lucro.

Se destaca que toda especie no mencionada expresamente como susceptible de caza en los reglamentos, se considera protegida y por ende su caza prohibida, así como la tenencia y el comercio de ejemplares vivos o de sus productos o despojo.

**6. Especies susceptibles de caza**

El Decreto N° 110/81 y su modificatorio N° 8.996/86, enlista y agrupa en distintas categorías a las especies silvestres susceptibles de caza en la provincia de Buenos Aires. Cabe destacar que toda especie no mencionada expresamente como susceptible de caza es considerada protegida y por ende su caza prohibida así como también la tenencia y el comercio de ejemplares vivos o de sus productos o despojos.

Comprendiendo que el comportamiento poblacional de las especies silvestres y, en particular las nativas, es dinámico y fluctuante a lo largo del tiempo y que son afectadas de forma directa e indirecta tanto por factores naturales como antrópicos, el OPDS, a través de la Dirección Provincial de Recursos Naturales, iniciaron campañas de relevamiento de campo con el objeto de conocer el estado actual de densidades poblacionales de las especies autóctonas de interés cinegético provincial.

A su vez, se advirtió la existencia de especies faunísticas exóticas invasoras, que al momento de la redacción del Decreto Ley N° 110/81 no habían sido consideradas como un problema pero con que con el paso del tiempo se demostró la gran incidencia negativamente tanto en los ecosistemas naturales como urbanos.

Visto la necesidad de actualizar el Decreto 110/81, se mencionan a continuación algunas modificaciones sugeridas por la Dirección Provincial de Recursos Naturales (OPDS) a la Dirección de Flora y Fauna (Ministerio de Agroindustria).

**a. Caza Deportiva Menor**

El OPDS coincidió con la propuesta realizada por la DFF para excluir del listado a la perdiz copetona (*Eudromia elegans*), el pato colorado (*Anas cyanoptera cyanoptera*) y el pato overo (*Anas sibilatrix*), debido a la disminución de sus respectivas densidades poblacionales. También hubo consenso para incluir en el listado a la paloma torcaz (*Zenaida auriculata*), en virtud del incremento

poblacional de la especie y los perjuicios que ocasionan en zonas urbanas y naturales.

#### **b. Caza Deportiva Mayor**

La Dirección de Flora y Fauna propuso incorporar al listado de Caza Mayor y Caza Comercial cinco especies exóticas de mamíferos: el Muflón (*Ovis mussimon*), el Carnero de cuatro cuernos (*Ovis aries*), el Búfalo de agua (*Bubalus bubalis*), la Oveja de cara negra (*Ovis aries*) y el Carnero Dorset (*Ovis aries*).

Ante la falta de conocimiento acerca del estado de situación poblacional actual de estas especies en el territorio bonaerense, la DPRR advirtió que introducir o fomentar el desarrollo de fauna exótica puede provocar consecuencias negativas sobre los ecosistemas a los cuales se los integra.

#### **c. Caza Comercial**

El OPDS coincidió con la propuesta realizada por la DFF sobre las especies nativas, para excluir a la Comadreja overa (*Didelphis azarae*), la Comadreja colorada (*Lutreolina crassicaudata*) y el zorro Zorro gris pampeano (*Pseudalopex gymnocercus*) del listado, debido a su importante rol como regulador natural del ecosistema del pastizal, entre otros importantes roles ecológicos. Cabe destacar que el zorro Zorro gris pampeano si bien no se encontraba formalmente incluido en el listado del Decreto 110/81, su caza era anualmente habilitada por el Ministerio de Agroindustria en virtud de lo contemplado en el artículo N° 4 Decreto N° 1878/73.

#### **d. Caza plaguicida**

En esta modalidad de caza se contemplan dos agrupaciones, por un lado las consideradas “especies Plagas” y por otro las “Especies dañinas o perjudiciales”.

Para las primeras se propuso la exclusión de las siguientes especies: Avutarda de pecho rayado o (*Chloephaga picta dispar*), la Avutarda de pecho blanco (*Chloephaga picta picta*), la Vizcacha (*Lagostomus maximus*), el Loro barranquero (*Cyanoliseus patagonus patagonus*) y el Cuis (*Cavia aperea*). A su vez la DPRRNN, sugirió incorporar la Paloma doméstica (*Columba livia*) y al Jabalí (*Sus scrofa*).

Para el segundo agrupamiento, se sugirió la exclusión del Biguá (*Phalacrocorax brasilianus brasilianus*) y se coincidió con la propuesta elevada por la DFF en agregar a esta categoría a las siguientes especies: Paloma torcaza (*Zenaida auriculata*), Paloma turca (*Patagioenas picazuro*), Paloma montera (*Patagioenas maculosa*), Paloma doméstica (*Columba livia*), Ardilla de vientre rojo (*Callosciurus erythraerus*), Jabalí (*Sus scrofa*), Estornino común (*Sturnus vulgaris*), Estornino moñudo (*Acridortheres cristateellus*), Antilope negro (*Antilope cervicapra*) y Tar del Himalaya (*Hemitargus jemlahicus*).

En este sentido y en coincidencia con la mayoría de las sugerencias efectuadas por el OPDS en relación a las especies nativas, el Ministerio de Agroindustria impulsó la actualización y cambios de agrupación de las especies silvestres enlistadas en el Decreto 110/81, recientemente derogado por el Decreto 279/18 y publicado en el Boletín Oficial, con fecha el 20 de Abril.

## 7. Consideraciones finales

En la provincia de Buenos Aires la fauna nativa susceptible de caza es administrada conjuntamente por la Dirección de Flora y Fauna perteneciente al Ministerio de Agroindustria y por la Dirección Provincial de Recursos Naturales del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, en virtud de la complementariedad de sus misiones y funciones.

Entre las competencias asignadas a cada repartición referida específicamente a la actividad cinegética, es importante resaltar, que le corresponde al Ministerio de Agroindustria por ser la Autoridad de Aplicación del Código Rural, autorizar la caza de las especies nativas presentes en el territorio bonaerense a través de disposiciones emitidas anualmente. También, tiene a su cargo, otorgar los permisos de traslados de productos y subproductos generados por dicha actividad, la emisión de licencias de caza y el ejercicio de poder de policía y fiscalización vinculada a todas las modalidades de caza descriptas, entre otras competencias vinculadas a dicha actividad.

Considerando lo expuesto, resulta importante destacar que cuando una especie es calificada como susceptible de caza, esta determinación no implica la autorización a hacerlo, sino que la habilitación la realiza anualmente el Ministerio de Agroindustria mediante disposiciones.

Por otra parte, es injerencia del OPDS, Autoridad de Aplicación de la Ley N°11.723/95, realizar acciones relacionadas a la conservación, protección y usos sustentable de los ecosistemas naturales, así como también de sus componentes. En consecuencia, la Dirección Provincial de Recursos Naturales, en base a los análisis de los datos obtenidos a campo, la interpretación de las tendencias de densidad poblacional poblacionales de cada especie, entre otros parámetros realiza y remite anualmente informes a la Dirección de Flora y Fauna del Ministerio de Agroindustria, sugiriendo cupos de caza, tamaño de cueros, periodos de caza y zonas de veda, entre otras medidas de conservación.

Finalmente, es importante señalar que el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible posee competencias directas sobre las especies nativas susceptibles de caza, y ha sugerido ajustes en cuanto a la disminución de los cupos de captura, aumento de la talla de cueros y ampliar las zonas de vedas entre otras medidas de tendientes a la conservación y uso sustentable del recurso.

## 8. Referencias

- Pastorino, Leonardo. 2011. *Derecho agrario argentino*. 2da. edición actualizada. AbeledoPerrot. Buenos Aires.
- Shine C.; Williams N. y Gündling, L. 2000. Guía para la elaboración de marcos jurídicos e institucionales relativos a las especies exóticas invasoras, 162 pp. Gland, Suiza, Cambridge y Bonn.
- Wittemberg, R. and Cock, M. (eds). 2001. *Invasive Alien Species: A Toolkit of Best Prevention and Management Practices*. CAB International, Wallingford, Oxon,





# “Formas de paisajes y sus definiciones”

María Cristina Romero<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

Mail de contacto: [romecri@yahoo.com.ar](mailto:romecri@yahoo.com.ar)

---

## RESUMEN

En el presente trabajo se realizará una explicación de las diferentes definiciones de paisaje abordándolo tanto desde un punto de vista sociocultural cuanto natural. En lo referente al paisaje natural se realizará una breve descripción de las distintas etapas de su estudio y su finalidad. Luego se abordará la cuestión de la ecología del paisaje para finalizar con una breve referencia a la ley provincial de Paisaje Protegido.

**Palabras clave:** Paisaje – Paisajismo – Paisaje natural – Paisaje cultural – Paisaje protegido

---

## ABSTRACT

In this paper we will report about different landscape's definitions, dealing it not only from a natural point of view but a sociocultural one as well. With regard natural landscape, it will be done a brief description of its examination steps and its targets. Later, we will explain what landscape ecology is; and, finally, we will do a short reference about provincial landscape protection law.

**Keywords:** Landscape — Landscaping - Natural landscape – Cultural landscape – Protected landscape

---

### 1. Introducción

Hay vocablos cuya definición no resulta fácil ni unívoca. Algunas veces esos vocablos, según quién lo requiera, tienen significados diferentes, desde lo conceptual hasta lo epistemológico. En particular aquellos que son frecuentes en las llamadas ciencias sociales.

Una de las razones por las que resulta difícil asignar una definición a un determinado vocablo es justamente esto que se señala más arriba, pertenecen a ciencias o disciplinas diferentes.

Cuando hablamos de paisaje, ambiente, entorno, pueden aparecer como sinónimos de algo que pretendemos ejemplificar; pero antes debemos advertir, para quien está destinado el significado que estamos buscando darle.

Contamos con diferentes definiciones de paisaje, las mismas relacionadas a diferentes disciplinas, que van desde la geomorfología, la arqueología, la antropología, la historia o la sociología hasta la geografía y la ecología.

Pero en primera instancia podemos considerar el término paisajismo, como la actividad directamente relacionada con la jardinería y que se remonta a la antigüedad, donde diferentes culturas realizaron trabajos para embellecer a sus templos, plazas y demás emprendimientos arquitectónicos de la época,

utilizando, diferentes tipos vegetales, como por ejemplo los Jardines de Babilonia en 600 a.C.

En esta exposición a los fines prácticos, se realizará una división, explicando los diferentes paisajes de acuerdo a sus diferentes disciplinas: una orientada a lo sociocultural y la otra a lo natural.

Seguidamente se plantea este tema por la falta de protección de los ambientes o paisajes naturales, en especial aquellos que no pueden ser protegidos como parques y reserva naturales tanto nacionales, provinciales o municipales, ya que las mismas protegen rasgos muy específicos.

En la actualidad se observan paisajes presionados negativamente por el cambio de uso del suelo, por actividades humanas, la urbanización o la actividad agrícola-ganadera.

Para tal fin, en la Provincia de Buenos Aires se sancionó la Ley 12.704 de Paisaje Protegido de Interés provincial y de Paisaje Verde de Interés Provincial.

## **2. Diferentes formas de paisaje**

Podríamos definir al paisaje como un instante visual, inscripto dentro de un proceso; tanto el llamado paisaje natural como el familiarmente conocido como cultural.

Con carácter previo a la explicación de las distintas definiciones de paisaje, definiremos que es el paisajismo: actividad destinada a modificar las características visibles, físicas y anímicas de un espacio, tanto rural como urbano, entre las que se incluyen los elementos vivos, tales como flora y fauna, lo que habitualmente se denomina jardinería, el arte de cultivar plantas con el propósito de crear un bello entorno paisajístico; los elementos naturales como las formas del terreno, las elevaciones o los cauces de agua; los elementos humanos, como estructuras, edificios u otros objetos materiales creados por el hombre; los elementos abstractos, como las condiciones climáticas y luminosas; y los elementos culturales.

Paisaje deriva etimológicamente del francés *pays* (país), que refiere a un territorio formado por diferentes regiones, y del sufijo "aje" que le confiere acción al término. Paisajismo refiere a la acción de hacer país, al sentido de pertenencia, a la identidad de los habitantes conferido por el entorno del que provienen. Pero desde la corriente del arte con el mismo nombre, el paisajismo no sólo recurre a lo visual sino a la multidimensionalidad del mismo: alto, ancho, profundidad y tiempo.

El paisajismo es tanto arte como ciencia y requiere buenas dotes de observación y habilidades de diseño, así como planificación, creatividad, organización e imaginación. También puede definirse como un proceso racional por el cual el hombre utiliza la naturaleza como herramienta para expresarse, al mismo tiempo que obtiene diversos beneficios. Se trata de un concepto que engloba en pequeñas proporciones partes de múltiples disciplinas tales como

agronomía, arquitectura, sociología, ecología, arte, etc., para tratar los espacios teniendo en cuenta tanto el volumen de éste como el factor tiempo; ya que se trabaja con seres vivos y estos tienen procesos.

Este concepto fue y es ejercido por famosos paisajistas como André Le Notre (Francia), Carlos Thays (Francia-Argentina), Martha Schwartz (Inglaterra) y muchos más.

Como ya lo hemos dicho, se llama paisaje a todo lo que ingresa al campo visual de una persona, al posicionarse desde cierto lugar. Las diversas disciplinas han abordado el concepto de paisaje desde distintos lugares, por lo que surgen clasificaciones de paisaje muy variadas, dependiendo del criterio elegido para este análisis.

### **3. Punto de vista socio-cultural**

La Arqueología del paisaje se encarga de conocer las relaciones entre los seres humanos y el medio ambiente en el que vivieron en el pasado: cómo explotaban los recursos a su alrededor, cómo se organizaban, cómo desarrollaron su actividad en base a su entorno y cómo éste (el entorno) influyó en su desarrollo como grupo y sociedad. Por eso el Patrimonio Natural forma parte del Patrimonio Cultural

En este sentido, se entiende el paisaje a musealizar como cualquier parte del territorio tal y como lo percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y de la interacción de los factores naturales y humanos (conf. a la Convención Europea del Paisaje, Florencia, 2000).

La Geografía es la ciencia encargada del estudio de la superficie terrestre, es decir, tiene como fin localizar, describir, explicar y comparar los distintos paisajes terrestres resultantes de la combinación de factores físicos y las actividades humanas. En este sentido, el paisaje geográfico es una porción de la superficie terrestre que tiene características propias. Para poder determinar estas diferencias se toman en consideración los numerosos elementos que lo constituyen: así, los que se deben exclusivamente a la naturaleza forman el paisaje natural, como el relieve, aguas, clima, suelo, minerales, vegetación y la vida animal; mientras que los que tienen su origen en la intervención del hombre, forman el paisaje cultural. Esto porque el poblamiento modifica de manera determinante el paisaje natural. La fabricación de viviendas, industrias y caminos, la cría de animales o el cultivo de la tierra, involucran cambios prácticamente definitivos en el entorno natural.

Por paisaje urbano histórico se entiende la zona urbana resultante de una estratificación histórica de valores y atributos culturales y naturales; lo que trasciende la noción de “conjunto” o “centro histórico” para abarcar el contexto urbano general y su entorno geográfico. (Recomendación sobre el paisaje urbano histórico, con inclusión de un glosario de definiciones, UNESCO 2011).

El paisaje urbano es el que representa las capacidades, intereses y creencias de un determinado complejo social, en un momento medianamente preciso de su

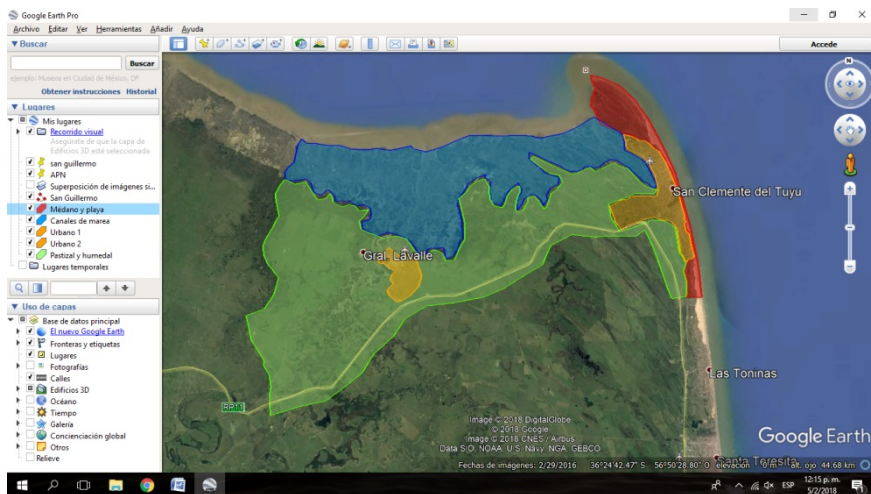
devenir histórico. Por obligadas circunstancias combina arte, arquitectura y naturaleza, no necesariamente de manera armónica.

Los paisajes rurales aparecen en las zonas dedicadas a la agricultura, a la ganadería, a las actividades extractivas, pero también en las zonas de residencia clasificadas como rurales (es decir, con una cantidad de habitantes por debajo de cierta cifra). Por esta razón, algunos consideran más sensato definir el paisaje agrario. Este representaría el resultado del cruce de las actividades antes mencionadas con el espacio natural en el que se realizan. Está compuesto por dos partes: las parcelas (fracciones de suelo divididos en lotes de diferente extensión, en donde tiene lugar la actividad rural), y el hábitat rural, es decir, el espacio en el que se encuentran las viviendas.

#### **4. Punto de vista natural**

Los paisajes naturales tienen nula intervención del ser humano. Son territorios conocidos y explorados, pero que no han sido trabajados ni explotados. Muchas veces, por este carácter de natural, adquieren según las reglamentaciones vigentes carácter de "reserva natural", y por tanto, pasarán a ser "espacios protegidos".

De igual forma si se quiere estudiar un paisaje natural o un paisaje desde el punto de vista antropocéntrico, debemos comenzar con la Geo-ecología del paisaje, que concibe al paisaje como un "todo", desde una concepción antropo-natural. Hereda el legado de la Geografía Física Compleja bajo diferentes denominaciones (paisaje integrado, geo-ecología, geografía del paisaje, etc.). Realiza un análisis integrado del paisaje, utilizando fuertemente herramientas de campo, teledetección y Sistema de Información Geográfico (SIG). Dentro de este enfoque se incluye la cartografía de los paisajes y la Geografía Cultural del Paisaje, que considera al paisaje como escena. Investiga la cuenca visual y los sentimientos que el paisaje provoca, incluyendo su dimensión histórica.



En esta imagen satelital de la Bahía de Samborombon, Provincia de Buenos Aires, que antecede, podemos observar a nivel de paisaje y a nivel de unidades, con diferentes colores, diferentes ambientes.

El estudio de los paisajes comprende cuatro fases. En la primera, fase de análisis, se identifican y estudian cada uno de los elementos que lo integran: los componentes abiótico, biótico y cultural. La interacción de todos estos componentes le da el carácter al paisaje, cargando de significado partes de él y diferenciándolo de cualquier otro. En esta etapa, la obtención de información de campo y de fuentes documentales se complementa con la utilización de información proveniente de los sensores remotos que posibilitan distinguir e interpretar la textura de los paisajes. Se rescatan aquí técnicas de interpretación visual de imágenes. En una segunda fase, se efectúa el diagnóstico del paisaje: se delimitan unidades de paisaje y se evalúan sus propiedades y su estado en relación con las actividades humanas (Mateo Rodríguez, 1998). Se identifican los impactos que alteran su calidad ambiental o visual y se estudian las medidas para corregir, mitigar o compensar dichos impactos. También se evalúan posibles alteraciones en relación a usos potenciales. En la tercera etapa, fase de pronóstico, se establece una posible predicción de la evolución del paisaje en función de determinadas condiciones de uso. La misma permitirá orientar las actuaciones actuales y futuras de una sociedad. Y en la última etapa, se realizan propuestas técnicas para la prevención de impactos.

## 5. Ecología del Paisaje

Estudia amplias zonas tales como paisajes, regiones o el área que se puede ver desde la ventanilla de un avión o en una fotografía aérea; es decir, mosaicos territoriales. Trabaja a la escala espacial más idónea para una planificación eficaz. Integra explícitamente naturaleza y población.

Los objetivos ambientales son importantes en sí mismos, pero hay que tener en cuenta que los sistemas naturales soportan usos humanos. Es importante resaltar los valores naturales y, además, señalar los usos que hacen los seres humanos de ellos. Sus principios son aplicables a cualquier paisaje, desde el urbano, al desértico o al selvático. (Forman y Godron, 1986).

La ecología del paisaje estudia las interacciones entre los aspectos temporales y espaciales del paisaje y sus componentes de flora, fauna y culturales. Se centra en:

Las relaciones espaciales entre elementos del paisaje o ecosistemas.

Los flujos de energía, nutrientes minerales y especies entre los elementos.

La dinámica ecológica del mosaico paisajístico a lo largo del tiempo.

El paisaje está formado por tres componentes principales:

-Estructura: organización espacial de los elementos o usos del territorio (matriz-mancha-corredor).

-Función: movimiento o flujo de agua, materias, fauna o personas a través de la estructura.

-Cambio: dinámica o transformación del modelo a lo largo del tiempo.

El mosaico territorial se compone de sólo tres tipos de elementos:

-Matriz o trama

-Manchas

-Corredores

Este modelo matriz-mancha-corredor controla fuertemente todos los movimientos, flujos y cambios de los sistemas naturales y de la población. La Ecología del Paisaje observa los cambios en las propiedades de estos tres elementos y sus efectos sobre el ecosistema. La conectividad del paisaje es importante para la movilidad de la fauna y otras especies, el movimiento de la población y, en algunos casos, para los excursionistas.

## 6. Ley 12.704 de la Provincia de Buenos Aires

Como se expuso en la introducción esta figura legal –el Paisaje Protegido– surge para aquellos ambientes naturales que no pueden incorporarse en la Ley 10.907 de “Reservas y Parques Naturales”.

Según la Ley 12.704, cumple con la finalidad de proteger ambientes naturales conformados por especies exóticas y nativas de flora y fauna, aunque en ellas haya existido una importante intervención del hombre, siempre que alberguen un importante valor escénico, científico, sociocultural y ecológico. Estos ambientes deberán poseer una extensión y funcionalidad que sean representativos de sitios

donde se asegure la interacción del hombre con el ambiente, valorizando las características mencionadas (Artículo 2).

Se trata de espacios que aún tienen mucho de natural, pero donde existe una antropización positiva. Esta categoría es adaptable a los agroecosistemas y paisajes agrarios o a casos como el de Cariló, donde la sociedad se ha fijado unos límites en el modelo de desarrollo turístico-urbano apuntando a unos objetivos primordiales de conservación.

Justamente por tratarse de una construcción social, el modelo de "Paisaje" no puede ser congelado según como se ha concebido en un tiempo determinado. Por el contrario, evoluciona con los valores de las sociedades en cada tiempo.

No se puede gestionar un paisaje protegido con el mismo criterio preservacionista con que se lo hace para una reserva natural estricta. De allí la sabia disposición de la Ley 12.099, que declara el Paisaje Protegido Cariló, que impone, además de un Estudio de Impacto Ambiental, que en su "procedimiento deberá prever que, con posterioridad a la producción de la evaluación del impacto ambiental y antes que se otorgue la autorización definitiva, todo vecino de Pinamar tenga durante un tiempo prudencial la posibilidad de tomar vista de las actuaciones y formular objeciones al respecto" (Artículo 6)

A partir de este antecedente en la ley objeto de nuestro análisis se incorpora como prioridad, es más, se obliga, a realizar una Evaluación de Impacto Ambiental cuando se realice una obra o actividad que produzca efectos negativos en el paisaje (Artículo 7).

Como ya adelantamos, se incorpora una nueva categoría de protección que es el "Espacio Verde" y que se define como "aquellas áreas urbanas o periurbanas que constituyen espacios abiertos, forestados o no, con fines ambientales, educativos, recreativos, urbanísticos y/o ecoturísticos" (Artículo 3).

Para que estas áreas sean declaradas como tales se deberá contar con un estudio ambiental avalado por un profesional competente; y, además, se deberá cumplir con los siguientes requisitos: un informe catastral, descripción del área de las comunidades biológicas naturales e implantadas, descripción de las actividades antrópicas, objetivos y fines perseguidos y opinión y evaluación técnico-ambiental de la autoridad de aplicación.

Las autoridades municipales establecerán las normas correspondientes a su jurisdicción y competencia. Las autoridades provinciales incumbentes brindarán el asesoramiento técnico para realizar los planes de manejo de conservación. Y en aquellos casos en que el área sea de dominio privado se deberá establecer un plan de manejo consensuado con el propietario y la autoridad de aplicación.

En el caso que el ambiente sea compartido jurisdiccionalmente por dos o más municipios, los mismos podrán celebrar acuerdos para establecer formas de gestión coordinadas para su operatividad.

Como ya dijimos, para la realización de una obra o actividad pública o privada que produzca efectos negativos al ambiente o modificación del paisaje, se



deberá presentar una Evaluación de Impacto Ambiental, la que deberá ser aprobada por la autoridad de aplicación competente. Asimismo, se tendrán en cuenta, entre otras actividades, loteos y división de la tierra, uso extractivo del suelo, obras hidráulicas y contaminación de los recursos naturales.

Se creará el Registro de Paisaje Protegido y Espacio Verde de Interés Provincial. Y en la reglamentación se definirán las condiciones del Paisaje o Espacio Verde Protegido.

Por otra parte, se aplicará el Código de Faltas Municipales y las sanciones previstas en la Ley 11.723 en caso de no cumplirse con lo previsto en la Ley comentada.

A posteriori de la sanción de la Ley 12.704 fueron declarados:

Paisaje Protegido de Interés Provincial la “Cuenca del Río Quequén – Salado” en los Partidos de Adolfo González Chávez y Coronel Pringles, por Ley 12.707 (B.O. 28/06/01)

Paisaje Protegido de Interés Provincial el “Monte Ribereño Isla Paulino - Isla Santiago”, en los Partidos de Berisso y Ensenada, por Ley 12.756 (B.O. 5/10/001)

Paisaje Protegido de Interés Provincial el área “Reserva Parque - Paseo del Bosque”, en el Partido de La Plata, por Ley 13.593 (B.O. 17/1/07)

Paisaje Protegido de Interés Provincial el área “La Poligonal”, en el Partido de Tandil, por Ley 14.126 (B.O. 15/4/2010)

Paisaje Protegido de Interés Provincial “Micro Albufera de Reta”, en el Partido de Tres Arroyos, por Ley 14.482 (B.O. 25/2/13).

## **7. Referencias**

Forman, Richard T. T. y Godron, Michel. 1986. *Landscape ecology*. John Wiley & Sons, New York.

Mateo Rodríguez, José. 1998. *La ciencia del paisaje a la luz del paradigma ambiental*, en *Cadernos de geografía*, Vol 8, 10, pp. 63-68. Belo Horizonte.

# “Paisaje: Las formas de su regulación jurídica”

Liliana Zendri<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, calle 48 e/ 6 y 7, La Plata,

Buenos Aires, Argentina

Contacto: [lilianazendri@hotmail.com](mailto:lilianazendri@hotmail.com)

---

## RESUMEN

Atendemos una de las formas de regulación del paisaje y de las categorías jurídicas de bienes donde puede insertar. La dispersión de normas para regularlo a partir de la falta de concepto unívoco trae planteos sobre la forma de tutela y en consecuencia la necesidad de establecer su categoría para la mejor gestión y práctica de políticas públicas. Tratamos someramente la falta de unicidad que apoya en conjunción de variados elementos (materiales, inmateriales, ambientales y culturales) de su noción, analizando desde una de las posturas existentes: la que incluye al paisaje en la concepción del patrimonio ambiental cultural, mostrando la importancia de su defensa y de salvaguardar el paisaje como parte de ese patrimonio en la sub categoría patrimonio urbano, que creemos concentra manifestaciones que configuran la identidad de una ciudad, en la que cabe una forma del paisaje, con ejemplo en dos casos de protección uno al patrimonio edificado y otro que asocia al valor que la sociedad, mostrando el llamado Derecho al Paisaje.

**Palabras claves:** Paisaje - patrimonio ambiental cultural – regulación - herramientas de tutela.

---

## ABSTRACT

We take care of one of the ways of regulating the landscape and the legal categories of goods where you can insert. The dispersion of norms to regulate it from the lack of univocal concept brings up questions about the form of guardianship and consequently the need to establish its category for the best management or to put into practice public policies. We try briefly the lack of uniqueness that supports in conjunction of various elements (material, immaterial, environmental and cultural) of their notion, analyzing from one of the existing positions: the one that includes landscape in the conception of cultural environmental heritage, showing the importance of its defense and to safeguard the landscape as part of that heritage in the urban heritage subcategory, which we believe concentrates manifestations that shape the identity of a city, in which fits a form of the landscape, with example in two cases of protection one to the built heritage and another that associates the value that society, showing the so-called Right to Landscape.

**Keywords:** Landscape - cultural environmental heritage – regulation - tutelage tools.

---

## 1. Introducción

La realidad muestra que existen fenómenos que no enmarcan en categorías tradicionales existentes, así el paisaje, de ahí que lo analicemos visto como obra conjunta del hombre y la naturaleza, concepto de UNESCO en la Convención para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural ( adoptada 16/11/1972, ratif. L. 21836, también llamada Convención del 72 o Conv. de París), aunque su regulación con especificidad, incluye los paisajes culturales en las "Directrices para la Aplicación de la Convención de 1972 (Paris 2008).

Antes de esos instrumentos, las normas del paisaje estaban dispersas en la regulación sobre asentamientos urbanos, recursos naturales y en la protección del patrimonio cultural y natural, dispersión la que abrió a planteos sobre la forma de tutela y la importancia de establecer la categoría jurídica, de donde fundan diferentes maneras de gestionar y la necesidad de poner en práctica políticas (incluso legislativas) al respecto.

Al complejo panorama, se agrega la insuficiencia de la categoría clásica de bienes públicos y privados, la *res communi*, la dificultad ontológica, la insuficiencia de herramientas para la regulación de su uso y disfrute, la falta de una noción única y definitiva de paisaje por la conjunción de variados tipos de elementos (materiales, inmateriales, etc.) incluidos en ese concepto.

## 2. Concepto de paisaje. Inclusión en la concepción del patrimonio cultural (PC)

Una de las posturas, es la que entiende que el paisaje se incluye en la concepción del PC, de ahí atenderlo en los bienes ambientales-culturales, con eje en la preponderancia de la obra del hombre sobre la naturaleza para exhibir su necesidad de tutela.

No hacemos desarrollo integral de la concepción y su evolución en lo jurídico, sino que sólo ponemos acento en la característica que los ubica en la encrucijada de los bienes públicos y privados, y la clasificación de bienes comunes y colectivos, que vemos importante y de ahí la conveniencia de construir una noción jurídica precisa.

En el patrimonio cultural está el urbano que concentra una totalidad de manifestaciones (tangibles e intangibles) que conforman la identidad de una ciudad, donde entendemos una de sus formas, es el paisaje. Esa categoría de PC se nutre de bienes con la peculiaridad de que sean públicos o privados. Ello cede frente al derecho al uso porque tienen "disfrute compartido" lo que traduce en la aplicación del C. Civil y restricciones del derecho administrativo. El patrimonio urbano es una categoría del patrimonio cultural, siempre objeto de "frucción colectiva" que habilita separar la cosa en sí, de aquella sobre la que asienta; se pretende su preservación y en consecuencia, la necesidad de restringir al mismo titular para el uso y goce de bienes que "son de todos", conciliando los intereses particulares con el deber de conservar hitos de la comunidad y del sitio de

localización (cuestión que quedó en el art. 41 CN y en 2do párr., del art. 44 de Constitución de Prov. B.A), por esto ubicamos paisaje en esta categoría.

Se entiende al paisaje contenedor de todas las actividades del hombre y se define como producto de la interacción entre el hombre y su medio.

Como vemos es un objeto de gran complejidad y relatividad histórica para su estudio, intervención y regulación.

En su regulación, hay que distinguir bienes, por un lado, y la consagración de un "derecho a ellos", por otro, porque Argentina positivizó el derecho al patrimonio cultural en su máxima grada normativa, tratando conjuntamente el natural y cultural (en sus diversas categorías), donde lista el urbano y el paisaje habilitado la idea de derecho al paisaje y a la ciudad.

Es de aclarar respecto al patrimonio y sus categorías, que aunque se usa patrimonio cultural, histórico-cultural, construido (edificado) y urbano como si fueran sinónimos sin serlo, usaremos la primera acepción, por ser más comprensiva y además la impuesta por organismos internacionales dejando "urbano" como una de sus sub-categorías; asimismo, que respecto a los bienes que incluye la noción, es también variable y cada país define jurídicamente el campo de protección de los suyos, aunque en cuanto a la evolución de regulación como objeto específico, ello lleva al ámbito supranacional porque debe su gestación y desarrollo al esfuerzo normativo internacional, con hito en la Convención de París, que establece independiente de su localización y especificidad que se nutre de variados elementos que son símbolo de valores universales a preservar.

Así, su tutela, que inicia en el constitucionalismo europeo (Italia) donde la protección, conservación y libre accesibilidad del ciudadano a los bienes culturales se convierte en valor-guía de las constituciones signatarias, trasmite a las de América Latina y a la nuestra, en la reforma del 94.

Para nuestra norma fundamental, la noción de patrimonio cultural alcanza a monumentos, edificios de relevancia, barrios con singularidad, reservas naturales, áreas de conservación, etc., pero también otros bienes que forman una geografía construida que pertenece a la comunidad: son bienes tangibles, intangibles que revisten interés artístico, paisajístico, etc., cuya identidad expresa en ellos. De ahí que se deba ver siempre lo que cada Estado y sociedad considera identitario (en Argentina numerosos bienes integran el PC, especialmente la L.25197 que crea el Registro del Patrimonio Cultural de la Nación; en su art.2 tiene un catálogo de los mismos), de donde viene que deba atender el universo normativo específico (constitucional y legislativo) de cada ámbito, junto a reglas generales, porque en estos bienes (de particulares, instituciones, Nación o Provincias) subyace la idea de resguardar un patrimonio común y traduce en la necesidad de armonizar con normas de fondo, el régimen provincial, municipal, decretos y declaraciones.

Responde a la concepción de lo ambiental atento que ambos (patrimonio natural y cultural) se ubican en la misma norma, resaltando que la norma contempla el derecho al patrimonio ambiental y cultural, dentro de los llamados derechos colectivos o de incidencia colectiva. En referencia amplia, ahí se ubican las asociaciones (ONG) que ejerzan representación de vecinos, usuarios y consumidores; el derecho a la participación de la ciudadanía, al ambiente, a la utilización racional de recursos, al patrimonio natural y cultural (consagrando la acción de amparo -art. 43 CN- en su defensa). Son derechos con rasgos comunes: conllevan - además de la titularidad individual- una dimensión colectiva; ubican en la encrucijada entre el derecho público y el privado; y, vinculan siempre con otros como el derecho a la calidad de vida, al desarrollo, a la propiedad, a la tutela judicial efectiva, a la reparación del daño, al paisaje etc. Su "naturaleza de incidencia colectiva" equivale a que el Estado asume por ellos una obligación universal, por eso, al derecho al ambiente consagró el derecho al patrimonio cultural en sus diversas categorías por un lado, y por otro, al derecho al uso y disfrute; donde en su catálogo ubica el urbano por cuya vía cabe atender el derecho al paisaje y aún el derecho a la ciudad.

El vocablo ambiente usado por la Constitución no circunscribe al entorno físico y elementos naturales sino que añade lo que crea el hombre, que posibilita su vida y desarrollo, donde ubica el patrimonio cultural y sus categorías, mostrando que la cuestión superó los derechos subjetivos para extender a un derecho humano fundamental. O sea, la protección del paisaje como elemento del PC no puede desprenderse de la tutela del ambiente, porque este se satisface en los recursos naturales y la preservación de los culturales, donde incluye paisaje.

Su análisis obliga a considerar el fenómeno en contorno porque el hombre construye su ambiente integrando producciones en un hábitat asociado a su identidad, su paisaje, que vincula asimismo al Desarrollo del sitio, al importar este, una idea de progresión de las condiciones de vida que plasmó en el texto constitucional como un modelo de Desarrollo donde confluye la variante ambiental y la importancia de preservar sus elementos, por eso en Argentina la reforma incorporó el derecho, imponiendo a las autoridades, la obligación de protección.

### **3. El paisaje y las formas de protección**

En el derecho hay imposibilidad de un concepto único de paisaje visto que el Patrimonio Cultural alude a bienes, tanto materiales como inmateriales, asociados además a la tradición cultural, donde destaca además de lo edificado, el paisaje natural y cultural.

De ahí, la importancia de su protección, ya que cuando determinado bien ingresa al ámbito de tutela internacional, habrá que ver previamente las medidas puesta en práctica en su localización. Es en la Lista Mundial, donde resalta lo que cada lugar estima bien patrimonial, que en correlato trae el criterio para

elaborar/ejecutar la política de preservación del Estado, podemos hacer referencia al Prof. Reca (2002), al señalar la disparidad de criterios existentes y cómo “la revalorización del patrimonio, forma parte de las políticas que definen un proyecto de país”.

#### **4. Evolución de la noción. Concepciones e instrumentos**

El paisaje se asocia a la noción de territorio, con trayectoria en la Geografía y mucho después vincula a los paisajes culturales. Existen así diversas concepciones de paisaje, unas lo reducen a la noción de naturaleza (Geografía Ambiental) y otras al nexo entre lo cultural y natural. Aunque lo cierto es que la noción fue receptada por otras ciencias (antropología, etnología, historia, ecología -de esta emergiendo la rama “ecología del paisaje” dedicada al estudio de la temática-) con las cuales, la concepción se enriquece en una noción transformada por la cultura.

Esto recién impactó en el Derecho después, con las alteraciones que produjo la urbanización, cambios de uso del suelo, etc., poniendo eje especialmente en el campo del Derecho ambiental. Es que al paisaje como elemento del ambiente le corresponde extenderle los instrumentos jurídicos de ese derecho, aunque para definirlo, haya variadas formas por los campos concurrentes (Planeamiento Territorial, Urbanismo, Ecología de Paisajes, Ecología Urbana, Diseño Urbano) que son disciplinas asociadas que llevan a que no exista una definición única. Es que el paisaje, facilita un diálogo con los demás campos, pues todos dirigen a la calidad de vida y a la participación del hombre en la ciudadanía, por eso, se define como imagen cultural.

Es una manera particular de representación que estructura y simboliza el entorno vivencial; su lectura actual, lo muestra en referencias donde el espacio, el tiempo, la sociedad y la cultura definen la ciudad donde se enclava.

Su evolución en el Derecho muestra que un fundamento para la protección jurídica de la naturaleza fue la concepción estética (de las primeras normas de protección paisajísticas sectoriales, normas de creación de parques nacionales, reservas naturales, etc., y aún en primeras reglas de biodiversidad o de desarrollo sustentable), concepción que separaba los paisajes naturales de los culturales y fue reemplazada por una integradora que entiende al paisaje, compuesto por elementos naturales y culturales, que hizo decir a Lorenzetti (2009) que “el paisaje es a la vez un bien natural y cultural...” y a Prieur (1998) que “es la ilustración perfecta de la unión en torno de un patrimonio a la vez natural y cultural”.

La doctrina entiende al paisaje compuesto por un conjunto de elementos naturales y artificiales, que deben ser tratados en forma integrada y completa mostrando que su conceptualización en el Derecho pasó de la idea objetiva y singular a la subjetiva y social. Antes se protegía al territorio con características excepcionales -histórico, natural o estético-, idea de las definiciones: “de gran valor estético o natural”, de “interés singular por motivos históricos”, “paisajes

pintorescos", y es la que sustenta normas sobre lugares y monumentos históricos, la Convención del 72 y el Convenio de Washington para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas de América, que en Preámbulo menciona el proteger y conservar paisajes de "incomparable belleza" (concepción estática). En los últimos años en cambio, se tiende a un concepto en perspectiva subjetiva y social, que supone al paisaje no sólo implica sus aspectos físicos, sino también de la percepción que la comunidad tiene de él, conforme bases identitarias.

En consecuencia, el paisaje cobra interés también para el Derecho, por la relación entre el individuo y el territorio (sea por la capacidad gratificante, sea por el valor que trae el colectivo asociado a él, etc.), de donde parte la importancia de los valores de la población al calificar un paisaje y hace considerar lo percibido y la valoración, que varía por el componente físico (estático y objetivo) y por el simbólico que asocia a la interpretación que cada sitio hace de sus bienes en general y de su paisaje, en particular, concepción que se plasma en el "Convenio Europeo del Paisaje" (Florescia 2002) al reconocerle valor complejo y la necesidad de cada comunidad de entablar una relación sensible con el territorio y beneficiarse de él, lo que trajo que todo paisaje pueda ser objeto de tutela para su identificación y gestión y en consecuencia requiere regulación.

Se considera al paisaje como "cualquier parte del territorio...que percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos", así en su Preámbulo dice: "es un elemento importante de la calidad de vida de las poblaciones sea en los medios urbanos y rurales, en las zonas degradadas y/o en las de gran calidad, en los espacios de reconocida belleza excepcional y en los más cotidianos". Esto debe verse en sintonía con el examen de Pastorino sobre "ambiente y paisaje en el modelo de Derecho Italiano" (2005) donde explica la posición de Giannini al decir que "desde las ciencias jurídicas y políticas, los bienes ambientales constituyen un grupo heterogéneo en cuanto están regulados por distintas normas, inspiradas en órdenes conceptuales diversos..." sin unidad de régimen jurídico pero con semejanzas que provienen del sistema organizado a partir de una obligación de conservación de la sustancia del bien", y con acento en la definición de la Comisión Franceschini señala evidente relación ambiente-paisaje.

Es que según la configuración material e inmaterial del paisaje, puede encuadrar en la categoría de bienes colectivos, porque la combinación de elementos naturales y culturales, las modificaciones del entorno por el hombre y la simbolización del mismo, hacen imposible hablar estrictamente de bien público o privado. Puede estar en propiedad privada, pero existe un "interés de la comunidad", que implica gravarla con lo que algunos llaman "función ambiental" u otros "frucción colectiva", haciendo válido lo dicho sobre la función a cumplir como elementos del patrimonio identitario del sitio.

Finalmente, hay que considerar la clasificación del interés: privado, público y colectivo, según corresponda al del particular (recae sobre bienes privados), al

Estado (bienes de dominio público), y a la comunidad (bienes públicos, privados o colectivos) muestra que la comunidad puede tener interés de preservación de bienes que jurídicamente estén en esfera pública, privada o colectiva, fundando una de las soluciones jurídicas a los bienes colectivos: la noción de patrimonio común que refiere a bienes a preservar por motivos del valor social.

### **5. Paisaje como patrimonio común en marco del PC urbano**

Visto que la noción misma de PC no es inmutable sino construida por la sociedad haciendo que cada ordenamiento fije lo que estima digno de tutela, se ensancho el concepto hasta la concepción actual que habla de lo urbano como categoría diferenciada, atendiendo el patrimonio común de la ciudad y contando para su tutela con un complejo de herramientas jurídicas propias del Derecho Urbanístico (ley de Suelos etc.) y las del Derecho Ambiental.

Por esta razón al analizar ambiente, se propone "...pensar un instrumento procesal idóneo para poder oír, dentro de los potenciales legitimados, a todos aquellos que quieran participar, sea para opinar sobre cómo tutelar el bien, sea para plantear sus propios intereses en cuanto a la gestión del mismo, sea para ofrecer prueba o impulsar el proceso" (Pastorino, 2005), lo que creemos podría aplicarse a la categoría que traemos, visto que incluye no sólo bienes muebles e inmuebles del patrimonio edificado sino también el paisaje y las formas de la ciudad.

Además de documentos locales relevantes, la normativa internacional atiende al paisaje como componente dando distintas definiciones aunque algunas instalan lo urbano como objeto de tutela sea como conjunto o como entorno a conservar. Entre otros, lo hace la Carta para la Conservación de Poblaciones y Áreas Urbanas Históricas, al decir que "los valores a conservar son el carácter histórico de la población o del área urbana y todos aquellos elementos materiales y espirituales que determinan su imagen", entendiendo por tal, la forma y distribución urbana, sus edificios y el paisaje, con herramientas de tutela, desarrolladas y aplicadas en las ciudades, siendo algunas de planificación urbana (desarrollada por el derecho urbanístico) y otras pensadas para tutela de bienes de interés colectivo. Resalta así, la "imagen" de ciudad, enunciada en documento internacional que ubica la concepción de paisaje en el "Derecho de la Ciudad y a la Ciudad", que además pretendió un texto para ciudades para satisfacer necesidades de los ciudadanos de donde surge proteger al bien como tal (aunque sea una ciudad) y su entorno, sea un área urbana, su paisaje etc.

Lo cierto es que para construir un concepto de patrimonio cultural urbano hay que estar a la legislación local (sin perjuicio de las normas internacionales adoptadas por nuestro país) y a la existencia de un deber del Estado de tutelar a fin de garantizar acceso, uso y disfrute del mismo por los habitantes, de manera que aún cuando pueda sostenerse que la ciudad, no es un bien per se, se observa que las ordenanzas de planeamiento urbano, códigos urbanos, etc., exponen el



interés de preservación de la ciudad y su paisaje, por eso se entiende como categoría diferenciada, constituida por un conjunto de bienes (naturales y culturales) que presentan notable interés para la comunidad y en los que manifiesta la identidad, conformada por inmuebles (edificios y obras arquitectónicas), la forma urbana, el arbolado urbano, la distribución del espacio público, y el paisaje, como categoría que incluye la influencia del hombre en el entorno.

Dos casos aportan a lo dicho. El primero de ellos respecto el derecho al patrimonio urbano (Caso Mammoni de La Plata, sentencia de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo de La Plata del 14/4/15) donde un cambio de normativa local (COU) hace reflexionar sobre el derecho a la ciudad. La reforma al Código de Ordenamiento Urbano (COU) autorizaba realizar obras linderas a un Palacio catalogado, y la judicatura dio protección ya que el inmueble y su entorno estaba catalogado (Ord. 5338/82, I, Disp. 75, 38) con "Protección Integral", resolviéndose que una obra lindera alteraría la homogeneidad de la zona además de la belleza del bien. Dejó explícito que la tutela a bienes incumbe al Estado y la comunidad, y que el derecho al patrimonio ambiental-cultural refleja en la realidad local, integrada por diversos elementos: El patrimonio de la ciudad lo conforman distintos bienes y es una categoría de ellos son las construcciones...relevantes para la comunidad, por lo que reciben (o deberían recibir) protección del Estado para la adecuada protección a los bienes locales y su entorno.

El otro caso, aborda el derecho al paisaje, en Paraná, Entre Ríos, frente a un emprendimiento de urbanización que construyó un muro perimetral a tierras aledañas a la costa del río, denunciando la población el despojo de la utilización de este singular espacio natural, el acceso al río y el disfrute del paisaje, en violación del Código Urbano de Paraná. La solución invocó los principios urbanísticos, el derecho a la imagen como ciudad y la defensa del derecho al paisaje, aludió al componente simbólico –del paisaje urbano producido– al decir que la belleza paisajística y su conexión al río, representan para la ciudad y su gente, un espacio preservable y de uso común, según su COU y el caso concluyó con la implementación de una política: Programa que asumió el espacio costero, como digno de resguardo para el uso (común) de los ciudadanos por su belleza paisajística y la valoración que la población hace, atento el mismo C.U. de Paraná (2005) así lo contemplaba, lo que mostró la importancia del elemento paisajístico y la conexión entre el paisaje y la identidad en la región que traslada a la regla urbanística. Los elementos de la identidad (sean naturales o contruidos) lo son en el sitio y para preservarlo de ahí que las normas urbanísticas establecen áreas de protección (identidad del Paraná). La protección ambiental del entorno a las áreas patrimoniales y la tutela del valor ambiental se definió como aquellos espacios que se destacan por sus cualidades paisajísticas, simbólicas, sociales o espaciales; en síntesis, mostró un modelo de ciudad que da relevancia del valor

arquitectónico y al simbólico, dejando el paisaje como bien colectivo de los ciudadanos de Paraná y de quienes sean visitantes de la misma.

## 6. Conclusiones

La consagración del derecho al ambiente y al patrimonio cultural instaló principios que hacen a la mejora continua de condiciones de vida de la población; es un derecho que prolonga en varias direcciones, una es evitar el deterioro de bienes (naturales y culturales) con derecho a la participación, al uso y al disfrute. Ahí inserta la categoría de patrimonio urbanístico edificado y su paisaje, junto a la defensa que ensambla el derecho a la identidad y el derecho a la ciudad con sus edificios de determinado valor, su entorno y el paisaje del sitio.

Los marcos constitucionales reconocen a todo ciudadano del uso y disfrute de los bienes por verlo esencial al pleno desarrollo de la personalidad (individual y colectiva), en consecuencia, el fenómeno urbano atiende "la ciudad" donde cristalizan numerosas expresiones en su singularidad existiendo íntima relación entre el patrimonio urbano, lo edificado y el paisaje, que traen nuevas relaciones de uso y disfrute de los bienes, al cual el Derecho da -o debiera dar- respuestas ordenadoras. No basta en consecuencia un nuevo derecho, sino también las obligaciones que de él emanan y su tutela (responsabilidad intergeneracional), prolonga en el paisaje urbano que no es definido solo en función de su condición superficial; sino también de un punto de vista subjetivo: como la interpretación individual o colectiva que se practica sobre el territorio y comprende los valores culturales de la comunidad.

En esta óptica subjetiva creemos que debe desarrollar la regulación jurídica de la ciudad y su paisaje no solo como bien colectivo sino en lectura trasversal a los DDHH. Advertimos tutela paisajística en algunas reglamentaciones urbanas pero su protección como bien colectivo se visibiliza sin exigibilidad general, lo que nos lleva a pensar que debe regularse conforme la expresión de que el Derecho es uno pero en la coyuntura se renueva, de ahí la idea de poner las formas del paisaje asociados a bienes ambientales culturales y al ámbito de bienes identitarios, siendo oportuna buscar adecuadas herramientas de defensa.

## 7. Bibliografía

- Cortina Ramos, A. 2009. *"La regulación Jurídica del Paisaje"*, en *Gestión del paisaje: Manual de protección, gestión y ordenación del paisaje*. Madrid, Ariel.
- Durán Sánchez J. 2012. *"El nuevo concepto jurídico de paisaje"* en Rev. CUIDES, nº 9, octubre. ISSN 1889-0660.
- Fariña Tojo, J. 2000. *"La protección del patrimonio urbano, instrumentos normativos"*. Akal. Madrid.
- Gonzalez-Varas, I. 1999. *"Conservación de bienes culturales. Teoría, historia, principios y normas"*. Cátedra. Madrid.

- Lorenzetti R.L. 2009. *"Derecho Ambiental y Daño"*. La Ley. Buenos Aires.
- Pastorino, L.F. 2005. *"El Daño al Ambiente"*. LexisNexis.
- Prieur, M. 1998. *"La noción del patrimonio común"*. JA, 23/12, Nº 6 p.10/15.
- Reca P. 2002. *"Derecho Urbanístico"*, Vol. II, Cap. III El Ordenamiento territorial y la protección patrimonial. La Ley, Argentina.

# “El enfoque del paisaje en la gestión de las áreas naturales protegidas en Uruguay”

Caso: Parque Nacional Esteros de Farrapos e Islas del Río Uruguay

Mónica D. Zappettini Torija<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Facultad de Derecho de la Universidad de la República-Uruguay.

Mail de contacto: [mzappettini@mvtoma.gub.uy](mailto:mzappettini@mvtoma.gub.uy)

*“En memoria de Daniel Jaso”*

---

## RESUMEN

El concepto de paisaje es una construcción que ha ido evolucionando a través del tiempo como un elemento de contenido complejo e independiente de otros a los cuales se le asocia y por ello es un reto para el Derecho.

Se encuentra fuertemente vinculado no solo a un territorio sino a ámbitos culturales, ecológicos, sociales y económicos que se interrelacionan entre sí.

Por lo que la planificación y gestión de las áreas naturales protegidas realizadas desde el enfoque del paisaje es una tarea compleja ya que en Uruguay no existe una normativa que lo tutele como un concepto único, pero que de acuerdo a normas internacionales en la materia es una herramienta eficaz para dotar de una visión global a la estrategia en su protección.

Los Esteros de Farrapos es un área natural protegida a nivel mundial (Ramsar) e integrado al Sistema Nacional de Áreas Protegidas que presenta una mixtura de ser un ecosistema protegido por convenios internacionales y en el cual confluyen con actividades productivas de sus pobladores además de ser epicentro del desarrollo del turismo.

**Palabras Claves: paisaje - planificación y gestión - Áreas Naturales Protegidas - Parque Nacional Esteros de Farrapos e Islas del Río Uruguay**

---

## ABSTRACT

The concept of landscape is a construction that has evolved over time as an element of complex content and independent of others to which it is associated and therefore is a challenge for the law.

It is strongly linked not only to a territory but to cultural, ecological, social and economic spheres that interrelate with each other.

So the planning and management of protected natural areas carried out from the landscape approach is a complex task since in Uruguay there is no regulation that protects it as a unique concept, but that according to international standards in the matter is an effective tool to give a global vision to the strategy in its protection.

Los Esteros de Farrapos is a natural protected area worldwide and integrated to the National System of Protected Areas that presents a mixture for being an ecosystem protected by international agreements and merging with productive activities of its inhabitants and being the epicenter of tourism development.

## **1. Introducción**

Es difícil conformar un concepto único de paisaje, ya que el término despierta muchas imágenes. La percepción de la naturaleza o de una ciudad; la de ruinas arqueológicas a rocas talladas por el agua; un pequeño poblado o ganado pastando en un campo. Cada una de ellas puede ser considerada paisaje o también puede ser todo su conjunto, considerado en un determinado tiempo y espacio.

El Convenio Europeo del Paisaje (en adelante CEP), es el primer convenio internacional que en forma novedosa se ha enfocado exclusivamente en el paisaje como categoría unitaria jurídica de protección, le reconoce su importancia en la calidad de vida de las poblaciones sin importar el medio en el que se desarrollen (esto es urbano o rural), lo define como “cualquier parte del territorio, tal como es percibida por las poblaciones, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales y/o humanos y de sus interrelaciones” (Consejo de Europa, Florencia 20.X.2000).

Asimismo, en el preámbulo del CEP se reconoce que el paisaje es “en todas partes un elemento importante de la calidad de vida de las poblaciones” y “constituye un elemento esencial del bienestar individual y social” que consolida su identidad, por lo tanto, partiendo de esta premisa, el concepto de paisaje además se encuentra fuertemente condicionado por el pensamiento del hombre y por el sentimiento que da a su vida. Es algo delimitado y creado por el propio hombre (Navarro Bello G., 2003).

En Uruguay no existen normas, que, como en Europa regulen al paisaje *per se*, sino que las referencias al mismo se realizan en forma indirecta como elemento cualitativo del bien a proteger (medio ambiente, recursos naturales, áreas naturales, etc.) y en el caso particular de la regulación de las áreas naturales protegidas, estas son consideradas como espacios naturales relevantes tanto por los ecosistemas representativos que contienen, así como una especial consideración, porque poseen entre otros elementos, un valor paisajístico singular que merece ser reconocido como patrimonio de la nación, aun cuando hayan sido parcialmente modificadas por el hombre.

Se observa que la definición de área protegida no reflexiona, como refiriera el profesor Mgr Arq. Leandro Varela durante el curso “Las Formas de la Naturaleza y las Formas de su Regulación”, en ese momento de encuentro entre “ambientes objetivos” y “percepción subjetiva” que conceptualiza el paisaje.

Sin embargo, debe tenerse presente que a partir del año 2014 por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo para Uruguay a través de un proyecto de apoyo a la planificación y gestión de las áreas protegidas, el Programa de las

Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) recomienda la aplicación del enfoque del concepto de paisaje, reafirmando que debe cambiarse la visión sobre como áreas se comportan, y por lo tanto deben gestionarse integrándose todos los componentes naturales y antrópicos propios con los demás paisajes que las rodean, para que armonizándolas con el entorno se logren los objetivos de conservación con una perspectiva sistémica.

Debe tenerse presente que los límites de las áreas protegidas no pueden quedar acotados solamente a la determinación legal, a un deslinde material de predios con fines catastrales, las mismas no son verdaderos compartimentos estancos, sino que funcionan en forma compleja y más allá de las disposiciones administrativas que dispone el hombre y hasta del mismo derecho de propiedad.

## **2. Concepto de Paisaje y categoría Paisaje Protegido**

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define el término paisaje (del fr. *paysage*, der. *pays* 'territorio rural', 'país'): a) como parte de un territorio que puede ser observada desde un determinado lugar b) Espacio natural admirable por su aspecto artístico c) Pintura o dibujo que represente un paisaje (espacio natural admirable). Y define "paisaje protegido" como: "Espacio natural que, por sus valores estéticos y culturales es objeto de protección para garantizar su protección" (Real Academia Española, 2014).

Por lo que a diferencia del concepto simple de paisaje que nos da la noción, en primer lugar, de ser un territorio geográfico susceptible de ser admirado que como sostienen diversas concepciones del paisaje lo reducen a la noción de naturaleza (geografía ambiental).

Pero al definir "paisaje protegido" le agrega otros componentes, como sostiene Navarro un anexo entre lo natural y cultural (Navarro, G., 2004). Ambos se encuentran asociados en el mismo espacio físico.

Para la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales (UICN) las áreas protegidas son necesarias por el valor y beneficio que representan para la sociedad y las categoriza teniendo en cuenta si el énfasis está en la protección del mundo natural y aquellas donde el objetivo es mantener una relación entre la gente y la naturaleza, éstas últimas se constituye la esencia del enfoque del "paisaje protegido" o como la unión la clasifica en "categoría V" estableciendo directrices para la gestión de esta área en particular (Phillips, A. 2002).

Sin embargo el CEP que considera el paisaje como una categoría jurídica en sí misma, no se realiza ninguna categorización de tipos paisaje, sino que dispone en su art. 1º definiciones, a los efectos del convenio, y en las que destaca la "protección de los paisajes" como acciones encaminadas a conservar y mantener los aspectos significativos o característicos de un paisaje, justificados por su valor patrimonial derivado de su configuración natural y/o acción del hombre.

Uruguay ha adoptado el criterio establecido en la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los países de América para la categorización de áreas naturales de acuerdo su conformación en el territorio donde se ubican y no desde el enfoque puramente del paisaje como categoría en sí misma.

### **3. Paisaje en el Ordenamiento Jurídico**

De lo expuesto, se advierte que en la actualidad existe a nivel internacional un desarrollo en cuanto al concepto jurídico del paisaje y su regulación.

Ya en el año 1940 se celebró la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los países de América con el fin de proteger paisajes de incomparable belleza así como las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico y los lugares donde existen condiciones primitivas, conminando a los Gobiernos que adopten leyes que aseguren la protección y conservación de dichos paisajes así como la protección de la flora, la fauna y bellezas escénicas naturales en consonancia con el propósito principal. Se entiende que es la antecesora de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES).

A los efectos de esta Convención se dispone por primera vez, y entre otras, la categoría de protección del denominado “parque nacional” pero se advierte que no adopta al paisaje protegido entre ellas. Uruguay la ratificó en los años '70.

En el año 1978 la organización para la conservación de recursos naturales “Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales” (UICN) desarrollo unos de los primeros sistemas de categorización e incluyó una categoría de áreas protegidas que denominó “paisaje protegido” (UICN, 1978). En el año 1994 la UICN reemplazo el sistema anterior estableciendo una definición de carácter amplio para todas las áreas naturales protegidas y estableciendo seis categorías de áreas protegidas de carácter general y con el principal objetivo centrado en el manejo de las mismas y estableciéndose directrices para su gestión. Y así como dentro de ellas se reclasifica nuevamente el “paisaje protegido” pero ahora como categoría “V”. Es interesante estudiar el fundamento de esta categoría y las directrices para su gestión en las cuales se exige tener en cuenta variados parámetros (ambientales, sociales, culturales económicos y sociales) y su interacción que normalmente no se consideran en la planificación de las áreas naturales protegidas (Phillips, A. 2002). Finalmente, el papel más ambicioso de los paisajes protegidos es ser “elementos constitutivos” dentro de un esquema subregional de conservación a gran escala, ayudando a crear un corredor para la vida silvestre y llevando los beneficios de una mayor conectividad hasta quizás varios cientos de kilómetros de distancia (Bennett, 1998).

Ya en el año 2000 se suscribe el Convenio Europeo del Paisaje que en su art. 1 establece un nuevo concepto de paisaje pero como concepto autónomo, entendiéndose como cualquier parte del territorio tal como lo percibe la población, cuyo carácter sea resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos y definiendo conceptos tales como política en materia de paisajes”, “objetivo de calidad paisajística”, “protección de los paisajes”, “gestión de los paisajes” y “ordenación paisajística”, estableciendo como principal objetivo la promoción de la protección, gestión y ordenación de los paisajes, y organizar la cooperación europea en dicho proceso.

De la definición se desprende que para el Convenio cualquier parte del territorio, cualquier zona puede ser considerado paisaje si: a) tal como lo percibe la población (la percepción que posee un significado más amplio que la mera visión porque abarca el comprender, interpretar, el sentir de la población de un lugar) por lo que se centra en la participación pública en su determinación y b) siempre que exista la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos.

Esta nueva concepción viene a marcar una vanguardia en la gestión de las áreas naturales, pero ya desde un enfoque que engloba en una sola categoría elementos naturales y humanos.

En el caso de Uruguay se ha optado por incluir en su normativa definiciones específicas según las características de sus áreas naturales. En efecto, por Ley 16.408 de fecha 27 de agosto de 1993 se aprueba el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río 1992) asumiendo todos los compromisos adquiridos se establece como mecanismo de conservación de la diversidad biológica el dictado de la Ley 17.234 de fecha 22/02/2000 de “Declaración de Interés General el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas” que en su art. 1º dispone que serán consideradas aquellas zonas por “...sus valores ambientales, históricos, culturales o paisajísticos singulares, merezcan ser preservados como patrimonio de la nación...” en este contexto legal, se han creado formalmente varias zonas o se han incorporado al Sistema Nacional de Áreas Protegidas (en adelante SNAP). Dentro de sus objetivos específicos establece que se encuentra el “... mantener ejemplos singulares de paisajes naturales y culturales...” (Art. 2º Lit. c.).

Y dentro de las categorías que integrarán el sistema estas se clasificarán de acuerdo a las definiciones y manejo establecidas para las mismas, entre las que se encuentran el “Parque Nacional” para aquellas áreas que entre otras características establecidas en la norma “... comprendan paisajes naturales de una belleza excepcional...” o como el “Paisaje Protegido” como toda “...superficie territorial continental o marina, en la cual la interacciones del ser humano y la naturaleza, a lo largo de los años, han producido una zona de carácter definido de singular belleza escénica o con valor de testimonio cultural y que podrá contener valores ecológicos o culturales...”.

Asimismo, la Ley 17.283 del año 2000 (Ley General de Medio Ambiente) reglamentaria en cumplimiento de lo previsto por el art. 47 de la Constitución



establece provisiones generales básicas sobre la política nacional ambiental y la gestión ambiental establece la protección del ambiente y de los recursos ambientales, de la calidad del aire, del agua, del suelo y del paisaje. Solo esta norma refiere al paisaje en forma directa - aunque en una norma que regula la protección del ambiente - pero sin establecer disposiciones específicas. La ley N° 18.308 de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible en su art. 48 establece que quedan excluidos del proceso urbanizador de los suelos aquellos pertenecientes al SNAP y los que cuenten con valores ambientales, paisajísticos u otros declarados de interés departamental, salvo aquellos contenidos expresamente en los instrumentos relativos al área.

#### **4. El Paisaje y las Áreas Naturales Protegidas en Uruguay**

Sin embargo, a pesar del determinismo que posee el paisaje en lo que refiere a la categorización para la protección de ciertas áreas en el territorio por su implicancia en cuestiones ambientales, sociales, culturales y económicas, la actividad humana llevada a cabo en forma poco eficiente y con falta de planificación en la zona, lo afectan en forma negativa.

Si bien en Uruguay el SNAP es un instrumento que se utiliza para proteger los ecosistemas naturales, con anterioridad ya existían áreas a las que se les protegida en cierto grado a través de decretos nacionales o departamentales y es recién en el año 2008 que se incluyen las dos primeras áreas protegidas en el sistema (Quebrada de los Cuervos y Esteros de Farrapos e Islas del Río Uruguay).

Pero la actividad productiva que se lleva a cabo en nuestro país provoca que las áreas naturales posean características en las que confluyen diversos intereses.

Es por ello, se establece la necesidad de la planificación y gestión en ellas, mirando más allá de sus límites establecidos para que efectivamente se integren con los paisajes que las rodean en una forma similar a como sucede en los "Parques Regionales" franceses (PNUD/DINAMA,2014), en los cuales el parque natural es creado por varios municipios adyacentes que ponen un proyecto compartido de conservación de la calidad del paisaje y su patrimonio natural y cultural y es un territorio que vas a allá de los límites administrativos de dichos municipios y de acuerdo con el concepto de "espacios sujetos a un régimen especial de protección del medio ambiente" establecido en las directrices de la Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible del años 2008.

Luego de la realización de un diagnóstico llevado a cabo por Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo para Uruguay se determinó que la biodiversidad en las áreas protegidas se encuentra fuertemente presionada a causa de la intensificación productiva por fragmentación y degradación, como resultado de la ganadería, otras actividades productivas y la extracción comercial de madera y leña, también se detectó insuficiencia en las capacidades y regulación para el ordenamiento territorial y conservación de la biodiversidad a nivel del paisaje. Y es a través del Proyecto: "URU/13/G35 Fortalecimiento de la

efectividad del SNAP incluyendo el enfoque de paisaje en la gestión”, el concepto de paisaje viene a considerarse como una forma precisa, como un elemento de cambio y enfoque en la planificación y gestión de las áreas naturales protegidas, adoptando una importancia en la conservación de los ecosistemas de relevancia local y, en el caso de los humedales, mundial.

Teniéndose en cuenta la importancia ecológica y la vulnerabilidad que sufre por el tipo de producción que se lleva a cabo, se seleccionaron tres paisajes (PNUD/DINAMA, 2014) para comenzar el plan piloto de establecer un enfoque del paisaje en la gestión de las áreas naturales protegidas en Uruguay para que los planes de los diversos Departamentos vecinos no sean contradictorios en relación a la gestión en una área protegida o a proteger y entre ellas se encuentra el Parque Nacional Esteros de Farrapos e Islas Del Río Uruguay que posee una gran relevancia ecológica y belleza escénica, designado en el año 2004 sitio Ramsar (Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas, de fecha 2 de febrero de 1971) e integrados al SNAP en el año 2008 con la categorización de “Parque Nacional”, pero que sufre una fuerte afectación producida por la actividad y asentamiento humano, por lo que se entendió que un enfoque a nivel de paisaje para la conservación en este lugar es particularmente imperativo (PNUD/DINAMA, 2014).

El desafío de este proyecto es lograr una planificación y gestión de las áreas protegidas con una visión global e integral del territorio con el paisaje donde se encuentran y no solo aquel circunscripto a la administración de un determinado Gobierno Departamental y para ello se debe trabajar en un fortalecimiento del dialogo interinstitucional, aumentar las capacidades técnicas y funcionales, así como el compromiso y participación de la sociedad civil (comunidades y productores locales, etc.). También es necesario que se establezcan directrices respecto a la actividad productiva que tenga en consideración el paisaje y el respeto de la biodiversidad.

### **5. Caso: Parque Nacional Esteros de Farrapos e Islas del Río Uruguay**

Los Esteros de Farrapos e Islas del Río Uruguay se ubican en el Departamento de Río Negro, sobre las costas del Río Uruguay e ingreso al SNAP con la categoría Parque Nacional por Decreto N° 579/2008 de fecha 27/11/2008.

Constituye un sistema de humedales de naturaleza fluvial, con la mayor extensión en el país. Son 20.205 hectáreas de bañados, pajonales, bosques riparios, campos naturales, ciénagas, estancamientos de agua dulce denominados «turberas», dentro de un ecosistema casi cerrado y fuertemente vinculado a la dinámica fluvial del río Uruguay. Es el pantanal fluvial más grande de Uruguay que se comporta como un gran corredor biológico que se encuentra sometido a cambios tanto por la actividad humana como también es influenciado por el manejo de la Represa de Salto Grande.

Se encuentran en la zona del litoral del país contigua a la de mayor actividad agrícola y en donde, en los últimos años, se ha presentado un incremento en los monocultivos como la soja (Arbeletche et al. 2011) y forestación de especie exóticas (MGAP/DIEA 2003; MGAP/DIEA 2010).

## 6. Conclusión

La noción de paisaje con un interés y función social que sea tutelado por el Derecho como un objeto único y de carácter complejo, a diferencia de lo que sucedió en Europa, en América Latina y en especial en Uruguay aun se encuentra en un estado evolutivo.

Sin embargo, en lo que respecta a la gobernanza de las áreas naturales protegidas el paradigma está cambiando y se comienza a enfocar desde esta concepción del paisaje.

El paisaje comienza poco a poco a independizarse de otros bienes protegidos con los que se le confunde, tratando ya no ser un elemento intrínseco y de carácter cualitativo de aquellos, sino a posicionarse como un valor propio de naturaleza compleja, integrado por componentes naturales, pero también sociales, históricos, culturales y sentimientos que lo hacen importante para el disfrute de la población y en consecuencia su mejor calidad de vida.

Por todo lo expuesto, a casi diez años de su categorización y a la luz de las nuevas concepciones, así como por las características del lugar, los Esteros de Farrapos e Islas del Río Uruguay deben ser gestionados como un verdadero “paisaje” protegido.

Limitan al norte con las colonias San Javier y al sur con la localidad de Nuevo Berlín. Estos pueblos de inmigrantes rusos y alemanes aportan al lugar elementos demográficos, culturales, patrimoniales e históricos.

La zona es fuente de recursos para sus pobladores que en general son pequeños y medianos productores dedicados principalmente en San Javier a la ganadería a pastoreo y la apicultura y en Nuevo Berlín a la pesca y la apicultura. También existe la actividad de caza y de tala la que se intenta sea controlada.

Con el objetivo de ordenar la actividad apícola, adecuarla al manejo del área protegida, así como disminuir la caza y la tala indiscriminada de monte nativo para la subsistencia (El País, 2010) existe el proyecto URY/SGP/OP4/Y3/CORE/2010/11 a llevarse a cabo dentro del área protegida y se denomina “Miel de Farrapos e Islas del Río Uruguay” con el objetivo de reforzar la organización de los apicultores de ambas localidades, aumentar su producción de miel y que ésta sea una marca registrada de la región (Programa de Pequeñas Donaciones del FMAM,2017).

El área posee una biodiversidad interesante por la existencia de varios ecosistemas como bañados, monte ribereño, pantanos, etc. así como su flora y fauna. Se destaca por ser albergue a una variedad de aves protegidas a nivel local y regional y otras especies migratorias en sus islas que le valió el reconocimiento

como sitio Ramsar, así como también destacar en es uno de los sitios donde vive el puma legendario y del aguará guazú el cánido autóctono de mayor porte, ambos en peligro de extinción.

Los Esteros y sus Islas poseen una gran función en cuanto a control y prevención en inundaciones y la disminución de la erosión del suelo provocada por el río, así como un gran valor comercial y turístico.

Para la zona continental Uruguay ya posee aprobado por Resolución del Ministerio de Vivienda Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente de fecha 30/6/2014 el “Plan de Manejo y Gestión para el Parque” el cual prevé el control de las actividades productivas, la educación ambiental y el desarrollo de la actividad turística y espera ser reforzado por las acciones previstas en el proyecto “Fortalecimiento de la efectividad del Sistema Nacional de Áreas Protegidas con la inclusión del enfoque de paisaje”.

Con la gestión en la zona se pretende restaurar las áreas de monte degradadas por especies exóticas como la acacia negra; restaurar el albardón; promover acciones de control y vigilancia en cuanto a caza y pesca de especímenes protegidos; gestionar y regular el desarrollo de actividades productivas, la gestión en cuanto a recreación y educación; el desarrollo del turismo sostenible así como la gestión de una conservación ecológica del humedal fluvial más grande del país fomentando la participación y desarrollo local.

Actualmente en relación al turismo se lleva a cabo el proyecto “El Corredor de los Pájaros Pintados” impulsado por el Ministerio de Turismo de Uruguay junto al Banco Interamericano de Desarrollo (BID) que nuclea varios Departamentos que se ubican en el litoral a las márgenes del Río Uruguay para promover el desarrollo de la actividad turística de las capitales y pequeñas localidades.

Posee además la particularidad de que se ubica sobre un curso de naturaleza transfronteriza compartido con Argentina y parte de las islas que lo componen se encuentran en mar territorial argentino.

En efecto, las islas cumplen un importante rol en el sistema aportando una conectividad biológica entre el sistema de humedales ubicados sobre la margen oeste del río Uruguay (territorio argentino) y los humedales ubicados en la margen este (territorio uruguayo), además de poseer riqueza en especies y valor paisajístico y con un valor socio-económico por las actividades apícolas que se desarrollan en el lugar.

Por lo que una planificación y gestión del área en función con el paisaje que lo rodea, significa que mas allá de la coparticipación entre diversos gobiernos a nivel departamental, debe plantearse como una necesaria gestión de carácter binacional (Uruguay-Argentina) a través de proyectos o convenios que establezcan planes de manejo con estrategias conjuntas.

Sin embargo, se observa que en estrategias a nivel regional y binacional solo existe en materia de cambio climático. Se encuentra en fase preparatoria el desarrollo de un proyecto financiado por la Corporación Andina de Fomento (CAF) para la adaptación al de las poblaciones de las ciudades y ecosistemas

costeros al Río Uruguay para atender la alerta temprana, la planificación territorial y economía rural climática en ciudades que han padecido inundaciones. En el caso particular del presente trabajo, la Intendencia del Departamento de Río Negro trabaja con los Esteros de Farrapos, mientras que en el lado argentino la Secretaría de Ambiente de Entre Ríos integra el equipo haciendo hincapié en el Parque Nacional “El Palmar” (El Telégrafo, 2017).

## 7. Referencias

- Arbeletche, P; Ernst, O. y Esteban Hoffman. 2011. *La Agricultura en Uruguay y su Evolución. En: Intensificación agrícola: amenazas y oportunidades para un país productivo y natural.* CSIC-UdelaR. Montevideo. Pags.13-27.
- Bennett A.F. 1998. *Linkages in the Landscape.* UICN, Gland, Suiza y Cambridge, Reino Unido.
- Diario El País. 2010. *Áreas Protegidas del Uruguay*, fascículo N° 6/15 Entrevista a Ing. Agr. Daniel Jaso, coordinador de las Áreas Protegidas de Montes del Queguay y Esteros de Farrapos.
- MGAP/DIEA. 2003. *La actividad forestal a través del censo agropecuario.* Montevideo.
- MGAP /DIEA. 2010. *Anuario Estadístico año 2010.* Montevideo.
- MVOTMA-SNAP. 2014. *Plan de Manejo y Gestión del Parque Nacional Esteros de Farrapos e Islas del Río Uruguay con el apoyo del Proyecto de Fortalecimiento del Proceso de Implementación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (URU/06/G34).* Recuperado de: <http://www.mvotma.gub.uy/portal/ambiente-territorio-y-agua/item/10006532-esteros-de-farrapos-e-islas-del-rio-uruguay>
- Navarro,G. 2003. *Una aproximación al paisaje como patrimonio cultural, identidad y constructo mental de una sociedad. Apuntes para la búsqueda de invariantes que determinen la patrimonialidad de un paisaje.* CEAUP Facultad de Arquitectura y Paisaje Universidad Central de Chile.
- Navarro, G. 2004. *Una aproximación al paisaje como patrimonio cultural, identidad y constructo mental de una sociedad. Apuntes para la búsqueda de invariantes que determinen la patrimonialidad de un paisaje.* Revista Electrónica DU&P. Diseño Urbano.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). 2014. Proyecto: “URU/13/G35 Fortalecimiento de la efectividad del Sistema Nacional de Áreas Protegidas incluyendo el enfoque de paisaje en la gestión” págs. 6, 17. Recuperado de: <http://www.undp.org/content/dam/uruguay/docs/Prodocs/Uru13G35-snap.pdf>
- Phillips Adrian. 2002. *Directrices de gestión para áreas protegidas de la categoría V de la UICN N°9.* Comisión Mundial de Áreas Protegidas (CMAP). Recuperado de: <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/PAG-009-Es.pdf>  
<http://dle.rae.es/>  
<https://ppduruguay.undp.org.uy/portfolio-items/miel-de-farrapos-e-islas-del-rio-uruguay/>  
<https://eltelegrafo.com/2017/12/paysandu-y-la-region-litoral-preparan-un-proyecto-sobre-adaptacion-al-cambio-climatico/>

# “Derechos de la naturaleza y justicia ecológica”

*Alicia Morales Lambert<sup>1</sup>*

<sup>1</sup>Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

Mail de contacto: [amlamberti327@gmail.com](mailto:amlamberti327@gmail.com)

---

## RESUMEN

El reconocimiento de la función ambiental de los derechos en el ámbito del paradigma de la justicia ambiental, se ha visto influenciado progresivamente por la coexistencia de otro paradigma no necesariamente excluyente de aquél, basado en el reconocimiento de valores intrínsecos y derechos de la naturaleza, en el marco de una justicia ecológica intergeneracional.

Los derechos intergeneracionales y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, emancipada de su consideración como objeto (bien jurídico) y reconocida como sujeto de derechos, se presentan como derechos de cuarta y quinta generación que cuestionan las prevalentes concepciones antropocéntricas del derecho ambiental.

En ese marco, el análisis se centra en el progresivo reconocimiento normativo y jurisprudencial en numerosos países, de los valores intrínsecos y derechos de la naturaleza en el marco de una justicia ecológica intergeneracional, interpela acerca de los nuevos paradigmas que distinguen a actuales debates jurídicos y políticos, en torno a la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente.

**Palabras claves:** **Función ecológica de los derechos – Naturaleza – Justicia ambiental – Justicia ecológica.**

---

## ABSTRACT

The recognition of the environmental role of rights within the paradigm of environmental justice has been progressively influenced by the coexistence of another paradigm not necessarily exclusive to it, based on the recognition of intrinsic values and rights of nature, within the framework of intergenerational ecological justice.

Intergenerational rights and the recognition of the rights of nature, emancipated from its consideration as an object (legal right) and recognized as subject of rights, are presented as rights of fourth and fifth generation, that challenge the prevailing anthropocentric conceptions of environmental law.

In this context, the argument will focus in the progressive legal and jurisprudential recognition in many countries of the intrinsic values and rights of nature in the framework of an intergenerational ecological justice, challenges the new paradigms that distinguish current legal and political debates, about the relationship between human rights and the environment.

**Keywords:** **Ecological function of rights – Nature environmental justice – Ecological justice.**

---

## 1. Introducción

Hemos ingresado en un nuevo período geológico que necesita una nueva nominación: Antropoceno (Crutzen- Stoermer, 2000:17), en el que muchas condiciones y procesos vitales se ven profundamente alterados por la actividad humana.

Los últimos avances científicos subrayan la necesidad de tomar en consideración cuidadosamente el efecto agregado a largo plazo de las actividades humanas en el sistema tierra, que conforma la estructura ambiental que posibilita la vida. El sistema tierra se caracteriza por reacciones no lineales e interacciones complejas entre la biósfera viva, compuesta por los ecosistemas y las especies, y los procesos físicos. Unos pocos grados de variación en la temperatura media determinan la diferencia entre una era glacial y el clima actual de la Tierra (IPCC (2014).

En la era tecnológica actual, se asiste a un empobrecimiento de la relación histórica entre los seres humanos y la naturaleza. La pérdida de la biodiversidad, la desertificación, el cambio climático y la alteración de ciclos naturales son parte de los costos derivados de nuestro desprecio por la integridad de los ecosistemas y sus procesos vitales.

Ante ello, la Organización de Naciones Unidas, aboga por un cambio. Ante todo, pide que la humanidad trate al planeta con respeto. Ese respeto se materializará únicamente cuando los humanos cambien la manera de percibir su relación con la naturaleza (ONU, 2012).

En ese contexto, el reconocimiento de la función ambiental de los derechos en el ámbito del paradigma de la justicia ambiental intergeneracional, se ha visto influenciado progresivamente por el surgimiento y coexistencia de otro paradigma no necesariamente excluyente de aquél, basado en el reconocimiento de valores intrínsecos y derechos de la naturaleza, en el marco de una justicia ecológica intergeneracional.

Los derechos intergeneracionales y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, emancipada de su consideración como objeto (bien jurídico) y reconocida como sujeto de derechos, se presentan como derechos de cuarta y quinta generación que cuestionan la eficacia de las prevalentes concepciones antropocéntricas del derecho ambiental.

El progresivo reconocimiento normativo y jurisprudencial en numerosos países, de los valores intrínsecos y derechos de la naturaleza, en el marco de una justicia ecológica intergeneracional, interpela acerca de los nuevos paradigmas que distinguen a actuales debates jurídicos y políticos, en torno a la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente.

## 2. De una ontología dualista a la construcción de ontologías relacionales abiertas: estado de la legislación y jurisprudencia

El reconocimiento de derechos para la naturaleza, se evidencia en varios países que empezaron a abandonar la visión antropocéntrica de la naturaleza que imperó durante tantos siglos. Un giro ya se vislumbra en el mismo campo del derecho ambiental, a través de la admisión de actuaciones judiciales en beneficio de entes naturales o incluso el acceso de estos mismos a la justicia mediante instituciones tutelares, relevantes frente al argumento usual de que no cabe reconocer derechos en favor de entidades sin capacidad para determinarse por sí mismas ni de actuar por tanto con título propio en propia defensa.

Luego del voto de William Douglas en la causa “Sierra Club” (Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727, 1972) y del precedente de Christopher Stone (1972), donde se argumentaba esencialmente a favor del *standing* de los seres, objetos o zonas naturales afectados por amenazas o daños ecológicos, pero no se excluía la posibilidad y conveniencia de otorgar personalidad jurídica al ambiente o a la naturaleza en general, en diversas normas comunales de los Estados Unidos se viene reconociendo a la naturaleza como sujeto de derechos y específicamente, “el derecho jurídicamente exigible de los ecosistemas naturales a existir y prosperar”. En el municipio de Barnstead, New Hampshire (2006) se constituyó en la primera comunidad de Estados Unidos que reconoció los derechos de la naturaleza: “Section 5.1 Rights. Natural communities and ecosystems possess inalienable and fundamental rights to exist and flourish within the Town of Barnstead. Ecosystems shall include, but not be limited to, wetlands, streams, rivers, aquifers, and other water systems”. Asimismo, Cfr. Community Bill of Rights en Pittsburgh, Pennsylvania (2010): “Section 4.2: Rights of Natural Communities. Natural communities and ecosystems, including, but not limited to, wetlands, streams, rivers, aquifers, and other water systems, possess inalienable and fundamental rights to exist and flourish within the City of Pittsburgh. Residents of the City shall possess legal standing to enforce those rights on behalf of those natural communities and ecosystems”.

El concepto legal de los derechos de la naturaleza, señala la influencia de la cosmovisión de los pueblos originarios del mundo como actores políticos. Pero en esta construcción de ontologías relacionales abiertas -para distinguirlas de las perspectivas antropocéntricas que corresponderían a una ontología dualista (naturaleza/sociedad)-, no subyacen únicamente cuestiones de reivindicaciones indígenas, sino que expresa inconformidades culturales que cruzan transversalmente muchas culturas y países: con ellas las categorías personas/objetos desaparecen ya que los humanos y los no-humanos pueden ser todos ellos agentes morales, con capacidades análogas, todo integrantes de una misma comunidad expandida, sujetos de derechos y por lo tanto demandantes de justicia (Gudynas, 2010).



El dualismo del antropocentrismo, es suplantado por redes relacionales que integran en igual jerarquía a distintos seres vivos u otros componentes del ambiente. Se conforman así, comunidades que son tanto sociales como ecológicas, obligando a pensar desde otros puntos de partida cómo se concibe jurídicamente el mundo natural.

Entre esas nuevas concepciones jurídicas, resalta la nueva Constitución del Ecuador (2008) El artículo 71 establece que “la Naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”, y que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. El artículo 72 establece que “la naturaleza tiene derecho a la restauración”. Por su parte, el Estado Plurinacional de Bolivia aprobó una nueva Ley de Derechos de la Madre Tierra (Ley 071, 2010): “Para efectos de la protección y tutela de sus derechos, la Madre Tierra adopta el carácter de sujeto colectivo de interés público. La Madre Tierra y todos sus componentes incluyendo las comunidades humanas son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en esta Ley. La aplicación de los derechos de la Madre Tierra tomará en cuenta las especificidades y particularidades de sus diversos componentes. Los derechos establecidos en la presente Ley, no limitan la existencia de otros derechos de la Madre Tierra” (art. 5º). A su vez, la Ley 300 estableció la visión y los fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra.

Inspirada en la legislación anterior, en el Distrito Federal de México en el año 2013 entró en vigor la Ley Ambiental de Protección a la Tierra, para proteger a la Madre Tierra, que posee estatus de un ser vivo: “Art. 86 bis 1. La Tierra es un sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común”. A los fines jurídicos de su protección y tutela “la Tierra adopta el carácter de ente colectivo sujeto de la protección del interés público. En su aplicación se tomarán en cuenta las especificidades y particularidades de sus diversos componentes” (Art. 86 bis 3).

Como puede observarse, esas ideas presentan una ruptura revolucionaria en la comprensión antropocéntrica convencional y un realineamiento de cómo se valora el mundo natural, pero no se trata de una experiencia aislada, por cuanto se viene replicando por pueblos que tienen una comprensión de sí mismos y un punto de partida muy diferentes.

Así, ese reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, reconoce variadas experiencias normativas, donde el entorno natural merece ser protegido en sí y por sí mismo (Suecia, 1999) por cuanto posee valor intrínseco, independiente del valor que su uso pueda tener para el hombre (Noruega, 2010).

A diferencia de Ecuador, los derechos de la naturaleza en Nueva Zelanda no están reconocidos a nivel constitucional, las comunidades nativas fueron fundamentales en la creación de nuevos marcos legales que reconocen como sujetos de derecho a territorios y ecosistemas, otorgando personalidad jurídica al Parque Te Urewara. Esto fue parte de los esfuerzos de reparación por la injusticia histórica generada cuando el Estado de Nueva Zelanda fue fundado: la conquista colonial de las tierras de los pueblos originarios. El territorio ancestral de la tribu Tuhoe es actualmente el Parque Te Urewara, designado como parque nacional en 1954. La tribu Tuhoe nunca firmó el Tratado de Waitangi de 1840 con la Corona británica, el cual privó a la tribu de sus derechos territoriales. La Ley de Te Urewara (2014) reconoce al Parque como sujeto de derechos, lo declara hogar sagrado del pueblo Tuhoe y parte integral de su cultura e identidad, al mismo tiempo que es de valor intrínseco para todos los neozelandeses. Recientemente (2018) la comunidad Ngāti Rangī, forjó un nuevo acuerdo con el gobierno de Nueva Zelanda con respecto a los agravios históricos sobre sus territorios, restableciendo la capacidad de los Ngāti Rangī para proteger y cuidar la salud de los ríos y lagos de Nueva Zelanda como centro de cultura maorí.

En un proceso judicial emancipador similar, una tribu maorí local ayudó al río Whanganui a obtener el estatus de persona jurídica en 2014 y se reconoció el derecho a su gestión como su guardián legítimo. Con ello, se reconoció entre otras cosas, que el río Whanganui era un ser vivo y que las personas y el río eran inseparables (“Ko au te awa, ko te awa ko au” significa “yo soy el río y el río es yo”), similar cosmovisión maorí, comparten otros pueblos originarios: Los mayas nos dicen “In lack ech”, “Yo soy tú, tú eres yo”), y se le concedió reconocimiento legal como “entidad jurídica con capacidad procesal por derecho propio”.

En relación a Ecuador, el primer caso en que se tuvo conocimiento de aplicación judicial de los derechos de la naturaleza se dio en el año 2011. La Acción de Protección (Sentencia Causa de 30 de marzo del 2011, N° 11121-2011-00010, Sala Penal de la Corte Provincial de Loja) fue interpuesta en contra del Gobierno Provincial de Loja “a favor de la Naturaleza, particularmente a favor de la cuenca del río Vilcabamba”. El gobierno local había iniciado un proyecto de ampliación de carreteras y vertía restos en el río, lo que afectaba a su flujo y causaba contaminación. El tribunal decidió que se habían violado los derechos constitucionales del río a fluir y obligó al gobierno provincial a reparar los daños.

En igual sentido, se han conferido diversas medidas cautelares a favor de los Derechos de la Naturaleza, debido a la fragilidad de los ecosistemas existentes en Galápagos. En un caso, se tuvo en cuenta el régimen especial que rige en esta zona insular respecto a la limitación de actividades que puedan afectar el medio ambiente, sin contar con licencia ambiental y social (Corte Civil y Mercantil de Galápagos (Ecuador). Juicio N° 269-2012, Juzgado Segundo en lo Civil y Mercantil de Galápagos, junio de 2012. La medida cautelar se fundamentó en los siguientes derechos y principios constitucionales: derechos de la naturaleza; derecho a vivir

en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza; régimen especial de Galápagos; principio precautorio; posibilidad de que las personas y grupos obtengan tutela efectiva en materia ambiental e in dubio pro natura) en el Estero Wincheles en Esmeraldas. Asimismo, se hizo lugar a una Acción de Protección por desarrollo de actividades mineras sin licencia ambiental, que provocaban el deslizamiento de materiales en el Río Granobles (Río Blanco), causando su afectación (Juzgado 16º en lo Civil de Pichincha, 2013). Esta decisión fue recurrida por los accionados, resolviendo la Corte rechazar la apelación y ratificar dicha sentencia, con fundamento en el régimen prioritario de protección de los derechos de la naturaleza, principio de precaución, régimen normativo sobre licenciamiento ambiental, e inversión de la carga probatoria (3º Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha, 19.07.2013, Caso Nº 2013-0098).

Más recientemente, la Corte Constitucional de Colombia (Expediente T-5.016.242. Sentencia T-622/16, 10 de noviembre de 2016), reconoció al río Atrato, su cuenca y afluentes como una “entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas” en calidad de sus guardianes (Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional Bogotá, D.C., Sentencia T-622/16, 10 de noviembre de 2016).

Un precedente notable fue sentado por el Tribunal Supremo de la provincia india de Uttarakhand. En su sentencia recaída en la causa *T. N. Thirumulpad Godavarman v. Union of India* (2017), consideró que para hacer efectiva la justicia ambiental era necesario aplicar principios ecocéntricos en vez de antropocéntricos. La Corte determinó que “la cordillera del Himalaya, sus glaciares, ríos (Ganges y Yamuna principalmente), caídas, corrientes, lagos, junglas, bosques, praderas, valles, humedales y manantiales habrían de ser considerados como personas jurídicas a fin de garantizar su sobrevivencia, seguridad, sustentabilidad y resurgimiento” y estableció expresamente que “los derechos de estas últimas debían considerarse equivalentes a los de los seres humanos y repararse de igual manera”.

Por otra parte, el reconocimiento de los derechos de los animales, se ha desarrollado en forma paralela al proceso de afirmación de los derechos de la naturaleza. Valga como ejemplo, el caso de la orangutana Sandra, quien siendo reconocida como “ser sintiente” (novedosa categorización introducida por la reforma de 2015 del Código Civil francés), “es una ‘persona no humana’, por ende, sujeto de derechos y consecuentes obligaciones hacia ella por parte de las personas humanas” ( Cfr. “Asociación de Funcionarios y Abogados por los derechos de los animales y otros c/GCBA sobre amparo”, Juzgado en lo Cont. Adm. y Trib. Nº 4 de la CABA, 21.10.2015 y “Orangutana Sandra s/ habeas corpus”, Sala II de la Cám. de Casación Penal, 18.12.2014). Siguiendo ese camino, los derechos de los animales pueden ser interpretados como un subconjunto de

los derechos de la Naturaleza o bien se parte de considerarlos como fines en sí mismos, y por lo tanto con status moral (Riechmann, 2005).

### **3. Función ecológica de los derechos y derechos de la naturaleza: el hilo de Ariadna y las necesidades jurídicas insatisfechas**

El derrotero histórico de la relación hombre-ambiente estuvo constantemente marcado por un sustrato cultural o código ético adaptado a la medida del hombre: es él quien fue dictando las reglas de un antropocentrismo fuerte legitimador de cada forma de dominación.

La posibilidad de una regulación jurídica que atienda al mundo de la naturaleza, que consista en separar el todo en partes y luego realizar un ejercicio de recomposición, reuniendo todos esos factores en una sola formulación normativa, no fue fácil de construir y menos fácil de comprender. Implicaba nuevas instituciones, nuevos criterios de justicia, nuevas leyes y especialmente nuevos métodos: era necesario cambiar el microscopio jurídico sustancial y procesal pensado para la resolución de conflictos individuales patrimoniales, por el "macroscopio" (El término surge de Joël de Rosnay en "El Macroscopio", A.C., Madrid, 1977), apto para resolver las cuestiones complejas y holísticas que plantean los retos ambientales. Acudir al "macroscopio" entonces, es antes que nada, un sistema de pensar y, después que nada, un sistema de pensar la naturaleza.

No escapa a este reconocimiento, que los conflictos ambientales emergen de intereses y estrategias diferenciadas de relacionamiento, apropiación y aprovechamiento de la naturaleza y por ende, de políticas públicas, que avecinan una fuerte crisis de instituciones y de sistemas jurídicos tradicionales basados en una racionalidad retórica e instrumental. Tampoco desconoce, que la lista de indicadores ambientales que cuestionaban y cuestionan la sustentabilidad de la vinculación del hombre con la naturaleza es muy vasta y que esto es un hecho antrópico y no ecológico, al cual el derecho ambiental también debe dar respuestas, porque estamos viviendo por sobre los límites de nuestra tarjeta de crédito ecológico.

Así como en el pasado, la ecología no podía encontrar una unidad real, porque permanecía prisionera del dilema establecido entre el orden del ser -plano del que participa- y el del deber ser -que caracteriza a la ciencia jurídica- representando una inevitable oposición entre los hechos y el derecho; hoy, el derecho integra en forma natural, a su modo, cuestiones que corrían el riesgo de serle ajenas: calidad de vida, derechos intergeneracionales, conservación de la biósfera y en general todo aquello que, por corresponder a las ciencias sociales no podía dejar de concernir a los juristas, aunque no participaran del propio lenguaje de éstos.

Por ello, la investigación jurídica en materia ambiental, tiene en el fondo un problema profundamente ético. Y la ética de la ciencia, cuando es entendida

como ciencia para la vida, se relaciona con los tiempos biológicos, en cuanto más veloz es (en tiempos históricos) la agresión del hombre sobre el ambiente y por lo tanto sobre el natural proceso evolutivo, tanto más se reducen los tiempos biológicos de la supervivencia del “sistema viviente” correspondiente al organismo terrestre que Lovelock denomina geofisiología.

Siendo así, el método de aproximación al entero problema ambiental y ecológico, propone el intento de descubrir los significados más profundos del referente material de la conceptualización: la biósfera como sistema viviente, hecho de procesos y no de objetos, de donde emerge como contrapartida, una ciencia capaz de manipulaciones genéticas de la materia viviente, pero no siempre en grado de dominar y regular su dominio sobre la naturaleza.

#### **4. El derecho a tener derechos**

La abolición de la esclavitud de la naturaleza ha sido comparada con la abolición de la esclavitud humana (Stutzin, 1984:98). Teólogos y juristas mantuvieron durante siglos la tesis que los indígenas americanos no eran personas y carecían de alma. Aun en el año 1858 un tribunal de Virginia (Estados Unidos), declaró que “un esclavo no es una persona, sino una cosa”.

Así como las leyes esclavistas, que convirtieron a seres humanos en propiedad afianzaron una relación de explotación, nuestros sistemas jurídicos han mantenido en sucesivos períodos históricos, sectores relegados de la sociedad y de sus derechos, como los pueblos originarios, los negros, los gays, las mujeres... y con ellos también a la naturaleza, que también es mujer y es mujer sojuzgada.

Pero más que multiplicar ejemplos históricos o actuales, justo es reconocer que todo ello se basa en la construcción de realidades jurídicas a partir de supuestos culturales, que los juristas llamamos ficciones jurídicas. A lo largo de la historia y aún en la actualidad, la sociedad construye categorías y otorga características a todo lo que la circunda: Los modos en que categorizamos tienen su origen en la sociedad misma, y los modos de ver la realidad y de actuar sobre ella están permeados por los modos en que clasificamos esta realidad.

La construcción y la asimilación de las ficciones jurídicas son contextuales. Por ello, cada decisión legislativa o judicial en materia ambiental, es parte de distintas percepciones y diversas construcciones de la sociedad y también, del pluralismo en la construcción social de la realidad. La vieja formulación del derecho positivo de considerar sólo a los seres humanos (personas) como únicos sujetos de relaciones jurídicas (posteriormente ampliada a la “ficción” de las personas jurídicas y a la subjetivación jurídica de “patrimonios de afectación”), continúa formulando resistencias al reconocimiento de los derechos de la naturaleza y su condición de sujeto de derechos.

Es que los modos categorizar y clasificar encierran relaciones de poder específicas, que a su vez pueden provocar relaciones de desigualdad, dominación

y sometimiento de seres vivientes, que aún hoy deja por fuera a los indígenas, los físicamente discapacitados, la naturaleza y las generaciones futuras, entre otros.

Eso interpela ciertos modos de ver y actuar sobre la vida de los otros humanos y no humanos. Por ello, la lucha por los derechos de la naturaleza y su condición de sujeto de derechos, no es sólo un recurso técnico cuya función jurídica radica en la posibilidad de lograr soluciones a problemas nuevos mediante la utilización de construcciones creadas para enfrentar situaciones distintas, sino también una manera de hacer visible a uno entre otros tantos excluidos.

## **5. El paradigma ecológico**

La modernidad transformó la naturaleza en “medio ambiente”, un “entorno” objeto externo al ser humano, haciendo del hombre el centro del mismo, su dueño. Con ello perdimos el sentido del vínculo y del límite en las relaciones con la naturaleza. Vínculos como alianzas, ataduras, ligazones, anclaje y enraizamiento. Límite como lindero, umbral que no se cruza, valor límite de donde emergen dos grandes dimensiones que revelan esta relación: la que hace de la naturaleza un objeto y la que la transforma en sujeto.

Las últimas teorías científicas también ofrecen un nuevo entendimiento de la relación entre los seres humanos y su entorno. El supuesto de que nuestra especie es distinta e inherentemente superior a otras formas de vida o de que tenemos un lugar y una función privilegiados en el cosmos no tiene ninguna base científica (ONU, 2012).

En el abordaje actual, el paradigma ambiental completa la teoría de los derechos. Esta nueva “ontología” da lugar al surgimiento de deberes de protección de los bienes colectivos y a límites en el ejercicio de los derechos individuales que surgen cuando afectan al bien colectivo (ambiente) de modo irreversible (Lorenzetti, 2008). Es este el estadio de la mayoría de las leyes ambientales, que en última instancia, no hacen más que regular la velocidad a la cual la destrucción del medio ambiente puede llevarse a cabo.

Con ello, buena parte de los derechos humanos resultan incompletos, porque no logran establecer un vínculo entre la parte (el individuo) y el todo: la sociedad y la biósfera. Consecuentemente, la justicia que genera es una que se desenvuelve exclusivamente entre humanos, donde el bien ambiente-naturaleza es un conjunto de objetos. Se defiende la calidad de vida de las personas o el ambiente en función de las personas, alejados de los valores intrínsecos del ambiente ya que es parte de la perspectiva antropocéntrica.

Esas limitaciones, no han estado ajenas al Derecho Ambiental, que como disciplina portadora del paradigma ecológico, ha encontrado resistencias en el mismo sistema jurídico prevalente, las cuales se tradujeron durante décadas, en su marginalidad académica, judicial y doctrinaria. Como heredero de dispersas disposiciones sobre el uso y explotación de los recursos naturales, sus piezas

legislativas permanecieron ajenas al reconocimiento y significación de la naturaleza como sujeto de derechos.

A nivel internacional, la seguridad ecológica, no surgió sino hasta la Conferencia de Estocolmo de 1972, pero signada por una visión antropocéntrica, basada en el paradigma del excepcionalismo humano, que considera que el ser humano no forma parte del medio ambiente y es el dueño del planeta.

La Organización de las Naciones Unidas, tuvo la posibilidad de un cambio de paradigma en 1982. La iniciativa de la Estrategia Mundial para la Conservación culminó con la aprobación de la Carta Mundial de la Naturaleza. La Carta afirma que “la especie humana es parte de la naturaleza y que la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales” (Res. AG 37/7). Desde entonces, se reconoce que la humanidad es una de las especies constitutivas de la naturaleza y que su propia existencia guarda dependencia de su simbiosis con ella, así como que toda forma de vida tiene un valor intrínseco y merece por tanto -cualquiera que sea su utilidad-, el debido respeto por parte de la especie humana. Con ello, se incluyen los derechos de la Tierra y de todos los seres a “la vida y a existir” y a “la identidad y salud integral”.

Con la inclusión del ambiente en los derechos humanos de tercera generación, emerge el paradigma ambiental, que se basa en una idea de interacción compleja y que toma en cuenta los efectos individuales y colectivos, presentes y futuros de la acción humana (derechos de cuarta generación o generaciones futuras), que representa para los individuos, un sistema donde predominan los deberes y los límites a los derechos en razón de la protección que demanda el bien colectivo. Progresivamente el biocentrismo, fue incorporando la mirada ecocéntrica y los valores intrínsecos. Al reconocer que los seres vivos y su soporte ambiental expresa valores propios (valor no instrumental y objetivo, emancipado de las valuaciones que realizan otros evaluadores), la naturaleza se vuelve sujeto.

Más recientemente, una contribución a la visión biocéntrica moderada, relativa a la armonía con la naturaleza en la promoción del desarrollo sustentable, fue el reconocimiento en el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (“El futuro que queremos”, Res. 66/288, 2012), de la relación entre la humanidad y la tierra, reafirmando que “la existencia humana es parte inextricable de la naturaleza”. En el documento final sobre “Armonía con la Naturaleza”, surge con claridad un giro hacia el ecocentrismo, en atención a su énfasis en valorar todas las formas de vida, tanto humanas como no-humanas, ya que la idea de valor intrínseco sostiene que existen atributos que son independientes de los seres humanos y permanecen aún en ausencia de éstos. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-23/17), ha sostenido que “Esta corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o

evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales”.

Con ese marco, las implicaciones de ese cambio son muy amplias, y van desde el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho en los marcos legales, a la generación de nuevas obligaciones hacia ella, o por lo menos, nuevas fundamentaciones para los deberes con el entorno (Cfr. Congreso Mundial de la Naturaleza, Jeju, República de Corea (2012), donde la UICN invita a promover la elaboración de una Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza, como un primer paso para iniciar una reconciliación entre los seres humanos y la Tierra como soporte de nuestra vida, así como cimiento de un nuevo pacto civilizatorio).

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN: “Prov. de La Pampa c/ Prov. de Mendoza” (Río Atuel) 2017), ha sostenido que “la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente”.

Bajo esta nueva doctrina judicial, se relativiza la noción de territorialidad federal por la de territorialidad ambiental, en conjunción con los llamados “sistemas ecológicos compartidos”, describiendo al caudal ecológico, como la “cantidad de agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento”.

Como se observa, los derechos de la naturaleza así como los derechos humanos, derivan de la misma fuente de existencia, y resultan compatibles entre sí. Estos derechos no se oponen a los derechos humanos: como parte de la naturaleza, nuestros derechos se derivan de esos mismos derechos. El derecho humano a la vida carece de sentido si los ecosistemas que nos mantienen carecen del derecho a existir. No hay derechos humanos si no se cuenta con un hábitat donde el hombre pueda vivir con dignidad: esencia y núcleo duro de los derechos humanos.

Esa perspectiva ecocéntrica de los derechos propios de la naturaleza no invalida, sino que acompaña y refuerza, la perspectiva biocéntrica clásica de los derechos humanos que se extienden sobre el ambiente. Estos incluyen, por



ejemplo, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Gudynas, 2010:52).

La inclusión de los derechos de la naturaleza en nuestros sistemas jurídicos, mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales de los ecosistemas y las especies a existir, prosperar y regenerarse, implicaría que los sistemas jurídicos promuevan un balance ecológico vital, al equilibrar los derechos humanos frente a los derechos de los demás miembros de la comunidad biótica.

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza, a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, leído en clave política, posee una valencia emancipatoria de la naturaleza en sí misma, frente al “paradigma de la dominación” imperante. Como sostiene Gudynas, esto no implica desconocer o rechazar a quienes descreen de la naturaleza como sujeto de derechos, pero obliga a considerar esos derechos junto a otros en los debates y la administración de la justicia. Además, como los derechos de la naturaleza actúan en paralelo y potencian las visiones clásicas de la justicia ambiental y los derechos humanos a un ambiente sano, se pueden llegar a compromisos en la conservación y el desarrollo desde muy diferentes puntos de vista y cosmovisiones culturales y éticas, que algunos pueden ser biocéntricos mientras que en otros casos seguirán siendo antropocéntricos. Por lo tanto, con esta ampliación de las discusiones sobre los derechos, lo que en realidad sucede es una democratización más radical de las políticas ambientales.

En definitiva, la objeción contra el reconocimiento de la titularidad de derechos de la naturaleza en base diversas posiciones discursivas no es más que la reiteración de la primaria reacción que a lo largo de la historia se ha registrado ante cualquier noticia que le advierte al humano que no es tan centro ni tan privilegiado como se ha creído: desde Copérnico, pasando por Galileo Galilei, hasta Darwin o Freud viene pasando lo mismo. El narcisismo humano tiende a radicalizar las posiciones supuestamente defensoras del humanismo hacia un antropocentrismo que raya en los límites del exabrupto cartesiano (Stutzin, 1984).

## **6. Justicia ambiental y justicia ecológica**

Si bien la distinción entre dos justicias -una ambiental y otra ecológica- es reciente, las múltiples disposiciones normativas que existen y el enfoque pluralista que promueve en nuestro caso, la propia Constitución Nacional, hacen que su relación (formal) sea dinámica y en permanente evolución, permitiendo la coexistencia del paradigma ambiental con el paradigma ecológico, basado en el reconocimiento de valores intrínsecos y derechos de la naturaleza, en el marco de una justicia ecológica intergeneracional.

Es posible identificar al menos tres aproximaciones teóricas que enraízan en el derecho ambiental argentino: En primer lugar el enfoque antropocéntrico

(derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano art. 41 CN) y en segundo lugar, una visión biocéntrica intergeneracional, que reivindica concepciones más globales y solidarias de la responsabilidad humana, que abogan -en igual medida- por los deberes del hombre con la naturaleza y las generaciones venideras: “las actividades productivas deben satisfacer las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”.

Pero también, se distinguen precisos enfoques ecocéntricos, que si bien conciben a la naturaleza como bien colectivo (objeto), su protección y restauración se fundamenta en valores intrínsecos propios de un sujeto de derechos, que permiten cosmovisiones plurales y alternativas a los planteamientos anteriores (el daño ambiental generará la obligación prioritaria de recomponer (art. 41 CN). En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza.

Esta visión ecocéntrica, a modo de ejemplo, claramente se recepta en varias normas de la Ley General del Ambiente (25,675), entre cuyos objetivos está “mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos”; “posibilitar la sustentabilidad ecológica”(art. 1º); “(...) garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga” (art. 6º); y la concepción de daño ambiental colectivo: “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”.

Más ampliamente, el art. 240 del nuevo Código Civil y Comercial, condensa una clara concepción ecocéntrica cuando establece que el ejercicio de los derechos individuales no sólo debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, sino especialmente “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”.

Dicho en otras palabras: el medio ambiente, las generaciones futuras y la naturaleza son un elemento transversal al derecho ambiental argentino.

Mientras la justicia ambiental se basa en los derechos a un ambiente sano o la calidad de vida, descansando en las concepciones de bienes y derechos colectivos, así como las clásicas de los derechos ciudadanos y está destinada a resolver conflictos en una dimensión distributiva de desigual acceso social a recursos, bienes y servicios ambientales; la justicia ecológica parte de reconocer a la naturaleza desde sus valores propios: un objeto que quiere ser sujeto, siendo una consecuencia inevitable y necesaria del reconocimiento de sus valores intrínsecos y sus propios derechos a que se respete integralmente su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Si bien la recepción de esta perspectiva en los debates jurídicos es limitada, ya que prevalecen la perspectiva de la justicia ambiental, ésta no ofrece verdaderas soluciones en un contexto inter y multicultural donde otros saberes definen su

comunidad de agentes morales y políticos de manera más amplia, integrando a los no-humanos, tal como ocurre con nuestros pueblos originarios.

Siguiendo el camino de las ontologías relacionales, las distinciones clásicas de la Modernidad desaparecen, ya que los humanos y los no-humanos pueden ser todos ellos agentes morales, con capacidades análogas, todos integrantes de una misma comunidad expandida, sujetos de derechos y por lo tanto demandantes de justicia. Se conforman comunidades que son tanto sociales como ecológicas.

La Madre Tierra, como una comunidad indivisible vital de seres interdependientes e interrelacionados con un destino común (Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra, Naciones Unidas, 2012). La Madre Tierra es un ser vivo. La Madre Tierra es una comunidad única, indivisible y auto-regulada de seres interrelacionados que sostiene, contiene y reproduce a todos los seres que la componen, en la que cada ser se define por sus relaciones como su parte integrante.

Así como los seres humanos tienen derechos humanos, todos los demás seres de la Madre Tierra también tienen derechos que son específicos a su condición y apropiados para su rol y función dentro de las comunidades en las cuales existen. En el plano procesal, es evidente que la representación de los derechos de la naturaleza no será ejercida por secuoyas o delfines, sino por individuos que actúan en representación de éstos, o en defensa de sus derechos. Por lo tanto, la problemática no radica tanto en la representación ejercida por los humanos, sino en las condiciones bajo las cuales ésta puede ser invocada, los requisitos para ejercerla y las formas de gestionarla, que por definición, no encontrarán las limitaciones formalistas de acceso a la justicia ambiental actuales.

Como todos sabemos, el reconocimiento de derechos no proviene de un acto de conocimiento, no depende de la lógica o de la teoría jurídica, sino de la política y de los equilibrios de poder. La lucha por los derechos de la naturaleza es por eso, no sólo una lucha jurídica, sino política.

## **7. Justicia ecológica intergeneracional**

Una aproximación a reglas de justicia entre los seres humanos de diferentes generaciones, puede ser entendido bajo el principio del igualitarismo diacrónico (Pontara, 1996:106), por el que los intereses de los humanos de la generación presente no cuentan más que los de los humanos de generaciones futuras y, en consecuencia los intereses de todos ellos deberán ser tenidos en cuenta con independencia del momento temporal en que vivan los portadores de esos intereses.

Como hemos visto, todo modo de clasificar y categorizar el mundo, es una construcción social. Y dichos modos de clasificación responden a una manera particular de apropiarse de la realidad. Es decir que la decisión de lo que es considerado superior y lo que es considerado inferior, quién o qué debe tener derechos y quién o qué no, es una construcción social y de ejercicio de poder. Su

establecimiento responde a un proceso histórico, científico, social por lo cual se han seleccionado y limitado ciertos sentidos y descartado otros para construirlos como tales. Por lo tanto, lejos de ser naturales, homogéneas y estáticas, las categorías son inherentemente dinámicas, heterogéneas y cambiantes de acuerdo al contexto social y jurídico que las ha producido y los intereses que están en juego.

Las modificaciones que puedan sufrir determinadas categorías a lo largo de un período socio-histórico (enfoque diacrónico), y el hecho de que una misma categoría puede ser conceptualizada de diferente manera en un mismo período según diferentes sociedades o grupos sociales (enfoque sincrónico), son signos precisamente del carácter sociocultural de las mismas. El Derecho como toda categoría y modo de clasificar y ordenar la vida cotidiana, es una construcción social. Partiendo de esta base, quiénes deben ser los beneficiarios de ciertos derechos y quiénes no, es un aspecto que puede ser modificado: en eso consiste la lucha de la naturaleza por el derecho a tener derechos.

Si aceptamos que la ética tiene algo que ver con la debilidad de los vulnerables y con las desigualdades de poder, y la naturaleza no escapa a esa doble situación, también las relaciones intergeneracionales son un asunto que interesa extraordinariamente a la ética, pero también al derecho.

Con ello, la asimetría sincrónica de la relación intergeneracional humana se traslada también, a los derechos humanos para la protección de los aspectos no humanos del medio ambiente. La aplicación de las obligaciones de derechos humanos a retos ambientales especialmente apremiantes, como el cambio climático, los conflictos armados y los desplazados por motivos ambientales, corren el riesgo de dejar de lado importantes aspectos que no se pueden reducir con facilidad a las necesidades y los intereses humanos (derechos de quinta generación o derechos de la naturaleza).

Es que son las poblaciones humanas las que son interdependientes del mundo natural -y no al contrario- y las que deben asumir las consecuencias de sus acciones y omisiones con la naturaleza. Se trata de entender esta nueva realidad sociopolítica con el objetivo de lograr una transformación, así como ha ocurrido antes con los derechos civiles y políticos (primera generación); los económicos, sociales y culturales (segunda generación), y los ambientales (tercera generación).

Las futuras generaciones (cuarta generación), se presentan vulnerables con respecto a nosotros. Estamos por completo fuera de su poder causal, mientras que ellas se hallan sometidas al nuestro. Para ello, debemos mirar a los pueblos Aymaras, quienes ponen al futuro siempre atrás, y adelante ponen al pasado, porque es el que enseña el camino.

Es hora que la naturaleza sea emancipada de su sola condición de hábitat de la especie humana, para concebirla como comunidad de seres vivientes interdependientes unos de otros, donde la justicia con la naturaleza debe ser

aplicada más allá del escenario y de la reducida escala humana, para velar por la supervivencia de esta comunidad de seres vivientes.

## 8. Conclusiones

El sentido de los vínculos y límites jurídicos con la naturaleza, como componente ontológico del paradigma ecológico, integran tímidamente nuestro sistema jurídico. Pero aún desconocen a la naturaleza como un orden ontológico y una organización material de la que emerge la vida. Persiste en el derecho ambiental, la prevalencia de la naturaleza cosificada como soporte de recursos naturales, materias primas de un proceso productivo, que en el mejor de los supuestos, presta servicios ambientales y se instituye como condición de sustentabilidad de todo orden económico y social.

Se trata de un diálogo difícil, donde esos vínculos y límites jurídicos con la naturaleza se traducen en conceptos jurídicos que adquieren un sentido eminentemente político, que tiene como punto de partida el conocimiento de la alteridad de la naturaleza en tanto que superación de su imagen cosificada. Es que la verdad y las formas jurídicas que le corresponden se desprenden y se construyen dentro de formas de saber y formas de poder (Foucault, 1995).

Se requiere entonces, una verdadera ética de la vida y para la vida, desde donde se asume que el hombre no sólo es titular de derechos humanos, sino igualmente titular de responsabilidades que deben ser asumidas individual y colectivamente. Un sistema de gobernanza, podría decirse, basado en un estado de derecho ecológico fundado en un sentido transformado de democracia, en el que tanto las personas como las comunidades acepten su condición de ciudadanos ecológicos del mundo y su responsabilidad de respetar los complejos engranajes de la biósfera. Este tipo de democracia restablecería los vínculos de las personas con los fundamentos ecológicos que las sustentan (ONU, 2012).

El diálogo entre el derecho y la ecología conduce a una ecologización del derecho y a la consecuente juridización de la ecología (Ost, 1996:109), a fin que el sistema jurídico sea permeado por una comprensión profunda de la complejidad y procesualidad de los sistemas ambientales.

La historia de los derechos de la naturaleza, como la lucha por los derechos, es un profeta con la mirada vuelta hacia atrás: por lo que fue, y contra lo que fue, anuncia lo que será.

## 9. Referencias

- Cormac Cullinan. 2011. "*¿Tienen los humanos legitimación para negarle derechos a la naturaleza?*", en "*Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*". Serie Justicia y Derechos Humanos, 1era Ed. Quito, Ecuador.
- Crutzen, P. J. y E. F. Stoermer. 2000. "*The Anthropocene*". Global Change Newsletter, vol. 41.
- Foucault, Michel. 1995. "*La verdad y las formas jurídicas*". Barcelona, Gedisa 1980.

- Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC). 31 de marzo de 2014. *"Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability"*.
- Gudynas, Eduardo. 2010. *"La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica"* (CLAES). N° 13: 45-71, julio-diciembre. Tabula Rasa. Bogotá - Colombia.
- Lovelock, James. 2006. *"The Revenge of Gaia: Earth's Climate Crisis and the Fate of Humanity"*. New York, Basic Books.
- Morales Lamberti, A. 2016. *"Dimensión social y colectiva de los derechos humanos: relacionalidad e influencias del paradigma ambiental"*, en *"La Dimensión Social del Derecho Ambiental"*, págs. 407- 426. Dir. Cafferatta, Néstor, Rubinzal Culzoni Edit.
- Organización de las Naciones Unidas. 17 de agosto de 2012. Informe del Secretario General: *"Armonía con la Naturaleza"*, A/67/317.
- Ost, François. 1996. *"Naturaleza y Derecho. Para un debate ecológico en profundidad"*. Ediciones Mensajero, Bilbao.
- Pontara, Giuliano. 1996. *"Ética y generaciones futuras"*. Ariel, Barcelona.
- Stone, Christopher D. 2010. *"¿Should Trees Have Standing?"*. Law, Morality and the Environment. New York, Oxford University Press. (Artículo original: 45 S. Cal. L. Rev. 450, 1972).
- Stutzin, Godofredo. dic. 1984. *"Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza"*, en *Ambiente y Desarrollo*. Vol. I, N° 1, págs. 97-114.



# Índice

<b>Presentación del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales</b>	<b>3</b>
<b>Presentación del Secretario de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales</b>	<b>5</b>
<b>Presentación del Secretario de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales</b>	<b>7</b>
<b>Presentación y Agradecimientos del Director del Curso</b>	<b>9</b>
<b>Programa original del Curso</b>	<b>13</b>
<b>Programa Jornada CUIA-UNLP</b>	<b>17</b>
<b>De la concepción liberal de la propiedad privada inmueble, a la función social y a la función ecológica</b> <i>Leonardo Fabio Pastorino</i>	<b>21</b>
<b>Naturaleza y derechos humanos</b> <i>María de las Nieves Cenicacelaya y Carlos Gonzalo Francisco Fuentes</i>	<b>35</b>
<b>La función económico-social: un medio de acceso y conservación de la tenencia de la tierra en Bolivia</b> <i>Hugo Bejarano Torrejón</i>	<b>51</b>
<b>La función social y la función económica social en la Constitución política: un medio de acceso para la conservación de la tierra</b> <i>Maritza Sanchez Gil</i>	<b>61</b>
<b>Domini collettivi tra sud, centro e nord – Prospettive e nostalgie</b> <i>Maria Athena Lorizio</i>	<b>69</b>
<b>La propiedad comunitaria indígena como un bien colectivo</b> <i>Juan Carlos Fernández</i>	<b>83</b>



<b>El dominio de las aguas en el derecho indiano y su evolución por influencias del derecho civil en la América española</b>	<b>95</b>
<i>Rafael Ángel Figueroa</i>	
<b>Avatares de la gestión de las aguas interprovinciales: el caso del Río Atuel</b>	<b>117</b>
<i>Carlos Gonzalo Francisco Fuentes y María de las Nieves Cenicacelaya</i>	
<b>Sustentabilidad ambiental del agua de riego como bien común a partir de la huella hídrica</b>	<b>131</b>
<i>María Adriana Victoria</i>	
<b>La huella hídrica como forma adoptada para el canon de uso del agua en la Provincia de Buenos Aires</b>	<b>149</b>
<i>Alfredo Gustavo Diloreto</i>	
<b>La línea de ribera y el aluvión desde la legislación y su tratamiento en la jurisprudencia</b>	<b>161</b>
<i>Carlos Marcelo Lamoglia</i>	
<b>El dominio del agua en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación</b>	<b>171</b>
<i>María Florencia Pinedo</i>	
<b>Diritto internazionale degli investimenti e diritto all'acqua: il caso dell'Argentina</b>	<b>177</b>
<i>Simone Vezzani</i>	
<b>Biodiversità e servizi ecosistemici tra normativa e prassi</b>	<b>193</b>
<i>Lorenza Paoloni y María Laura Carranza</i>	
<b>El régimen jurídico de la pesca en Argentina</b>	<b>213</b>
<i>José Alberto Esain</i>	
<b>Reglamentación de la actividad cinegética sobre especies nativas en la provincia de Buenos Aires</b>	<b>237</b>
<i>Cristian Javier Bustamante</i>	
<b>Formas de paisajes y sus definiciones</b>	<b>245</b>
<i>María Cristina Romero</i>	

<b>Paisaje: Las formas de su regulación jurídica</b>	<b>253</b>
<i>Liliana Zendri</i>	
<b>El enfoque del paisaje en la gestión de las áreas naturales protegidas en Uruguay. Caso: Parque Nacional Esteros de Farrapos e Islas del Río Uruguay</b>	<b>263</b>
<i>Mónica D. Zappettini Torija</i>	
<b>Derechos de la naturaleza y justicia ecológica</b>	<b>273</b>
<i>Alicia Morales Lamberti</i>	



Este libro recoge las actas del Cuarto Curso del Ciclo de Cursos de Postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional y de las Jornadas CUIA-UNLP sobre bienes comunes, esta vez dedicadas a los recursos hídricos. Con ambas actividades, realizadas en un mismo período de tiempo, se cuestionaron las categorías dominiales con que se contemplan actualmente los recursos naturales, en especial teniendo en cuenta el impacto de un concepto monista de dominio que en el mundo del derecho quiso tratar por igual a manifestaciones de la naturaleza tan diferentes. Ante las complejidades propias del ambiente, se trató de plantear un sinnúmero de formas diversas de observarse éste y manifestarse la naturaleza y también se buscó exponer una cantidad de experiencias internacionales que expresan la posibilidad de darles, a esas formas, también diferente tratamiento jurídico.

### Autores:

Leonardo Pastorino	Marcelo Lamoglia
María de las Nieves Cenicacelaya	Florencia Pinedo
Gonzalo Fuentes	Simone Vezzani
Hugo Bejarano	Lorenza Paoloni
Maritza Sánchez Gil	Laura Carranza
María Athena Lorizio	José Esain
Juan Carlos Fernández	Cristian Bustamante
Rafael Figueroa	Cristina Romero
María Adriana Victoria	Liliana Zendri
Alfredo Diloreto	Mónica Zappetini Torija
	Alicia Morales Lamberti

**tic** DIRECCIÓN  
TECNOLOGÍAS de  
LA INFORMACIÓN  
Y COMUNICACIÓN



Cod. 655

