



UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE DERECHO

**La incorporación de la variable ambiental
a los conflictos competenciales en materia
de aguas en España y en Argentina**

D^a Elisa Pérez de los Cobos Hernández

2014



UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE DERECHO

LA INCORPORACIÓN DE LA VARIABLE AMBIENTAL A LOS CONFLICTOS
COMPETENCIALES EN MATERIA DE AGUAS EN ESPAÑA Y EN ARGENTINA

Directores

Dr. Santiago Álvarez Carreño

Dra. Blanca Soro Mateo

D^a. Elisa Pérez de los Cobos Hernández

2014

*A mis padres, Salvador y Encarna,
y, a mis Directores, Santiago y Blanca.
Sin olvidar a Nestor Cafferatta y a Miguel Mathus Escorihuela.*

ÍNDICE

| | |
|---------------------------|----|
| ABREVIATURAS | 13 |
| RESUMEN | 17 |
| ABSTRACT | 19 |
| INTRODUCCIÓN | 21 |

CAPÍTULO I. ETAPAS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE AGUAS EN ESPAÑA Y EN ARGENTINA

| | |
|--|-----------|
| I. SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO LEGISLATIVA DEL DERECHO DE AGUAS EN ESPAÑA Y EN ARGENTINA | 43 |
| 1. Síntesis de la evolución del Derecho de aguas en España | 43 |
| 2. Síntesis de la evolución del Derecho de aguas en Argentina | 51 |
| II. LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO DE AGUAS ESPAÑOL: DE LA LEY DE AGUAS DE 1866 A LA LEY DE AGUAS DE 1985 | 58 |
| III. LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO DE AGUAS ARGENTINO: UNA CONCEPCIÓN TRADICIONAL | 64 |
| IV. EL NUEVO DERECHO DE AGUAS EN ESPAÑA COMO CONSECUENCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO: LA PREVALENCIA DE LA VARIABLE AMBIENTAL EN EL CONCEPTO JURÍDICO DE AGUA | 72 |
| 1. Consideraciones previas | 72 |
| 2. El concepto de medio ambiente acuático y las diferentes masas de agua en la DMA... .. | 75 |
| <i>2. 1. El concepto de aguas superficiales en la DMA (aguas continentales, de transición, costeras y aguas territoriales en cuanto a su estado químico)</i> | <i>76</i> |
| 2. 1. 1. Las aguas continentales | 76 |
| 2. 1. 2. Las aguas de transición y las aguas costeras | 77 |
| 2. 1. 3. Las aguas territoriales | 80 |
| <i>2. 2. El concepto de aguas subterráneas en la DMA</i> | <i>81</i> |
| 3. Objetivos medioambientales de la DMA en relación con el nuevo concepto de aguas | 84 |
| 4. Transposición al derecho español de la DMA. Su repercusión en el concepto de aguas | 88 |
| <i>4. 1. Nuevo ámbito objetivo de aplicación de la ley de aguas, inclusión de las aguas de transición y costeras como objeto de protección</i> | <i>91</i> |
| 4. 1. 1. Las aguas continentales | 93 |
| 4. 1. 2. Las aguas de transición | 95 |
| 4. 1. 3. Las aguas costeras | 96 |
| <i>4. 2. La organización administrativa: la demarcación hidrográfica como ámbito territorial de gestión y planificación hidrológica y el comité de autoridades competentes</i> | <i>98</i> |

| | |
|--|-----|
| 4. 3. <i>La Planificación Hidrológica: un único plan para cada una de las demarcaciones hidrográficas</i> | 102 |
| 4. 4. <i>La protección del dominio público hidráulico y la calidad de las aguas: objetivos de protección de las aguas y objetivos ambientales</i> | 105 |
| V. EL NUEVO DERECHO DE AGUAS ARGENTINO COMO CONSECUENCIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. LA PREVALENCIA DE LA CONCEPCIÓN DOMINICAL DEL RECURSO | 112 |
| 1. Del Dominio Público Hidráulico argentino y sus elementos | 113 |
| 1. 1. <i>Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales</i> | 117 |
| 1. 1. 1. Ríos | 118 |
| 1. 1. 2. Arroyos | 119 |
| 1. 1. 3. Torrentes | 120 |
| 1. 1. 4. Ventisqueros | 120 |
| 1. 1. 5. Elementos comunes a los cursos de agua: especial referencia a las riberas internas de los ríos art. 2340, inc. 4º | 121 |
| 1. 2. <i>Toda otra agua que tenga o adquiriera la aptitud de satisfacer usos de interés general</i> | 130 |
| 1. 3. <i>Las aguas subterráneas</i> | 132 |
| 1. 4. <i>Los lagos navegables y sus lechos</i> | 137 |
| 1. 5. <i>Los acueductos o canales. Lagos y embalses artificiales</i> | 142 |
| 2. Naturaleza jurídica del agua en la legislación nacional. Del dominio público y la competencia para su delimitación | 143 |
| 2. 1. <i>Dominio público: concepto y naturaleza jurídica</i> | 145 |
| 2. 1. 1. Del concepto de dominio público y su confusión con el dominio eminente, originario y la jurisdicción | 145 |
| 2. 1. 2. Naturaleza jurídica del dominio público: discusión doctrinal..... | 150 |
| 2. 2. <i>La titularidad del agua como recurso natural en argentina: el dominio originario de las provincias argentinas</i> | 152 |
| 2. 3. <i>De la competencia para la delimitación del dominio público en derecho argentino</i> | 159 |
| 2. 4. <i>La titularidad estatal del dominio público natural. El supuesto español</i> | 164 |

CAPÍTULO II. COMPLEJIDAD COMPETENCIAL EN LOS ESTADOS ESPAÑOL Y ARGENTINO EN MATERIA DE AGUAS

| | |
|---|-----|
| I. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL ESTADO DE AUTONOMÍAS..... | 173 |
| II. LA COMPLEJA ARTICULACIÓN DE COMPETENCIAS EN EL ESTADO AUTONÓMICO. ESPECIAL REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS | 178 |
| 1. La articulación de competencias en el Estado Autonomico | 178 |
| 2.. Evolución del Estado autonómico. La crisis del modelo y lo recientes planteamientos | 182 |
| III. SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE AGUA EN DERECHO ESPAÑOL | 193 |

| | |
|--|-----|
| 1. El reparto constitucional de competencias en materia de aguas. Los arts. 149.1.22ª y 148.1.10ª CE..... | 193 |
| 2. Asunción actual de competencias en materia de aguas en los EEAA | 199 |
| IV. PRECISIONES SOBRE LA COMPLEJIDAD COMPETENCIAL DEL ESTADO FEDERAL ARGENTINO. EL CONCEPTO DE ESTADO FEDERAL Y ORIGEN HISTÓRICO DEL FEDERALISMO ARGENTINO | 201 |
| 1. El origen unitario o descentralizado del modelo de estado argentino | 204 |
| 2. El trasfondo económico de la adopción del federalismo como forma de Estado | 207 |
| V. EL FEDERALISMO EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA | 208 |
| VI. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1994: FORTALECIMIENTO DEL FEDERALISMO Y NACIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO ECOLÓGICO | 212 |
| 1. Fortalecimiento del federalismo | 214 |
| 1. 1. <i>Autonomía Municipal</i> | 215 |
| 1. 2. <i>La Región en la Constitución argentina</i> | 222 |
| 1. 3. <i>Nueva autonomía para la Ciudad de Buenos Aires</i> | 224 |
| 1. 4. <i>Reconocimiento a las provincias de potestades en materia internacional</i> | 227 |
| 2. El “Constitucionalismo verde argentino” a partir de 1994..... | 236 |
| 2. 1. <i>La cláusula ambiental (art. 41 CN)</i> | 239 |
| 2. 2. <i>Derechos de incidencia colectiva y el amparo colectivo</i> | 241 |
| 2. 3. <i>El Dominio originario provincial de los recursos naturales</i> | 246 |
| 2. 4. <i>Síntesis</i> | 247 |
| VII. INTEGRACIÓN DEL MODELO FEDERAL ARGENTINO | 249 |
| 1. Los sujetos de la estructura federal argentina y su ámbito de autonomía | 249 |
| 2. Relaciones internas en la estructura federal argentina | 252 |
| 2. 1. <i>Principio de supremacía federal. Suprasubordinación</i> | 252 |
| 2. 2. <i>Principio de participación. Relaciones de inordinación</i> | 255 |
| 2. 3. <i>Principio de coordinación. Distribución constitucional de competencias</i> | 257 |
| 2. 3. 1. <i>Competencias exclusivas o privativas</i> | 258 |
| 2. 3. 2. <i>Competencias concurrentes</i> | 260 |
| 2. 3. 3. <i>Competencias compartidas</i> | 262 |
| VIII. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE AGUA EN DERECHO ARGENTINO..... | 264 |
| 1. Dominio y jurisdicción..... | 265 |
| 1. 1. <i>Delimitación conceptual</i> | 265 |
| 1. 2. <i>Evolución en la disputa competencial sobre los ríos: Del dominio a la jurisdicción</i> | 269 |
| 2. Competencias reservadas por las provincias | 279 |
| 2. 1. <i>La atribución residual como regla general y las competencias provinciales expresas</i> | 279 |

| | |
|--|-----|
| 2. 2. <i>El Derecho de los tratados interprovinciales: especial referencia a la Cuenca Matanza Riachuelo</i> | 284 |
| 2. 2. 1. El Derecho de los tratados interprovinciales..... | 284 |
| 2. 2. 2. Principales tratados interprovinciales: especial referencia a la Cuenca Matanza Riachuelo..... | 291 |
| 3. Competencias delegadas a la Nación | 304 |
| 3. 1. <i>Navegación y comercio interprovincial e internacional</i> | 305 |
| 3. 2. <i>Causas de almirantazgo y jurisdicción marítima</i> | 307 |
| 3. 3. <i>Otras competencias de la Nación</i> | 312 |

CAPÍTULO III. DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE COMO TÍTULO COMPETENCIAL CONCURRENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y ARGENTINO

| | |
|---|-----|
| I. EL REPARTO CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE EN DERECHO ESPAÑOL | 321 |
| 1. El concepto constitucional de medio ambiente | 321 |
| 2. Articulación constitucional de competencias en materia de medio ambiente ex arts. 149.1.23ª y 148.1.9ª CE..... | 333 |
| 3. Competencias estatales y autonómicas en materia de medio ambiente..... | 334 |
| 3. 1. <i>Competencias estatales: normas básicas de protección ambiental</i> | 334 |
| 3. 2. <i>Competencia normativa autonómica en materia ambiental (normas de desarrollo y adicionales de protección)</i> | 343 |
| 3. 3. <i>Competencia autonómica de gestión ambiental</i> | 345 |
| 4. Asunción de competencias en materia de medio ambiente en los EEAA | 347 |
| 5. Doctrina constitucional: consideraciones generales | 349 |
| II. DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO ARGENTINO | 358 |
| 1. Consideraciones previas sobre la consagración constitucional de derecho a un medio ambiente sano y al rediseño competencial aplicado por la reforma constitucional de 1994..... | 358 |
| 2. Antecedentes de distribución de competencias en materia ambiental en la Constitución Nacional 1853/60..... | 361 |
| 3. El debate parlamentario de la cláusula ambiental. El fortalecimiento del federalismo de concertación..... | 365 |
| 4. El federalismo de concertación: el Consejo Federal para el Medio Ambiente | 368 |
| 5. La articulación constitucional de competencias en materia de medio ambiente. La concepción amplia y la concepción restrictiva de la cláusula ambiental y el alcance funcional del art. 41 CN. | 376 |
| 5. 1. <i>La extensión material de la cláusula ambiental: las distintas posturas doctrinales</i> | 376 |
| 5. 2. <i>El alcance funcional de la competencia albergada en el art. 41 CN</i> | 380 |

| | |
|---|-----|
| 5. 3. <i>Los principios arbitrado por la doctrina para resolver la concurrencia del título ambiental y de títulos conexos</i> | 382 |
| 6. El alcance de las competencias normativas de la nación: los denominados presupuestos mínimos de protección ambiental..... | 385 |
| 6. 1. <i>Alcance material de los presupuestos mínimos de protección ambiental</i> | 385 |
| 6. 1. 1. El Concepto de Presupuesto Mínimo de Protección Ambiental..... | 385 |
| 6. 1. 2. Concepciones doctrinales en torno al contenido que debe darse a los presupuestos mínimos de protección ambiental..... | 387 |
| 6. 1. 3. Los límites de los presupuestos mínimos de protección ambiental..... | 392 |
| 6. 2. <i>El vehículo formal a través del cual se deben formular los presupuestos mínimos de protección ambiental</i> | 396 |
| 6. 3. <i>Algunos ejemplos: el agua en las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental</i> | 404 |
| 7. Competencias de las provincias en materia ambiental..... | 408 |
| 7. 1. <i>Las normas complementarias</i> | 408 |
| 7. 1. 1. Concepto, alcance y contenido de las normas de complemento..... | 408 |
| 7. 1. 2. Límites de las normas complementarias..... | 414 |
| 7. 2. <i>Las potestades de gestión</i> | 421 |
| 8. El agua en los en las Leyes Generales del Ambiente de las Provincias..... | 423 |

CAPÍTULO IV. LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMPETENCIALES EN MATERIA DE AGUAS Y MEDIO AMBIENTE EN DERECHO ESPAÑOL

| | |
|---|-----|
| I. LA PREVALENCIA DEL CRITERIO GEOGRÁFICO COMO DELIMITADOR DE LAS COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS CCAA EN MATERIA DE AGUAS..... | 425 |
| II. LA NECESARIA REINTERPRETACIÓN DE LA ARTICULACIÓN DE COMPETENCIAS EN RELACIÓN CON EL NUEVO CONCEPTO DE AGUA COMO RECURSO NATURAL A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO: EL NUEVO CONCEPTO DE AGUA COMO RECURSO NATURAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL MEDIO AMBIENTE..... | 430 |
| III. LA EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMPETENCIALES EN MATERIA DE AGUAS EN DERECHO ESPAÑOL..... | 433 |
| 1. Sobre el derecho a disfrutar de una cantidad de agua de calidad suficiente y segura para cubrir las necesidades de consumo humano, desarrollo económico y social (STC 247/2007):..... | 433 |
| 2. Sobre las competencias de las CCAA en las cuencas hidrográficas intracomunitarias e intercomunitarias, en las obras hidráulicas de interés general. De su participación en la planificación hidrológica (STC 31/ 2010)..... | 439 |
| 2.1. <i>De las competencias exclusivas de las CCAA en las cuencas hidrográficas intracomunitarias</i> | 443 |
| 2.2. <i>De las competencias de las CCAA en obras hidráulicas de interés general</i> | 445 |
| 2.3. <i>De la participación autonómica en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de las cuencas hidrográficas intercomunitarias</i> | 446 |
| 2.4. <i>Del informe preceptivo en caso de trasvases que afecten a los recursos hídricos en su ámbito territorial</i> | 447 |

| | |
|--|-----|
| 2.5. Participación en la planificación hidrológica de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pasan o finalicen en la CA provenientes de territorios fuera del ámbito estatal español..... | 450 |
| 3. Sobre el derecho al abastecimiento de agua y las competencias de la CA sobre recursos y aprovechamientos hidráulicos (STC 110/2011)..... | 451 |
| 4. Sobre la unidad de gestión de las cuencas intracomunitarias y sobre la consideración del EA como vehículo normativo para delimitar las competencias estatales (STC 30/2011) | 454 |
| IV. LOS PRINCIPIOS DE COLABORACIÓN, COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN COMO CRITERIOS DE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL | 465 |
| V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ANALIZADA..... | 478 |
| 1. Extensión de las competencias autonómicas respecto de las Cuencas Hidrográficas..... | 478 |
| 2. Ámbito y límites de los EEAA en el sistema competencial..... | 483 |
| CAPÍTULO V. LA INCORPORACIÓN DE LA VARIABLE AMBIENTAL A LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES EN MATERIA DE AGUAS EN DERECHO ARGENTINO | |
| I. CONFLICTOS COMPETENCIALES DERIVADOS DE LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ARGENTINA: EL CASO DE LA LEY 25.688 DE RÉGIMEN DE GESTIÓN AMBIENTAL DE AGUAS | 491 |
| II. LEADING CASE AMBIENTAL. LA CAUSA “MENDOZA” UN PROCESO AUTÓNOMO Y URGENTE | 501 |
| 1. Localización y descripción de la problemática de la cuenca..... | 502 |
| 2. Origen histórico de la deuda ambiental..... | 505 |
| 3. Las medidas organizativas adoptadas por el ejecutivo nacional a partir de los años noventa y sus exiguos resultados: comité ejecutivo y comité ejecutor | 507 |
| 4. La causa “Mendoza” y el reconocimiento de los derechos de tercera generación | 515 |
| 4. 1. <i>Las partes del procedimiento: personaciones espontáneas y ampliación de demanda</i> | 516 |
| 4. 1. 1. Integración del frente activo | 517 |
| 4. 1. 2. Integración de la parte demandada..... | 519 |
| 4. 2. <i>Objeto del procedimiento</i> | 522 |
| 4. 3. <i>La Sentencia interlocutoria de 20 de junio de 2006: primera “CONDENA” de los demandados</i> | 524 |
| 4. 3. 1. Delimitación de la competencia originaria de la Corte Suprema..... | 524 |
| 4. 3. 2. Las facultades de instrucción y ordenación asumidas por el tribunal | 528 |
| 4. 3. 3. Sucesión de audiencias hasta la sentencia de mérito: la presentación del plan integral de saneamiento y la creación de la Acumar..... | 530 |
| 4. 4. <i>Sentencia definitiva de 8 de julio de 2008</i> | 533 |
| 4. 4. 1. Los sujetos obligados por el Fallo..... | 534 |
| 4. 4. 2. Objetivos y programa de medidas para su consecución..... | 535 |
| 4. 4. 2. 1. Dificultad en la identificación del beneficiario de las multas en los casos de intereses colectivos..... | 542 |

| | |
|--|-----|
| 4. 4. 2. 2. Fondo de Compensación Ambiental..... | 543 |
| 4. 4. 3. Control jurisdiccional: especial sistema de ejecución del fallo de 8 de julio de 2008..... | 544 |
| 4. 4. 3. 1. De las competencias exclusivas del Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes..... | 544 |
| 4. 4. 3. 2. De las reglas procesales a seguir en los procedimientos relativos a la ejecución de la Sentencia de 8 de julio de 2008 | 549 |
| 4. 4. 4. El posterior seguimiento efectuado por la Corte Suprema. El último Informe del Defensor del Pueblo. | 554 |
| CONCLUSIONES | 561 |
| ANEXOS | |
| ANEXO I. COMPETENCIAS ASUMIDAS EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA EN MATERIA DE AGUAS..... | 591 |
| ANEXO II. COMPETENCIAS ASUMIDAS EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE..... | 597 |
| ANEXO III. EL AGUA EN LAS <i>CONSTITUCIONES DE LAS PROVINCIAS ARGENTINAS</i> .. | 601 |
| ANEXO IV. JURISPRUDENCIA CITADA | 611 |
| ANEXO IV. NORMAS Y DOCUMENTOS INTERNACIONALES, COMUNITARIOS Y NACIONALES..... | 625 |
| BIBLIOGRAFÍA | |
| BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA..... | 647 |
| BIBLIOGRAFÍA ARGENTINA | 667 |

ABREVIATURAS

| | |
|-----------|---|
| AGE | Administración General del Estado |
| AGNU | Asamblea General de las Naciones Unidas |
| AGN | Administración General de la Nación |
| AFDUAM | Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid |
| AIDA | Asociación Internacional de Derecho de Aguas |
| AJ | Antecedente jurídico |
| Art./Arts | Artículo/s |
| BEA | Boletín de estudios autonómicos |
| BMVE | Bajamar Equinoccial |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CA/CCAA | Comunidad/es Autónoma/s |
| CC | Código Civil |
| CE | Constitución Española de 1978 |
| CEPE | Comisión Económica para Europa |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial |
| Cit. | Citado/a |
| CIRDE | Centro Internazionale Ricerche sul Diritto Europeo |
| Consid. | Considerando |
| Coord. | Coordinador |
| CMR | Cuenca Matanza Riachuelo |
| DGCE | Dirección General de lo Contencioso del Estado |
| DGI | Departamento General de Irrigación |
| Dir. | Director/es |
| DMA | Directiva 200/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000 |
| DO | El Diario Oficial de la Unión Europea, boletín oficial en el que aparecen las disposiciones legales de la UE (serie L) y otros documentos oficiales de las instituciones, órganos y organismos de la UE (serie C y sus suplementos) |
| DPH | Dominio Público Hidráulico |
| DPM-T | Dominio Público Marítimo Terrestre |
| EA/EEAA | Estatuto/s de Autonomía/s |
| EAAnd. | Estatuto de Autonomía de Andalucía |
| EAAr. | Estatuto de Autonomía de Aragón EAC Estatuto de Autonomía de Cataluña |

| | |
|---------------|---|
| EACL | Estatuto de Autonomía de Castilla y León |
| EACV | Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana |
| ED | Revista Jurídica El Derecho |
| Ed. | Edición |
| <i>et al.</i> | <i>et alii</i> |
| FAO | Food and Agriculture Organization of the United Nations |
| FARN | Fundación ambiente y recursos naturales |
| FJ/FFJJ | Fundamento/s Jurídico/s |
| Ha. | Hectárea |
| IGME | Instituto Geológico y Minero de España |
| IICA | Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas de la Organización de los Estados Americanos |
| INA-CELA | Instituto Nacional del Agua- Centro de Economía, Legislación y Administración del Agua. |
| INE | Instituto Nacional de Ecología |
| JA | Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina |
| LBRL | Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local |
| LJCA | Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa |
| LGA | Ley 25.675, de 6 de noviembre de 2002, General del Ambiente. |
| LGDJ | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| LL | Revista Jurídica La Ley |
| LLGC | Revista jurídica La Ley Gran Cuyo |
| L.Mi. | Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas |
| L.O. | Ley Orgánica |
| LOAPA | Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico de 30 de julio de 1982 |
| LORAFNA | Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra |
| LOTIC | Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional |
| LRJAP y PAC | Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común |
| MAP | Ministerio de Administraciones Públicas |
| MIMA | Ministerio de Medio Ambiente |
| OIT | Organización Internacional del Trabajo |

| | |
|----------|---|
| ORPALC | Oficina Regional para América Latina y el Caribe |
| OSE | Observatorio de la sostenibilidad de España |
| P./Pp. | Página/as |
| PEN | Poder Ejecutivo Nacional |
| PISA | Plan Integral de Saneamiento Ambiental |
| PMA | Programa para el Medio Ambiente de la UE |
| PMPA | Presupuestos mínimos de protección ambiental |
| PNUMA | Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente |
| PROFEPA | Procuraduría Federal de Protección al Ambiente de México |
| RADA | Revista Aranzadi de Derecho Ambiental |
| RAAP | revista andaluza de administración pública |
| RAP | Revista de Administración Pública |
| RAPAH | Reglamento de la Administración Pública del Agua y Planificación Hidrológica |
| RDA | Revista de Derecho Ambiental |
| RDP | Revista de Derecho Político |
| REAF | Revista d'estudis Autonomics i Federals |
| REDA | Revista Española de Derecho Administrativo |
| REDEC | Revista Española de Derecho Constitucional. |
| REDI | Revista española de Derecho internacional |
| REDUR | Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja |
| REFC | Revista Española de la Función Consultiva |
| RGDA | Revista General de Derecho Administrativo |
| RJA | Revista de Justicia Administrativa |
| RPDTEL | Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales |
| RVAP | Revista Vasca de Administración Pública |
| S.C.B.A. | Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires |
| s.e. | Sin indicación de editorial |
| SEMARNAT | Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales de México |
| SCA | Sentencia Cámara de Apelaciones |
| SCN | Sentencia Cámara Nacional |
| SCSJN | Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina |
| SJCAT | Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo y Tributario |

| | |
|----------|--|
| SJFQ | Sentencia del Juzgado Federal de Quilmes |
| SJNF | Sentencia Juzgado Nacional Federal |
| SSCJ | Sentencia Suprema Corte de Justicia |
| STC/SSTC | Sentencia/s del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STSJ | Sentencia Tribunal Superior de Justicia |
| TAH | Tribunal <i>Ad Hoc</i> |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TCE | Tratado de la Comunidad Europea |
| TRLA | Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas |
| TS | Tribunal Supremo |
| UICN | Unión Mundial para la Naturaleza |
| UMSNH | Universidad michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México |
| UBA | Universidad de Buenos Aires, Argentina |
| VV.AA. | Varios autores |
| ZS | Zona de saturación |
| ZNS | Zona no saturada |

RESUMEN

La progresiva toma de conciencia ambiental de los últimos años ha marcado no sólo la modificación de las normativas reguladoras del agua, sino la propia evolución del Derecho de aguas, gradualmente transformado de acuerdo con los intereses sociales. Mientras que un enfoque tradicional situaba la preocupación principal sobre el agua en la necesidad de asegurar su disponibilidad, en el momento actual y una vez constatado el daño ambiental existente, la calidad de las aguas y su preservación, que antaño carecieron de importancia, pasan a ocupar un primer plano en las agendas gubernamentales. La presente Tesis tiene por objeto el análisis de los efectos que la incorporación de la variable ambiental ha tenido en los conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España, y entre las provincias y la Nación en Argentina. Se parte de la siguiente premisa: las posibles invasiones competenciales derivadas de la *vis* expansiva del medio ambiente. Ésta, llevada al extremo, puede absorber el resto de competencias que inciden sobre el territorio, el entorno y los recursos naturales y, concretamente en este caso, puede vaciar de contenido las competencias bien estatales/nacionales bien autonómicas/provinciales en materia de aguas. Ahora bien, del mismo modo, el ejercicio de la competencia exclusiva sobre aguas continentales no puede originar un vacío de las competencias en materia de medio ambiente que dificulte la protección del recurso natural agua. La comparación de ordenamientos jurídicos facilita identificar diferencias y similitudes entre sistemas, aproximando la necesaria armonización y unificación del Derecho en un ámbito tan fundamental como es el agua. Superar los horizontes de un ordenamiento jurídico individual permite percibir la globalidad que subyace en las dificultades jurídicas asociadas a las aguas y al medio ambiente. Se busca la transferencia de experiencia y conocimiento en sistemas jurídicos lo que justifica la comparación que se lleva a cabo.

Entre los objetivos de esta Tesis se encuentra: i) el análisis de la transformación de los ordenamientos jurídicos español y argentino desde la época de la sistematización del Derecho de aguas hasta su conformación actual a través de la “medioambientalización” del tratamiento jurídico del recurso; ii) el análisis y comparación del sistema de distribución competencial en materia de aguas y medio ambiente en dos modelos Estado como el de Autonomías y el federal argentino, que parten de criterios de distribución dispares. Se logra con ello una visión panorámica de las principales diferencias y similitudes en las decisiones adoptadas y en los problemas

competenciales derivados de éstas; iii) análisis práctico de los conflictos competenciales e identificación de los criterios seguidos para su resolución.

Para alcanzar los objetivos, la tesis se estructura en cinco capítulos: Capítulo I sintetiza las etapas en la evolución del derecho de aguas en España y en Argentina; el Capítulo II se destina al análisis de la distribución competencial en materia de aguas en ambos ordenamientos jurídicos; el Capítulo III, se centra en la distribución competencial en materia de medio ambiente en España y Argentina; el Capítulo IV, analiza los conflictos competenciales agua-medio ambiente en el derecho español y los criterios para su resolución; el Capítulo V, se centra en los conflictos competenciales agua-medio ambiente en el ordenamiento jurídico argentino. De acuerdo con los objetivos y la estructura expuesta, el trabajo de investigación desarrollado no queda incardinado única y exclusivamente en el Derecho ambiental de aguas, sino que aborda cuestiones esenciales de Derecho administrativo y del Derecho constitucional, en especial el modelo de Estado y el sistema de distribución de competencias constitucionales. Entre las conclusiones destaca la constatación de problemas similares ante la descentralización competencial de poderes aun partiendo de criterios de distribución dispares.

ABSTRACT

Growing environmental awareness over recent years has had an impact not only on water related regulations, but also on how the actual Spanish water law has evolved over the years, gradually contemplating social interests. Traditionally the prime concern with regards to water was the need to assure its availability, but at present, having seen the existing environmental damage, the actual quality of the water and its preservation, issues that previously lacked importance, have now become of prime importance to governments. The purpose of this doctoral thesis is to analyse the effects that the incorporation of the environmental variable has had on conflicts related to jurisdiction between the State and the Autonomous Communities in Spain, and between the Provinces and the Nation in Argentina. This paper is based on the following premise: possible conflicts related to jurisdiction owing to increased environmental awareness. This growing awareness, if pursued in an extreme, could affect other jurisdictions such as territorial, environmental and those regarding natural resources and, in this case in particular, could invalidate autonomous/provincial or even state/national jurisdictions with regards to water. However, in the same way, the exercise of exclusive jurisdiction on continental waters cannot create a vacuum in the jurisdiction regarding the environment, as this would then impede the protection of this natural resource - water. By comparing various legal systems this highlights differences and similarities in the systems and the necessity to unify the Law, in an area as fundamental as water. By surpassing the frontiers of individual legal systems, the problem which underlies the legal difficulties associated with water and the environment as a whole becomes visible. The comparison is carried out in the search for the transfer of experience and knowledge regarding the different legal systems.

The aims of this thesis are: (i) analysis of the changes to the legal systems in Spain and Argentina from when the Water Law became systematised, the environmental shaping of the legislation, up to its present-day form; (ii) analysis and comparison of jurisdictional distribution in the areas of water and environment of two models: The Spanish Autonomous Community model and the Argentinian Federal State model, both with different criteria with regards to distribution of power. These analyses offer a global perspective of the main variations in the decisions made and the jurisdictional problems arising from these decisions; (iii) practical analysis of the

conflict of power and identification of the criteria established to resolve these conflicts.

For this purpose, the paper is divided into five chapters: Chapter I summarizes the various phases regarding changes to the Water Law in Spain and Argentina; Chapter II includes the analysis of the distribution of power in the area of water in both legal systems; Chapter III focuses on the distribution of power in the field of environment in Spain and Argentina; Chapter IV analyses the jurisdictional conflicts related to water-environment in the Spanish legal system and the criteria for their resolution; Chapter V focuses on jurisdictional conflicts related to water-environment in the Argentinian legal system. With these objectives and this structure in mind, the research not only encompasses Environmental Water Law, but addresses key issues of Administrative and Constitutional Law, in particular with regards to the State model and the system of distribution of constitutional powers. The conclusions highlight the existence of similar problems due to the decentralization of powers even when the criteria for the distribution of power were totally dissimilar.

INTRODUCCIÓN

La preocupación por la protección, la conservación y la restauración del medio ambiente constituye en la actualidad una demanda social prioritaria. El desarrollo sostenible y la necesaria preservación de los recursos naturales constituyen objetivos irrenunciables y obligaciones generalizadas. La sociedad actual se reconoce deudora del medio ambiente habiendo interiorizado la reflexión que sitúa el origen del deterioro y del daño ambiental en el desarrollo industrial progresivo y muchas veces no controlado del que parte nuestro sistema actual de vida. Nuestra sociedad debe ser capaz de enmendar los daños causados y de poner fin al quebranto de los recursos naturales. Cada acto, decisión, o nueva medida que se adopte, en los más diversos ámbitos de nuestra comunidad, debe hacerse desde la conciencia ambiental, para dar así respuesta tanto a las necesidades ya existentes como a las futuras. En este sentido, como respuestas especialmente importantes destacan las decisiones jurídicas de protección del medio ambiente.

Si las anteriores premisas son válidas en relación con todos los recursos naturales que integran el concepto de medio ambiente, en relación con el agua se hacen todavía más patentes. La progresiva toma de conciencia ambiental característica de los últimos años ha venido marcando no sólo la modificación de las normativas reguladoras del agua, sino la propia evolución del Derecho de aguas, gradualmente transformado de acuerdo con los intereses sociales. Así, mientras que un enfoque tradicional situaba la preocupación principal sobre el agua en la necesidad de asegurar su disponibilidad –a fin de obtener cantidad suficiente para cubrir de las necesidades existentes para el consumo humano e industrial–, en el momento actual y una vez constatado el daño ambiental existente, la calidad de las aguas y su preservación, que antaño carecieron de importancia, pasan a ocupar un primer plano en las agendas gubernamentales. El concepto tradicional del agua, según el cual ésta no era sino un recurso eminentemente económico potenciador del desarrollo industrial, queda superado pasando a ser reconocida como un recurso natural fundamental para la vida que debe quedar protegido tanto cuantitativa como cualitativamente. Esta doble perspectiva de protección, cuantitativa y cualitativa, nacida del “despertar ambiental” y de la toma de conciencia de que ambas cuestiones quedan inexorablemente unidas,

constituye la primera manifestación de la evolución en el tratamiento jurídico del agua.

El presente estudio tiene por objeto, como se desprende de su propio título, el análisis de los efectos que la incorporación de la variable ambiental ha tenido en los conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA) en España y entre las provincias y la Nación en Argentina. Se parte de la siguiente premisa: las posibles invasiones competenciales derivadas de la *vis expansiva* del medio ambiente. Tanto en el ordenamiento jurídico español como en el argentino el agua se reconoce como un sector material autónomo sujeto a su específico diseño constitucional de distribución competencias, sin perjuicio de que en su condición de recurso natural quede integrada dentro del supra-concepto medio ambiente, sujeto igualmente a su específico sistema competencial. En ambos casos la confluencia de potestades –estatales y autonómicas, en el caso de España, provinciales y nacionales, en el caso de Argentina– sobre un mismo espacio físico es sin duda un foco continuo de conflictos competenciales que plantea siempre problemas de articulación y encaje. La *vis expansiva* del medio ambiente, llevada al extremo, podría absorber las demás competencias que inciden sobre el territorio, el entorno y los recursos naturales y, concretamente en este caso, podría vaciar de contenido las competencias bien estatales/nacionales bien autonómicas/provinciales en materia de aguas¹. Ahora bien, del mismo modo, el ejercicio de la competencia exclusiva sobre aguas continentales no puede originar un vacío de las competencias en materia de medio ambiente que dificulte la protección del recurso natural agua². Deviene por tanto fundamental concretar, de un lado, la correcta distribución de competencias en materia de agua y, de otro, el alcance del título competencial en materia de medio ambiente y su distribución entre los poderes competentes. Y todo ello, a fin de comprender la cuestión de fondo que subyace en los conflictos que pueden derivarse de su confluencia, analizando los diferentes criterios que se han adoptado tanto en España como en Argentina para la resolución de estas controversias.

La comparación de ordenamientos jurídicos facilita identificar diferencias y similitudes entre sistemas, aproximando la necesaria armonización y unificación

¹ STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 3.

² STC 166/2000, 15 de junio, FJ 5.

progresiva del Derecho en un ámbito tan fundamental como es el agua. Superar los horizontes de un ordenamiento jurídico individual permite percibir la globalidad que subyace en las dificultades jurídicas asociadas a las aguas y al medio ambiente. Si cómo defiende MENÉNDEZ REXACH, el agua puede ser concebida como un bien jurídico global, la cooperación y coordinación en su gestión deviene imprescindible³. Para alcanzar este objetivo, la comparación conjunta de distintos sistemas jurídicos se muestra instrumento esencial. Con ello se garantiza alcanzar soluciones reales a problemas comunes a través del intercambio de experiencias y conocimientos procedentes de otros ordenamientos jurídicos. Como señala TOSCANO PANIAGUA, “hacen falta estudios jurídicos abiertos y flexibles para importar lo que es útil y exportar aquello que en el propio país ha dado los mejores resultados, se deben de abrir las posibilidades de circulación de las ideas jurídicas”⁴.

La comparación entre sistemas jurídicos, en especial entre el español y el iberoamericano en general, y más concretamente con el argentino, adquiere en la actualidad una singular importancia. Así lo demuestran, entre otros, los trabajos de

³ Entendiendo los bienes públicos globales como aquellos cuyos beneficios se extienden a todos los países, personas y generaciones, MENÉNDEZ REXACH defiende tal condición respecto del agua. En este sentido afirma que “es evidente que el agua es un bien público global. Hasta ahora no se ha planteado la consideración del agua como un bien público «global» en el sentido de «supraestatal», pero sí la necesidad de cooperación y coordinación en la gestión de un recurso vital. (...) A escala individual, es incuestionable que «determinadas» aguas pueden ser privadas (lo son en muchas ocasiones), pero, consideradas en su conjunto como un recurso natural indispensable para la vida, es difícil negar su carácter de bien público global. En muchos Estados esa consideración está en la base de la declaración de las aguas (o parte de ellas) como bien público o nacional (dominio público en los sistemas jurídicos que reconocen esta institución). Pero es importante subrayar que esa consideración no deriva de la naturaleza de las cosas, sino que es producto de una decisión política (legislativa)”. MENÉNDEZ REXACH, A., “El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua”, *AFDUAM*, núm. 16, 2012, p. 189.

En relación con los bienes públicos globales, *vid.* KAUL, I., / CONCEICAO, P., (eds.), *Providing Global Goods: Managing Globalisation*, Oxford University Press, Oxford, 1999; KAUL, I. / GRUNBERG, I. / STERN, M. A., (eds.), *Providing Public Global Goods: International Cooperation in the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 2003; BARRETT, A. S., *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2010; AUBY, J. B., *La globalisation, le droit et l'Etat*, 2ª ed., LGDJ, Paris, 2010, pp. 174-182; SHAFFER, G., “International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World”, *CIRDE*, European Journal of International Law, Vol. 23, 3/213, p. 669; PETERS, A., “Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado”, *AFDUAM*, núm. 16, 2012.

⁴ TOSCANO PANIAGUA, M. L., *El estudio del Derecho Comparado en las currículas de las Universidades*, Coordinación de Innovación Educativa Q.F.B. /UMSNH, Michoacán, México, 2010, p. 2.

reconocidos especialistas en la materia como EMBID IRUJO⁵, MÉNDEZ REXACH⁶, SÍNDICO, FERNÁNDEZ EGEA y BORRÁS PENTINAT⁷, IZA y AGUILAR⁸ o MARTÍN⁹.

La elección del ordenamiento jurídico argentino como objeto de estudio de este trabajo vino motivada inicialmente por dos razones. De un lado, la actual crisis del Estado Autonómico invitaba a comparar nuestro modelo con un sistema de corte federal similar al que algunos sectores de la sociedad española reclaman. De otro, las circunstancias naturales y geográficas de ambos países permitían establecer similitudes suficientes para detectar problemas comunes. Argentina, al igual que España, es un país predominantemente árido y semiárido, de forma que alguna de sus provincias aparecen marcadas por la escasez del recurso como ocurre en CCAA como Murcia. Argentina reunía por tanto los requisitos necesarios para abordar un estudio inicial.

La estancia de investigación realizada en Argentina resultó fundamental, reforzando la motivación de este trabajo. La experiencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires facilitó conocer, en primera persona, el problema ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo (CMR). El Riachuelo Matanza se erige adalid de la contaminación nacional argentina. Su contaminación histórica, perpetuada durante más de doscientos años, ha condenado a los cursos de agua de la Cuenca y a sus habitantes a una situación de gravedad ambiental palmaria. La compleja distribución de competencias concurrentes en la CMR, articuladas según diversos criterios territoriales y materiales, ejemplifica la importancia de la distribución constitucional de competencias, en especial, como criterio para la imputación de responsabilidad por el daño ambiental causado¹⁰. De un modo personal, el haber nacido en una ciudad

⁵ EMBID IRUJO, A., (dir.), *El derecho de aguas en Iberoamérica y en España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, T. I y II, Civitas, Madrid, 2002.

⁶ MENÉNDEZ REXACH, A., (dir.), *Planificación y gestión del agua ante el cambio climático. Experiencias comparadas y el caso de Madrid*, La Ley, Madrid, 2013.

⁷ SÍNDICO, F. / FERNÁNDEZ EGEA, R. / BORRÁS PENTINAT, S., (coords.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente. Una visión desde Iberoamérica*, CMP Publishing, London, 2011.

⁸ AGUILAR, G. / IZA, A., *Gobernanza de Aguas Compartidas. Aspectos Jurídicos e Institucionales*, IUCN, Gland, Suiza, 2009.

⁹ MARTÍN, L., *Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y el dominio de las aguas públicas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

¹⁰ Tal y como se recoge en el Resumen Ejecutivo del Plan Integral de Saneamiento Ambiental (PISA) de la CMR, “en la Cuenca Matanza Riachuelo coexisten 17 jurisdicciones y 29 organismos competentes. Todos ellos con jurisdicción y/o competencia

como Murcia, regada por las aguas del Río Segura, hizo imposible no establecer comparaciones inmediatas despertando el especial interés por la CMR que se refleja en este trabajo. La comparación no carece de fundamento. El pasado mes de julio de 2014 tuvo lugar en la Ciudad de Buenos Aires el taller de “Intercambio de experiencias en proyectos integrales de recuperación de cuerpos de agua y tratamiento de efluentes”, organizado por la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), con el apoyo del Banco Mundial y el Gobierno de España, y en el que, entre otras, se expuso la experiencia de saneamiento y recuperación ambiental de la Cuenca del Río Segura¹¹.

Asimismo, la estancia en la Universidad de Mendoza permitió profundizar en el conocimiento de la articulación competencial. Caracterizada la provincia mendocina por la escasez del recurso, la cultura del agua tiene un intenso enraizamiento en la práctica totalidad de actividades. La importancia del agua en Mendoza sirve de base para la defensa de la posición de las provincias frente a las injerencias de la Nación. Los conflictos competenciales adquieren una relevancia que no puede ser desconocida. De un lado, y respecto del agua, la concepción demanial del recurso, basada en el principio de titularidad provincial del dominio público hidráulico (DPH), aunque opuesto a la titularidad estatal del DPH español es, sin embargo, causa determinante de problemas competenciales de similar importancia. Del mismo modo, la actual

sobre el recurso hídrico y/o su área de influencia. No existe actualmente ningún ámbito de coordinación que permita coherencia jurídico-institucional para implementar la gestión integrada del recurso hídrico. Este es sin duda el primer obstáculo que debe resolver el PISA para garantizar su implementación y sustentabilidad. Cada Organismo dicta normativa que resulta aplicable en el ámbito de su competencia. Estas normas, que en distintas ocasiones, colisionan entre sí, no responden a un enfoque de gestión integrada del recurso hídrico, por lo que no se logra el objetivo de revertir la situación de contaminación de la Cuenca y su área de influencia”. *Vid.* Resumen Ejecutivo del Plan Integral de Saneamiento Ambiental (PISA) de la CMR, de 6 de agosto de 2006, aprobado por Resolución ACUMAR n° 8/2007, de 22 de noviembre, p. 14.

¹¹ El pasado mes de julio de 2014, tuvo lugar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el taller “Intercambio de experiencias en proyectos integrales de recuperación de cuerpos de agua y tratamiento de efluentes”, organizado por la ACUMAR con el apoyo del Banco Mundial y el Gobierno de España. Los temas tratados se centraron en la problemática específica del Riachuelo y en el análisis de las medidas adoptadas en el último tiempo para hacer frente a la problemática del control industrial; en la experiencia de saneamiento de la Cuenca del Río Segura, en Murcia, España, tras más de 10 años de trabajo de recuperación ambiental (exposición a cargo del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura); en la experiencia de saneamiento en la ciudad de León, México; y en la experiencia de saneamiento que se emprendió en la laguna Pampulha, que comparte con la Cuenca del Riachuelo aspectos como los asentamientos en sus riberas, y el vuelco de líquidos cloacales sin tratamiento. *Cfr.* <http://www.acumar.gob.ar/novedades/1308/expertos-internacionales-expusieron-proyectos-de-saneamiento-de-cuencas>, (fecha de última consulta, 10 de octubre de 2014).

distribución de competencias en materia de medio ambiente, fundada en un esquema similar al “bases más desarrollo” español, ha dado lugar a importantes controversias fruto de la invasión de potestades. Ejemplo de ello es la actual discusión sobre la constitucionalidad de la Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas¹². La provincia de Mendoza, junto con la Fiscalía del Estado Provincial interpusieron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) una acción declarativa de inconstitucionalidad frente a la Ley 25.688, dando lugar a la causa “Mendoza, Provincia c/ Estado Nacional s/ acción de inconstitucionalidad”¹³, por entender que la misma excede de las competencias nacionales avanzando en aspectos normativos que pertenecen a las provincias.

Los paralelismos y diferencias detectados entre los ordenamientos jurídicos de España y Argentina dotan de razón la micro-comparación que se efectúa justificando los límites de la misma¹⁴. El régimen jurídico del agua presenta en todos los ordenamientos, históricos y actuales, una indudable complejidad. Ésta comienza por la propia concepción jurídica del agua cuya evolución desde su comprensión decimonónica –como un simple recurso patrimonial– hasta su concepción actual –como un recurso natural esencial para la vida–, ha condicionado la propia evolución del Derecho de aguas. Son muchos los elementos que de forma directa o indirecta influyen en la configuración del régimen jurídico del recurso, exponiéndose a

¹² Ley 25.688, Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, (BO núm. 30060, de 3 de enero de 2003, p. 2).

¹³ SCSJN, de 26 de marzo de 2009, Fallos M. 391.XXXIX. ORI., “Mendoza, Provincia c/ Estado Nacional s/ acción de inconstitucionalidad”. La Corte Suprema resolvió la causa sin pronunciarse sobre el fondo alegando que no correspondía al Alto Tribunal resolver sobre la inconstitucionalidad planteada al carecer el proceso de “caso” (por no tratarse de un acto en ciernes al que se atribuya ilegitimidad), careciendo la vía judicial utilizada de carácter consultivo. Cfr. PINTO, M., *El régimen jurídico de los ríos interprovinciales en Argentina*, Lajouane, Buenos Aires, 2014, p. 212.

¹⁴ La ciencia jurídica comparatista distingue dos modelos de investigación comparada atendiendo a su metodología y objetivos científicos: la micro-comparación y la macro-comparación. Como señala MORÁN, “la macro-comparación aborda el estudio de los sistemas jurídicos desde la globalidad, estos es, desde la comparación entre dos o mas sistemas jurídicos para sus genéricas analogías y sus diferencias, sus métodos de análisis e investigación, y los procedimientos implicados para ello. La micro-comparación, se utiliza para el análisis entre dos o más sistemas jurídicos sobre aspectos concretos del Derecho. Por ello, se suele ceñir al estudio comparativo la legislación, jurisprudencia, fuentes del Derecho o instituciones jurídicas, que pertenecen a una misma familia jurídica, observando diferencias y examinando posibles innovaciones a la luz de ese proceso comparado”. MORÁN, G. M., “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, *Anuario de la Facultad de Derecho da la Universidade da Coruña*, núm. 6, 2002, p. 506.

continuación aquellos parámetros que se han tenido en cuenta como vértices de la comparación que se efectúa.

En primer lugar, el modelo de Estado, puesto que la específica estructura y división territorial del poder constituye un incuestionable condicionamiento sobre el ordenamiento jurídico del agua. La distinción entre Estados centralizados frente a los de estructura territorial descentralizada puede efectuarse a partir del esfuerzo en la actividad normativa y política que será mucho mayor en un Estado complejo que en uno de composición unitaria. Mientras que en el Estado centralizado debe estarse únicamente a la necesaria división horizontal entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, en un Estado descentralizado deben tenerse en cuenta dos niveles, el horizontal y el vertical. Este último implica la necesaria coordinación entre los Estados miembros y el Estado central, lo que obliga, además, a fijar mecanismos adecuados que preserven la unidad base del sistema. Esta complejidad no se muestra únicamente en países de estructura federal, como en el caso de Argentina, sino también en aquellos que, teniendo un origen centralista, están sujetos a procesos de reparto interno del poder territorial como sería el caso de España¹⁵.

El modelo de Estado de Autonomías adoptado por España define un régimen jurídico de sus aguas sujeto a continuos conflictos competenciales entre el Estado y las CCAA. Algunas de las actuales cuestiones planteadas en el Derecho de aguas español y muchos de los conflictos que hoy lo enmarcan, tienen su origen en el proceso de reestructuración de los poderes territoriales abierto por la Constitución de 1978 (CE). Como señala ÁLVAREZ CARREÑO, “este proceso, quizás el de mayores consecuencias en la historia de España en siglos (MARTÍN MATEO), no podía dejar de tener, antes o después, importantes consecuencias también sobre la política y gestión del agua y, más allá, sobre su propio régimen jurídico”¹⁶. Nada muestra mejor lo expuesto que la actual crisis generada tras las reformas estatutarias iniciadas a partir de 2005. Tomando como base, por lo que aquí importa, el reparto competencial en materia de agua y el medio ambiente, las CCAA han dado pie a múltiples recursos de inconstitucionalidad forzando la reinterpretación por el TC de aspectos esenciales del

¹⁵ Cfr. EMBID IRUJO, A. (dir.) / KOLLING, M. (coord.), *Gestión del Agua y Descentralización Política*, Aranzadi -Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

¹⁶ ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., “Los derechos privados sobre el agua en países de common law: reflexiones sobre su evolución y adaptación a las necesidades de cambio”, *RDGA*, núm. 25, 2010, p. 4.

Estado de Autonomías. En este sentido resulta fundamental el estudio de la articulación de competencias en el Estado Autonómico de FERNÁNDEZ SALMERÓN y SORO MATEO¹⁷.

Del mismo modo, en Argentina, el régimen jurídico de las aguas queda condicionado por los conflictos competenciales entre la Nación y las provincias. Mientras que la reforma constitucional de 1994 parecía apostar por una marcada renovación del federalismo, se descubre, sin embargo, una suerte de encubierta centralización a través de la *vis* expansiva del medio ambiente. Se supera la tradicional disputa sobre el dominio y la jurisdicción¹⁸ de los recursos hídricos dando paso a nuevos conflictos competenciales basados en el medio ambiente. Como avanzábamos, la Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas constituye un ejemplo claro de lo anterior. Esta norma, dirigida a establecer los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, ha

¹⁷ FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. / SORO MATEO, B., *La articulación del Ordenamiento Jurídico Ambiental en el Estado autonómico*, Atelier, Barcelona, 2001.

¹⁸ Interesa aclarar el concepto de *jurisdicción* empleado en Argentina, en la medida en la que la mayor amplitud de su significado puede conducir a errores. La acepción aquí utilizada es diferente a la común en el ordenamiento jurídico español. Se trata de una concepción más amplia referida a las funciones de gobierno, *Cfr.* MARTÍN, L., *Derecho de aguas...*, cit., p. 103; Este concepto de jurisdicción se diferencia por tanto del empleado tradicionalmente para hacer referencia a la actividad judicial. Como señala DÍAZ ARAUJO la jurisdicción se define como “una masa de competencias en un órgano de poder, sobre las bases de las funciones que son propias del Estado, para cumplir con determinadas actividades o finalidades. Se hace referencia entonces a jurisdicción en un sentido amplio de potestas, la cual incluye a las funciones legislativa, administrativa y judicial”. DÍAZ ARAUJO, M., “El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental”, en CAFFERATTA, N. A., (dir.), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental: Textos completos* Tomo II, Vol. B, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 737. Esta definición contrasta con la comúnmente utilizada en el ordenamiento jurídico español que, para autores como MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENDRA puede ser definida como “el poder judicial, integrado por jueces y magistrados, a quienes, por su independencia y sumisión a la Ley y al Derecho, ejercen en exclusiva la potestad jurisdiccional y en consecuencia expresamente están legitimados para la resolución jurídica, motivada, definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales para la protección de los derechos subjetivos, el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico”. CATENA, V./ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. / GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 4ª ed., Colex, Constitución y Leyes, Madrid, 2003, p. 21. Si bien, Argentina también contempla la acepción restringida de jurisdicción. HARO la define como “la función del poder del Estado que, ejercida por órganos públicos especializados, actúa la voluntad de la ley mediante la dilucidación tanto de las controversias jurídicas que le son sometidas como en la represión de los delitos y la ejecución de las posibles resoluciones”. HARO, R., *La competencia federal*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 4. Y en un sentido similar, ALSINA concreta que se trata de “la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia cuestiones litigiosas que le sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones”. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, T. II, Ediar, Buenos Aires, 1957, p. 418.

sido objeto de los más variados cuestionamientos tanto a nivel político, como jurídico y en especial doctrinal. La denunciada intromisión del Estado central en las competencias provinciales obliga al replanteamiento de los elementos esenciales que informan el sistema de distribución de competencias argentino.

Asimismo debe tenerse en cuenta las condiciones climáticas de un determinado territorio como una fuerza decisiva en la configuración jurídica de las políticas que afectan al agua¹⁹. Como señala MARTÍN RETORTILLO, “la legislación administrativa en materia de aguas, aparece siempre condicionada y en función directa de las características naturales de los distintos países. El condicionamiento de la legislación por las circunstancias naturales y geográficas constituye en esta materia un fenómeno obvio y evidente”²⁰. Caracterizada España por la escasez y la variabilidad de su pluviometría, pasan éstas como notas definitorias de su Derecho de aguas²¹. Argentina, al igual que España, es un país predominantemente árido y semiárido, sujeto a una alta variabilidad interanual en sus precipitaciones. La desigual distribución del agua permite distinguir tres regiones climáticas: húmeda, semiárida y árida, ocupando estas dos últimas el 76% del país²². Por lo tanto, ambos países

¹⁹ Cfr. BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 373; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de Aguas*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 122 y ss.

²⁰ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., “La elaboración de la Ley de Aguas de 1866”, *RAP*, núm. 32, 1960, p. 13. En un sentido similar, ÁLVAREZ CARREÑO señala que, “resulta evidente que la historia, la situación económica, la cultura, incluso las creencias religiosas de una determinada sociedad dejan su impacto en el ordenamiento jurídico, como construcción social y cultural y, específicamente en este caso, en el derecho de aguas”. ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., “Los derechos privados ...”, cit., p. 3.

²¹ ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., “Los derechos privados ...”, cit., p. 3.

²² Argentina se extiende a lo largo de 3,7 millones de km². La porción continental sudamericana se extiende a lo largo de 3.700 Km entre los paralelos 22° y 55° de latitud sur. La gran extensión territorial determina una amplia variabilidad climática, desde el tipo subtropical al norte hasta los fríos de la Patagonia en el sur. Las precipitaciones medias anuales varían desde menos de 50 mm en ciertas regiones de las provincias de San Juan y La Rioja hasta los extremos excepcionales de 5.000 mm en los bosques andino-patagónicos. Las isoyetas anuales de 500 y 800 mm permiten dividir al país en tres regiones climáticas: húmeda (mayor de 800 mm), semiárida (500 a 800 mm) y árida (menos de 500 mm). La región húmeda se extiende a lo largo de una superficie de 665.000 Km² ocupando un 24% de la superficie total en la que se concentra el 68% de la población, el 80% del valor de la producción agropecuaria y el 85% de la actividad industrial. Comprende las provincias de Entre Ríos, Corrientes y Misiones, parte de Formosa y Chaco, Santa Fe, Córdoba y la mayor parte de la de Buenos Aires. Además incluye la selva tucumano-oranense (en Tucumán, Salta y Jujuy) y los bosques andino-patagónicos. La región semiárida ocupa un total de 405.000 km² concentrando el 25% de la población. Abarca parte de las provincias de Formosa y Chaco, Santiago del Estero, Salta, Jujuy, Tucumán, Córdoba, San Luis, La Pampa y Buenos Aires, donde durante parte del año el déficit hídrico obliga a complementar con riego la oferta natural de agua para el desarrollo

presentan similares características y una misma necesidad de gestionar debidamente el recurso.

A lo anterior deben sumarse las nuevas preocupaciones ambientales. La influencia internacional de las Convenciones de las Naciones Unidas de 1972²³ y 1992²⁴ y el informe de la Comisión Brundtland²⁵ fueron determinantes en la actual

de determinados cultivos. La región árida ocupa una extensión de 1.710.000 km², el 61% del país. Extendida hasta las estribaciones de la cordillera de los Andes acoge solamente el 7% de la población nacional. Abarca parte de las provincias de Jujuy, Salta, Córdoba, San Luis, Tucumán, Santiago del Estero, Catamarca, La Pampa, Buenos Aires, Río Negro, Neuquén, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego, y la totalidad de La Rioja, San Juan y Mendoza. Provincias que se caracterizan por tener una baja densidad poblacional y explotaciones agrícolas que requieren riego integral. *Cfr.*, Informe núm. 20729-AR, *Argentina - Gestión de los recursos hídricos: Elementos de política para su desarrollo sustentable en el siglo XXI - Informe principal*, Banco Mundial, 2000, pp. 9 y ss. Documentación contrastada para su actualización con los datos obrante en AQUASTAT, Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación, FAO, 2014, disponibles en: http://www.fao.org/nr/water/aquastat/countries_regions/ARG/indexesp.stm, (fecha de última consulta, 16 de agosto de 2014).

²³ La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, también conocida como Conferencia de Estocolmo, tuvo lugar entre el 5 y el 16 de junio de 1972. Fue la primera gran conferencia de la ONU sobre cuestiones ambientales internacionales y marcó un punto de inflexión en el desarrollo de la política internacional del medio ambiente. Como señala BRAÑES “a partir de este momento los temas ambientales pasan a formar parte de la agenda mundial, iniciándose un proceso de institucionalización de la gestión ambiental, que trajo consigo importantes modificaciones en las políticas públicas y en los propios sistemas jurídicos. Las modificaciones en los sistemas jurídicos consistieron en la creación de normas que tenían claramente el propósito de proteger el medio ambiente y promover el desarrollo sostenible”. BRAÑES, R., *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, PNUMA/ ORPALC, México D. F., México, 2001, p. 11.

²⁴ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo –conocida como CNUMAD o Cumbre de la Tierra–, se llevó a cabo en Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 14 de junio de 1992, veinte años después de la Conferencia de Estocolmo. La Conferencia aprobó una declaración de principios titulada “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” y un plan de acción conocido como “Agenda 21” o “Programa 21”. El “Programa 21” destina su Capítulo 18 a la protección de las aguas continentales. Bajo la rúbrica “Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce”, se reconoce que, “la escasez generalizada de recursos de agua dulce, su destrucción gradual y su creciente contaminación, así como la implantación progresiva de actividades incompatibles en muchas regiones del mundo, exigen una planificación y una ordenación integradas de los recursos hídricos. Esa integración ha de abarcar todos los tipos de masas interrelacionadas de agua dulce, tanto las aguas superficiales como las subterráneas, y ha de tener debidamente en cuenta los aspectos de la cantidad y calidad del agua”. La Declaración de Río reafirmó la Declaración de Estocolmo y, sobre su base, buscó “establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores clave de las sociedades y las personas, así como alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial”. BRAÑES, R., *Informe sobre el desarrollo...*, cit., p. 31.

²⁵ En 1983 se estableció en el seno de la ONU, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (WCED), también conocida como la Comisión Brundtland. En

conformación del orden jurídico internacional vigente. En el caso de España, la demanda social y jurídica de una mejor calidad del agua ha convertido la protección del recurso en el actual núcleo del Derecho de aguas, elevando la calidad del recurso a la categoría de valor con sustantividad propia²⁶. De este modo, al problema de la escasez progresiva se une el de una calidad gravemente erosionada por la anterior falta de políticas preventivas. El Derecho de aguas español se torna eminentemente ambiental. Como señala EMBID IRUJO, “el medio ambiente es, básicamente, lo que explica la evolución, la modernización del derecho español de agua, que para de ser un derecho de mero aprovechamiento a un derecho completamente impregnado por preocupaciones de conservación del recurso y de mejora de su calidad”²⁷. La misma interrelación agua-medioambiente se desprende de la evolución del Derecho de aguas argentino, en el que el medio ambiente supuso la ruptura con los paradigmas decimonónicos²⁸. La reforma constitucional de 1994, con la inclusión de la variable ambiental, trajo consigo un cambio de arquetipo en los fundamentos constitucionales del ordenamiento jurídico de aguas rompiendo con el paradigma productivista decimonónico. Con la entrada en vigor de la Constitución de 1994 (CN), el contenido ambiental resulta obligado en la regulación de las aguas que debe quedar sujeta a principios como la utilización racional y sustentable de los recursos naturales o la prevención y restauración del medio ambiente.

Otro elemento decisivo en la evolución, histórica y actual, del Derecho de aguas viene de la mano de los avances en el conocimiento científico y del progreso tecnológico. Como señala ÁLVAREZ CARREÑO, “las innovaciones tecnológicas han determinado profundos cambios en la regulación jurídica de aspectos esenciales del

1987 se emitiría un informe en el que se analiza, critica y replantean las políticas de desarrollo económico globalizador, reconociendo el alto coste medioambiental del actual avance social. Bajo el título *Nuestro Futuro Común (Our Common Future)*, el Informe enfrenta y contrasta la postura de desarrollo económico actual junto con el de sostenibilidad ambiental, utilizando por vez primera el término desarrollo sostenible (o desarrollo sustentable), definiéndolo como “el desarrollo que satisface las necesidades actuales de las personas sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas”. Cfr. Resolución AGNU A/42/427, de 4 de agosto de 1987, disponible en:

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427>, (fecha de última consulta, 25 de julio de 2014).

²⁶Vid. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de ...*, cit., p. 339.

²⁷ EMBID IRUJO, A., en MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit., prólogo, p. XV.

²⁸ MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit., pp. 289-290.

Derecho de aguas”²⁹. La comprensión del ciclo completo del agua por las ciencias hidrogeológicas y los desarrollos de las técnicas que hacen posible la extracción de aguas subterráneas son ejemplos de los avances que se apuntan. La comprensión de la unidad del ciclo hidrológico, como ciclo natural, sirvió en el ámbito del Derecho de aguas, tanto español como argentino, para introducir una nueva técnica de protección a través de la demanialización de los recursos hídricos³⁰. Prueba de ello es el proceso publicación de los recursos hídricos que tendría lugar en España mediante la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (LA)³¹ y el Real Decreto 849/1986 de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH)³², habiéndose impuesto en Argentina mediante la Ley de reforma del Código Civil 17.711, de 22 de abril de 1968³³. Ambos ordenamientos se construyen sobre el principio de publicidad de las aguas, contemplando la excepcional subsistencia de determinadas aguas privadas. Albergan, sin embargo, una sustancial diferencia radicada en el principio de titularidad provincial del dominio público hidráulico característico del Estado federal argentino, contrario a la titularidad estatal imperante en el Estado de Autonomías español. Aun así, y como se avanzó *supra*, los conflictos competenciales de ambos sistemas se muestran análogos en cuanto a su importancia³⁴.

Todo lo anterior queda reflejado en las decisiones normativas, constitucionales y legislativas que, junto con la actividad jurisprudencial de los Altos Tribunales, constituyen otro elemento fundamental de la definición del régimen jurídico de las

²⁹ ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., “Los derechos privados ...”, cit., p. 4.

³⁰ En este sentido, MENÉNDEZ REXACH sostiene que “la unidad del ciclo hidrológico determina que todas las aguas que la integran deban considerarse como un recurso «unitario». Para el Legislador, la consecuencia es la unidad de régimen jurídico: si las superficiales ya eran de dominio público, las subterráneas renovables también deben serlo, ya que forman parte del mismo ciclo natural”. MENÉNDEZ REXACH, A., “El agua como...”, cit., pp. 190-191.

³¹ Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985, p. 25123).

³² Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, por el que se desarrolla los títulos preliminar, I, IV, V, VI, VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, BOE núm. 103, de 30 de Abril de 1986, p. 15500.

³³ Ley 17.711, de reforma del Código Civil, (BO núm. 21424, de 26 de abril de 1968), en la que tuvieron acogida las propuestas formuladas en la IV Conferencia Nacional de Abogados de 1936, modificándose, entre otros, el art. 2340 CC.

³⁴ Cfr. MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit., p. 296.

aguas³⁵. Portadoras de diferentes criterios según las distintas épocas, delimitan la configuración de los ordenamientos jurídicos dando respuesta a la propia evolución de las demandas sociales. La introducción de nuevos paradigmas y la reformulación de antiguos conceptos evidencian la consolidación de una nueva perspectiva en relación con el objeto de estudio de esta disciplina jurídica. Se confirma así, como señalaba IHERING, que “la perspectiva es como la semilla que permanece enterrada e inerte, pero que, cuando germina es capaz de producir una transformación total del derecho”³⁶.

De este modo, entre los objetivos de esta Tesis se encuentra, en primer lugar, el reflejar la transformación experimentada en los ordenamientos jurídicos español y argentino desde la época de la sistematización del Derecho de aguas hasta su conformación actual a través de la “medioambientalización” del tratamiento jurídico del recurso. La evolución alcanzada desde las premisas iusprivatistas de la legislación decimonónica, hasta la actual primacía de las cuestiones ambientales es similar en ambos sistemas jurídicos. Como señala SOBERANES FERNÁNDEZ “el Derecho no es más que el eslabón de la interminable cadena de la interminable evolución del Derecho, pues el mismo se construye sobre los sistemas jurídicos del pasado a la vez que sirve de asiento a los del porvenir. Así pues, a fin de poder comprender una institución jurídica vigente habrá que estudiar los antecedentes históricos ya que no es resultado de la casualidad o de una generación espontánea sino precisamente de su

³⁵ En España, el TC es el órgano constitucional que ejerce la función de supremo intérprete de la CE. Es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la CE (Título IX, arts. 159 a 165) y a la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio español. Cfr. SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2010; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006; GARCÍA ROCA, J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 1987; GÓMEZ MONTORO, A., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Derecho Constitucional. Método de resolución de prácticas*, Bubok Ediciones, Madrid, 2010.

En Argentina, la CSJN representa la máxima instancia jurisdiccional de la República. Garantiza los derechos constitucionales y controla el proceso político como intérprete final de la CN y el custodio de su supremacía. Creada por la CN 1853/60 extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional. Cfr. ZAVALÍA, C., *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina*, Peuser, Buenos Aires, 1920; SOLA, J. V., *El control judicial de constitucionalidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001; MILLER, J. M. / GELLI, M. A. / CAYUSO, S., *Constitución y poder político*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

³⁶ IHERING, R., “Theorie der juristischen Technik”, en *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, T. II, 1858, Scientia Verlag, Aalen, Baden-Wurtenbeng, 1968, pp. 322-389, (Traducción al castellano de SANJOSÉ, S.).

herencia histórica”³⁷. Es por ello que, a fin de comprender los fundamentos de la actual regulación de las aguas resulta esencial analizar los antecedentes históricos que encierran las motivaciones de la evolución medioambiental que se apunta.

De acuerdo con este objetivo, el Capítulo I de la presente Tesis, bajo la rúbrica “Etapas en la evolución del derecho de aguas en España y en Argentina”, se destina al análisis de la progresión medioambiental experimentada en el Derecho de aguas en ambos ordenamientos jurídicos, abarcando el periodo comprendido entre una etapa inicial de sistematización de las regulaciones hasta la época actual. Para ello, un primer apartado principal aborda de forma sucinta la evolución histórico-legislativa española y argentina diseccionando las diferentes etapas que pueden ser identificadas en cada uno de los ordenamientos jurídicos examinados. El segundo y tercero de los apartados principales se destinan, respectivamente, a la sistematización del Derecho de aguas español y argentino. Se profundiza con ello en el tratamiento tradicional del agua que ambos ordenamientos recogen. Los paralelismos entre la época de la sistematización argentina y española resultan evidentes como también lo son sus diferencias. En ambos prima un concepto patrimonialista del agua como instrumento de desarrollo económico donde el énfasis se centra de forma prácticamente exclusiva en la propiedad y en las prerrogativas estatales de administración dirigidas a su aprovechamiento. Las cuestiones atinentes a la protección ambiental carecen en ambos supuestos de relevancia alguna hasta llegar al proceso de demanialización de la práctica totalidad de los recursos hidráulicos común para ambos ordenamientos. Si bien, entre las diferencias, el papel que se otorga al CC, mucho más limitado en el derecho español que en el argentino donde se identifica como la fuente de la que emanan los principios fundamentales que rigen y estructuran la materia de aguas. El cuarto apartado principal de destina al análisis del nuevo Derecho de aguas en España como consecuencia de la incorporación de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000 (DMA), poniendo especial énfasis en la prevalencia de la variable ambiental en el tratamiento jurídico del agua. La especial incidencia la DMA en nuestro Derecho interno ha conllevado, no solo la derogación de la normativa hasta entonces vigente y la promulgación del nuevo y

³⁷ SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L., “Reflexiones sobre la vinculación entre la Historia del Derecho y el Derecho Comparado”, en *Estudios en homenaje al Doctor Hector Fix-Zambudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, T. II, Derecho comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E, núm. 42, UNAM, México 1988, pp. 1280-1281.

reformado Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001, más adaptado a un nueva percepción jurídica del agua, sino en especial la modificación de elementos esenciales de nuestra regulación³⁸. Así, ha sido necesaria la ampliación del ámbito objetivo de nuestra legislación de aguas en cuanto a la protección medio ambiental, superando la tradicional definición de DPH, que ahora da cobertura a masas de agua que hasta ese momento eran sólo objeto de legislaciones sectoriales. En segundo lugar, la organización administrativa y el principio de unidad de cuenca, mediante la integración de un nuevo elemento comunitario como son las demarcaciones hidrográficas, que si bien parten de la formula nacional de la cuenca hidrográfica, respetando el principio de unidad de gestión, afecta a las delimitaciones existentes y en especial a la planificación hidrológica y sus instrumentos, dada su mayor amplitud. Se destaca, asimismo, la importancia de la inclusión de nuevos fines y objetivos generales de protección medioambiental en nuestro TRLA, que no sólo superan las previsiones normativas precedentes, sino que conllevan además la redefinición de determinadas masas de agua obligando a buscar la conciliación de los términos de la Directiva con los propios de nuestro ordenamiento jurídico con los esfuerzos interpretativos que ello implica. Por último, y de forma especial, se examinan los efectos que en nuestro ordenamiento interno de aguas ha tenido la transposición de la Directiva comunitaria analizándose las que se entienden como principales modificaciones: la ampliación del ámbito objetivo de la Ley de Aguas, la reorganización administrativa a través de las demarcaciones hidrográficas, la nueva planificación hidrológica y los nuevos objetivos de protección y objetivos ambientales de las aguas. El último de los apartados de este Capítulo I comprende el análisis del nuevo enfoque en el Derecho de aguas argentino a la luz de la reforma constitucional de 1994. Se desarrolla la concepción dominical del recurso pues, como se expuso *supra*, el principio de titularidad provincial del DPH que rige el sistema argentino se opone a la titularidad estatal del DPH español. Se tratan de forma integral los distintos aspectos del DPH, comenzando con el análisis de los elementos que lo integran, su concepto y naturaleza jurídica; se diferencia del dominio eminente, originario y la jurisdicción; y se concreta la competencia para la delimitación del Dominio Público, resultando obligado traer a colación una referencia a la cuestión relativa a la titularidad estatal del Dominio Público natural en España.

³⁸ Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001, (BOE núm. 176, de 24 julio 2001, p. 26791).

Expuesta la evolución del Derecho de aguas en España y Argentina, el Capítulo II responde a otro de los objetivos de esta Tesis, el análisis de la concreta distribución competencial en materia de aguas en dos modelos Estado como el de Autonomías y el federal argentino, que parten de criterios de distribución dispares. Se logra con ello una visión panorámica de las principales diferencias entre los ordenamientos jurídicos en materia de aguas, contrastando las limitadas funciones que se atribuyen en la materia a la Nación argentina respecto al Estado español, y la mayor amplitud competencial de las provincias argentinas sobre las CCAA españolas. Sin embargo, pese a que en ambos ordenamientos se ha adoptado una fórmula de distribución diferente, los problemas competenciales ocupan un lugar similar en cuanto a su importancia. El Capítulo II, integrado por ocho apartados, se inicia con una exposición de los principios estructurales del modelo de Estado español en un intento de encuadrar el origen de los diversos problemas competenciales que serán después examinados. El apartado segundo abarca la compleja articulación de competencias en el Estado Autonómico, efectuando una especial referencia a su evolución y a la actual crisis que atraviesa. El tercero contempla el específico reparto constitucional de competencias en materia de aguas previsto en los arts. 149.1.22ª y 148.1.10ª CE y su actual asunción en los Estatutos de Autonomía (EEAA). En cuarto lugar, y a fin de aproximar la complejidad competencial argentina, se llevan a cabo unas precisiones sobre el concepto y el origen histórico del federalismo argentino. Un quinto apartado enmarca de forma sucinta el federalismo en la Constitución argentina seguido del análisis de la reforma constitucional de 1994 y el nacimiento del denominado Estado de Derecho ecológico. En este sexto epígrafe se analizan los puntos de la reforma de mayor interés para este estudio, como el fortalecimiento del federalismo, la autonomía municipal, la regionalización, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires o el reconocimiento a las provincias de potestades en materia internacional. Con la reforma constitucional se incorporan a la Norma Fundamental argentina las disposiciones necesarias para dar cobertura a la protección del medio ambiente y al desarrollo sostenible, sumándose así al movimiento denominado como “Constitucionalismo verde” materializado, entre otras, por la cláusula ambiental del art. 41 CN, el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva y el amparo colectivo (arts. 42 y 43 CN), o el reconocimiento expreso del dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales (art. 124 CN). El séptimo de los apartados principales sintetiza la integración del modelo federal argentino, analizando los sujetos que conforman la

estructura federal, su ámbito de autonomía y las relaciones entre ellos. Como no puede ser de otra manera, se cierra el Capítulo II con el específico análisis de la distribución de competencias en materia de agua previsto en la CN. Para ello se parte de los conceptos de dominio y jurisdicción, como fundamentos acostumbrados de la disputa competencial sobre los ríos. A continuación se examinan las competencias reservadas por las provincias –haciendo un especial análisis del Derecho de los tratados interprovinciales, en especial y por las razones ya dadas, de la Cuenca Matanza Riachuelo–, y las competencias delegadas a la Nación, analizándose entre otras la competencia en navegación y comercio interprovincial e internacional o la causas de almirantazgo y jurisdicción marítima.

En línea con el anterior, el Capítulo III responde a la necesidad de comprender el alambicado sistema competencial previsto por los Textos constitucionales en materia de medio ambiente. Detectadas mayores coincidencias en este ámbito que en materia de aguas, la *vis* expansiva del medio ambiente presenta en sendos ordenamientos jurídicos el mismo riesgo de invasiones competenciales y el consecuente vaciamiento competencial de las Administraciones que solo detentan las competencias de complemento normativo, esto es, de las CCAA y las provincias. Las cuestiones controvertidas en este campo se presentan paralelas: la delimitación material y formal de las competencias ambientales en los distintos niveles normativos. A tal fin, se divide este Capítulo en dos apartados principales destinados, respectivamente, al análisis del reparto constitucional de competencias en materia de medio ambiente en derecho español y en el derecho argentino. En relación con el ordenamiento jurídico español, se inicia el estudio definiendo el concepto jurídico-constitucional de medio ambiente como presupuesto esencial. A continuación se examinan los preceptos 149.1.23^a y 148.1.9^a CE mediante los que se articulan las competencias en materia ambiental. Se analizan detenidamente las competencias estatales, delimitando los aspectos materiales y formales de las normas básicas de protección ambiental, y las competencias normativas y de gestión de las CCAA. Se cierra el apartado primero con el análisis de las distintas etapas de la doctrina constitucional sobre el alcance de las competencias normativas medioambientales. El segundo de los apartados, destinado al ordenamiento jurídico argentino, se inicia con un análisis de la situación que precede a la reforma constitucional, esto es, la distribución de competencias en materia de medio ambiente en la CN 1853/60, seguida del análisis del debate parlamentario de la

reforma de 1994, hasta llegar al federalismo ambiental de concertación analizando el Consejo Federal para el Medio Ambiente (COFEMA). Tras esta delimitación, se analiza la concreta articulación constitucional de competencias en materia medioambiental, con una exposición de los límites materiales y funcionales del art. 41 CN y de los criterios fijados para resolver la concurrencia del título ambiental y de títulos conexos. El Capítulo se cierra con el estudio de las competencias nacionales y provinciales, profundizando en su alcance material y formal, exponiéndose algunos ejemplos de la regulación de las aguas en las normas ambientales tanto a nivel nacional –en las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental–, como a nivel provincial, –en las Leyes Generales del Ambiente de las provincias.

Mientras que los tres primeros Capítulos permiten una comprensión teórica de la materia, el cuarto y el quinto comprenden la parte práctica. En efecto, se analizan los conflictos competenciales que, a raíz de la incorporación de la variable ambiental, se aprecian en el desarrollo de ambos ordenamientos jurídicos. Los criterios seguidos para la resolución de tales conflictos permiten una transferencia de conocimiento para la solución de problemas competenciales. Pese a las diferencias jurídico-constitucionales que se advierten, el análisis de conflictos similares en formas de Estado distintas permite adelantar respuestas a los problemas que una posible modificación de la forma de Estado español pudiera originar. Del mismo modo, la experiencia española, incuestionablemente influida por el Derecho comunitario, puede servir de base para la resolución de los conflictos ambientales argentinos. El Capítulo IV, destinado al análisis de los conflictos competenciales en derecho español, se inicia con la exposición del tradicional criterio geográfico como delimitador de las competencias entre el Estado y las CCAA en materia de aguas, y su reciente cuestionamiento por determinadas iniciativas autonómicas de tendencia fragmentadora. Asimismo, las modificaciones introducidas en nuestro Derecho de aguas en virtud del Derecho comunitario conllevan la necesidad de volver a incidir en la compleja distribución competencial en ámbitos relacionados como medio ambiente y aguas entre el Estado y las CCAA. No podemos obviar que, tras las motivaciones ambientales que llevan ahora al incremento de la protección del agua como recurso natural, el control sobre los recursos hídricos y la intervención en la planificación hidrológica esconden una lucha de poder entre las CCAA y el Estado que ha dado lugar a la denominada “guerra del agua” y que ha servido de plataforma para un

intento velado de modificación del modelo de Estado de Autonomías a través de la reconfiguración del sistema de distribución de competencias imperante en nuestro sistema actual. El TC se ha visto en la necesidad de reinterpretar sus construcciones jurisprudenciales ya asentadas en orden a nuestro modelo de Estado, debiendo analizar de nuevo cuestiones tan esenciales como la naturaleza y función de los EEAA en un intento de dar solución a un problema que va más allá del agua, pero que ha visto a través de este recurso el cauce necesario para plasmar un problema político de mayor envergadura. Algunas CCAA han utilizado las últimas reformas estatutarias como vehículo para ampliar sus competencias difuminando las fronteras de las funciones propiamente estatales, todo ello a través de una Ley Orgánica especial como es el EA; en otros casos, se han promovido instrumentos de cooperación entre Estado y CCAA que han sido vistos como una amenaza al principio de igualdad entre las autonomías, con la consiguiente respuesta de otras Comunidades ante el TC. No obstante, la jurisprudencia analizada en este trabajo, fruto de la resolución de los innumerables recursos de inconstitucionalidad planteados en los últimos años, permite comprobar la solución dada por el TC ante las problemáticas expuestas, despejando las dudas existentes sobre la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de agua y asentando sin duda alguna el principio de unidad de gestión a través de las cuencas hidrográficas, como principio rector de la política de aguas, el cual halla su fundamento en el mandato constitucional de protección de los recursos naturales previsto en el art. 45 CE.

Por su parte, el Capítulo V, bajo la rúbrica “La incorporación de la variable ambiental a los conflictos competenciales en materia de aguas en Derecho argentino” se ha destinado al análisis de dos cuestiones fundamentales, como el cuestionamiento de la constitucionalidad de la Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas y el *leading case* ambiental conocido como causa “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”, Fallos 331:1622, de 8 de julio de 2008 (en adelante, causa “Mendoza”). Como fue expuesto *supra*, la Ley 25.688, dirigida a establecer los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, ha sido objetada desde los más diversos niveles. La posible invasión competencial de esta norma sobre las potestades provinciales es de obligado análisis al objeto de este trabajo. Por su parte, los problemas de

contaminación histórica de la CMR, los daños ambientales generados y la importancia de la distribución de competencias territoriales y materiales para su solución hacen imprescindible el análisis de la causa “Mendoza”. Si bien, el ejercicio de acciones colectivas, como una de las novedades examinadas en este trabajo, permiten incluir además una perspectiva procesal del tema. La trascendental importancia de la causa “Mendoza” no queda limitada a lo meritorio de su Fallo, sino que ha servido además como base para la configuración por la CSJN de un posible proceso ambiental universal. El Alto Tribunal, haciendo gala del decidido activismo jurisdiccional que deben tener los jueces en casos ambientales, configura un procedimiento *ad hoc* con el que dar respuesta a las necesidades de un proceso urgente y autónomo. Un procedimiento *sui generis*, caracterizado por la introducción de innovaciones de gran envergadura en el ámbito ambiental como la participación de terceros interesados; la celebración de audiencias públicas; el peritaje y la opinión científica del más alto nivel por parte de una Universidad pública; la creación de una verdadera Autoridad de Cuenca en el seno mismo del procedimiento (ACUMAR), o la delegación con facultades casi extraordinarias en un Juez Federal competente para conocer de la ejecución de la Sentencia en su rol de superior tribunal de la causa.

De acuerdo con los objetivos y la estructura expuesta, podría afirmarse que el presente trabajo de investigación no queda incardinado única y exclusivamente en el Derecho de aguas, o más bien en el Derecho ambiental de aguas, sino que aborda cuestiones esenciales de Derecho administrativo y del Derecho constitucional, en especial el modelo de Estado y el sistema de distribución de competencias constitucionales.

En la elaboración de la presente Tesis se ha pretendido evitar el riesgo, presente en toda comparación jurídica, de tomar el sistema nativo o propio como el más idóneo, simplemente por ser el sistema con el que estamos más familiarizados. Como señala MORÁN existe un riesgo implícito de trasladar casi de modo mimético la sistemática y conceptualización jurídica nativa a sistemas jurídicos diversos, “desvirtuándolos, o incluso criticándolos o minusvalorándolos cuando no despreciándolos por ser ajenos y diferir de nuestra identidad cultural”³⁹. Para evitar este error, se ha querido profundizar especialmente en el sistema jurídico argentino. El mayor detalle alcanzado en determinados aspectos del Derecho argentino en comparación con el español,

³⁹ MORÁN, G. M., “El derecho comparado ...”, cit., pp. 524-525.

responde a la necesidad de equilibrar el conocimiento sobre la materia, en la medida en que muchas de las cuestiones tratadas han sido objeto en el Derecho español de excelentes obras de la doctrina administrativista cuyo acceso es por definición mucho más sencillo.

La metodología seguida en el presente trabajo parte de una perspectiva jurídica, sin olvidar la necesidad de tomar en consideración algunas disciplinas extrajurídicas, máxime si se tiene en cuenta el enorme componente técnico que preside el Derecho ambiental en general y el Derecho de Aguas en particular. Los métodos de investigación que se han seguido han sido fundamentalmente, y en primer lugar, el exegético, a través del análisis de las normas jurídicas de ambos ordenamientos, tanto vigentes como ya derogadas, en la medida en que estas últimas pueden aportar claves importantes para comprender la situación jurídica actual, en muchos casos tributaria del pasado, en otros, punto de partida de la evolución. En segundo lugar, el dogmático, mediante el examen y el contraste de la doctrina científica sobre el tema. Deben destacarse autores de incontestable reconocimiento en la materia como EMBID IRUJO, MARTÍN MATEO, MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, FANLO LORAS, PÉREZ PÉREZ, MUÑOZ MACHADO, DELGADO PIQUERAS, JORDANO FRAGA o ESTEVE PARDO, en España; y las obras de MARIENHOFF, SPOTA, CANO, LÓPEZ, MATHUS ESCORIHUELA, CAFFERATTA, MARTÍN, PINTO, QUIROGA LAVIÉ, VALLS, ESAIN, MOYANO, SABSAY, en Argentina. Los estudios de los Directores ÁLVAREZ CARREÑO y SORO MATEO, de los que se da cuenta en el cuerpo principal de este trabajo, han contribuido especialmente a que se alcanzaran los objetivos y metas propuestos. En tercer lugar, y con especial importancia, el análisis jurisprudencial que examina, fundamentalmente, la jurisprudencia de los Altos Tribunales como órganos competentes para dilucidar las cuestiones objeto de estudio y que corrobora, ejemplifica o, en ocasiones, corrige las afirmaciones exegéticas y dogmáticas realizadas. Complementa todo lo anterior la estancia de investigación efectuada en Argentina durante los meses de julio, agosto y septiembre de 2013 que, de la mano de renombrados autores como CAFFERATTA y MATHUS ESCORIHUELA, permitió conocer en mayor profundidad las cuestiones tratadas en este trabajo accediendo de forma directa a fuentes de información fundamentales.

Para el acceso a las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales ha resultado esenciales las consultas efectuadas en las bibliotecas de los siguientes centros:

Universidad de Murcia, en especial el Departamento de Derecho Administrativo; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, en especial la cátedra de Derecho Ambiental y Recursos Naturales; Universidad Austral; Ilustre Colegio de Abogados de Murcia; Departamento General de Irrigación de Mendoza; Instituto Mendocino de Derecho Ambiental; y la bases de datos siguientes: Wetslaw Insignis, Vlex, La Ley Online, Abeledo Perrot Online y Microjuris Argentina.

Quedan así expuestas las líneas maestras de este trabajo: su objeto, su estructura y la metodología seguida. Se procede a continuación a su desarrollo con el firme propósito e ilusión de haber alcanzado los objetivos marcados.

CAPÍTULO I. ETAPAS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE AGUAS EN ESPAÑA Y EN ARGENTINA

I. SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO LEGISLATIVA DEL DERECHO DE AGUAS EN ESPAÑA Y EN ARGENTINA

1. Síntesis de la evolución del Derecho de aguas en España

Aun cuando los orígenes más remotos del Derecho de aguas en España se enraízan en el derecho romano⁴⁰, se ha entendido más acorde con el objeto del presente trabajo iniciar el análisis a partir de principios del siglo XIX, etapa caracterizada en nuestro ámbito por el nacimiento de la primera Ley de Aguas. Bajo estas coordenadas, la evolución del Derecho de aguas en España, desde el siglo XIX hasta la actualidad, puede dividirse en cuatro etapas principales que denominamos: i) etapa de sistematización; ii) etapa de transformación del régimen jurídico de los recursos hídricos; iii) etapa de consolidación del moderno Derecho de aguas; iv) y, etapa de reforma estatutaria o “guerra del agua”, caracterizada por una conocida e intensa actividad jurisprudencial del TC.

Así, situando los fundamentos conceptuales de la actual regulación jurídica del agua en España a comienzos del siglo XIX, cuando, como señala CABEZAS CALVO-RUBIO, “en las Cortes de Cádiz emerge el ideal liberal por el que los recursos ociosos de la Nación debían ser movilizados y puestos al servicio de la creación de riqueza para el país”, se identifica una primera etapa que podría denominarse de sistematización del Derecho de aguas⁴¹. Fundada en la concepción iusprivatista del recurso quedaría representada por las leyes decimonónicas de 1866 y 1879⁴² y por el Código Civil de 1889⁴³.

⁴⁰ MOREU BALLONGA, J. L., “El marco jurídico de la política hidráulica: claves históricas y diagnóstico”, en ARROJO AGUDO, P. / MARTÍNEZ GIL, J. (coords.), *El agua a debate desde la Universidad. Hacia una nueva cultura del agua*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1999, p. 783.

⁴¹ CABEZAS CALVO-RUBIO, F., “El agua como recurso y su marco jurídico-administrativo”, II Conferencia, en MATEOS, C. (dir.), *El agua en España*, Curso impartido por el Colegio Libre de Eméritos Universitarios, Madrid, 2012. Disponible en www.colegiodeemeritos.es, (fecha de última consulta, 15 de agosto de 2014).

⁴² Para un análisis detallado de las Leyes de Aguas de 1866 y 1879, *vid.* MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *La Ley de Aguas de 1866: antecedentes y elaboración*, Centro de Estudios Hidrográficos, Madrid, 1963. Como señala MOREU BALLONGA, “la primera gran ley de aguas del derecho español fue la Ley de 3 de agosto de 1866, que recogió y

Una segunda etapa vendría delimitada, más de cien años después, por el nuevo marco constitucional propiciado por el Texto de 1978⁴⁴. La descentralización política y territorial del Estado, con el surgimiento del Estado Autónomico⁴⁵, el fortalecimiento de la dogmática del dominio público como técnica de protección (art. 132 CE)⁴⁶, o el inicial despunte de las preocupaciones medioambientales *ex art. 45 CE*⁴⁷, incorporan al ordenamiento jurídico español nuevas exigencias que afectaron de

consolidó diversas normas intervencionistas en favor de la Administración de la Monarquía que se habían ido dictando en las décadas anteriores. Entre dichas normas intervencionistas quizás destaca la Real Orden de 14 de marzo de 1846, que sometió a autorización administrativa previa, en perjuicio sobre todo de los ribereños de toda clase de corrientes de aguas públicas, los aprovechamientos privativos de las aguas de dichas corrientes. Se ha dicho de esa importante Real Orden de 14 de marzo de 1846 que fue una auténtica «*revolución*» y habría constituido un punto de inflexión muy importante en el proceso de creciente intervencionismo estatal que habría de caracterizar desde entonces al derecho español de las aguas. La Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866 fue sustituida por la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 que, sin embargo, reproducía sustancialmente a la primera con retoques de escasa importancia. Puede hacerse referencia, por eso, a las Leyes o la Ley de Aguas de 1866-1879. Esta Ley de Aguas de 1866-1879 reprodujo los esquemas romanos y la distinción romana entre aguas públicas y aguas privadas, aunque robusteciendo considerablemente, respecto de las primeras y en relación al Derecho romano, el intervencionismo estatal. MOREU BALLONGA, J. L., “El marco jurídico...”, cit., p. 784.

⁴³ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el CC, (BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889, p. 249). El CC destina el Capítulo I, Título IV, Libro II a la regulación del dominio y aprovechamiento de las aguas.

⁴⁴ Constitución Española de 1978 (CE), (BOE núm. 311, de 29 diciembre 1978, p. 29313).

⁴⁵ En este sentido, señala FANLO LORAS que “la nueva organización territorial del Estado, profundamente descentralizado, determina el novedoso sistema de distribución de competencias entre Estados y CCAA y la singular configuración de nuestra Administración Hidráulica, por más que se mantenga la tradicional denominación de Confederaciones Hidrográficas. En efecto, en aplicación de los arts. 148.1.10ª y 149.1.22ª CE, la Ley de Aguas de 1985, en línea con nuestra pionera tradición, hace de la cuenca hidrográfica la unidad de gestión y atribuye a la Administración del Estado la gestión de las supracomunitarias, esto es, aquellas que abarcan el territorio de varias Comunidades Autónomas, atribuyendo a éstas, en exclusiva, la de las cuencas internas”. FANLO LORAS, A., “El derecho de aguas en el 25 aniversario de la Constitución Española”, *REDUR*, núm. 2, 2004, p. 54.

⁴⁶ De acuerdo con FANLO LORAS, esta técnica sería aplicada por “el legislador de 1985 al agua y a los bienes por donde ésta discurre o se halla (que integran el dominio público hidráulico estatal), abandonando los caducos sistemas clasificatorios seguidos por el CC y la anterior Ley de Aguas”. FANLO LORAS, A., “El derecho de aguas...”, cit., p. 55.

⁴⁷ El art. 45 CE dispone que, “*todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado*”. Se reconoce así el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado así como el deber de conservarlo, y se establece el principio rector de la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y

llo a los elementos estructurales de la gestión del agua siendo precisos sustanciales cambios respecto del pasado. Como ha señalado FANLO LORAS algunas de las claves explicativas del actual Derecho de aguas también tienen su origen indirecto en la CE, “como ocurre con la aplicación de la extensa normativa sobre calidad de las aguas de la Unión Europea (UE), vigente en España tras nuestra integración con efectos de 1 de enero de 1986, en virtud de la llamada «cláusula de supranacionalidad» recogida en el art. 93 CE”⁴⁸. Por lo anterior, esta segunda fase podría denominarse etapa de transformación del régimen jurídico de los recursos hídricos, la cual comenzaría con la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (LA), el Real Decreto 849/1986 de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH) y el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica (RAPAPH)⁴⁹, normas que dan cabida en nuestro derecho a una nueva concepción del agua como recurso natural así como a fundamentales novedades como la demanialización de la práctica totalidad de los recursos hídricos y su gestión unitaria. En relación al alcance de la declaración del carácter público del dominio hidráulico establecido en la LA, el art. 2 de la norma señala los elementos integrados en el dominio público del Estado al tiempo que se advierte que dicha enumeración se efectúa “con las salvedades expresamente establecidas en la Ley”. Entre estas excepciones destacan la exclusión de las aguas subterráneas no renovables así como de las aguas minerales y termales. Respeto a las primeras, cuya existencia no fue reconocida hasta la LA de 1985, su exclusión ha de ser deducida del propio art. 2 a) que solo incluye en el DPH las renovables. La razón de la no inclusión de las aguas no renovables dentro del DPH fue criticada por la doctrina mayoritaria presente que la justificación para dicha exclusión, –el aislamiento de este tipo de aguas y su no comunicación con otros recursos, no quedando integrada en el ciclo hidrológico–

defender y restaurar el medio ambiente. Protección y desarrollo sostenible que, como indica FANLO LORAS, “constituyen principios constitucionales rectores de la política social y económica de los poderes públicos, en plena sintonía con la evolución reciente del Derecho comparado y, en especial, con las exigencias derivadas del Derecho de Unión Europea que ha incorporado al Tratado la protección del medio ambiente como una de sus misiones e incorporado el concepto de desarrollo sostenible”. FANLO LORAS, A., “El derecho de aguas...”, cit., p. 56.

⁴⁸ FANLO LORAS, A., “El derecho de aguas...”, cit., p. 53.

⁴⁹ Real Decreto 927/1988, de 29 de julio por el que se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica, (BOE núm. 209, de 31 agosto 1988, p. 26412).

carecería de apoyo técnico suficiente⁵⁰. Por lo que se refiere a las aguas minerales y termales, el apartado 4º del art. 1 LA reconoce expresamente que éstas se regularán por su legislación específica, excluyéndolas por tanto del DPH. Esta decisión fue objeto de diversas críticas por su falta de coherencia tanto con la consideración de todas las aguas como un recurso unitario integradas en el ciclo hidrológico, como con el principio de unidad de gestión⁵¹.

⁵⁰ Cfr. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *Titularidad y aprovechamiento de las aguas: discurso leído el día 20 de mayo de 1995 en el acto de su recepción como académico de número por el Excmo. Sr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer y contestación del Excmo. Sr. D. Eduardo García de Enterría*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1995, p. 120.

⁵¹ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, puso de manifiesto, de una forma crítica, que “asumido (el ciclo hidrológico) como criterio inspirador de la Ley, no hay razón alguna que apoye la exclusión, sin perjuicio que dentro de la propia legislación general de aguas, puedan tenerse muy en cuenta, naturalmente, las especialidades de estos recursos”. Concluyendo que, “en definitiva –y es opinión generalizada–, la exclusión que se recoge sólo puede explicarse como resultado de posibles acuerdos sobre distribución de funciones entre distintos Cuerpos funcionariales”. Vid. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *Titularidad y aprovechamiento...*, cit., p. 151 y de mismo autor, *Derecho de...*, pp. 185 y ss.

Además de las anteriores, cabe distinguir otras exclusiones como la recogida en el art. 10 LA respecto de las charcas. El referido precepto señala que, “*las charcas situadas en predios de propiedad privada se considerarán como parte integrante de los mismos siempre que se destinen al servicio exclusivo de tales predios*”. Se reconoce que las charcas situadas en predios de propiedad privada forman parte de los mismos adquiriendo naturaleza privada (incluyendo sus lechos) y sin que el precepto especifique que a tal fin sea necesario la inscripción en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, la Ley condiciona esta naturaleza privada al destino de las aguas, señalando que éste ha de ser para el “*exclusivo uso de los predios*”, esto es, en el momento que dejara de cumplimentarse este uso las aguas pasarían a formar parte del DPH. Se deja de lado la cuestión de aquellas charcas que aun siendo construidas en predios privados se destinan al almacenamiento de aguas públicas, entendiéndose que para estos casos prima el carácter público de las charcas en la medida que son meros depósitos de agua pública cuya naturaleza jurídica no se altera cuando son artificialmente apartadas de sus cauces naturales. Asimismo, la disposición adicional primera de la LA señala que “*los lagos, lagunas y charcas, sobre los que existan inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad, conservarán el carácter dominical que ostenten en el momento de entrar en vigor la presente Ley*”. Respecto a la exigencia de una inscripción expresa autores como PÉREZ PÉREZ o MARTÍN RETORTILLO BAQUER señalan que en realidad deviene suficiente con que conste la existencia de las aguas en la inscripción de la finca de la que forman parte sin que sea necesario que las aguas constituyen registralmente una finca independiente. Cfr. PÉREZ PÉREZ, E., “Registro de Aguas y Registro de la Propiedad”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, año 67, núm. 604, 1991, pp. 783-812; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *Titularidad y aprovechamiento...*, cit., p. 127. Por último, y en relación con las aguas pluviales, –cuya titularidad privada se reconocía de forma expresa en la legislación anterior–, la LA de introduce dos preceptos relativamente discordantes. De un lado, el art. 51 reconoce el dominio privado de los cauces por los que ocasionalmente discurran aguas pluviales en tanto atraviesen, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular. La ley realiza una atribución expresa de la propiedad privada; de otro, el art. 52.1 reconoce los aprovechamientos de la aguas pluviales que discurran en los predios de dominio privado mientras discurran por ellas. En relación con las aguas pluviales la doctrina se divide en dos posiciones: una primera, según la cual mientras las aguas pluviales discurran por terrenos privados éstas también serán privadas; y una segunda posición que considera que tales aguas integran el DPH en cuanto forman parte del ciclo hidrológico conservando el

Este sería el criterio asumido por la Ley de Aguas de 1985 que en su preámbulo reconoce que “el agua constituye un recurso unitario, que se renueva a través del ciclo hidrológico y que conserva, a efectos prácticos, una magnitud casi constante dentro de cada una de las cuencas hidrográficas del país”⁵². De esta manera, el texto de 1985 estableció el nuevo régimen jurídico del DPH a la luz del sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, fijando un nítido marco normativo para todas las Administraciones públicas competentes, ratificado en esencia por la STC 227/1988, de 29 de noviembre. La LA configuró el agua como un recurso unitario renovable a través del ciclo hidrológico, sin distinguir entre aguas superficiales y subterráneas a través de la demanialización de estas últimas, legalizó un complejo proceso de planificación hidrológica y vinculó la disponibilidad del recurso en cantidad suficiente a la exigencia de calidad del mismo⁵³. De acuerdo con el nuevo espíritu que informa la normativa de aguas, QUINTANA PETRUS señaló que, “la administración del agua coordinada con la de los demás recursos naturales y con la ordenación del territorio implica la necesidad de vincular determinados principios: el de conservación de los recursos, el de la planificación de los mismos y el de protección de la calidad del agua”⁵⁴.

Estas ideas quedaría recogidas en la LA, no solo en el preámbulo –según la cual “esta disponibilidad debe lograrse sin degradar el medio ambiente general, el

dueño del predio un derecho de aprovechamiento sobre las mismas. Cfr. QUINTANA PETRUS, J. M., *Derecho de Aguas. La Ley de 1985 y sus Reglamentos*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 63; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *Titularidad y aprovechamiento...*, cit., p. 131.

⁵² Para QUINTANA PETRUS, la Ley de Aguas de 1985 sigue las recomendaciones dictadas por la II Conferencia de la Asociación Internacional de Derecho de Aguas (AIDA), celebrada en Caracas, Venezuela, en 1976, preparatoria a su vez de la Conferencia del Agua de Naciones Unidas que se celebró en el Mar del Plata, Argentina, en 1977. Como señala el autor, según la II Conferencia de la AIDA “el agua debe ser considerada dentro del criterio de la unidad del ciclo hidrológico. Ésta debe ser una y pública, sin perjuicio de las diferentes modalidades de su explotación, ya que más que ningún otro recurso natural, el agua está destinada al uso de todos. Vid. QUINTANA PETRUS, J. M., *Derecho de ...*, cit., pp.13-14. A fin de profundizar en el conocimiento de la referida norma se dejan referidas las obras de GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L., *Comentarios a la Ley de aguas. Ley 29/1985, de 2 de agosto*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1985; PÉREZ PÉREZ, E. / REVERTE NAVARRO, A., “arts. 407 a 427 del Código Civil y Ley de Aguas”, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, Vol. III, 2ª ed., Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1990; MOREU BALLONGA, J. L., *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1990; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *Titularidad y aprovechamiento*, cit.

⁵³ Cfr. Preámbulo de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

⁵⁴ QUINTANA PETRUS, J. M., *Derecho de...*, cit., pp. 13-14.

recurso en particular, minimizando los costes socio-económicos y con una equitativa asignación de las cargas generales por el proceso, lo que exige una previa planificación hidrológica y la existencia de unas instituciones adecuadas para la eficaz administración de recursos en el nuevo Estado de Autonomías”–, sino, en especial, en su Título II, Capítulo I, donde se recogen los principios generales que inspiran la gestión pública del agua, a los que deben someter el ejercicio de sus funciones las autoridades hidráulicas, estatales y regionales, entre los que pueden destacarse el tratamiento integral, economía del agua, respeto de la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico, compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza⁵⁵. Sin embargo, la aplicación práctica de la Ley de Aguas de 1985 permitió constatar tanto la existencia de diversos problemas prácticos en la gestión del agua a nivel nacional, como la ausencia en ella de instrumentos eficaces para afrontar las nuevas demandas en relación con dicho recurso, tanto en cantidad como en calidad. Los nuevos retos que exige la gestión del agua a las puertas del siglo XXI, en concordancia con la plena integración de España en la Unión Europea (UE) y a la necesidad de otorgar la máxima protección a dicho recurso natural como bien medioambiental de primer orden motivaron diversas reformas de la LA. Entre ellas, destaca la llevada a cabo mediante la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, por la que se pretendió adaptar la normativa a las nuevas necesidades surgidas en relación con la cantidad y calidad del agua y con su gestión. Esta ley dejaría previsto el plazo de un año, posteriormente elevado a dos, para refundir y adaptar la normativa legal existente en materia de aguas⁵⁶. En aplicación de tal

⁵⁵ *Vid.*, DELGADO PIQUERAS, F., “El proceso de aplicación de la Ley de Aguas de 1985 y las nuevas exigencias de protección del dominio hidráulico que plantea la Directiva marco del agua”, *RADA*, núm. 10, 2006, p. 47; cita online, Aranzadi Insignis BIB 2006\1294.

⁵⁶ Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999, p. 43100). Como mantiene ÁLVAREZ CARREÑO, “la importante reforma que de la Ley de Aguas se lleva a cabo en 1999 refuerza estas exigencias ambientales en cuanto incorpora el concepto de «buen estado ecológico»”. ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., “Los derechos privados ...”, cit., p. 6. Además, de acuerdo a lo previsto en la Disposición final segunda de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, el Gobierno, en el plazo de un año a partir de su entrada en vigor, dictaría un Real Decreto Legislativo para refundir y adaptar la normativa legal existente en materia de aguas, plazo de un año elevado a dos por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real Decreto-Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, (hoy, Ley 6/2010, de 24 de marzo Modificación del texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de

previsión, y a propuesta del Ministro de Medio Ambiente, el Gobierno aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 (TRLA) que pone fin a esta etapa.⁵⁷

La tercera etapa, que denominamos de consolidación del moderno Derecho de aguas, queda definida por la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000 (DMA), por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, centrándose a partir de ahora la atención en la protección de todas las de los Estados miembros de la UE⁵⁸. La transposición de la citada DMA al ordenamiento jurídico español ha supuesto una clara modificación en el régimen jurídico del agua. Ya no se concibe como un recurso cuya explotación debe basarse en el principio de sostenibilidad, sino como un medio ambiente acuático en sí mismo del que dependen otros recursos y usos diversos y que deviene fundamental para el desarrollo de la vida. Para la trasposición de la Directiva al derecho español se siguió el atajo brindado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁵⁹. Un solo artículo (art. 129 de la Ley 62/2003) modificó más de cuarenta preceptos del TRLA del 2001. Se incide en cuestiones como el nuevo ámbito objetivo de aplicación del TRLA, extendiéndose la aplicación de la misma a las aguas de transición y las aguas costeras superando el tradicional concepto de DPH; en sede organizativa se integra la demarcación hidrográfica como un nuevo ámbito territorial de gestión y planificación hidrológica, creándose, además, el Comité de Autoridades Competentes como nuevo órgano de cooperación interadministrativa; se incide, igualmente, en la planificación hidrológica, fijándose un único plan para cada una de las demarcaciones hidrográficas sujeto a nuevos objetivos, criterios, contenidos y procedimientos para su elaboración; o en la protección del DPH y la calidad de las aguas, ya que se establecen los objetivos ambientales y los plazos para su consecución, en las aguas superficiales subterráneas,

Impacto Ambiental de proyectos, BOE núm. 73 de 25 marzo 2010, p. 28590).

⁵⁷ Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001, (BOE núm. 176, de 24 julio 2001, p. 26791).

⁵⁸ Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, (DOUE-L núm. 327, de 22 diciembre 2000, pp. 1-72).

⁵⁹ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, (BOE núm. 313, de 31 diciembre 2003, p. 46874).

zonas protegidas y masas de agua artificiales, y masas de agua muy modificadas, creándose un registro de zonas protegidas hasta ese momento inexistente⁶⁰.

Ya, para finalizar este recorrido por el Derecho de aguas español, junto con las anteriores puede identificarse una última etapa de reforma estatutaria o “guerra del agua”, caracterizada por la tendencia rupturista de los nuevos EEAA que se iniciaría en 2005⁶¹. El control sobre los recursos hídricos y la intervención en la planificación hidrológica ha servido de plataforma para un intento velado de modificación del modelo del Estado Autonómico a través de una pretendida reconfiguración del sistema de distribución constitucional de competencias. El TC se ha visto en la necesidad de interpretar de nuevo la propia posición de los EEAA en el ordenamiento jurídico o los límites de las competencias autonómicas en las materias de referencia. Resultan representativas de esta última etapa las SSTC 247/2007, de 12 de diciembre y 248/2007, de 13 de diciembre, por las que se resuelven los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por las CCAA de Castilla la Mancha y Aragón frente al art. 17 del EACV; la STC 110/2011, de 22 de junio, por la que el TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por la CA de La Rioja frente a la L.O. 5/2007, de 20 de abril, de reforma del EAAR; las SSTC 30/2011, de 16 de marzo y 32/2011, de 17 de marzo, referidas a las reformas de los EAA y EACL por las que se estiman los recursos interpuestos por el Gobierno de la Junta de Extremadura. Si bien, la reforma estatutaria que mayor controversia suscitó fue sin duda la de Cataluña, –en especial, al objeto de este trabajo, el art. 117 EAC– que daría lugar, entre otras, a la STC 31/2010, de 28 de junio, por la que el Alto Tribunal resuelve el recurso de

⁶⁰ Nos remitimos en este punto al epígrafe IV de este Capítulo en el que se aborda la trasposición de la DMA al derecho español como uno de los más importantes hitos en la consagración de la integración de la variable ambiental en el Derecho de aguas español.

⁶¹ Como señala EMBID IRUJO, “ese proceso de reformas estatutarias comenzó en 2005 con la tramitación parlamentaria de los EAC y EACV y continúa en la actualidad. Estaríamos en la segunda fase de reformas estatutarias tras la redacción inicial de los EEAA (1979–1983) y las reformas de los EEAA de las CCAA de autonomía inicial limitada que se llevaron a cabo a partir de 1994 y hasta el 2000”. EMBID IRUJO, A., “Informe de España”, en EMBID IRUJO, A. (dir.) / KOLLING, M. (coord.), *Gestión del agua ...*, cit., p. 244; “Agua y territorio. Nuevas reflexiones jurídicas”, *RAAP*, núm. 71-72, 2008, p. 17. En este sentido, sirvan de ejemplo la L.O. 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, (BOE núm. 86, de 11 abril 2006, p. 13934); L.O. 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, (BOE núm. 172, de 20 julio 2006, p. 27269); L.O. 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, (BOE núm. 97, de 23 abril 2007, p. 17822); L.O. 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, (BOE núm. 68, de 20 marzo 2007, p. 11871); L. O. 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, (BOE núm. 288, de 1 diciembre 2007, p. 49486).

inconstitucionalidad interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso; STC 48/2010, de 9 de septiembre por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de la Comunitat Valenciana; o la STC 49/2010, de 29 de septiembre, por la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la CA de la Región de Murcia⁶².

2. Síntesis de la evolución del Derecho de aguas en Argentina

Aun teniendo presente que un estudio riguroso de los primeros antecedentes en el proceso de formación del actual Derecho de aguas argentino podría remontarse en su análisis al periodo comprendido desde el Primer Gobierno nacido con la Revolución de 1810 hasta las primeras normas específicas de la materia⁶³, resulta más ajustado al objeto del presente trabajo tomar como punto de partida, como hacíamos en relación al derecho español, el movimiento codificador que, a través de la Constitución Nacional de 1853 (CN 1853) y el Código Civil de 1869 (CC), supuso la consolidación de la organización jurídico política del Estado argentino bajo la fórmula de representación republicana federal que llega hasta nuestros días⁶⁴.

⁶² Sirvan de ejemplo asimismo, las SSTC 47/2010, de 8 de septiembre de 2010 y STC 46/2010, de 8 de septiembre de 2010, por la que se resuelven los recursos de inconstitucionalidad núm. 9568-2006 y núm. 9491-2006, interpuesto respectivamente por el Consejo de Gobierno de la CA de las Illes Balears y el Consejo de Gobierno de la Diputación General de Aragón en relación con la Disposición adicional decimotercera de la L.O. 6/2006, de 19 de julio, de reforma EAC; STC 48/2010, de 9 de septiembre de 2010, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 9501-2006, interpuesto por la Generalitat de la Comunidad Valenciana; STC 137/2010, de 16 de diciembre de 2010 por la que se resuelve el recurso núm. 8675-2006, interpuesto por el Defensor del Pueblo; STC 138/2010, de 16 de diciembre de 2010, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 9330-2006, interpuesto por el Consejo de Gobierno de La Rioja, todas ellas por los recursos interpuestos frente a diversos art. de la L.O. 6/2006, de 19 de julio, de reforma EAC.

⁶³ MATHUS ESCORIHUELA, M. / MAGNANI, C., “Agua y Derecho”, en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, Mendoza, 2007, p. 30. Los autores se remiten a CANO, quien además añade una descripción sucinta las normas sobre aguas que rigieron hasta 1852. CANO, G., *Bosquejo del Derecho Mendocino Intermedio de Aguas*, Instituto de Historia del Derecho Argentino (UBA), conferencia y comunicación VII, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1943, pp. 14-18. Sobre el régimen colonial de aguas también puede consultarse SAURINA, S., *et al.*, *Historia de la irrigación. Periodos prehispánico e hispánico (hasta 1810)*, INA-CELA, Mendoza, 2003, p. 24.

⁶⁴ La CN 1853, promulgada el 1 de mayo de ese mismo año, señalaba en su art. 1 que, “la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana

Un primer método de análisis de la evolución del Derecho de aguas argentino vendría dado, desde un punto de vista tradicional, por la exposición de los hitos legislativos –nacionales y provinciales– de mayor trascendencia. De este modo, por lo que se refiere a la normativa nacional pueden diferenciarse tres etapas fundamentales: una primera, marcada por la promulgación de la CN 1853⁶⁵, el CC de 1869⁶⁶ y la variada legislación nacional de principios y mediados de siglo, como la Ley Nacional 6.546, de Irrigación, de 6 de octubre de 1909⁶⁷, o el Decreto núm. 6767, de 19 de abril

federal, según la establece la presente Constitución”. En identidad de términos se recoge hoy en el art.1 de la CN de 1994.

⁶⁵ Con la sanción de la CN de 1853 se consagraron distintas normas de derecho de aguas entre las que pueden destacarse el art. 12, referido a una navegación libre de derechos por causa de tránsito entre puertos de distintas provincias; art. 14, por el que se consagra el derecho de navegar y comerciar; art. 26 que establece la libre navegación de los ríos interiores; o art. 67 incs. 9 y 12 por el que se atribuye al Congreso la reglamentación de la navegación de los ríos interiores, la habilitación de puertos y la regulación del comercio marítimo internacional e interprovincial.

⁶⁶ El CC de 1869, cuerpo legal básico de derecho privado, contiene las normas fundamentales del derecho de aguas argentino. Redactado por VÉLEZ SÁRSFIELD, fue aprobado el 25 de septiembre de 1869, mediante Ley núm. 340, entrando en vigor el 1 de enero de 1871. Influenciado por el Derecho continental o sistema romano germano francés, en materia de dominio sobre las aguas sigue la legislación romana y de las Partidas, adoptando el sistema regalista de las Leyes de Indias. Como señala CANO, “el derecho indiano es la primera fuente de nuestra legislación positiva hídrica vigente y a él debemos la dominialidad pública de casi todas las aguas”. CANO, G., “Concepto y fuentes del derecho argentino de aguas”, *JA*, doctrina, serie contemporánea, 1974, p. 517. En este sentido, SPOTA mantiene que “si se tiene en cuenta el sistema de la legislación india, según la cual la comunidad de todas las aguas era un firme principio que no admitía excepción, cabe concluir que, Vélez Sársfield, al aceptarlo expresamente, tal como surge de la recordada nota, no hizo sino reafirmar el derecho vigente entre nosotros desde la misma colonización española. Se observa, así, una línea ininterrumpida en la materia: el derecho indígena, el que surgía del callpulli azteca y del ayllu peruano, tendía inequívocamente hacia la comunidad de todas las aguas y, en particular, de las corrientes naturales de aguas, sin distinguirlo alguno. La decisión del emperador Carlos V, al elevar a la categoría de bienes comunes todos “los pastos, aguas y montes” de la América española, formando así tan fundamental principio parte esencial de la legislación de Indias, no innovó, en definitiva, el sistema legal indígena; por el contrario, lo precisó, le dio más vigor, le acordó el carácter de certeza que no alcanzaron a oscurecer las mercedes otorgadas a los conquistadores sobre tierras y aguas. Ese fue el derecho patrio de la precodificación”. SPOTA, A., “El dominio público sobre las aguas que corren por cauces naturales y sobre estos últimos”, (nota al fallo de la Cámara Civil 1° de la Capital Federal, sentencia de 23 de diciembre de 1941, dictada en la causa “Obras Sanitarias de la Nación v. Sierburger Hnos.”), *JA*, T. I, 1942, p. 894.

⁶⁷ Ley Nacional 6.546, de 6 de octubre de 1909, conocida como Ley Nacional de Irrigación. En relación a ésta LÓPEZ pone de manifiesto que “ha querido, en ejercicio de los poderes concurrentes, llevar a las provincias los beneficios del uso del agua”. LÓPEZ, J., “El derecho de aguas en la legislación argentina”, *Separata del tomo XXVI de Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1987, p. 65. Por su parte MERECA CANELO, señala que “esta ley convenio, o ley de adhesión es en realidad una ley de financiación que arbitra fondos para ejecutar obras hidráulicas pero no legisla sobre aprovechamientos de las aguas, ni organiza autoridades especiales para las mismas. Prevé la construcción de obras, incluso en las provincias disponiendo que mientras no sean amortizadas serán administradas por el Gobierno federal autorizándose al Poder Ejecutivo

de 1945, posteriormente convertido en la Ley Nacional 13030⁶⁸. Una segunda, delimitada por la reforma en 1968 del CC mediante Ley 17.711, tendente a la publicación de las aguas⁶⁹. Y, una última etapa, integrada por la reforma constitucional de 1994 y la legislación de presupuestos mínimos.

Desde el punto de vista de la legislación provincial se sigue la división propuesta por LÓPEZ que, hasta la reforma de 1994, divide en tres las etapas el constitucionalismo provincial: clásica, moderna y contemporánea. El fundamentado de esta división reside en la progresiva incorporación de disposiciones relativas al ambiente y a los recursos naturales a los Textos constitucionales. De acuerdo con esta división del constitucionalismo provincial, entre las Constituciones provinciales de la época clásica, anteriores a 1957 y carentes de disposiciones expresas sobre medio ambiente y recursos naturales, destacan, entre otras, la de Entre Ríos (1933), Buenos Aires (1934), Corrientes (1960) y Santa Fe (1962); las Constituciones provinciales de la época moderna, aquellas que incorporan normas de corte ambiental, quedarían representada a modo de ejemplo por las de las provincias de Chaco, Chubut, Misiones, Neuquén, Santa Cruz (1957), Mendoza (1916 reformada en 1991); y finalmente, entre las Constituciones provinciales de la etapa contemporánea, que a partir de 1986 incluyen diversas disposiciones sobre el ambiente, recursos naturales y la protección de los derechos asociados, se identifican la Constitución de Jujuy (1986), Córdoba

Federal a expedir reglamentos para cada una". Finalmente se dispuso la entrega gratuita de las obras a las provincias. MERECA CANELO, A., *Informe sobre las modalidades utilizadas por los países de la zona templada sudamericana para el cobro a los usuarios de los servicios de administración, operación y conservación de riego*, II Reunión de la Comisión de Asesores del Programa de Riego IICA, serie de publicaciones misceláneas núm. 119, IICA, Buenos Aires, 1974, p. 7.

⁶⁸ Ley Nacional 13.030, sobre jurisdicción nacional en aguas interprovinciales, (BO núm. 15930, de 5 de diciembre de 1947). Esta ley ratificaría, entre otros, el Decreto 6767/1945, de 19 de abril, cuyo art. 1 disponía que, "*el Poder Ejecutivo Nacional regulará por intermedio de la Administración Nacional del Agua, el uso y aprovechamiento de las aguas de ríos y corrientes subterráneas que atraviesen dos o más provincias o una provincia y un territorio o cuando nacieren en una provincia y territorio y murieren en otro, a fin de asegurar su racional y armónica utilización en todo su curso de acuerdo con la población y necesidades de cada provincia o territorio.*" A través de esta disposición, que tuvo su acogida en el Texto constitucional de 1949, ex. art. 68 inc. 14, toma cuerpo, si bien con nula trascendencia en la práctica, la tesis centralista que, a la luz de la superación de las cuestiones concernientes al dominio de las aguas interprovinciales, tras la discusión desde el dominio al ámbito de las competencias para su regulación, jurisdicción, en un intento infructuoso de ampliar las competencias nacionales.

⁶⁹ La Ley 17.711, de 22 de abril de 1968, (BO núm. 21424, de 26 de abril de 1968), dotó de virtualidad práctica a las propuestas formuladas en la IV Conferencia Nacional de Abogados de 1936 sobre la demanialización de las aguas modificando el art. 2340 CC.

(1987), y Catamarca (1988), entre otras⁷⁰. Si bien, como apunta MARTÍN, a la anterior sistematización debe ser incorporada una última y cuarta etapa, marcada, como ocurría en el ámbito nacional, por la reforma constitucional de 1994. A partir de este momento, señala el autor, “se desata un gran movimiento reformista que tiene como uno de sus ejes centrales las reformas asociadas al medio ambiente, los recursos naturales, y los derechos y obligaciones a ellos asociadas, influidas en buena medida por la fuerza expansiva de los arts. 124 CN y la cláusula ambiental del art. 41 CN. Así las Constituciones de Buenos Aires (1994), Chubut (1994), Santa Cruz (1998) y Salta (1998), en consonancia con el texto de la CN establecen que la provincia ejerce el dominio originario o eminente de los recursos naturales. La Constitución de Córdoba (2001), aunque no dispone nada al respecto del dominio de los recursos naturales en general (si respecto de algunos yacimiento) o de las aguas, contiene prescripciones sobre su regulación y protección. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996), entre otras cuestiones que han provocado serios problemas interpretativos vinculados al puerto de Buenos Aires, confiere a la Ciudad el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales. La Constitución de Corrientes (2007) declara de dominio público el Acuífero Guaraní y las tierras fiscales ubicadas en el ecosistema del Iberá. La Constitución de La Rioja (2002) establece que son de dominio público de la provincia los lagos, los ríos y sus afluentes, y todas las aguas públicas existentes en su jurisdicción”⁷¹.

Asimismo, debe ser tenida en cuenta la legislación provincial infraconstitucional, cuya evolución viene marcada por la diferente consideración que el agua ha tenido en las normas según las características de cada provincia y su mayor o menor escasez. Se propone en este trabajo una división en cinco fases según la progresiva integración de la variable ambiental en la legislación coincidiendo, además, con la progresión cronológica de los textos de aguas: una primera etapa propia de finales del siglo XIX y, a partir de ésta, las etapas correspondientes a las décadas de los años cuarenta, setenta y ochenta, cerrando la sistematización con una quinta y última etapa que toma como punto de partida la reforma constitucional de 1994. Las

⁷⁰ Cfr. LÓPEZ, J., “Los recursos naturales, la energía y el ambiente en las constituciones de las provincias argentinas”, en PÉREZ GUILHOU, D. (ed.), *et al.*, *Derecho Público Provincial III*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 118 y ss.

⁷¹ MARTÍN, L., *Derecho de...*, cit., p. 14. La Constitución de La Rioja fue reformada en el año 2008, conservando la declaración de dominio público de los lagos, ríos y afluentes, (emitida el 14 de mayo, publicada el 20 de mayo de 2008).

cuatro primeras responden a la división propuesta por MARTÍN, recogida expresamente en el proyecto de Ley Nacional para instituir el día 20 de noviembre como "Día Nacional de la preservación de los recursos hídricos", aún en trámite parlamentario⁷². A esta división se incorpora una última fase, que si bien en cuanto al fondo comparte notables similitudes con la última de las fijadas por el autor, cronológicamente puede ser diferenciada.

Así, la primera etapa se iniciaría con el dictado de la Ley General de Aguas de la provincia de Mendoza aún en vigor (1884), que siguiendo los lineamientos de la legislación española es pionera en la materia. La siguen Leyes de Aguas de Tucumán (1897), vigente durante más de 100 años hasta su derogación en 2001, y Catamarca (1896/1900) derogada en 1973. Estas legislaciones se centran de forma prácticamente exclusiva en la regulación de los usos y aprovechamientos. A partir de 1940, se inicia una segunda etapa, con la sanción de los Códigos de Aguas de Salta (1946), Jujuy (1950) y Santiago del Estero (1950), inaugurando la época durante la cual se dictaron la mayoría de las leyes provinciales. La regulación se centra, entre otras cuestiones, en la clasificación de las aguas y sus usos, el ejercicio de la policía de aguas y la organización, competencias y funcionamiento de la administración de aguas, el riego, la concesión de uso de las aguas públicas, las servidumbres administrativas y en la participación de los usuarios en la administración. A partir de 1970, tercera fase de la evolución, se sancionan los Códigos de Aguas de Corrientes, Córdoba, Leyes de Aguas de Catamarca, La Pampa, Código de Aguas de Neuquén y la Ley de Aguas de San Juan⁷³. La cuarta etapa, se iniciaría con la sanción entre otras de la Ley de Agua

⁷² Cfr. MARTÍN, L., *Derecho de...*, cit., p. 14, nota al pie 8; la división propuesta por el autor se recoge asimismo en el proyecto de Ley Nacional, expediente núm. 0192-D-2014, publicado en trámite parlamentario núm. 2, de 6 de marzo de 2014, para instituir el 20 de noviembre de cada año como el "Día Nacional de la preservación y cuidado de los recursos Hídricos", y su incorporación al calendario escolar. Disponible en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación de la Republica Argentina, a través del enlace: <http://www.hcdn.gov.ar>, sección proyectos, (fecha de última consulta, 19 de agosto de 2014).

⁷³ Ley 3.066, Código de Aguas de la provincia de Corrientes, (sancionada y promulgada el 19 de septiembre de 1972, publicada el 3 de octubre de 1972); Ley 5.589, Código de Aguas de la Provincia de Córdoba, (sancionada y promulgada el 19 de septiembre de 1972, publicada el 25 de mayo de 1973); Ley 2.577, Código de Aguas de la provincia de Catamarca, (sancionada y promulgada el 22 de mayo de 1973, publicada el 5 de octubre de 1973); Ley 607, Código de Aguas de la provincia de la Pampa, (sancionada el 5 de septiembre de 1974, promulgada el 22 de octubre de 1974, publicada el 31 de octubre de 1974); Ley 899, Código de Aguas de la provincia de Neuquén, (sancionada el 11 de septiembre de 1975, promulgada el 26 de septiembre de 1975, publicada el 24 de octubre de 1975); Ley 4.392, Código de Aguas de la provincia de San Juan, (sancionada el

de Santa Cruz, el Código de Aguas de Santiago del Estero, La Rioja, Chaco y Jujuy⁷⁴. Estas leyes incluyen principios de política hídrica, regulando el agua como un recurso natural. Incorporan en su regulación normas relativas tanto al aprovechamiento y conservación del recurso como a la protección y defensa contra los elementos nocivos producidos por las aguas, fijando limitaciones al dominio establecidas en beneficio de su uso, obras hidráulicas, etc.

La última etapa se iniciaría con las regulaciones posteriores a la reforma constitucional de 1994, como los Códigos de Aguas de las provincias de Chubut, Río Negro, Formosa, San Luis, Buenos Aires, Salta, Corrientes, la Ley de Aguas de Tucumán y, más reciente, la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁷⁵. Responden a la consolidación de las preocupaciones ecológicas y a la integración de la cláusula ambiental *ex art. 41 CN*. Sus características son muy similares a las normas de la cuarta etapa, y muchos de sus aspectos son comunes. Se centran en la fijación de criterios para la conservación integral del recurso hídrico y niveles máximos de contaminación, regulación del control del vuelco de efluentes y vigilancia respecto de

21 de febrero de 1978, promulgada el 21 de febrero de 1978, publicada el 12 de abril de 1978).

⁷⁴ Ley 1.451, Aguas públicas provinciales no marítimas. Estudio, uso y preservación de la provincia de Santa Cruz, (sancionada y promulgada el 17 de mayo de 1982, publicada el 27 de mayo de 1982); Ley 4.869, Código de Aguas de Santiago del Estero, (sancionada y promulgada el 21 de abril de 1980, publicada el 22 de mayo de 1980); Ley 4.295, Código de Aguas de la provincia de la Rioja, (sancionada el 5 de diciembre de 1983, promulgada y publicada el 27 de marzo de 1984); Ley 3.230, Código de Aguas de la provincia de Chaco, (sancionada el 2 de diciembre de 1986, promulgada el 30 de diciembre de 1986, publicada el 12 de enero de 1987); Ley 4.396, Código de Aguas de Jujuy, (sancionada el 17 de noviembre de 1988, promulgada el 24 de febrero de 1989, publicada el 30 de junio de 1989).

⁷⁵ Ley 4.148, Código de Aguas de la provincia de Chubut, (sancionada el 7 de diciembre de 1995, promulgada el 28 de diciembre de 1995, publicada el 9 de enero de 1996); Ley 2.952, Código de Aguas de la provincia de Río Negro, (sancionada el 28 de diciembre de 1995, promulgada el 5 de febrero de 1996, publicada el 18 de marzo de 1996); Ley 1.246, Código de Aguas de la provincia de Formosa, (sancionada el 4 de septiembre de 1997, promulgada el 12 de noviembre de 1997); Ley 5.122, Código de Aguas de la provincia de San Luis, (sancionada el 17 de septiembre de 1997, promulgada el 25 de septiembre de 1997, publicada el 3 de octubre de 1997); Ley 12.257, Código de Aguas de la provincia de Buenos Aires, (sancionada el 9 de diciembre de 1998, promulgada el 26 de enero de 1999, publicada el 9 de febrero de 1999); Ley 7.017, Código de Aguas de la provincia de Salta, (sancionada el 21 de diciembre de 1998, publicada el 11 de enero de 1999); Decreto-Ley 191/2001, Código de Aguas de la provincia de Corrientes, (emitido el 28 de noviembre de 2001, publicado el 3 de diciembre de 2001); Ley 7.139, de Aguas de la provincia de Tucumán, (sancionada el 17 de mayo de 2001, promulgada el 13 de junio de 2001, publicada el 27 de junio de 2001); Ley 3.295, de Gestión Ambiental del Agua de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (sancionada el 26 de noviembre de 2009, promulgada el 11 de enero de 2009, publicada el 9 de febrero de 2010).

la regularidad del uso de las aguas; incorporación de principios aplicables al dominio sobre las aguas interjurisdiccionales; creación de registros de usuarios y de empadronamiento, según las categorías de los emprendimientos que descargan efluentes; introducción de conceptos relativos a la educación ambiental y mecanismos de participación ciudadana, planificación hídrica, ordenamiento territorial y acceso a la información; consideración de la cuenca como unidad de actuación; concepto de integridad de la cuenca como unidad indivisible a los fines de su planificación; determinación de mecanismos de coordinación para el uso múltiple de las aguas con los demás recursos naturales que integran la cuenca y para el desarrollo armónico e integrado de los recursos naturales que la componen. Asimismo, en lo que respecta a la política hídrica a partir del año 2000, a través de la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación se promovió un proceso de discusión con las provincias que culminó en la definición de los Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina⁷⁶.

Otra perspectiva de análisis de la evolución del derecho de aguas argentino la encontraríamos en la división en cinco etapas propuesta por MARTÍN⁷⁷. Partiendo de una división tradicional en cuatro períodos, el autor añade una quinta etapa vinculada al proceso de innovaciones introducidas tras la reforma constitucional de 1994. Distingue el autor una primera etapa, correspondiente a la formación legislativa del sistema jurídico argentino; una segunda, denominada de los precursores en la elaboración doctrinaria extendida aproximadamente hasta 1930; un tercer periodo de sistematización doctrinaria que abarcaría el periodo comprendido entre 1930 y 1960; una cuarta, que cerraría las etapas tradicionales, que identifica como la consolidación

⁷⁶ El Acuerdo Federal del Agua, de 17 de septiembre de 2003, por el que se acuerdan los Principios Rectores la Política Hídrica de la República Argentina, se firmó por los representantes de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, elevándose al Congreso de la Nación para materializar una normativa a través de una Ley Marco Nacional de Política Hídrica. Pese a no haber sido aún normativizados constituyen una suerte de derecho blando *-soft law-* aceptado en la mayoría de las jurisdicciones informando el derecho de aguas argentino. *Cfr.* IZA, A. / ROVERE, M. B., *Gobernanza del agua en América del Sur: dimensión ambiental*, UICN, Gland, Suiza y Cambridge, Reino Unido, 2006; CAVALLI, A., *Derecho de aguas*, Documento de trabajo núm. 168, Departamento de Investigaciones de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 2007.

⁷⁷ MARTÍN, L., *Derecho de...*, cit., p. 13.

del derecho argentino de aguas extendida hasta 1976⁷⁸; finalmente añade la que denomina etapa de transformación o reformulación del derecho argentino de aguas iniciada a partir de 1994.

Se toma este segundo método de análisis como referente para abordar la evolución del Derecho de aguas argentino, y dentro de este, se centra la atención de forma exclusiva en el estudio de las épocas de la sistematización, representativa de la concepción tradicional del Derecho de aguas, y de la transformación, reflejo de los nuevos paradigmas que fundamentan la actual perspectiva ambiental del agua que se defiende, etapas que comprenden el grueso de la evolución que se apunta justificando la exclusión del análisis de las restantes⁷⁹.

II. LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO DE AGUAS ESPAÑOL: DE LA LEY DE AGUAS DE 1866 A LA LEY DE AGUAS DE 1985

La Ley de Aguas de 1866, como indica MARTÍN RETORTILLO, “supuso, la sistematización conjunta de normas jurídicas anteriores, especialmente procedentes de nuestro derecho histórico”⁸⁰. Nace como respuesta a la necesidad de un Código que unificara la dispersión normativa característica de la época⁸¹ proporcionando solución

⁷⁸ Vid. MATHUS ESCORIHUELA, M., “Reseña del aporte argentino a la ciencia del Derecho de Aguas”, (1853-1975), *Anales Iuris Aquarum*, Vol. II, T. III, AIDA, Caracas, 1976, pp. 1392 y ss.

⁷⁹ La elección de estas etapas responde a la comprensión de que las restantes o bien han sido analizadas ya, o no representan grandes cambios respecto de las dos que se analizan. Así, la etapa de formación legislativa del sistema jurídico argentino fue desgranada en sus parámetros esenciales al efectuar el análisis de los hitos legislativos de mayor trascendencia. Mientras que la etapa de los precursores, si bien constituye el origen, a principios del siglo pasado, de los precedentes directos de la doctrina actual del Derecho de aguas argentino, presenta escasa trascendencia teórica en relación al objeto de este trabajo. Aun así resulta obligado hacer mención a grandes juristas como LOBOS y CASTELLO, y a sus obras, LOBOS, E., “Legislación de aguas”, *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, T. II, Buenos Aires, 1902; CASTELLO, M., *Legislación de aguas* (Tesis doctoral), UBA, Buenos Aires, 1921. Sin olvidar referir, como lo hace MARIENHOFF, que “los precursores de los estudios jurídicos sobre las aguas fueron los ingenieros, quienes salvaron, un gran vacío del momento”, pudiendo destacarse profesionales como HUERGO, CIPOLETTI, WAUTERS, QUIROGA, o SOLADANO. Vid. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. VI, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 60. Por último, tal y como refiere MARTÍN, la etapa de consolidación se caracteriza por el afianzamiento en las bases jurídicas procedentes de la sistematización, de forma que el mejor análisis de esta última convertiría en reiterativo el estudio de aquella. Vid. MARTÍN, L., *Derecho de...*, cit., p. 13.

⁸⁰ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., “La elaboración de ...”, cit., p. 45.

⁸¹ Como señala SEVERA GONZÁLEZ, “la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y su

a las nuevas demandas sociales⁸². El concepto de agua que impera en esta época es claro, como mantiene FRANQUET se trata esta de “un elemento de vida, de producción y de dominación sometida a usos económicos y sociales”⁸³. Esta concepción patrimonialista del recurso se plasma en una legislación centrada de forma exclusiva en la clasificación de las aguas, el dominio sobre las mismas, su uso y aprovechamiento, las servidumbres, la defensa contra sus consecuencias dañosas y en el régimen y policía de las aguas y su competencia de jurisdicción, cuestiones que estructuran la norma de 1866⁸⁴. Las mismas preocupaciones informan la posterior Ley

precedente de 1866 nacieron como una manifestación más del proceso codificador, con la finalidad de unificar la multitud de preceptivos existentes, y además, de convertir en normas de derecho escrito costumbres vigentes en diferentes localidades y regiones”. SEVERA GONZÁLEZ, J., *Código de Aguas*, cuaderno de documentación núm. 29, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Documentación, Madrid, 1980, p. 10. Esta situación quedó plasmada en el Real Decreto de 27 de abril de 1859 por el que se nombra la Comisión que habría de redactar el proyecto de Ley de Aguas de 1866 en el que se deja constancia de “la multitud de documentos legales que hoy rigen, excesivos por su número, incompletos en su contenido, diseminados entre las demás partes de la legislación patria, contradictorios a veces, con frecuencia confusos, faltos siempre de unidad, como procedentes de diversas épocas y de sistemas de gobiernos y de civilizaciones radicalmente distintas”. *Vid.* MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., “La elaboración de ...”, cit., p. 16, y del mismo autor, *La Ley de Aguas de 1866...*, cit., p. XXI.

⁸² En el Dictamen de la Comisión Especial del Senado que, presidida por OLIVAN, A., informó el proyecto de Ley de Aguas de 1866 puede leerse cómo “el aumento de población y las crecientes exigencias del cultivo hacen ya indispensable un Código general, como el que nos ocupa, para precaver los conflictos que con frecuencia ocurren y evitar los abusos que suelen cometerse en el aprovechamiento de las aguas por falta de una legislación precisa, uniforme y completa”. *Vid.* Dictamen de la Comisión relativo al proyecto de Ley de Aprovechamiento de Aguas, en MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S. *La Ley de Aguas de 1866...*, cit., p. 797.

⁸³ En estos términos se refiere al agua FRANQUET en su Memoria sobre la necesidad de un Código General de Aguas que acompaña a su proyecto. El proyecto de Código general de Aguas de FRANQUET y su Memoria pueden ser consultados en MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S. *La Ley de Aguas de 1866...*, cit., pp. 12 y ss. El proyecto elaborado por FRANQUET sirve de punto de arranque para la elaboración de la Ley de 1866, como señala MARTÍN RETORTILLO una opinión generalizada, le atribuye la paternidad de la Ley de Aguas de 1866, sin embargo a juicio del autor “la valoración objetiva y serena de los hechos determina la paternidad directa de la Ley de Aguas, en Rodríguez de Cepeda”. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., “La elaboración de la Ley...”, cit., p. 28.

⁸⁴ Como señala FRANQUET, “nuestra hidronomía abraza los principios para resolver las cuestiones que se originan: 1º) sobre el dominio de las varias clases de agua; 2º) sobre el de los terrenos que cubren, bañan y abandonan; 3º) sobre el de los arrastres y sedimentos que forman las aguas. 4º) sobre sus usos y preferencias de aplicaciones; 5º) sobre los derechos y servidumbres que causan por la vecindad y curso; 6º) sobre la jurisdicción a quien por su clase y lugar corresponde conocer y autoridad que la debe vigilar”. *Vid.* FRANQUET, C., “Memoria sobre la necesidad de un Código general de Aguas”, en MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *La Ley de Aguas de 1866...*, cit., p. 26. Las preocupaciones de la época queda reflejadas con absoluta claridad en el Informe emitido el 6 de agosto de 1859 por la Junta Consultiva de Caminos, Canales y Puertos con razón del proyecto de Código General de FRANQUET que, respecto al objeto que debía comprender la futura Ley de Aguas, especificaría que “una Ley de esta clase que emane del mencionado Ministerio y atendidas las necesidades actuales de España, solo debe contener cuanto se refiere al dominio y

de 1879, “dándose la circunstancia de la casi absoluta identidad de las soluciones en la mayoría de los casos”⁸⁵. Siguiendo a SEVERA GONZÁLEZ los principios que inspiran ambas normas pueden sintetizarse en los siguientes: i) el predominio del dominio público hidráulico, puesto que son aguas de dominio público los ríos desde su nacimiento hasta su desembocadura, las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corren por sus caudales y las que nacen en territorio público; la clasificación de los aprovechamientos y el establecimiento de un orden de prioridades entre los cursos de agua. Aunque ambas normas se caracterizaban por establecer un sistema basado en la coexistencia de las aguas públicas y privadas, en el que se distinguía un único poder legislativo y una única administración competente⁸⁶; ii) el intervencionismo estatal, presente que pese a la época de neoliberalismo económico en que las leyes fueron elaboradas, se atribuye a la Administración una amplísima competencia en materia de aguas como la facultad de imponer servidumbres legales, la autorización de aprovechamientos o las facultades de policía; iii) la participación de los administrados, permitiéndose la explotación de los aprovechamientos colectivos de

propiedad de las aguas accesiones y servidumbres, al modo de utilizarlas y especialmente a las concesiones, su naturaleza, condiciones y efectos y por último cuanto concierne a la policía, parte penal y competencia de jurisdicción, siempre bajo el aspecto de su mejor uso y aprovechamiento como medio de propiedad y aumento de riqueza para el país”. *Vid.* Informe emitido el 6 de agosto de 1859 por la Junta consultiva de Caminos, Canales y Puertos, en MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *La Ley de Aguas de 1866...*, cit., p. 452.

⁸⁵ En este sentido MARTÍN RETORTILLO pone de relieve la identidad de soluciones adoptadas por ambas normas en la mayoría de los casos. El autor explica las razones que motivaron el dictado de la Ley de 1879 señalando que, “el texto de la ley de 1866 fue pronto modificado sustantivamente por el Real Decreto de 14 de noviembre de 1868 y por la Ley de 20 de febrero de 1870. Esta última hacía relación a problemas de riegos y construcción de canales, y el Real Decreto citado alteraba lo dispuesto en algunos puntos concretos referidos principalmente a obras de defensa, desecación de lagunas y a algunos aprovechamientos especiales. Se buscó normalizar esta situación, en cierto modo irregular, derivada de la existencia de distintos textos contradictorios, mediante la autorización general concedida por la Ley de Bases de Obras Públicas de 29 de diciembre de 1876 y más tarde, incluso, por la de 13 de abril de 1877. En principio parece ser que se pensó en redactar un Reglamento previsto en la Ley como medio de normalizar esta situación, o un texto refundido con toda la legislación vigente, que es lo que en definitiva viene a ser la Ley de 1879. La Comisión nombrada al efecto optó, pues, por esta segunda solución, redactando una nueva ley de aguas. Creo sinceramente que, en general, las fórmulas precedentes se mejoran gramaticalmente la mayor parte de las veces que son modificadas; las expresiones de muchos artículos del Texto de 1879 matizan y aclaran las empleadas en el de 1866. Se modifican también algunas referencias de competencia y se suprimen, asimismo, muchos artículos de carácter procedimental relativos a distintas tramitaciones previstas en la Ley”. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *La Ley de Aguas de 1866...*, cit., p. LIII. Se deja referida la obra de MARTÍN RETORTILLO como mejor estudio de las modificaciones operadas por el Texto de 1879.

⁸⁶ EMBID IRUJO, A., “Los medios de una política hidráulica finisecular”, *REDA*, núm. 79, 1993, pp. 401-426.

las Comunidades de Regantes; y, iv) la competencia compartida entre la jurisdicción contencioso administrativa y civil⁸⁷.

Queda patente la comunión entre los rasgos definitorios del Derecho de aguas argentino y español en sus correspondientes épocas de sistematización, marcadas por el enfoque dominial y patrimonialista del agua. Si bien, cabe apreciar una diferencia sustancial en cuanto a la influencia del CC en los respectivos ordenamientos jurídicos. En España existe desde el inicio un claro predominio del derecho administrativo sobre el civil en el tratamiento jurídico del agua⁸⁸. La prevalencia del derecho administrativo queda justificada por la naturaleza jurídica del agua. Corresponden las aguas públicas al derecho administrativo y las privadas al civil, pero su inclusión en un único Código de Aguas responde a la necesidad de garantizar la sistematización de la materia. Resultan clarificadoras las palabras de RODRÍGUEZ DE CEPEDA en el Informe de la Comisión para la redacción de la Ley de Aguas de 1866, en las que señaló que “quizá se objete que todo lo relativo al dominio tanto del agua como de los terrenos que bañan y abandonan y aun a las servidumbres pertenece a la esfera del derecho civil, en cuyo Código, más bien que en este, debiera hallarse oportuno lugar. Es sin embargo el agua de índole tan especial, y se diferencia en tal manera de las demás cosas sujetas al dominio del hombre, en el que no siempre es posible retenerla indefinidamente, que ha dado ocasión a empeñadas cuestiones entre lo más célebres juriconsultos, sobre la naturaleza y límites de su dominio, siendo común opinión que hay necesidad de establecer reglas especiales que aunque acomodándose en lo posible a las generales del derecho civil y tomándolo como base, lo modifiquen en aquello que la misma naturaleza del agua exige. Mas no por ello se crea que hemos invadido el terreno del derecho civil más allá de donde la índole de nuestro derecho lo exigía. Así por ejemplo hemos deslindado las aguas de dominio público de las de dominio privado y hemos fijado todas las que a este último pertenecen; pero desde ese punto la hemos abandonado al derecho civil, único al que incumbe todo lo relativo a las transmisiones y modificaciones de este dominio”⁸⁹.

⁸⁷ Cfr. SEVERA GONZÁLEZ, J., *Código de...*, cit., pp. 10-11.

⁸⁸ Como señala SEVERA GONZÁLEZ, “la ley de 1879 se inspiró preferentemente en el derecho, instituciones y necesidades de las regiones españolas de mayor aridez y de mayor utilización de las aguas, lo cual explica también el predominio administrativo sobre el civil del tratamiento jurídico sobre sus temas”. SEVERA GONZÁLEZ, J., *Código de...*, cit. p. 10.

⁸⁹ RODRÍGUEZ DE CEPEDA, A., Informe General del ponente de la Comisión para la redacción de la Ley de Aguas de 1866, en MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *La Ley de*

Fue esta referencia al CC la que motivaría la Base núm. 10 de la Ley de 11 de mayo de 1888 en la que descansan los conceptos de determinadas propiedades especiales como el agua, bajo el criterio de respetar las leyes particulares por las que éstas se rigen deduciendo de cada una de ellas lo que pudiera estimarse como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos para incluirlo en el CC⁹⁰. Los arts. 407 a 425 CC parten de la distinción entre las aguas públicas y las aguas privadas, régimen que se mantendría sin cuestionamientos hasta la entrada en vigor de la Ley 29/1985 de 2 de agosto, de Aguas (LA) por la que se demanializaron la mayor parte de los recursos hídricos, como ha quedado visto. La Ley de 1985 modificó el régimen vigente derogando tanto la Ley de Aguas 1879 como los arts. 407 a 425 CC en cuanto se opusieran a lo establecido en la LA⁹¹. De este modo, y como señala PÉREZ PÉREZ, “la parte de los artículos. que permanezca como Derecho aplicable habrá que entender que entrará a formar parte del sistema completo de normas reguladoras de las titularidades privadas sobre las aguas que se mantengan después de entrar en vigor la nueva Ley de Aguas, o sea, del sistema jurídico privado de las mismas, ínsito en parte en nuestro CC, que tendrá que aplicarse como Derecho supletorio”⁹².

Aguas de 1866..., cit., p. 160. Las palabras de RODRÍGUEZ DE CEPEDA, serían recogidas en identidad de términos en la Exposición de Motivos elevada por la Comisión redactora al Ministerio de Fomento el 29 de abril de 1863, obrante en MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *La Ley de Aguas de 1866...*, cit., p. 759.

⁹⁰La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma, publicado mediante Decreto de 6 de octubre de 1888 por el que se dispone la publicación del Código Civil en la “Gaceta de Madrid”, de 8 de octubre de 1888, concreta en su Base 10ª que: “*se mantendrán el concepto de la propiedad y la división de las cosas, el principio de la accesión y de copropiedad con arreglo a los fundamentos capitales del derecho patrio, y se incluirán en el Código las bases en que descansan los conceptos especiales de determinadas propiedades, como las aguas, las minas y las producciones científicas, literarias y artísticas, bajo el criterio de respetar las leyes particulares por que hoy se rigen en su sentido y disposiciones, y deducir de cada una de ellas lo que pueda estimarse como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos para incluirlo en el Código*”. En este sentido, *vid.* PÉREZ PÉREZ, E. / REVERTE NAVARRO, A., “art. 407...”, cit., p. 6.

⁹¹MOREU BALLONGA pone de manifiesto la deficiente redacción de las disposiciones derogatoria y final primera de la Ley de Aguas de 1985. De acuerdo con la disposición final primera “*en todo lo que no esté expresamente regulado por esta Ley, se estará a lo dispuesto por el Código Civil*”, mientras que disposición derogatoria preveía expresamente la derogación de “*los artículos 407 a 425 del Código Civil de 24 de julio de 1889 en cuanto se opongan a lo establecido en la presente Ley*”. *Vid.* MOREU BALLONGA, J. L., *El nuevo régimen...*, cit., p. 546.

⁹²Señala PÉREZ PÉREZ, que “no hay disparidad entre la Disposición derogatoria y final primera de la Ley de Aguas de 1985, puesto que en la derogatoria se hace la salvedad de que la abrogación de los art. 407 a 425 CC se producirán solo en cuanto se opongan a lo

La entrada en vigor de la CE y en especial el recién instaurado Estado Autonómico, dieron paso a nuevas demandas sociales no cubiertas por este régimen tradicional y para las que la LA de 1985 se erigió como respuesta necesaria. Esta conformó un nuevo concepto de agua que evolucionó desde su casi exclusiva percepción como activo económico hasta su reconocimiento como recurso natural, definiéndola como un recurso escaso e irremplazable, vulnerable, indispensable para la vida y para el desarrollo de las economías, susceptible de usos diversos y sucesivos, y que, sin embargo, no puede ser ampliado por la voluntad del ser humano⁹³. Esta nueva concepción del agua permite incrementar su protección tanto desde el punto de vista de su cantidad como de su calidad. Mayor protección que la LA pretendió alcanzar a través de la introducción de importantes novedades en el régimen jurídico existente y que, desde una perspectiva general, pueden quedar resumidas en dos: de un lado, por la demanialización de todos los recursos hidráulicos, quedando expresamente excluidas, como señalábamos *supra*, las aguas subterráneas no renovables, así como las aguas minerales y termales; y, de otro, mediante la gestión unitaria de estos recursos hidráulicos a través de cuencas hidrográficas y de los nuevos instrumentos de planificación como los planes hidrológicos de cuencas y el Plan Hidrológico Nacional.

Por lo que se refiere a la demanialización de todos los recursos hídricos, la unificación de la calificación jurídica de las aguas bajo el concepto de DPH determinó una modificación sustancial del régimen jurídico vigente hasta ese momento. Se favorecería el tratamiento unitario del agua con independencia de su origen como agua superficial o subterránea, integrando ambas el DPH, eliminando además la distinción entre aguas públicas y privadas pasando a pertenecer todas al dominio público estatal⁹⁴. Por su parte, la gestión unitaria de los recursos hídricos vendría determinada

establecido en la Ley de Aguas, de modo que lo que permanezca de ellos como Derecho aplicable habrá que entender que entrará a formar parte del sistema completo de normas reguladoras de las titularidades privadas sobre las aguas que se mantengan después de entrar en vigor la nueva Ley de Aguas, o sea, del sistema jurídico privado de las mismas, ínsito en parte en nuestro CC, que tendrá que aplicarse como Derecho supletorio conforme a la citada Disposición final 1ª y a lo establecido en el art. 4.3 del propio CC". PÉREZ PÉREZ, E./ REVERTE NAVARRO, A., "Art. 407..." , cit., p. 8.

⁹³ De acuerdo con el Preámbulo de la Ley de Aguas de 1985, "*El agua es un recurso natural escaso, indispensable para la vida y para el ejercicio de la mayoría de las actividades económicas; es irremplazable, no ampliable por la mera voluntad del hombre, irregular en su forma de presentarse en el tiempo y en el espacio, fácilmente vulnerable y susceptible de usos sucesivos*".

⁹⁴ Con la demanialización de las aguas subterráneas desaparece el derecho de apropiación de aguas alumbradas recogido en la norma anterior, pero se respetan los

por la instauración de un nuevo sistema de planificación y gestión del agua a través de cuencas hidrográficas y de nuevos instrumentos de planificación. Se parte para ello de la consideración del agua como un recurso disponible, a fin de dar cobertura a las demandas sociales y económicas, pero sujeto a criterios de cantidad y de calidad, garantizándose así que dicha disponibilidad no determine un deterioro del medio ambiente general ni del recurso en particular.

Por tanto en el caso de España, la época de la sistematización del derecho de aguas propia del siglo XIX responde a un paradigma productivista dejado atrás. El agua es concebida como un recurso eminentemente patrimonial y su régimen jurídico se construye sobre los pilares del dominio y el aprovechamiento.

III. LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO DE AGUAS ARGENTINO: UNA CONCEPCIÓN TRADICIONAL

La sistematización del Derecho de aguas argentino tuvo lugar en la década de los años cuarenta del siglo pasado. Surgen en este periodo obras de incuestionable trascendencia cuyos criterios se han mantenido incólumes hasta tiempos recientes en los que los pilares fundamentales de sus construcciones jurídicas se han visto modificados como consecuencia de los nuevos paradigmas. Deben ser citados algunos de los autores cuyas obras han sido unánimemente consideradas como las bases de la sistematización del Derecho de Aguas argentino, y entre los que destacan, entre otros, MARIENHOFF⁹⁵, SPOTA⁹⁶, CANO⁹⁷, VILLEGAS BASAVILBASO⁹⁸, BENGOLEA ZAPATA⁹⁹,

derechos preexistentes adquiridos al amparo de la Ley de 1879 que podrían integrarse en el nuevo sistema de acuerdo con el régimen transitorio previsto en la Ley de Aguas. *Vid.* DELGADO PIQUERAS, F., “El proceso de ...”, cit., p. 47; cita online, Thomson Reuters Aranzadi Insignis: BIB 2006\1294, p. 2. Nos remitimos desde aquí a las observaciones efectuadas sobre las excepciones en el proceso de demanialización de las aguas subterráneas expuesta *infra*.

⁹⁵ Entre las obras de MARIENHOFF, propias de esta época de sistematización e incluso de la consolidación posterior, podemos destacar, sin agotar la ingente obra del autor, *Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del Doctor Bibiloni en materia de Derecho de Aguas*, UBA, 1936; *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, TEA, Buenos Aires, 1939, obra fundamental por la que el autor obtuvo su doctorado en jurisprudencia y que supone la cristalización de la etapa de la sistematización; *Legislación de aguas: contribución al primer congreso argentino del agua*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1941; *La cláusula “sin perjuicio de terceros” en las concesiones de uso del agua pública*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1942; *Tratado de dominio público*, TEA, Buenos Aires, 1960; “La reciente reforma del Código Civil en materia de aguas”, *JA*, 1970, p. 255; *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971; “Acerca de la reforma del Código Civil en materia de aguas”, *JA*, Serie contemporánea, Doctrina, 1974.

PIGRETTI¹⁰⁰, ALLENDE¹⁰¹ o LÓPEZ¹⁰². Además del fundamental trabajo de los referidos autores, se registra en esta época una pródiga actividad investigadora y académica con la creación, bajo la dirección de SPOTA, del Centro de Investigación Permanente de Legislación de Aguas en la UBA en 1935¹⁰³; la creación de la Cátedra de Legislación de Regadío en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo de 1936¹⁰⁴; y, la celebración del Primer Congreso Argentino del Agua celebrado

⁹⁶ Entre la producción de SPOTA pueden destacarse obras como *Tratado de derecho de aguas*, T. I y II, Jesús Menedez, Buenos Aires, 1941, obra enciclopédica en la que el autor aborda integralmente el estudio del Derecho de aguas nacional y extranjero; “Desafectación y venta de las islas. La usucapión de las mismas”, *JA*, T. I, 1942, p.1015.

⁹⁷ Entre las obras de CANO, G., propias de la época de la sistematización, pueden citarse, *Régimen jurídico económico de las aguas en Mendoza durante el periodo intermedio (1810-1884)*, Librería de la Universidad, Mendoza, 1941; *Estudios de Derecho de Aguas*, Valerio Abeledo, Mendoza, 1943; y más propias de la etapa de la consolidación, obras como *Derecho, política y administración de aguas*, Vol. I, II y III, Incyth, Mendoza, 1976; *La demanda de aguas en la Argentina*, Vol. I, II, III, y IV, Incyth, Mendoza, 1976; “Reforma de la administración hídrica mendocina”, en el Congreso *El Agua y el futuro de la economía regional*, documento de trabajo sobre aspectos jurídicos e institucionales, Mendoza, del 8 al 14 de febrero de 1976.

⁹⁸ VILLEGAS BASAVILBASO, B., “Carta dirigida al autor, con motivo de su libro *Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni en materia de derecho de aguas*”, 1936, en MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., pp. 831 y ss; *Derecho administrativo*, T. IV, Dominio público, TEA, Buenos Aires, 1952; *Un debate parlamentario histórico, Mitre vs Vélez Sarsfield*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

⁹⁹ BENGOLEA ZAPATA, J., *Ríos Interprovinciales no navegables en la República Argentina* (Tesis doctoral), Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1942; “Federalismo, ríos provinciales y reforma constitucional”, *LL*, T. B, 1975, p. 1274.

¹⁰⁰ PIGRETTI, E. A., *Teoría jurídica de los recursos naturales. Con especial referencia a la legislación de aguas*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1965.

¹⁰¹ ALLENDE, G. L., *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, UBA, Buenos Aires, 1971.

¹⁰² LÓPEZ, J., “El art. 27 de la Ley de Aguas”, *Revista Agua*, núms. 3 y 4, DGI, Mendoza, 1969; *Código de Aguas de la Provincia de Córdoba*, Secretaría de Estado de Obras y Servicios Públicos, Santiago, 1973; “El Derecho y la administración de aguas en Iberoamérica”, *Internacional Conference on Global Water Law Systems*, Valencia, 1975; “Problemas generados por el aprovechamiento de los ríos interprovinciales”, *LL*, T. A, 1975, p. 1013; “Mejoras de la legislación a corto plazo”, en Congreso *El Agua y el futuro de la economía regional*, documento de trabajo sobre aspectos jurídicos e institucionales, Mendoza, febrero de 1976.

¹⁰³ Creado en 1935 por la Dirección de Seminarios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.

¹⁰⁴ En agosto de 1936 se inauguró, en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, la cátedra de Legislación de Regadío cuyo profesor titular fue CANO. Se trata de la primera Universidad donde el Derecho de aguas se estudiaría como disciplina autónoma.

en Mendoza en 1940¹⁰⁵. Debe destacarse la celebración de la IV Conferencia Nacional de Abogados de 1936 en la que participaron juristas como BIELSA, LAFAILLE, SPOTA, o CANO. Fruto de la actividad allí desarrollada surgieron las “Bases para una Legislación de Aguas” que, resumiendo el estado de la doctrina en materia de aguas imperante en el momento, mostraba una fuerte influencia del Texto Único Italiano de 1933 cuyo art. 1 establecía genéricamente el carácter público de todas las aguas. La Conferencia propugnaba una serie de reforma adelantadas a su tiempo recogidas en las “Bases”. En concreto, fueron dos las de mayor trascendencia en el derecho interno: la declaración como pertenecientes al dominio público de las aguas subterráneas y la regulación por el Congreso del uso y aprovechamiento de los ríos interprovinciales. La primera importa una modificación sustancial del régimen de dominio previsto en el CC a través de una propuesta fundamentada en los siguientes premisas: i) las aguas que corren por sus cauces naturales, las demás que tengan o adquieran aptitud de satisfacer usos de interés general y los cauces naturales, mientras que por ellos corran aguas, son de dominio público nacional o provincial; ii) la Nación y las provincias, en sus respectivas jurisdicciones, detentan el dominio público sobre las aguas subterráneas, reconociendo al propietario del fundo el derecho para extraerlas en la medida de sus necesidades, con sujeción a la reglamentación correspondiente; iii) el dominio sobre las aguas y cauces deberá ser inscrito en registros especiales que serán organizados a tal fin. La extensión del dominio público no afecta a los derechos adquiridos por los propietarios de dominio privado. Esta propuesta tuvo finalmente acogida en la Ley de reforma del Código Civil 17.711 de 26 de abril 1968. La segunda propuesta suponía la consagración de la llamada tesis centralista en la solución del problema de los ríos interjurisdiccionales, difiriendo al Congreso Nacional la competencia. Esta tesis, aun cuando fue mayoritaria en el seno de la Conferencia, no tuvo realmente repercusión efectiva en la vida institucional argentina. La postura minoritaria en la Conferencia, defendida por CANO, sostenía, con fundamento en la letra constitucional, las competencias de las provincias ribereñas para regular por acuerdos los ríos

¹⁰⁵ En febrero de 1940 se reunió en Mendoza, el I Congreso Argentino del Agua, en el que participarían entre otros juristas MARIENHOFF, CORTI VIDELA y VON DER HEYDE. El Congreso se centraría en temas referidos a los ríos interprovinciales, los principios uniformes de los Códigos de Aguas provinciales, la administración del agua y el régimen inherente a las aguas subterráneas. *Cfr.* MATHUS ESCORIHUELA, M. / MAGNANI, C., “Agua y Derecho”, cit., p. 33.

interjurisdiccionales, sometiendo sus diferencias a la autoridad dirimente de la Corte Suprema. Esta sería la postura que finalmente prosperó en Argentina¹⁰⁶.

A fin de caracterizar el Derecho de aguas vigente durante este periodo se destaca, como rasgo principal, el marcado enfoque dominical de su régimen jurídico que, fundamentado en la propiedad de las aguas, sigue la línea distintiva de los Códigos Civiles decimonónicos. Las ordenaciones existentes se centran de forma prácticamente exclusiva en la titularidad del dominio de las aguas, en la delimitación entre aguas públicas y privadas, en las limitaciones al dominio a través de servidumbres civiles y administrativas, en los usos comunes y especiales de las aguas, y en la clasificación de éstas¹⁰⁷. En segundo término, resulta innegable la marcada influencia que la dogmática iusprivatista tuvo en la conformación del Derecho de aguas. En este sentido, señala MARTÍN que “el estudio de la doctrina sistematizadora revela además la fuerte impronta de la dogmática iusprivatista en el derecho de aguas que, asociada al CC, al concepto de ley y la exégesis, resultó característica de su sistematización”¹⁰⁸. El CC se identifica como la fuente de la que emanan los principios fundamentales que regirán y estructurarán esta disciplina. Siguiendo a SPOTA, estos principios podían ser resumidos en: i) principio de demanialidad pública de los mares territoriales, cursos de aguas y lagos; ii) principio de concesión administrativa como presupuesto del aprovechamiento especial de las aguas públicas; iii) dominio privado de ciertas aguas: carácter restrictivo de la enumeración que la ley hace de éstas; iv) restricciones del dominio privado sancionadas por causa de interés público derivada de la navegación o flotación; v) restricciones del dominio privado basadas en el interés privado y público de la mejor utilización económica de la propiedad en materia de aguas; vi) servidumbre establecidas con carácter forzoso por la ley en virtud de razones de interés público; vii) servidumbre de descarga (sobrantes de riego, de las industrias,

¹⁰⁶ Cfr. MATHUS ESCORIHUELA, M. / MAGNANI, C., “Agua y Derecho”, cit., p. 32.

¹⁰⁷ Vid. MARIENHOFF, M. S., “La reciente reforma...”, cit., pp. 255 y ss.; BORDA, G., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Perrot, Buenos Aires, 1971, pp. 365-368; MATHUS ESCORIHUELA, M. / MOYANO, A., “La aptitud de las aguas para satisfacer usos de interés general como fundamento de su carácter de bienes públicos”, *Idearium*, núm. 8 y 9, Mendoza, 1983; LÓPEZ, J., *Estudios de Derecho Ambiental y de Aguas*, Edium, Mendoza, 2005; MOYANO, A., “Preservación de las aguas privadas frente a la crisis del Estado (subterráneas, surgentes y vertientes)”, *LLGC*, 2005, p. 26; cita online, La Ley-Thomson Reuters: AR/DOC/260/2005.

¹⁰⁸ MARTÍN, L., “Cuando el río suena... el establecimiento de una nueva matriz disciplinar para el derecho argentino de aguas”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* - Año IV, núm. 5, 2010, pp. 43-44.

avenamiento, etc.) impuesta por ley; viii) servidumbre de recibir aguas de los predios ajenos y sacar agua.¹⁰⁹

Esta hegemonía del CC no solo responde a la influencia iusprivatista de los autores de la sistematización sino, también, a la ausencia de una regulación específica, e incluso a la necesidad de unificar el país bajo una legislación común. Como señala MARTÍN, entre las razones histórico políticas que lo justifican, “puede encontrarse quizá la escasez de disposiciones constitucionales –salvo las referidas a la libre navegación de los ríos, verdadero interés relevante de la época– y el relativo valor asignado y desarrollo alcanzado por la legislación provincial específica, donde el Código Civil se presentaba como el único cuerpo que, de manera sistemática y más o menos coherente, se ocupaba de la materia. (...) resultaba conveniente quizás desde el punto de vista político institucional ante el escaso desarrollo alcanzado por la institucionalidad provincial y la necesidad de unificar el país bajo una legislación común”¹¹⁰. Resulta especialmente clarificador comprobar como SPOTA, a la hora de concretar el objeto mismo del derecho de aguas, sostiene que éste “tiene por objeto reglar todo lo concerniente al dominio de las aguas, a su uso y aprovechamiento, así como a las defensas contra sus consecuencias dañosas”¹¹¹. De este modo, el autor identifica como aspectos fundamentales del derecho de aguas el dominio, el aprovechamiento y la defensa frente a las mismas, fundamentando su posición de forma prácticamente exclusiva en las disposiciones del CC¹¹².

Debe mencionarse que, aun cuando las bases del Derecho de aguas se enraizaron en el derecho privado, los doctrinarios de la sistematización advirtieron, desde el principio, una compleja interrelación entre el derecho público y el derecho privado. MARIENHOFF señala que “no es posible, entonces, decir en términos generales a qué rama del derecho pertenece el estudio de las aguas, ya que según el punto considerado, unas veces pertenecerá la derecho privado y otras al derecho público”¹¹³.

¹⁰⁹ SPOTA, A., *Tratado de Derecho de...*, T. I, cit., p. 26.

¹¹⁰ MARTÍN, L., *Derecho de...*, cit., p. 22.

¹¹¹ SPOTA, A., *Tratado de Derecho de...*, T. I, cit., p. 50.

¹¹² Al definir el Derecho de aguas, SPOTA parte de los principios fundamentales del CC, el dominio público (art. 2340 CC), privado (arts. 2.367, 2.350, 2.635 CC), uso (art. 2.341 CC) y concesión (art. 2.642 CC). SPOTA, A., *Tratado de Derecho de...*, T. I, cit., p. 50.

¹¹³ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 64. En el mismo sentido, LAFAILLE, H., en el Prólogo a la obra de LYNCH, A. M. (Hijo),

SPOTA va más allá, reconociendo que las soluciones en materia de agua debían buscarse en el campo del derecho público, y así mantiene que “no es difícil advertir como el derecho público administrativo es la rama del derecho donde debe recurrirse para hallar los principios que solucionen la mayor parte de los problemas que se presentan en la materia”¹¹⁴. Mientras que VILLEGAS BASAVILBASO pone de manifiesto que las transformaciones experimentadas en el derecho público permiten hablar de una limitación del derecho privado, circunscribiéndolo a un contenido cada vez más preciso y limitado. Según el autor, se supera con ello “la confusión de lo público con lo privado, esa «zona nebulosa» característica de las codificaciones civiles del siglo XIX”¹¹⁵.

Estas consideraciones dieron pie a que estos autores, con un fuerte espíritu crítico, reivindicaran no solo la autonomía académica del derecho de aguas, sino además, la necesidad de dotar al mismo de un Código propio, que diferenciado del Civil, agrupase de forma uniforme y orgánica el total de aspectos que afectaban al agua. En este sentido, MARIENHOFF defiende que “el derecho de aguas, como objeto de estudio, debe erigirse como disciplina autónoma creándose, correlativamente, la cátedra de Derecho de aguas, en la cual se analizarían con profundidad y detenimiento todos los asuntos y problemas que le son propios”¹¹⁶. En esta línea, pero justificando la autonomía del derecho de aguas en la predominio del interés público sobre el privado, VILLEGAS BASAVILBASO mantiene que “el interés público –contenido del derecho social– tiende a prevalecer sobre el privado y en esta lucha, los códigos civiles de estructura clásica, pierden esa superioridad dominadora y excluyente. Es natural que en ese «finium regundorum» las aguas adquieran categoría independiente; su emancipación de la ley común civil está, como diría Montesquieu, en la naturaleza de las cosas. La influencia de las aguas en la economía, industria, comercio, navegación, es decisiva para la cultura; y el régimen jurídico de las mismas puede detener o acelerar esas actividades, según sean las normas y principios que lo regulen (...). El problema de las aguas entre nosotros presenta mayores consideraciones. Hasta ahora

Propiedad y jurisdicción en las riberas de los ríos navegables, Restov & Doeste, Buenos Aires, 1927.

¹¹⁴ SPOTA, A., *Tratado de Derecho de...*, T. I, cit., p. 22.

¹¹⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, B., “Carta dirigida al autor ...”, cit., p. 832.

¹¹⁶ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 65.

está casi abandonado; la legislación del CC insuficiente, contradictoria necesita ser revisada con urgencia.”¹¹⁷ En esta línea, MARIENHOFF reconoce “la necesidad de que todo lo relacionado con las aguas sea excluido del Código Civil a fin de dictar al respecto una Ley o un Código único que contemple todo lo relacionado con el asunto”¹¹⁸, postura que tuvo su apoyo en VILLEGAS BASAVILBASO, quien reconoce compartir la opinión de MARIENHOFF “sobre separar del CC todo lo relacionado con el régimen jurídico de las aguas”, manifestando que “su mantenimiento es inconveniente y dañoso al interés público. Las aguas requieren un ordenamiento jurídico especial, que no puede conciliarse en mi opinión, dentro del cuerpo de los códigos civiles, so pena de quebrantar su unidad y doctrina”¹¹⁹.

La dicotomía existente entre el reconocimiento del Derecho de aguas como una disciplina autónoma, en la que prevalece el interés general, y la adopción del CC de 1869 como norma base para la construcción de la disciplina favoreció el surgimiento de nuevas posiciones doctrinales como la tendencia socializadora en el derecho de aguas¹²⁰. Ésta, caracterizada por un ensanche de la esfera del dominio público, incluía entre sus recomendaciones la inclusión de todas las aguas en el dominio público que, con sus particularidades, sería incorporada al CC mediante la reforma operada a través de la Ley 17.711. El CC, sancionado por la Ley núm. 340, del 29 de noviembre de 1869, centrado en la regulación de la naturaleza jurídica del agua y que gira alrededor del régimen de dominio de ésta, fue reformado en aspectos relativos al agua por la Ley núm. 17.711, de 22 de abril de 1968, que incluye prácticamente toda el agua en el dominio público (arts. 2340, 2341, 2343, 2349, 2350, 2632, 2635, 2636, 2637), define la línea de ribera (art. 2577), atribuye valor jurídico a las modificaciones del terreno causadas por la acción natural del agua (arts. 2572, 2586), establece el camino de sirga (arts. 2639, 2640), prohíbe determinadas conductas, represamientos y derivaciones

¹¹⁷ VILLEGAS BASAVILBASO, B., “Carta dirigida al autor...”, cit., p. 832.

¹¹⁸ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p.114. En el mismo sentido, LAFAILLE, H., *Curso de Derecho Reales*, T. I-II, s. e., Buenos Aires, 1923, p. 410.

¹¹⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, B., “Carta dirigida al autor...”, cit., p. 832.

¹²⁰ Según MARIENHOFF, la tendencia socializadora del derecho de aguas “obedece al aumento de necesidades del agregado humano, cuya satisfacción requiere un mejor control respecto al uso de los elementos naturales de producción”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 117. Esta tendencia fue igualmente apreciada en países como Brasil, tal y como puso de manifiesto VALLADAO, A., autor del anteproyecto del Código de Aguas de Brasil de 1934, en la exposición de motivos del referido Código y en su obra *Direito de Aguas*, s. e., Sao Paulo, 1931, p. 373.

(arts. 2641, 2642, 2646, 2653), legisla en materia de servidumbres (arts. 3002, 3107) y remite al derecho administrativo para todo lo referente a la construcción de presas en ríos y arroyos (art. 2465). Es un elemento permanente en la regulación de las aguas tanto en la etapa tradicional como en la ambiental.

Con la sanción de la Ley 17.711 se posibilita que la gran mayoría de las aguas pasen a formar parte del dominio público. Mediante el nuevo art. 2.340 inc. 3 CC, se declaran como públicas las aguas subterráneas que hasta ese momento pertenecían al propietario superficiario por aplicación del art. 2.518 CC¹²¹. Sin perjuicio de ello, el propietario del terreno conservaba la facultad de usar las mismas sin necesidad de concesión o autorización en la medida de su interés. Se reconoce el derecho del superficiario a usar el recurso destinándolo a satisfacción de sus necesidades esenciales¹²². Esta cláusula, considerada una declaración genérica de utilidad pública, modifica la naturaleza jurídica de un bien que hasta este momento pertenecía al dominio privado de los particulares¹²³. Se acrecienta la importancia del recurso hídrico

¹²¹ Art. 2.340 CC: “*Quedan comprendidos entre los bienes públicos: los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales 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 la reglamentación*”.

Art. 2.518 CC: “*La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquiera altura avancen sobre ese espacio*”.

¹²² El art. 2.340, inc. 3 CC reconoce el uso común de las aguas subterráneas, definido por MARIENHOFF como “aquel que puede realizar todo hombre por su condición de tal sin más requisito que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por la autoridad”. Entre dichos usos el autor señala “beber, bañarse, lavar la ropa, abreviar ganado, patinar en zonas congeladas, navegar, y pescar, y en general todos aquellos que no disminuyen o alteran la cantidad y calidad del agua pública”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 755.

¹²³ SPOTA sostiene que el criterio de utilidad implica que las aguas tengan aptitud para satisfacer usos de interés general. SPOTA, A., *Tratado de Derecho...*, T. II, cit., p. 5. Sobre la utilidad pública, vid. MOISSET DE ESPANES, L. / LÓPEZ, J., *Derecho de Aguas. Régimen transitorio y normas de conflicto*, Universidad Nacional de Córdoba, 1980, p. 13, disponible en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar>, (fecha de última consulta, 10 de junio de 2014); MATHUS ESCORIHUELA, M., “Dominio de las aguas”, en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración de ...*, cit., p. 56 y ss; , MOYANO, A., *El valor actual o potencial de las aguas o de las aguas consideradas en si mismas como recursos*, CELA-INCYTH, Mendoza, 1985, p. 27.

subterráneo y su necesaria protección acogiendo favorablemente la recomendación de la IV Conferencia de Abogados de 1936¹²⁴.

Por tanto, la época de la sistematización argentina se basa en un sistema cuyo principal referente se encuentra en el CC decimonónico de 1869 y responde a un paradigma productivista hoy superado. El agua se concibe como un recurso eminentemente patrimonial, un instrumento de desarrollo económico donde el énfasis se centra de forma prácticamente exclusiva en la propiedad y en las prerrogativas estatales de administración dirigidas a su aprovechamiento sin que las cuestiones atinentes a su protección ambiental tuvieran relevancia alguna.

IV. EL NUEVO DERECHO DE AGUAS EN ESPAÑA COMO CONSECUENCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO: LA PREVALENCIA DE LA VARIABLE AMBIENTAL EN EL CONCEPTO JURÍDICO DE AGUA

1. Consideraciones previas

La Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, (DMA), vino a fijar un nuevo marco de protección de todas las aguas en los Estados Miembros de la Unión Europea. La transposición de la Directiva Marco a nuestro Derecho ha supuesto una clara modificación en el régimen jurídico del agua, una nueva filosofía de entendimiento, de forma que ésta ya no aparece concebida como un recurso cuya explotación debe basarse en el principio de sostenibilidad, sino como un medio ambiente acuático en sí misma, del que dependen otros recursos y usos diversos y que deviene fundamental para el desarrollo de la vida.

Así pues, concebida ahora como un elemento del medio ambiente a preservar, su gestión debe amoldarse a las nuevas necesidades y prevenciones, debiendo tenerse

¹²⁴ Como se puso de manifiesto en la IV Conferencia Nacional de Abogados de 1936, “la legislación de aguas debe orientarse en el sentido de reconocer el interés público como su esencial fundamento. Por tanto, el dominio y sistemas de aprovechamiento debe establecerse mediante un régimen que asegure a la nación y a las provincias, según el caso, el dominio público de las aguas susceptibles de utilidad pública, determinadas por las necesidades de la convivencia social”. Cfr. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T.VI, Régimen y legislación..., cit., p. 117.

presente la diversidad de usos del agua y la evidente repercusión que los mismos puede llegar a alcanzar, motivo por el que la DMA incorpora los principios fundamentales de la gestión moderna de los recursos hídricos y, por primera vez, integra todas las aguas, incluyendo las aguas superficiales continentales, las aguas subterráneas, las aguas de transición y las aguas costeras.

Lo anterior determina que, con carácter previo a concretar el ámbito objetivo de la Directiva, sea necesario especificar el verdadero propósito de la norma comunitaria ante este nuevo tratamiento jurídico del agua, debiendo dejar referidas dos cuestiones que distinguen de forma fundamental nuestra regulación preexistente de la comunitaria. En primer lugar, aclarar que la DMA, a diferencia de nuestra normativa interna TRLA, se centra única y exclusivamente en la regulación de los aspectos ambientales del agua y las cuestiones que sobre estos puedan derivarse, dejando de lado cuestiones como la regulación del DPH, la titularidad pública o privada de las aguas, usos, registros, concesiones y demás cuestiones que sí son abordados y regulados detenidamente por nuestra normativa. De esta forma, la norma comunitaria se centra única y exclusivamente en la preservación, correcta gestión y planificación de un medio ambiente con total independencia de su titularidad. La segunda gran diferencia viene determinada por el hecho de que la Directiva no contempla todos los aspectos implicados en la gestión del agua, sino sólo algunos de ellos, específicamente los relativos a las exigencias y condiciones a imponer a la utilización del recurso por razones ambientales, pero no incide, como sí lo hace nuestra regulación, en otros aspectos esenciales como la ordenación de los usos del agua o la distribución competencial entre Administraciones¹²⁵.

¹²⁵ En principio, la Directiva no puede comprender medidas que afecten a la gestión cuantitativa de los recursos hídricos o que afecten directa o indirectamente a la disponibilidad de dichos recursos, y ello porque una regulación de éstos hubiera exigido que la base jurídica de la competencia de la Comunidad hubiera sido el art. 175.2 TCE, relativo a gestión de los recursos hídricos y la ordenación del territorio, que impone la unanimidad, y no el art. 175.1 TCE, que tiene que ver con la adopción de medidas encaminadas a la gestión racional de los recursos naturales y para lo que basta con la mayoría. No obstante, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2001 (asunto C-36/98) en la que se cuestionaba el título para la firma por la Comunidad Europea del Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio, ya precisó que hay que atender al objetivo principal de la norma (protección y mejora de la calidad) y resulta irrelevante que se incida en aspectos cuantitativos o de los usos del agua (siempre que se atienda a dicha finalidad u objetivo principal). Esta sentencia ha sido comentada en España por EMBID IRUJO, A., “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Título jurídico de intervención normativa de la Comunidad sobre aguas. Incumplimientos de Estado en Directivas sobre aguas”, *Justicia Administrativa*, núm. 12, 2001, p. 222; DELGADO PIQUERAS, F., “La planificación hidrológica en la

Visto lo anterior, resulta evidente que la DMA no tiene por objeto sustituir a las legislaciones de aguas específicas de cada Estado miembro. Antes al contrario se centra en proporcionar una nueva concepción del recurso y en regular un marco de medidas de protección adaptadas a las actuales consideraciones. De este modo, deja la regulación del resto de cuestiones a cada uno de los Estados, aunque sin duda, la nueva perspectiva europea exigirá modificaciones legislativas para su adaptación. Este cometido real se concreta en el Considerando 19 de la norma comunitaria, donde se especifica que la misma va dirigida a “mantener y mejorar el medio acuático de la Comunidad”. En efecto, el Consid. 19 se refiere al agua como un medio en sí mismo, denominación de “medio acuático” que evoca con toda claridad la necesaria protección de su calidad. Si bien, y como de la misma Directiva se desprende, la mejora del medio acuático no puede consistir en el fin intrínseco perseguido, sino que, en puridad, la norma comunitaria y los instrumentos que en ella se fijan y establecen van dirigidos a obtener una mejora en el bienestar social acrecentando las condiciones de vida como verdadero fin último.

En cualquier caso, la DMA no se limita a concretar los objetivos ambientales a alcanzar definidos en el proceso de planificación hidrológica, sino que facilita también los medios para alcanzarlos y analiza su cumplimiento. Se establece como fecha para alcanzar el buen estado y el uso sostenible de todas las aguas el año 2015, y se establecen como herramientas básicas para ello la planificación hidrológica, la gestión por cuenca hidrográfica, los análisis económicos y la participación pública. Además, como parte de esta nueva planificación, en cada demarcación hidrográfica, debe llevarse a cabo un análisis de las características de la demarcación que recoja la caracterización de las masas de agua, su identificación y delimitación, la definición de su tipología y de las condiciones de referencia así como el análisis de la repercusión de la actividad humana en las aguas (análisis de presiones e impactos).

Examinado cuanto antecede, y a fin de comprender la nueva perspectiva europea, deviene necesario concretar qué debe entenderse por medio ambiente acuático, qué masas de agua y en concepto de qué son objeto de atención por parte de

Directiva Marco”, en PÉREZ PÉREZ, E. (coord.), *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*, Ecoiuris 2003, p. 72; FANLO LORAS, A., “La adaptación de la Administración pública española”, en PÉREZ PÉREZ, E. (coord.), *Aplicación en España de...*, cit., p. 168; TIRADO ROBLES, C., *La política del Agua en el Marco Comunitario y su integración en España*, Thomson, Aranzadi, 2004, p. 69.

la DMA. Para ello debe atenderse a lo dispuesto en el primero de sus artículos, según el cual la Directiva se aplica a las denominadas aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas, ámbito objetivo que evidencia *a priori* diferencias sustanciales respecto al ámbito objetivo tradicional de nuestra legislación de aguas, por lo que se ha de recurrir no sólo a la LA sino a otras normas como la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, de acuerdo con las modificaciones introducidas por Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral, o la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre Mar Territorial, entre otras, que permiten cubrir el total de masas de aguas reguladas por la Directiva¹²⁶.

2. El concepto de medio ambiente acuático y las diferentes masas de agua en la DMA

Dada la amplitud del ámbito objetivo de la DMA, resulta conveniente aclarar cada uno de los conceptos que alberga. A tal fin debe recurrirse al art. 2 de la Directiva. Si bien, puesto que en el siguiente epígrafe se examinan los efectos que la DMA ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico –respecto a la definición de las masas de agua que a continuación se exponen–, el enfoque efectuado en estas páginas es más limitado, ampliándose con posterioridad evitando con ello reiteraciones innecesarias.

¹²⁶ Art. 1 DMA: “El objeto de la presente Directiva es establecer un marco para la protección de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas que: a) prevenga todo deterioro adicional y proteja y mejore el estado de los ecosistemas acuáticos y, con respecto a sus necesidades de agua, de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos. b) promueva un uso sostenible del agua basado en la protección a largo plazo de los recursos hídricos disponibles. c) tenga por objeto una mayor protección y mejora del medio acuático⁷⁰, entre otras formas mediante medidas específicas de reducción progresiva de los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias prioritarias, y mediante la interrupción o la supresión gradual de los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias; d) garantice la reducción progresiva de la contaminación del agua subterránea y evite nuevas contaminaciones; y e) contribuya a paliar los efectos de las inundaciones y sequías, y que contribuya de esta forma a: - garantizar el suministro suficiente de agua superficial o subterránea en buen estado, tal como requiere un uso del agua sostenible, equilibrado y equitativo, - reducir de forma significativa la contaminación de las aguas subterráneas -proteger las aguas territoriales y marinas, y -lograr los objetivos de los acuerdos internacionales pertinentes, incluidos aquellos cuya finalidad es prevenir y erradicar la contaminación del medio ambiente marino, mediante medidas comunitarias previstas en el apartado 3 del artículo 16, a efectos de interrumpir o suprimir gradualmente los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias, con el objetivo último de conseguir concentraciones en el medio marino cercanas a los valores básicos por lo que se refiere a las sustancias de origen natural y próximas a cero por lo que respecta a las sustancias sintéticas artificiales”.

En primer lugar debe resaltarse que la Directiva hace una primera distinción entre aguas superficiales y aguas subterráneas, lo que permite aglutinar en estos dos conceptos el total de las aguas objeto de la norma comunitaria¹²⁷.

2. 1. El concepto de aguas superficiales en la DMA (aguas continentales, de transición, costeras y aguas territoriales en cuanto a su estado químico)

La DMA define las aguas superficiales como las aguas continentales, excepto las aguas subterráneas, las aguas de transición y las aguas costeras y, en lo que se refiere al estado químico, también las aguas territoriales¹²⁸. Dicho concepto se integra en nuestro derecho interno mediante el art. 3 c) del Reglamento de Planificación Hidrológica (RPH) según el cual serán entendidas a efecto de esta Directiva como aguas superficiales: las continentales, incluidas las que se hallan bajo el lecho marino, las aguas de transición, las costeras, y en lo que se refiere al estado químico también las territoriales¹²⁹. De este modo, el concepto de agua superficial se revela como un concepto notablemente amplio, que tal y como señala SORO MATEO¹³⁰, supera el ámbito del DPH, y en el que cabe distinguir diferentes masas de agua que, sometidas a particularidades propias, deben ser examinadas a la luz de nuestra normativa interna.

2. 1. 1. Las aguas continentales

A efectos de la DMA, son aguas continentales todas las aguas quietas o corrientes en la superficie del suelo y todas las aguas subterráneas situadas hacia tierra desde la línea que sirve de base para medir la anchura de las aguas territoriales¹³¹. En nuestra legislación, las aguas continentales, subterráneas o superficiales, integran el objeto único de regulación del TRLA, quedando englobadas en el concepto de

¹²⁷ En este sentido, *vid.* PÉREZ PÉREZ, E. (coord.), Foro del agua II. La nueva Administración del Agua. Informe sobre los efectos de la aplicación en España de la Directiva Marco de Aguas, en PÉREZ CRESPO / PÉREZ PÉREZ (dirs.), *Foro del agua . Debate sobre agua, ahorro y futuro en el sureste español*, CAM, Murcia, 2003.

¹²⁸ Art. 2.1 DMA.

¹²⁹ Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica, (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2007, p. 29361).

¹³⁰ SORO MATEO, B., “Ámbitos objetivo y organizativo de las nuevas demarcaciones hidrográficas”, en VV.AA, *Derecho de Aguas*, IEA, 2006, pp. 485-502.

¹³¹ Art. 2.3 DMA.

DPH¹³². La normativa comunitaria amplía nuestro concepto interno de aguas continentales, al incorporar un nuevo elemento como es el de las aguas subterráneas bajo el fondo del mar o lecho marino, situadas en la zona de aguas marinas interiores. Por tanto, y como se verá en el apartado siguiente, el concepto de agua continental de la DMA es más amplio que el contemplado en nuestra norma interna, al dar cabida no sólo al concepto de aguas continentales, sino también a las aguas subterráneas situadas en el fondo del mar bajo las aguas interiores.

2. 1. 2. Las aguas de transición y las aguas costeras

De conformidad con las definiciones contenidas en el art. 2 DMA, se entiende por aguas costeras las superficiales situadas hacia tierra desde una línea cuya totalidad de puntos se encuentra a una distancia de una milla náutica mar adentro desde el punto más próximo de la línea de base que sirve para medir la anchura de las aguas territoriales y que se extienden, en su caso, hasta el límite exterior de las aguas de transición. Por su parte, las aguas de transición se definen como masas de agua superficial próximas a la desembocadura de los ríos, que son parcialmente salinas como consecuencia de su proximidad a las aguas costeras, pero que reciben una notable influencia de flujos de agua dulce. Parece que se intentaba extender al máximo el ámbito de aplicación de la Directiva, más allá del concepto de aguas interiores, pero sin alcanzar la totalidad de las aguas territoriales, que sólo se contemplan a efectos de contaminación química¹³³. Las razones de esta limitación no están claramente expresadas en la DMA. En todo caso, en su preámbulo se indica que se propone contribuir a hacer posible que la Comunidad y los Estados miembros cumplan sus

¹³² Art. 2 TRLA sobre la definición de DPH: “*Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación; Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas; Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos; Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afectación de los recursos hidráulicos; Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar*”. Tanto las aguas subterráneas como superficiales continentales aparecen reguladas por el TLRA, las aguas de transición y las aguas costeras tiene una regulación específica en la Ley de Costas como será analizado *infra*.

¹³³ De acuerdo con el preámbulo del Real Decreto 2510/1977, de 5 de agosto, de aguas jurisdiccionales, líneas de bases rectas para su delimitación, (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 1977), serán aguas interiores las comprendidas entre la línea base del mar territorial y la línea de costa. Se incluyen en ellas los puertos, bahías y estuarios, quedando fuera los ríos y los lagos ya que solo se refieren al agua salda.

obligaciones en relación con los diversos convenios para la protección del medio marino que ha suscrito la UE.

De acuerdo con SALAT, el tratamiento que la DMA otorga a las aguas costeras y de transición no se diferencia del que se propone para los ríos en relación a los ecosistemas de ribera y las llanuras de inundación. La zona costera se define como una banda de tierra, de ancho variable, formada por la interacción de procesos terrestres, marinos y atmosféricos. De la misma forma podrían considerarse como aguas costeras las masas de agua, de ancho y profundidad variables, influidas por la interacción de procesos terrestres, marinos y atmosféricos. Asimismo, y en la medida en que el ecosistema de las riberas no se puede separar del río, la zona costera no debería separarse de las aguas costeras, ya que se trata de ecosistemas interconectados. Así, las aguas examinadas podrían definirse como la parte acuática del sistema costero. Esta definición sería mucho más rigurosa en términos ambientales, pero resulta poco práctica a efectos de gestión¹³⁴.

En este sentido, y a fin de obtener una mayor claridad sobre estos conceptos, la delimitación de las aguas aquí examinadas es la que exponemos a continuación. Por lo que se refiere a las aguas de transición, su límite interno se extiende aguas arriba por los márgenes de los ríos hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas. La delimitación de las masas de agua de transición se ha llevado a cabo a partir de la cartografía terrestre y de las cartas náuticas¹³⁵. El límite con los ríos se ha definido empleando el criterio basado en la máxima penetración de la marea en el estuario. Fijar los límites de las aguas costeras representa una labor más compleja si se tiene presente que la propia DMA concreta únicamente el límite externo, situándolo en una milla mar adentro a partir del límite interior del Mar Territorial, lo que supone que las aguas costeras abarcan la totalidad de las aguas interiores y una milla del Mar territorial; mientras que, en relación al límite interno, la norma comunitaria sólo lo define cuando existen aguas de transición, situándolo, en este caso, en el límite exterior de estas aguas. Así, y para el caso de que no existan aguas de transición, el límite interior de las aguas costeras se situaría en el límite exterior de la ribera de la

¹³⁴ Cfr. SALAT UMBERT, J. "Aguas costeras y de transición", *Panel Científico-Técnico de Seguimiento de la Política del Agua*, FNCA, Universidad de Sevilla y MMA, Sevilla, 2008.

¹³⁵ Ministerio de Medio Ambiente Rural y Marino, *Libro Digital del Agua*: http://servicios2.marm.es/sia/visualizacion/lda/administrativo/gestion_superficiales_transicion.jsp

mar, pues, tal y como señalan autores como SORO MATEO, ÁLVAREZ CARREÑO y FERNÁNDEZ SALMERÓN no tendría mucho sentido, a los efectos de la norma comunitaria, comprender dentro del concepto de aguas costeras, como integrantes de las aguas superficiales, parte de la zona marítimo terrestre¹³⁶.

En cualquier caso, aun habiendo fijado los límites en los términos apuntados, hay que destacar que existen evidentes problemas prácticos que deberán ir resolviéndose como, por ejemplo, diferenciar lo que es propiamente río de lo que constituyen aguas de transición dentro de un estuario, lo que resulta a menudo difícil, a pesar de los criterios expuestos en la DMA. Lo mismo sucede con ciertas lagunas costeras que entran o no dentro de la categoría de aguas de transición, aunque sus ecosistemas no difieran esencialmente de los de las zonas húmedas. Tampoco es fácil distinguir entre aguas costeras o de transición dentro de la *pluma*¹³⁷ de un río en el mar. En este último

¹³⁶ En contra se manifiesta el análisis de la transposición y procedimientos de desarrollo de la Directiva 2000/60/CEE elaborado por el MIMAM, abril de 2003, p. 23 nota 95, que parece situar el límite interior de las aguas costeras, cuando no existan aguas de transición, en el límite interior del dominio público marítimo terrestre, haciéndolo coincidir así con el límite propio de las aguas continentales superficiales. En este sentido, *vid.* SORO MATEO, B. / ÁLVAREZ CARREÑO, S. / FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., “Los nuevos ámbitos objetivo y organizativo adoptados por la DMA”, en PÉREZ CRESPO / PÉREZ PÉREZ, E., (coords.), *Foro del agua II. La nueva administración del agua*. Informe sobre los efectos de la aplicación en España de la Directiva Marco de Aguas, CAM, Murcia, 2003, pp. 54-55.

¹³⁷ Una pluma estuarina es una región costera que se encuentra fuertemente influenciada por las descargas de aguas fluviales que emanan de los estuarios. Las plumas son, como los propios estuarios, regiones altamente dinámicas donde hay gradientes muy intensos de salinidad y patrones espaciales muy complejos. Las plumas de los ríos juegan un papel muy importante en muchos aspectos socio-económicos y ambientales en las áreas próximas a las desembocaduras, ya que representan un aporte importante de nutrientes para las aguas costeras, con las consiguientes implicaciones en la cadena trófica y en las pesquerías. Por lo tanto, es de particular interés el tener las herramientas adecuadas para monitorizar la dinámica de las plumas y predecir su dinámica para poder evaluar su influencia a escalas locales y regionales. La dinámica estuarina depende fundamentalmente de la descarga de los ríos, la forma de la costa y de las condiciones meteorológicas locales, por lo que la forma de la pluma es altamente variable. Para poder evaluar los impactos que las plumas tienen sobre su zona de influencia, es indispensable llevar a cabo una caracterización de los mecanismos que regulan su dinámica y que permitan la validación de modelos predictivos de la dinámica de la pluma bajo distintas condiciones ambientales y de caudal de los ríos. Es esta variación constante de la pluma la que determina la complejidad a la hora de identificarlas como aguas de transición o costeras. *Vid.* GONZÁLEZ DEL RÍO, J. / RODILLA, M., “Dinámica de las plumas de dos ríos en las costas del mar Mediterráneo Español. Implicaciones para la gestión costera”, Producción científica de la UPC en IBÁÑEZ MARTI C. / PRAT FORNELSS, N., (coords.) *Ciencia, técnica y ciudadanía. Cables para la gestión sostenible del agua*, Fundación Nueva Cultura del Agua, 2006, pp. 1-10. Especial relevancia tiene la obra de SALAT que, en relación a esta cuestión, señala que “de hecho, en la DMA está contemplado que las aguas asociadas a las plumas de los principales ríos se puedan incluir como aguas de transición. Sin embargo, según se señala en ACA (2005), se ha acordado que en España no habría ninguna agua marina catalogada como agua de transición, incluidas las aguas marinas correspondientes a las desembocaduras de los principales ríos. Este acuerdo, probable consecuencia de conflictos

punto, además, la DMA permite cualquiera de entre ambas caracterizaciones, pues las aguas de transición se alimentan, en parte, de ríos, aguas de escorrentía, aguas subterráneas y humedales no endorreicos. Todo ello supone que cualquier modificación que se ejerza sobre las masas de agua anteriores puede tener impacto en el estado de las aguas de transición, independientemente del tratamiento que merezcan en las evaluaciones. Por lo que respecta a las aguas costeras, la situación es parecida por cuanto las modificaciones en los aportes fluviales o incluso sobre aguas subterráneas, pueden tener un impacto directo sobre las aguas costeras, pues el ecosistema marino costero está adaptado y se nutre de los aportes, fijos o periódicos, que recibe del río. Todas estas consideraciones permiten considerar desterrado el viejo aforismo: “...el agua del río que se pierde en el mar”.

2. 1. 3. Las aguas territoriales

En el ordenamiento jurídico español no existe norma alguna que defina con precisión que ha de entenderse por mar territorial español, circunstancia que no parece ser subsanada por la DMA en la que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de aguas, tampoco se recoge ningún tipo de definición. Tal y como ocurre en nuestro derecho interno, la Directiva acoge el concepto internacionalmente aceptado de aguas territoriales acuñado por la Convenciones de Ginebra de 1958 y reproducido por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1997¹³⁸. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que se aplica en España desde el 14 de febrero de 1997, concreta en sus, los límites de este mar territorial (arts. 3, 4 y 5). Así reconoce que todo Estado tiene derecho a establecer

competenciales, fue consensuado entre todas las administraciones autonómicas y el ministerio, y ha dado lugar a una nueva tipología de agua marina con influencia fluvial”. SALAT en “Aguas costeras y de transición... cit., p. 4.

¹³⁸ La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CDM, o CONVEMAR), es considerada uno de los tratados multilaterales más importantes de la historia, desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas siendo calificada como la *Constitución de los océanos*. Se caracteriza por confirmar el derecho internacional del mar vigente, al incorporar muchos aspectos de las Convenciones de Ginebra de 1958 y, además, por desarrollar progresivamente el derecho internacional del mar, al establecer nuevos institutos en la materia, como la zona económica exclusiva. Fue aprobada, tras nueve años de trabajo, el 30 de abril de 1982 en Nueva York y abierta a su firma por parte de los Estados el 10 de diciembre de 1982 en bahía de Montego (Jamaica), en la 182.ª sesión plenaria de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1994. Tiene aplicación preferente, entre sus miembros, frente a las Convenciones de Ginebra de 1958 que, no obstante, siguen teniendo vigencia entre los Estados partes que no han adherido a esta Convención.

la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas, medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con la misma Convención. Cuando las costas de dos Estados son adyacentes o se hallen situadas frente a frente, ninguno de dichos Estados tiene derecho, salvo acuerdo en contrario, a extender su mar territorial más allá de una línea media cuyos puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mida la anchura del mar territorial de cada uno de dichos Estados. Salvo que por la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales, sea necesario delimitar el mar territorial de ambos Estados de otra forma.

En relación con el objeto de este estudio, y una vez localizada la extensión del mar territorial, debe destacarse que la verdadera novedad introducida por la DMA se concreta en que estas aguas territoriales serán concebidas como aguas superficiales y le serán de aplicación las disposiciones de la misma solo en lo que se refiere a su estado químico. En concreto, la Directiva se aplicará en lo que se refiere al estado químico de las aguas solo a 11 de las 12 millas que definen la anchura del mar territorial, pues como ha quedado indicado en el apartado de aguas costeras, estas se extienden una milla en las aguas territoriales, milla en la que sí se aplicará la Directiva con toda la intensidad prevista¹³⁹.

2.2. *El concepto de aguas subterráneas en la DMA*

La DMA diferencia un segundo grupo de aguas, las subterráneas, las cuales quedan definidas en su art. 2.2 como “*aquellas aguas que se encuentran bajo la superficie del suelo, en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo o el subsuelo*”. De estas, y como ha quedado referido en el apartado anterior, deben ser excluidas aquellas aguas que, pese a poder entenderse como subterráneas, se hallan bajo el lecho marino integrándose en el concepto de aguas continentales.

La importancia de la protección de las aguas subterráneas queda de manifiesto no solo en la DMA sino en la Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas

¹³⁹ En este sentido, *vid.* SORO MATEO, B., “Ámbitos objetivo y organizativo ...”, *cit.*, pp. 55 y ss.

subterráneas contra la contaminación y el deterioro¹⁴⁰. Conocida como “directiva derivada”, da respuesta a las exigencias de la DMA en orden a adoptar medidas para prevenir y controlar la contaminación de las aguas subterráneas¹⁴¹. La protección de las aguas subterráneas es una prioridad de la política medioambiental de la UE por varias razones: cuando están contaminadas, es más difícil limpiar las aguas subterráneas que las aguas de superficie, y las consecuencias pueden prolongarse durante décadas; las aguas subterráneas se utilizan mucho para la captación de agua potable, para la industria y para la agricultura, por lo que su contaminación puede ser peligrosa para la salud humana y para el desarrollo correcto de estas actividades; las aguas subterráneas constituyen el caudal de base de muchos ríos (pueden representar hasta un 90% del caudal de algunos ríos), por lo que pueden influir en la calidad de las aguas de superficie; estas aguas sirven de tampón en los períodos de sequía y son fundamentales para conservar los humedales.

En relación con el concepto de agua subterránea facilitado por la norma comunitaria cabe destacar lo siguiente: por un lado, la Directiva establece que serán consideradas como aguas subterráneas las que se encuentren bajo la superficie del suelo por lo que ninguna duda ofrece que el concepto de suelo aquí acuñado engloba tanto el suelo superficial como el existente bajo el mar; asimismo, y por lo que se refiere a las aguas subterráneas en la zona de saturación, estas deben ser entendidas como las situadas en la zona saturada¹⁴². Esto, desde un punto de vista de rigor

¹⁴⁰ Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro. («DOUE» núm. 372, de 27 de diciembre de 2006, p. 19), El objetivo de esta Directiva es proteger las aguas y colmar la laguna legislativa que causadas la derogación de la Directiva a Directiva 80/68/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas, derogada desde el 22 de diciembre de 2013.

¹⁴¹ De conformidad con lo dispuesto en el Consid. 3º de la Directiva 2006/118/CE, “*las aguas subterráneas situadas en las masas de agua utilizadas para la extracción de agua potable, o que se pretendan utilizar con esta finalidad en el futuro, deben ser protegidas de modo que se evite el deterioro de la calidad de esas masas de agua, con objeto de reducir el nivel del tratamiento de purificación necesario para la producción de agua potable, de conformidad con los apartados 2 y 3 del art. 7 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas*”.

¹⁴² La zona de saturación (ZS) es la situada encima de la capa impermeable, donde el agua rellena completamente los poros de las rocas. El límite superior de esta zona, que lo separa de la zona vadosa o de aireación, es el nivel freático y varía según las circunstancias: descendiendo en épocas secas, cuando el acuífero no se recarga o lo hace a un ritmo más lento que su descarga; y ascendiendo, en épocas húmedas. Una zona de aireación o vadosa, es el espacio comprendido entre el nivel freático y la superficie, donde no todos los poros están llenos de agua.

jurídico, excluiría de las aguas subterráneas, a efectos de la directiva, a todas aquellas que no se encuentren en la zona de saturación¹⁴³. Las aguas de la zona no saturada (ZNS), –la situada entre la superficie del suelo y los acuíferos–, no formaría en realidad parte de las aguas subterráneas, ni de ninguno de los conceptos hasta ahora explicados, por lo que cabría entender que la Directiva prescinde de fijar objetivos de protección ambiental para éstas.

Por último, la Directiva, dentro del concepto de agua subterránea, se refiere a aquellas que se encuentren en contacto directo con el suelo o el subsuelo¹⁴⁴. De forma meramente anecdótica puede referirse que ante la falta de aclaración de la Directiva podría llegar a entenderse que este contacto es únicamente con terrenos naturales, haciéndose extensiva la exclusión respecto a aquellas aguas subterráneas que se hallen recogidas en almacenamientos artificiales y que, por tanto, no están en contacto con el suelo o el subsuelo. Otra interpretación podría ser la de aludir al flujo en un medio poroso y la consecuente exclusión de aguas circulantes por ríos o cavernas subterráneas. Tal exclusión no la realiza la Ley de Aguas y no tendría lógica alguna (transformaría en superficiales las aguas fluyentes de las cavernas). Debe en consecuencia interpretarse como exclusión de almacenamientos artificiales, lo que resulta obvio en la definición actualmente vigente. Como decimos, estas apreciaciones se efectúan desde un punto de vista de riguroso análisis jurídico, debiendo destacarse que, en realidad, no obedecen al espíritu informante de las Directivas teniendo en cuenta la especial importancia que desde la UE se da a las aguas subterráneas consideradas uno de los recursos naturales más importantes que existen actualmente, definidas en el Consid. 2º de la Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 como *“el recurso hídrico más sensible e importante de la UE y, en particular, son la fuente principal del suministro de agua potable”*.

¹⁴³ Vid. MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Directiva 2000/60/CE. Análisis de trasposición y procedimientos de desarrollo. v1.0*. Madrid. 2003. p. 21. Nota al pie núm. 84. Al respecto debe señalarse que, esta exclusión no queda contemplada en nuestra normativa interna que no acuña en realidad un concepto claro y nítido de lo que debe ser entendido como agua subterránea sino que, del art. 12 TRLA y del art. 15 RDPH cabe entenderlas de forma indirecta como aquellas contenidas en los acuíferos, entendidos como formaciones geológicas que contienen o pueden contener agua.

¹⁴⁴ Art. 2. 2 DMA, Aguas subterráneas: *“todas las aguas que se encuentran bajo la superficie del suelo en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo o el subsuelo”*.

3. Objetivos medioambientales de la DMA en relación con el nuevo concepto de aguas

La nueva perspectiva del agua como recurso natural que venimos anunciando determina el objetivo principal de la DMA, que no es otro que la gestión del agua en términos de sostenibilidad. Partimos de la consideración del agua como un bien imprescindible para el desarrollo económico y social pero con un matiz que se encuentra en el primero de los considerandos de la Directiva, “*el agua no es un bien comercial como los demás sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal*”. Esta idea de sostenibilidad puede sintetizarse afirmando que las decisiones que pueden ser adoptadas en el presente no comprometan la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades¹⁴⁵. Este propósito conlleva la imposición de obligaciones tanto a los particulares, –que deben incluir las

¹⁴⁵ Las expresiones *desarrollo sostenible* y *desarrollo sustentable* se tratan en el presente trabajo como sinónimas, aunque se recurre de forma principal al término sustentable por ser el comúnmente utilizado en Argentina. A partir del Informe Brutland de 1987, se acota el término inglés *sustainable development*, del que deriva la discusión sobre las posibles diferencias entre los términos *desarrollo sostenible* y *desarrollo sustentable*. En realidad, como señala JIMÉNEZ, “la capacidad de convicción del término sostenible para calificar el desarrollo se deriva mucho más de su alcance implícito que de su contenido lingüístico explícito. Su raíz latina se encuentra en *sustinere*, con el significado básico de sostener, sustentar, mantener, pero en el que también se encuentran aspectos de soportar, tolerar, llevar, que son más afines al uso del término inglés *sustainable*”. JIMÉNEZ HERRERO, L. M., *Desarrollo Sostenible y Economía Ecológica*, Síntesis, Madrid, 1996, p. 40. Se dejan de lado las disquisiciones sobre si el desarrollo sostenible es una etapa avanzada del desarrollo sustentable, fundadas en la consideración de que “sólo si el «desarrollo sustentable» se mantiene en el tiempo se alcanza el denominado «desarrollo sostenible». DOUROJEANNI, A. “La dinámica del desarrollo sustentable y sostenible”, XV Congreso Venezolano de la Ciencia del Suelo, Barquisimeto, Venezuela, del 30 de noviembre al 4 de diciembre de 1999.

Mientras que la División de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas optó por el término sostenible, imperante en España (*vid.* Estrategia Española de Desarrollo Sostenible, enmarcada dentro de la Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea renovada en 2006, aprobada por el Consejo de Ministros el 23 de noviembre de 2007), Argentina ha preferido hacer uso del término desarrollo sustentable, como demuestra la denominación que recibe la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, y su recepción en la legislación ambiental, sirviendo por todas la Ley 25.675, General del Ambiente. En la doctrina el uso de desarrollo sustentable está más extendido que el de sostenible aunque pueden encontrarse ambos. Como señala PUJADAS, aun cuando “ambas palabras se pueden usar y se seguirán usando con el mismo sentido, la expresión que se va a imponer cada vez más es «desarrollo sostenible». Hay razones contundentes, a partir de las definiciones que recoge el Diccionario de la Real Academia, que es el árbitro autorizado para ayudarnos en el mundo hispanoparlante”. PUJADAS, C., “¿Desarrollo sostenible o sustentable?”, *Revista ADN, agua y medioambiente*, año 2, núm. 6, 2011, p. 28.

preocupaciones ambientales en su gestión—, como a los poderes públicos, a los que se les exige una aplicación más rigurosa de las reglas de protección existentes y la adopción de medidas dirigidas a evitar la producción de daños ambientales irreversibles. Este concepto de solidaridad como objetivo ambiental, se regula en la DMA de una forma compleja al establecer los objetivos de calidad para las aguas, desarrollados en su art. 4.

El art. 4.1 de la Directiva separa los objetivos fijados para las aguas superficiales, las aguas subterráneas y las zonas protegidas¹⁴⁶. Indica que los Estados habrán de perseguir, a partir de 22 de diciembre de 2009, que las aguas alcancen un “buen estado”, un “buen estado ecológico”, un “buen potencial ecológico”, un “buen estado químico” o incluso un “buen estado cualitativo” para las subterráneas. Estos conceptos jurídicos indeterminados, definidos en el art. 2 DMA, se concretan algo más en el Anexo V de la Directiva, donde además se abre un importante campo de aplicación a la discrecionalidad técnica de los Estados, concretándose que la fecha para el cumplimiento de estos objetivos, según el cronograma de la Directiva, es el 22 de diciembre de 2015¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Art. 4.1 de la DMA: “Al poner en práctica los programas de medidas especificados en los planes hidrológicos de cuenca: a) para las aguas superficiales: (i) los Estados miembros habrán de aplicar las medidas necesarias para prevenir el deterioro del estado de todas las masas de agua superficial, sin perjuicio de los apartados 6 y 7 y no obstante lo dispuesto en el apartado 8; (ii) los Estados miembros habrán de proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua superficial, sin perjuicio de la aplicación del inciso iii) por lo que respecta a las masas de agua artificiales y muy modificadas, con objeto de alcanzar un buen estado de las aguas superficiales a más tardar 15 años después de la entrada en vigor de la presente Directiva, de conformidad con lo dispuesto en el anexo V, sin perjuicio de la aplicación de las prórrogas establecidas de conformidad con el apartado 3, de la aplicación de los apartados 4, 5 y 6 y no obstante lo dispuesto en el apartado 7; (iii) los Estados miembros protegerán y mejorarán todas las masas de agua artificiales y muy modificadas, con objeto de lograr un buen potencial ecológico y un buen estado químico de las aguas superficiales a más tardar quince años después de la entrada en vigor de la presente Directiva, de conformidad con lo dispuesto en el anexo V, sin perjuicio de la aplicación de las prórrogas establecidas de conformidad con el apartado 4 y de la aplicación de los apartados 5, 6 y 7 y no obstante lo dispuesto en el apartado 8; (iv) los Estados miembros habrán de aplicar las medidas necesarias con arreglo a los apartados 1 y 8 del artículo 16 con objeto de reducir progresivamente la contaminación procedente de sustancias prioritarias e interrumpir o suprimir gradualmente los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias; sin perjuicio de los acuerdos internacionales pertinentes mencionados en el artículo 1 que afecten a las partes implicadas”.

¹⁴⁷ El cumplimiento de estos objetivos —que se fecha para el 22 de diciembre de 2015— no es absolutamente riguroso. Y no lo es porque la Directiva fija importantes excepciones al regular unos supuestos en los que no alcanzarlos o, incluso, no buscarlos, no supone la infracción del Derecho comunitario (apartados 5, 6 y 7 del art. 4 DMA). Sintetizándolos: i) permiten buscar objetivos menos rigurosos para algunas masas de aguas especialmente deterioradas (apart. 5); ii) se admite el deterioro temporal debido a razones

Ahora bien, dentro del art. 4 de la DMA puede apreciarse que no siempre se fijan obligaciones concretas a los Estados miembros, sino que en muchos de los supuestos contemplados lo que se prevé son normas programáticas a la espera de un desarrollo posterior bajo expresiones como “tratarán de lograr” o “buscarán de manera progresiva”. Sólo en tres supuestos las obligaciones son absolutamente específicas: se obliga a los Estados a asegurar el mismo nivel de protección existente actualmente¹⁴⁸, se exige que los Estados no pongan en peligro el desarrollo futuro de la DMA a través de las excepciones contempladas en el propio art. 4¹⁴⁹, y por último, se prohíbe desconocer el resto de normativa ambiental comunitaria vigente¹⁵⁰.

La protección de las aguas subterráneas constituye un objetivo básico de la DMA pues en su elaboración han jugado un papel esencial las conclusiones del Seminario Ministerial sobre aguas subterráneas celebrado en La Haya en 1991, desarrolladas posteriormente mediante Resoluciones del Consejo de 1992 y 1995, que reclamaban la puesta en marcha de un programa de actuación en aguas subterráneas con medidas para evitar su deterioro a largo plazo, tanto en aspectos cuantitativos como cualitativos¹⁵¹. Por ello, aunque la DMA declara como finalidad primordial

naturales o de fuerza mayor (apart. 6); y, por último, ii) incluso está permitido incumplir los objetivos cuando hubiera habido modificaciones de las características físicas o para realizar actividades humanas de desarrollo sostenible (para subterráneas) (apartad. 7). Salvo, lógicamente, en el caso del deterioro temporal debido a razones naturales o de fuerza mayor, la aplicación de las otras dos excepciones (apart. 5 y 7) ha de estar prevista y justificada en los planes de cuenca, que deberán adoptar algunas medidas correctoras. Podríamos decir que el plan juega una función similar a la de los reglamentos contra *legem*, puesto que es la propia Directiva quien le habilita para incumplir sus prescripciones

¹⁴⁸ Art. 4.9 DMA: “*Deben tomarse medidas para asegurarse de que la aplicación de las nuevas disposiciones, incluyendo la de los apartados 3, 4, 5, 6 y 7, garantizan como mínimo el mismo nivel de protección que las normas comunitarias vigentes*”.

¹⁴⁹ Art. 4.8 DMA: “*al aplicar los apartados 3, 4, 5, 6 y 7, cada Estado miembro velará porque esta aplicación no excluya de forma duradera o ponga en peligro el logro de los objetivos de la presente Directiva en otras masas de agua de la misma demarcación hidrográfica (...)*”.

¹⁵⁰ Art. 4.8 DMA *in fine*: “*Al aplicar los apartados 3, 4, 5, 6 y 7, cada Estado miembro velará porque esta aplicación no excluya de forma duradera o ponga en peligro el logro de los objetivos de la presente Directiva en otras masas de agua de la misma demarcación hidrográfica y esté en consonancia con la aplicación de otras normas comunitarias en materia de medio ambiente*”.

¹⁵¹ En la declaración del Seminario Ministerial sobre aguas subterráneas, celebrado en La Haya los días 26 y 27 de noviembre de 1991, se reconocía la necesidad de adoptar medidas para evitar el deterioro a largo plazo de los aspectos cualitativos y cuantitativos de las aguas dulces y se solicitó la aplicación de un programa de medidas antes del año 2000 encaminado a lograr la gestión sostenible y la protección de los recursos hídricos. En sus Resoluciones de 25 de febrero de 1992 y de 20 de febrero de 1995, el Consejo exigió un programa de actuación en materia de aguas subterráneas y una revisión de la Directiva 80/68/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas

mantener y mejorar el medio acuático de la Comunidad –un objetivo orientado básicamente a las masas de agua superficial– tiene en cuenta que el estado de las masas de agua subterránea repercute en los ecosistemas acuáticos y terrestres a ellas asociados. Desde esa perspectiva, exige un buen estado cualitativo y cuantitativo de las aguas subterráneas tal y como se recoge expresamente en la Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006¹⁵². A fin de conocer más sobre la importancia y la necesidad de proteger la calidad de las

subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas en el marco de una política general de protección de las aguas dulces.

En la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 25 de febrero de 1992 (DOCE núm. 59 de 6 de marzo de 1992) relativa a la futura política comunitaria en materia de aguas subterráneas, se invitó a la Comisión Europea a presentar un programa de acción detallado sobre la protección de las aguas subterráneas, así como una propuesta de revisión de la Directiva 80/68/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas. Y en la Resolución del Consejo, de 20 de febrero de 1995, relativa a la protección de las aguas subterráneas, (DOCE núm. 49 de 28 de febrero de 1995), el Consejo de la Unión Europea destacó la especial importancia de las aguas subterráneas como elemento esencial del ciclo del agua y del ecosistema, y como uno de los recursos más importantes del abastecimiento de agua potable. Expresa su preocupación ante el peligro al que siguen expuestas las aguas subterráneas en determinadas zonas, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo; confirma los puntos de la declaración final adoptada por los participantes en el Seminario Ministerial sobre las aguas subterráneas celebrado en La Haya los días 26 y 27 de noviembre de 1991. Apoya las orientaciones del quinto programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenido en el ámbito de las aguas subterráneas, a saber: mantener la calidad de las aguas subterráneas no contaminadas, evitar nuevas contaminaciones, regenerar, cuando proceda, las aguas subterráneas contaminadas. Se pronuncia a favor de las siguientes prioridades en el marco de la elaboración del programa de acción: establecer normas de autorización y otros instrumentos que permitan una gestión nacional adecuada de las aguas (subterráneas); adoptar amplias medidas preventivas para la protección de las aguas subterráneas, entre otras cosas en lo que respecta a las fuentes difusas; establecer disposiciones generales relativas a la seguridad de las instalaciones en que se manejen sustancias nocivas para el agua; establecer disposiciones generales para fomentar unas prácticas agrícolas compatibles con la protección de las aguas subterráneas. Invita por lo tanto a la Comisión a que lleve a cabo las tareas prioritarias antes mencionadas y a que a tal fin elabore, en colaboración con los Estados miembros, propuestas adecuadas que respeten el principio de subsidiariedad y las presente en un programa concreto que también pueda ser integrado en la política global de protección de las aguas pedida por varios Estados miembros. Invita a la Comisión a que considere, en la medida necesaria, la revisión de la Directiva 80/68/CEE. Y por último, ruega a la Comisión que acelere sus trabajos para que el programa de acción para la protección de las aguas subterráneas sea presentado al Consejo a más tardar antes de que finalice el primer semestre de 1995.

¹⁵² Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, Consid. 1º : *“Las aguas subterráneas son un recurso natural valioso que, como tal, debe ser protegido de la contaminación química y del deterioro. Esta circunstancia es especialmente importante para los ecosistemas dependientes de las aguas subterráneas y para la utilización de estas aguas para la obtención de agua destinada al consumo humano”*.

aguas subterráneas resultan fundamentales autores como FERNÁNDEZ SÁNCHEZ¹⁵³ o SÁNCHEZ GONZÁLEZ¹⁵⁴.

Por último, la DMA se remite en el Anexo IV a las “zonas protegidas” derivadas de las Directivas 92/43/CEE y 79/409/CEE, Red Natura 2000, en relación a la obligación de gestionar de manera especialmente atenta el agua de las zonas especialmente protegidas, cuando el mantenimiento o la mejora del estado de las aguas constituya un factor importante de su protección. La sostenibilidad a la que nos estamos refiriendo exige que las medidas de protección se incrementen en zonas especialmente valiosas desde un punto de vista medioambiental.

Así podemos concluir que el propósito de la DMA, expresado a través de estos objetivos medioambientales, no es sino establecer un marco de protección de las aguas a fin de prevenir su deterioro, promoviendo su uso sostenible. Propósito que, como examinaremos a continuación, tiene fiel traslado en nuestra normativa interna que, al igual que ocurre en el marco comunitario, determina una evolución clara en el tratamiento jurídico del agua.

4. Transposición al derecho español de la DMA. Su repercusión en el concepto de aguas

Tal y como se ha destacado en las consideraciones preliminares, las preocupaciones ambientales han ido progresivamente ocupando un papel primordial en nuestra sociedad y se configuran en la actualidad como una de sus preocupaciones fundamentales. De este modo, aunque de forma más lenta que en el contexto internacional, nuestro Derecho inicia una novedosa línea de evolución dirigida a proporcionar cobertura a estas nuevas preocupaciones, integrándolas como cuestiones que indefectiblemente deben ser tratadas por nuestro ordenamiento. Así, centrándonos en el agua y en las preocupaciones ambientales que sobre ésta existen, cabe destacar que la nueva conciencia del agua determina una clara evolución en su tratamiento. Los

¹⁵³ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. A., “Protección de las aguas subterráneas en el desarrollo del territorio”, en SÁNCHEZ VILA, X. / IRIBAR SORAZU, V. / GRIMA OLEMDO, J. (coords.), *Las aguas subterráneas en el Plan Hidrológico Nacional*, Mundi Prensa Libros S.A., Madrid, 2001, pp. 99-106.

¹⁵⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, A., “Perímetros de protección de las captaciones de agua potable”, en FERNÁNDEZ RUBIO, R. / FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. A. / LÓPEZ CAMACHO, B. / LÓPEZ GETA, J. A., (eds.), *Aguas Subterráneas y Abastecimiento Urbano*, ITGE, Madrid, 2000, pp. 245-249.

cada vez más destacados problemas sobre el agua, vistos no sólo desde la perspectiva de su escasez sino también por la pérdida de su calidad, sitúan en el candelero los problemas ambientales que hasta momentos muy recientes estaban en un segundo plano. Si bien la regulación en materia de aguas es tradicional en nuestro Derecho, ésta se ha venido enfocando desde el punto de vista de la gestión de los recursos y la regulación de los aprovechamientos en aras de garantizar una disponibilidad adecuada, desatendiendo sin embargo su concepción como recurso natural para el que la calidad constituye un requisito imprescindible. Ahora, y como denota la evolución del concepto, desde la entrada en vigor de la CE, y en especial, desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986, la preocupación ambiental ha permitido que, en nuestra esfera jurídica, penetre una nueva perspectiva, una nueva concepción del agua merecedor de un estudio particular.

Este cambio conceptual ha llegado a nuestro ordenamiento a través de la experiencia internacional. Destacan, entre otras, la Convención sobre el Derecho de los usos de los cursos del agua distintos a la navegación, aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 21 de mayo de 1997, y el Convenio de la Albufera, de 30 de noviembre de 1998, sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas¹⁵⁵, y sin duda alguna, en cuanto a la calidad de las aguas, ocupar un lugar privilegiado la DMA, que fija la línea de actuación asumida por nuestro Derecho interno. Esta producción normativa internacional, dirigida a fomentar el cuidado y la preservación del agua desde la óptica ambiental, ha tenido un evidente calado que obliga a una posible reformulación del concepto de agua y el modo en el que la misma debe ser regulada.

De este modo, superada la limitación de su análisis, el agua pasa a concebirse como un recurso que debe quedar protegido no solo desde el punto de vista de la gestión, sino también y de manera principal, desde el punto de vista ambiental. Se da paso a un nuevo concepto del agua que pretende responder a las demandas sociales ambientales cuyo objetivo es alcanzar el equilibrio entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente, esto es, el desarrollo sostenible¹⁵⁶. Estos objetivos

¹⁵⁵ Un estudio completo sobre esta cuestión, puede consultarse en, SERENO ROSADO, A., *Ríos que nos unen, aguas que nos separan. Análisis jurídico de los Convenios Hispano Lusos sobre aguas internacionales*, Fundación Lex Nova, Valladolid, 2011.

¹⁵⁶ Sobre el desarrollo sostenible, *cfr.* Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo constituida por las Naciones Unidas en 1984 para diseñar estrategias que

vertebran actualmente nuestro sistema que se desarrolla en torno a esta consideración de utilización racional de los recursos que debe impregnar el nuevo concepto del agua. Como señalaba MARTÍN RETORTILLO “el horizonte de la administración de los recursos en los años venideros hay que situarlo desde luego en una decidida defensa de las exigencias medioambientales”¹⁵⁷.

Por tanto, nuestra actual cultura de agua, en especial tras el impulso recibido por la DMA, persigue alcanzar la más correcta gestión del recurso, pretendiendo alcanzar el equilibrio entre el desarrollo económico y el aprovechamiento del recurso a través de una utilización racional que preserve la calidad el agua. Este bien de innegable valor económico es observado ahora como un recurso natural. Su concepción como elemento esencial del desarrollo económico ha sido modulada como consecuencia de la cada vez más sentida escasez y deterioro que han determinado la necesidad de revalorizar su valor como elemento fundamental.

Como hemos dicho, este cambio conceptual llega a nuestro derecho interno de la mano de la DMA, de obligada transposición a nuestro ordenamiento jurídico. Deviene fundamental, a fin de entender las causas que motivan esta nueva concepción, analizar, al menos de forma sucinta, el proceso que nos ha conducido al cambio apuntado. Para la trasposición de la Directiva al derecho español, se siguió el atajo brindado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Un solo precepto, (art. 129 de la Ley 62/2003¹⁵⁸) modificó más de cuarenta preceptos del TRLA incidiendo de forma sintética en cuestiones como el nuevo ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Aguas, que comprende la protección de las aguas de transición y costeras; en la organización administrativa (Título II) pues la demarcación hidrográfica será un nuevo ámbito territorial de gestión y planificación hidrológica introduciendo el Comité de autoridades competentes que se instituye como nuevo órgano de cooperación interadministrativa; en la planificación hidrológica

frenaran el deterioro ambiental. Las conclusiones de los estudios de la Comisión se recogieron en el ya examinado Informe Brundtland que popularizó el término “desarrollo sostenible” y su definición.

¹⁵⁷ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S. “Reflexiones sobre la problemática ...”, cit, p. 49.

¹⁵⁸ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003, p. 46874), cuyo art. 129 modifica el TRLA, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 2000/60/CE, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

(Título III) donde se observa un cambio significativo, estableciéndose un único plan para cada una de las demarcaciones hidrográficas, así como nuevos objetivos, criterios, contenidos y procedimientos para su elaboración; o en la protección del DPH y la calidad de las aguas (Título V), ya que se reciben los objetivos ambientales para las aguas superficiales subterráneas, zonas protegidas y masas de agua artificiales y masas de agua muy modificadas y se establecen los plazos para su consecución, creándose además un registro de zonas protegidas hasta ese momento inexistente.

4. 1. Nuevo ámbito objetivo de aplicación de la ley de aguas, inclusión de las aguas de transición y costeras como objeto de protección

De conformidad con lo dispuesto en el art. 1. 2 TRLA, junto con la regulación del DPH, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio, es también objeto de esta Ley el establecimiento de las normas básicas de protección de las aguas continentales, costeras y de transición, sin perjuicio de su calificación jurídica y de la legislación específica que les sea de aplicación. Es decir, tras las modificaciones operadas para la transposición de la DMA, el TRLA incluye entre sus objetivos básicos la protección del agua, incluyendo en este concepto, las aguas costeras y de transición, viéndose superados los límites del DPH¹⁵⁹.

¹⁵⁹ La redacción del art. 1 del TRLA vigente desde el 25 de julio de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2003 era la siguiente: “1. Es objeto de esta Ley la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio en el marco de las competencias delimitadas en el art. 149 CE. 2. Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. 3. Corresponde al Estado, en todo caso, y en los términos que se establecen en esta Ley, la planificación hidrológica a la que deberá someterse toda actuación sobre el dominio público hidráulico. 4. Las aguas minerales y termales se regularán por su legislación específica.” Esta redacción se modificó para la transposición de la DMA siendo su redacción pasando desde el 1 de enero de 2004 a tener la redacción siguiente: “1. Es objeto de esta Ley la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio en el marco de las competencias delimitadas en el art. 149 CE. 2. Es también objeto de esta Ley el establecimiento de las normas básicas de protección de las aguas continentales, costeras y de transición, sin perjuicio de su calificación jurídica y de la legislación específica que les sea de aplicación. 3. Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. 4. Corresponde al Estado, en todo caso, y en los términos que se establecen en esta Ley, la planificación hidrológica a la que deberá someterse toda actuación sobre el dominio

La redacción del nuevo art. 1.2 TRLA entraña un significativo cambio conceptual que recupera, en cierto sentido, lo que ya hiciera en su momento la Ley de Aguas de 1866, quedando comprendidas en la regulación de este texto legal las “normas básicas de protección del agua”, siendo irrelevante que las aguas pertenezcan al DPH (donde se incluyen las minero-medicinales, de competencia autonómica), al DPMT, o al dominio privado¹⁶⁰. La novedad se centra en la inclusión de las aguas de transición y las aguas costeras¹⁶¹. La transposición de la DMA genera de entrada una sustancial diferencia en el marco de las aguas protegidas. En efecto, se debe tener presente que, mientras que en el ámbito comunitario el concepto de agua implica en todo caso las marinas, estas masas de agua quedaban excluidas hasta este momento en nuestra normativa interna, siendo objeto de regulación independiente. Como ha señalado DELGADO PIQUERAS, “la reunión de aguas dulces y saladas obedece al criterio rector de la Directiva de proteger y mejorar la calidad de los ecosistemas acuáticos, pues es sabido que uno de los factores que más influye en la degradación de las aguas costeras es el arrastre de la contaminación desde los cursos fluviales (aparte de otros, como los vertidos directos de tierra al mar, obras portuarias, etc.)”¹⁶². Según explica FANLO LORAS, con ello se intentaría también dar cumplimiento a los

público hidráulico. 5. Las aguas minerales y termales se regularán por su legislación específica, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el apartado 2”.

¹⁶⁰ Nuestra primera Ley de aguas, la de 1866, recogía en único texto las aguas continentales y las costeras, aunque en 1879, con la nueva Ley de Aguas se pondría fin a esta situación. Vid. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *La Ley de Aguas de 1866: antecedentes y elaboración...*cit.

¹⁶¹ El art.16. *bis* TRLA define las aguas de transición como “*las masas de agua superficial próximas a la desembocadura de los ríos que son parcialmente salinas como consecuencia de su proximidad a las aguas costeras, pero que reciben una notable influencia de flujos de agua dulce*”. Asimismo, define las aguas costeras como “*las aguas superficiales situadas hacia tierra desde una línea cuya totalidad de puntos se encuentra a una distancia de una milla náutica mar adentro desde el punto más próximo de la línea de base que sirve para medir la anchura de las aguas territoriales y que se extienden, en su caso, hasta el límite exterior de las aguas de transición*”. Respecto a estas últimas, vid. también art. 3.2 de la Ley 22/1988, de Costas, parcialmente derogada por Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, (BOE núm. 129, de 30 de mayo de 2013, p. 40691); art. 3 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre de 2014, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, (BOE núm. 247, de 11 de octubre, p. 83098); art. 1 de la Ley 10/77, del mar territorial, de 4 de enero, (BOE núm. 7, de 8 enero 1977, p. 373).

¹⁶² DELGADO PIQUERAS, F., “La transposición de la Directiva Marco de Aguas en España”, *RAP*, núm. 165, 2004. p. 184.

compromisos adquiridos por la Comunidad y los Estados miembros en diversos convenios internacionales sobre protección de las aguas marinas¹⁶³.

En este sentido, conviene destacar que el TRLA no sólo da cabida tras la transposición de la DMA a las aguas costeras y de transición como objeto de protección definidas en el art. 16 *bis* TRLA, dentro de la demarcación hidrográfica, sino que, a fin de ajustarse plenamente a las disposiciones de la Directiva, aclara con precisión las definiciones de las distintas masas de agua que serán objeto de protección por la norma. Se intenta conciliar, no sin esfuerzos interpretativos, las masas de agua objeto de protección con el concepto tradicional de DPH aún vigente. Así, el art. 40 *bis* TRLA, incluye, entre otras, la definición de aguas continentales, aguas superficiales, aguas subterráneas y acuífero a efectos de protección ambiental, pudiendo, al igual que se hizo respecto a la DMA, definir el concreto ámbito objetivo de protección del TRLA que, como hemos apuntado, abarca las aguas continentales, costeras y de transición, de conformidad con las siguientes definiciones:

4. 1. 1. Las aguas continentales

El TRLA define aguas continentales como todas las aguas en la superficie del suelo y todas las aguas subterráneas situadas hacia tierra desde la línea que sirve de base para medir la anchura de las aguas territoriales. Definición, plenamente coincidente con el concepto de agua continental recogido en el art. 2.3 DMA. Cabe señalar que, mientras que efectos de regulación de las aguas, el TRLA se limita exclusivamente al DPH, no incluyendo las aguas subterráneas situadas bajo el lecho marino, –que situadas en la zona de aguas marinas interiores, quedan integradas dentro del concepto de DPMT–, éstas si quedan incluidas a efectos de protección medioambiental¹⁶⁴.

Así, las aguas continentales, a los efectos de la Directiva, deben ser entendidas como todas las aguas superficiales y subterráneas hacia tierra adentro desde el límite hacia tierra del DPMT, según la Ley de Costas, y todas las subterráneas desde línea de base de las aguas territoriales (LBAT) hacia tierra. Un concepto mucho mayor, que da

¹⁶³ FANLO LORAS, A., “La adaptación de la Administración ...”, cit., p. 169.

¹⁶⁴ Las aguas subterráneas situadas bajo el lecho marino, forman partes del DPMT al ocupar un espacio geográficamente coincidente con las denominadas aguas interiores superficiales, es decir, aquellas comprendidas entre el límite exterior de la ribera del mar y el límite interior del mar territorial.

cabida no solo al DPH sino también a las aguas subterráneas situadas en el fondo del mar bajo las aguas interiores. Las aguas subterráneas situadas bajo el lecho marino y que la Directiva integra dentro del concepto de agua continental, desde el punto de vista de nuestra normativa forma parte no del DPH, sino del DPMT, debiendo tenerse en cuenta que ocupan un espacio geográficamente coincidente con las denominadas aguas interiores superficiales, aquellas comprendidas entre el límite exterior de la ribera del mar y el límite interior del mar territorial debiendo prestarse atención a las competencias que sobre dichas aguas y en relación a la pesca pueden ser asumidas por las CCAA¹⁶⁵.

a) Aguas superficiales

Dentro de las aguas continentales, se diferencian las superficiales, definidas por el TRLA como las aguas continentales, excepto las aguas subterráneas; las aguas de transición y las aguas costeras, y, en lo que se refiere al estado químico, también las aguas territoriales. Esta definición coincide plenamente con la dada al efecto por la DMA, un concepto amplio, que supera el ámbito del DPH.

b) Aguas subterráneas

El TRLA define como aguas subterráneas todas las aguas que se encuentran bajo la superficie del suelo en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo o el subsuelo. Al trasponer literalmente la definición de aguas subterráneas de la DMA, el TRLA excluye de este concepto aquellas aguas que situadas bajo el lecho marino y que, como se vio *supra*, se integran en el concepto de aguas continentales. En relación con este concepto de agua subterránea no existe duda alguna de que el término de suelo aquí utilizado engloba tanto el suelo superficial como el existente bajo el mar. Asimismo, y por lo que se refiere a las aguas subterráneas en la zona de saturación, estas deben ser entendidas como las situadas en la zona saturada (ZS), por lo que las aguas de la zona no saturada (ZNS) no formarían en realidad parte de las aguas subterráneas ni de ninguno de los conceptos de los hasta ahora explicados, por lo que al igual que la Directiva, el TRLA prescinde de fijar objetivo de protección ambiental para estas, pese a la notable importancia de las mismas. El TRLA se refiere a las aguas subterráneas que se encuentren en contacto directo con el suelo o el subsuelo, de lo

¹⁶⁵ Art. 148.1.11ª CE: “La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial”.

que podría deducirse la exclusión aquellas aguas subterráneas que se hallen recogidas en almacenamientos artificiales y que por tanto no estén en contacto con el suelo o el subsuelo.

Pese a esta definición, aplicable a los efectos de los objetivos de protección, cabe destacar que, en realidad, nuestra normativa interna no acuña un concepto claro y preciso de lo que debe ser entendido como agua subterránea, sino que de una lectura sistemática de los arts. 12 TRLA y 15 RDPH cabe entenderlas de forma indirecta como aquellas contenidas en los acuíferos, entendidos como formaciones geológicas que contienen, o pueden contener, agua.

4. 1. 2. Las aguas de transición

Las aguas de transición aparecen definidas en el art. 16 *bis* TRLA como las masas de agua superficial próximas a la desembocadura de los ríos que son parcialmente salinas como consecuencia de su proximidad a las aguas costeras, pero que reciben una notable influencia de flujos de agua dulce. El concepto de agua de transición en nuestra norma, y el facilitado por la Directiva son coincidentes¹⁶⁶.

La regulación específica de esta agua se recoge en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley de Costas, quedando comprendidas de conformidad con el art. 3.1 a) de la norma en la denominada Zona Marítimo Terrestre (ZMT). Esta se define, de acuerdo con la nueva redacción dada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, como el espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos, de acuerdo con los criterios técnicos que se establezcan reglamentariamente, o cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas. Se consideran incluidas en esta zona las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, las partes de los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar. No obstante, no pasarán a formar parte del dominio público marítimo-terrestre aquellos terrenos que sean inundados artificial y

¹⁶⁶ Art. 2.6 DMA.

controladamente, como consecuencia de obras o instalaciones realizadas al efecto, siempre que antes de la inundación no fueran de dominio público.

Tradicionalmente la delimitación de las aguas de transición ha estado basada en el límite competencial entre el DPH y el DPMT. Este límite, según se ha visto, se extiende aguas arriba por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas. La delimitación de las masas de agua de transición se ha llevado a cabo a partir de la cartografía terrestre y de las cartas náuticas¹⁶⁷. El límite con los ríos se ha definido empleando el criterio basado en la máxima penetración de la marea en el estuario. Este límite coincide con el límite entre el DPH y el DPMT y, por tanto, se ha utilizado la información de los deslindes del DPMT para delimitar aguas arriba las masas de agua de transición. De otra parte, el límite con las aguas costeras se ha establecido en función de las singularidades geomorfológicas de la desembocadura (como barras, deltas, islas, etc.), ya que suele coincidir con la variación de comunidades biológicas. Existen casos concretos en los que no resultaba adecuado el criterio anterior, por lo que se ha optado por realizar la delimitación en función de la salinidad. Para ello se disponía de datos de salinidad a diferente profundidad y condiciones hidrodinámicas que han permitido establecer el límite exterior de las aguas de transición. El tamaño mínimo considerado en las aguas de transición (estuarios/rías), al margen de las lagunas costeras, ha sido de 50 ha, aunque en determinados casos, de interés ecológico o social, han sido consideradas masas de agua de menor tamaño¹⁶⁸.

4. 1. 3. Las aguas costeras

El concepto de agua costera aparece recogido en el art. 16. *bis* TRLA definidas como, las aguas superficiales situadas hacia tierra desde una línea cuya totalidad de puntos se encuentra a una distancia de una milla náutica mar adentro desde el punto más próximo de la línea de base que sirve para medir la anchura de las aguas

¹⁶⁷ MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE RURAL Y MARINO: *Libro Digital del Agua*.

(Fecha de última consulta, 15 de octubre de 2014). Disponible en :

http://servicios2.marm.es/sia/visualizacion/lda/administrativo/gestion_superficiales_transicion.jsp

¹⁶⁸ Cfr. MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Programa Agua. Síntesis de los estudios generales de las Demarcaciones Hidrográficas en España*, Madrid, 2007, p. 33.

territoriales y que se extienden, en su caso, hasta el límite exterior de las aguas de transición¹⁶⁹.

De conformidad con los datos facilitados por el Ministerio de Medio Ambiente Rural y Marino el límite terrestre de las aguas costeras se ha establecido mediante un Sistema de Información Geográfica a partir del nivel medio del mar fijado en las cartas náuticas españolas¹⁷⁰. El límite marino de las aguas costeras se ha trazado añadiendo una milla náutica a la línea de base que viene determinada en una gran parte de la costa por las Líneas de Base Rectas definidas en el Real Decreto 2510/1977, de 5 de agosto, sobre trazado de líneas de base rectas, que sirven para medir la anchura del Mar Territorial español. En los tramos de costa donde estas Líneas de Base Rectas no están definidas, la línea de base viene definida por la bajamar escorada (Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial), que de forma aproximada se corresponde con la bajamar viva equinoccial (BMVE). La BMVE ha sido obtenida de las cartas náuticas para los tramos sin línea de base recta, añadiéndole una milla náutica para obtener el límite marino de las aguas costeras. La segmentación de las aguas costeras en masas de agua ha sido realizada por las autoridades competentes de las CCAA de acuerdo a las tipologías, presiones y necesidades de gestión.

Las aguas de transición servirán, cuando existan, para determinar el límite de las aguas costeras, pero cuando no existan o no sean excesivas, como sucede en el sistema mediterráneo, cabría interpretar que el límite interior de las aguas costeras se situaría en el límite exterior de la ribera del mar.

¹⁶⁹ Vid. art. 3.2 de la Ley 22/1988, de Costas, parcialmente derogada por Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; art. 3 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre de 2014, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas; art. 1 de la Ley 10/77, del mar territorial, de 4 de enero.

¹⁷⁰ MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE RURAL Y MARINO: *Libro Digital del Agua*, cit., Marco administrativo y gestión. Asimismo, *cfr.*, MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO, Secretaría General del Mar, Dirección General de sostenibilidad de la Costa y del Mar, *Informe técnico "Apoyo técnico para la redacción de los planes de cuenca en relación con la directiva marco del agua" avance "Guía técnica para la caracterización de las medidas orientadas a la mejora del estado de las aguas costeras y de transición"*, T. único, Centro de estudios de puertos y costas, Madrid, 2009.

4. 2. La organización administrativa: la demarcación hidrográfica como ámbito territorial de gestión y planificación hidrológica y el comité de autoridades competentes

Una de las consecuencias más relevantes que se derivan de la transposición de la DMA a nuestro ordenamiento jurídico viene determinada por la modificación que, en relación a la organización administrativa del agua, ha supuesto la introducción de las demarcaciones hidrográficas. La DMA define demarcación hidrográfica como la zona marina y terrestre compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas, identificándola como la unidad para la gestión y protección de las aguas. Este concepto de demarcación hidrográfica supera el tradicional concepto de cuenca hidrográfica existente en nuestra normativa interna, y que, definida en el art. 16 TRLA como la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y eventualmente lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta, no incluye las aguas costeras que, sin embargo, sí quedan previstas dentro de la demarcación¹⁷¹. De este modo, aunque la Directiva asume el concepto de cuenca hidrográfica como realidad natural de la que hay que partir para la tutela del medio ambiente acuático, acoge una noción espacial más amplia, al incluir cuando menos las aguas costeras asociadas.

Por tanto, la demarcación hidrográfica constituye un ámbito territorial formado por la zona terrestre y costera compuesta por una o varias cuencas hidrográficas y además, por las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas a dichas cuencas, tal y como establece el art. 16 *bis* 1 TRLA. Desde el punto de vista geográfico, se integran en este concepto distintos elementos que jurídicamente responden a realidades y regímenes diferentes. Así se incluyen las cuencas hidrográficas, una o varias que, en este último caso, deberán ser vecinas, utilizándose para la integración el criterio de la proximidad o contigüidad territorial. Se integran también en las demarcaciones hidrográficas, en cuanto forman parte de un mismo

¹⁷¹ Una crítica a este nuevo concepto que recoge el art. 16 TRLA puede verse en DELGADO PIQUERAS, quien advierte que el mismo es poco claro y desconocedor de las cuencas endorreicas de las que existen varias en nuestro país. Por lo demás y en relación con la posible integración de varias cuencas hidrográficas en el mismo ámbito y sometidas a la gestión de un mismo Organismo, el citado autor entiende que si bien ello es admisible y admitido, debería reservarse para aquellos casos en que razones de funcionalidad, racionalidad o economía del gasto público así lo exijan. *Cfr.* DELGADO PIQUERAS, F., “La trasposición de la Directiva ...”, cit., pp. 189-190.

ciclo hidrológico, las aguas subterráneas situadas bajo los límites definidos por las divisorias de las cuencas hidrográficas de la correspondiente demarcación¹⁷². Además, forman parte de las demarcaciones hidrográficas las aguas costeras y de transición, que no tienen la condición de aguas continentales ni de bienes del DPH, lo que constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico¹⁷³.

Las demarcaciones hidrográficas, entendidas en el sentido que se acaba de señalar, y con el alcance derivado de la delimitación realizada, constituyen, de acuerdo con las previsiones del TRLA, la principal unidad a efectos de gestión de cuencas, el ámbito de aplicación de las normas sobre protección de las aguas contenidas en el propio TRLA y el ámbito territorial para la correspondiente planificación hidrológica¹⁷⁴. De este modo, la demarcación hidrográfica, ahora principal unidad a efectos de la gestión de cuencas, supone un cambio en el modo de ordenar las aguas en nuestro país. La unidad básica de gestión de los recursos hidráulicos ha sido tradicionalmente la cuenca hidrográfica recogida en la Ley de Aguas y consagrada por el TC como criterio para delimitar competencias entre el Estado y las CCAA en la materia de acuerdo a las prescripciones constitucionales¹⁷⁵. Si bien, aun cuando las demarcaciones hidrográficas no suponen una alteración del sistema competencial actual, la toma de decisiones en las mismas requiere la concurrencia no sólo de la Administración hidráulica correspondiente, sino además de la Administración

¹⁷² Ahora bien, cuando las aguas subterráneas correspondan a acuíferos que se extienden al ámbito de más de una demarcación el TRLA permite, a efectos de su inclusión en una u otra, una doble solución: o bien recurrir a un criterio discrecional asignando tales aguas a la demarcación más próxima o más adecuada, o bien fragmentar la gestión de las mismas atribuyendo a cada demarcación la parte de acuífero correspondiente a su respectivo ámbito territorial. Esta última ha sido la solución finalmente adoptada para los acuíferos compartidos ya identificados en el Plan Hidrológico Nacional por el RD 125/2007, de 2 de febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas, (BOE núm. 30, de 3 de febrero de 2007, p. 5118).

¹⁷³ La inclusión de las aguas costeras y de transición responde a la finalidad ambiental de la DMA, tratando de proteger estas aguas de los vertidos procedentes de los cursos fluviales o de los realizados desde la tierra al mar (Consid. 17º DMA). Por otra parte, esta integración de unas y otras aguas respondería, a su vez, a los compromisos adquiridos por la Comunidad y por nuestro país en base a Convenios internacionales para la protección de las aguas marinas.

¹⁷⁴ Estas referencias, contenidas en el art. 16 *bis* 4 TRLA, se completan con lo recogido en la Exposición de Motivos de la Ley 62/2003 por la que se transpuso a nuestro ordenamiento jurídico la DMA, según la cual, la demarcación hidrográfica se convierte en “*el nuevo ámbito territorial de gestión y planificación hidrológica*”.

¹⁷⁵ STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 15.

competente en relación con el DPMT y con la protección del medio marino¹⁷⁶. Así, aun pensando que las demarcaciones constituyen el ámbito idóneo para la protección integral de las aguas –de todas las aguas: continentales (superficiales y subterráneas), costeras y de transición–, no debe olvidarse el alcance que presenta el TRLA como norma de cabecera de nuestro Derecho de aguas. En esta norma se contienen, además de los preceptos relativos a la protección de la calidad de las aguas, cuestiones tan esenciales como el uso y aprovechamiento de los recursos hidráulicos y los instrumentos requeridos para dicho aprovechamiento (autorizaciones, concesiones, contratos de cesión de derechos al uso privativo de las aguas), la policía de las aguas o el régimen económico-financiero del DPH, gestionado todo ello sobre la base de la cuenca hidrográfica. El cambio de unidad de gestión, como parece derivarse del TRLA, ocasiona dudas en relación con aspectos, en principio, ajenos a la gestión ambiental de las aguas, máxime si tenemos en cuenta que el instrumento diseñado por el TRLA para concretar la explotación de los recursos hidráulicos, los planes hidrológicos, debe ajustarse a los ámbitos propios de las demarcaciones hidrográficas. Por tanto, la repercusión que en nuestro Derecho de aguas tiene la demarcación hidrográfica puede suponer una pérdida del lugar que ha venido correspondiendo a las cuencas hidrográficas, llegando incluso a poner en entredicho la unidad de cuenca que proclama el art. 14.2. TRLA¹⁷⁷.

Junto con el nuevo criterio de unidad de gestión, debe apuntarse el nacimiento de nuevos organismo de cooperación. Hasta la transposición de la DMA, sobre la base de la cuenca hidrográfica, las Confederaciones Hidrográficas (en las de carácter

¹⁷⁶ En relación con el DPH el esquema competencial no es sencillo. Con carácter general, el Estado asume las competencias sobre la legislación, ordenación y concesión de los recursos y aprovechamientos hidráulicos de aquellas cuencas hidrográficas que discurren por el territorio de más de una CA. En cambio, tratándose de cuencas intracomunitarias, aquellas funciones son asumidas por las respectivas Administraciones hidráulicas autonómicas en los términos previstos en los correspondientes EEAA. Tampoco resulta sencillo determinar las competencias sobre las aguas costeras que, como ya indicamos *supra*, no se mencionan como tales en nuestro ordenamiento jurídico, ni existe una referencia constitucional expresa sobre las competencias relativas al DPMT que se han venido articulando a través de títulos competenciales como el art. 149.1.1ª, 19ª o 23ª CE. Además, el Estado sería el competente también sobre los puertos de interés general y sobre la protección del medio marino en virtud del título “marina mercante” del art. 149.1.20ª CE. En cambio, las CCAA asumen competencias en relación con cuestiones tales como la realización de planeamiento y ordenación del territorio, vertidos tierra-mar, maricultura, instalaciones, o designación áreas protegidas marítimo-terrestres.

¹⁷⁷ Art. 14.2 TRLA: Principios rectores de la gestión en materia de aguas: “*El ejercicio de las funciones del Estado, en materia de aguas, se someterá a los siguientes principios: 2.º Respeto a la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico*”.

intercomunitario) actuaban como cauce para la cooperación orgánica en materia de DPH mediante la integración en ellas de las CCAA. Tras la transposición de la Directiva se crea de un órgano específico, el Comité de Autoridades Competentes¹⁷⁸, que asume las obligaciones derivadas del TRLA en relación con la protección de las aguas, aunque en principio su creación no afecta a la titularidad de las competencias que en las materias relacionadas con la gestión de las aguas correspondan a las distintas Administraciones Públicas. Este órgano, además de promover la cooperación entre las diversas Administraciones competentes es el encargado de impulsar la adopción de las medidas necesarias para la protección de las aguas derivadas del TRLA, así como de proporcionar a la UE, a través del órgano competente de la AGE, la información requerida sobre la demarcación hidrográfica⁹⁴. Más concretamente, el Comité de Autoridades Competentes debe favorecer en su seno la cooperación entre las distintas Administraciones que lo integran en la elaboración de planes y programas y promover la adopción de acuerdos y convenios entre ellas. Además, y en relación con la planificación hidrológica, le corresponde facilitar y garantizar, cuanta información requiera el Consejo del Agua para la elaboración del plan hidrológico y suscitar la cooperación adecuada para el diseño de los programas de medidas que deberán formularse en cada demarcación hidrográfica e integrarse en el plan hidrológico correspondiente. Encargándose por último de supervisar la actualización del Registro de Zonas Protegidas.

Pero además, para dar cabida a la participación pública en la planificación hidrológica y cumplir así las exigencias que en este sentido se desprenden de la DMA se amplía la operatividad del Consejo del Agua denominado ahora, de la demarcación¹⁷⁹. Este órgano mantiene así sus cometidos tradicionales de elevar al

¹⁷⁸ El art. 36 *bis* 4 TRLA prevé, para las demarcaciones hidrográficas con cuencas intracomunitarias, la aplicación del principio de unidad de gestión de las aguas y la cooperación con la AGE en los ámbitos competenciales que le son propios (DPMT, puertos del Estado y marina mercante). La composición y funciones del “Comité de Autoridades Competentes” se regulan en el Real Decreto 126/2007, de 2 de febrero, por el que se regulan la composición, funcionamiento y atribuciones de los comités de autoridades competentes de las demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias (BOE núm. 30, de 3 de febrero de 2007, p. 5120).

¹⁷⁹ En el Consejo del Agua estarán integrados los representantes de la AGE vinculados con la gestión y el uso de los recursos hidráulicos, los representantes de los servicios técnicos del organismo y de los servicios de costas, Autoridades Portuarias y Capitanías marítimas afectadas por el ámbito de la demarcación hidrográfica, y además, los representantes de las CCAA, cuyo número se determinará en función de la superficie y de

Gobierno, a través del Ministerio de Medio Ambiente, el plan hidrológico de cuenca y de emitir un informe sobre cuantas cuestiones sean relevantes para la ordenación, explotación, tutela y protección de las aguas de la demarcación, a lo que se añade la de promover la información, consulta y participación pública en el proceso planificador.

4. 3. La Planificación Hidrológica: un único plan para cada una de las demarcaciones hidrográficas

Evidentemente, el nuevo criterio de unidad de gestión tiene su repercusión en la planificación hidrológica. Así, para cada una de las demarcaciones hidrográficas debe elaborarse un plan hidrológico que, pese a la denominación recogida en la DMA y en el TRLA, no se limitará realmente a las cuencas hidrográficas correspondientes, sino que extenderá su competencia al ámbito territorial de cada una de las demarcaciones¹⁸⁰. En relación a esta cuestión, la transposición operada en nuestra normativa hidráulica ha incidido de forma especialmente llamativa en los planes hidrológicos, afectando tanto a su procedimiento de elaboración como a su contenido.

En relación con el procedimiento de elaboración, el TRLA recoge la exigencia

la población de las mismas integrada en el ámbito de la demarcación pero que en ningún caso podrá ser inferior al número de representantes ministeriales. Además se integrarán en el Consejo del Agua los representantes de las Entidades locales en función de la extensión o porcentaje de territorio integrado en la demarcación y los representantes de los usuarios y de las asociaciones y organizaciones de defensa de intereses ambientales, económicos y sociales relacionados con el agua, con lo que se potencia la participación social en el seno de este órgano.

¹⁸⁰ Así lo recoge el art. 40.3 TRLA y el art. 2 Real Decreto 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los Organismos de cuenca y de los planes hidrológicos (BOE núm. 1222, de 22 de mayo de 1987, p. 14936), en la redacción dada a este precepto por la Disposición final primera del Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero. Además de estos planes hidrológicos de cuenca se prevé la aprobación de otros instrumentos de planificación de los recursos hidráulicos en los términos recogidos por la DMA. En concreto los programas de medidas en los que se precisan las actuaciones necesarias para la consecución de los objetivos medioambientales a conseguir para cada clase de aguas. Por su parte, los programas de seguimiento más que un carácter planificador responden a la necesidad de obtener una visión general del estado de las aguas y de los resultados de la aplicación de las medidas adoptadas respecto a ellas. El TRLA recoge otros planes no derivados de la DMA como, por ejemplo, los planes de ordenación para la recuperación de acuíferos sobreexplotados (art. 56) y por supuesto el Plan Hidrológico Nacional (art. 45 TRLA y Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, modificada posteriormente por la Ley 11/2005, de 22 de junio, BOE núm. 149, de 23 de junio de 2005, p. 21846). Por su parte, la Orden MAM/698/2007, del Ministerio de Medio Ambiente, de 21 de marzo de 2007, aprobó los Planes Especiales de actuación en situaciones de alerta y eventual sequía en los ámbitos de las cuencas hidrográficas intercomunitarias en aplicación de lo dispuesto en el art. 27.2 de la Ley 10/2001, de 5 de julio.

de que la formulación del plan, o su revisión, vaya precedida de la elaboración de un programa de trabajo en el que se incluya, además de un calendario de las fases previstas para dicha elaboración o revisión, un estudio general de la demarcación, que deberá comprender una descripción general de ésta y un resumen de la incidencia de las actividades humanas sobre las aguas superficiales y subterráneas de la misma, así como un análisis del uso económico del agua¹⁸¹. Igualmente será necesario elaborar con carácter previo los programas de medidas diseñados por la Administración hidráulica competente para lograr la consecución de los objetivos medioambientales precisados por el TRLA que de manera coordinada se integrarán en el correspondiente plan hidrológico junto con el resto de programas relativos a las aguas costeras y de transición que se hayan ido elaborando, tanto por la AGE como por las CCAA costeras en atención a sus respectivas competencias. Por último, sigue siendo

¹⁸¹ Art. 41 TRLA: Elaboración de los planes hidrológicos de cuenca: “1. La elaboración y propuesta de revisiones ulteriores de los planes hidrológicos de cuenca se realizarán por el organismo de cuenca correspondiente o por la Administración hidráulica competente, en las cuencas comprendidas íntegramente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. 2. El procedimiento para elaboración y revisión de los planes hidrológicos de cuenca se regulará por vía reglamentaria, debiendo contemplar, en todo caso, la programación de calendarios, programas de trabajo, elementos a considerar y borradores previos para posibilitar una adecuada información y consulta pública desde el inicio del proceso. Asimismo, deberá contemplarse la elaboración previa, por las Administraciones competentes, de los Programas de Medidas básicas y complementarias, contemplados en el artículo 92 quater, conducentes a la consecución de los objetivos medioambientales previstos en esta Ley. Los programas de medidas se coordinarán e integrarán en los planes hidrológicos. De forma expresa, deberán coordinarse, para su integración en el plan hidrológico, los programas relativos a las aguas costeras y de transición elaborados por la Administración General del Estado o por las Comunidades Autónomas que participen en el Comité de Autoridades Competentes de la demarcación y que cuenten con litoral.3. En la elaboración y revisión de los planes hidrológicos de cuenca se preverá necesariamente la participación de los Departamentos ministeriales interesados, los plazos para presentación de las propuestas por los organismos correspondientes y la actuación subsidiaria del Gobierno en caso de falta de propuesta. Se garantizará, en todo caso, la participación pública en todo el proceso planificador, tanto en las fases de consultas previas como en las de desarrollo y aprobación o revisión del plan. A tales efectos se cumplirán los plazos previstos en la disposición adicional duodécima.4. Los planes hidrológicos se elaborarán en coordinación con las diferentes planificaciones sectoriales que les afecten, tanto respecto a los usos del agua como a los del suelo, y especialmente con lo establecido en la planificación de regadíos y otros usos agrarios.5. Con carácter previo a la elaboración y propuesta de revisión del plan hidrológico de cuenca, se preparará un programa de trabajo que incluya, además del calendario sobre las fases previstas para dicha elaboración o revisión, el estudio general sobre la demarcación correspondiente. Dicho estudio general incorporará, en los términos que se establezca reglamentariamente, una descripción general de las características de la demarcación, un resumen de las repercusiones de la actividad humana en el estado de las aguas superficiales y de las aguas subterráneas, y un análisis económico del uso del agua. 6. El Ministerio de Medio Ambiente remitirá a la Comisión Europea y a cualquier Estado miembro interesado ejemplares de los planes hidrológicos aprobados, así como del estudio general de la demarcación a que se alude en el apartado anterior”.

igualmente fundamental en el proceso planificador la participación pública¹⁸². A partir de la modificación del TRLA esta participación ha quedado acentuada y garantizada tanto en la fase de consultas previas como en las de desarrollo y aprobación o revisión del plan y que debería articularse efectivamente y acometerse conforme al calendario previsto en el TRLA.

Por lo que respecto al contenido de los planes, la transposición de la DMA ha supuesto una intensificación de las prescripciones ambientales contenidas en ellos con la finalidad de conseguir el buen estado y la adecuada protección del DPH y de las demás aguas a que se refiere el TRLA¹⁸³. Junto a lo anterior, la planificación debe satisfacer otras finalidades derivadas de la normativa hidráulica y vinculadas únicamente con la ordenación y gestión del DPH, como son las relativas al aprovechamiento de los recursos hidráulicos, criterios de prioridad y compatibilidad de usos, asignación y reserva de recursos, infraestructuras básicas requeridas para la puesta en marcha de las previsiones del Plan, entre otras.

¹⁸² Tradicionalmente y de forma previa a la transposición de la DMA, la participación pública estaba presente en nuestro Derecho de aguas a través del principio recogido en el art. 14.1 TRLA (El ejercicio de las funciones del Estado, en materia de aguas, se someterá a los siguientes principios: Unidad de gestión, tratamiento integral, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios) y se aseguraba en el procedimiento de elaboración de los planes hidrológicos mediante el art.100 del Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica aprobado por RD 927/1988, de 29 de julio (en adelante RAPAPH), que pone a disposición de los particulares interesados en consultarlo el proyecto de directrices del correspondiente Plan. Evidentemente la participación prevista por la DMA pretende una intensificación y una mayor implicación del público en todo el proceso.

¹⁸³ Art. 42 TRLA. Contenido de los planes hidrológicos de cuenca. El art. 42.1 TRLA establece como contenido obligatorio de los planes hidrológicos de cuenca: la descripción general de la demarcación hidrográfica y de los usos, presiones e incidencias antrópicas significativas sobre las aguas; la identificación y mapas de las zonas protegidas; las redes de control establecidas para el seguimiento del estado de las aguas superficiales, de las aguas subterráneas y de las zonas protegidas y los resultados de este control; la lista de objetivos medioambientales para las aguas superficiales, las aguas subterráneas y las zonas protegidas, incluyendo los plazos previstos para su consecución, la identificación de condiciones para excepciones y prórrogas, y sus informaciones complementarias; un resumen del análisis económico del uso del agua, incluyendo una descripción de las situaciones y motivos que puedan permitir excepciones en la aplicación del principio de recuperación de costes; un resumen de los programas de medidas adoptados para alcanzar los objetivos previstos; un registro de los programas y planes hidrológicos más detallados relativos a subcuencas, sectores, cuestiones específicas o categorías de aguas, acompañado de un resumen de sus contenidos; un resumen de las medidas de información pública y de consulta tomadas, sus resultados y los cambios consiguientes efectuados en el plan, una lista de las autoridades competentes designadas; y los puntos de contacto y procedimientos para obtener la documentación de base y la información requerida por las consultas públicas.

Por tanto, y conforme a las prescripciones del TRLA, los actuales planes hidrológicos tiene un contenido exhaustivo, no sólo relativo a la explotación del DPH, sino también en relación con la calidad y protección de las aguas continentales, costeras y de transición, lo que sin duda resultará positivo en orden a una gestión racional y sostenible de todos los recursos, continentales y marinos y de los ecosistemas asociados. Ahora bien, debe exigirse una precisión exacta en la elaboración de estos instrumentos que, conforme se desprende de la regulación actual, se aplican a bienes sometidos a un régimen jurídico distinto, que se encomiendan a autoridades distintas y que responden también a finalidades distintas, con la complejidad que ello conlleva.

4. 4. La protección del dominio público hidráulico y la calidad de las aguas: objetivos de protección de las aguas y objetivos ambientales

Con carácter previo a la transposición de la DMA nuestro derecho interno ya se había hecho eco de la necesaria protección ambiental de las aguas, llegando incluso a anticipar como objetivos de la protección del DPH determinados fines ambientales¹⁸⁴. No obstante, pese a las previsiones existentes, la integración de la DMA dio lugar a la modificación de la norma, regulando de manera separada, y siguiendo la estructura de la DMA, los fines y objetivos generales de protección, *ex art. 92 TRLA* y las metas ambientales a alcanzar a través de los objetivos de protección marcados en el art. 92 *bis TRLA*¹⁸⁵.

Y así, entre los objetivos de la protección de las aguas y del DPH *ex art. 92 TRLA* podemos distinguir los siguientes:

¹⁸⁴ El art. 92 TRLA en su redacción original establecía como objetivos de la protección del dominio público hidráulico: i) prevenir el deterioro del estado ecológico y la contaminación de las aguas para alcanzar un buen estado general; ii) establecer programas de control de calidad en cada cuenca hidrográfica; iii) impedir la acumulación de compuestos tóxicos o peligrosos en el subsuelo, capaces de contaminar las aguas subterráneas; iv) evitar cualquier otra acumulación que pueda ser causa de degradación del dominio público hidráulico; v) recuperar los sistemas acuáticos asociados al dominio público hidráulico; vi) reglamentariamente, se establecerán los niveles de calidad correspondientes a los estados indicados en el párrafo a) y los plazos para alcanzarlos.

¹⁸⁵ Los arts. 92 y 92 *bis TRLA* reproducen la sistemática de la DMA que, en su art. 1, regular los fines generales inmediatos y mediatos que se persiguen con la protección de las aguas y el art. 4, en el que se regulan las concreciones para cada categoría de masa de agua y desde la perspectiva estrictamente ambiental, la protección que se persigue.

i) Prevenir el deterioro, proteger y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos, así como de los ecosistemas terrestres y humedales que dependan de modo directo de los acuáticos en relación con sus necesidades de agua.

ii) Promover el uso sostenible del agua, protegiendo los recursos disponibles y garantizando un suministro suficiente en buen estado.

iii) Proteger y mejorar el medio acuático, estableciendo medidas específicas para reducir progresivamente los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias prioritarias, así como suprimir de forma gradual los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias.

iv) Garantizar la reducción progresiva de la contaminación de las aguas subterráneas y evitar su contaminación adicional.

v) Paliar los efectos de las inundaciones y sequías.

vi) Alcanzar, mediante la aplicación de la legislación correspondiente, los objetivos fijados en los Tratados internacionales en orden a prevenir y eliminar la contaminación del medio ambiente marino.

vii) Evitar cualquier acumulación de compuestos tóxicos o peligrosos en el subsuelo o cualquier otra acumulación que pueda ser causa de degradación del dominio público hidráulico.

viii) Garantizar la asignación de las aguas de mejor calidad de las existentes en un área o región al abastecimiento de poblaciones

Por su parte, el art. 92. *bis* del TRLA bajo la rúbrica de “objetivos medioambientales” dispone, respecto de cada masa de agua en concreto, cuales son las metas que deben alcanzarse a través de los fines de protección señalados. Es decir, este precepto viene a concretar cuál debe ser el grado de calidad que debe alcanzar el agua en cada supuesto concreto, para poder entender cumplidos los objetivos de protección antes citados, especificando los mismo respecto a cada masa de agua.

Para las aguas superficiales, –las aguas continentales, salvo las subterráneas, así como las de transición y las costeras asociadas–, el art. 92 *bis* TRLA fija como objetivos: prevenir el deterioro del estado de las masas de agua, realizar cuantas acciones se precisen (proteger, mejorar y regenerar) para alcanzar un buen estado y

reducir progresivamente la contaminación procedente de sustancias prioritarias¹⁸⁶. Se hace necesario aclarar que debe entenderse por buen estado de las aguas superficiales, concretando que se habla de buen estado de las aguas superficiales, entendiendo estado como expresión de calidad, cuando en la concreta masa de agua tanto su estado ecológico (expresión de la calidad ecológica) como su estado químico (determinado por la concentración de contaminantes) son, al menos, buenos. El estado ecológico, noción fundamental en la Directiva, es una expresión que alude a la calidad de las aguas según sea la estructura y funcionamiento de los ecosistemas acuáticos asociados, y deberá determinarse conforme al Anexo V de la Directiva¹⁸⁷. Una norma de alto nivel técnico que requiere para su comprensión tener en cuenta los criterios y la metodología que se establecen para la caracterización de las distintas masas de agua conforme al Anexo II de la Directiva¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Art. 92 bis: “Para conseguir una adecuada protección de las aguas, se deberán alcanzar los siguientes objetivos medioambientales: a) Para las aguas superficiales: a'. Prevenir el deterioro del estado de las masas de agua superficiales. b'. Proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua superficial con el objeto de alcanzar un buen estado de las mismas. c'. Reducir progresivamente la contaminación procedente de sustancias prioritarias y eliminar o suprimir gradualmente los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias”.

¹⁸⁷ Cfr. VAN KELSEN, J. J. H., “Obligaciones de máximo esfuerzo y obligaciones de resultado en el derecho medioambiental de la Unión Europea. Un modelo para abordar la imprecisión de las obligaciones europeas, aplicado al artículo 4 de la Directiva Marco sobre Aguas”, en MENÉNDEZ REXACH, A., (dir.), *Planificación y gestión del agua ante el cambio climático. Experiencias comparadas y el caso de Madrid*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 319-325.

¹⁸⁸ Teniendo en cuenta ambos Anexos, cuyo valor normativo es indiscutible, cabe deducir las siguientes consideraciones sobre el proceso de determinación y evaluación del estado ecológico de una masa de agua: i) el estado ecológico no es una magnitud a determinar con carácter general para todas las aguas superficiales de una demarcación hidrográfica sino que está en función de cada una de las distintas categorías que cabe diferenciar en esta clase de aguas: ríos, lagos, aguas de transición y aguas costeras; y dentro de cada categoría habrá de discriminarse, a su vez, entre diversos tipos de masas de aguas según unos criterios y metodología específica diseñada en el Anexo II de la Directiva; ii) las condiciones o calidad ecológica que pueden presentar las masas de agua así diferenciadas se clasifican en cinco niveles o estados: muy buen estado, buen estado, estado aceptable, y masas de agua deficientes y malas -indicativos de estados inferiores al aceptable-. Tal clasificación responde a una gradación decreciente en la calidad ecológica de las masas de agua, que toma como punto de partida los valores característicos que corresponden al específico tipo de masa de agua superficial de que se trate en condiciones inalteradas, esto es, tal como la naturaleza las ofrece. El muy buen estado de una masa de agua se hace así coincidir con la ausencia de cualquier incidencia humana apreciable sobre la calidad ecológica de las aguas, esto es, en condiciones prístinas, aunque puede variar según el tipo diferenciado o de referencia; iii) para definir los distintos estados ecológicos se señala el valor que deben presentar diversos indicadores que sirven para calibrar el nivel de calidad, tanto desde parámetros estrictamente biológicos, como desde parámetros hidromorfológicos y fisicoquímicos en tanto afectan a los indicadores biológicos; tanto los distintos indicadores que se tienen en cuenta como los valores que representan los distintos estados ecológicos se disponen según las categorías de aguas superficiales. Finalmente

En cualquier caso, y a fin de concretar cuándo una masa de agua presenta un buen estado ecológico, HORGUÉ concluye que una masa de agua presenta un buen estado ecológico cuando muestra un perfil poco distorsionado o desviado de los valores biológicos normalmente asociados con el tipo de masa de agua superficiales de referencia en condiciones inalteradas¹⁸⁹.

Por su parte, en relación a las condiciones o estado de las aguas superficiales desde el punto de vista de la magnitud química, se establecen solo dos alternativas simples: que las masas de agua presenten un buen estado químico o no lo presenten. Las masas de agua superficiales alcanzarán un buen estado químico siempre que las concentraciones de contaminantes no superen los valores umbrales o normas de calidad a que se refiere el Anexo IX y las que puedan dictarse por la Comunidad para las sustancias prioritarias en aplicación del art. 16.7 DMA, así como en virtud de otras normas comunitarias que fijen normas de calidad ambiental¹⁹⁰.

Por último, en relación al objetivo orientado a reducir progresivamente la contaminación procedente de las sustancias prioritarias y eliminar o suprimir gradualmente los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias, debe concretarse en primer lugar que se entienda por sustancias prioritarias. Se definen como aquellas que, por presentar un riesgo significativo para el medio acuático, son objeto de especial atención en la lucha contra la contaminación de aguas superficiales hoy reguladas en el Anexo X de la Directiva. Es deber de las

habrá que valorar la calidad ecológica real de cada masa de agua en su contraste con los parámetros que definen los diversos estados para determinar cuál es el estado ecológico que presenta, teniendo en cuenta que el estado resultante será el que corresponda al peor valor según los distintos indicadores.

¹⁸⁹ HORGUÉ BAENA, C. “Los objetivos medioambientales en el Derecho de Agua”, *RADA*, núm. 10, 2006, p. 74.

¹⁹⁰ El Anexo IX de la DMA establece que los valores límite y los objetivos de calidad establecidos en el marco de las Directivas derivadas de la Directiva 76/464/CEE se considerarán valores límite de emisión y normas de calidad medioambiental a los efectos de la Directiva. Estos objetivos se establecen en las Directivas siguientes: La Directiva relativa a los vertidos de mercurio (82/176/CEE); la Directiva relativa a los vertidos de cadmio (83/513/CEE); la Directiva relativa a los vertidos de hexaclorociclohexano (491/CEE); la directiva relativa a los vertidos de sustancias peligrosas (86/280/CEE). Asimismo, el art. 16.7 DMA encomienda a la Comunidad la elaboración de normas de calidad ambiental aplicables a las concentraciones en las aguas superficiales, los sedimentos o la biota de las sustancias que se identifiquen como prioritarias.

instancias comunitarias identificar estas sustancias junto con aquellas otras que además sean peligrosas¹⁹¹.

En relación con las aguas subterráneas y los objetivos ambientales el art. 92.1.b) del TRLA fija los siguientes: evitar el deterioro del estado de todas las masas de agua subterráneas; proteger, mejorar y regenerar tales masas de agua y garantizar el equilibrio entre la extracción y la recarga a fin de conseguir el buen estado de las aguas subterráneas; evitar o eliminar la entrada de contaminantes e invertir las tendencias significativas y sostenidas en el aumento de la concentración de cualquier contaminante derivada de la actividad humana con el fin de reducir progresivamente la contaminación de las aguas subterráneas¹⁹². Respeto a los dos primeros objetivos señalar que, el buen estado de las aguas subterráneas tiene lugar cuando tanto su estado cuantitativo (expresión del grado en que afectan a una masa de agua subterránea las extracciones directas e indirectas) como su estado químico (entendido como la concentración de contaminantes) son, al menos, buenos. A los efectos de definir tales condiciones, el Anexo V de la DMA únicamente establece como parámetros o indicadores determinantes del estado de las aguas subterráneas el régimen del nivel de éstas para calibrar el estado cuantitativo y la conductividad y la concentración de contaminantes para enjuiciar el estado químico¹⁹³. Con todo, en palabras de HORGUÉ, “resulta patente que en las aguas subterráneas la cantidad es

¹⁹¹ La primera lista de sustancias prioritarias fue aprobada por Decisión núm. 2455/2001/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2001, y ha pasado a integrar el Anexo X de la DMA.

¹⁹² Art. 92.1.b) bis TRLA: “Para conseguir una adecuada protección de las aguas, se deberán alcanzar los siguientes objetivos medioambientales: Para las aguas subterráneas: a'. Evitar o limitar la entrada de contaminantes en las aguas subterráneas y evitar el deterioro del estado de todas las masas de agua subterránea. b'. Proteger, mejorar y regenerar las masas de agua subterránea y garantizar el equilibrio entre la extracción y la recarga a fin de conseguir el buen estado de las aguas subterráneas. c'. Invertir las tendencias significativas y sostenidas en el aumento de la concentración de cualquier contaminante derivada de la actividad humana con el fin de reducir progresivamente la contaminación de las aguas subterráneas”.

¹⁹³ En concreto, en el Anexo V se define el buen estado cuantitativo en los siguientes términos: “El nivel piezométrico de la masa de agua subterránea es tal que la tasa media anual de extracción a largo plazo no rebasa los recursos disponibles de aguas subterráneas. Por tanto, el nivel piezométrico no está sujeto a alteraciones antropogénicas que puedan tener como consecuencia: no alcanzar los objetivos de calidad medioambiental especificados en el artículo 4 para las aguas superficiales asociadas; cualquier empeoramiento del estado de tales aguas; cualquier perjuicio significativo a ecosistemas terrestres asociados que dependan directamente de la masa de agua subterránea; ni a alteraciones de la dirección del flujo temporales, o continuas en un área limitada, causadas por cambios en el nivel, pero no provoquen salinización u otras intrusiones, y no indiquen una tendencia continua y clara de la dirección del flujo inducida antropogénicamente que pueda dar lugar a tales intrusiones”.

condicionante de la calidad, de ahí el especial hincapié en anudar el buen estado a las exigencias de lograr un equilibrio entre extracción y recarga. Y aunque ello produce cierta indeterminación, asociar los términos que definen el estado de las aguas subterráneas con las condiciones de calidad de las aguas superficiales asociadas es subrayar una realidad natural, cual es la unidad del ciclo hidrológico¹⁹⁴.

Por último, el apartado b del art.92.1 *bis* TRLA señala otro objetivo como es la eliminación de entrada de contaminantes. Se busca invertir las tendencias en el aumento de la concentración de cualquier contaminante derivada de la actividad humana, objetivo para el que la Comunidad, o en su defecto los Estados miembros, deben adoptar medidas y criterios específicos para valorar el buen estado químico de las aguas subterráneas, para medir el aumento de la contaminación y para la definición del punto de partida para la inversión de esta tendencia¹⁹⁵.

Respecto a las zonas protegidas, –aquellas que hayan sido declaradas objeto de protección especial en virtud de norma específica sobre protección de aguas, superficiales o subterráneas, o sobre conservación de hábitats y especies directamente dependientes del agua– la norma prevé su identificación en cada demarcación hidrográfica debiendo quedar inventariadas en un registro (arts. 6 DMA y 99 *bis* TRLA)¹⁹⁶. La norma comunitaria incluye entre las zonas protegidas las siguientes: i)

¹⁹⁴ HORGUÉ BAENA, C. “Los objetivos medioambientales ...cit., p. 77.

¹⁹⁵ Tal encomienda ha tomado cuerpo en la propuesta de la Comisión de la Directiva derivada para la protección de las aguas subterráneas de la contaminación (COM (2003) 550, de 19 de septiembre), hoy Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro; se pretende proporcionar la necesaria continuidad con el régimen de protección de la Directiva 80/68/CEE, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas, después de su derogación, además de establecer un vínculo con la lista de contaminantes recogida en el Anexo VIII de la Directiva Marco

¹⁹⁶ *Vid.* LÓPEZ PRECIOSO, B., “La Directiva Marco de Aguas y la protección de los Recursos Naturales”, en PÉREZ PÉREZ, E. (coord.), *Aplicación de la Directiva ...*, cit., pp. 127-151. El art. 6 DMA hace referencia al registro de zonas protegidas y señala que debe establecerse uno o más registros de todas las zonas incluidas en cada demarcación hidrográfica que hayan sido declaradas objeto de una protección especial en virtud de una norma comunitaria específica relativa a la protección de sus aguas superficiales o subterráneas o a la conservación de los hábitats y las especies que dependen directamente del agua. El plan hidrológico comprenderá un resumen del registro de zonas protegidas que incluirá mapas indicativos de la ubicación de cada zona, información ambiental y estado de conservación, en su caso, y una descripción de la legislación comunitaria, nacional o local con arreglo a la cual haya sido designada.

Este registro comprende las siguientes zonas protegidas: i) Zonas de captación de agua para abastecimiento: serán zonas protegidas aquellas zonas en las que se realiza una captación de agua destinada a consumo humano, siempre que proporcione un volumen

todas las masas de agua, actuales y futuras, utilizadas para la captación de agua destinada a consumo humano siempre que proporcione un volumen medio de 10 metros cúbicos diarios o abastezca a cincuenta personas y sus perímetros de protección, así como las previstas en el plan hidrológico para este fin; ii) zonas designadas para la protección de especies acuáticas significativas desde un punto de vista económico, iii) las masas de agua declaradas de uso recreativo, incluidas las zonas declaradas aguas de baño en el marco de la Directiva 76/160/CEE; iv) las zonas sensibles en lo que a nutrientes respecta, incluidas las zonas declaradas vulnerables a la contaminación por nitratos en virtud de la Directiva 91/676/CEE y las zonas declaradas sensibles a la recepción de aguas residuales urbanas en el marco de la Directiva 91/271/CEE, y v) las zonas designadas para la protección de hábitats o especies cuando el mantenimiento o la mejora del estado de las aguas constituyen un factor importante de su protección, incluidos los puntos Natura 2000 pertinentes designados en el marco de la Directiva 92/43/CEE y la Directiva 79/409/CEE. El Resumen del registro requerido como parte del plan hidrológico de cuenca deberá incluir mapas indicativos de la ubicación de cada zona protegida y una descripción de la legislación comunitaria, nacional o local con arreglo a la cual han sido designada. Para las zonas protegidas los objetivos ambientales se cifran precisamente en las exigencias de las normas de protección que resulten aplicables en cada una de ellas así como los objetivos ambientales particulares que en dichas normas se dispongan¹⁹⁷.

medio de al menos 10 metros cúbicos diarios o abastezca a más de cincuenta personas, así como, en su caso, los perímetros de protección delimitados. También serán zonas protegidas aquellas zonas que se vayan a destinar en un futuro a la captación de aguas para consumo humano y que hayan sido identificadas como tales en el plan hidrológico; ii) Zonas de protección de especies acuáticas económicamente significativas; iii) Masas de agua declaradas de uso recreativo, incluidas las zonas declaradas aguas de baño; iv) Zonas vulnerables: en aplicación de las normas sobre protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos procedentes de fuentes agrarias; v) Zonas sensibles: que hayan sido declaradas sensibles en aplicación de las normas sobre tratamiento de las aguas residuales urbanas; vi) Zonas de protección de hábitats o especies; vii) Perímetros de protección de aguas minerales y termales aprobados de acuerdo con su legislación específica; viii) Masas de agua superficial identificadas como reservas naturales fluviales de acuerdo con el plan hidrológico; ix) Protección especial: zonas, cuencas o tramos de cuencas, acuíferos o masas de agua declarados de protección especial y recogidos en el plan hidrológico; x) Humedales de importancia internacional (Convenio de Ramsar) y zonas húmedas incluidas en el Inventario Nacional de Zonas Húmedas.

¹⁹⁷ Art. 92 bis 1 C) TRLA: “Para conseguir una adecuada protección de las aguas, se deberán alcanzar los siguientes objetivos medioambientales, para zonas protegidas: Cumplir las exigencias de las normas de protección que resulten aplicables en una zona y alcanzar los objetivos ambientales particulares que en ellas se determinen”.

Por último, resta analizar los objetivos respecto a las masas de agua artificiales y masas de agua muy modificadas. Las masas de aguas artificiales serán las aguas superficiales creadas por el hombre, definiéndose las masas de agua muy modificadas como las aguas superficiales naturales que, como consecuencia de alteraciones físicas producidas por la actividad humana, han experimentado un cambio sustancial en su naturaleza. Los objetivos ambientales fijados en relación con éstas por el TRLA se concretan en proteger y mejorar las mismas para lograr un buen potencial ecológico y un buen estado químico¹⁹⁸. Según el Anexo V de la Directiva, para estas masas de agua los indicadores de calidad que deben adoptarse para la clasificación de su estado serán los que resulten aplicables a la masa de agua superficial que más se parezca a la artificial o muy modificada de que se trate. Y en función de estos indicadores, y desde la vertiente ecológica, el estado de estas masas de agua vendrá dado no por su estado sino por su potencial: que podrá ser óptimo, bueno, aceptable, deficiente y malo. Estos potenciales reflejan, la cercanía a los valores ecológicos correspondientes al tipo de masa superficial comparable. De este modo, a la luz de la definición que de “buen potencial ecológico” se recoge en la DMA¹⁹⁹, puede afirmarse, como lo hace HORGUÉ que, “las condiciones ecológicas de la masa de agua no se alejan considerablemente de las que corresponderían al tipo de masa natural asimilada, por lo que, como señala, desde la perspectiva de su valor ecológico, las exigencias ambientales para las masas de agua artificiales y las muy modificadas son menores que las establecidas para las demás masas de aguas superficiales”²⁰⁰.

V. EL NUEVO DERECHO DE AGUAS ARGENTINO COMO CONSECUENCIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. LA PREVALENCIA DE LA CONCEPCIÓN DOMINICAL DEL RECURSO

¹⁹⁸ Art. 92 *bis* 1 d) TRLA: “Para conseguir una adecuada protección de las aguas, se deberán alcanzar los siguientes objetivos medioambientales Para las masas de agua artificiales y masas de agua muy modificadas: Proteger y mejorar las masas de agua artificiales y muy modificadas para lograr un buen potencial ecológico y un buen estado químico de las aguas superficiales.

¹⁹⁹ Art. 2.23 DMA: “*buen potencial ecológico: el estado de una masa de agua muy modificada o artificial, que se clasifica como tal con arreglo a las disposiciones pertinentes del anexo V*”.

²⁰⁰ HORGUÉ BAENA, C. “Los objetivos medioambientales ...”, cit., p. 76.

1. Del Dominio Público Hidráulico argentino y sus elementos

Las aguas de dominio público en Derecho argentino son aquellas que perteneciendo al Estado donde se ubican (art. 2339 CC)²⁰¹ quedan destinadas al uso público, en función de la utilidad pública o comodidad común que ellas presenten. Las mismas presentan los caracteres de inalienabilidad (arts. 953, 2336, 2604 CC) e imprescriptibilidad (arts. 2400, 3951, 3952 y 4019 CC) propios de los bienes de dominio público.

Así, y entendiendo despejada *a priori* la cuestión en torno a la competencia para delimitar los elementos que componen el dominio público, será en el art. 2340 CC donde hallamos la delimitación de los elementos integran el mismo²⁰². Así, el referido art. concreta que:

“Quedan comprendidos entre los bienes públicos: 1° Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua; 2° Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros; 3° Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales 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 la reglamentación; 4° Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias; 5° Los lagos navegables y sus lechos; 6° Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares; 7° Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; 8° Los documentos oficiales de

²⁰¹ Art. 2.339 CC: “Las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación, o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional; o son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares”.

²⁰² SPOTA, se refiere al art. 2340 del Código Civil como “la piedra angular de todo el derecho de aguas”. SPOTA, A., *Tratado de derecho de aguas*, T. 1, cit. p. 26.

los poderes del Estado; 9° Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico”.

Como señala MARTÍN, para VÉLEZ SÁRSFIELD, como para la doctrina mayoritaria, todas las aguas que corren por cauces naturales son públicas, pues así lo quiso el codificador que se apartó del CC francés adhiriéndose a la tradición hispánica²⁰³.

En todo caso no podemos dejar de hacer referencia a las modificaciones que el tenor literal del art. 2340 CC sufre en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (NCCCN)²⁰⁴. Redactado por la Comisión de reformas designada por Decreto

²⁰³ MARTÍN, L., *Derecho de aguas...*, cit. p. 73; GOLDENRBEG, I. H., “El régimen jurídico de las aguas como bienes públicos”, *ED*, T. D, 1990, p. 875.

²⁰⁴ El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (NCCCN), impulsado por el Poder Ejecutivo y presentado al Congreso de la Nación el pasado 7 de junio de 2012, fue aprobado en el Senado –a Libro cerrado con 39 votos a favor y el voto en contra de PÉREZ ALSINA–, y sancionado el pasado mes de octubre de 2014, quedando prevista su entrada en vigor para el año 2016. El NCCCN contiene 2.671 artículos reemplazará a los más de 4.000 preceptos del CC vigente y los 506 artículos del Código Comercial. El NCCCN fue redactado por la Comisión de reformas creada al efecto por Decreto Nacional 191/2011, de 23 de febrero, por el que se crea la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, (BO de 28 de febrero de 2011). La misma quedó integrada por LORENZETTI, R. L., como Presidente, HIGHTON DE NOLASCO, E., y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., lo cuales disponían de un año desde la constitución de la Comisión para elevar el proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y el Código de Comercio de la Nación (art. 4 del Decreto 191/2011). Para el cumplimiento de su cometido, la Comisión contó con el apoyo técnico y administrativo de la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa dependiente de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La iniciativa se inspira en la constitucionalización del derecho privado estableciendo una comunidad de principios entre la CN, el derecho público y el derecho privado. Como señala el propio LORENZETTI, “la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”. LORENZETTI, R. L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de código civil y comercial de la nación”, Código Civil y Comercial de la Nación sitio de consulta y debate sobre el proyecto elaborado por la Comisión presidida por LORENZETTI, R. L., disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com>, (fecha de última consulta, 16 de junio de 2014); *Cfr.* DEL RÍO, M., / SANAHUJA, J. C., “El Código Civil: el debate en el Senado”, *Notividad*, Año XIII, núm. 908, 2013, disponible en: <http://www.notivida.com.ar>, Sección de boletines, (fecha de última consulta, 15 de junio de 2014).

191/2011, que pasa a regular en el Título III, Capítulo I, Sección 2ª, art. 235 los bienes pertenecientes al dominio público especificando que,

“son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b) las bahías, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales; c) los ríos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos navegables y toda otra agua que tenga o adquiriera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija la crecida media ordinaria en su estado normal. El lago es el agua, sus playas y su lecho delimitado de la misma manera que los ríos; d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de ríos, o en los lagos navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; f) los documentos oficiales del Estado; g) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos”.

El NCCCN, que pese a no haber entrado en vigor ya ha comenzado a ser traído a colación por la jurisprudencia²⁰⁵, introduce un nuevo paradigma ambiental en materia

²⁰⁵ Citamos a continuación fallos recientes de los más variados Juzgados que recurren en su fundamentación al NCCCN: Sentencia de la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, de 31 de marzo de 2014, dictada en la causa “D. A. F. c/ Z. F. A. por separación de bienes” en cuyo FJ 4º mantiene que, “el proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial en su art. 465 que, al igual que el actual art. 1272 del C.C., enumera qué bienes son gananciales y, mejorando a éste, dispone: ‘a) los creados, adquiridos a título oneroso o “comenzados a poseer” durante la comunidad...’, con lo cual se incluye a la posesión, a partir del nacimiento de la comunidad, como “causa” de incorporación de la cosa poseída, a la comunidad ganancial.”; Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Contencioso Administrativo de Segunda Nominación de Río Cuarto (Córdoba), de 14 de agosto de 2013, dictada en la causa “O. I.

de bienes evidenciando lo desactualizado del Código decimonónico al señalar que, “finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público pero la Constitución y la ley ambiental los considera colectivos, y no solamente propiedad del Estado”²⁰⁶.

Nos centramos a continuación en el análisis de los elementos que integran el objeto del presente estudio, las aguas continentales terrestres, dejando de lado los mares territoriales, los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros o las playas del mar que, sujetos a su propio régimen, quedan determinados a otras competencias²⁰⁷.

D. c/ F. A. A. como representante del menor A. O. F. – Acciones de filiación – Contencioso – Cuerpo de Copias”; Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Primera, de 22 de noviembre de 2013, dictada en “P. P. A. en J: 1885-09-4F/711/10 N.N. Recién nacida p/Medida de Protección de Derechos S/INC.CAS.”; Sentencia de la Cámara de Familia de 2ª Nominación de Córdoba, de 15 de febrero de 2013, en la causa “G., C. R. – Adopción plena.”

²⁰⁶ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, *La Ley*, Buenos Aires, 2012, presentación, p. VI. Si bien, debe tenerse en cuenta que el NCCCN continúa la tradición del CC vigente de regular los bienes del dominio público, en la consideración analizada de que el régimen de las cosas es materia civil. Y ello en contra del determinado sector doctrinal que, como veremos, considera las cuestiones del dominio público exceden la materia civil y pertenecen al derecho público, por lo que deben ser reguladas constitucionalmente –lo que no ha ocurrido– o en su defecto por el derecho público local (art. 121 CN).

²⁰⁷ De acuerdo con la distinción entre dominio público hidráulico y dominio público marítimo terrestre en el ordenamiento jurídico español, los mares territoriales, los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros o las playas del mar señalados en el art. 2340 CC como elementos del dominio público, quedarían integrados como elementos del dominio público marítimo terrestre y por tanto fuera del objeto de este estudio. Cfr. Art. 2 de Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral por la que se modifica el art. 3 y de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, por el que se concreta que, “*son bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución: 1. La ribera del mar y de las rías, que incluye: a) La zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos, de acuerdo con los criterios técnicos que se establezcan reglamentariamente, o cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas. Se consideran incluidas en esta zona las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, las partes de los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar. No obstante, no pasarán a formar parte del dominio público marítimo-terrestre aquellos terrenos que sean inundados artificial y controladamente, como consecuencia de obras o instalaciones realizadas al efecto, siempre que antes de la inundación no fueran de dominio público. b) Las playas o zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, estas últimas se incluirán hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa. 2. El mar territorial y las aguas interiores, con su lecho y subsuelo, definidos y regulados por su legislación específica. 3. Los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, definidos y regulados por su legislación específica*”.

1.1. Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales

El CC recurre a una disposición genérica que engloba las aguas terrestres superficiales corrientes y sus cauces, sin distinguir los cursos naturales de agua por criterios de magnitud o navegabilidad. De este modo, quedaría integrados en esta categoría de aguas públicas los ríos, arroyos torrentes y ventisqueros²⁰⁸.

Mención especial merecen las aguas subálveas que definidas por TORCHIA como “aquellos cursos de aguas subterráneos que corren paralelamente a un curso de agua superficial y que se forman a raíz de las filtraciones de este último”²⁰⁹, se someten a la discusión doctrinal sobre su integración en el dominio público como aguas superficiales o subterráneas. En este sentido, MARIENHOFF advierte que mientras “Giannini, citado por Gilardoni, considera que la aguas subálveas siguen la condición

Estos elementos quedarían sujetos a su legislación especial integrada entre otras por la Ley 23.968 de Espacios Marítimos Argentinos, (BO núm. 27278, de 5 de diciembre de 1991); Ley 17.094, de 29 de diciembre de 1966, de Espacios Marítimos, (BO de 10 de enero de 1967); Ley 24.922, Régimen Federal de Pesca, (BO núm. 28812, de 12 de enero de 1998), por la que se derogan la Ley 20.136 de Explotación de recursos pesqueros. Embarcaciones de bandera argentina, de 5 de febrero de 1973, (B.O. núm. 22.608, de 15 de febrero de 1973), la Ley 17.500, de Pesca, de 25 de octubre de 1967, (BO núm. 21304, de 31 de octubre de 1967), y la Ley 18.502, de la jurisdicción provincial del mar territorial argentino, de 24 de diciembre de 1969, (BO, de 7 de enero de 1970), entre otras. *Cfr.* GÓNZALEZ DEL SOLAR, N., “Las clases de agua y su regulación: Las aguas marítimas”, en MATHUS ESCORIHUELA, M. (Dir.), *Derecho y administración...*, cit., pp. 149-174.

²⁰⁸ *Cfr.* MATHUS ESCORIHUELA, M., “Las clases de agua y...”, cit., p. 83. En este sentido MARIENHOFF, incluye en esta categoría los ríos, arroyos y torrentes, haciendo especial referencia a los ventisqueros, *vid.* MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., pp. 300-301. En igual sentido, LLERENA, B., *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, T. IV, Casavalle, Buenos Aires, 1889, p. 20 y ss; LLAMBIAS, J. J. / ALTERINI, J. H., *Código Civil Anotado*, T. IV-A, art. 2340, inc. 3°, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981. Asimismo, a nivel jurisprudencial destaca el pronunciamiento de la Cámara Civil 1ª de la Capital, sentencia de 23 de diciembre de 1941 dictada en la causa “Obras Sanitarias de la Nación c. Sierburger Hnos.”, en la que se reconoce que, “las corrientes de aguas que corren por cauces naturales, mencionadas en el art. 2340, inc. 3° del Código Civil, pertenecen al dominio público, sin distinción de ninguna especie entre ríos, arroyos y torrentes”.

²⁰⁹ TORCHIA, N., “Las clases de agua y su regulación: régimen legal de las aguas subterráneas”, en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir), *Derecho y administración...*, cit., p. 108. En un sentido similar, MARIENHOFF, las define como “aquellas que corren por debajo del lecho de ciertos ríos o arroyos, en forma más o menos paralela con la corriente de éstos, con los cuales pueden tener una mayor o menor relación de dependencia”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 626; Por su parte, LÓPEZ, concreta que se trata de aquellas “que se infiltran y siguen corriendo en lechos subterráneos para volver a aflorar, se consideran aguas fluviales”. LÓPEZ, J., “El derecho de...”, cit., p. 35.

jurídica del río o arroyo respectivos, vale decir las considera aguas exteriores”²¹⁰, – criterio que a su vez compartirían LÓPEZ, PACELLI y SPOTA²¹¹, él no avala este criterio, manifestando que, “por el contrario, considero que, desde el punto de vista legal, las aguas subálveas son aguas subterráneas”²¹². Sin embargo, pese a la aparente contundencia de MARIENHOFF, el propio autor parece introducir una excepción coincidente con las consideraciones de SPOTA, al reconocer que “la circunstancia de que en parte o partes el río corra en un lecho subterráneo no debe alterar la condición legal ordinaria del río, porque la naturaleza de este no cambia ante el solo hecho de que en parte de su curso corra subterráneamente. (...) pero ello solo será así en tanto se comprueba fehacientemente que entre las secciones exteriores y las subterráneas del respectivo curso de agua, existe una unión y dependencia indubitables, una continuidad tal que permita considerarlas una sola y misma unidad física del agua”²¹³. Es decir, podríamos considerar que las aguas subálveas tendrían la condición de superficiales siempre que esta parte del río aparezca nuevamente y se pueda determinar su individualidad (circunstancia que se logra a través de la fluorescina).

1. 1. 1. Ríos

Siguiendo la definición de MARIENHOFF, debe entenderse por río “todo curso natural de agua, más o menos considerable, de caudal perenne”²¹⁴. Esta definición aglutina todos los elementos que caracterizan un río como tal: su carácter natural que lo diferencia de los canales que son obras artificiales; ser más o menos considerable, lo que lo distingue del arroyo; y la condición de perennidad que lo diferencia del torrente cuyo cauce esta habitualmente vacío²¹⁵. Como refiere el autor, “el curso de agua que

²¹⁰ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 626.

²¹¹ SPOTA, A., *Tratado de Derecho de Aguas*, T.II, cit. p.140; LÓPEZ, J., “El derecho de...”, cit., p. 33.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 313.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 290.

²¹⁵ Sobre la condición de perennidad, MATHUS ESCORIHUELA, señala que esta “resulta ser esencial toda vez que la existencia de agua en el curso debe ser constante o continua durante la mayor parte del año. Es decir, no debe equipararse el concepto de perennidad con el de continuidad. Se entenderá que el caudal es perenne cuando la mayor parte del año ese caudal exista aunque se den épocas en las que el mismo disminuya sensiblemente o incluso desaparezca por causas accidentales. MATHUS ESCORIHUELA, M.,

no reúna todas las condiciones contenidas en la definición que precede técnicamente no será un río, si no un curso de agua de otra especie”²¹⁶.

Como señalábamos, no cabe apreciar aquí distinción alguna entre ríos navegables o no navegables, o entre ríos provinciales o interprovinciales. En la actualidad no existen dudas respecto a que el dominio de los ríos, tanto de las aguas como de su cauce, sea navegable o no, provincial o interprovincial, pertenece a las provincias²¹⁷. Como será analizado en el capítulo correspondiente, la navegabilidad y la interprovincialidad de los ríos tiene consecuencias en relación a la jurisdicción pero no respecto al dominio. En todo caso, esta cuestión será analizada *infra*, profundizando con mayor detalle en la conflictividad histórica entre el Estado nacional y las provincias en relación a la regulación y gestión de los ríos provinciales e interprovinciales. Como veremos, existe una evolución en la línea argumental que traslada la problemática competencial, esto es el fortalecimiento de la Nación o de las provincias, desde el dominio a la jurisdicción, y de ambos, a las cuestiones ambientales renovándose la discusión a medida en que se ha ido innovando en las líneas argumentales.

1. 1. 2. Arroyos

Según MARIENHOOF, “el arroyo es un curso de agua que se diferencia del río únicamente en la magnitud, la que en todo orden de ideas es menor en el arroyo”²¹⁸. La calificación de un curso de agua como río o arroyo no es facultativa pues responde

“Las clases de agua y su regulación” en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración...*, cit. p. 87.

²¹⁶ MARIENHOOF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 313.

²¹⁷ Debe ponerse de manifiesto que si bien hoy no se trata esta de una cuestión controvertida, al menos en lo que se refiere al dominio, si hubo un tiempo en el que la doctrina se encontró dividida. EL dominio de los ríos navegables fue profundamente analizado en el Senado de la Nación con ocasión de la construcción del puerto de Buenos Aires (1869). En esta ocasión, se enfrentaron dos tesis contrapuestas, la centralista, representada por VÉLEZ SÁRSFIELD quien defendió la tesis del dominio nacional sobre los ríos navegables fundamentada en la preexistencia de la Nación a las provincias, y la tesis federal, que defendida por MITRE basada en la preexistencia de las provincias a las Constitución Nacional. La CSJN convalidó la tesis federal en dos fallos de 1909 en los que el Alto Tribunal reconocería el dominio provincial de los ríos, incluso de los navegables. *Cfr.* CSJN “Gob. Nac. y Soc. del Pto. de Rosario v. Prov. De Sta. Fe”, Fallos 111:181 y “Soc. del Pto. de Rosario v. Emp. Muelle y Dep. de Comas”, Fallos 11:197.

²¹⁸ MARIENHOOF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 292.

a dos conceptos distintos y depende de fenómenos geográficos que realmente reúnan las características correspondientes. En el derecho argentino de aguas, la condición legal de ambos, ríos y arroyo, es la misma, formando parte del dominio público, distinguiendo el Código Civil ambas figuras en los art. 2574 y 2583 CC²¹⁹.

1. 1. 3. Torrentes

El torrente es un curso de agua cuya característica esencial consiste en la intermitencia de su caudal²²⁰. Por tanto, la principal diferencia respecto de un río o un arroyo vendrá de la carencia de perennidad.

Los torrentes encuentran su origen en las grandes lluvias o en la repentina licuación de las nieves, hecho que determina que salvo en estas ocasiones su caudal se halle seco. Desde el punto de vista jurídico los torrentes forman parte del dominio público dentro de la referencia del art. 2340CC a “todas las aguas que corren por cauces naturales”.

1. 1. 4. Ventisqueros

Señala MARIENHOFF que “un ventisquero no es otra cosa que un río o un arroyo cuyas aguas se presentan congeladas en forma característica; esa masa de hielo está en constante renovación como lo atestigua su lentísimo deslizamiento”²²¹.

En relación a estos, y siguiendo el criterio de una consolidada doctrina, podemos entender que, salvo el estado de vapor, el cambio físico del agua, en este caso a

²¹⁹ Art. 2.574 CC: “El derecho de aluvión no corresponde sino a los propietarios de tierras que tienen por límite la corriente del agua de los ríos o arroyos; pero no corresponde a los ribereños de un río canalizado y cuyas márgenes son formadas por diques artificiales”. Art. 2.583: “Cuando un río o un arroyo lleva por una fuerza súbita alguna cosa susceptible de adherencia natural, como tierra, arena o plantas, y las une, sea por adjunción, sea por superposición, a un campo inferior, o a un fundo situado en la ribera opuesta, el dueño de ella conserva su dominio para el sólo efecto de llevarse la”.

²²⁰ MATHUS ESCORIHUELA, M., “Las clases de agua y ...”, cit., p. 87.

²²¹ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 302. En este sentido, señalamos la definición de glaciar contemplada en el art. 2 de la Ley 26.639 de Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, (BO de 28 de octubre de 2010), según el cual, “se entiende por glaciar toda masa de hielo perenne estable o que fluye lentamente, con o sin agua intersticial, formado por la recristalización de nieve, ubicado en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación. Son parte constituyente de cada glaciar el material detrítico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua”.

congelación, no modifica la condición jurídica de la misma, de forma que los glaciares o ventisqueros quedan integrados dentro del dominio público en condición de aguas que corren por cauces naturales. Como pone de manifiesto SPOTA, no es posible olvidar que el nevero es, con frecuencia, el origen de un curso de agua en estado líquido y contribuye al mayor caudal de este²²². Asimismo, MARIENHOFF mantiene que “el estado físico en el que se presenta el agua de los ventisqueros, en nada altera su condición jurídica de cursos de agua, tan mas si se tiene en cuenta que el glaciar no es una masa de agua inmóvil e inmutable, sino, por el contrario, una masa que se renueva y desliza lentamente”²²³.

1. 1. 5. Elementos comunes a los cursos de agua: especial referencia a las riberas internas de los ríos art. 2340, inc. 4º

Aun cuando el CC habla mayoritariamente de ríos, entendemos por una interpretación analógica que lo aquí expuesto puede ser extendido a todos los cuerpos de agua de los que nos ocupamos, presente el brocardo “*eadem ratio ídem ius*”²²⁴. Tradicionalmente se ha entendido que todos estos cursos de agua comparten dos elementos esenciales en su constitución: el agua y el lecho. Ambos integran el concepto de curso de agua considerado como una unidad legal y natural²²⁵. Como señala MARIENHOFF, y confirma la CSJN, esta concepción de unidad permitiría entender que el concepto genérico de río comprende las playas como parte del lecho²²⁶. De este modo, la ribera se entendería como un elemento del propio lecho sin que cupiese ser diferenciada como un componente individualizado del curso de agua²²⁷. Sin embargo, autores como MAZZA²²⁸ o VITALE²²⁹ han entendido que entre

²²² SPOTA, A., *Tratado de Derecho de Aguas*, T. II, cit., p. 139.

²²³ *Ibidem*, p. 301.

²²⁴ De acuerdo con el principio sentado en el art. 16 CC “*si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”. Los límites de todos los cuerpos de agua deben entonces establecerse por analogía con los de los mares, ríos y canales navegables.

²²⁵ LAURENT, F., *Principes De Droit Civil*, T.VI, co-publicado por Bruylant (Bruselas) y Pédone (Paris), Bruxelles-Paris, 1878, p. 15.

²²⁶ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 298. con referencia a la jurisprudencia de la CSJN en Fallos de la suprema Corte Nacional, T. 111, pp. 192 -259.

²²⁷ Tal y como lo entiende MARIENHOFF, “según cual sea su naturaleza o estructura física, las riberas reciben el nombre de costas o de playas. El término playa se reserva para las riberas muy planas, casi horizontales, que generalmente quedan en descubierto a raíz de

los elementos constitutivos de los cursos de agua debe incluirse a las denominadas riberas, siendo este el criterio que parece haber seguido el art. 235 NCCCN que distingue, junto con el agua y el lecho, las playas como elementos independiente señalando que “*se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre*”.

Así pues, identificamos como primer elemento constitutivo de los cursos de agua el agua corriente²³⁰, esto es, la sustancia líquida considerada con independencia del terreno sobre el que discurre²³¹. En segundo lugar, se diferencia el lecho, también conocido como cauce o álveo, definido como el conjunto formado por el fondo, su subsuelo inmediato, los bancos y los accidentes del relieve –tales como barrancas y albardones –del río, incluidas las playas hasta la línea de ribera, excluidas las islas²³². Esto es, la superficie de la tierra que las aguas ocupan habitualmente²³³. El lecho queda compuesto a su vez por el piso y por las riberas. El piso es la superficie por la que el agua corre, siendo la ribera los costados del lecho entre los cuales corre el agua,

las bajantes del curso de agua; el término costa se reserva para la ribera de tipo vertical o decididamente oblicuo. De modo que ribera es un término genérico, mientras que costa y playa son términos específicos. Los vocablos riberas, costas y playas denotan, pues, matices de una misma idea. Hay ríos que no tienen costas sino únicamente playas, y a la inversa los hay que tienen costas y no tienen playas; pero también hay ríos que tienen una y otra cosa en cuyo caso podría decirse que la playa representa la llamada ribera de desgaste”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, Tomo VI, Régimen y legislación...cit., p. 307. En el mismo sentido, BIBILONI, mantiene que “la playa es una manera de designar a cierta parte de la ribera”. BIBILONI, J. A., “Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino”, T. 3, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1929-1932, p. 7.

²²⁸ MAZZA, A., *La teorica delle acque pubbliche*, s.n. Roma, 1900, p. 209, citado por MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 298.

²²⁹ VITALE, A., *Il regime delle acque: nel diritto pubblico e privato italiano*, s.n., Milán 1921, p. 68.

²³⁰ Hablamos de agua corriente diferenciándola del propio curso de agua. Se sigue la distinción efectuada en el derecho romano que diferencia *aqua profluens* (agua corriente) por oposición a los cursos de agua *flumina* (río) o *rivo* (arroyo).

²³¹ Aludimos al agua en estado líquido por ser el estado ordinario del elemento, si bien, y como señalábamos respecto a los ventisqueros, su estado sólido no afecta a su condición legal.

²³² Así aparece definido por VILLODAS, A. R. / PINTO, M. / RODRÍGUEZ, F. / MERLO, A., “*Líneas de ribera del cañón del Atuel –Río Atuel*”, en FARIAS, H. D., BREA, J. D. / CAZENEUVE, R. (edits.), *RIOS 2005: Principios y Aplicaciones en Hidráulica de Ríos*. Segundo Simposio Regional sobre Hidráulica de Ríos, Neuquén, Argentina, 2-4 noviembre de 2005, p. 8.

²³³ MATHUS ESCORIHUELA, M., “Las clases de agua y...”, cit., p. 85. En relación al lecho, la Enciclopedia de Ciencias y Tecnologías en Argentina (ECYT-AR), lo define como: “*toda la superficie de terreno encerrada por la línea de ribera, esté o no cubierta por las aguas*”. Disponible en: http://cyt-ar.com.ar/cyt-ar/index.php/Usos_de_las_m%C3%A1rgenes_de_cuerpos_de_agua. (Fecha de última consulta, 25 de junio de 2014).

extendiéndose éstas hasta la línea delimitada por las más altas crecidas ordinarias.

De este modo, entendiendo que el concepto general de río conduce inexorablemente al de cauce, y éste, por definición, al de agua y lecho, comprendiendo este último a las riberas o playas, resulta obvio que si los ríos tienen la condición legal de dominio público todos sus componentes detentan esta misma condición. La lógica de esta premisa básica choca de frente con el tenor literal del art. 2340 CC, cuyo apartado 3º declara que pertenecen al dominio público los ríos y sus cauces, señalando en el apartado 4º que forma parte también del dominio público las riberas internas de los ríos. Se da lugar a lo que MARIENHOOF señala como una reiteración innecesaria merecedora de una pronta reforma. Si bien, pese a lo anterior, el art. 235 NCCCN sigue aludiendo de forma expresa a las playas, agua y lecho, como elementos integrantes del río, referencia que el precitado autor propuso suprimir²³⁴.

Surge en último lugar una cuestión fundamental en relación con los cauces, debiendo hacer hincapié en la diferencia existente entre los conceptos de ribera y margen. Así mientras que la ribera es cada una de las franjas laterales situadas dentro del cauce natural, –por encima del nivel de aguas bajas y hasta las crecidas ordinarias–²³⁵, el margen es el terreno que limita con el cauce y que situado por encima del

²³⁴ MARIENHOOF, señala que “el texto actual del Código al mencionar de forma expresa el cauce y las playas, es redundante ya que el termino genérico río comprende el cauce, incluso sus playas. Las disposiciones del art. 2340 incisos 3º y 4º del Código Civil, que respectivamente hacen mención de los cauces y las playas de los ríos, sin innecesarias, debiendo entonces suprimírselas porque importan un pleonasma jurídico. Estos preceptos solo se justificarían si consagrasen una excepción dentro del principio general, lo que esta lejos de ocurrir, pues, aparte de que nuestro sistema legal no hace distinción alguna entre la propiedad del agua y la del cauce, el principio de la legislación universal es que el cauce siga la condición jurídica del respectivo curso de agua y la excepción que el cauce tenga una condición legal distinta de la del curso de agua a que pertenece”. Así tras expresar los motivos de la crítica, el autor propone modificar la formula utilizada por el Código, manifestando que: “estimo que los incisos 3º y 4º del art. 2340 CC deben modificarse en la siguiente forma, haciéndose entonces, la correspondiente rectificación en el Proyecto de Reformas del Código Civil: a) el inciso 3º debe redactarse así: “ los ríos y las aguas que corren por cauces naturales”; b) el inciso 4º debe suprimirse en su totalidad pues lo que dispone ya está virtualmente dicho en los incisos 1º y 3º del mismo artículo que tratan del mar y de los ríos respectivamente”. Como expusimos *supra*, las críticas efectuadas por MARIENHOOF han tenido acogida en el nuevo Proyecto, salvo por lo que se refiere a su petición de supresión del apartado 4º que si bien desaparece como tal su integración en el apartado c) del art. 235 PCCCN sigue haciendo mención expresa a las playas. MARIENHOOF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 330.

²³⁵ La ribera entendida como cada una de las franjas laterales situadas dentro del cauce natural quedaría delimitada interior y exteriormente. El límite interior, situado encima del nivel de aguas bajas se señala por SPOTA quien sostiene que la ribera “es la franja del alveolo situada entre las aguas bajas y su más alto nivel sin desbordes”, citado por MATHUS ESCORIHUELA, M., “Las clases de agua y ...”, cit., p. 98. Límite que coincide con el señalado por el art. 6 TRLA, y en el mismo sentido, en el art 6 RDPH, cuyo tenor literal

mismo no forma parte del lecho²³⁶. Esto nos conduce a la necesidad de hacer una especial referencia a la delimitación de la línea de ribera, esto es, el límite que divide

dispone que “*se entiende por riberas las fajas laterales de los cauces públicos situadas por encima del nivel de aguas bajas y por márgenes los terrenos que lindan con los cauces*”. El límite exterior quedaría marcado como veíamos por la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal *ex* art. 2577 CC sin perjuicio de tener en cuenta la modificación operada *ex* art. 235, c) NCCCN que sitúa la línea de ribera en la crecida media ordinaria en su estado normal. Asimismo, y siguiendo los términos utilizados por el propio CC, dentro de la ribera se puede distinguir las riberas internas y externas por contraposición. La ribera interna sería la extensión de tierras que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias (art. 2340 CC). Esta, que puede ser playa o costa según sus características topográficas, es la parte del lecho que las aguas dejan al descubierto cuando su nivel es inferior al de las crecidas medias ordinarias. De este modo, las riberas externas serían los márgenes, *Cfr.* Enciclopedia de Ciencias y Tecnologías en Argentina (ECYT-AR), cit., (fecha de última consulta, 25 de junio de 2014).

Por su parte, MARIENHOFF, hace referencia a una posible distinción dentro del concepto general de ribera entre la ribera de desgaste y la ribera adquirente. La primera sería aquella que recibe de forma habitual la fuerza de la corriente, siendo la segunda la zona que si bien no recibe en forma continua la fuerza de la corriente contiene agua cuando llegan a su mas alto estado normal. En cualquier caso ambas quedan integradas en la ribera general como parte del lecho, diferenciadas del margen. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., pp. 306-307.

²³⁶ MARIENHOFF, señala que “es un error muy general llamar ribera a esa zona inmediata y contigua a los ríos que no hace parte de su lecho. Esta zona se llama margen, y en los ríos navegables constituye la franja de treinta y cinco metros instituida para el servicio de la navegación.” MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 308. La versión anterior del inciso quinto del art. 2340 CC, derogado por Ley 17.711, de 26 de abril de 1968, incluía entre los bienes públicos los márgenes de los lagos navegables (los lagos navegables por buques de más de cien toneladas, y también sus márgenes). Si bien, mediante sentencia de 26 de mayo de 1992 la CSJN refirmó el principio de que la ribera no involucra a los márgenes, las cuales no participan del carácter de bien del dominio público y constituyen propiedad privada sobre la que ejercen plenamente sus derechos los propietarios ribereños, dentro del régimen particular que establece el art. 2639 CC, cuyo tenor literal dispone que, “*los propietarios limítrofes con los ríos o con canales que sirven a la comunicación por agua, están obligados a dejar una calle o camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río, o del canal, sin ninguna indemnización. Los propietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna*”. Por su parte, el art. 2640 CC concreta que, “*si el río, o canal atraviesare alguna ciudad o población, se podrá modificar por la respectiva Municipalidad, el ancho de la calle pública, no pudiendo dejarla de menos de quince metros*”. Este espacio se denomina camino de sirga o camino ribereño, tuvo como origen la necesidad de dejar un camino costero que permitiera el remolque desde tierra de las embarcaciones, mediante gruesas sogas llamadas sirgas. Actualmente las embarcaciones son auto-remolcadas por sus motores o remolcadas por otras embarcaciones, por lo cual cabe atribuirle a la restricción el objetivo de preservar la libertad de navegación, incluyendo en ella el atraque temporario o prestación de servicios auxiliares desde la ribera o costa. En cuanto a su naturaleza jurídica, esta ha sido discutida entre la doctrina diferenciándose tres posibilidades: i) que se trate de una lonja de tierra perteneciente al dominio público como se derivaría del art. 2639 CC que habla de camino o calle público; ii) que configura una restricción al dominio de los particulares impuesta por el interés recíproco de los habitantes de los fundos vecinos y el interés público de la comunicación fluvial o terrestre. Resultando esto de la ubicación de la norma en el Título destinado a las restricciones y límites al dominio, u del hecho de que, por constituir una regulación del contenido normal del derecho de propiedad sobre las heredades colindantes con la vía fluvial de comunicación, no se indemniza. *Cfr.* SPOTA, A., *Tratado de Derecho de Aguas*, T. II, cit., p. 626 y ss.; iii) que es una servidumbre administrativa que obliga al propietario a compartir con terceros el uso de la franja que

constituye el camino de ribera, en este sentido ALLENDE, G., *Derecho de aguas con....*, cit., p. 213 y ss.

En este sentido resulta clarificador la jurisprudencia de la Corte Suprema citando por todas, SCSJN, de 4 de Agosto de 2009, Fallos 332:1704, "*Las Mañanitas S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza*", por la que se resuelve la acción declarativa de certeza promovida por Las Mañanitas S.A. en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia del Neuquén, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre generado por la demandada acerca de la existencia, alcance, modalidades, extensión y amplitud del derecho real de dominio que tiene sobre la Fracción A del Lote B-7 que linda con el río Chimehuín, Departamento Huiliches. Así el Alto Tribunal en el Consid. 27 de la referida sentencia señala, "el camino de sirga importa una restricción al dominio privado que se fundamenta en el hecho de que se encuentra regulado en el libro tercero del título VI del Código Civil referente a las restricciones y límites del dominio, lo que de por sí indica la existencia de una propiedad privada. Es así que el codificador en la nota al artículo 2611, primero de ese título, señaló que las figuras que en él trata tienen como único objeto «determinar los límites en los cuales debe restringirse el ejercicio normal del derecho de propiedad, o de conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos». A tal punto es ello así que el propio artículo 2639 del referido código denomina como «propietarios» a los ribereños; a lo que se agrega que si las márgenes de los ríos no perteneciesen al dominio «privado» de los ribereños, carecería de razón de ser la obligación que se les impone de no deteriorar el terreno y de no hacer en él construcción alguna ni reparar las antiguas que existiesen". En línea con lo anterior la CSJN continúa en el Consid. 29 diciendo que, "es por dichas razones que esta Corte ha sostenido que «el artículo 2639 del Código Civil no ha tenido el propósito de establecer en favor de la Nación -en el caso, mutatis mutandi, de la provincia-, el dominio sobre la calle o camino público inmediato a la orilla de los ríos navegables» (Fallos: 23:430; 35:430; 43:403 y 96:86). Aquella disposición sólo importa una restricción a la propiedad".

En todo caso, como se desprende del tenor de los arts. 2639 y 2640 CC el camino de sirga se limita a los cursos de agua navegables, resultando fundamental concretar que se entiende por este concepto. En este sentido, resulta especialmente clarificador el precitado fallo de la CSJN en la causa "*Las Mañanitas S.A. c. Provincia de Neuquén*". Así, en el Consid. 13° de la sentencia de 4 de agosto de 2008, la Corte mantuvo que, "la navegación a la que alude el artículo 2639 del Código Civil se aplica no sólo a los cursos navegables, propiamente dichos, sino también respecto a los flotables, tanto más cuando la ley no hace distinción alguna al respecto. La flotación está incluida en el concepto legal de navegación (es una especie dentro del género); cuando la ley habla de cursos de agua navegables, debe entenderse que también se refiere a los flotables". Agregando en el Consid. 14° que "las condiciones generales que debe reunir la flotación para que un curso de agua se considere flotable legalmente, son análogas a las que deben concurrir en la navegación"; explica sobre estas condiciones que, "cuando la ley de fondo habla de un curso de agua navegable su expresión no debe ser confundida con la navegabilidad de hecho. Ello es así ya que los ríos no navegables legalmente pueden prestarse de hecho a cierta navegación, que más bien debe ser definida como «cuasi navegación», ya que carece de los caracteres necesarios para que el respectivo curso de agua sea considerado legalmente navegable. El concepto legal de la navegabilidad de un curso de agua está subordinado a la índole del tráfico que allí se realice, ya que para serlo debe servir como medio de transporte continuo, para el transporte público de personas y cosas, debe responder a un interés general y a una idea económica del tráfico fluvial organizado. Es por ello que la posibilidad accidental y transitoria de conducir una embarcación por un curso de agua, no lo convierte por ese solo hecho en legalmente navegable". La CSJN deja por lo tanto en claro que el concepto de "servir a la comunicación por agua" debe responder a una continuidad y no a la eventualidad, respondiendo a un interés general e idea económica de organización. Desde el punto de vista doctrinal, como señala MATHUS ESCORIHUELA, "un curso de agua para ser navegable debe reunir los siguientes requisitos: i) circulación en interés general, servir al transporte público de personas o cosas; determinar cuando el tráfico fluvial responde a dicho interés es una cuestión de hecho que deberá resolverse en el caso concreto; ii) debe ser económica, realizada en un sentido comercial; exige que pueda ser realizada aguas arriba y aguas abajo. Resulta evidente que la navegación transversal, por oposición a la longitudinal, es

el dominio público del privado, la que separa la ribera (pública) de la margen (privada)²³⁷. Actualmente, el art. 2.577 CC delimita el lecho o cauce de los ríos situando este límite en la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal, entendidas como decíamos, por las más altas crecidas ordinarias. Esto significa que para determinar el límite del lecho solo se consideran los aumentos de nivel debidos a causas de carácter permanente, crecidas ordinarias, en contraposición a las crecidas que deriven de fenómenos extraordinarios. Hasta hoy, la doctrina mayoritaria ha aceptado que la línea de ribera queda conformada por el *plenissimum flumen*, siendo esta la misma situación que opera en el ordenamiento jurídico español²³⁸. Por tanto, entendemos por línea de ribera “aquella línea posible de definir en el terreno por la cota de nivel a la que llegan las aguas del río durante las crecidas máximas anuales medias”²³⁹.

Sin embargo, pese a lo anterior, se trata este de un tema controvertido por la ambigüedad con que el CC trata su demarcación. Así, mientras que el art. 2340 inc. 3º y 4º mantienen que forman parte del dominio público los ríos y sus riberas, –

inocua para convertir un río en navegable; iii) debe ser naturalmente o tener continuidad, debe ser posible como un hecho natural salvo para lo canales navegables artificiales y además que se reitera sistemáticamente. Así no es navegable un curso de agua que se ha navegado deportivamente o solo en épocas de crecidas. Todo ello responde a la idea de tráfico fluvial organizado; iv) el criterio debe ser amplio y no restrictivo. (...) Asimismo, es aplicable a los supuesto de flotación, es decir la que se realiza sosteniéndose o desliziándose los objetos en la superficie del agua sin desaparecer debajo de esta, por ejemplo lanchones, balsas.. v) tratándose de cursos de agua no navegables, en ejercicio del poder de policía, la Administración podrá imponer restricciones al dominio por razones de salubridad, seguridad pública o en aras al bien general a fin de preservar las aguas o el ambiente”. MATHUS ESCORIHUELA, M., “Las clases de agua y ...”, cit., p. 89.

Expuesto lo anterior debe hacerse mención a la modificación sobre la extensión del camino de sirga prevista en el art. 1.974 NCCCN por el que se prevé que, “*el dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte de agua, debe dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión de su curso en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad*”.

²³⁷ MATHUS ESCORIHUELA, M., “Las clases de agua y ...”, cit., p. 97.

²³⁸ De acuerdo con el art. 4 del RDPH, “*Álveo o cauce natural de una corriente continua o discontinua es el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias (artículo 4 del texto refundido de la Ley de Aguas). La determinación de ese terreno se realizará atendiendo a sus características geomorfológicas, ecológicas y teniendo en cuenta las informaciones hidrológicas, hidráulicas, fotográficas y cartográficas que existan, así como las referencias históricas disponibles. Se considerará como caudal de la máxima crecida ordinaria la media de los máximos caudales anuales, en su régimen natural producidos durante diez años consecutivos, que sean representativos del comportamiento hidráulico de la corriente y que tengan en cuenta el establecido en el apartado 1*”.

²³⁹ VILLODAS, A. R. / PINTO, M. / RODRÍGUEZ, F. / MERLO, A., “*Líneas de ribera...*”, cit., p. 8.

entendiéndose por tales los terrenos que las aguas bañan o desocupan durante las crecidas medias ordinarias, situando la delimitación entre el dominio público y el privado por la línea de las crecidas medias ordinarias–, el art. 2.577 CC sitúa el límite del lecho del río en la línea a la que llegan las más altas aguas en su estado normal²⁴⁰. Como señala MATHUS ESCORIHUELA, “el criterio de las crecidas medias ordinarias, además de chocar con el temperamento del art. 2.577 CC, es una operación complicada, que requiere la previa fijación de líneas extremas. Nos es aconsejable, pues el Derecho debe aceptar siempre la solución más simple, la que importe una mera comprobación directa de los hechos. Esto se logra con el criterio de la línea a que llegan la más altas aguas en su estado normal”²⁴¹.

Si bien, pese a lo señalado en cuanto al consenso doctrinal sobre el criterio del *plenissimum flumen* y la complejidad en orden al uso de las crecidas medias ordinarias, el PCCCN parece decantarse por este último concepto. Así, el art. 1.960 NCCCN, que vendría a sustituir al actual art. 2. 577 CC, bajo la rúbrica “cauce del río” señala que “no constituye aluvión lo depositado por las aguas que se encuentran comprendidas en los límites del cauce del río determinado por la línea a que llega la crecida media ordinaria en su estado normal”. Es decir, los arts. 235 y 1.960 NCCCN coinciden en la delimitación de la línea de ribera como la línea a que llega la crecida media ordinaria en su estado normal, hecho con fuertes consecuencias sustanciales, por lo siguiente: la norma proyectada en los arts. 235 y 1.960 adopta para definir el alcance del cauce del río a la crecida media ordinaria en su estado normal. Como hemos visto, este régimen es coincidente con la redacción del actual art. 2.340 CC, pero contradice el art. 2.577 CC vigente, que establece que el cauce –dentro del cual no hay dominio privado– está dado por “las más altas aguas en su estado normal”. A partir del art.

²⁴⁰ Esta situación contradictoria es reconocida, entre otros, por BUERES y HIGHTON, que al comentar el art. 2340 CC señalan que, “esta línea de ribera o límite externo esta ubicado en el lugar donde finaliza la crecida medida ordinaria (artículo 2340, inciso 4) o la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal (artículo 2577), lo que implica clara contradicción”. BUERES, A. J. / HIGHTON, E., *Código Civil y Normas Complementarias*, tomo 5º, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p.101; En el mismo sentido, LLAMBIAS y ALTERINI señalan que “el nuevo texto introducido por la Ley 17.711 es contradictorio con el del art. 2577, pues aquél extiende las riberas internas de los ríos hasta la línea de «las crecidas medias ordinarias» y el ahora analizado lo hace hasta «la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal». LLAMBIAS, J. J. y ALTERINI, J., *Código Civil...*, cit., p. 366.

²⁴¹ MATHUS ESCORIHUELA, M., “Las clases de agua y...”, cit., p. 97. Y en el mismo sentido, MARIENHOFF, M. S., “La reciente reforma al...”, cit., pp. 259- 260; PUJOL DE ZIZIAS, I., “Un interesante caso de aluvión”, *LLGC*, 2008, p. 862; cita online, La Ley-Thomson Reuters: AR/DOC/1982/2008.

2.577 CC, la doctrina ha elaborado la fundamentación por la cual el cauce de dominio público se extiende a la superficie por la que habitualmente escurre agua con normalidad. Esta distinción es importante ya que el régimen del proyecto excluye del concepto legal de cauce –y del dominio público como título de intervención sobre el mismo– a gran parte de la superficie del cauce natural por el que normalmente escurren aguas. La crecida media ordinaria es un promedio entre la más baja crecida ordinaria y la más alta crecida ordinaria, y con ello, el Estado pierde dominio sobre tal ámbito territorial.

Visto lo anterior, debe concretarse que se entiende por crecida media ordinaria en su estado normal. En este sentido, autores como VALDES y KOZAK han definido el nivel de crecida media ordinaria como el que “corresponde al máximo en condiciones ordinarias, es decir, excluyendo a las inundaciones o circunstancias extraordinarias”²⁴². Esta interpretación coincide con el criterio del *plenissimum flumen* y acogido en los Códigos de Aguas de determinadas provincias²⁴³. Sin embargo, autores como ALLENDE diferencian estos conceptos al señalar este que, “las arenas o fango comprendidos más allá de las crecidas medias ordinarias, pero no fuera del *plenissimum flumen*, van a estar regidos por el art. 2.577”²⁴⁴. Debe tenerse en cuenta las consecuencias fundamentales que se derivan del cálculo de uno y otro concepto. Así, el cálculo de las crecidas medias ordinarias obligaría a promediar los límites de todas las crecidas, siendo su resultado por definición siempre inferior al de promediar sólo a las más altas aguas en su estado normal. Esta cuestión y la discusión sobre su correcta interpretación habría quedado resuelta en el NCCCN de haberse optado la Comisión por la fórmula “crecida máxima media ordinaria en su estado normal”.

En todo caso, a fin de esclarecer en la actualidad que es y cómo se calcula la línea de ribera, debe de partirse de a quién corresponde esta competencia. En este sentido, y sin perjuicio del posterior análisis de los diferentes posicionamientos doctrinales sobre si realmente es una atribución del Congreso Nacional determinar y

²⁴² KOZAK, V., / VALDES, G. J., “Ausencia de fijación administrativa de la línea de ribera de un río. ¿Existe ministerio legis o es necesario que sea delimitada por la Administración Pública?”, *LL Gran Cuyo*, 2014, p. 135; cita online, La Ley-Thomson Reuters: AR/DOC/395/2014.

²⁴³ Art. 18 de la Ley 12.257, Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires, (BO núm. 23756, de 9 de febrero de 1999): “Se considerará crecida media ordinaria a aquella que surja de promediar los máximos registrados en cada año durante los últimos cinco años”.

²⁴⁴ ALLENDE, G., *Derecho de...*, cit., p. 194.

definir la extensión de los bienes públicos de las provincias²⁴⁵, entendemos que la competencia para la fijación de la línea de ribera es una competencia provincial²⁴⁶. Así, como señala MATHUS ESCORIHUELA “la competencia para determinar la línea de ribera y delimitar el dominio público del privado se basa en normas de derecho administrativo. Se trata de aguas que corren por sus cauces naturales y estos cauces constituyen un fundo de los considerados en el art. 2.750 CC que dice: el deslinde de los fundos que dependen del dominio público corresponden a la jurisdicción administrativa, lo que no excluye las acciones judiciales que posteriormente pudieran iniciar los particulares si consideran afectados su dominio con la delimitación del cauce del curso de agua”²⁴⁷. De acuerdo con lo anterior, son muchas las provincias que en sus respectivos Códigos regulan esta materia fijando la definición y el cálculo de la línea de ribera²⁴⁸²⁴⁹.

²⁴⁵ Junto con la dificultad interpretativa inicial que impone la norma civil a fin de conciliar los arts. 2340 y 2577 CC, la doctrina no es unánime en cuanto a si realmente es una atribución del Congreso Nacional determinar y definir la extensión de los bienes públicos de las provincias. En la actualidad existen numerosas normas provinciales que han regulado este tema.

²⁴⁶ ALLENDE, G., *Derecho de...*, cit., p. 195.

²⁴⁷ La atribución de la determinación de este nivel cuando está en juego el dominio público, queda determinada por el art. 2570, CC cuando establece que el deslinde de los fundos que dependen del dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa.

²⁴⁸ Ley 12.257, por la que se aprueba el Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires, establece que la Autoridad del Agua –creada por la misma ley– fijará y demarcará la línea de ribera sobre el terreno. El art. 18 del Decreto reglamentario 3511/07, de Reglamentación del Código de Aguas de la provincia de Buenos Aires (B.O. núm. 25810), versa sobre la fijación de la línea de ribera. Se define la línea de ribera como una sucesión de puntos que determinan las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias. La fijación de la línea de ribera fluvial y lacustre se hará en base a la posición que alcancen las aguas en las crecidas medias ordinarias. Para la determinación de las altas mareas normales y las crecidas medias ordinarias, la autoridad del agua utilizará, además de la serie indicada en el párrafo 3° del precepto, todas las series hidrométricas confiables y disponibles, representativas del comportamiento hidráulico, y toda la información y la metodología académicamente aceptada, necesaria para obtener la fijación de la línea de ribera más exacta posible. En este punto debe tenerse presente que este art. incluye la delimitación de la línea de ribera de cursos y cuerpos de agua. Asimismo, el Código de Aguas de la Provincia de Corrientes, (Decreto Ley 191/01, BO, de 3 de diciembre de 2001), concreta que será el Instituto Correntino del Agua la autoridad competente para la fijación de la línea de ribera (arts. 20 y 25), fijándose ésta en el criterio de las más altas aguas en su estado normal (art. 27). En el caso de la provincia de Mendoza, la competencia para la delimitación de la línea de ribera la detenta el Departamento General de Irrigación que define la línea de ribera como aquella línea posible de definir en el terreno por la cota de nivel a la que llegan las aguas del río durante las crecidas máximas anuales medias, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de Aguas de Mendoza de 1884 según el cual “*el álveo o cauce natural de las corrientes continuas formadas con aguas pluviales, es el terreno que aquellas cubren durante sus avenidas ordinarias en las barrancas o ramblas que le sirven de recipiente*”, y art. 43 “*Álveo o cauce natural de un río o arroyo, es el terreno que cubren sus aguas en sus mayores crecientes ordinarias*”. *Cfr.*

1. 2. Toda otra agua que tenga o adquiriera la aptitud de satisfacer usos de interés general

Siguiendo la inspiración del Texto Único de aguas y aprovechamientos hidroeléctricos Italiano de 1933 la Ley 17.711 de reforma del Código Civil agregó, tras la enumeración de los bienes que conforman el dominio público hidráulico, que también son públicas “... *toda otra agua que tenga o adquiriera la aptitud de satisfacer usos de interés general...*”²⁵⁰. A partir de este momento, se habilita la posibilidad de hacer públicas las únicas aguas que subsisten como privadas en la norma civil, es decir, las aguas pluviales caída en terrenos privados (art. 2635 CC)²⁵¹, las aguas de vertiente que nacen y mueren dentro de la misma heredad (art. 2350 CC)²⁵² y las aguas de Fuente que no formen cauce natural (art. 2637 CC)²⁵³. Como señala MOYANO, “ese uso de interés general es condición para calificar como públicas a las aguas subterráneas, a las surgentes que constituyan curso por cauce natural, y a las vertientes que excedan el límite de la heredad en la que nacen”²⁵⁴.

Este inciso ha sido interpretado como una declaración genérica de utilidad pública, de forma que no supone una afectación *ministerio legis* de las aguas privadas

VILLODAS, A. R. / PINTO, M./ RODRÍGUEZ, F. / MERLO, A., “*Líneas de ribera del...*”, cit., p. 16.

²⁴⁹ En relación a los medios técnicos legales para la determinación de la línea de ribera, *cf.* MATHUS ESCORIHUELA, M., “Las clases de agua y...”, cit., p. 101; sirviendo como ejemplificación práctica el trabajo de VILLODAS, A. R. / PINTO, M./ RODRÍGUEZ, F. / MERLO, A., Departamento General de Irrigación, “*Líneas de ribera del cañón del Atuel – Río Atuel*”, cit.

²⁵⁰ Sobre el texto único italiano de 1933 puede verse GILARDONI, A., *Acque pubbliche e impianti elettrici*, T. II, SEDFI, Roma, 1936, y a fin de relacionarlo con su influencia en el Código argentino LÓPEZ, J., “El derecho de aguas en la legislación argentina”, cit., pp. 36-40.

²⁵¹ Art. 2.635 CC: “*Las aguas pluviales pertenecen a los dueños de las heredades donde cayesen, o donde entrasen, y les es libre disponer de ellas o desviarlas, sin detrimento de los terrenos inferiores*”.

²⁵² Art. 2.350 CC: “*Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen, en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad*”.

²⁵³ Art. 2.637 CC: “*Las aguas que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural. El hecho de correr por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno. Cuando constituyen curso de agua por cauces naturales pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados*”.

²⁵⁴ MOYANO, A., “Preservación de las aguas privadas frente a la crisis del Estado (subterráneas, surgentes y vertientes)”, cit., p. 26.

aptas para satisfacer el interés general a la categoría de públicas²⁵⁵. A fin de declarar públicas las aguas privadas, deberá estarse, en cada caso concreto, al tipo de agua específica de que se trata, comprobando que se reúnen los requisitos exigidos y sometiendo la misma al correspondiente procedimiento expropiatorio e indemnizatorio que salvaguarde debidamente el derecho constitucional de propiedad amparado por el art. 17 CN²⁵⁶. El legislador nacional califica genéricamente la utilidad pública de algunas aguas y difiere al legislador o administrador provincial la determinación específica del agua a expropiar quedando reservada al Poder Judicial el establecimiento de la justa indemnización²⁵⁷. Como señala LÓPEZ “la enumeración importa solo una declaración de utilidad pública de las aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general, pero para que este artículo opere, es necesario establecer en concreto con referencia a un agua determinada, su aptitud para satisfacer usos de interés general e indemnización a su actual propietario porque el inciso no puede entenderse de otra manera que referido a las aguas que el Código considera privadas; las aguas que el Código considera públicas ya están dentro del dominio público y sería absurdo pretender hacerlas ingresar nuevamente al mismo por vía de esta disposición legal”²⁵⁸. Tal y como se verá este proceso de declaración genérica de utilidad, y el necesario sometimiento al proceso de expropiación tiene lugar en términos similares respecto a las aguas subterráneas remitiéndonos en este sentido a dicho apartado.

²⁵⁵ MATHUS ESCORIHUELA, M., “Dominio de las aguas”, en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración de ...*, cit., p. 57.

²⁵⁶ El reformador Civil de 1968 declaró genéricamente que todas las aguas que satisfagan usos de interés general, son públicas. Ello implica aceptar que el legislador Civil pueda asignar el carácter público a las aguas, iniciando con su declaración de utilidad pública el proceso expropiatorio previsto por el art. 17 de la Constitución. Pero para que esas aguas queden sometidas al régimen del dominio público y transferidas al mismo, es indispensable que queden efectivamente libradas al uso público. Y esto último se logra mediante la afectación, que es la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud el agua queda incorporada al uso y goce de la comunidad. Esa afectación implica que el legislador, administrador o juez provincial tenga en cuenta la aptitud de una determinada clase de agua en el acto jurídico que la libere al uso público. La asignación del carácter público de las aguas se cumple por la Nación en una declaración genérica que hace el CC iniciando la expropiación, que debe continuar la provincia como sujeto expropiante, especificar, indemnizar y afectar cuando las aguas estén efectivamente destinadas a un uso de interés general.

²⁵⁷ MATHUS ESCORIHUELA, M., “Dominio de las aguas” en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.) *Derecho y administración de ...*, cit. p. 57.

²⁵⁸ LÓPEZ, J., “El derecho de aguas en la legislación argentina”, cit. p. 40.

Señalamos en último lugar que, la especial ubicación de este enunciado referido a las aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general dentro del inciso 3º del art. 2.340 CC destinado a las aguas corrientes, no obedece en realidad a ningún motivo jurídico ni lógico que así lo exija, puesto que como señala LÓPEZ, “dada la autonomía que esas aguas revisten como especies jurídicas debería habérselas tratado en un inciso especial”²⁵⁹. Esta indicación se hace a los efectos de evitar que la referencia a las aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general pueda entenderse únicamente vinculada a las aguas corrientes, reconociendo el verdadero alcance que tiene este enunciado aplicado a cualquier tipo de agua. Si bien, esta situación de posible confusión queda subsanada en el art. 235 NCCCN, que sitúa esta referencia tras aludir no solo a las aguas corrientes sino también a los lagos navegables pertenecientes a las aguas dormidas.

1.3. Las aguas subterráneas

El CC no proporciona una definición exacta de que debe entenderse por aguas subterráneas, si bien, de sus disposiciones cabe deducir que estas serán “las aguas que requieren la intervención del hombre para su alumbramiento”²⁶⁰.

A fin de clarificar que aguas quedan integradas dentro de la categoría de aguas subterráneas debe realizarse una diferenciación entre éstas y las aguas de fuente, las aguas de vertiente y las subálveas. Las primeras, las agua de fuente, son aquellas que provienen de la tierra pero afloran de forma natural a la superficie de forma que, si bien son subterráneas en su origen, esas pierden tal condición al no precisar de obras para su extracción. Estas formarán parte del dominio privado del propietario del inmueble donde fluyen salvo que formen cauce natural²⁶¹. En segundo lugar, las aguas de vertiente, que serán aquellas aguas de nieve o lluvia que se acumulan en la parte alta de los terrenos y que afloran después de haber corrido subterráneamente por un

²⁵⁹ *Ibidem* p. 35.

²⁶⁰ TORCHIA, N., “Las clases de agua y ...”, cit., p. 107.

²⁶¹ Art. 2637 CC: “Las aguas que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural. El hecho de correr por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno. Cuando constituyen curso de agua por cauces naturales pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados”.

plano inclinado impermeable²⁶². Se trata por tanto de aguas superficiales. Como mantiene MARIENHOFF, éstas forman parte integrante de la propiedad en la que nacen formando una sola y misma unidad jurídica²⁶³. Esto es, forman parte del dominio privado si nacen y mueren en la misma heredad *ex art. 2350 CC*²⁶⁴. A los fines de aclarar el alcance de los términos vertiente y fuente, la CSJN puso de manifiesto que no se trata de conceptos coincidentes respondiendo a fenómenos físicos diferentes²⁶⁵. Por último, y como ya fue examinado al tratar los ríos y cauces naturales, deben diferenciarse las aguas subterráneas de las aguas subálveas. Así, definíamos estas últimas como “aquellos cursos de aguas subterráneas que corren paralelamente a un curso de agua superficial y que se forman a raíz de las filtraciones de este último”²⁶⁶, destacando la división doctrinal existente sobre su condición de aguas superficiales o subterráneas, y la preferencia hacia su consideración como superficiales cuando estas

²⁶² MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 530.

²⁶³ *Ibidem*, p. 531.

²⁶⁴ Art. 2350 CC: “Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen, en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad”.

²⁶⁵ La CSJN, en su sentencia de 3 de marzo de 1952, causa “Ruiz de Correa Edith Y Otros En J: Ruiz de Correa Edith Y Otros / Sucesión de Antonio Olguín”, concretaba que, “es un error invocar los arts. 2350 y 2637 CC como normas que rigen fenómenos físicos idénticos. No se puede confundir al interpretar los dos textos legales las aguas que provienen de «fuentes» y las de «vertientes». Si el agua brota desde abajo de la tierra, se debe denominar de «fuente». Si baja de las laderas de las montañas por deshielo o precipitaciones pluviales debe llamarse «vertiente». Sin embargo, MARIENHOFF, unifica los conceptos de vertiente fuente y manantial desde el punto de vista jurídico entendiendo que se trata de una misma especie, ello pese a reconocer que los diferentes términos responden a situaciones distintas, así mantiene que, “el CC en sus arts. 2350, 2637 y 2638, al referirse a manantiales emplea diversa terminología. El primero de dichos textos habla de vertientes, el segundo de aguas que broten y el tercero de fuentes. Corresponde preguntar si esa distinta nomenclatura tiene o no trascendencia legal. Si bien desde el punto de vista geológico o hidrológico es posible que exista una diferencia entre aguas de vertientes y aguas que broten en una heredad, desde el punto de vista jurídico ambas especies aparecen como una sola, sin que la ley haga distinción alguna fundada en esas circunstancias. El Código solo toma en cuenta el siguiente hecho: que el agua salga al exterior procediendo de capas subterráneas pero no distingue entre vertientes (aguas que afloran después de haber corrido subterráneamente por un plano inclinado impermeable) y aguas que broten en una heredad. En cuanto al término fuente este aparece empleado en un sentido análogo al de la expresión aguas que broten. Pero a pesar de la equivalencia legal de esas voces y expresiones, es evidente que la existencia de los expresados arts. 2350, 2637 y 2638 se justifica plenamente porque cada uno contempla y resuelve situaciones distintas” . MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 530.

²⁶⁶ *Vid.* TORCHIA, N., “Las clases de agua y ...”, cit., p. 108; MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 626 ; LÓPEZ, J., “El derecho de aguas en la legislación argentina”, cit., p. 35.

mantienen una relación de dependencia respecto del curso de agua superficial del que procede²⁶⁷.

Expuesto lo anterior pasamos a examinar las denominadas aguas freáticas y las aguas termales y minerales. Las aguas freáticas son aquellas que se encuentran en la primera capa subterránea. Integran el concepto jurídico de aguas subterráneas si se hallan por debajo de la superficie requiriéndose la construcción de obras para su explotación. Sin embargo, si las mismas brotasen de forma espontánea a la superficie tendrán la consideración de aguas de fuente *ex art. 2637 CC*. Las aguas minerales contienen en disolución una cantidad mayor que la normal en minerales, mientras que las termales se caracterizan por tener una temperatura mayor a la ordinaria. Al igual que las aguas freáticas estarán comprendidas en la categoría jurídica de aguas subterráneas en la medida que sea necesaria la realización de obras para su extracción, sin embargo, si afloran naturalmente, estarán sujetas a lo dispuesto para el agua de fuente²⁶⁸.

En relación con el régimen jurídico de las aguas subterráneas, debe ponerse de manifiesto que, al igual que fue examinado respecto a las aguas que tengan o

²⁶⁷ MARIENHOFF advierte sobre la falta de consenso doctrinal en relación a la consideración de las aguas subálveas como aguas subterráneas o aguas exteriores. Mantiene que “Giannini, citado por Gilardoni, considera que la aguas subálveas siguen la condición jurídica del río o arroyo respectivos, vale decir las considera aguas exteriores”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 626. Este criterio es a su vez compartido por PACELLI y SPOTA según la referencia que al respecto efectúa este último en su obra *Tratado de Derecho de Aguas*, Tomo II, cit. p.140. Por su parte MARIENHOFF, no solo no comparte el criterio anterior, sino que afirma expresamente que “desde el punto de vista legal, las aguas subálveas son aguas subterráneas”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T.VI, Régimen y legislación...cit., p. 313 y p. 626. Por su parte, LÓPEZ las incluye dentro del grupo de aguas que engloba el apartado 3º del art. 2340 CC, diferenciándolas por tanto de las aguas subterráneas, y en este sentido afirma que, “el inciso se refiere en este caso a las aguas corrientes, aguas que discurren por cauces naturales, el género está constituido por las aguas corrientes, o cursos de agua, y entro de él hallamos a los ríos, arroyos, torrentes, cauces subálveos y glaciares o ventisqueros”. LÓPEZ, J., “El derecho de aguas en la legislación argentina”, cit. p. 33. Pese a lo anterior, destacábamos la excepción introducida por MARIENHOFF, por la que se permite considerar las aguas subálveas como aguas superficiales siempre que esta parte del río aparezca nuevamente y se pueda determinar su individualidad (circunstancia que se logra a través de la fluorescencia). MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 313.

²⁶⁸ Así lo reconoció la CSJN en su sentencia de 12 de mayo de 1924, Fallos 140:291, dictada en la causa “Provincia de Mendoza c/Compañía de ferrocarriles Gran Oeste Argentino y Bs. As. al Pacífico p/ expropiación”, en al que el Alto Tribunal mantuvo que, “no existiendo en el Código de la Minería ni en las leyes especiales, disposición alguna que someta a un régimen particular las fuentes de agua termo minerales...es forzoso concluir que tales aguas minerales están gobernadas, en derecho nacional, por los mismo principios que las aguas comunes”. Este pasaje queda referido a las normas que determinan la naturaleza jurídica de las aguas minerales y/o termales.

adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general, la modificación operada en el inciso 3º del art. 2.340 CC mediante Ley 17.711 de 1968, declarando su condición de dominio público, implica únicamente una simple declaración genérica de utilidad pública²⁶⁹. Así, perteneciendo las aguas subterráneas al dominio privado de los superficiarios, su mera clasificación legal como bien de dominio público no produce la afectación del agua si no va precedida del proceso expropiatorio previo. El mero cambio de derecho objetivo en modo alguno puede constituir título suficiente para que los particulares pierdan el dominio de lo que les pertenece pasando de forma gratuita

²⁶⁹ Como ya fue expuesto, la reforma del CC de 1968 recogió la recomendación de publicación de las aguas efectuada en la IV Conferencia de Abogados celebrada en Tucumán en 1936. Se introdujeron respecto a ésta sutiles modificaciones en el texto del CC puesto que las “Bases para una legislación de agua”, en la declaración referida a “Principios generales y dominio de las aguas” establecía en el art. 2 inc. b) que “*la Nación y las provincias dentro de sus respectivas jurisdicciones tiene el dominio público sobre las aguas subterráneas, reconociéndose el derecho del propietario del fundo para extraerlas en la medida de sus necesidades con sujeción a la reglamentación correspondiente*”. Cfr. Acta de la Conferencia, JA, T. 61, sección doctrina p. 309., habiéndose sustituido en el Código la frase “*tienen el dominio público sobre las aguas subterráneas, reconociéndose el derecho del propietario del fundo*” por “*comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo*” y cambiar la palabra “*necesidad*” por la de “*interés*”.

De forma previa a la publicación de las aguas subterráneas operada en 1968 la condición jurídica de las aguas subterráneas quedaba regida por la propiedad privada reconocida en el art. 2518 CC cuyo tenor literal dispone que, “*la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos*”. En base a este precepto, MARIENHOFF defiende que “entre los objetos que se hallan bajo el suelo y cuya propiedad pertenece al dueño del mismo, figuran las masas de agua o sea las aguas subterráneas. De modo que, para nuestra legislación, estas últimas constituyen una propiedad privada perteneciente al dueño del terreno el cual se encuentran”, MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., pp. 635-636. Del mismo modo pierde sentido la histórica discusión doctrinal entre quienes diferenciaban el régimen jurídico de las aguas subterráneas estancadas –que pertenecerían al dominio privado– del propio de las aguas subterráneas corrientes a las que autores como SPOTA, GUEVARA, WAUTERS, VON DER HEYDE GARRIGOS incluían en el dominio público. En este sentido, SPOTA señala que, “las aguas corrientes subterráneas pueden constituir aguas públicas ya que nos hallamos ante los términos expresos del art. 2340CC, inciso 3º, cuando establece que pertenecen al dominio público todas las aguas que corran por cauces naturales. Esta interpretación tiene aplicación en casos tales como aquellos en que esas aguas afluyen en cantidades tan apreciables que pueden ser destinadas al uso público”. SPOTA, A., *Boletín Mensual*, núm. 49-50, p. 949. Por su parte, ALLENDE y MARIENHOFF consideraban esta postura errónea e inadmisibles, entendiéndolo este último que, “la ley argentina no hace distinción alguna entre las aguas subterráneas corrientes y estancadas; para nuestra Ley si las aguas no son exteriores son subterráneas y ésta sola circunstancia basta para atribuirles carácter de bienes privados. Nuestra ley considera bienes privados las aguas de origen subterráneo sean o no corrientes.” Cfr. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 636. ALLENDE G. L., *Derecho de aguas con...*, cit., p. 276. En cualquier caso esta discusión perdió sentido tras la reforma operada por Ley 17.711 de 1968.

al Estado²⁷⁰. No es posible pasar de privado a público sin indemnización, pues lo contrario supondría una actuación confiscatoria que atentaría contra el art. 17 CN²⁷¹.

Visto lo anterior, debemos concluir que las aguas subterráneas que a la fecha de entrada en vigor de la Ley 17.711 no hubieran sido alumbradas debidamente pasaron a integrar automáticamente el dominio público hidráulico de las provincias donde las mismas se hallasen sin que por dicha integración hubiera que indemnizar al propietario del predio puesto que la mera expectativa no constituye un derecho de propiedad²⁷². Como ha mantenido MARTÍN RETORTILLO la inviolabilidad de la propiedad privada no es extensible a expectativas o hipótesis; por ejemplo, a aguas que hubieran podido ser privadas o a recursos que no hubiesen sido objeto de apropiación o alumbramiento. Las consecuencias indemnizatorias no pueden ir más allá del valor de aquellos bienes de los que en efecto se priva a sus titulares y que ya habían entrado su patrimonio²⁷³.

²⁷⁰ MARIENHOFF, M. S., “Acerca de...”, cit., p. 674.

²⁷¹ El cambio de condición jurídica de una categoría de aguas, o más concretamente, la inclusión en el dominio público de una categoría de aguas que hasta ese momento formaba parte del dominio privado debe hacerse respetando los derechos de índole patrimonial protegidos constitucionalmente por la inviolabilidad de la propiedad privada regulada en el art. 17 CN cuyo tenor literal dispone que, “*la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie*”. En este sentido, MARIENHOFF, señala que el que traspaso al dominio público, sin indemnización, de bienes hasta entonces del dominio privado de los habitantes no trasunta una mera limitación del dominio sino una supresión del mismo. MARIENHOFF, M. S., “Acerca de...”, cit., p. 674.

²⁷² Cabe apreciar una identidad de criterio entre el ordenamiento jurídico argentino tras al entrada en vigor de la Ley 17.711 y el español tras la entrada en vigor de la Ley 29/1985 de Aguas de forma que, en ambos, solo puede alegarse un perjuicio patrimonial con relación a las aguas subterráneas que se hallaban en explotación en el momento de dictarse ambas normas y no así respecto a las no aprovechadas que pasarían a formar parte del DPH con su sola inclusión en el art. 2340 CC y el art. 2 de la Ley de Aguas española de 1985.

²⁷³ MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho de aguas*, cit., p. 99.

1.4. Los lagos navegables y sus lechos

Los lagos quedan definidos como vastas y perennes acumulaciones de agua formadas por la naturaleza²⁷⁴. Esta definición proporciona todos los elementos característicos de los lagos. Al hablar de vasta acumulación de agua se diferencian de las lagunas, las cuales, por definición, son de menor entidad que los lagos. El término acumulación justifica la clasificación de los lagos como aguas dormidas en contraposición a las aguas corrientes²⁷⁵. El hecho de que tal acumulación de agua sea obra de la naturaleza aleja la posibilidad de que se trate de una obra artificial o del hombre, y finalmente, el carácter de perenne lo diferencia de las acumulaciones de agua fruto de fenómenos accidentales o extraordinarios²⁷⁶.

En cuanto a los elementos que lo integran, los lagos constituyen al igual que los ríos, una unidad indivisible compuesta por el agua y el lecho, comprendiéndose en este último no solo el fondo sino también las riberas²⁷⁷. En ese sentido, si bien el art. 2.340 CC inc. 5 se refiere a "los lagos navegables y sus lechos", cayendo en una reiteración innecesaria respecto al lecho, esta resultaría a *priori* eliminada en el art. 235 inc. c) NCCCN que alude únicamente a los lagos navegables. Si bien, el mismo inciso, a la hora de definir que debe entenderse por lago, señala que este es el agua, sus playas y

²⁷⁴ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 594. Para SPOTA, su caracterización como tal depende de que exista "una suerte de consenso general que reputa esa masa de agua como lago". SPOTA, *Tratado de Derecho de...*, T.II, cit., p. 151. Por su parte DURAND los define como la "acumulación permanente de aguas durmientes de cierta extensión y profundidad, formada por acción de la naturaleza. La diferencia con la Laguna es meramente de hecho, y no incide en su régimen jurídico". DURAND, J. C., "Breve glosario de términos usuales en materia de dominio público", disponible en: www.cassagne.com.ar, (fecha de última consulta, 23 de junio de 2014).

²⁷⁵ Las aguas dormidas son aquellas acumulaciones de agua que no tienen curso o que al menos no lo tienen de forma aparente. Su circulación se torna imperceptible, se encuentran casi inmóviles. En realidad, como señala MARIENHOFF "las aguas dormidas tienen su movimiento determinado ya sea por las corrientes exteriores o subterráneas, que las alimentan o por las vías también exteriores o subterráneas de salida o descarga. Pero ese movimiento es tan paulatino o lento que por regla general resulta imperceptible máxime comparado con el de los cursos de agua propiamente tales". MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 592.

²⁷⁶ Quedando diferenciado de este modo los lagos de las represas y los estanques, incluidos por MARIENHOFF en la categoría de aguas dormidas, MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 592.

²⁷⁷ El lecho y el agua, elementos constitutivos del lago como unidad, siguen la condición jurídica del propio lago, salvo que exista una disposición legal expresa en sentido contrario, Cfr. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 598.

su lecho, diferenciando las playas como un elemento separado del lecho cayendo en la misma reiteración innecesaria que apuntábamos respecto de los ríos.

En cuanto a la línea de ribera de los lagos, esto es, la delimitación del dominio público y privado, debe estarse a lo dispuesto en el art. 2578 CC según el cual “*los dueños de los terrenos confinantes con aguas durmientes, como lagos, lagunas, etcétera, no adquieren el terreno descubierto por cualquiera disminución de las aguas, ni pierden el terreno que las aguas cubrieren en sus crecientes*”. Como señala LÓPEZ, “las márgenes de los lagos no están señaladas por la línea de las más altas aguas en su estado normal como dice el art. 2577 CC sino por la línea media entre las más bajas y las más altas aguas del lago”²⁷⁸. También puede sostenerse como lo hace MATHUS ESCORIHUELA que “cuando el art. 2578 CC dispone que la propiedad ribereña no se pierde ante crecientes que la invade, esta preceptuando que las inundaciones por encima de las más altas aguas en su estado normal no alteran el dominio particular lateral del lago. Esta postura, que es coherente con el sistema general del Código Civil, importa considerar el tema dentro de los principios de unidad de cuenca y del recurso hídrico, especialmente en casos donde los lagos y lagunas se encuentran vinculados a cursos de agua. Con esta consideración, puede afirmarse que la línea de ribera de las aguas durmientes está dada por el *plenissimum flumen*”²⁷⁹.

Los partidarios de la primera postura, como LÓPEZ, ALLENDE o BIBILONI, sostienen que las márgenes de los lagos, entendida como la franja de tierra comprendida entre las crecidas máximas y las medias, pertenecen al dominio público en el entendido de que el art. 2.578 CC niega a los ribereños la propiedad de los terrenos descubiertos por cualquier disminución de aguas²⁸⁰. Sin embargo, MARIENHOFF entienden que, en realidad, el concepto de margen recogido en el CC fue empleado en su exacto significado legal, esto es, como la zonas laterales que lindan con las riberas, de forma que las mismas integran como en el caso de los ríos parte del

²⁷⁸ LÓPEZ, J., “El derecho de aguas en la legislación argentina”, cit. p. 44.

²⁷⁹ MATHUS ESCORIHUELA, M., “Las clases de agua y...”, cit., p. 95.

²⁸⁰ LÓPEZ señala su común parecer con “la tesis expuesta por Bibiloni y por Allende, las márgenes de los lagos navegables o no, entendidas por tales como las zonas comprendidas entre las más altas aguas en su estado normal y la línea media, que es la ribera de los lagos conforme al art. 2.578CC pertenecen al dominio público”. LÓPEZ, J., “El derecho de aguas en la legislación argentina”, cit. p. 47.

dominio privado quedando afectadas asimismo por el camino de sirga previsto en el art. 2639 CC cuya aplicación tendría lugar por analogía²⁸¹.

Visto lo anterior, debe hacerse una especial referencia a las previsiones que sobre este tema se recogen en el art. 235 NCCCN, entendiéndose que del mismo se desprende que los márgenes de los lagos integran el dominio privado tal y como ocurre en el caso de los cursos de agua analizados en el inciso 3º del art. 2340 CC. Así, de haber querido incluir el legislador los márgenes de los lagos en el dominio público habría realizado una referencia expresa que no se incluye, referencia que si se establece sin embargo –no sin la reiteración ya apuntada– respecto a las playas, resolviendo quizá con ello la confusión existente entre los conceptos de playa y margen²⁸². De este modo, las playas integran el dominio público mientras que los márgenes pertenecen al dominio privado, quedando delimitados de la misma manera que los ríos, situando la línea de ribera en la crecida media ordinaria en su estado normal²⁸³.

Ahora bien, analizada su definición general y el conjunto de elementos que lo componen el art. 2340 CC incluye únicamente entre los bienes públicos a los lagos navegables, obligando a concretar este concepto. En el caso de los lagos navegables contemplado en el art. 2340 CC, la reforma hecha por ley nacional 17.711 eliminó la

²⁸¹ En este sentido sostiene MARIENHOFF, que “el inciso 5º del art. 2340 CC fue tomado del art. 328 inc. 5º del Proyecto de Freitas, el cual incluía en el dominio público los lagos navegables “y también sus márgenes, para la misma servidumbre pública de los márgenes de los ríos navegables”. Esto me permite afirmar que en nuestro derecho los márgenes de los lagos no pertenecen al dominio público, sino al privado, y que la referencia a ellas en el art. 2340 inciso 5º del Código debe entenderse en el sentido que expresa Freitas en su Proyecto, o sea que dichas márgenes solo están gravadas con la servidumbre pública para el servicio de la navegación, en la misma forma que los ríos. Tal criterio se robustece ante la circunstancia de que si el Código hubiese incluido en el dominio público los márgenes de los lagos navegables, ello importaría un atentado a la propiedad privada, lo que sería inconstitucional y por ende nulo; en cambio una vieja regla de derecho aconseja interpretar las leyes en la forma que de ello resulte su eficacia y validez. De manera que los márgenes de los lagos navegables pertenecen al dominio privado, pero ellas están gravadas con la misma servidumbre pública que el Código establece sobre los márgenes de los ríos navegables. ¿Cuál es la extensión superficial de dicha servidumbre en materia de lagos? La Ley guarda silencio, mas es evidente que al respecto procede aplicar por analogía el art. 2369 CC”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 617-618.

²⁸² GUERRERO mantiene que “para el caso que nos ocupa, el de los lagos navegables solo se requiere incorporar nuevamente a los bienes del dominio público la expresión “y sus márgenes” que es lo que comúnmente la población denomina playa”. GUERRERO, S., “Sobre el libre acceso a lagos y ríos de la región”, *Laangosturadigital*, Diario de la Villa La Angostura y Región de los Lagos, de 22 de junio de 2014.

²⁸³ Así se recoge literalmente en el art. 235 apartado c) del NCCCN: “El lago es el agua, sus playas y su lecho delimitado de la misma manera que los ríos”.

restricción, no impuesta en el caso de los ríos, de que la navegabilidad implicaba capacidad de circulación de buques de más de cien toneladas²⁸⁴. Como señala ALLENDE “se ha sustituido pues una norma fija, quizá no muy clara, pero que en la práctica funcionaba bien (...)” por una norma incierta “ (...) la voluntad del poder administrador”²⁸⁵. Desde el punto de vista legal los artefactos que navegan son los buques, y buque es toda construcción flotante destinada a navegar por agua²⁸⁶. Debemos por ello considerar navegable, y así lo hace la Prefectura Naval Argentina, a todo cuerpo de agua sobre el cual puede flotar un artefacto capaz de transportar personas o cosas²⁸⁷.

En último lugar nos ocupamos de los lagos no navegables. El art. 2349 CC indica que su uso y goce pertenecen a los ribereños sin hacer referencia alguna sobre su dominio²⁸⁸. La literalidad de este precepto generó un posicionamiento doctrinal enfrentado entre quienes sostenían que los lagos no navegables pertenecían al dominio público y aquello que defendieron que los mismos eran propiedad de los dueños del suelo, y dentro de esta posición aquellos que propugnaban la pertenencia de los lagos no navegables al dominio privado del Estado o al dominio privado de los particulares.

Esta cuestión sería resuelta por la CSJN con motivo de los Autos “Frederking, Gustavo c/ Pcia. De Buenos Aires s/uso y goce de la laguna Mar Chiquita”, sentencia del 17 de agosto de 1923, en la que establecería que los lagos no navegables pertenecen al dueño de la tierra en la que se hayan formado²⁸⁹. Sin embargo,

²⁸⁴ En su redacción original el art. 2340 inc. 5 preveía como de dominio público: “*los lagos navegables por buques de más de 100 toneladas y también sus márgenes*”, delimitación que fue eliminada tras la reforma operada en 1968.

²⁸⁵ ALLENDE, G., *Derecho de Aguas* ..., cit. p. 317.

²⁸⁶ La Ley 20.094, de Navegación, de 15 de Enero de 1973, (BO, núm. 22619, de 2 de marzo de 1973) dispone en su art. 2 que: “*Buque es toda construcción flotante destinada a navegar por agua. Artefacto naval es cualquier otra construcción flotante auxiliar de la navegación pero no destinada a ella, aunque pueda desplazarse sobre el agua en cortos trechos para el cumplimiento de sus fines específicos*”.

²⁸⁷ Cfr. “Usos de las márgenes de cuerpos de agua” en Enciclopedia de Ciencias y Tecnologías en Argentina (ECYT-AR), cit. Por su parte VILLEGAS BASAVILBASO lo define como “aquel en el que es posible la navegación mercantil”. VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho Administrativo*, T. IV, cit., p.582.

²⁸⁸ Art. 2349 CC: “*El uso y goce de los lagos que no son navegables, pertenece a los propietarios ribereños*”.

²⁸⁹ En la CSJN, de 17 de agosto de 1923, Fallos 138:303, “Frederking, Gustavo c/ Pcia. De Buenos Aires s/uso y goce de la laguna Mar Chiquita”, el Alto tribunal sostiene que: “respecto de la propiedad de los no navegables no existe en la Ley civil disposición expresa, aun cuando por aplicación de los principios generales de nuestro derecho resulte

MARIENHOFF considera que el criterio de la CSJN es erróneo y defiende el dominio público de los lagos no navegables, coincidiendo con SOPTA en que la redacción del art. 2349 CC no permite inferir una adjudicación de dominio a los particulares sino sólo el uso y goce de los mismos²⁹⁰. Como excepción a lo expuesto, MARIENHOFF reconoce que serán privados los lagos formados por vertientes o manantiales que nacen en heredades particulares²⁹¹. Por su parte LÓPEZ, coincidiendo con la tesis de BIBILONI, sostiene el carácter público de los lagos que pueden ser aprovechados por los particulares en virtud del derecho al uso común de todos, e incluso pueden ser usados por los titulares de usos especiales o privativos en virtud de permisos o concesión²⁹².

La tesis opuesta aparece representada por autores como ALLENDE que defendió la tesis de que los lagos no navegables pertenecen al dominio privado²⁹³. Asimismo, MUSTO mantuvo que los lagos no navegables son bienes privados del Estado pero con la característica especial de que los ribereños tienen el uso y goce de sus aguas²⁹⁴.

De otro lado, SALVAT sostuvo que la propiedad de estos lagos no corresponde a los particulares ribereños porque la Ley les confiere solamente el uso y el goce sin

evidente que ella corresponde al dueño de la tierra en que se ha formado el lago o laguna y a sus sucesores”.

²⁹⁰ SPOTA, A., *Tratado de Derecho de Aguas*, T II, cit. p. 153. En relación con este punto, MARIENHOFF sostiene que, “en nuestro derecho a los lagos no navegables corresponde asignarles carácter público: i) porque en materia de aguas el principio general de nuestra legislación es que sean públicas, la excepción es que sean privadas; ii) porque los lagos no navegables por busques de más de cien toneladas y los ríos sean estos navegables o no son públicos”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 607.

²⁹¹ *Ibidem*, pp. 607-608.

²⁹² LÓPEZ, J., “El derecho de aguas en la legislación argentina”, cit., p. 50.

²⁹³ ALLENDE mantiene la tesis opuesta a MARIENHOFF señalando que los lagos no navegables pertenecen al dominio privado, y para ello desarrolla tres argumentos: i) en el art. 2340, cuando se menciona los bienes del dominio público se refiere sólo a los lagos navegables, de donde sería válido deducir que a los no navegables no les es aplicable esta regla; ii) en el art. 2340 inc. 6° al regular el dominio de las islas, este se relaciona con el dominio de los lagos o ríos que se encuentran, y así se establece que si se hallan en un lago navegable serán de dominio público. De ello se deduce que si estuviesen en un lago no navegable serán del dominio privado, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; y iii) el art. 2349 CC no adjudica a nadie el dominio, sólo regula la posibilidad del uso y goce de las aguas de tales lagos (los no navegables). Concretamente, según la opinión de ALLENDE, el art. 2349CC se refiere al ribereño cuyo límite territorial no abarca el lago sino que lo circunda. El lago no navegable que se encuentra íntegramente en predio privado sería pues del dominio privado del propietario del suelo. *Cfr.* ALLENDE, G., *Derecho de...*, cit., pp. 325-328.

²⁹⁴ *Cfr.* MUSTO, N. J., *Derechos Reales*, T. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1983, p. 358.

aludir a la propiedad como lo hace el art. 2350 CC respecto a las vertientes, de lo que concluye que los lagos no navegables pertenecen al Estado, siendo la única cuestión a debatir si forman parte del dominio público o privado²⁹⁵. Si bien, como señala LÓPEZ, interpretando las afirmaciones de SALVAT, estos lagos son bienes del dominio privado del Estado por no estar comprendidos en los términos del art. 2340 inc. 5º y por aplicación de lo dispuesto en el art. 2342 inc. 1.²⁹⁶ Postura esta que comparte MACHADO cuando afirma que los lagos no navegables pertenecen al dominio privado del Estado o de los particulares²⁹⁷. Esta es la posición que entendemos ha sido acogida de forma generalizada puesto que el NCCCN resuelve de forma expresa esta cuestión reconociendo en su art. 236 inc. c) que *“pertenecen al Estado Nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes especiales: los lagos no navegables que carecen de dueño”*. De lo que cabe deducir que si estos se hallan en propiedades privadas de particulares serán propiedad de estos, mientras que si las propiedades pertenecieran al Estado, estos serán propiedad o dominio privado del Estado.

1.5. Los acueductos o canales. Lagos y embalses artificiales

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2340 inc. 7., *“quedan comprendidos entre los bienes públicos: las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común”*.

Los canales de tierra u hormigonados son cursos de agua artificiales, es decir, que su lecho es obra del trabajo humano diferenciándose de los ríos, arroyos y torrentes cuyo lecho es obra de la naturaleza. Un embalse es un cuerpo de agua formado como resultado de la obstrucción de una corriente de agua, por ejemplo de un río. Puede ser natural o artificial. En el derecho argentino está regulado el estancamiento de las aguas de un río, si bien, el término embalse solo aparece recogido en las leyes provinciales²⁹⁸. Respecto a los represamientos artificiales de los

²⁹⁵ SALVAT, R., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, T. II, 8ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1947, p. 103.

²⁹⁶ LÓPEZ, J., “El derecho de aguas en la legislación argentina”, cit., p. 48.

²⁹⁷ MACHADO, J. O., *Exposición y comentarios del Código Civil Argentino*, T. 6, Lajouanne, Buenos Aires, 1900, p. 228.

²⁹⁸ El término embalse aparece recogido, entre otras, en la Ley 12.257, Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires, (art. 32 y 72 entre otros); en la Ley General de

ríos, es decir “lagos” creados por el hombre, es irrelevante jurídicamente que se denominen lagos o embalses puesto que, siendo ambos del dominio público, su régimen jurídico es idéntico. El art. 2.645 CC remite todo lo relacionado con las represas al Derecho Administrativo local reforzando con ello el carácter público de las aguas y su lecho²⁹⁹.

2. Naturaleza jurídica del agua en la legislación nacional. Del dominio público y la competencia para su delimitación

A fin de concretar el régimen jurídico que resulta de aplicación al agua, el análisis de su naturaleza jurídica, desde el punto de vista legal, resulta obligado. De este modo, es en el CC, norma que como se verá comparten ambas etapas de la evolución del derecho de aguas argentino, donde encontramos *ex art. 2311CC* la concepción del agua como cosa³⁰⁰. En este sentido, el agua, además de un recurso, es una cosa y como tal puede ser mueble o inmueble (art. 2.313 CC)³⁰¹, y en este último caso pueden serlo por su naturaleza o por accesión (arts. 2.314 y 2.315 CC)³⁰².

Aguas de 1884 de la Provincia de Mendoza (art. 57), o en los arts. 9 y 44 de la Ley 9.172 de Uso y aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas de la provincia de Entre Ríos, (BO de 10 de noviembre de 1998).

²⁹⁹ Art. 2.645 CC: “*La construcción de represas de agua de ríos o arroyos se regirá por las normas del derecho administrativo*”.

³⁰⁰ El art. 2.311 CC: “*Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación*”. En este sentido, MARIENHOFF, señala que “el agua es un cuerpo, y cuales quiera sean las necesidades a cuya satisfacción este destinada representa un valor económico. El agua encuadra pues en el concepto legal de cosa”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 66.

³⁰¹ Art. 2.313 CC: “*Las cosas son muebles e inmuebles por su naturaleza, o por accesión, o por su carácter representativo*”.

³⁰² Art. 2.314 CC: “*Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre*”. Art. 2.315: “*Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad*”.

Siguiendo el criterio del CC, las aguas son inmuebles por naturaleza cuando en su estado natural forman parte integrante del suelo (ríos, lagos, vertientes, fuentes). Son inmuebles por accesión cuando corren por conductos artificiales (canales, tubos, cañerías, etc.) Dichas aguas se encuentran inmovilizadas por adhesión física al suelo con tal que esta tenga carácter de perpetuidad. Por otra parte, las aguas son muebles i) cuando se hallen separadas del suelo al cual se adhieren y ii) cuando, corriendo por conductos artificiales no reúnen los requisitos exigidos por el art. 2.315 CC. Es decir, cuando el agua puede ser transportada con independencia del suelo o ha sido colocada en él sin el carácter de perpetuidad. Como señala MARIENHOFF, “la determinación del carácter mueble o inmueble

Asimismo, con independencia de su carácter mueble o inmueble, el agua puede ser pública o privada³⁰³, adquiriendo tal condición no por su naturaleza sino en virtud de su afectación o destino³⁰⁴. El agua es pública axiológicamente, es decir, en la medida que sirva para satisfacer usos de interés general³⁰⁵. Son públicas por tanto, “aquellas que pertenecen al dominio público del Estado y están destinadas al uso público”³⁰⁶, siendo privadas las aguas que pertenecen al dominio privado de los particulares, “sobre las cuales estos ejercen un derecho de dominio de igual naturaleza que el ejercido sobre los demás bienes que integran su patrimonio”³⁰⁷.

del agua no es un simple asunto teórico; por el contrario, constituye una cuestión de importantes proyecciones prácticas. Un caso en el que el carácter de mueble o inmueble del agua tiene aplicación práctica se encuentra en el campo del derecho penal, donde el uso ilícito del agua puede dar lugar a delitos distintos según que ella se presente como mueble o inmueble. Si el agua en cuestión es inmueble, el delito cometido sería el de usurpación, mientras que si dicha agua fuese mueble, el delito sería el de hurto o robo según los casos”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., pp. 69-70.

³⁰³ En este sentido, MARTÍN señala que “es posible afirmar que en el derecho argentino la gran mayoría de aguas pertenecen al dominio público provincial constituyendo las privadas, sin lugar a dudas, tan solo una categoría residual”. MARTÍN, L., *Derecho de ...cit.*, p. 73.

³⁰⁴ SCSJN, de 15 de junio de 1936, Fallos 175: 183, “Provincia de Buenos Aires c. Crédito Ferrocarrilero e Inmobiliario S.A”.

³⁰⁵ En relación a las circunstancias y caracteres que deben ser tenidos en cuenta para afectar el agua al dominio público, señala MARIENHOFF que, “en términos generales, puede decirse que para incluir el agua en el dominio público, debe considerarse la importancia que ella tenga en el país o región de que se trate. El factor importancia debe determinarse tanto por la utilidad de las aguas como el peligro que estas representan. Es la utilidad lo que en general sirve de fundamento al carácter público de los ríos”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T.VI, Régimen y legislación...cit., p. 96.

³⁰⁶ MATHUS ESCORIHUELA, M., / MAGNANI, C., “Agua y...”, cit., p. 18.

³⁰⁷ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p.110. Forman parte de las aguas de dominio privado: i) las aguas pluviales que caen o entran en fundos privados ex art. 2635 CC: “*las aguas pluviales pertenecen a los dueños de las heredades donde cayesen, o donde entrasen, y les es libre disponer de ellas o desviarlas, sin detrimento de los terrenos inferiores*”; ii) las aguas de fuente que brotan en terrenos privados en la medida que no formen cauce natural ex art. 2637 CC: “*Las aguas que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural. El hecho de correr por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno. Cuando constituyen curso de agua por cauces naturales pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados*”; iii) las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad art. 2350 CC: “*Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen, en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad*”. Siguiendo el criterio de SPOTA, son aguas *res nullius* las aguas pluviales que caen o corren en lugares públicos, tal y como se desprende del art. 2636 CC, que permite su apropiabilidad. Vid. SPOTA, A., *Tratado de Derecho de Aguas*, T.II, cit., p. 360.

Argentina establece un sistema mixto donde unas aguas son públicas y otras son privadas³⁰⁸. Si bien, el principio de publicidad de las aguas sentado en el CC ha relegado estas últimas a una categoría de tipo residual³⁰⁹. Esta primacía no absoluta de las aguas públicas nos conduce al necesario análisis del dominio público como título de intervención y a la competencia Nacional o provincial para su determinación.

2. 1. Dominio público: concepto y naturaleza jurídica

2. 1. 1. Del concepto de dominio público y su confusión con el dominio eminente, originario y la jurisdicción

Como señala MARTÍN el dominio público ha sido el título que tradicionalmente determinó el vínculo entre el Estado moderno y las aguas³¹⁰. A fin de proporcionar una noción conceptual de dominio público en Argentina seguimos a MARIENHOFF quien lo define como “el conjunto de bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público, directo o indirecto, de los habitantes”³¹¹. Tal definición incluye a juicio del autor los cuatro elementos constitutivos de la dominicanidad: conjunto de *bienes* (elemento

³⁰⁸ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 90.

³⁰⁹ MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit., p. 290.

³¹⁰ En este sentido recuerda el MARTÍN que “alguna doctrina ha referido que el incipiente derecho administrativo habría aprovechado la buena fama de que gozaba por aquellos tiempos el derecho de propiedad para construir sobre éste con las debidas matizaciones, un título *justificativo de la intervención estatal*”. MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit., p. 85. Parte de esa doctrina quedaría representada, entre otros, por VILLAR PALASI, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1964, p. 122; FERNÁNDEZ, T. R., “Las obras públicas”, *RAP*, núms. 100-102, 1983, pp. 2429 y ss; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *La propiedad en la formación del derecho administrativo (Ensayo sobre la concepción liberal de la propiedad privada como origen y fundamento del derecho público)*, Pamplona, 1983.

³¹¹ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de derecho administrativo*, T. V, Dominio Público, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996. p. 60. Señala el autor que: “se le atribuye a Pardessus el haber sido el primero en emplear la locución dominio público, para designar la categoría de bienes del Estado no pertenecientes al dominio privado del mismo, es decir, para designar esa categoría de bienes sometida a un régimen jurídico especial, inalienables e imprescriptibles. Así lo hizo desde la primera edición de su “*Traité des servitudes ou services fonciers*”, aparecida en 1806, *vid.* Pardessus, 7ª ed., , Paris, 1829, pp. 47-48. Más tarde Proudhon siguió igual criterio, divulgando en su afamada obra la nueva terminología: dominio público como opuesto al dominio privado del Estado *cfr.* Proudhon, T. I., pp 243-244. El legislador argentino siguió esa misma orientación *cfr.* Código Civil, arts 2339, 2340 y 2342”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de ...*, T. V, Dominio Público, ...cit., p. 5.

objetivo) que, de acuerdo con el *ordenamiento jurídico* (elemento normativo o legal), *pertenecen a la comunidad política pueblo* (elemento subjetivo), hallándose destinados al *uso público* directo o indirecto de los habitantes (elemento teleológico o finalista). Como puede observarse, según esta concepción del elemento subjetivo del dominio público es posible que, tanto la Nación como las provincias resulten titulares de bienes de dominio público.

El dominio público, como concepto jurídico, debe ser diferenciado de otros como el dominio eminente, el dominio originario o la jurisdicción. En relación con el primero de ellos, señala MARIENHOFF que, el dominio público y el dominio eminente presentan diferencias esenciales de fácil expresión. Para el autor, “el dominio eminente es un poder supremo sobre el territorio: vincúlase a la noción de soberanía. Se ejerce, potencialmente, sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o administrados. El dominio eminente es la expresión político jurídica de la soberanía interna. La soberanía externa se manifiesta sólo en las relaciones entre Estados y es sinónima de independencia. Se trata, en suma, de una «potestas», no de una propiedad; es una facultad de legislación sobre las personas y los bienes y como expresión de soberanía interna no reconoce otras limitaciones que las preceptuadas por el ordenamiento constitucional. El dominio público, en cambio, es un conjunto o suma de bienes sometido a un régimen jurídico especial, distinto del que rige los bienes del dominio privado”³¹².

La diferencia parece, por tanto, evidente, ya que el dominio público coincide con un conjunto de bienes que en atención al destino y a su pertenencia a la comunidad global, queda sujeto a un régimen jurídico específico y diferenciado de los bienes de propiedad privada, mientras que el dominio eminente equivaldría a la potestades dimanantes de la soberanía sobre un territorio, las cuales resultan de aplicación con independencia del carácter público o privado de los bienes. Ambos conceptos, aunque puedan confundirse, se refieren a planos distintos. Sin embargo, para MARTÍN, “esta diferenciación no parece tan clara cuando se cambia la perspectiva para su definición, considerando no solo el universo de bienes por los que el dominio público está conformado y el régimen aplicable, sino las potestades que el título dominial público

³¹² MARIENHOFF, M. S., *Tratado de...*, T.V, Dominio Público, cit., p. 5.

de propietario entrañan para el Estado”³¹³. Para el autor, mientras que el dominio público es definido a partir del objeto o conjunto de bienes que lo conforman y por el régimen jurídico que resulta aplicable, el dominio eminente, aparece definido por MARIENHOFF en función de las potestades o poderes con que dota a su titular, pero para MARTÍN “lo cierto es que ambos títulos suponen diferentes potestades y refieren a universos distintos de bienes”³¹⁴.

En segundo término debemos distinguir dominio público y jurisdicción. En este sentido, la debilidad apuntada por MARTÍN en la diferenciación teórica entre dominio público y dominio eminente efectuada por MARIENHOFF, es igualmente apreciable en la distinción que este último realiza entre los conceptos jurídicos de dominio público y jurisdicción. Así, MARIENHOFF defiende que “el dominio público se refiere a la condición y situación legal de la cosa o bien, en tanto que la jurisdicción se refiere a la potestad para reglar los usos de que la cosa o bien es susceptible”³¹⁵. Por su parte, MARTÍN señala que, “en esta concepción, el dominio (público) no aparece como fuente de potestades –como en los casos de dominio eminente o jurisdicción– sino como un conjunto de bienes a los que resulta de aplicación un régimen jurídico especial, pero que soslaya la definición de los poderes que entraña para su titular”³¹⁶.

En tercer lugar, respecto a la distinción entre dominio público y dominio originario debe advertirse la propia complejidad de este último concepto. Las dudas que se plantean sobre si el dominio originario entraña potestades o si se trata en

³¹³ MARTÍN, L., *Derecho de...*, cit., pp. 63-64.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ MARIENHOFF explica que, “sobre ciertos bienes dominicales su titular tiene, a la vez, jurisdicción sobre los mismos. En otros casos la titularidad del bien y la jurisdicción sobre él les corresponden a entidades distintas. Como ejemplo del primer supuesto puede recordarse un río exclusivamente situado dentro de los límites de una provincia, en cuya hipótesis la titularidad sobre el bien y la jurisdicción le pertenecen a la misma entidad; como ejemplo del segundo supuesto podría mencionarse a un río navegable interprovincial, cuya titularidad les corresponde a las respectivas entidades locales, en tanto que la jurisdicción le pertenece a la autoridad nacional en todo lo atinente a la navegación. El dominio público se refiere a la condición y situación legal de la cosa o bien; la jurisdicción se refiere a la potestad para reglar lo atinente al uso de dicha cosa o bien, potestad que puede comprender todos los usos de que es susceptible ese objeto, como ocurriría con el río exclusivamente situado dentro de una provincia, a cuyo respecto la entidad provincial tiene atribuciones para reglar todo lo relacionado con los usos de que ese río es susceptible, o dicha potestad puede referirse a un determinado uso o a varios usos, como ocurriría con el río navegable interprovincial, a cuyo respecto la facultad para reglar lo relacionado con la navegación le pertenece a la Nación, en tanto que las facultades para reglar todos los restantes usos les pertenecen a las provincias atravesadas o limitadas por ese curso de agua”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho ...*, T. V, Dominio Público, cit., p. 8.

³¹⁶ MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit., p. 64.

puridad de un mero título formal, sin efecto jurídico alguno, obligan a un estudio independiente de la cuestión que será desarrollado *infra*. Si bien, a los efectos de diferenciarlo del dominio público cabe adelantar que de acuerdo con REBASA y CARBAJALES, el dominio originario puede ser entendido como “un ámbito normológico que se extiende sobre todos los recursos naturales, cualquiera sea su característica, siendo su principal efecto la titularidad de los Estados provinciales en cuanto a su capacidad para regular intensamente el uso y disposición eventual de esos bienes públicos en beneficio de toda la sociedad”³¹⁷. Como se verá, la inclusión del dominio originario en el art. 124 CN responde en realidad a una finalidad de orden político dirigida a evitar intromisiones competenciales de la Nación sobre materias cuya competencia corresponde en exclusiva a las provincias como es el caso de los recursos naturales³¹⁸. El dominio originario no equivale al dominio público. Ambos conceptos se refieren a realidades jurídicas distintas. De acuerdo con el art. 124 CN todos los recursos naturales pertenecen al dominio originario, si bien, no todos los recursos naturales son de dominio público (claro ejemplo de esto es el suelo). El dominio originario contemplaría según el caso, facultades de propiedad o solo de regulación delimitadas en su extensión tanto por las características del bien en concreto como por el sistema de distribución constitucional de competencias establecido respecto a los recursos naturales tras la reforma constitucional.

Expuesto lo anterior, no sorprende la variedad de fórmulas utilizadas por las Constituciones provinciales que no ayudan a aclarar las dudas expuestas. Remitiéndonos desde aquí al apartado del régimen jurídico del agua en el que se desglosa el detalle del constitucionalismo provincial en este sentido, podemos diferenciar al menos dos grupos de constituciones: las que reproducen los principios del art. 124 CN, confundiéndolo a veces con el eminente, (provincia de Buenos Aires, Chubut, Santa Cruz y Salta), y las que van más allá incorporando a su dominio público todos o alguno de los recursos naturales (provincia de Catamarca, Mendoza, o

³¹⁷ REBASA, M. / CARBAJALES, J. J., “Los recursos naturales en la Reforma del 94: aportes para una interpretación constitucional. (El caso de los hidrocarburos)”, *LL*, T. C, 2011, p. 1167; cita online, La Ley-Thomson Reuters: AR/DOC/1820/2011.

³¹⁸ Art. 124 CN: “*Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*”.

Córdoba, entre otras)³¹⁹. Como señala MARTÍN, “de la letra de algunas Constituciones se desprende, el establecimiento de una conexión o correlación indudable entre el dominio originario de los recursos reconocidos por el art. 124 CN y la incorporación de aquellos al dominio público de los Estados provinciales, cuyo ejemplo paradigmático lo constituye la inclusión lisa y llana del Acuífero Guaraní en el dominio público de la provincia de Corrientes. En otros casos, el dominio originario aparece fusionado o superpuesto con el eminente, en lo que constituye el reflejo normativo de la confusión persistente en la doctrina”³²⁰.

La inclusión por parte de algunas provincias no solo de referencias al dominio público provincial de los recursos naturales, sino, incluso, de determinaciones específicas del tipo de agua que forma parte del dominio público en base a criterios diversos del CC (ejemplo Corrientes o Catamarca)³²¹, conducen inexorablemente a

³¹⁹ Cfr. MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit., pp.74-80. Entre las Constituciones que reproducen los principios del art. 124 CN se encuentran la Constitución de la provincia de Buenos Aires (1994) art. 28: “la provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada”; la Constitución de la provincia de Chubut (1994), art. 99: “el Estado ejerce el dominio originario y eminente sobre los recursos naturales renovables y no renovables, migratorios o no, que se encuentran en su territorio y su mar, ejerciendo el control ambiental sobre ellos”; la Constitución de la provincia de Santa Cruz (1998) cuyo art. 52 dispone que: la provincia tiene el dominio originario de los recursos naturales, renovables o no, existentes en su territorio, comprendiendo el suelo, el subsuelo, el mar adyacente a sus costas, su lecho, la plataforma continental y el espacio aéreo y de las sustancias minerales y fósiles; y lo ejercita con las particularidades que establece para cada uno, sin perjuicio de las facultades delegadas”; o la constitución de la provincia de Salta (1998); que en su art. 85 concreta que: “corresponde a la provincia el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, la que ejerce las facultades que derivan del mismo”. Por su parte, entre las Constituciones provinciales que llegan a contemplar disposiciones sobre el dominio público destacan la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (1996) que confiere, ex art. 8, a la Ciudad el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales, o la Constitución de la provincia de Corrientes (2007) que declara de dominio público el Acuífero Guaraní y las tierras fiscales ubicadas en el ecosistema del Iberá, (art. 58).

³²⁰ MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit. p. 64., p. 79.

³²¹ La Constitución de Catamarca (1988) declara del dominio público de la provincia los ríos y sus cauces y todas las aguas que corran por cauces naturales, trascendiendo los límites del inmueble en que nacen, art. 61: “Los ríos y sus cauces y todas las aguas que corran por cauces naturales, trascendiendo los límites del inmueble en que nacen, son del dominio público de la provincia, y las concesiones que ésta hiciera del goce y uso de esas aguas no podrán ser cedidas, transferidas o arrendadas sino con el fundo a que fueran adjudicadas y serán válidas mientras y en tanto el concesionario haga uso útil de las mismas, a juicio de la concedente. La ley reglamentará esta disposición y creará el organismo de aplicación”; La Constitución de la provincia de Corrientes (2007) reconoce el dominio originario del Estado provincial de los recursos naturales existentes en su territorio con mención expresa a las aguas de uso público y/o que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general y sus corrientes, incluidas las aguas

cuestionar la constitucionalidad o no de dichas disposiciones puesto que como se examina a continuación, es comúnmente aceptado que la calificación de los bienes públicos es una cuestión sustantiva o de fondo cuya competencia ha sido reconocida al Congreso de la Nación *ex art. 75 CN*.

2. 1. 2. Naturaleza jurídica del dominio público: discusión doctrinal

En relación a la naturaleza jurídica del dominio público la doctrina Argentina se posiciona en torno a dos tesis principales³²². Por un lado se encuentra la dogmática clásica, o tesis patrimonialista, representada por autores como MARIENHOFF, SPOTA, VILLEGAS BASAVILBASO, FRIAS o BULLRICH, que identifican el dominio público como un verdadero derecho de propiedad³²³; por otro, autores como BIELSA, FIORINI o SALOMONI quienes defienden una concepción funcionalista o potestativista del dominio público que, poniendo en duda la existencia de una verdadera propiedad

subterráneas que tengan tales cualidades, declarando de dominio público el Acuífero Guaraní y las tierras fiscales ubicadas en el ecosistema del Iberá en su art. 58: “*Los recursos naturales existentes en el territorio provincial constituyen dominio originario del Estado provincial: El suelo, el subsuelo, las islas provinciales, las aguas de uso público y/o que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general y sus corrientes, incluidas las aguas subterráneas que tengan tales cualidades, y la energía. En el marco de lo preceptuado por la Constitución Nacional y las leyes reglamentarias, los ríos, sus cauces y riberas internas, el aire, las ruinas arqueológicas y paleontológicas de interés científico que existen en el territorio, los recursos minerales, los hidrocarburos, la biodiversidad ambiental, el acuífero guaraní en la extensión comprendida dentro del territorio de la provincia de Corrientes y las tierras fiscales ubicadas en el ecosistema del Iberá son de dominio público del Estado provincial. La ley asegura su conservación y aprovechamiento racional e integral, por sí o mediante acuerdo con la Nación, otras provincias y municipios, preferentemente en la zona de origen. La Nación no puede disponer de los recursos naturales de la provincia sin acuerdo previo instrumentado mediante leyes convenio que contemplen el uso racional de los mismos, las necesidades locales y la preservación del recurso y el ambiente*”;

³²² Para una aproximación más exhaustiva de los alcances de la disputa acerca del concepto de dominio público entre la visión propietarista y la postura del título de intervención, *vid.* VERA RODRÍGO E., “El impacto del Artículo 124 de la Constitución Nacional en la dogmática del dominio público en la Argentina”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración pública* Ediciones, año 31, núm. 363, 2008, pp. 121 y ss.

³²³ SPOTA, señala que “tanto en el supuesto del dominio público hídrico como en el caso del así llamado dominio accidental o artificial, existe un derecho de dominio a favor del ente público, dominio que es de la misma naturaleza reglada por la ley civil, aun cuando sea como consecuencia de su destino inalienable e imprescriptible”. SPOTA, A., *Tratado de derecho de aguas*, T. II, cit., p. 21; por su parte VILLEGAS BASAVILBASO, sostiene que, “existe un derecho de dominio sobre los bienes públicos cuyo titular es el Estado (*latu sensu*) cuya naturaleza jurídica es la misma que la del dominio privado, y reglado por la ley civil, con las limitaciones impuestas por su destino a la utilidad o comodidad común (imprescriptibilidad e inalienabilidad)”. VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho Administrativo*, T. IV, “Dominio Público”, cit. p. 178.

sobre las cosas públicas, se centra en la idea del dominio público como potestad o título jurídico de intervención del Estado sobre los bienes públicos³²⁴.

La adopción de una u otra visión sobre la demanialidad tiene efectos trascendentes para la organización constitucional argentina, en particular, en el reparto de competencias entre la Nación y las provincias. Así, por ejemplo, para la dogmática tradicional, la determinación de qué bienes revisten carácter público y cuáles privado implica una cuestión de carácter civil, puesto que significa establecer la distinción o clasificación básica en la condición legal o naturaleza jurídica de las cosas, materia propia de aquella legislación sustantiva. Por lo tanto, y en virtud de la delegación de atribuciones emanada de las provincias a favor de la Nación para dictar las normas de fondo (art. 75 inc. 12 CN), la facultad de efectuar tal distinción corresponde al Congreso Nacional³²⁵. Sin embargo, la postura funcionalista sostiene que el fundamento del sistema jurídico referido al régimen de los bienes de dominio público y privado no debe buscarse en el CC sino en la CN, en tanto determina su naturaleza de título de intervención, refiriendo para ello a los arts. 4, 75 inc. 5 y 18 CN a los que cabe agregar, respecto del dominio público provincial, los art. 124 y 125 CN que reconoce funciones similares a favor de las provincias³²⁶. Es decir, de acuerdo con esta

³²⁴ SALOMONI, J. L., "El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática", *Actualidad en Derecho Público*, núm. 14, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 81 y ss. En relación a la propuesta funcionalista señalada *supra*, MARTÍN efectúa una síntesis del posicionamiento de SALOMONI concretando que, "a juicio del autor, para el régimen argentino surgen las siguientes conclusiones: a) una separación clara de la potestad reglamentaria de las provincias respecto de la Nación en relación con la calificación, el uso y la disposición del dominio público y la consecuente imposibilidad de calificación general del dominio público por el CC; b) los bienes públicos no constituyen una categoría estática en el derecho constitucional argentino, "sino un concepto subordinado a actividades que son necesarias satisfacer: el progreso y prosperidad de la Nación a través de la disposición y uso del dominio, entre otras actividades"; y en relación con esta última, c) la impertinencia de considerar al dominio público como una propiedad, teniendo en cuenta que las normas constitucionales constituyen un régimen de intervención en relación con su finalidad, que difiere de la visión tradicional, y puede incidir en los alcances de los caracteres de inalienabilidad e imprescriptibilidad". MARTÍN., L., *Derecho de...*, cit., p. 71.

³²⁵ Art. 75 inc. 12 CN: "(Corresponde al Congreso: Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados".

³²⁶ Art. 4 CN: "El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del

postura, tanto la determinación del contenido del dominio público como la regulación de los fines y usos del mismo, por responder a un conjunto de facultades relativas al ejercicio de la jurisdicción, debe ser regulado únicamente por el derecho administrativo, esto es, por las autoridades provinciales y locales. El CC importaría, en el mejor de los casos, una norma de alcance exclusivamente federal, aplicable sólo a la Nación, no así a los territorios provinciales³²⁷.

2. 2. *La titularidad del agua como recurso natural en argentina: el dominio originario de las provincias argentinas.*

Por lo que se refiere a los recursos naturales, como elementos integrantes del medio ambiente, entre los que sin duda alguna queda comprendida el agua, el constituyente argentino entendió oportuno llevar a cabo una atribución expresa del dominio originario sobre los mismos a las provincias, fijando el nexo que vincula el

de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional”; art. 75 inc. 5 CN: “(Corresponde al Congreso: Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad Nación”; art. 75 inc. 18 CN: “(Corresponde al Congreso: Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”; art. 124 CN: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio; art. 125 CN: “Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios. Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”.

³²⁷ En este sentido, REBASA, M., / CARBAJALES, J. J., “Los recursos naturales en ...”, cit., p. 1167.

agua con los Estados provinciales *ex art. 124 in fine* CN³²⁸.

La situación previa a la reforma de 1994 quedaba definida por la reserva que las provincias hacían de la materia ambiental. Al no existir delegación de la materia a favor del Gobierno Federal, las provincias conservaban con carácter exclusivo las potestades concernientes al medio ambiente, pudiendo fijar el régimen más conveniente para sus intereses sin que la Nación pudiera interferir, (art. 104 CN 1853/60, actual art. 121 CN)³²⁹. Sin embargo, las frecuentes intromisiones de la Nación, a través de la auto-adjudicación del ejercicio de funciones sobre los recursos naturales, vaciaban de contenido las competencias provinciales sobre dichos recursos³³⁰. El reconocimiento expreso del dominio originario contemplado después

³²⁸ Como señalan MATHUS ESCORIHUELA y MAGNANI, “el agua es hoy, un recurso, un bien de la naturaleza que brinda al hombre alguna utilidad o beneficio. Por tanto, participa de los caracteres propios de los recursos naturales. Es limitada en su volumen, resiste (impone la necesidad de vencer las fuerzas de la naturaleza) para su uso e interdepende (todos los recursos naturales se encuentran vinculados entre sí como eslabones del ciclo ambiental). Además le resultan de aplicación, como recurso, todos los principios inherentes a las Instituciones que los regulan para su uso, preservación o recuperación”, MATHUS ESCORIHUELA, M. / MAGNANI, C., “Agua y Derecho”, cit. p. 14. En el mismo sentido, LÓPEZ J., “Normas ambientales”, en *Estudios de Derecho...*, cit., p. 239, y PIGRETTI, E., *Teoría Jurídica...*, cit., p. 30.

³²⁹ *Cfr.* CANO, G., “Introducción al derecho ambiental argentino”, *LL*, T. 154, 1974, p. 914; DÍAZ ARAUJO, M., “El artículo 41...”, cit., p. 738. No se trata de una cuestión pacífica en la doctrina, existiendo tesis de signo diferente a la propuesta. La posición centralista, –diferenciada de la provincialista expuesta *supra*– defiende una regulación unitaria de la materia desde el poder central. El fundamento de esta posición residiría en la aplicación extensiva de la cláusula de prosperidad (art. 67 inc. 16 CN 1853/60, actual art. 75 inc. 18 CN) y la cláusula comercial (art. 67 inc. 12 CN 1853/60, actual art. 75 inc. 13 CN). MARIENHOFF, considera que, en la distribución de competencias entre la Nación y las provincias en materia de medio ambiente, resulta aplicable la denominada cláusula del bienestar general contenida en el art. 67 inc. 16 CN 1853/60. MARIENHOFF, M. S., “Expropiación y urbanismo”, *LL*, T. C, 1981, p. 910.

³³⁰ En este sentido debe destacarse la conocida como “Doctrina Guastavino”, en base al dictamen de 10 de junio de 1976, del entonces Procurador General de la Nación GUASTAVINO, E. P., emitido en la causa CSJN, “YPF c/ provincia de Mendoza y Mina Cacheuta SRL s/ nulidad de concesión minera”. Este pronunciamiento justificaría la jurisdicción nacional sobre los hidrocarburos por razones de interés nacional, tal como lo expresó el Procurador en su dictamen, al afirmar que “la extracción del petróleo y del gas y los procesos ulteriores de industrialización y distribución hasta su puesta a disposición de los consumidores o usuarios constituyen actividades que afectan intereses nacionales, relacionados con la economía general del país y con su defensa, cuya tutela incumbe al Gobierno federal, como lo reconoció V. E. en Fallos t. 284, p. 161, Consid. 7°. Según ello cabe afirmar, en otras palabras, que, cuando media interés nacional, surge la jurisdicción nacional, entendida como suprema potestad de regulación jurídica, que es la forma que asume la tutela del Gobierno federal sobre los intereses nacionales. El Gobierno federal se encuentra habilitado para proceder en ese sentido porque ha sido instituido por la Constitución como instancia suprema de coordinación y decisión para todas aquellas materias que afectan al país en general, a la Nación considerada «sub specie unitatis», en cumplimiento de los objetivos declarados en el Preámbulo de «constituir la unión nacional, proveer a la defensa común y promover el bienestar general». *Vid.* SCSJN, de 3 de mayo

en el art. 124 CN respondería a la voluntad de poner fin a dicho abuso, fortaleciendo el federalismo en los términos de la Ley 24.309, de declaración de necesidad de la reforma parcial de la CN. Se reconocería así que la jurisdicción, esto es, la competencia, deriva del dominio originario, y que su ejercicio compete a quien es su titular, salvo que la Ley establezca lo contrario para casos particulares y, con carácter excepcional, cuando la CN lo autorice³³¹. Como señala GELLI, “el art. 124 CN resulta claro acerca de que los convencionales constituyentes de 1994 reconocieron el dominio originario de sus recursos naturales a las provincias. Esta decisión fue fruto de una larga e intensa reivindicación federal de los Estados locales”³³². Sin embargo, pese a la fundamental importancia de esta atribución constitucional expresa, el art. 124 CN guarda un acusado mutismo en relación a su concepto, contenido y extensión del dominio originario. Resulta obligado, por consiguiente, efectuar una aproximación al concepto de dominio originario pues al mismo no se refería hasta el momento la legislación nacional más allá del Código de Minería³³³. No se trata de una cuestión

de 1979, Fallos: 301:341, “YPF c/ provincia de Mendoza y Mina Cacheuta SRL s/ nulidad de concesión minera”.

³³¹ Se pone esta cuestión en relación directa con la delegación a la Nación de los presupuestos mínimos para la protección ambiental recogida en el art. 41 CN. Los presupuestos mínimos de protección ambiental deben establecer una legislación de mínimos centrada en la protección de los recursos por lo que la Nación no puede recurrir a esta vía para incidir en cuestiones relativas a la gestión de los mismos. Se trata de una cuestión que compete en exclusiva a las provincias. La combinación de los arts. 41 y 124 CN, induce a pensar que la delegación se efectuó bajo la condición de que su ejercicio no conllevará el vaciamiento del dominio que ostentan las provincias sobre esos mismos recursos, pues de otro modo no se entendería la mención expresa ex art.124, in fine CN. Por la importancia de esta cuestión la misma se tratará de forma detenida *infra*.

³³² GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada: 4ª ed. ampliada y actualizada*, T. II, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 613-614.

³³³ El Código de Minería, (Ley Nacional núm. 1.919, texto ordenado por Decreto núm. 456/1997, BO núm. 28658, de 30 de mayo de 1997), establece en su art. 7 que, “*las minas son bienes privados de la nación o de las provincias, según el territorio en que se encuentren*”; en su art. 8 concede a los particulares “*la facultad de buscar minas, de aprovecharlas y disponer de ellas como dueños, con arreglo a las prescripciones de este Código*”; en el art. 9 dispone que “*el Estado no puede explotar ni disponer de las minas, sino en los casos expresados en la presente ley*”; y finalmente, en el art. 10 se concreta que “*sin perjuicio del dominio originario del Estado reconocido por el art. 7, la propiedad de las minas se establece por concesión legal*”. De acuerdo con el régimen expuesto, si bien el Estado posee el dominio originario de los yacimientos, no puede explotar ni disponer de las minas, concediendo a los particulares un derecho de disposición como dueños. Al respecto señala IRIBARREN que “este dominio que se denomina privado pero que no lo es, como tampoco público, que se asemeja al dominio imperfecto, que parte de la doctrina lo tipifica como “*minero*” y que el propio Código lo describe como “*originario*”, consiste en establecer un derecho de propiedad a favor de particulares por la vía de concesión (que tampoco contiene los elementos de la misma), aunque revocable, en caso de incumplir su titular con determinadas condiciones”, aseverando el autor que “evidentemente no resulta posible extrapolar estas características tan peculiares del dominio minero al régimen de

pacífica entre la doctrina. El silencio del art. 124 CN, en cuanto a los elementos esenciales de este dominio originario, ha dado pie a una pluralidad interpretaciones del mismo que, en realidad, como señala CASSAGNE, se pueden reconducir a dos tesis principales: de un lado, la que atribuye al dominio originario una naturaleza potestativa (*potestas*), más cercana al concepto de dominio eminente, y de otro, la que le reconoce una naturaleza patrimonial (*propietas*) más próxima al dominio público – en su concepción patrimonialista– e incluso al dominio privado³³⁴.

La primera de estas teorías, la posición soberanista, defendida entre otros por DIAZ ARAUJO, sostiene que el dominio originario posibilita el ejercicio de determinadas competencias, lo que técnicamente se llama dominio eminente. Por tanto, lo que corresponde a las provincias es el dominio eminente entendido como aquel que éstas detentan respecto de los elementos que se encuentran dentro de su territorio en el que ejerce su soberanía³³⁵. Por otro lado, hubo quienes, como QUIROGA LAVIÉ, defendieron la postura patrimonialista, según la cual el dominio originario equivalía al derecho real de dominio. Al respecto, se postuló que el dominio originario de los recursos naturales no podía referirse a otra cosa que al dominio patrimonial

dominio del resto de los recursos naturales, concluyendo que el término incluido por los convencionales en el último párrafo del art. 124 no posee los mismos significado y alcance jurídico que el del Código de Minería”. IRIBARREN, F. J., “Acerca del dominio originario de los recursos naturales”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 5, Lexis Nexis, 2006, p. 57.

³³⁴ CASSAGNE, J. C., “El artículo 124 de la Constitución y el dominio originario”, Comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 26 de abril de 2007, *Anales*, Segunda Época, año LII, núm. 45, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2007, pp. 122-123. En el mismo sentido, MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit., p. 35.

³³⁵ En concreto, el discurso defendido por DÍAZ ARAUJO en la Convención Constituyente fue el siguiente, “técnicamente lo que corresponde en relación con el dominio de las provincias, tomando como base la terminología que sigue nuestro derecho civil y nuestra doctrina sobre el tema, es el dominio eminente, que es aquel que tienen las provincias respecto de los elementos que se encuentran dentro de su territorio. Por ello, en el dictamen de la Comisión de Competencia Federal habíamos hecho la distinción de las cosas que pertenecen al territorio de la provincia y lo que es el dominio originario. Este, en doctrina y en los fallos de la Corte Suprema, se interpreta que es aquel que se tiene sobre los recursos que la provincia o la Nación concede para su explotación por un tiempo determinado o, en el caso de las minas, hasta su agotamiento, pero el Estado mantiene una tutela que permite recuperar su dominio si el concesionario no cumple con sus obligaciones, cosa que es técnicamente así, tal como lo determinan la doctrina, y la jurisprudencia nacional e internacional. Tengo un deber de honestidad intelectual —no porque pretenda saber más que otras personas— de señalar que técnicamente es así y que la redacción que ha quedado concretada tiene ese defecto, porque si se entiende como dominio originario lo que técnicamente es, no podría comprender al suelo, porque estaría usando la terminología de la Constitución de México, donde se estatizó el suelo y se le dio el mismo rango que a las minas. Hay una dificultad de orden jurídico muy seria; es lo que estoy planteando. *Cfr.* Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, Reunión 28ª, sesión 3ª, de 10 y 11 de agosto de 1994, pp. 3869 y ss.

sobre los mismos. De ese modo, se consideró que siendo el dominio originario un derecho real, el correspondiente a los recursos naturales es un dominio de naturaleza patrimonial sobre ellos. Ello, no obstante, no implica reconocer en todo caso la titularidad pública de los recursos naturales, puesto que admite además su explotación y aprovechamiento³³⁶.

Una postura intermedia vendría representada por IRIBARREN, quien defiende que “el último párrafo del art. 124 CN no hace ni más ni menos que dar rango constitucional al dominio eminente que cada provincia posee respecto de sus recursos naturales, concepto que ya había sido sostenido por la mayoría de la doctrina e imposibilita que el Estado Nacional a través de leyes como las 17.319 y 17.500 pueda arrogarse la titularidad de recursos ubicados en jurisdicción provincial. Coexisten así el concepto de dominio originario que consagra la Constitución y el régimen de dominio civil, sin colisionar entre sí”³³⁷. Se trata de un escenario moderado en el cual, si bien las relaciones jurídicas de los bienes o cosas en relación a las personas, establecidas por legislación civil, se han mantenido incólumes, el rango ya constitucional y no meramente legal del dominio eminente de los recursos por parte de las provincias impide al Gobierno Federal arrogarse el dominio de recursos en

³³⁶ Defendiendo la tesis patrimonialista, QUIROGA LAVIÉ sostuvo en la Convención Constituyente que, “el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio no puede estar referido a otra cosa que al «dominio patrimonial» sobre dichos recursos. «Dominio» es un derecho real, que duda cabe. Si es en relación con los «recursos naturales» es un dominio patrimonial sobre los mismos, ¿Qué otro dominio puede ejercerse sobre un recurso natural?. Pero como no estamos en un sistema colectivista, dicho dominio, de público, se transfiere a la propiedad privada para que su explotación y aprovechamiento se efectúe en el mercado. ¿Qué le quedará a las provincias de ese dominio recursivo cuando estamos en un sistema de propiedad privada? No la fijación de la política nacional sobre cada recurso en la medida que ellos imparten la economía nacional. En un sistema federal las políticas las fija el Congreso de la Nación, pero a frente a esas políticas –que no pueden ser provinciales, porque no podrá haber 24 políticas de alcance nacional para cada recurso– las provincias no pueden verse afectadas en el aprovechamiento de los recursos”. *Cfr.* Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, Reunión 28ª, sesión 3ª, de 10 y 11 de agosto de 1994, inserción 15, pp. 3894 y ss.

³³⁷ Respecto al dominio eminente IRIBARREN, mantiene que “este concepto de dominio eminente es citado en la nota al art. 2507 del CC, donde el codificador explica que la Nación tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama el Estado, tiene respecto de los bienes que están en su territorio, un poder, un derecho de legislación, de jurisdicción y de contribución, que aplicado a los inmuebles, no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior. A este derecho del Estado, que no es verdadero derecho de propiedad o dominio, corresponde solo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general”. IRIBARREN, F. J., “Acerca del...”, cit., p. 65.

territorio provincial³³⁸.

En cualquier caso, como señala MARTÍN, “uno de los problemas centrales para la definición de dominio originario, en la que va implicada en buena medida su distinción con las figuras de dominio eminente, público y la jurisdicción, es el diverso plano de análisis en el marco del cual los diferentes autores ensayan su caracterización”³³⁹. En realidad, a fin de poder comprender el alcance y contenido del dominio originario reconocido en el art. 124 *in fine* CN, éste debe ser analizado en el contexto de los nuevos derechos que aparecen en la reforma de 1994. De este modo, REBASA y CARBAJALES, a la hora de caracterizar el dominio originario mantienen que “en el caso del art. 124 de la Constitución reformada encontramos propiedades asimilables al dominio eminente pero al mismo tiempo, un concepto más amplio y, a la vez, más específico que aquél. Más específico, ya que si bien comprende al dominio eminente como categoría, está vinculado especialmente a un conjunto de bienes esto es, a la clase de los recursos naturales, y su alcance queda determinado por sus características particulares. De lo contrario, la Constitución estaría avanzando en una calificación general que no se compeadece con el universo del bien objeto de su definición. Pero, a su vez, es también más amplio, en razón de que el texto constitucional reformado otorga facultades concretas que trascienden el significado simbólico e histórico del dominio eminente”³⁴⁰.

Por tanto, y siguiendo el criterio de los referidos autores, la controversia doctrinal relativa al alcance de la definición constitucional del dominio originario puede ser salvada a través de su caracterización, entendiendo que “es un ámbito normológico que se extiende sobre todos los recursos naturales, cualquiera sea su característica, siendo su principal efecto la titularidad de los Estados provinciales en cuanto a su capacidad para regular intensamente el uso y disposición eventual de esos bienes públicos en beneficio de toda la sociedad”³⁴¹. El dominio originario

³³⁸ Debe recordarse aquí lo expuesto *supra* sobre la problemática derivada de la denominada "doctrina Guastavino". En la causa CSJN, “YPF c/ provincia de Mendoza y Mina Cacheuta SRL s/ nulidad de concesión minera”, Fallos: 301:341, sentencia del 3 de mayo de 1979, el Alto Tribunal determinó que el régimen de recursos naturales no tenía raíz constitucional sino legal, de manera que legislativamente se podía modificar, adoptándose el sistema de dominio que fuese más adecuado a los intereses del país. *Cfr.* IRIBARREN, F. J., “Acerca del...”, cit., p. 55.

³³⁹ MARTÍN, L., *Derecho de ...* cit., p. 35.

³⁴⁰ REBASA, M. / CARBAJALES, J. J., “Los recursos naturales en ...”, cit., p. 1170.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 1174.

contemplaría según el caso, facultades de propiedad o solo de regulación delimitadas en su extensión en virtud del sistema de distribución constitucional de competencias establecido respecto a los recursos naturales tras la reforma constitucional.

Puede concluirse entonces que, desde un punto de vista político constitucional, la reforma de 1994, con la inclusión del art.124 *in fine* CN, así como del resto de disposiciones relativas a los recursos naturales, introduce importantes novedades respecto del régimen anterior. En primer término, el reconocimiento expreso del dominio originario a favor de las provincias pone fin, sin ambigüedades, a la tradicional controversia referida al sujeto titular –Nación o provincia– de los recursos naturales³⁴². En segundo lugar, el constituyente, al calificar de originario el dominio atribuido a las provincias, reconoce la soberanía, que no dominio público, de los recursos naturales en conjunto (incluyendo agua, suelo, fauna, flora, etc.)³⁴³. Como

³⁴² Pese a considerar que con anterioridad a la reforma constitucional la potestad de las provincias sobre los recursos era incuestionable al no existir delegación alguna en este sentido en favor de la Nación, debe señalarse que una gran parte de la doctrina apoyó, tiempo atrás, la titularidad nacional de los recursos naturales. Consecuencia de ello el art. 40 de la CN 1949 reconocía la propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación de los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo de carbón y de gas y demás fuentes naturales. Esto tuvo su reflejo a nivel infraconstitucional en las leyes de minería e hidrocarburos consiguientes que también optaron por esa definición. Cfr. SALOMONI, J. L., *Teoría general...*, cit., reimpresión 2004, pp. 125 y ss.

³⁴³ El carácter público que se atribuye a los recursos naturales no puede ser confundido con el concepto tradicional de dominio público. Esta condición pública deriva del sujeto titular del dominio originario, las provincias, sujetos públicos por excelencia, y del objeto sobre el que recae, los recursos naturales que configuran un patrimonio común del conjunto social calificado por la doctrina internacional como del más alto interés público. El dominio originario se extiende sobre todos los recursos naturales como conjunto, sin perjuicio de que, como señalan REBASA y CARBAJALES su “ámbito jurídico se extienda de diferente manera y con efectos diversos según sea el recurso natural considerado: es una consecuencia derivada del amplio universo de los bienes jurídicos protegidos”. REBASA, M., / CARBAJALES, J. J., “Los recursos naturales ...”, cit., p. 3. De esa manera el dominio originario nunca podrá considerarse como de carácter privado. Sirva de ejemplo de la incongruencia que dicha confusión supondría si se entendiera de dominio público el suelo, un recurso que pertenece generalmente a propietarios privados. Por tanto, el carácter público que se atribuye al dominio originario provincial sobre esos recursos no puede confundirse con el concepto de dominio público que equivaldría a estatizar los mismos. En este sentido, DIAZ ARAUJO puso de manifiesto la dificultad de orden jurídico que entraña la redacción del art. 124 CN señalando que, “la redacción que ha quedado concretada tiene ese defecto, porque si se entiende como dominio originario lo que técnicamente es, no podría comprender al suelo, porque estaría usando la terminología de la Constitución de México, donde se estatizó el suelo y se le dio el mismo rango que a las minas. Hay una dificultad de orden jurídico muy seria; es lo que estoy planteando”. Cfr. Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, Reunión 28ª, sesión 3ª, de 10 y 11 de agosto de 1994, pp. 3869 y ss. Ahora bien, aun cuando de lo expuesto pudiera deducirse que se niega al dominio originario ese carácter de derecho patrimonial, o derecho real de propiedad, tal como lo define el Código Civil, esta conclusión debe ser relativizada dependiendo del caso concreto. El dominio originario contempla según el caso, facultades de propiedad o solo de regulación. Como sostienen REBASA y CARBAJALES, “algunos recursos naturales, por su condición legal y fáctica, son susceptibles de propiedad o de

señalan REBASA y CARBAJALES “dicha clase de recursos ha pasado a formar parte de ese amplio ámbito que supone la tutela del Estado o del poder público en tanto regulador y legislador sobre sus usos y en beneficio del conjunto social”³⁴⁴. En efecto, hasta entonces el concepto de “recursos naturales” carecía de tratamiento constitucional vigente, por lo que era el legislador quien lo determinaba en cada caso particular. Y, a partir de la reforma constitucional, se introduce por primera vez una visión integral de la naturaleza o tratamiento jurídico de los recursos naturales, incluida el agua.

Por tanto, sobre las ya apuntadas dudas sobre si el dominio originario entraña potestades o por lo contrario, se trata en realidad de un mero título formal sin efecto jurídico, cabría apuntar que el dominio originario, como concepto superior que engloba el dominio eminente, conlleva con excepciones puntuales, la atribución de competencias (jurisdicción)³⁴⁵. El ejercicio de potestades no derivaría de la titularidad del dominio público, no siendo éste un criterio de distribución de competencias, sino del reconocimiento del dominio originario. Encarta esta apreciación con la motivación, ya expuesta, que condujo a incluir la referencia expresa del dominio originario en la reforma constitucional *ex art.* 124CN: evitar intromisiones de la Nación en el ejercicio de competencias provinciales. Se vincula por tanto el dominio originario con la jurisdicción sin perjuicio de las excepciones previstas.

2. 3 De la competencia para la delimitación del dominio público en derecho argentino

Visto cuanto antecede, deviene fundamental concretar a quién compete la delimitación de los bienes que forman el dominio público, en especial en materia de

sistemas de disposición o explotación por titulares privados, empero otros no. En el caso de la minería y los hidrocarburos, el carácter del recurso y el encuadramiento de su régimen jurídico admite formas de disposición por los concesionarios o permisionarios y su uso en beneficio de la comunidad, base liminar de la consideración de los recursos naturales. Nunca es un derecho absoluto del titular per se, sino que limitado a un destino de uso y beneficio”. REBASA, M. / CARBAJALES, J. J., “Los recursos naturales ...”, cit., p. 3. Esto permitiría distintas formas de explotación del bien con tales fines, Cfr. BELLORIO CLABOT, D., *Tratado de Derecho Ambiental*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 34-40.

³⁴⁴ REBASA, M. / CARBAJALES, J. J., “Los recursos naturales ...”, cit., 1174.

³⁴⁵ Como se expone infra, existen excepciones a este binomio dominio originario-jurisdicción en la medida en que la ésta n puede ser delegada, cuestión que justifica el ejercicio de competencias por la Nación en elementos que integran el dominio originario de las provincias.

aguas. En este sentido, y como adelantábamos *supra*, pueden identificarse dos posturas antagónicas³⁴⁶. Por un lado, la posición doctrinal clásica que atribuye dicha competencia al Congreso de la Nación *ex art. 75 inciso 12 CN* entendiendo que se trata de la regulación jurídica de las cosas y tiene naturaleza civil³⁴⁷. Por otro, una posición doctrinal más actual que considera que la cuestión debe ser regulada por el derecho administrativo, pues tratándose no de la propiedad en sentido estricto, sino de un título de intervención sobre las cosas, no existe delegación alguna al Gobierno Nacional, correspondiendo su regulación a las provincias³⁴⁸

La opinión mayoritaria, entre la que se posicionan autores como SPOTA, MARIENHOFF, CORTI VIDELA o VILLEGAS BASAVILBASO, entiende que la autoridad competente para legislar sobre el dominio público es el Estado Nacional a través de los Códigos de fondo, tratándose esta de una facultad delegada por las provincias a la Nación *ex art. 75 inc. 12 CN*. Por tanto, corresponderá al Congreso Nacional la competencia exclusiva para asignarle carácter público al agua. Ahora bien, sin perjuicio de esta facultad nacional para establecer la naturaleza jurídica de los bienes, las provincias conservan, *ex poder de policía*, la competencia para legislar sobre el uso y goce de los bienes de su territorio que hayan sido declarados como públicos por el legislador nacional³⁴⁹

³⁴⁶ ROSATTI, H. D., “Los bienes del dominio público reivindicados desde el derecho público: el caso “Meteorito Chaco”, *LL*, T-B, 2008, p. 393; *LL Litoral*, 2008, p. 245; Cita Online: AR/DOC/781/2008.

³⁴⁷ Art. 75, inc.12 CN: “(Corresponde al Congreso) Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

³⁴⁸ FIORINI, B., *Derecho Administrativo*, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976 (reimpresión 1997), p. 301.

³⁴⁹ En este sentido, MARIENHOFF tras confirma que es la Nación, en virtud de las facultades sobre legislación de fondo delegadas por las provincias, a quien corresponde determinar los bienes que conforman el dominio público o el privado, agrega que “la facultad para legislar sobre todo lo referente a los modos y formas en que los particulares adquirirán el uso y goce de los bienes públicos surge del art. 121 CN, en cuyo mérito las provincias conservan el ejercicio pleno del llamado poder de policía, una de cuyas manifestaciones consiste en la facultad de reglamentar la forma y el modo del uso y goce de los bienes públicos. Esta facultad es exclusiva por cuando nunca fue expresa ni implícitamente delegada a la nación. De todo lo anterior se desprende que el Código Civil nada tiene que hacer respecto al uso y goce de los bienes públicos. Esto es así no sólo

Los fundamentos de esta tesis mayoritaria descansan en el reconocimiento y garantía que la CN hace respecto a la propiedad privada. CORTI VIDELA mantiene que, “para indicar cuales bienes son privados la adecuada técnica legislativa es establecerlos por exclusión es decir enumerar los bienes públicos- las excepciones- y los que no estén comprendidos en las excepciones serán privados, pues en nuestro sistema constitucional, la regla es que las cosas susceptibles de uso por particulares sean privadas”³⁵⁰. Es decir, a juicio del autor, el CC no presenta ningún tipo de extralimitación de la competencia constitucional asignada al Congreso puesto que se ocupa de la regulación de la propiedad privada a través de un ejercicio de definición negativa, esto es, a través de la enumeración de las excepciones. Comparten esta tesis autores como MARIENHOFF, SPOTA o ALLENDE.³⁵¹

No obstante, pese a ser éste el posicionamiento tradicionalmente aceptado, la reforma constitucional ha reavivado la tesis contraria que, defendida por autores como CANO, SILVEYRA, o BIELSA, entiende que no habiéndose delegado al Gobierno Federal las materias atinentes al derecho público y siendo de competencia de esta rama del derecho la determinación de qué bienes son de naturaleza pública, es atributo provincial legislar sobre ellas³⁵². En este sentido CANO razona que “una provincia puede, en cualquier momento, dictar una ley disponiendo la expropiación de aguas del dominio privado, y su afectación al uso público, esto es, su transformación en aguas del dominio público”³⁵³. Expresa el autor que “no se diga que la clasificación del dominio es materia de derecho privado. Lo es, pero la del dominio privado, mas no la del dominio público, que hace a la esencia del derecho público, pues es su base

porque tal materia pertenece al derecho público y no al derecho privado -que constituye el objeto del Código Civil, sino porque siendo este último una ley de la Nación, no podría válidamente contener normas sobre uso y goce de bienes públicos situados en las provincias ya que entonces la Nación parecería legislando sobre una materia ajena a su competencia”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 104.

³⁵⁰ CORTI VIDELA, A., “Calificación del dominio de las aguas”, *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo*, año 2, núm. 33, 1959, p. 25 y ss; LÓPEZ, J., “El derecho de aguas en la legislación argentina”, cit., pp. 31-32.

³⁵¹ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 104; SPOTA, A., *Tratado de derecho de aguas*, T. I, cit., p. 26; ALLENDE, G., *Derecho de Aguas con ...*, cit., pp. 82 y ss.

³⁵² CANO, G., “La materia impositiva ante el Derecho Público Provincial”, *El Siglo Ilustrado*, Mendoza, 1935, p. 87; del mismo autor, “Estudios de Derecho de...cit., , pp. 72-87. El carácter local del derecho público argentino, en especial del derecho administrativo se infiere de los art. 1, 5, 6, 41, 41, 75, 85, 221 a 126, y 129 CN.

³⁵³ CANO, G., “Estudios de Derecho...” cit., p. 78.

fundamental”³⁵⁴. SILVEYRA, se pronuncia en el mismo sentido cuando afirma que desde su punto de vista, el CC se ha excedido en sus atribuciones con la determinación de lo que constituye el dominio público de los Estados, dado que esto es materia de derecho público, y el CC solo regula aspectos de derecho privado.³⁵⁵

La posición jurisprudencial al respecto deja entrever las consecuencias que, en este sentido, derivan del proceso de reforma constitucional. Se cita por todas la SCSJN, de 24 de mayo de 2011, Fallos 334:565, C. 1389. XLIII, “Campo del Cielo S.R.L. c. Provincia del Chaco”, en la que el Alto Tribunal se ha visto en la necesidad de resolver la controversia suscitada por el Superior Tribunal de Justicia de Chaco en su sentencia de 28 de mayo de 2007 en la que el Tribunal acordó desestimar el recurso de inconstitucionalidad deducido por Campo del Cielo S. R. L., rechazando la demanda de expropiación irregular que dicha empresa había entablado contra aquel Estado local, en el entendido de que el dominio público debe ser regulado por el derecho administrativo, remitiéndose para ello al art. 124 CN³⁵⁶. Al respecto, la CSJN

³⁵⁴ CANO, G., “El Derecho de Aguas en el Anteproyecto de Código Civil”, *LL*, T. VII, sección Doctrina, p. 43.

³⁵⁵ SILVEYRA, C., *Derechos del Gobierno Nacional sobre las riberas de los ríos navegables*, Imp. Europea de M. A. Rosas, Buenos Aires, 1903, p. 59 y ss.

³⁵⁶ STSJ, de la provincia de Chaco, Sala Primera Civil, Comercial y Laboral sentencia de 28 de mayo de 2007 “Campos del cielo SRL v. Provincia de Chaco”. El Superior Tribunal, con fundamento en que el “Meteorito Chaco”, ubicado dentro de un inmueble rural, era de propiedad de la provincia demandada en tanto ésta tenía el dominio originario de los recursos naturales —art. 124 CN—, rechazó la demanda de expropiación irregular que la propietaria del predio donde está ubicado el cuerpo celeste había entablado contra ese Estado local. Contra ese pronunciamiento la actora interpuso el recurso extraordinario que, al ser denegado, motivó la queja. La CSJN revocó la sentencia impugnada. El fundamento del Tribunal Superior de Justicia residía en las siguientes consideraciones: i) los meteoritos son recursos naturales comprendidos en el art. 124 CN; ii) el art. 38 de la Constitución provincial consagra como deber de los poderes públicos dictar normas que aseguren la preservación, protección, conservación y recuperación de los recursos naturales y su manejo a perpetuidad (inc. 1), así como resguardar los cuerpos celestes existentes en el territorio de la Provincia y que son bienes del patrimonio provincial (inc. 10); iii) el art. 2º de la ley local 4.076 sobre Patrimonio cultural (BO, 28 de noviembre de 1994) establece que integran el patrimonio cultural y natural, entre una serie de bienes, los yacimientos meteoríticos y sitios naturales que tengan valor artístico, histórico, paleontológico y arqueológico. En virtud de las disposiciones señaladas, el Tribunal vino a concluir que el meteorito cuya expropiación irregular solicitaba la actora es un bien del patrimonio de la provincia, ya que su propiedad pertenece al Estado y, en consecuencia, no existía el conflicto normativo planteado por aquélla. *Cfr.* Apartado I del Dictamen de la Procuración General de la Nación en SCSJN, de 24 de mayo de 2011, Fallos 334:565, C. 1389. XLIII, “Campo del Cielo S.R.L. c. Provincia del Chaco “Campo del Cielo S.R.L. c. Provincia del Chaco. En este sentido revierte especial importancia el Consid. VI de la sentencia de 28 de mayo de 2007 en el que el Superior Tribunal de Justicia de Chaco señala que, “de la reseña normativa y doctrinaria precitada surge con meridiana claridad que, a diferencia de lo postulado por la impugnante extraordinaria, el meteorito cuya expropiación irregular alega la misma, es un bien del patrimonio provincial,

se ha pronunciado entendiéndose errónea la interpretación efectuada por el Superior Tribunal de Justicia de Chaco mantenido que, “en tales condiciones, y sin perjuicio de que los meteoritos puedan ser considerados bienes del dominio público en los términos del art. 2340 CC —norma cuyo alcance e interpretación corresponde determinar a los jueces de la causa, en tanto constituye una cuestión de derecho común ajena, como regla a la revisión por la vía del recurso extraordinario—, corresponde revocar la sentencia apelada en tanto el a quo sustentó su decisión en una errónea interpretación del art. 124 de la Constitución Nacional”³⁵⁷.

Si bien, en relación con cuanto ha sido expuesto, y tal y como señala MARTIN “no puede pasarse por alto que fue y es, en última instancia, la oportunidad o

es decir que su propiedad pertenece a la Provincia del Chaco, demandada en estos autos. Ello es así no por los fundamentos de derecho común vertidos por la Cámara -concretamente los diversos arts. del CC interpretados por la misma y que reseñara en el punto II) de la presente-, sino, como lo destacara precedentemente, por imperio de las Cartas Magnas Nacional y Provincial y las leyes dictadas todas en consonancia”. Como señala ROSATTI, “el Superior Tribunal del Chaco se inclinó por la segunda posibilidad, lo que le permitió hilvanar la secuencia dentro del andarivel del derecho público, gestado a partir del art. 124 CN, dominio originario provincial que se reafirma con normas de la constitución local y con leyes provinciales. Ello le permitió invalidar al CC como fuente de regulación del caso, al que habían apelado actora y demandada para legitimar sus derechos (por accesión o por posesión en el primer caso y por apropiación en el segundo)”. ROSATTI, H. D., “Los bienes del dominio público...”, cit., *in fine*.

³⁵⁷ SCSJN, de 24 de mayo de 2011, Fallos 334:565, C. 1389. XLIII, “Campo del Cielo S.R.L. c. Provincia del Chaco. El Alto Tribunal considera que por parte del Superior Tribunal de Justicia se efectúa una interpretación amplia del concepto de recursos naturales utilizado por el art. 124 CN —según la cual esa expresión incluye a los cuerpos celestes que impactan sobre el planeta tierra—, que no encuentra sustento ni en la letra de la norma ni en los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994. El Alto Tribunal señala en el Consid. 3º que, “ello es así, no sólo porque en los debates relativos al artículo 124 se hace referencia a otro tipo de elementos, tales como los recursos ictícolas o de los hidrocarburos, sino porque es en otro artículo diferente en el que los constituyentes discuten la protección de bienes de valor científico como los meteoritos. En efecto, en oportunidad de informar ante el plenario el dictamen de la mayoría sobre el actual art. 41, la convencional Roulet incluyó los meteoritos entre los «bienes naturales» de valor científico que componen el patrimonio natural cuya preservación exige dicha cláusula constitucional y que ésta los diferencia de los «recursos naturales» cuya utilización racional encomienda proteger a las autoridades. En el sentido expuesto, la mencionada convencional expresó: “se consagra la obligación del Estado de proveer a la preservación del patrimonio natural, entendiéndose por tal el conjunto de los paisajes, restos fósiles, aerolitos, meteoritos y demás cuerpos celestes que constituyen no sólo bienes naturales sino un patrimonio de valor científico muy importante para nuestro país” (13ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 20 de julio de 1994, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Secretaría Parlamentaria, Dirección de Publicaciones, Santa Fe, Paraná, 1994, tomo II, pág. 1608). Y es en atención a lo anterior que finalmente concluye en el Consid. 4º lo expuesto *supra* que, “en tales condiciones, y sin perjuicio de que los meteoritos puedan ser considerados bienes del dominio público en los términos del art. 2340 CC—norma cuyo alcance e interpretación corresponde determinar a los jueces de la causa, en tanto constituye una cuestión de derecho común ajena, como regla a la revisión por la vía del recurso extraordinario—, corresponde revocar la sentencia apelada en tanto el a quo sustentó su decisión en una errónea interpretación del art. 124 CN”.

conveniencia política lo que determinó la adopción de un criterio u otro”³⁵⁸. En este sentido, el autor hace descansar la opción finalmente elegida a la hora de determinar la competencia para la delimitación de los bienes públicos en la necesidad de garantizar la unidad de un Estado Nacional en proceso de conformación³⁵⁹.

2. 4. *La titularidad estatal del dominio público natural. El supuesto español*

En el ordenamiento jurídico español no se contempla como tal el concepto de dominio originario, pero podría identificarse con el dominio público natural estatal al que se refiere el art. 132 de la CE³⁶⁰. El precepto reserva a la ley la regulación del régimen jurídico de los bienes públicos sobre la base de “*los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad*”, y dispone que “*son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental*”. Como puede observarse, el art. 132 CE demanializa categorías genéricas de bienes definidas según sus características naturales homogéneas. Como señala el TC “no es casual, que la Constitución haya incorporado directamente al dominio público estatal en el art. 132.2 determinados tipos de bienes que, como la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial, etc., constituyen categorías o géneros enteros definidos por sus características físicas o naturales homogéneas. La Constitución ha dispuesto así que algunos de los tipos de bienes que doctrinalmente se han definido como pertenecientes al demanio «natural» formen parte del dominio público del Estado”³⁶¹. En la inclusión genérica de categorías

³⁵⁸ MARTÍN, L. *Derecho de...*, cit., p. 101.

³⁵⁹ Como refiere MARTÍN “así fue posiblemente la necesidad histórica de unificar un territorio con divisiones políticas a través de una Ley común, de manera tal de posibilitar el fortalecimiento del Estado en ciernes, lo que indicó decisivamente en la interpretación que se hiciera respecto de la competencia para la determinación de los bienes públicos; hecho que, sumado a la deficiente institucionalidad de alguna de las incipientes provincias argentinas, hizo quizá inconveniente dejarles librada la determinación de sus propios bienes, cuestión que operaría más que como un factor aglutinante como impedimento formal par lograr un mínimo de uniformidad en el territorio nacional que permitiera la unión política”, MARTÍN, L., *Derecho de...*, cit., p. 101.

³⁶⁰ Art. 132 CE: “1. *La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.* 2. *Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.* 3. *Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación*”.

³⁶¹ Vid. SSTC 227/1988, de 29 noviembre, FJ 14 y 247/2007, de 12 diciembre, FJ 21.

completas de bienes en el demanio, es decir, en la determinación constitucional del llamado dominio público natural, subyacen fines constitucionalmente legítimos vinculados, en última instancia, a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, – como, por ejemplo, la que garantiza el art. 45 CE–, o como señala SAINZ MORENO, a la defensa y utilización racional de la “riqueza del país”, que en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general (art. 128.1 CE)³⁶².

Ahora bien, el constituyente no agota la enumeración de los géneros de bienes que, en virtud de sus caracteres naturales, integran el demanio natural estatal. Antes al contrario, el precepto establece que la ampliación de este listado de bienes de dominio público natural estatal corresponde al legislador estatal³⁶³. El TC fija una pauta interpretativa para determinar los tipos de bienes que el legislador estatal corresponde en todo caso demanializar, si así lo estima oportuno en atención a los intereses generales, incluyéndolos en el dominio público estatal. Así el TC señala que “dicha pauta se deduce de una lectura sistemática del conjunto del precepto (132 CE), y se confirma, en la línea de la interpretación unitaria de la Constitución, si se tiene en cuenta, por un lado, el significado y alcance de la institución del dominio público y, por otro, los preceptos constitucionales relativos a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que guardan directa relación con el régimen jurídico de la titularidad de los bienes”³⁶⁴.

Pero lo anterior no significa que corresponda en exclusiva al Estado la incorporación de cualquier bien al dominio público, ni que todo bien que se integre en el demanio deba considerarse, por esta misma razón, de la titularidad del Estado³⁶⁵.

³⁶² SAINZ MORENO, citado por MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M., Letrada de las Cortes Generales, “Sinopsis del artículo 132”, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003, actualizada por la autora en febrero de 2008, y por MORET, V., Letrado de las Cortes Generales, Junio, 2011. Disponible en: <http://www.congreso.es>, (fecha de última consulta, 26 de agosto de 2014).

³⁶³ STC 227/1988, de 29 noviembre, FJ 14.

³⁶⁴ STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14.

³⁶⁵ El TC reconoce expresamente en de su STC 227/1988 FJ 14 que, “ciertamente, este art. 132.2 no es en sí mismo una norma de distribución de competencias, ni traza nítidamente la frontera entre un dominio público estatal y otro autonómico. Lo que establece, junto a la asignación directa y expresa de algunas categorías genéricas de bienes al dominio público estatal, es una reserva de ley –obviamente de ley del Estado– para determinar qué otros bienes han de formar parte de ese mismo dominio público adscrito a la titularidad estatal. Pero eso no significa, como es evidente, que corresponda en exclusiva al Estado la incorporación de cualquier bien al dominio público, ni que todo bien que se integre en el demanio deba considerarse, por esta misma razón, de la titularidad del Estado”.

Como el propio TC reconoce “la Constitución ha dispuesto así que *algunos* de los tipos de bienes que doctrinalmente se han definido como pertenecientes al demanio «natural» formen parte del dominio público del Estado”. Se reserva al legislador estatal la competencia exclusiva para determinar las categorías de bienes que integran el dominio público estatal pero no se pronuncia sobre el dominio público autonómico. Así, podría interpretarse que el TC reconoce la posibilidad de que las CCAA demanialicen, vía afectación singular, bienes concretos, que en este caso, podrían integrar el dominio público natural autonómico. No se está obviando el tajante pronunciamiento del TC sobre que “tratándose del «demanio natural», es lógico que la potestad de demanializar se reserve al Estado en exclusiva y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan, asimismo, como unidad indivisible en el dominio público estatal”³⁶⁶. Pero sí se plantea la duda sobre las competencias autonómicas para la demanialización de aquellos bienes que, pudiendo integrar el dominio público natural, no son reconocidos como tales por el legislador estatal quedando entonces desprotegidos.

A partir de los postulados constitucionales, el legislador estatal, como es sabido, ha procedido a demanializar *ex lege* importantes categorías de bienes que forman parte del dominio público natural estatal como las aguas y algunas masas de agua que, además de las contempladas en el art. 132 CE, forman parte del dominio público marítimo-terrestre. En cambio, en relación a otros recursos naturales como los espacios naturales o la flora y la fauna, el legislador estatal no se ha pronunciado al respecto³⁶⁷. Sí, en cambio, en relación con las vías pecuarias que, entendidas por algún sector doctrinal como bienes integrantes del dominio público natural se consideran por la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias (art. 5) como bienes de dominio público autonómico³⁶⁸.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Derecho ambiental*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 843 y ss.

³⁶⁸ Vid. ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 500-501. En este sentido, la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1995, p. 9206), dispone en su art. 5 que: “Corresponde a las Comunidades Autónomas, respecto de las vías pecuarias: “i) el derecho y el deber de investigar la situación de los terrenos que se presuman pertenecientes a las vías pecuarias; ii) la clasificación; iii) el deslinde; iv) el amojonamiento; v) la desafectación; vi) cualesquiera otros actos relacionados con las mismas”.

En consecuencia, puede afirmarse que la CE no lleva a cabo una demanialización de todos los recursos naturales que forman parte del concepto de medio ambiente. Ello supone que los bienes de dominio público natural no siempre resultarán de titularidad estatal y que es compatible con la CE que las CCAA demanialicen una categoría de bienes completa o bienes concretos que puedan formar parte del dominio público natural. Ahora bien, ha de precisarse que cuando el Estado demanializa una categoría completa de bienes como integrantes del dominio público natural, lo hace en ejercicio de su competencia para la determinación del contenido del derecho de propiedad *ex arts.* 149.1.1^a. y 149.1.8^a CE (basta para ello comprobar el título constitucional invocado por las normas o la jurisprudencia del TC)³⁶⁹. En cambio, si una CCAA demanializa una categoría de bienes o determinados bienes como integrantes del dominio público autonómico, aun cuando formaran parte del medio ambiente y compartieran características naturales, ello sería tenido como expropiación, necesitada de compensación *ex art.* 33 CE, por carecer, la CA de competencias para la determinación del contenido del derecho de propiedad.

Dejado a un lado lo anterior, y volviendo a la cuestión relativa a las demanializaciones que ha llevado a cabo el legislador estatal, mantiene MENÉNDEZ REXACH que, “aplicada a las aguas, la declaración de su naturaleza demanial no es un

³⁶⁹ STC 227/1988, de 9 de noviembre, FJ 14: “si la técnica jurídica del dominio publico supone ante todo la segregación de determinados bienes del trafico jurídico privado, es obvio que la inclusión en el mismo de categorías enteras de bienes, definidas por sus elementos naturales, constituye una línea divisoria, de alcance general, respecto de la clasificación de los bienes en susceptibles o no de ser objeto del derecho de propiedad privada. Las normas jurídicas establecen así una *summa divisio* que, sin perjuicio de la afectación singular de otros bienes que pueden ser indistintamente objeto de apropiación privada, repercute de manera directa en el régimen jurídico del derecho que reconoce el art. 33.1 de la constitución, al que fijan un limite objetivo esencial. En consecuencia, aquella forma de afectación general al dominio publico mediante ley de todo un genero de bienes definidos por sus características naturales compete en exclusiva al Estado, y ello tanto porque se debe entender incluida en el concepto material de legislación civil, a que se refiere el art. 149.1.8 CE, como porque atañe a las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, respecto de los que el Estado debe garantizar la igualdad sustancial, mediante su propia regulación, de acuerdo con el art. 149.1.1 CE. Por estricto que sea el alcance de este último precepto, es fácil advertir que la igualdad sustancial de todos los españoles en el ejercicio del derecho constitucional de propiedad quedaría quebrantada si la zona marítimo-terrestre, las playas, las aguas continentales u otros tipos de bienes naturales semejantes pudieran ser o no objeto de apropiación privada en las distintas zonas del territorio del Estado. De ahí que solo el legislador estatal pueda disponer, como condición básica que garantice la igualdad sustancial, la determinación de las categorías de bienes naturales que quedan excluidas del trafico privado. Por otra parte, a la luz de los antecedentes históricos, no cabe duda de que la regulación de la clasificación primaria de los bienes en susceptibles o no de dominio privado constituye parte de la legislación civil, sin perjuicio del carácter público de la legislación que fije el régimen exorbitante de protección y uso de los bienes públicos”.

imperativo constitucional, sino una opción del legislador. Como ha recordado la STC 149/2011, de 28 de septiembre, el art.132 CE «no impone (...) el carácter demanial de las aguas sino que habilita, en todo lo no contemplado por el mismo, un amplio margen para el diseño del dominio público hidráulico hasta el punto de que la propia demanialización de esta categoría de bienes es una opción del legislador» (FJ 6)³⁷⁰. Por tanto, aun cuando la CE no reconoce expresamente las aguas continentales como bienes de dominio público del Estado, dicha titularidad se desprende del art. 132.2 CE. De acuerdo con referida previsión constitucional de que la demanialización de otros bienes la puede realizar la ley, se constata que el art. 2 del TRLA³⁷¹, declara dominio público del Estado, entre otros bienes, a las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas renovables, los acuíferos y las aguas procedentes de la desalación del mar³⁷².

Ahora bien³⁷³, reconocida la titularidad estatal del DPH, la misma no resuelve la

³⁷⁰ MENÉNDEZ REXACH, A., “El agua como...”, cit., p. 190.

³⁷¹ Art. 2 TRLA: “*Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación. b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas. c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar*”.

³⁷² Así lo reconoce expresamente el TC en su sentencia 247/2007, de 12 diciembre, FJ 21, cuando expone que, “son bienes de dominio público estatal los que determine la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. Por tanto, la Constitución Española no determina expresamente que las aguas continentales forman parte del dominio público estatal, si bien de acuerdo con la previsión de que la demanialización de otros bienes la puede realizar la Ley, se constata que el art. 2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de junio, declara dominio público del Estado, entre otros bienes, a las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas renovables, y a los acuíferos”.

³⁷³ En concreto, respecto del agua, la cuestión sobre su titularidad y las competencias a ella asociadas fueron resueltas por el TC, entre otras, en la STC 227/1988, de 29 noviembre. Así, la STC 227/1988, de 29 noviembre, por la que el Alto Tribunal resolvió los siguientes procesos acumulados: recursos de inconstitucionalidad registrados con los núms. 824, 944, 977, 987 y 988 de 1985, interpuestos, respectivamente, por la Junta de Galicia, 58 Senadores, el Consejo de Gobierno de la CA de las Islas Baleares, el Gobierno Vasco y el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, todos ellos en relación con la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; y los conflictos positivos de competencia registrados con los núms. 995/1986, 512/1987, planteados por el Gobierno Vasco, en relación, respectivamente, con el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el RDPH; la Orden de 23 de diciembre de 1986, del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, por la que se dictan normas complementarias sobre autorizaciones de vertidos de aguas residuales, y el Real Decreto 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los Organismos de cuenca y de los planes hidrológicos. El TC estimó parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LA

cuestión del ejercicio de competencias que el Estado y las CCAA tienen atribuidas respecto al agua³⁷⁴. En España la titularidad no es un criterio de delimitación competencial³⁷⁵. Como reconoce el TC “son separables la propiedad pública de un bien y el ejercicio de competencias públicas que lo utilizan como soporte natural. En otros términos, no puede compartirse sin más la afirmación de que, en todo caso, la potestad de afectar un bien al dominio público y la titularidad del mismo sean anejas a las competencias, incluso legislativas, que atañen a la utilización del mismo”³⁷⁶. La compleja distribución competencial entre Estado y las CCAA, reconocida por el TC entre otras en sus SSTC 77/1984, de 3 de julio³⁷⁷; 227/1988, de 29 de noviembre; 149/1991, de 4 de julio³⁷⁸; 195/1998, de 1 de octubre³⁷⁹, deja clara la posibilidad de

de 1985, declarando la inconstitucionalidad de determinados arts. de la norma y la supletoriedad de otros. Asimismo, el Tribunal estimaría parcialmente el conflicto positivo de competencia interpuesto por el Gobierno Vasco contra determinados preceptos del RDPH, declarando por último que ni la Orden del Ministerio de Obras Públicas, de 23 de diciembre de 1986, ni el Real Decreto 650/1987, de 8 de mayo, invadían las competencias de la CA del País Vasco.

Si bien, como se apuntó supra, las nuevas reformas estatutarias han obligado al TC a revisar sus pronunciamientos sirviendo como ejemplo la SCT 247/2007, de 12 diciembre, dictada con motivo del recurso de inconstitucionalidad núm. 7288-2006, interpuesto por el Gobierno de la CA de Aragón, contra el art. 20 de la L.O. 1/2006, de 10 de abril, de reforma del EACV.

³⁷⁴ Vid. DE MARCO FERNÁNDEZ, A. I., “Implicaciones constitucionales del principio de unidad de cuenca”, en MENÉNDEZ REXACH, A., *Planificación y gestión ...*, cit., pp. 169-174.

³⁷⁵ STC 227/1988, de 29 noviembre, FJ 15: “La titularidad estatal del dominio público hidráulico no predetermina, como se ha dicho, las competencias que el Estado y las Comunidades Autónomas tienen atribuidas en relación con el mismo”. Reiteramos que el dominio público no es un criterio de distribución constitucional de competencias, ahora, como señala MENÉNDEZ REXACH, “aunque el art. 132.2 de la CE no sea en si mismo una norma de distribución de competencias para el Estado. Hasta en una treintena de veces el Alto Tribunal recurre a este fundamento (titularidad demanial) para justificar la atribución al Estado de competencias controvertidas”. MENÉNDEZ REXACH, A., “El dominio publico como institución jurídica: configuración histórica y significado actual en el derecho público español”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2004, p. 222.

³⁷⁶ STC 247/2007, de 12 diciembre, AJ 8º y STC 227/1988, de 29 noviembre, FJ 14.

³⁷⁷ STC 77/1984, de 3 julio, por la que se resuelve el conflicto positivo de competencia núm. 250/1982, promovido por el Gobierno de la Nación frente al Gobierno del País Vasco. El conflicto tuvo por objeto las resoluciones del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas del País Vasco, de fechas 2 y 3 de marzo de 1982, por las que se aprobaron, respectivamente con carácter definitivo, el Proyecto General de Ordenación Urbana de Bilbao y su comarca, consistente en la inclusión de la infraestructura viaria perteneciente a la denominada solución Ugaldebieta y el Plan especial para la ejecución de esta última. EL TC declaró que la titularidad de la competencia controvertida correspondía a la CA del País Vasco.

³⁷⁸ STC 149/1991, de 4 julio, por la que el TC resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados bajo núms. 1689, 1708, 1711, 1715, 1717, 1723, 1728, 1729 y 1740/1988, interpuestos contra la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Fueron recurrentes la Xunta de Galicia, el Consejo de Gobierno de las Islas Baleares, el Gobierno

que la titularidad estatal de los bienes de dominio público sea compatible con el ejercicio de competencias de otras Administraciones Públicas sobre el mismo bien³⁸⁰. Como señala el TC, remitiéndose a sus propios pronunciamientos, “en todo caso, deberá tenerse en cuenta que la declaración de demanialidad de las aguas continentales no las convierte en espacio físico ajeno al ejercicio de las competencias de los diferentes entes territoriales, pues según «una doctrina que muy reiteradamente hemos sostenido (SSTC 77/1984, FJ 3; 227/1988, FJ 14; y 103/1989, FJ 6 a)), la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese espacio corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad”³⁸¹.

Por tanto, a los efectos de determinar las concretas competencias que sobre el agua detentan los entes públicos, con independencia de su titularidad, deben ser analizados los preceptos constitucionales y estatutarios que regulan la distribución de competencias en esta materia: el art. 149.1.22ª CE, que reserva en exclusiva al Estado la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una CA, y el art. 148.1.10ª CE que dispone que las CCAA podrán asumir competencias en los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la CA. En relación a estos debe señalarse que del mismo modo que la titularidad no determina competencias, a sensu contrario, el ejercicio de competencias de un bien no prejuzgan

Vasco, el Parlamento de Cataluña, el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Gobierno de Canarias, el Gobierno Valenciano y D. Federico T.M., comisionado por 50 Diputados. La sentencia estimó parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Costas y, en consecuencia, se declararon nulos determinados arts. de la norma desestimando los recursos de inconstitucionalidad en todo lo demás.

³⁷⁹ STC 195/1998, de 1 octubre, por al que el Alto tribunal resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria en relación con los arts. 21.3 de la Ley 4/1989, de 27 marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y la Flora y la Fauna Silvestre, y los arts. 2 y 3 y Anexo de la Ley 6/1992, de 27 de marzo, por la que se declara Reserva Natural a las Marismas de Santoña y Noja. El Tribunal declara inconstitucionales los arts. 2 y 3 y el Anexo de la Ley 6/1992, de 27 de marzo, por la que se declara Reserva Natural a las Marismas de Santoña y Noja, y, por conexión los restantes preceptos de dicha Ley.

³⁸⁰ MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M., “Sinopsis...”, cit.

³⁸¹ STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 21. En el mismo sentido, SSTC 9/2001, de 18 de enero, 118/1998, de 4 junio, 110/1998, de 21 mayo, 15/1998, de 22 enero, 149/1991, de 4 de julio y 227/1988, de 29 noviembre.

titularidad³⁸².

A la luz de cuanto se ha expuesto, debe reiterarse, en palabras de MARTÍN que “el principio de titularidad provincial del dominio público hidráulico característico del Estado federal argentino se opone a la titularidad estatal que reconoce el Estado español de autonomías, aunque la conflictividad y los términos de las disputas en torno a la competencia sobre la regulación y el uso del agua resulten equivalentes en importancia”³⁸³.

³⁸² STC 227/1988, de 29 noviembre, FJ 14: “con base en el texto de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, las normas que distribuyen competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre bienes de dominio público no prejuzgan necesariamente que la titularidad de los mismos corresponda a éste o a aquéllas”. Así lo demuestra el hecho de que varios EEAA, entre ellos el de la Región de Murcia (art. 10.2), el del País Vasco (art. 10.31), o el de Galicia (art. 27.3) hayan asumido competencias sobre la ordenación del litoral, siendo así que el art. 132.2 CE considera de dominio público estatal la zona marítimo-terrestre y las playas.

³⁸³ MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit., p. 296.

CAPÍTULO II.- COMPLEJIDAD COMPETENCIAL EN LOS ESTADOS ESPAÑOL Y ARGENTINO EN MATERIA DE AGUAS

I. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL ESTADO DE AUTONOMÍAS

Sin duda, la más significativa de las modificaciones introducidas por la Constitución de 1978 fue la profunda alteración de las bases tradicionales del Estado español. Se modifica el modelo unitario y centralizado originario de la Revolución Francesa, vigente durante el régimen anterior a la CE, pasando a un modelo distinto tanto del Estado centralizado como del Estado federal insertando una nueva fórmula de descentralización que el TC denomina Estado de las Autonomías³⁸⁴. A fin de poder

³⁸⁴ Debemos hacernos una referencia a lo impreciso de la configuración de nuestro modelo de Estado actual. No existen dudas sobre su ordenación como un Estado de Derecho, social y democrático, siendo su forma política la de Monarquía parlamentaria (*ex art. 1 CE*), sin embargo, no hay una certeza absoluta sobre si se trata de un modelo unitario o federal o de un tipo intermedio. La CE no recoge ninguna denominación sobre el modelo de Estado a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1931 que lo denominaba “Estado integral” (art. 1). Esta indeterminación del modelo dio pie a una profunda división doctrinal en torno a la naturaleza del nuevo Estado compuesto español. La doctrina se dividió en dos posturas principales. En primer lugar, un sector doctrinal, formado por autores como TOMÁS Y VALIENTE o PÉREZ ROYO, que entendió el nuevo modelo como un Estado regional al que no le resultan de aplicación los esquemas y conceptos acuñados para el Estado federal. En segundo lugar, otro sector doctrinal representado por autores como TRUJILLO, CRUZ VILLALÓN o MUÑOZ MACHADO entendía que la nueva estructura político-territorial española pertenecía indubitablemente a la familia de los federalismos, explicable, por lo tanto, por la Teoría constitucional de la Federación. *Cfr.* RUIPÉREZ ALAMILLO, J., “La división de competencias en el llamado «Estado de las Autonomías»”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, 1988, p. 228; TOMÁS Y VALIENTE, F., “Informe a la VI Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, 1984”, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Autonomías Territoriales*, CEC-Tribunal Constitucional, Madrid, 1985, p. 136; PÉREZ ROYO, J., “Reflexiones sobre la contribución de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 49, 1986, p. 8; del mismo autor, “Desarrollo y evolución del Estado autonómico: el proceso estatuyente y el consenso constitucional”, en HERNÁNDEZ LAFUENTE, A. (coord.), *El funcionamiento del Estado Autonómico*, MAP, Madrid, 1999, p. 57; TRUJILLO G., “Federalismo y regionalismo en la Constitución española de 1978: El Estado “federal-regional”, en TRUJILLO, G., (coord.), *Federalismo y regionalismo*, CEC, Madrid, 1979, p. 43; “El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual”, *REDC*, núm. 2, 1981, p. 15; CRUZ VILLALÓN, P., “La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. monográfico 4, 1981, p. 61; MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, 2ª ed., Lustel, Madrid, 2007.

Esta falta de consenso generó un mosaico de fórmulas utilizadas por la doctrina para referirse a la nueva forma de Estado. CASTELAO hace un breve resumen de las más significativas señalando las siguientes: “«Estado plural» (TIERNO GALVÁN), «Estado autonómico» (SÁNCHEZ AGESTA), «Estado regional» (PECES BARBA), «Estado de las Autonomías» (CLAVERO ARÉVALO), «Estado federal unitario» (ARIÑO), «Estado unitario

profundizar en el reparto de competencias existente entre el Estado y las CCAA en materia de agua y medio ambiente, así como la problemática que de dicha distribución se deriva, se hace necesario, con carácter previo, hacer un pequeño esbozo del modelo hasta ahora vigente y de los principios que lo informan en un intento de encuadrar el origen de los diversos problemas que serán tratados aquí.

El español es un modelo de Estado compuesto integrado por dos entidades de poder: Estado, entendido como la entidad que formula las normas comunes a todo el territorio nacional, y de otro, las CCAA, dotadas no solo de poder administrativo sino también de fuertes poderes políticos, competentes para dictar las normas aplicables a en su territorio específico dentro del ámbito competencial que le es asignado³⁸⁵. Por tanto, resulta fundamental establecer un sistema distribución de competencias que permita concretar qué entidad es competente en función de la materia y el ámbito territorial, ostentando un papel fundamental en esta distribución los Estatutos. Los EEAA son reconocidos por la CE, *ex art.* 147, como la norma institucional básica de cada CCAA, fruto del principio dispositivo. Como reconoce GARCÍA DE ENTERRÍA, la CE se limita a ofrecer un marco formal que permite opciones autonómicas concretas de acceder al autogobierno, opciones que se concretarán en un EA propio de cada una de ellas y que especificará tanto la organización propia de la respectiva CCAA como el nivel de competencias que, dentro del marco establecido en la CE, asume dicha Comunidad³⁸⁶. Por tanto, la CE no diseña ni el mapa autonómico, ni configura el marco de competencias asumido libremente por cada CCAA en su correspondiente EA, el cual, en virtud del principio dispositivo, recoge la denominación escogida libremente para la CCAA, su procedimiento de acceso a la autonomía, las competencias asumidas y su propia organización institucional. El EA representa, por

regional» (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), «Estado semifederal, semirregional o semicentralizado» (MUÑOZ MACHADO), «Estado federo-regional» (TRUJILLO), «Estado autonómico con matices federalistas» (ENTRENA CUESTA), «Estado unitario con espíritu federalista» (SIMÓN TOBALINA), «Estado integral» (HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN)”. *Vid.* CASTELAO, J., “Sinopsis del art. 137 CE”, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003, actualizada por SIEIRA, S., *Letrada de las Cortes Generales*, 2011. Disponible en <http://www.congreso.es/>, (fecha d última consulta, 10 de octubre de 2014).

En resumen, nos encontramos ante un modelo de Estado constitucionalmente innominado al que el TC se refiere como "Estado de las Autonomías", sin pretender con ello atribuirle una calificación jurídica precisa.

³⁸⁵ STC 27/1983, de 20 de abril, FJ 2; STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 2; STC 13/2007, de 18 de marzo, FJ 3; STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3.

³⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Civitas, Madrid, 2011, p. 286.

tanto, una norma fundacional, expresión del acervo de instituciones y competencias autonómicas³⁸⁷, integrada en el ordenamiento jurídico estatal que dota de virtualidad al principio de autonomía, pues sin esta norma las CCAA no podrían constituirse como tales.

Determinada su naturaleza como norma institucional básica de las CCAA, integrada dentro del marco del ordenamiento jurídico general, conviene concretar cuál es su relación con el resto del sistema de fuentes. Resulta incontestable que el EA queda sometido a la CE y que debe ser interpretado a la luz de las prescripciones constitucionales en las que los EEAA encuentran sus límites fijados en el Título VIII de la CE. En relación con el resto de normas del Estado, en especial las que comparten su naturaleza de L.O., los EEAA hallan su límite en las reservas competenciales recogidas en la CE. Como ha recordado recientemente el TC, los EEAA deben guardar un respeto hacia aquellos ámbitos materiales que han sido reservados a otras L.O. como las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales³⁸⁸. Por último, en cuanto al ordenamiento autonómico, los EEAA constituyen la norma básica y fundamental a la que deberán quedar sometidas el resto de normas autonómicas. Cuestiones todas estas que, pese a que fueron abordadas en el período inicial de formación de nuestro modelo de Estado, han debido ser de nuevo examinadas por el TC como consecuencia de los recursos planteados a luz de la denominada “guerra del agua”, tal y como examinaremos en el apartado correspondiente.

En este sentido, nuestro Estado de Autonomías solo puede ser explicado a través de una interpretación conjunta de la CE, los EEAA y el resto de normas sobre delimitación competencial que vienen a conformar el denominado “bloque de la constitucionalidad”, con las que se pretende alcanzar un equilibrio moderado en el reparto de competencias entre Estado y CCAA *ex arts.* 148 y 149 CE. Del análisis del reparto de competencias recogido en nuestra Norma Suprema cabe concluir que la aparente sencillez del sistema de distribución constituye en realidad un foco de incesantes tensiones, cuya base parte de la existencia de competencias exclusivas,

³⁸⁷ STC 16/1984, de 6 de febrero, FJ 2.

³⁸⁸ STC 31/2010, de 28 de junio.

compartidas y concurrentes. Esta realidad hace necesario profundizar en cada materia para conocer las funciones y potestades atribuidas a cada esfera de poder³⁸⁹.

Como ya destacó el TC en su STC 247/2007, de 12 de diciembre de 2007, a fin de comprender el funcionamiento real de nuestro modelo de Estado, son cuatro las cuestiones que deben tenerse presentes: los principios estructurales de la organización territorial del Estado; la naturaleza jurídica, posición y función de los EEAA en nuestro sistema de fuentes; la delimitación general de las competencias y contenido de los EEAA y, en fin, el contenido constitucionalmente lícito de éstos.

El Estado de las Autonomías supuso la transformación del modelo territorial vigente hasta entonces que transformó una configuración centralista y totalitaria en un modelo descentralizado territorial y políticamente erigido sobre unos principios rectores cuya aplicación constituye la verdadera definición de nuestro modelo estatal (*Strukturprinzipien*). Estos principios estructurales, identificados por la doctrina y por la jurisprudencia como los principios de *Unidad, Autonomía y Solidaridad*³⁹⁰, están consagrados en el art. 2 CE y son desarrollados a lo largo del texto constitucional, de forma especialmente relevante en el Título VIII bajo la rúbrica de “Organización Territorial del Estado”.

El principio de Unidad, recogido en el art. 2 CE, fundamenta la posición de superioridad del Estado frente a las CCAA o los entes locales, reconocida expresamente por el TC en aras de proteger el interés general como garante del mismo³⁹¹. Su principal manifestación reside en la existencia de un único ordenamiento jurídico que ampara y otorga cobertura a la concurrencia de los ordenamientos estatal y autonómico y en el que encuentra su sentido el principio de autonomía³⁹². De este modo, el TC ha sido determinante a la hora de reconocer la Unidad como fundamento

³⁸⁹ ALONSO DE ANTONIO J. A., “Artículo: 149.1.1.ª, 4.ª, 5.ª, 7.ª, 10.ª a 32.ª, 2 y 3: Sistema de distribución de competencias”, en ALZAGA VILLAAMIL, A., (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo XI, Edersa, Madrid, 1999, pp. 260 y ss.

³⁹⁰ En este sentido, STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4; STC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2.

³⁹¹ STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3, reiterada en STC 247/2007, de 27 de diciembre, FJ 4.

³⁹² Prueba de ello es, de un lado la existencia de una única instancia final tanto desde el punto de vista jurisdiccional como constitucional, existiendo únicamente un TS y un TC, así como por el hecho de que pese al reconocimiento del principio de autonomía, los Estatutos no sean sino a efectos de rango legal, L.L.OO. integradas bajo la tutela de la propia Constitución, arts. 81.1 y 147.1 CE.

de la CE, plasmada en la soberanía nacional y constitutiva de la organización final del modelo de Estado, incidiendo en la sumisión del principio de autonomía a la unidad subrayando que cada organización territorial dotada de autonomía constituye, en realidad, una parte del todo unitario al que no puede oponerse³⁹³.

El principio de unidad del Estado se plasma en un doble reconocimiento constitucional. De un lado, la titularidad única de la soberanía nacional (art. 1. 2 CE) y de otro, el reconocimiento expreso de la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2 CE) de forma que, pese a la existencia y reconocimiento de las Autonomías, se concibe a la Nación como una realidad anterior y superior y de la cual la indisolubilidad configura su principal característica. Se trata, en suma, de articular la integración de esa pluralidad de entidades territoriales dotadas de autonomía política en la unidad de la Nación y del Estado del que aquellas entidades forman parte.

Por su parte el principio de autonomía, –reconocido en los arts. 2 y 137 CE respecto a las CCAA y en los arts.137, 140 y 141 CE respecto a provincias y municipios–, conlleva el reconocimiento, dentro de una Nación única, de la existencia de nacionalidades y regiones que la integran, y que, favorecidas por una descentralización territorial, política y administrativa, disponen de conformidad con los mandatos constitucionales de competencias para gestionar sus intereses a través de sus propios órganos engastados en una distribución vertical del poder: Estado (titular de la soberanía), CAAA (caracterizadas por su autonomía política) y las provincias y municipios, dotados de autonomía administrativa en su propio ámbito³⁹⁴. Así, vistas las potestades reconocidas a las CCAA y a los entes locales, surge la necesidad de configurar un sistema de distribución de competencias que se ajuste a los límites impuestos por la propia CE³⁹⁵, y que vendrán determinados por el principio de Unidad. Como señala MUÑOZ MACHADO “la unidad es el punto de referencia negativo para la autonomía en cuanto que no pueden formarse entes autónomos que quebranten ésta o actúen desconociéndola”³⁹⁶.

³⁹³ STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3.

³⁹⁴ STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3.

³⁹⁵ LUCAS VERDÚ, P. / LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Comentarios al Art. 137. La Organización Territorial del Estado”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., (dir.), *Comentarios a la Constitución española...*, cit., pp. 431-432.

³⁹⁶ MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de...*, cit., p. 241.

En relación con este principio, el TC ha subrayado en reiteradas ocasiones que si bien la CE halla su fundamento en la Unidad de la Nación³⁹⁷, sus órganos no disponen de un poder absoluto debiendo tenerse presente la participación en el ejercicio del poder de las entidades territoriales a las que, en función del principio de autonomía, se les reconoce competencia para la gestión de sus propios intereses³⁹⁸.

En tercer y último lugar, reconocida la existencia de diferentes entidades de poder, la CE regula el deber de solidaridad entre todas ellas³⁹⁹. En términos del TC, un deber de auxilio recíproco⁴⁰⁰, de recíproco apoyo y mutua lealtad⁴⁰¹. Así debe entenderse que el principio de solidaridad va dirigido a evitar situaciones de desequilibrio motivadas por privilegios económicos o sociales quedando estos prohibidos, exigiéndose que, en el ejercicio de sus correspondientes competencias, los diferentes poderes eviten adoptar decisiones o materializar actos que perjudiquen el interés general que debe predominar sobre cualquier otro interés menor⁴⁰².

II. LA COMPLEJA ARTICULACIÓN DE COMPETENCIAS EN EL ESTADO AUTONÓMICO. ESPECIAL REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

1. La articulación de competencias en el Estado Autonomico.

Visto que en nuestro sistema tanto al Estado como las CCAA les ha sido reconocida la potestad de dictar sus propias normas, deviene fundamental concretar cómo se acuerda la distribución de materias entre ambas entidades a fin de evitar conflictos competenciales. La distribución de competencias debe ajustarse a un conjunto de principios generales rectores del sistema, los principios de unidad, autonomía y solidaridad, asimismo, el criterio nuclear sobre el que parece vertebrarse el reparto de competencias es el de asignación a cada instancia de poder (central y

³⁹⁷ STC 247/2007, de 27 de diciembre, FJ 4.

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ El principio de solidaridad, plasmado de forma inequívoca en los art. 2 y 137 CE y garantizado en el art. 138.1CE, interviene en la estructura de nuestro modelo de Estado como un principio integrador del principio de autonomía y del principio de unidad.

⁴⁰⁰ STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14.

⁴⁰¹ STC 96/1986, de 10 de julio, FJ 3.

⁴⁰² STC 4/1981, de 2 de febrero, y en el mismo sentido SSTC 25/1981, de 14 de julio, FJ 3, y 64/1990 de 5 de abril, FJ 7.

autonómica) de cuanto concierne a la gestión de sus respectivos intereses. Tal es lo que viene a indicar el art. 137 CE, que tras enumerar los entes territoriales en que se organiza el Estado (municipios, provincias y CCAA) proclama el principio de autonomía de todas estas entidades "para la gestión de sus respectivos intereses".

El sistema de distribución de competencias en España puede quedar resumido de forma esquemática de la siguiente forma: el art. 149 CE regula treinta y dos materias expresamente atribuidas a favor del Estado. El art. 148 CE desglosa un total de veintidós materias en las que las CCAA pueden asumir competencias⁴⁰³. Asimismo, el art. 149.3 CE concreta una fórmula de atribución residual por la que las materias no atribuidas expresamente al Estado pueden ser asumidas por las CCAA, correspondiendo al Estado todas aquéllas que no se recojan expresamente en los EEAA, prevaleciendo las normas estatales en caso de conflicto sobre las de las CCAA en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas, otorgando en todo caso carácter supletorio al derecho estatal (art. 149.3 CE). Resulta fundamental tener en cuenta que merced al principio dispositivo constituye un requisito *sine qua non* que las CCAA hagan referencia expresa en sus EEAA a las competencias asumidas⁴⁰⁴. En ese sentido, FERNÁNDEZ SEGADO sostiene que los EEAA son las normas llamadas a precisar "las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución por cada CCAA. Quiere ello decir que la asunción de competencias se asienta en el principio dispositivo, debiendo realizarse con perfecta observancia del marco constitucional, o lo que es igual, de las reglas constitucionales previstas al respecto"⁴⁰⁵.

Pese a la sencillez aparente del sistema de distribución competencial esquemáticamente descrito, la problemática surge en la medida en que los precitados arts. 148 y 149 CE, si bien parecen atribuir competencias, se refieren en puridad a materias sobre la que las CCAA "*podrán asumir competencias*" (art. 148.1 CE) o

⁴⁰³ Como será examinado a continuación, las diferentes vías de acceso a la autonomía fueron determinantes en las primeras fases de conformación del Estado Autonómico, afectando de forma directa al techo competencial de las diferentes CCAA. Se diferencian las denominadas CCAA de vía rápida (art. 151 CE y Disposición transitoria segunda), con mayores competencias, de las CCAA de vía lenta (art. 143 ce), sujetas a un proceso gradual de acceso a las competencias.

⁴⁰⁴ STC 82/1984, de 20 de julio.

⁴⁰⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Distribución de competencias en la Constitución española", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. V, 1994, Valdivia, Chile, pp. 39-51.

sobre las que "el Estado tiene competencia exclusiva" (art. 149.1 CE). Así, como el propio TC ha reconocido, la materia como concepto jurídico se erige en una de las líneas principales del sistema competencial⁴⁰⁶. Por otra parte, en relación a las materias enunciadas por el art. 148 CE, no todas pueden ser asumidas de modo completo por las CCAA, sino que en ocasiones ciertas funciones en relación con estas materias se atribuyen en exclusiva al Estado, por lo que este diseño ciertamente frecuente resulta un foco incesante de conflictos competenciales que el TC debe resolver. Que estas materias se asuman de forma compartida, así como que su naturaleza pueda ser legislativa o no, nos conduce a la necesaria interpretación conjunta de los arts. 148 y 149 CE en relación con los EEAA⁴⁰⁷.

El art. 149 CE si bien efectúa una atribución *ex constitutione* a favor del Estado, no delimita en realidad el contenido de las mismas, ni su alcance, ni las funciones materiales que determinan. Del mismo modo, muchas de estas materias que se presumen de exclusiva competencia estatal no se ajustan al concepto tradicional de exclusividad, sino que, como ha advertido en reiteradas ocasiones el TC, dicho término se utiliza en nuestro Texto constitucional de forma equívoca⁴⁰⁸.

Del análisis del listado de materias relacionadas en dicho precepto se concluye que, si bien existen atribuciones al Estado sobre la totalidad de algunas materias, –por lo cual no cabe que en ella ninguna Comunidad pueda asumir competencias ni siquiera de ejecución⁴⁰⁹–, existen otras atribuciones de menor entidad referidas únicamente a potestades concretas en relación con algunas materias⁴¹⁰. En este último caso, el

⁴⁰⁶ STC 39/1982, de 30 de junio.

⁴⁰⁷ Operación que nos permitirá descubrir que materias que aparentemente pueden pertenecer a la CA en régimen de exclusividad, incluso en el plano legislativo, son, en realidad, compartidas con el Estado por ejemplo *los montes y aprovechamientos forestales*, materia a la que alude el art.148.1, 8 a) pues el artículo 149.1 23ª otorga al Estado la competencia exclusiva respecto a la legislación básica sobre montes.

⁴⁰⁸ STC 37/1981, de 28 de noviembre.

⁴⁰⁹ De acuerdo con la STC 1/1982 de 28 de enero, FJ 13: "el comercio exterior es una de las materias económicas reservadas por la Constitución (art. 149.1.10 CE) íntegra y exclusivamente al Estado, por lo cual no cabe que en ella ninguna Comunidad pueda asumir competencias ni siquiera de ejecución". Además del comercio exterior, otras materias reservadas serían relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE), defensa y fuerzas armadas (art. 149.1.4 CE), inmigración, derecho de asilo, emigración (art.149.1.2 CE), que determinan que el Estado es titular no solo de la competencia de legislar sino también de la de ejecutar lo legislado.

⁴¹⁰ Sirva de ejemplo, el art. 149.1.13ª CE relativo a las "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica"; art.149.1.16ª CE sobre "sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos

constituyente recurre a diversas técnicas de atribución competencial. Se prevé la posibilidad de reservar a favor del Estado la potestad legislativa de forma íntegra respecto de una materia, lo que conduce a que sea la CCAA quien, en su caso, asuma las competencias ejecutivas⁴¹¹. Otra opción del constituyente ha sido recurrir al binomio “Bases más desarrollo”, atribuyendo al Estado la legislación básica. Se trata ésta, sin duda, de la técnica más conflictiva de las empleadas por la CE. En este caso, reservando al Estado la legislación básica, se reconoce expresamente una posibilidad legislativa a las CCAA que consiste en dictar normas adicionales, además de la implícita posibilidad de desarrollar las bases conforme a la conocida técnica “bases más desarrollo”⁴¹². Finalmente, precisamente en sede de aguas, se reconocen las mismas competencias al Estado y las CCAA en función del carácter supraautonómico o infraautonómico del interés⁴¹³.

A modo de síntesis, el sistema descrito permite diferenciar distintas clases de competencias que marcarán la relación entre las Administraciones competentes: exclusivas, compartidas y concurrentes. Las competencias exclusivas serán aquellas que se atribuyen a favor de una de las entidades de poder, bien el Estado o bien la CCAA haciéndolo de forma íntegra, es decir, la totalidad de la materia corresponde o bien al Estado o bien a la CCAA y esta concreta unidad de poder podrá desarrollar las funciones legislativas y ejecutivas de forma íntegra sobre un concreto sector material. Esto es lo que ocurre por ejemplo en materia de urbanismo, ordenación del territorio y vivienda, donde se asigna a las CCAA la competencia exclusiva para legislar y ejecutar lo legislado (art.148.1.3ª CE).

En segundo lugar, las competencias compartidas, que serán aquellas en las que tanto el Estado como las CCAA intervienen compartiendo potestades. En este tipo de

farmacéuticos”; y, en especial, art. 149.1.23ª CE sobre la “*legislación básica sobre protección de medio ambiente*”.

⁴¹¹ Como por ejemplo art. 149.1.7ª CE por el que se reconoce al Estado la competencia exclusiva sobre “*legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas*”.

⁴¹² Por ejemplo el art. 149.1.23ª CE, según el cual el Estado tiene competencia exclusiva sobre “*legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias*”.

⁴¹³ Como sería el caso a modo de ejemplo de puertos, aeropuertos, ferrocarriles y transportes terrestres que pasen por más de una CCAA, *cfr.* arts. 148.1. 5ª y 6ª CE y arts. 149.1.20ª y 21ª CE.

competencias podemos diferenciar dos sistemas: i) Un primero en el que se atribuye al Estado la competencia legislativa correspondiendo a la CCAA la ejecutiva, tal y como ocurre en el caso de la legislación laboral (art. 149.1.7ª CE) o la legislación sobre propiedad intelectual e industrial (art. 149.1.9ª CE) que se atribuyen en exclusiva al Estado sin perjuicio de las competencias ejecutivas de las CCAA. De este modo el Estado legisla y la CCAA adopta las medidas para su eficacia; ii) Y un segundo, en el que se introduce el binomio bases más desarrollo. El Estado tiene competencia en materia de legislación básica (esto es, el establecimiento del mínimo común denominador para todo el territorio nacional), correspondiendo a las CCAA la legislación de desarrollo y la ejecutiva, como sería la competencia en materia de medio ambiente donde, además, se contemplan las normas adicionales de protección (arts. 148. 1. 9ª y 149.1.23ª CE).

Por último, las competencias concurrentes, que quedan referidas a aquellos supuestos en los que distintas competencias confluyen en un mismo objeto jurídico.

Como puede deducirse de este complejo diseño, el cual combina diversas técnicas de articulación según la materia, el conflicto está servido, sobre todo en relación a materias sobre las que ambos poderes comparten competencias sobre una misma materia.

2. Evolución del Estado autonómico. La crisis del modelo y los recientes planteamientos

Sobre la conformación del modelo de Estado Autonómico resultan básicas, entre otras, las obras de AJA⁴¹⁴, TOMÁS Y VALIENTE⁴¹⁵, TORNOS, FONT, PERULLES, ALBERTI⁴¹⁶, PALOMAR OLMEDA⁴¹⁷, MARTÍN REBOLLO⁴¹⁸, o ÁLVAREZ CONDE⁴¹⁹.

⁴¹⁴ AJA, E., *El Estado Autonómico: federalismo y hechos diferenciales*, 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2007; “El parlamentarismo en la democracia (1979-1994)”, *Hispania Revista Española de Historia*, LV/189,1995, pp.125-148; “Los principales periodos del desarrollo del Estado Autonómico”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 2, 1996, pp.121-141.

⁴¹⁵ TOMÁS Y VALIENTE, V., “La primera fase de construcción del Estado de Autonomías 1978-1983”, *RVAP*, núm. 36, 1993, pp. 45-68.

⁴¹⁶ TORNOS, J./ AJA, E./ FONT, T./ PERULLES, J. M./ ALBERTI, E., *Informe sobre las autonomías*, Civitas, Madrid, 1988.

⁴¹⁷ PALOMAR OLMEDA, A., *La organización administrativa: tendencias y situación actual*, Comares, Granada, 1998.

La evolución del modelo autonómico vino marcada, en sus primera fases, por el procedimiento utilizado para el acceso a la autonomía. La CE fija fundamentalmente dos sistemas de acceso a la autonomía –vía rápida y vía lenta– articulados en los preceptos 143, 144, 151, la Disposición adicional primera y las Disposiciones transitorias primera y segunda de la Constitución, y cuya principal diferencia vino determinada por el ritmo de acceso al máximo techo competencial de las autonomías.

De acuerdo con el art. 143 CE, procedimiento de acceso de vía lenta, para ejercer el derecho a la autonomía es preciso que tomen la iniciativa todas las Diputaciones provinciales interesadas o el órgano interinsular correspondiente y las dos terceras partes de los municipios que representen, al menos, la mayoría del censo electoral de cada provincia o isla. En la Disposición transitoria primera se contempla la posibilidad de que en los territorios dotados de un régimen provisional de autonomía, los órganos colegiados superiores sustituyeran a las Diputaciones provinciales o a los órganos interinsulares correspondientes. Se fija para el cumplimiento de tales requisitos un plazo de seis meses a partir del primer acuerdo adoptado por alguna de locales interesadas, no pudiendo reiterarse la iniciativa, en caso de no prosperar, hasta pasados cinco años⁴²⁰.

Por su parte, el art. 151 CE y la Disposición transitoria segunda dejaban previsto el sistema de acceso excepcional o vía rápida. La CE exige que la iniciativa sea

⁴¹⁸ MARTÍN REBOLLO, L. (dir.), *El futuro de las autonomías territoriales. Comunidades autónomas balance y perspectiva*, Universidad de Cantabria y Asamblea Regional de Cantabria, Santander, 1984.

⁴¹⁹ ÁLVAREZ CONDE, E., “El ejercicio del derecho a la autonomía y la configuración del Estado Autonómico”, en HERNÁNDEZ LAFUENTE, A. (coord.), *El funcionamiento del ...*, cit., pp.15-39.

⁴²⁰ El art. 143 CE prevé el acceso gradual a la autonomía mientras que el art. 151 CE permite una vía directa al nivel superior de autonomía. Por esta razón las CCAA del art. 143 CE son conocidas como de vía lenta, de segundo grado o autonomías limitadas. El art. 143 CE regula el acceso a la autonomía mediante la denominada vía lenta concretando que: “1. En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos. 2. La iniciativa del proceso autonómico corresponde a todas las Diputaciones interesadas o al órgano interinsular correspondiente y a las dos terceras partes de los municipios cuya población represente, al menos, la mayoría del censo electoral de cada provincia o isla. Estos requisitos deberán ser cumplidos en el plazo de seis meses desde el primer acuerdo adoptado al respecto por alguna de las Corporaciones locales interesadas. 3. La iniciativa, en caso de no prosperar, solamente podrá reiterarse pasados cinco años”.

ejercida por las Diputaciones provinciales o los órganos interinsulares correspondientes y las tres cuartas partes de los municipios que representen la mayoría del censo electoral de cada provincia y además que tal iniciativa sea ratificada mediante referéndum por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia⁴²¹. A su vez, la Disposición transitoria segunda reconoce expresamente la experiencia autonómica preconstitucional reconociendo que *“los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía y cuenten, al tiempo de promulgarse esta Constitución, con regímenes provisionales de autonomía podrán proceder inmediatamente en la forma que se prevé en el apartado 2 del artículo 148, cuando así lo acordaren, por mayoría absoluta, sus órganos preautonómicos colegiados superiores, comunicándolo al Gobierno. El proyecto de Estatuto será elaborado de acuerdo con lo establecido en el artículo 151, número 2, a convocatoria del órgano colegiado preautonómico. Se exonera del ejercicio de la iniciativa del proceso autonómico en estos términos a los territorios que*

⁴²¹ Por su parte, el art. 151 CE regulaba el procedimiento de acceso mediante la vía rápida (CCAA de vía rápida de primer grado o de plena autonomía): *“1. No será preciso dejar transcurrir el plazo de cinco años, a que se refiere el apartado 2 del artículo 148, cuando la iniciativa del proceso autonómico sea acordada dentro del plazo del artículo 143.2, además de por las Diputaciones o los órganos interinsulares correspondientes, por las tres cuartas partes de los municipios de cada una de las provincias afectadas que representen, al menos, la mayoría del censo electoral de cada una de ellas y dicha iniciativa sea ratificada mediante referéndum por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia en los términos que establezca una ley orgánica. 2. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el procedimiento para la elaboración del Estatuto será el siguiente: 1.º El Gobierno convocará a todos los Diputados y Senadores elegidos en las circunscripciones comprendidas en el ámbito territorial que pretenda acceder al autogobierno, para que se constituyan en Asamblea, a los solos efectos de elaborar el correspondiente proyecto de Estatuto de autonomía, mediante el acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros. 2.º Aprobado el proyecto de Estatuto por la Asamblea de Parlamentarios, se remitirá a la Comisión Constitucional del Congreso, la cual, dentro del plazo de dos meses, lo examinará con el concurso y asistencia de una delegación de la Asamblea proponente para determinar de común acuerdo su formulación definitiva. 3.º Si se alcanzare dicho acuerdo, el texto resultante será sometido a referéndum del cuerpo electoral de las provincias comprendidas en el ámbito territorial del proyectado Estatuto. 4.º Si el proyecto de Estatuto es aprobado en cada provincia por la mayoría de los votos válidamente emitidos, será elevado a las Cortes Generales. Los plenos de ambas Cámaras decidirán sobre el texto mediante un voto de ratificación. Aprobado el Estatuto, el Rey lo sancionará y lo promulgará como ley. 5.º De no alcanzarse el acuerdo a que se refiere el apartado 2 de este número, el proyecto de Estatuto será tramitado como proyecto de ley ante las Cortes Generales. El texto aprobado por éstas será sometido a referéndum del cuerpo electoral de las provincias comprendidas en el ámbito territorial del proyectado Estatuto. En caso de ser aprobado por la mayoría de los votos válidamente emitidos en cada provincia, procederá su promulgación en los términos del párrafo anterior. 3. En los casos de los párrafos 4.º y 5.º del apartado anterior, la no aprobación del proyecto de Estatuto por una o varias provincias no impedirá la constitución entre las restantes de la Comunidad Autónoma proyectada, en la forma que establezca la ley orgánica prevista en el apartado 1 de este artículo”.*

en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de EEAA, entendiendo que la voluntad de constituirse en CCAA quedaba acreditada de forma suficiente sin ser necesaria su nueva reiteración⁴²².

Se diferencian por tanto las dos vías de acceso a la autonomía, vía rápida (art. 151 CE) y vía lenta (art. 143 CE). De un lado las que hubieran sometido a referéndum en el pasado un proyecto de EA y que contaran al tiempo de la CE con regímenes provisionales de autonomía, y por otro, las demás. La Disposición transitoria segunda de la CE permitía a las primeras proceder inmediatamente a la elaboración de sus EEAA, mientras que las segundas deberían esperar a que se celebrasen las primeras elecciones municipales democráticas.

Junto con los preceptos anteriores, la Disposición adicional primera reconoce que *“la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”*. No se trata en puridad un procedimiento para el ejercicio del derecho a la autonomía diferenciado de los anteriores, si bien, con base a esta Disposición se dictaría la L. O. 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), reconocida materialmente como un Estatuto de Autonomía⁴²³.

Por último, el art. 144 CE constituye la cláusula de cierre, reservando a las Cortes Generales, por motivos de interés nacional y mediante L.O., i) la potestad de posibilitar el ejercicio del derecho a la autonomía cuando el ámbito territorial de una CA no supere el de una provincia y no reúna las condiciones del apartado 1 del art. 143 CE; ii) la posibilidad de imponer el ejercicio de tal derecho cuando una provincia no hiciera uso del mismo, puesto que las Cortes pueden “autorizar o acordar”, en su caso, un Estatuto de autonomía para territorios que no estén integrados en la organización provincial; iii) y, la potestad para sustituir la iniciativa de las Corporaciones locales a que se refiere el apartado 2º del art. 143 CE.

Como se apuntó *supra*, las diferentes vías de acceso a la autonomía fueron determinantes en la evolución de nuestro modelo de Estado. Un primer periodo en la evolución del Estado de las Autonomías, puede denominarse periodo de la

⁴²² Cfr. PÉREZ ROYO, J., “Desarrollo y evolución del Estado ...”, cit., pp. 60 y ss.

⁴²³ Sentencia 16/1984, de 6 de febrero, FJ 3.

configuración autonómica (1979-1983). Esta época se corresponde con la etapa fundacional del Estado Autonómico, en la que se aprueban en primer lugar los EEAA del País Vasco y Cataluña, seguidos por el gallego y el andaluz⁴²⁴. Se celebran los Pactos Autonómicos de 1981, que pretenden compensar este escalonado y distinto proceso de acceso a la autonomía, reconduciendo el resultado del mismo, para aplicar a las denominadas CCAA de vía lenta, con un nivel competencial inferior, una transferencia sucesiva de competencias en un período inicial de cinco años⁴²⁵. De acuerdo con esto, se aprobarían los Estatutos de todas las CCAA que no habían plebiscitado EEAA durante la II República: en diciembre de 1981 lo harían Andalucía, Asturias, Cantabria⁴²⁶; en junio-agosto de 1982, La Rioja, Murcia, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias, Navarra⁴²⁷ y en febrero de 1983,

⁴²⁴ El EA del País Vasco se promulgó por L.O. 3/1979 de 18 de diciembre, (BOE núm. 306 de 22 diciembre 1979, p. 29357); el de Cataluña por L.O. 4/1979 de 18 de diciembre, (BOE núm. 306, de 22 diciembre 1979, p. 29363) y el de Galicia por L.O. 1/1981 de 6 de abril, (BOE núm. 101, de 28 abril 1981, p. 8997). Todos fueron aprobados por referéndum, celebrados el 25 de octubre de 1979 (País Vasco y Cataluña) y el 21 de diciembre de 1980 (Galicia). Andalucía aprobaría su EA mediante L.O. 6/1981, de 30 de diciembre, (BOE núm. 9, de 11 enero 1982, p. 517), acogiéndose también a la vía del art. 151 CE tras el referéndum de 28 de febrero 1980 por el que se alcanza el acuerdo entre las fuerzas políticas que permitiría el acceso a la autonomía de Andalucía por esta vía, equiparándose al nivel autonómico de País Vasco, Cataluña y Galicia. *Vid.* AJA, E. “Los principales periodos ...”, cit., p. 123.

⁴²⁵ Mediante los Pactos Autonómicos de julio de 1981 se procede a definir la estructura del Estado, concretándose los siguientes extremos: i) se fija el mapa autonómico determinándose el número de CCAA y de las provincias que las integrarían. Madrid se constituye en CA con base al art. 144 a) CE, Navarra lo hace con base en la Disposición adicional primera; Canarias y Valenciana verían complementado su volumen de competencias a través de sus respectivas LL. OO. de acuerdo con el art. 150.2 CE, equiparándose desde el primer momento con las CA del art. 151 CE; ii) las CCAA se definen como Comunidades de naturaleza política con una idéntica estructura política de acuerdo con lo previsto en el art. 152 CE para las CA de la vía rápida (151 CE), con independencia de si la vía de acceso fue la del art. 143 CE; iii) se fija el 1 de febrero de 1983 como fecha para la terminación del proceso autonómico; iv) se acuerda la armonización de todo el proceso a través de la futura Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA). *Cfr.* PÉREZ ROYO, J., “Desarrollo y evolución del...”, cit., p. 65.

⁴²⁶ L.O. 6/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía de Andalucía, (BOE núm. 9, de 11 enero 1982, p. 517); L.O. 7/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, (BOE, núm. 9, de 11 enero 1982, p. 524); L.O. 8/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía de Cantabria, (BOE núm. 9, de 11 enero 1982, p. 530).

⁴²⁷ L.O. 3/1982, de 9 de junio, Estatuto de Autonomía de La Rioja, (BOE núm. 146, de 19 junio 1982, p.16750); L.O. 4/1982, de 9 de junio, Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, (BOE núm. 146, de 19 junio 1982, p. 16756); L.O. 5/1982, de 1 de julio, Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, (BOE núm. 164, de 10 julio 1982, p. 18813); L.O. 8/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Aragón, (BOE núm. 195, de 16 agosto 1982, p. 22033); L.O. 9/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, (BOE núm. 195, de 16 agosto 1982, p. 22040); L.O. 10/1982, de 10 de agosto, Estatuto de autonomía de Canarias, (BOE núm. 195, de 16

Extremadura, Baleares, Madrid, Castilla y León⁴²⁸. Debe señalarse que Navarra, Canarias y Valencia siguieron procesos específicos que les permitieron alcanzar una “autonomía de primera” equiparándose competencialmente a las CCAA del art. 151 CE. Respecto a Navarra, como se vio *supra*, accedió a la autonomía a través de la Disposición adicional primera CE, dicho acceso se materializó mediante la L.O. 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), norma que dota de autogobierno a la Comunidad Foral de Navarra y reconoce su régimen foral dentro del diseño autonómico. En el caso de Canarias y Valencia se recurrió a la vía del art. 150.2 CE aprobándose la L.O. 11/1982 de 10 de agosto, de transferencias complementarias a Canarias (LOTRACA) y L.O. 12/1982 de transferencia a la Comunidad Valenciana de competencias en materia de titularidad estatal (LOTRAVA)⁴²⁹.

Después de diferenciar las vías de acceso a la autonomía, el proceso de autonómico puede quedar sintetizado del siguiente modo: art. 151 y Disposición transitoria segunda CE: País Vasco, Catalunya y Galicia; arts. 151 y 144.c): Andalucía; arts. 143 y 150.2 CE: Canarias y Comunidad Valenciana; Disposición adicional primera: Navarra; arts. 143 y 144.c) CE: Castilla y León; arts. 143 y 144.a)

agosto 1982, p. 22047); L.O. 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, (BOE núm. 195, de 16 de agosto de 1982, p. 22054).

⁴²⁸ L.O. 1/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de Extremadura, BOE núm. 49, de 26 febrero 1983, p. 5580; L.O. 2/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de Illes Balears, BOE núm. 51, de 1 marzo 1983, p. 5776; L.O. 3/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, BOE núm. 51, de 1 marzo 1983, p. 5783; L.O. 4/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de Castilla y León, BOE núm. 52, de 2 marzo 1983, p. 5966.

⁴²⁹ El art.150 CE ofrece la posibilidad de ampliar las competencias asumidas en sede estatutaria, mediante dos instrumentos que permiten el traspaso a las CCAA de competencias reservadas en exclusiva al Estado. La primera modalidad, ley marco, se recoge en el primer apartado del precepto cuyo tenor literal dispone que: *“las Cortes Generales, en materia de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas”*. La segunda posibilidad se contempla en el apartado segundo según el cual: *“el Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado”*. Sobre el art. 150. 2 CE y su alcance *vid.* BILBAO UBILLOS, J. M., “Leyes orgánicas de transferencia o delegación (artículo 150.2 CE) y reforma de los Estatutos de Autonomía”, en VV.AA., *La reforma de los Estatutos de autonomía*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2005, pp. 267-313.

CE: Madrid; art. 143 CE: Asturias, Cantabria, Aragón, Castilla-La Mancha, Murcia, Baleares, Extremadura, La Rioja. Así, habiéndose utilizado la práctica totalidad de procedimientos previsto por el constituyente, el único mecanismo aun sin utilizar (art. 144. b) sería el finalmente el empleado para posibilitar el ejercicio del derecho a la autonomía de Ceuta y Melilla en 1995⁴³⁰.

En esta primera etapa el TC desarrolló una importante labor interpretativa sobre todo a través de sentencias como la 4/1981, de 2 de febrero, en la que el Alto Tribunal reafirma la unidad del Estado, declarando la autonomía reconocida a las CCAA como un poder limitado que no es soberanía⁴³¹; STC 25/1981, de 14 de julio, por la que se delimita la autonomía de las CCAA como superior a la administrativa propia de los Entes locales ya que comprende además potestades legislativas y gubernamentales que la configuran como autonomía de naturaleza política⁴³²; STC 32/1981, de 13 de agosto, por la que el TC recuerda que la CE configura una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel, que son fundamentalmente el Estado

⁴³⁰ Como vimos *supra*, el art. 144 b) CE reconoce a las Cortes Generales la potestad, mediante L.O. y por motivos de interés nacional de “*autorizar o acordar, en su caso, un Estatuto de autonomía para territorios que no estén integrados en la organización provincial*”. Surgen así la L.O. 1/1995, de 13 de marzo, Estatuto de autonomía de Ceuta, (BOE núm. 62, de 14 marzo 1995, p. 8055); L.O. 2/1995, de 13 de marzo, Estatuto de Autonomía de Melilla, (BOE núm. 62, de 14 marzo 1995, p. 8061).

⁴³¹ STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3: “En un sistema de pluralismo político (art. 1 CE) la función del Tribunal Constitucional es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, pues, en términos generales, resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo. Aplicado este criterio al principio de autonomía de municipios y provincias, se traduce en que la función del Tribunal consiste en fijar unos límites cuya inobservancia constituiría una negación del principio de autonomía, pero dentro de los cuales las diversas opciones políticas pueden moverse libremente. Pues bien, la Constitución (arts. 1 y 2) parte de la unidad de la Nación española que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional. Esta unidad se traduce así en una organización -el Estado- para todo el territorio nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como se expresa en el art. 137 de la Constitución al decir que «el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses»”.

⁴³² STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 3: “las Comunidades Autónomas gozan de una autonomía cualitativamente superior a la administrativa que corresponde a los entes locales, ya que se añaden potestades legislativas y gubernamentales que la configuran como autonomía de naturaleza política, cualquiera que sea el ámbito autonómico, éste queda fijado por el Estatuto, en el que se articulan las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma dentro del marco establecido en la Constitución (art. 147.1); de tal suerte que la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflictos, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas (art. 149.3)”.

titular de la soberanía; las CCAA, caracterizadas por su autonomía política y las provincias y municipios, dotados de autonomía administrativa de distinto ámbito⁴³³; SSTC 76/1983, de 5 de agosto, y 100/1984, de 8 de noviembre, en las que el alto Tribunal procede a la definición de los principios rectores del Estado de las autonomías evidenciando que se trata de un sistema abierto y flexible.

Se distingue un segundo periodo, comprendido entre 1984-1992, que podría denominarse de formación institucional de todas las CCAA que finalizaría con los Acuerdos Autonómicos de 1992⁴³⁴. Este periodo se caracteriza por el amplio desarrollo estatutario de las CCAA que accedieron a la autonomía a través del art. 151 CE, mientras que las CCAA del art. 143 CE tuvieron que esperar a 1987, una vez cumplidos los cinco años de la aprobación de los EEAA, para iniciar el proceso de reivindicación de sus competencias. Se trata de un periodo de alta conflictividad competencial que obliga al TC a continuar con la definición del Estado Autonómico. Así, a través de SSTC como la 37/1987 de 26 de marzo sobre de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1984, de 3 de julio de 1984, de reforma agraria, se ratifica el principio de igualdad de las autonomías y la potestad de las CCAA para legislar sobre los derechos de los ciudadanos⁴³⁵; la afirmación de que la reserva de LO no es un límite para las competencias de las CCAA sino que, al contrario, debe determinarse tras la distinción de las competencias STC 137/86, de 6 de noviembre⁴³⁶; o la determinación del elemento formal de lo básico que mejora de forma sustancial la relación entre las legislación básica del Estado y la legislación de desarrollo de las autonomías STC 69/1988, de 19 de abril⁴³⁷. Junto con lo anterior, y como señala

⁴³³ STC 32/1981, de 13 de agosto, FJ 3: “En efecto, la Constitución prefigura, como antes decíamos, una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel que son fundamentalmente el Estado, titular de la soberanía; las Comunidades Autónomas, caracterizadas por su autonomía política, y las provincias y municipios, dotadas de autonomía administrativa de distinto ámbito. Prescindiendo ahora de otras consideraciones, es lo cierto que si el poder público ha de distribuirse entre más entes que los anteriormente existentes, cada uno de éstos ha de ver restringida lógicamente parte de la esfera de dicho poder que tenía atribuida. En definitiva, hay que efectuar una redistribución de competencias en función del respectivo interés entre las diversas entidades, para que el modelo de Estado configurado por la Constitución tenga efectividad práctica”.

⁴³⁴ Cfr. LÓPEZ GUERRA, L., “La segunda fase de construcción del Estado de Autonomías (1983-1993)”, *RPVA*, núm. 36, 1993, pp. 69-80; AJA, E., “Los principales periodos...”, cit., pp.128-133.

⁴³⁵ STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 10.

⁴³⁶ STC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3.

⁴³⁷ STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5.

ÁLVAREZ CONDE “se añaden otros problemas como la articulación de la participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones de la Comunidad Europea, tras el ingreso de España en 1986 y, al mismo tiempo, que ello se hiciera sin distorsionar el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así como encontrar mecanismos de cooperación entre la Administración Central y las Comunidades Autónomas para la elaboración de la toma de decisiones en política comunitaria”⁴³⁸.

Cumplidos los plazos mínimos previstos en la CE para proceder a la ampliación de competencias de las CCAA del art. 143 CE –limitadas a las mencionadas en el art. 148.1 CE–, se planteó la necesidad de dar satisfacción a las aspiraciones de asunción de nuevas competencias expresadas por las autonomías. Se inicia con así la tercera fase de construcción del Estado de Autonomías con las adopción de los segundos acuerdos autonómicos de 28 de febrero de 1992 y su posterior traducción en la L.O. 9/1992, de 23 de diciembre, de delegación y transferencia de competencias a las CCAA del art. 143 CE dando lugar a las posteriores reformas de los EEAA de las diez CCAA que quedaban pendientes⁴³⁹.

La ampliación llevada a cabo supuso la igualdad competencial de las CCAA del art. 143 CE respecto a las del art. 151 CE, evitando el doble techo competencial que actuaba como foco de disfuncionalidades. La conflictividad competencial se reduce considerablemente respecto a la etapa anterior, aun así el TC sigue perfilando aspectos fundamentales de nuestro modelo de Estado. Así las SSTC 13 /1992, de 6 de febrero y 17/1992, de 28 de mayo, por las que se reconoce que el Estado debe trasladar a las CCAA las subvenciones otorgadas en aquellas materias en las que no tiene competencia material⁴⁴⁰; la STC 147/1991 de 4 de julio por la que se reconoce que la

⁴³⁸ ÁLVAREZ CONDE, E., “El ejercicio del derecho a ...”, cit., p.23.

⁴³⁹ Entre las polémicas relativas a la ampliación de las competencias de las CCAA del art. 143 CE destaca la vía ha seguir en la ampliación. Las CCAA solicitan la reforma de los EEAA mientras que el Gobierno central defiende el dictado de una L.O. de transferencia del art. 150. 2 CE. La solución vino dada por la superposición de ambos procedimientos. La ampliación se acordó mediante los Pactos autonómicos de 1992 aprobándose la L.O. 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, (BOE núm. 308, de 24 de diciembre de 1992, p. 43863) trasladándose a los EEAA que serían reformados en 1994. A través de este mecanismo se dio respuesta al deseo de las CCAA de ampliación conservando la uniformidad pretendida por el Gobierno central que no se habría alcanzado de afrontar cada CA la reforma de modo independiente. *Cfr.* AJA, E., “Los principales periodos ...”, cit., p. 137.

⁴⁴⁰ STC17/1992, de 28 de mayo, FFJJ 4 y 5.

regla de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 CE no constituye una cláusula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materias a favor del Estado, no tratándose de una norma competencial, sino ordenadora de la aplicación de las normas en el Estado compuesto configurado por la CE⁴⁴¹.

En esta etapa el modelo autonómico alcanza una configuración más o menos estable en la que se pueden apreciar definidos sus elementos esenciales. Se trata de una etapa de quietud, en cuanto a conflictos se refiere, que abarcaría desde 1992 hasta 2005. Si bien, pese a la estabilidad apuntada, no puede obviarse que el proceso de reforma estatutaria iniciado en el 2005, motor de incontables recursos de inconstitucionalidad como a los interpuestos ante los nuevos EEAA de Valencia, Cataluña, Andalucía, Castilla y León, entre otros, pone de manifiesto que nos hallamos ante un modelo de Estado cuya configuración y sistemática sigue siendo hoy por hoy objeto de debate. Como será analizado *infra* los nuevos posicionamientos autonómicos han obligado al TC a actualizar su postura ante el modelo de Estado. Se reafirman los principios que lo rigen, la posición, naturaleza y funciones de los EEAA, hasta alcanzar de nuevo una conclusión general que permite afirmar que el modelo de Estado sigue siendo el de autonomías sujeto a los principios de *Unidad, Autonomía y Solidaridad*; Se reafirma que los EEAA tienen una naturaleza de L.O. especial como norma institucional básica de las CCAA, y que queda sometida en todo caso a la CE no pudiendo limitar el ámbito material de otras LL.OO. Se consagran construcciones ya expuestas anteriormente entre otras en SSTC 35/1982, de 14 de junio, y 247/2007 de 12 de diciembre.

Si bien, es posible detectar un problema de fondo que trasciende el terreno de las técnicas jurídicas, y que reside en los nacionalismos que impregnan las tendencias rupturistas. Resulta obligado hacer mención a dos iniciativas que parten del País Vasco y de Cataluña respectivamente. En primer término, la Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política⁴⁴². El objeto

⁴⁴¹ STC 147/1991 de 4 de julio FJ 7, y en el mismo sentido STC 15/1989, de 26 de enero y STC 103/1989, de 8 de junio.

⁴⁴² Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre

de la norma era la convocatoria de una consulta, de carácter no vinculante, para recabar la opinión de los ciudadanos y ciudadanas de la CA del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, así como regular los principales aspectos para el desarrollo y realización de la referida consulta. La STC 103/2008, de 11 de septiembre, la reputó inconstitucional en todos sus extremos, esgrimiendo los mismos razonamientos que hacen de la actual reivindicación catalana un imposible constitucional. La consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, conocida como “9N”, fue convocada para el 9 de noviembre de 2014 encontrándose suspendida de forma cautelar desde el 29 de septiembre tras la admisión a trámite por el TC de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de España contra el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña y la Ley 10/2014, de 26 de septiembre de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana en la que se ampara.

Sin perjuicio del análisis que merece la cuestión, presente que la CE permite la participación política ciudadana y la L.O. 2/1980 de 18 de enero regula diferentes variedades posibles de referéndum, incluido el referéndum consultivo autonómico que debe ser autorizado por el Estado español. El EA de Cataluña de 2006 estableció en el art. 122 que la Generalidad de Cataluña ostenta la competencia exclusiva para convocar consultas populares (con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32.^a CE). Mediante STC 31/2010, de 28 de junio, el Alto Tribunal reconoció que “la competencia para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular», atribuida a la Generalitat por el art. 122 EAC, es perfectamente conforme con la Constitución, en el bien entendido de que en la expresión «cualquier otro instrumento de consulta popular» no se comprende el referéndum. Tal entendimiento parece implícito en el propio art. 122 EAC, que hace excepción expresa «de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución». Sin embargo, esa excepción no puede limitarse a la

la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, (BOE núm. 212, de 3 de septiembre de 2011).

autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que ha de extenderse a la entera disciplina de esa institución, esto es, a su establecimiento y regulación”⁴⁴³

No cabe recurrir al término “consulta vinculante” para intentar eludir el régimen jurídico del referéndum, el Estado tiene la competencia exclusiva para la autorización de tales consultas. Como señala REVENGA SÁNCHEZ, “no caben las vías de hecho para provocar reformas constitucionales al margen de las previsiones habilitadas al efecto, no hay titularidad de un hipotético derecho a decidir con capacidad para dejar sin efecto la titularidad de la soberanía por el conjunto del pueblo español”⁴⁴⁴. Ahora bien, aun cuando las consideraciones jurídicas se entienden estar claras, las mismas no parecen suficientes, vista la constante conflictividad, para frenar las demandas de determinados sectores.

III. SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE AGUA EN DERECHO ESPAÑOL

1. El reparto constitucional de competencias en materia de aguas. Los arts. 149.1.22^a y 148.1.10^a CE

Nuestro actual sistema de distribución constitucional de competencias en materia de aguas dista de ser fácil y claro. Nos hallamos ante un concreto sector material cuya principal singularidad pasa por el hecho de que tanto el Estado como las CCAA tienen reconocidas similares competencias cuya atribución depende de criterios poco claros de muy distinta naturaleza, lo que origina una gran cantidad de situaciones de extralimitación de funciones que ha derivado en lo que actualmente se conoce como “la guerra del agua” que se materializa en constantes recursos de inconstitucionalidad.

Así, en materia de aguas interiores no marítimas, el reparto competencial entre el Estado y las CCAA queda configurado en nuestro Texto constitucional en los arts. 149.1.22^a y 148.1.10^a, los cuales hacen referencia en la asignación de funciones a dos

⁴⁴³ STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69.

⁴⁴⁴ REVENGA SÁNCHEZ, M., “La evolución del Estado Autonomo hasta la STC 31/2010”, en AGUDO ZAMORA, M., (coord.), *La evolución del Estado autonómico y el papel de las Comunidades Autónomas en la segunda década del siglo XXI*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2013, p. 21.

criterios diferenciados: el geográfico y el del interés de las CCAA. En concreto, el tenor literal del art. 148.1.10^a dispone que las CCAA podrán asumir competencias en los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la CA. Mientras que el art. 149.1.22^a concreta que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una CA y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.

Visto lo anterior, resulta evidente que los criterios utilizados en la CE para la distribución de las competencias en una materia como es el agua no son ni coincidentes ni complementarios, ni desde el punto de vista de la materia que se trata, pues el art. 148.1.10^a CE alude a competencias sobre proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, mientras que el art. 149.1.22^a CE se refiere a competencias sobre legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, ni mucho menos en relación al criterio utilizado por nuestro legislador para distribuir las competencias, pues mientras que el criterio utilizado en el art. 148.1.10^a CE se refiere al interés de las CCAA, el art. 149.1.22^a CE hace uso de un criterio puramente geográfico, impidiéndose así tener una visión general de lo que en relación a las competencias en materia de aguas cabe esperar. Es por esto que los arts. 148.1.10^a y 149.1.22^a CE se manifiestan como instrumentos incompletos que obligan a recurrir, a fin de alcanzar una mayor claridad, a la denominada cláusula de distribución residual contenida en el art. 149.1.3 CE, hecho que ya fue puesto de manifiesto en 1988 por el TC en su STC 277/1988, de 29 de noviembre⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ STC 227/1988, de 29 de noviembre, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 29/1985, de 2 agosto, de Aguas y el conflicto positivo de competencia interpuesto por el Gobierno Vasco contra determinados preceptos del RDPH aprobado por RD 849/1986, de 11 de abril, FJ 13: "ambos preceptos no son coincidentes, ni desde el punto de vista de la materia que definen, ni en atención al criterio que utilizan para deslindar las competencias estatales y autonómicas sobre la misma, que, en el primer caso, es el interés de la Comunidad Autónoma, y en el segundo, el territorio por el que las aguas discurren. A esta inicial dificultad viene a sumarse la que comporta desentrañar el significado preciso de la expresión 'legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos', que se contiene en el citado art. 149.1.22^a CE. En cualquier caso, son los Estatutos de Autonomía los que, de acuerdo con aquellas previsiones constitucionales, determinan las competencias asumidas por cada Comunidad Autónoma. Será preciso, por tanto, acudir a las normas estatutarias para conocer el concreto sistema de delimitación competencial que se ha producido en cada caso, pues no todos los Estatutos utilizan las mismas fórmulas conceptuales para definir las competencias

Deviene necesario recordar aquí la distinción existente entre las CCAA que asumieron la competencia genérica sobre el régimen de los aprovechamientos hidráulicos en las aguas que discurran íntegramente por su territorio y aquellas otras que ostentan competencias en materia de aguas dentro de los límites establecidos por el art. 148.1.10ª CE. Así, en el primer caso, las Comunidades que accedieron a la autonomía por el procedimiento previsto en el art. 151 CE o Disposición transitoria segunda de la CE han podido incluir en sus Estatutos cualesquiera competencias no reservadas al Estado por el art. 149.1 (art. 149.3 CE), por lo que la regla general es que corresponde a las CCAA legislar sobre los aprovechamientos de las aguas públicas en las cuencas intracomunitarias, con las únicas salvedades que deriven de otros títulos competenciales del Estado, como son los referidos a la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y sobre el medio ambiente o a las bases del régimen minero y energético (art. 149.1.18ª, 23ª y 25ª CE), entre otros. Por el contrario, en aquellas CCAA que se han constituido por el procedimiento del art. 143 CE (salvo en el caso de que se haya ampliado su ámbito competencial por la vía del art. 150 CE), esto es, aquellas que no pueden haber asumido competencias sino en el marco de lo dispuesto en el art. 148.1 CE, el Estado puede regular el uso y aprovechamiento de las aguas continentales, siempre que se salvaguarden las competencias asumidas por las CCAA en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de su interés, así como las demás que ostenten sobre materias conexas, cuando haya de darse prioridad a otros títulos competenciales. Dicho está con ello que, en materia de aguas terrestres, las competencias, cualesquiera que sean las expresiones con que se plasmen en los Estatutos, no pueden exceder del ámbito material acotado por el art. 148.1.10 CE, a cuya luz deben ser interpretadas y aplicadas.

Especial mención requieren las que se conocen como aguas minerales y termales que al no quedar integradas dentro del concepto de DPH, definiéndose como recursos minerales, quedan sujetas a un régimen competencias diferenciado del objeto del

de la Comunidad Autónoma respectiva en materia de aguas. STC 227/1998, de 26 de noviembre, FJ 13: “en cualquier caso son los Estatutos de Autonomía los que, de acuerdo con aquellas previsiones constitucionales, determinan las competencias asumidas por normas estatutarias para conocer el correcto sistema de delimitación de competencias que se ha producido en cada caso, pues no todos los Estatutos utilizan las mismas formulas conceptuales para definir las competencias de la CCAA respectiva en materia de aguas”.

presente estudio⁴⁴⁶. Si bien, a efectos de facilitar un mayor conocimiento sobre este concreto tema resulta especialmente clarificador el trabajo de ÁLVAREZ CARREÑO al que desde aquí no remitimos⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Actualmente todas las CCAA tienen competencia exclusiva sobre las aguas minerales y termales, que no quedan integradas dentro del concepto de DPH sino que se definen como recursos minerales. Las aguas minerales y termales presentan un régimen de distribución de competencias singularizado respecto del establecido para el resto de los recursos hidráulicos. Esta es la conclusión que fácilmente se extrae si acudimos a los art. 148.1.10ª y 149.1.22ª CE. Pues bien, las aguas minerales y termales, con independencia de su pertenencia o no al ciclo hidrológico y del tipo de cuenca en el que se sitúen, se mantienen al margen del régimen competencial establecido para los recursos hidráulicos, en atención al modo incuestionable con el que el art. 148.1.10ª CE otorga las competencias sobre estas aguas en favor de las CCAA, singularidad justificada por el hecho de que la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas (LMi.) incluye a las aguas minerales y termales dentro de los recursos minerales que componen la Sección B. Por ello, y a tenor del art. 148.1.10ª CE puede afirmarse sin lugar a dudas que las CCAA pueden asumir competencias legislativas, reglamentarias y de ejecución sobre esta materia, lo que explica que todas las CCAA hayan asumido a través de sus respectivos EEAA competencias en esta materia, en la mayoría de los casos con pretendido carácter de exclusividad, actuación irreprochable desde el punto de vista constitucional, salvo en lo que se refiere a su carácter exclusivo porque, pese a lo que digan la mayor parte de los EEAA, las competencias reconocidas en favor de las CCAA en el art. 148 CE deben ponerse en conexión con otros títulos competenciales atribuidos al Estado en el art. 149.1 CE, lo que permite que también el Estado ostente algunas competencias sobre esta materia.

Así, teniendo en cuenta que la LMi. incluye a las aguas minerales y termales dentro recursos mineros, y que el Estado ostenta la competencia para el establecimiento “las bases del régimen minero y energético” (art. 149.1.25ª CE), ello necesariamente debe traducirse en la atribución de alguna competencia estatal sobre las aguas minerales y termales. El problema radica en determinar lo que se entienda por bases del régimen minero y energético, ya que la LMi., por obvias razones cronológicas, no se plantea esta cuestión, ni el legislador estatal ha procedido en la actualidad a elaborar una norma básica de esta materia. No obstante, si el fin que se persigue con la atribución al Estado de las competencias para aprobar la legislación básica de una determinada materia es el establecimiento de una regulación uniforme y general para todo el país, no parece discutible que en el supuesto que nos ocupa corresponde al Estado la determinación del concepto jurídico “aguas minerales y termales”, estudiado en un apartado anterior. Además, a través de este título competencial, el Estado también será competente para establecer los requisitos básicos que debe contener el procedimiento dirigido a calificar unas aguas como minerales y termales. La razón se encuentra en las importantes consecuencias que se desprenden de dicha calificación. Así, por el hecho de que unas aguas sean calificadas como minerales y termales, pasan a ser consideradas recursos mineros, siendo excluidas en su consecuencia de la regulación contenida en el TRLA y, por mor de dicha calificación, variando la Administración que es competente para su gestión.

Del mismo modo, hay que entender igualmente incluida dentro de la competencia estatal para establecer las bases del régimen minero la fijación de los requisitos esenciales para proceder a la explotación de las aguas minerales y termales, entre los que se encuentra la necesidad de obtener una concesión administrativa para el empleo de las aguas; también la necesidad de obtener un informe vinculante de la Administración competente en materia sanitaria para autorizar el uso de las aguas en cuanto que minerales naturales; así como el informe del IGME respecto del perímetro de protección que se solicita para las aguas minerales y termales (art. 26.2 LMi.). Además, y como consecuencia de las propiedades favorables a la salud que presenta el consumo de estas aguas, la mayor parte de las aguas minerales y termales se destinan al uso y consumo humano, lo que justifica la intervención del poder público en todas las operaciones que supongan la expedición al público de aquéllas, intervención que se justifica en razones de salud pública, con apoyo en los arts.

Visto lo anterior, podemos destacar que ni siquiera el análisis de estas competencias específicas en materia de aguas resulta suficiente para ofrecer una solución a la problemática planteada. Como apuntábamos al principio, el agua como recurso natural determina un enfoque conjunto tanto que de su dominio y gestión para su aprovechamiento estricto, como de su protección cualitativa como elemento integrante del medio ambiente, todo ello sin perder de vista que se trata de un espacio físico donde concurren una pluralidad de actividades pudiendo tener lugar extralimitaciones competenciales, conscientes o inconscientes, por parte de las diferentes Administraciones implicadas. Así, lo reconoce el TC en su STC 227/1988 cuando afirma que el agua “constituye además el soporte físico de una pluralidad de actividades públicas y privadas en relación con las cuales las CE y los EEAA atribuyen competencias al Estado como a las Comunidades Autónomas”⁴⁴⁸.

Fijado en estos términos nuestro sistema de distribución de competencias en materia de agua, debe señalarse que, si bien en un momento original fueron respetadas rigurosamente las previsiones constitucionales y estatutarias relativas al reparto competencial, ese equilibrio se fue perdiendo progresivamente hasta alcanzar su cenit con la entrada en vigor de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. Portadora de diversas modificaciones, dio origen a un gran número de recursos de inconstitucionalidad por parte de las CCAA que vieron amenazadas sus competencias ante una supuesta extralimitación de las atribuciones reconocidas al Estado. En concreto, con la entrada en vigor de la LA se introdujo en nuestro sistema un principio diferenciador respecto del régimen hasta entonces vigente, estableciéndose la unidad de gestión de cada cuenca hidrográfica, concebida ésta como el “*territorio en la que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en*

43 y 51 CE, permitiendo que el Estado adquiriera importantes competencias en esta materia, especialmente en lo que se refiere al establecimiento de las condiciones de embotellado y comercialización de las aguas minerales envasadas. Por otra parte, cabe señalar que los art. 137 y 140 CE recogen la garantía constitucional de la autonomía local, lo que, aún sin referencia específica al agua, alude al necesario respeto otorgado constitucionalmente al núcleo de intereses propios locales, dentro de los que se incluyen algunos aspectos relacionados con este recurso.

⁴⁴⁷ ÁLVAREZ CARREÑO, S., “Las aguas minerales y termales en el contexto de la Directiva Marco de Aguas”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (coord.), *Titularidad, Competencias y Fiscalidad de las Aguas Minerales y Termales. Marco Comunitario de Protección Ambiental*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009, pp.111-130; del mismo autor, “Actividad agrícola y contaminación de aguas subterráneas: régimen jurídico”, en EMBID, A., (dir.), *Agua y Agricultura*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 215-228.

⁴⁴⁸ STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 13.

*un cauce principal único*⁴⁴⁹. A través de este cauce la LA desarrollaba el criterio geográfico de atribución de competencias previsto en el art. 149.1.22ª CE, utilizando la denominada cuenca hidrográfica para distinguir entre las funciones que corresponden al Estado, en las cuencas que excedan del ámbito territorial de una sola CA, y las que pueden ejercer las CCAA, en virtud de sus EA, sobre el DPH en cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su territorio⁴⁵⁰. Introducido el cambio, la reacción de las autonomías no se hizo esperar y tanto la LA que elevaba el concepto de cuenca hidrográfica como base de la delimitación territorial, como su desarrollo reglamentario, fueron objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad al entender las CCAA que el criterio de cuenca hidrográfica incrementaba las competencias del Estado en contra del sentido propio del art. 149.1.22ª CE, despojando a las CCAA de determinadas funciones.

⁴⁴⁹ Art. 13.2 LA: *“El ejercicio de las funciones del Estado, en materia de aguas, se someterá a los siguientes principios: Respecto de la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico”*. Art. 14 LA 1985: *“A los efectos de la presente Ley, se entiende por cuenca hidrográfica el territorio en que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único. La cuenca hidrográfica, como unidad de gestión del recurso, se considera indivisible”*.

⁴⁵⁰ Art. 15 LA: *“En relación con el dominio público hidráulico y en el marco de las competencias que le son atribuidas por la Constitución, el Estado ejercerá, especialmente, las funciones siguientes: La planificación hidrológica y la realización de los planes estatales de infraestructuras hidráulicas o cualquier otro estatal que forme parte de aquellas. La adopción de las medidas precisas para el cumplimiento de los acuerdos y convenios internacionales en materia de aguas. El otorgamiento de concesiones referentes al dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma. El otorgamiento de autorizaciones referentes al dominio público hidráulico, así como la tutela de éste, en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial, de una sola Comunidad Autónoma. La tramitación de las mismas podrá, no obstante, ser encomendada a las Comunidades Autónomas”*.

Art. 16 LA: *“1. La Comunidad Autónoma que en virtud de su Estatuto de Autonomía ejerza competencia sobre el dominio público hidráulico en cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su territorio, ajustará el régimen jurídico de su Administración Hidráulica a las siguientes bases: Aplicación de los principios establecidos en el artículo 13 de esta Ley. La representación de los usuarios en los órganos colegiados de la Administración Hidráulica no será inferior al tercio de los miembros que los integren.”* (Declarado inconstitucional por STC 227/1988, de 29 de noviembre). *2. Los actos y acuerdos que infrinjan la legislación hidráulica del Estado o no se ajusten a la planificación hidrológica y afecten a su competencia en materia hidráulica, podrán ser impugnados directamente por el delegado del Gobierno en la Administración Hidráulica ante la jurisdicción contencioso-administrativa, con petición expresa de suspensión por razones de interés general. El Tribunal, si estima fundada esta petición, acordará la suspensión en el primer tramite siguiente a la presentación de la impugnación. A estos efectos se considerará, en todo caso, como contrario al interés general cualquier acto o acuerdo que no se ajuste a la planificación hidrológica.* (Este apartado fue declarado parcialmente inconstitucional por conexión con el 1.c) de este art.).

2. Asunción actual de competencias en materia de aguas en los EEAA

Expuestas las diferentes vías de acceso a la autonomía y su repercusión en la asunción de competencias de las CCAA, procede ahora analizar la concreta situación existente en relación a la materia del agua. Así, desde el inicio pudo diferenciarse de un lado las CCAA que accedieron a la autonomía a través del art. 151CE y que asumieron en sus EEAA la competencia exclusiva en materia de aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurrían íntegramente dentro del territorio de la CA, y de otro, aquellas CCAA que, accediendo a la autonomía por la vía del art. 143CE CE, hallaron su techo competencial en el art. 148.1.10ª CE limitándose a asumir la competencia en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la CCAA. Si bien, el elemento fundamental está representado por el hecho de que todos los EEAA añadieron una cláusula de territorialidad respecto a estas competencias, concretando que las mismas sería de aplicación cuando las aguas discurrieran íntegramente dentro del territorio de la CCAA.

Posteriormente, la L.O. 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las CCAA que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE, transfirió a las CCAA de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla León la competencia exclusiva en materia de ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurrieran íntegramente por el ámbito territorial de la CA. Competencia recogida posteriormente en las reformas de todos los EEAA de las Comunidades afectadas, a excepción de las ciudades de Ceuta y Melilla que han asumido únicamente funciones ejecutivas sobre proyectos, construcción y explotación de aprovechamientos hidráulicos.

De este modo podemos diferenciar, de un lado, las CCAA con competencia exclusiva en esta materia cuando las aguas discurren íntegramente dentro de su territorio: Galicia, Asturias, Andalucía, Comunidad Valenciana, País Vasco, Cataluña, Navarra, Canarias y, de otro, las CCAA con competencia exclusiva en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos: Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Comunidad de Madrid y Castilla-León.

Sobre aguas subterráneas, han asumido competencia exclusiva las siguientes CCAA: País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Comunidad Valenciana, Navarra, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha y Madrid. No obstante, esta competencia queda igualmente prevista en los textos de reforma de los Estatutos, de Asturias, Cantabria, La Rioja, Extremadura y Castilla y León. Por su parte, los Estatutos de Andalucía, Murcia, Castilla-La Mancha y Madrid, así como los textos de reforma de los Estatutos de Cantabria y Extremadura, recogen una cláusula de territorialidad en relación con las aguas subterráneas cuando discurren íntegramente por el ámbito territorial de la CA. Finalmente, el Estatuto de Canarias se refiere a las aguas, en todas sus manifestaciones, incluyendo este concepto, tanto las aguas minerales y termales como las subterráneas⁴⁵¹. A fin de profundizar sobre las competencias autonómicas en aguas subterráneas dejamos referida desde aquí la obra de ERICE BAEZA a la que desde aquí nos remitimos⁴⁵².

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, como ya destacara el TC en su STC 227/1988, de 29 de noviembre⁴⁵³, los recursos hídricos, no sólo son un bien respecto del que es preciso establecer el régimen jurídico de dominio, gestión y aprovechamiento en sentido estricto, sino que constituyen además el soporte físico de una pluralidad de actividades, públicas o privadas, en relación con las cuales la CE y los EEAA atribuyen competencias tanto al Estado como a las CCAA como son concesiones administrativas, protección del medio ambiente, vertidos industriales o

⁴⁵¹ Autores como ARIÑO ORTÍZ pusieron de manifiesto lo desaconsejable que, desde el punto de vista de una política racional de explotación de los recursos que forman parte de un mismo ciclo hidrológico y que deben ser explotados de forma conjunta, resulta que las CCAA asuman competencias de forma independiente de las aguas superficiales. Vid. LLAMAS MADURGA, M. R. / CUSTODIO GIMENA, E. / ARIÑO ORTÍZ, G., *El proyecto de la Ley de aguas, Instituto de estudios Económicos*, Madrid, 1985, p. 103. Por su parte, MENÉNDEZ REXACH y DÍAZ LEMA consideran que el criterio constitucional relevante sobre estas aguas es su localización territorial, no pudiendo haber una atribución competencial sobre las mismas por razón de su condición de subterráneas, sino que la misma será una consecuencia de la localización íntegra del acuífero en el territorio de una CA. Vid. GALLEGO ANABITARTE, A. / MENÉNDEZ REXACH, A. / DÍAZ LEMA, J. M., *El derecho de aguas en España*, T. I., Centro de Publicaciones Secretaría General Técnica, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1986, p. 563.

⁴⁵² ERICE BAEZA, V., *La protección de las aguas subterráneas en el Derecho español*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2013.

⁴⁵³ STC 227/1988, 29 de noviembre, FJ 18: “sobre los recursos hidráulicos convergen diferentes actividades que responden a finalidades distintas y se enmarcan en otras tantas políticas sectoriales, respecto de las cuales la Constitución y los Estatutos de Autonomía atribuyen competencias, sea al Estado, sea a las Comunidades Autónomas”.

contaminantes, que determina la necesidad de analizar la interrelación de las diferentes competencias que concurren sobre el agua como objeto jurídico.

IV. PRECISIONES SOBRE LA COMPLEJIDAD COMPETENCIAL DEL ESTADO FEDERAL ARGENTINO. EL CONCEPTO DE ESTADO FEDERAL Y ORIGEN HISTÓRICO DEL FEDERALISMO ARGENTINO

A fin de comprender el alambicado sistema de distribución competencial asumido por el Estado argentino sobre los concretos sectores materiales que constituyen el hilo conductor del presente trabajo, y como por otra parte hemos efectuado en relación con el ordenamiento jurídico español, se considera imprescindible analizar el origen y evolución del sistema federal argentino, hallando en esta concreta forma de Estado la justificación de alguna de las más importantes decisiones adoptadas por el constituyente sobre las materias que nos ocupan. En consecuencia se analizarán, si bien de forma sucinta, cuestiones tales como la evolución de la forma de Estado y de los principios que lo informan, o el tipo de relaciones existentes entre los Gobiernos de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), en el marco de las distintas competencias que les son atribuidas en el plexo constitucional. Se pretende con ello desgranar los motivos de la continua búsqueda de equilibrio entre las fuerzas centrípeta y centrífuga de poder que caracteriza al federalismo argentino y que se erigen causa fundamental del complejo sistema de distribución de competencias que se cierne en las materias objeto de estudio.

Así pues, se analizan a continuación los elementos básicos que permiten la contextualización histórico-política de nuestro objetivo principal, esto es, el análisis del sistema de distribución competencial entre la Nación y los Estados miembros, y de los conflictos que del mismo pueden derivarse, en dos materias tan íntimamente relacionadas como el agua y el medio ambiente. Y ello, en el marco de la reforma constitucional operada en 1994, en la que, como se comprobará *infra*, si bien parecía apostarse por una marcada renovación del federalismo, en especial en las materias que nos ocupan, cabe apreciarse, sin embargo, una suerte de encubierta centralización que puede poner en serio peligro las competencias provinciales a través de su progresiva desapoderación, favoreciéndose así una artificial ampliación de potestades de la Nación que estaría llevando a cabo un abuso injustificado de la *vis expansiva* del

medio ambiente.

La doctrina administrativista de mediados de siglo XX se ocupó de definir los Estados federales como aquéllos Estados soberanos, formados por una variedad de Estados. Reconociendo que su poder nace de la unidad estatista de los Estados miembros⁴⁵⁴. En la misma línea, GARCÍA PELAYO lo definía como “la unidad dialéctica de dos tendencias contradictorias: la tendencia a la unidad y la tendencia a la diversidad”⁴⁵⁵. Asimismo, y respecto a su funcionamiento interno, ESAIN destaca que el Estado federal consiste en “una organización política en la que las actividades de gobierno están repartidas entre gobiernos regionales y el gobierno central, de tal manera que hay una serie de actividades en las que cada tipo de gobierno tiene plenas competencias”⁴⁵⁶. Por tanto, el sistema federal conlleva el reconocimiento simultáneo de dos entidades de poder diferenciadas, el Estado soberano y los Estados miembros, dos realidades diversas pero no excluyentes que representan la pluralidad dentro de la unión misma. Como señala la CSJN “el Estado federal es una unión indestructible de Estados indestructibles”⁴⁵⁷.

Nos hallamos ante un modelo de Estado integrado por dos fuerzas de signo contrario, centrípeta y centrífuga, que obliga a adoptar, para su correcto funcionamiento, un estructurado sistema de distribución de competencias que salvaguarde el justo equilibrio entre los poderes reconocidos. De este modo, la actividad normativa y política de un Estado federal conlleva un esfuerzo mucho mayor que la desarrollada en un Estado unitario, pues mientras que en éste debe estarse únicamente a la necesaria división horizontal entre los poderes legislativo, ejecutivo y

⁴⁵⁴ JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, traducido por DE LOS RÍOS URRUTI, F., Albatros, Buenos Aires, 1943, p. 510; LÓPEZ MARIO, J., *Introducción a los estudios políticos: Formas y fuerzas políticas*, Vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 312.

⁴⁵⁵ GARCÍA PELAYO, M., *Derecho Constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1984, p. 218. En el mismo sentido, GARMENDIA MADARIAGA, A., *La posible plasmación de la Teoría del tercer miembro del Estado federal en el ordenamiento jurídico español*, CEPC, Madrid, España 2010, p. 10.

⁴⁵⁶ ESAIN, J. A., *Competencias ambientales. Fuentes. Distribución y alcance de las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales. Presupuestos mínimos de protección*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 64-93.

⁴⁵⁷ SCSJN, de 2 de junio de 1937, Fallos, 178:9, “Bressani Carlos H y otros. C. Provincia de Mendoza”, Consid. 38: “la Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo, ha dicho con razón esta Corte: no habría Nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente. Pero no se ha propuesto hacer una Nación centralizada. La Constitución ha fundado una unión indestructible pero de estados indestructibles (arts. 13, 67, inc. 14)”. En el mismo sentido, *vid.* SAGÜES, N. P., *Elementos de Derecho Constitucional*, T. II, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 2-3.

judicial, en un Estado complejo deben ser tenidos en cuenta dos niveles, el horizontal y el vertical, tratándose este último de la necesaria coordinación entre los Estados miembros y el Estado central, lo que obliga, además, a fijar mecanismos adecuados que preserven la unidad base del sistema.

En concreto, el actual sistema de gobierno argentino adopta una forma representativa, republicana y federal de conformidad con lo previsto en el art. 1 CN⁴⁵⁸. La forma republicana de gobierno está basada en la división, control y equilibrio de los poderes y tiene como fin último la garantía de las libertades individuales. La forma federal resulta de la unión de las provincias, de donde surgen dos órdenes de gobierno, el federal y el de los Estados miembros, permitiendo el control y la cooperación recíproca y evitando la concentración de poder a través de la descentralización⁴⁵⁹. Tras la reforma constitucional de 1994, la división de poder en Argentina responde al siguiente modelo: de un lado, el Estado soberano, cuya jurisdicción abarca todo el territorio de la nación, y de otro, los Estados federados, las provincias, autónomos en el establecimiento de sus instituciones y en la adopción de sus propias Constituciones y cuya jurisdicción abarca exclusivamente sus respectivos territorios; y dentro de éstas los municipios autónomos *ex arts. 5 y 123 CN*⁴⁶⁰. Asimismo, cabe distinguir la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la que le son reconocidas potestades prácticamente idénticas a las de las provincias, quedando dotada de competencia legislativa, de jurisdicción y representación propia de conformidad con el art. 129 CN⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ Art. 1 CN: *“La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”*.

⁴⁵⁹ Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Corrientes, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Luis, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero, Tucumán y Tierra del Fuego.

⁴⁶⁰ Art. 5 CN: *“Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”*. Por su parte, el art. 123 CN, en relación con la autónoma municipal, dispone que: *“cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”*.

⁴⁶¹ Art. 129 CN: *“La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones”*.

Vista de manera sucinta la compleja composición del Estado federal argentino, conviene recordar que corresponde a la CN ordenar la relación entre las personas jurídico-públicas señaladas, estableciendo las reglas que permiten el normal funcionamiento de la estructura global a través del sistema de distribución de competencias.

La distribución de competencias entre los órdenes de Gobierno nacional y provincial parte de una premisa esencial que, recogida en una cláusula de atribución residual prevista en el art. 121 CN, aclara el punto de partida de este modelo de Estado⁴⁶². Se parte de la idea fundamental de que el Estado central detenta los poderes que le han sido delegados por las provincias, conservando éstas todo el poder no conferido, esto es, como señala MATHUS ESCORIHUELA, “el régimen federal de gobierno reposa en las facultades y derechos de las Provincias, como entes autónomos preexistentes a la Nación, que han delegado en ella las facultades necesarias para el funcionamiento del poder y la Administración centrales”⁴⁶³. Pese al indubitado origen de los poderes del Estado central, reconocido por la más asentada doctrina, pueden distinguirse antigua data dos posiciones contrapuestas, la que defiende el nacimiento del federalismo como ruptura de la unidad preexistente y aquella que entiende el federalismo como expresión de voluntad de los estados autónomos e independientes preexistentes en 1853.

Visto lo anterior, deviene necesario reparar en dos observaciones que evidencian la complejidad del sistema federal argentino desde su configuración inicial: de un lado, la falta de consenso doctrinal sobre el origen unitario o descentralizado del modelo de estado, y, de otro, el trasfondo eminentemente económico de la adopción del federalismo como forma de ordenación.

1. El origen unitario o descentralizado del modelo de estado argentino

Centrándonos en la primera de las cuestiones apuntadas, y aun cuando el propio preámbulo de la CN realiza un reconocimiento expreso de los pactos provinciales

⁴⁶² Art. 121 CN: “*Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*”.

⁴⁶³ MATHUS ESCORIHUELA, M., “La situación en Argentina”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), KOLLING (coord.), *Gestión del agua y...*, cit., p. 186.

predecesores⁴⁶⁴, hay autores como ESAIN que afirman que, en realidad, Argentina parte de un nacionalismo descentralizado⁴⁶⁵. Defiende el autor que en el caso de la República Argentina no nos encontramos ante un Estado federal en puridad, sino ante una forma mixta de federalismo, caracterizado por un proceso cuyo origen parte del desmembramiento de un Estado central hacia un proceso de descentralización. Según esta postura, las provincias históricas nunca estuvieron realmente separadas como demostrarían las formas constitucionales adoptadas en 1819 y 1826 de carácter unitario y centralista. De este modo, no existiendo Estados preexistentes a la Federación con poderes previamente reconocidos como tales, el Estado federal argentino nacería del desprendimiento de poderes desde un orden central. VANOSSI advierte que mientras que el federalismo en Estado Unidos sobreviene de una forma de unión más débil como la confederación de colonias independientes entre sí a la que siguió, tras un breve periodo de tiempo, la constitución de un estado federal (1787), en Argentina el proceso se inició con la existencia de una entidad nacional única, heredera del Virreinato que devino, finalmente, y tras un período de incertidumbre, en la forma constitucional descentralizada de 1853-1860⁴⁶⁶.

Esta postura contrasta frontalmente con la de quienes como IRIARTE, sostienen que la hegemonía española no fue sucedida por una Soberanía Nacional argentina preexistente —en términos del federalismo actual— sino por una soberanía dividida en cada una de las ciudades que componían el antiguo Virreinato⁴⁶⁷. Debe tenerse en cuenta que, como señala RAMÓN LORENZO, el Virreinato de la Plata, fundado en 1776, y los extensos territorio en él agrupados, no formaban un conjunto homogéneo, y que los años transcurridos desde la formación de esta división política hasta los acontecimientos de mayo de 1810 no fueron suficientes para consolidar un Estado

⁴⁶⁴ Preámbulo de la CN 1853: “*Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina*”.

⁴⁶⁵ ESAIN, J. A., *Competencias ambientales...cit.*, pp. 64-67.

⁴⁶⁶ VANOSSI, J. R., *Situación actual del federalismo*, capítulo segundo, “Algunas reflexiones previas”, citado en ESAIN, J. A., *Competencias ambientales...cit.*, p. 65.

⁴⁶⁷ IRIARTE, L., “La reconstrucción del federalismo argentino”, *LL*, T. C, 2010, p. 951 y también en *Suplemento de Derecho Constitucional*, 2010, p. 19.

Nacional que abarcase en su dominación el total de la geografía del Virreinato⁴⁶⁸. "Los pueblos", reasumieron la soberanía ejercida por el Rey⁴⁶⁹. No existía una única nacionalidad subyacente, sino una noción plural de Nación que se correspondía con la propuesta confederal, antagónica de la noción singular identificada con una visión centralista o unitaria⁴⁷⁰. Esto es, las provincias históricas, constituidas tras la revolución de mayo, nacieron de las ciudades existentes una vez recuperadas las condiciones de libertad e igualdad, precediendo por tanto a la Nación a la que ceden competencias en virtud de la CN⁴⁷¹. Finalmente, y a fin de despejar cuantas dudas se pudieran suscitar al respecto, GONZÁLEZ CALDERÓN apuntó de forma contundente su crítica a la tesis de la preexistencia de la Nación respecto a las Provincias manifestando que "la concepción unitaria partía del falso principio de que ese territorio provincial y esa autonomía no eran más que desgarramientos injustificables del cuerpo nacional. Pensábase, como algunos lo repiten todavía, que la Nación era anterior a las Provincias"⁴⁷².

En cualquier caso, lo que resulta incuestionable es que esta individualización de las provincias avanzaría en su evolución como forma de Estado de la mano de un sentimiento nacional entretejido a través de pactos y acuerdos, y cuyo fundamento principal reside en la búsqueda del equilibrio y la igualdad del pueblo argentino. En este sentido, señala GONZÁLEZ CALDERÓN que, "la nación argentina no era en 1810, como no lo es hoy, una unidad indivisible, si no una unión permanente de entidades autónomas con derechos preexistentes, que han reconocido sin embargo, ser parte

⁴⁶⁸ RAMÓN LORENZO, C., *Manual de Historia Constitucional Argentina*, Vol. I, Juris, 1994, Santa Fe, Argentina, pp. 83 y ss.

⁴⁶⁹ Cfr. WASSERMAN, F., / SOUTO, N., "Nación" en GOLDMAN, N., (edit.), *Lenguaje y Revolución, Conceptos políticos claves en el Río de la Plata, 1780-1850*, Prometeo libros, Buenos Aires, 2008, p. 86.

⁴⁷⁰ Como señala CHIARAMONTE, "si consideramos que lo que pretendían las denominadas provincias rioplatenses hacia 1831 era una confederación- como surgiría del Pacto Federal de 1831- y no un estado federal, entonces no queda otra alternativa que considerarlas Estados independientes y soberanos, y no provincias de alguna nación o Estado preexistente". CHIARAMONTE, J. C., "El federalismo Argentino en la primera mitad del siglo XIX", en CARMAGNANI, M., (coord.), *Federalismos Latinoamericanos: México, Brasil, Argentina*, Colegio de México, Fondo de Cultura Económica, México 1993, p. 86

⁴⁷¹ Las provincias históricas se crearon entre 1815 y 1834 (Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, Mendoza, San Luis, San Juan, Santiago del Estero, La Rioja, Catamarca, Tucumán, Salta y Jujuy), y a través de pactos interprovinciales fueron sentando las bases del federalismo argentino, finalmente consagrado en la CN de 1853.

⁴⁷² GONZÁLEZ CALDERÓN, J. A., *La personalidad histórica y constitucional de las provincias*, Lajouane, Buenos Aires, 1927, p. 39.

integrante de una misma soberanía. Y eso se llama federalismo, cuyas formas institucionales provisionales establecieron los diputados provinciales en 1811”⁴⁷³.

2. El trasfondo económico de la adopción del federalismo como forma de Estado

La segunda de las cuestiones planteadas viene determinada por el hecho de que, en realidad, las luchas internas de la Argentina preconstitucional no se ciñeron en su origen al enfrentamiento entre unitarios y federalistas desde un punto de vista puramente ideológico, sino que, en realidad, los bandos enfrentados representaban intereses económicos y sociales que trascendían el ámbito de lo estrictamente político.

De este modo, el origen del federalismo argentino reside en la búsqueda implacable de una solución al antagonismo económico existente entre las diferentes regiones del Virreinato del Río de la Plata, litoral-interior, generadas por la política económica de España en Indias durante los siglos XVI y XVII⁴⁷⁴. Antagonismo acentuado a partir de la Revolución de mayo de 1810 ante la pretensión porteña de manejar, de forma centralizada, los temas económicos y políticos del Virreinato⁴⁷⁵. El problema económico se transformó en una cuestión política en la que los derechos de las provincias se enfrentaron a la centralización, erigiéndose epicentro de las luchas políticas y sociales durante las primeras cuatro décadas de la independencia argentina⁴⁷⁶. Así, y como ya señalará BLISS, “detrás del problema de la unión nacional y de la construcción del país, existía un planteo económico fundamental, que mientras no fuese resuelto tornaría insoluble el de organizar la república y crearle instituciones auténticamente nacionales”⁴⁷⁷.

⁴⁷³ GONZÁLEZ CALDERÓN, J. A., *Derecho constitucional argentino, historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, Vol. I, 2ª ed., Lajouane, Buenos Aires, 1923-1926, p. 42.

⁴⁷⁴ Cfr. ASSADOURIAN, C. S. / BEATO, C. / CHIARAMONTE, J. C., *Argentina: De la conquista a la independencia*, Hyspamérica, Buenos Aires, 1986, pp. 39 y ss; SIERRA, V. D., *Así se hizo América*, Cultura Hispánica, Madrid, 1955, pp. 435 y ss; BURGÍN, M., *Aspectos económicos del federalismo argentino*, Solar Hachette, Buenos Aires, 1969, p. 31.

⁴⁷⁵ Tras la revolución de 1810 Buenos Aires pretendió continuar como único puerto habilitado para el comercio en ultramar, usufructuando en exclusiva las rentas de aduana en perjuicio de las provincias del litoral y del interior. Estos temas fueron tratados expresamente por el Congreso Constituyente de Santa Fé de 1852-1854, convocado por los términos del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos de mayo de 1852.

⁴⁷⁶ BURGÍN, M., *Aspectos económicos del...*, cit., pp. 38 y ss.

⁴⁷⁷ BLISS, H. W., *Del Virreinato a Rosas: Ensayo de historia económica argentina*, Richardet, Tucumán, 1958, p. 225.

De este modo, el federalismo argentino nace, no sólo como resguardo del interior contra la excesiva intromisión porteña, sino también como programa económico en el que el sistema proteccionista sería la fórmula de paz entre las regiones⁴⁷⁸. Como apunta PÉREZ HUALDE, esta forma de Estado se alzó como la salida más adecuada a los largos años de Guerra Civil que enfrentaron al centralismo contra el interior, dando respuesta tanto a las exigencias de participación de las provincias del interior frente a Buenos Aires y a las garantías exigidas por la provincia “hermana mayor” al momento de su incorporación en 1860⁴⁷⁹.

Por tanto, y a modo de conclusión de esta primera etapa histórica, podemos afirmar que, durante el período comprendido entre 1810 y 1852, el término "Federación" era utilizado como sinónimo de "Confederación", de lo que como decíamos se deduce la existencia de estados independientes y soberanos. Existió, sin embargo, un sentido histórico-cultural de lo "Nacional", aunque todavía no político en cuanto a la forma de Estado, que llevó a las provincias a establecer una relación de coordinación de tipo "confederal", legislada a través de pactos o acuerdos de voluntades que posteriormente cristalizarían en la CN.

El Estado federal argentino, de la actualidad, es fruto de una evolución progresiva que parte desde independencia colonial («Revolución de Mayo»), a la independencia provincial («Anarquía del Año XX»), pasando por la Confederación («Pacto Federal de 1831»), hasta llegar a una síntesis de unidad federativa («Constitución de 1853»), culminando finalmente en un Estado federal («Reforma de 1860») objeto de modificaciones de menor envergadura. Y todo esto, utilizando como telón de fondo el marcado carácter económico de las luchas intestinas nutridas en las desigualdades existentes entre las provincias del interior y Buenos Aires.

V. EL FEDERALISMO EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

El año 1853 dividiría el constitucionalismo argentino en dos etapas bien

⁴⁷⁸ En este sentido, señala ÁLVAREZ, que “la aduana, además de constituir el principal recurso del gobierno central, pareció ser la mejor solución económica hallada durante el siglo XIX para transar el viejo pleito entre la región del Litoral productora de materias primas exportables, y las del Interior, fabricantes de artículos industriales susceptibles de ser consumidos en el país”. ÁLVAREZ, J., *Las Guerras Civiles argentinas y el problema de Buenos Aires en la República*, Taurus, Buenos Aires, 2001, p. 46.

⁴⁷⁹ PÉREZ HUALDE, A., “La reforma constitucional de 1994 y la falta de vocación federal de las provincias”, *LL*, T. A, 2010, p. 1177.

diferenciadas, la anterior y la posterior a la Constitución Federal. La etapa anterior, iniciada en 1810 con la Revolución de Mayo fue una época de ensayos, de proyectos y Constituciones provisionales. Una etapa enfocada a buscar una organización constitucional definitiva y que, desde 1820, se caracterizó por fundarse en tratados interprovinciales. Entre ellos, y por su especial importancia, destaca el Pacto Federal de 1831 del que nace la Confederación o lo que la historiografía argentina ha reconocido como el triunfo del federalismo. Por tanto, es en esta primera etapa 1810-1853, cuando el federalismo se va conformando de forma progresiva hasta instaurarse finalmente como forma de Estado en la primera Constitución Nacional⁴⁸⁰.

El Texto constitucional de 1853 representa, en lo substancial, la base del ordenamiento jurídico vigente actualmente en Argentina. Inspirada en los principios del liberalismo clásico norteamericano, esta Norma Suprema fija un sistema republicano de división de poderes, un importante grado de autonomía para las provincias y un poder federal con un Ejecutivo fuerte, pero limitado por un Congreso bicameral, con el objetivo de equilibrar la representación poblacional con igualdad entre las provincias. Esta Constitución, pese a ser más centralizadora que la norteamericana, contemplaba una organización similar, al reconocer la coexistencia de distintos órdenes estatales y gubernamentales, que obligan a prever un sistema de distribución de competencias basado en el reconocimiento a la Nación de las facultades delegadas de forma expresa o implícita, y a las provincias el resto de potestades con carácter residual⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ La CN 1853 fue sancionada por una Convención Constituyente reunida en Santa Fe y promulgada el 1 de mayo de 1853. Este Texto, jurado por los pueblos de todas las provincias el 9 de julio de ese mismo año, contó con el apoyo general de todos los gobiernos provinciales a excepción del Estado de Buenos Aires que se mantendría separado del resto de la Confederación hasta 1859. La provincia de Buenos Aires, en parte porque desconfiaba de las verdaderas intenciones de Urquiza, ante el riesgo de limitarse a reemplazar a Rosas conservando su estilo dictatorial, y en parte para conservar sus privilegios e impedir que el caudillo entrerriano condujera y administrara el ejército y la aduana bonaerense, repudió el Acuerdo que había sido suscrito por el Gobernador Vicente López, rompió con el resto de las provincias que se agrupaban alrededor de Urquiza y se constituyó en un Estado soberano el 11 de septiembre de 1852. Mientras tanto, las restantes trece provincias convocaron un Congreso Constituyente que el primero de mayo de 1853 sancionó la “Constitución de la Confederación Argentina”. Buenos Aires respondería dictando su propia Carta Magna el 11 de abril de 1854, declarándose “*un Estado con el libre ejercicio de su soberanía interior y exterior*”.

⁴⁸¹ Aun cuando la CN argentina tiene como antecedente directo el texto de la Constitución de Filadelfia de 1787 son notables las diferencias entre una y otra. Así la CN argentina atribuye la legislación de fondo nacional (civil, comercial, penal,...) como competencia legislativa al Congreso de la Nación, establece un procedimiento distinto de revisión de la CN y de las Constituciones provinciales, existiendo igualmente diferencia en

La segunda de las etapas se caracteriza por ser un período de reformas de diferente envergadura. Entre éstas destaca la reforma de 1860, operada tras la firma del Pacto de San José de Flores o Pacto de Unión, de 11 de noviembre de 1859, y que dio lugar a la consolidación definitiva del modelo de Estado con la integración de Buenos Aires a la Federación⁴⁸². La referida reforma constitucional, dirigida a la garantizar la incorporación bonaerense, fue llevada a cabo pese a la prohibición recogida en el art. 30 de la Norma Suprema en el que se preveía la imposible modificación del Texto en un periodo de diez años desde su aprobación. La disyuntiva entre acatar dicha prohibición y lograr la reincorporación de Buenos Aires a la Federación se resolvió a favor de la reforma, adoptándose un procedimiento especial, lo que ha dado pie a que distintos autores vean en esta acción un ejercicio de poder constituyente originario en lugar de uno derivado, permitiendo identificar a la CN como de 1853 y de 1860 indistintamente. Esta reforma, además de consolidar el federalismo moderado y profundizar en la autonomía de las provincias⁴⁸³, incluyó

el instituto de la intervención federal. Cfr. CACACE, A., *El federalismo argentino: de Alberdi hasta la actualidad*, Premio Foro de Córdoba, 2007.

⁴⁸² El Pacto San José de Flores, de 11 de noviembre de 1859, establecería en su art. 1 que “*Buenos Aires se declara parte integrante de la Confederación Argentina, y verificará su incorporación por la aceptación y jura solemne de la Constitución Nacional*”. Asimismo, el art. 7 disponía que, “*todas las propiedades de la Provincia que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos, de cualquier clase y número que sean, seguirán correspondiendo a la Provincia de Buenos Aires y serán gobernadas y legisladas por la autoridad de la Provincia*”.

⁴⁸³ La reforma de 1860 introdujo la intervención federal para garantizar la forma republicana de gobierno sin requerimiento de las autoridades provinciales y lo exigió cuando fuera para sostenerlas o restablecerlas (art. 6); suprimió la exigencia de que las constituciones provinciales fueran revisadas por el Congreso antes de su promulgación (eliminó el art. 64, inc. 28 CN 1853 y modificó parcialmente el art. 5); suprimió el juicio político a los gobernadores de provincia (art. 41 CN 1853 actual art. 53 CN); dispuso que los Códigos de fondo no alterasen las jurisdicciones locales (art. 67 inc. 11 CN 1853, hoy art. 75 inc. 12 CN); excluyó expresamente de la competencia de la justicia federal el conocimiento sobre dichos Códigos (art. 100 CN 1853, actual art. 116 CN); restringió la supremacía federal respecto a los tratados ratificados por la provincia de Buenos Aires después del Pacto de 11 de noviembre de 1859 (art. 31 CN); incorporó el art. 32 CN con la prohibición al Congreso federal de restringir la libertad de imprenta y establecer sobre ella la jurisdicción federal; incluyó como poder no delegado de las provincias el que expresamente se hubieran reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación (entonces art. 104 hoy art. 121CN). Introdujo la exigencia de ser natural de la provincia que lo elige para ser diputado o senador o tener dos años de residencia inmediata en ella (arts. 40 y 47 hoy arts. 47 y 55 CN). Prohibió a los jueces federales ser al mismo tiempo de provincia (art. 34 CN); suprimió la competencia de la CSJN para resolver los conflictos de poderes en las provincias. Suprimió la exigencia de que la CSJN estuviera compuesta de 9 jueces y dos fiscales (entonces art. 94) y que debían residir en la Capital federal (art. 97). Cfr. QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A./, CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional Argentino*, T. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, pp. 845-846. IRIARTE, L., “La reconstrucción del federalismo argentino”, cit. pp. 5-6.

otras modificaciones de gran importancia⁴⁸⁴. Si bien, destacamos por su especial importancia la incorporación en 1860 del art. 33 cuyo tenor literal disponía que “*las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”⁴⁸⁵. Autores como QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI y CENICACELAYA, han querido ver el precitado artículo el antecedente directo de lo que posteriormente se conocerán como “intereses difusos”, los derechos colectivos, de especial importancia en el derecho ambiental⁴⁸⁶.

El texto constitucional se vio posteriormente modificado en 1866⁴⁸⁷, 1898⁴⁸⁸, 1949⁴⁸⁹, 1957⁴⁹⁰, 1972⁴⁹¹, dejando aparte las modificaciones que tuvieron lugar en

⁴⁸⁴ Entre estas modificaciones destacan la llevada a cabo sobre la capital de la república, las aduanas, la reforma constitucional, derechos individuales, los poderes públicos, llegando incluso a sustituirse el término Confederación por República en todas las normas en las que aparecía. Cfr. QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...* T. II, cit., pp. 845-846.

⁴⁸⁵ Art. 33 CN 1860: “*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”. Como mantienen QUIROGA LAVIÉ, H., BENEDETTI, M. A., CENICACELAYA, M., esa norma no se refería únicamente a derechos individuales conforme a la doctrina constitucional tradicional sino también a aquellos que reconocen a la sociedad como ente moral y colectivo. *Ibidem*.

⁴⁸⁶ Cfr. QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 294.

⁴⁸⁷ En la reforma de 1866 se suprimió el término de caducidad de los derechos de importación y exportación que la reforma de 1860 había dispuesto solo hasta 1866 (art. 4 y art. 67 inc. 1 hoy 75, inc. 1), Cfr. QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional Argentino...* T. II, cit., p. 847.

⁴⁸⁸ En la reforma de 1898 se modificó la composición de la cámara de diputados, facultándose al Congreso a fijar, después de cada censo, la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir, la base para cada diputado. Asimismo, se aumentó el número de ministros del poder ejecutivo. Cfr. QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...* T. II, cit., p. 847.

⁴⁸⁹ La Constitución Argentina de 1949 fue una norma de acentuado contenido social que incorporó los derechos de los trabajadores (decálogo del trabajador), la igualdad de hombres y mujeres en las relaciones familiares, la autonomía universitaria y los tres artículos económicos que establecen la función social de la propiedad, el deber del capital de estar al servicio del bienestar social las reglas para la intervención del Estado en la economía. La reforma también incluyó la elección directa de los representantes y la reelección indefinida del Presidente. Con frecuencia la doctrina trata esta reforma como un cambio de Constitución, sin embargo, no se modificó la estructura básica constitucional, no alterándose la forma de gobierno ni la consagración de los derechos individuales. Mediante dicha reforma, Argentina incorporó los derechos de segunda generación que caracterizan al constitucionalismo social, reconociendo por primera vez la igualdad jurídica del hombre y la mujer, estableció la función social de la propiedad, normas sobre nacionalizaciones y el control estatal sobre los servicios públicos, y la regulación de las fuentes de energía. Este

1966⁴⁹² y 1976⁴⁹³ por los gobiernos militares que condicionaron o suspendieron parcialmente la vigencia de la Constitución.

VI. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1994: FORTALECIMIENTO DEL FEDERALISMO Y NACIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO ECOLÓGICO

La reforma constitucional de 1994, surgida del «Pacto de Olivos», es la mayor

texto resultaría derogado tras el golpe de estado de 16 de septiembre de 1955, restableciéndose la Constitución de 1853. Cfr. QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. II, cit., pp. 847-853.

⁴⁹⁰ La reforma de la Constitución Argentina de 1957 se llevó a cabo durante la dictadura militar autodenominada Revolución Libertadora. Mediante dicha reforma Argentina convalidó la derogación por proclama militar de las reformas constitucionales de 1949 e incorporó un artículo nuevo conocido como artículo 14 bis que consagra los derechos sociales a favor de los trabajadores de los gremios y los derechos de la seguridad social, incluyéndose la indicación de dictar un Código de Trabajo. Cfr. QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional Argentino...* T. II, cit., pp. 853-855.

⁴⁹¹ En 1972 la Junta de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas que ocupaban el poder desde 1966, ordenó su actividad mediante la Ley 19.608 -Ley declarativa fundamental- sancionada en ejercicio de “poderes revolucionarios”. En cumplimiento de lo en ella dispuesto, la Junta dictó el “Estatuto Fundamental” que introdujo reformas transitorias a la CN, modificando quince artículos de la Constitución (texto de acuerdo a la reforma de 1957). Entre otras reformas constitucionales se establecieron algunas especialmente significativas como la reducción del mandato del presidente, vicepresidente, diputados y senadores a cuatro años, reelección del presidente por una vez, reelección indefinida de diputados y senadores, elección directa de presidente, vicepresidente, diputados y senadores, un mecanismo de aprobación automática de proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo si no es tratado en un plazo determinado, un mecanismo de aprobación de leyes directamente por las comisiones internas de las Cámaras, un organismo especial para realizar el juicio político a los jueces integrado por miembros del Poder Judicial, del Poder Legislativo y de los abogados. Estaba prevista su posible vigencia hasta el 24 de mayo de 1981, si bien, el golpe de estado de 1976 lo hizo desaparecer. La práctica totalidad de los cambios vigentes entonces fueron incorporados posteriormente a la Constitución en la reforma de 1994. Cfr. QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional ...* T. II., cit., pp. 853 -855.

⁴⁹² El 28 de junio de 1966, mediante un golpe de Estado, asumió el poder una junta militar autodenominada «Revolución Argentina», que dictaría un Estatuto integrado por diez artículos que tenía preeminencia sobre la CN de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957, que permanecería vigente, aunque sin el carácter de Norma Suprema hasta el 25 de mayo de 1973.

⁴⁹³ El 24 de marzo de 1976, mediante un nuevo golpe de Estado, asumió el poder una junta militar autodenominada «Proceso de Reorganización Nacional». La Junta de Comandantes impuso una serie de "principios liminares", "objetivos básicos", actas y estatutos para la Reorganización Nacional, a los que deberían someterse todas las leyes, incluida la Constitución vigente. De este modo, la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1972, quedó formalmente vigente, pero subordinada a esos instrumentos supralegales que quedaron de hecho sin efecto el 10 de diciembre de 1983, con la presidencia de Raúl Alfonsí.

de las operadas desde la sanción originaria de la Constitución⁴⁹⁴. La declaración de la necesidad de reformar parcialmente la CN, instrumentada mediante Ley 24.309, de 29 de diciembre de 1993, introdujo como temas a debatir por la Convención Constituyente el fortalecimiento del régimen federal –que dio lugar, entre otras al reconocimiento de la facultad de las provincias para crear regiones para el desarrollo económico y social y de celebrar convenios internacionales– y el de la autonomía municipal⁴⁹⁵. Asimismo, dentro del núcleo de coincidencias básicas⁴⁹⁶, se incluyó la dotación de un *status* constitucional especial para la Ciudad de Buenos Aires, reconociéndole autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción, con las consecuencias en el reparto competencial que de dicha autonomía se derivan. En concreto, tal y como señala HERNÁNDEZ, recogiendo expresamente en los Fundamentos del Proyecto Integral de Reforma de la Constitución Nacional presentado en la Convención Constituyente⁴⁹⁷, "el contenido del proyecto que propiciamos está inspirado por seis ideas fuerza: a) la atenuación del presidencialismo;

⁴⁹⁴ El «Pacto de Olivos» es el resultado de sucesivas actuaciones, que parten de una primera reunión del 4 de noviembre de 1993 entre los líderes de los partidos políticos mayoritarios: Raúl Alfonsín por la Unión Cívica Radical y Carlos Saúl Menem, por el Partido Justicialista. Posteriormente se produjo la firma de un documento de 14 de noviembre de 1993 que enumeró algunos de los puntos del acuerdo, en la Residencia Presidencial de Olivos. Ese acuerdo, desarrollado por una Comisión de Juristas de ambas fuerzas políticas, fue suscrito formalmente entre los partidos implicados el 13 de diciembre de 1993 en un acto celebrado en la Casa Rosada. Sobre esta base fue sancionada la Ley Declaratoria de la Necesidad de la Reforma 24.309 de 29 de diciembre de 1993. El Acuerdo o Pacto de Olivos previó un Núcleo de Coincidencias Básicas que dieron base al art. 2º de la ley citada, además de los otros temas habilitados para la reforma, incluidos en el art. 3º.

⁴⁹⁵ Ley 24.309, sancionada y promulgada el 29 de diciembre de 1993, publicada el 31 de diciembre de 1993.

⁴⁹⁶ El «Pacto de Olivos» posteriormente convertido en la Ley 24.309, incluyó un "núcleo de coincidencias básicas", trece puntos indivisibles, que debía ser sancionado por la Convención en forma conjunta diferenciados de los "temas habilitados" que podían ser sancionados separadamente. Dentro del núcleo de coincidencias básicas se encuentran cuestiones como la elección directa del Presidente y Vicepresidente e inclusión del ballottage; elección directa de tres senadores (de los cuales uno debería representar a la minoría); elección directa del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; reducción del mandato presidencial a cuatro años; única posibilidad de reelección presidencial; creación del cargo de Jefe de Gabinete de Ministros; creación del Consejo de la Magistratura; acuerdo del Senado por mayoría absoluta para la designación de los jueces de la Corte Suprema.

⁴⁹⁷ El Proyecto de Reforma Constitucional, que abarcó todos los puntos de la reforma según lo dispuesto por la Ley 24.309, fue presentado en la Convención Nacional Constituyente de 1994, bajo el núm. 72, que obra en el Diario de Sesiones de la Convención y ha sido recogido por HERNÁNDEZ A. M., *Reforma Constitucional de 1994-Labor del Convencional Constituyente Antonio María Hernández (h.), H. Congreso de la Nación, Buenos Aires*. 1995, p. 26 y ss; y del mismo autor, *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997, apéndice.

b) la modernización y fortalecimiento del Congreso; c) la garantía de la independencia del Poder Judicial; d) el fortalecimiento del federalismo y las autonomías municipales; e) el otorgamiento de un nuevo status a la Ciudad de Buenos Aires; y f) el reconocimiento de nuevos derechos y garantías constitucionales"⁴⁹⁸. De este modo, y en orden al objeto de nuestro estudio, las modificaciones introducidas en la reforma constitucional de 1994 nos permiten diferenciar dos ideas rectoras: el fortalecimiento del federalismo y el nacimiento del “Estado de Derecho Ecológico”.

Analizamos a continuación los puntos de la reforma de mayor interés para este estudio.

1. Fortalecimiento del federalismo

La reforma constitucional operada en 1994 pretendió, de modo claro y directo, la vigorización del modelo federal. El texto de la reforma introduce un conjunto de medidas dirigidas a fomentar la descentralización como respuesta necesaria a la centralización progresiva que había experimentado la República Argentina desde la promulgación original de la CN. Entre las innovaciones introducidas, y centrándonos en las relacionadas con el objeto de estudio, destacamos las referidas al reconocimiento de la autonomía municipal (art. 123 CN), la introducción de la noción de región (arts. 124 y 75 inc.19)⁴⁹⁹, el reconocimiento de una nueva autonomía para la Ciudad de Buenos Aires (art. 129 CN), o el reconocimiento a las provincias de potestades en materia internacional (art. 124 CN).

⁴⁹⁸ HERNÁNDEZ, A. M., “Balance de la reforma constitucional de 1994”, *LL*, T. E, 2009, p. 895.

⁴⁹⁹ Art. 124 CN: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

Art. 75, inc. 19 CN: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”.

1.1. Autonomía Municipal

Podemos definir autonomía como la “*potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propio*”⁵⁰⁰. Esta noción integra, de forma inescindible, el reconocimiento de un ente superior al que el titular de la autonomía queda subordinado. Como señalan autores como MARIENHOFF o HERNÁNDEZ, la autonomía denota siempre un poder político que debe ser ejercido dentro de lo permitido por el ente soberano⁵⁰¹.

Como indicamos *supra*, una de las ideas fuerza, motor de la reforma constitucional de 1994, fue el fortalecimiento del federalismo a través del reconocimiento de la autonomía municipal. De este modo, y a fin de completar la vaga referencia sobre el régimen municipal contenida en el art. 5 CN⁵⁰², considerada por ROSATTI, como insondable y misteriosa⁵⁰³, el nuevo art. 123 CN prevé que cada Provincia puede dictar su propia Constitución, asegurando la autonomía municipal, reglando su alcance y contenido en los órdenes institucional, político, administrativo, económico y financiero⁵⁰⁴. Así pues, las provincias deberán asegurar no sólo la

⁵⁰⁰ Definición recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (RAE), 23ª ed., publicada en octubre de 2014.

⁵⁰¹ Citados por ITURBURU, M. S., *Municipios Argentinos: Potestades y Restricciones Constitucionales para un Nuevo Modelo de Gestión Local*, 2ª ed., Instituto Nacional de Estudios y documentación, Dirección de estudios e investigaciones. Buenos Aires, 2001, p. 55.

⁵⁰² Art. 5 CN: “*Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones*”. Autores como ESAIN o BIDART CAMPOS defienden que, en realidad, la autonomía municipal surge de forma incontestable de este artículo. Cfr. ESAIN, J. A., *Competencias ambientales...*, cit., p.73; BIDART CAMPOS, G., *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*, T.I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000.

⁵⁰³ ROSATTI, H. D., “El federalismo en la reforma”, en ROSATTI, H. D., *et al.*, *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Rubinzal-Cuzoni, Santa Fe, 1994, p. 218.

⁵⁰⁴ En relación a los aspectos de la autonomía municipal que deben ser garantizados por la Provincia según su enumeración constitucional significan: *Institucional*: se refiere a la posibilidad del municipio de dictar su propia Carta Orgánica obteniendo “plena autonomía”, tratándose en caso contrario de una “autonomía semiplena”, como ocurre en La Pampa. Se dan también casos donde las cartas orgánicas deben ser aprobadas por las Legislaturas provinciales, como en el caso de Chubut que requiere que la primera carta orgánica de un municipio sea aprobada por la legislatura provincial, mientras que Neuquén y Salta lo exigen respecto de todas sus reformas. *Político*: alude a la capacidad de elección de sus propias autoridades locales. *Administrativo*: se refiere a la capacidad de gestionar servicios públicos, obras públicas, poder de policía, etc. *Económico*: se refiere a la

administración de justicia, la educación primaria y el régimen municipal *ex art. 5 CN*, sino que, además, éste régimen municipal deberá poseer autonomía en los órdenes citados — institucional, político, administrativo, económico y financiero—, cuyo alcance y contenido fijará la Provincia.

Como señalan QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI, y CENICACELAYA, con la reforma de 1994 queda superada la posición doctrinal que reducía los municipios a meras delegaciones provinciales limitadas a fines administrativos⁵⁰⁵. Visto lo anterior, pierde sentido el tradicional debate doctrinal entre quienes entendían que la expresión constitucional “régimen municipal” quedaba referida al “Municipio-Gobierno”, dotado de facultades de autodeterminación política (autonomía)⁵⁰⁶, y aquellos que, sin embargo, entendían más acertada la concepción “Municipio-Administración” como institución dedicada a la solución de conflictos domésticos de la comunidad y la prestación de servicios públicos locales, carente de influencia política a niveles importantes de decisión (autarquía)⁵⁰⁷. En cualquier caso, debemos señalar que la reforma constitucional, en realidad, viene a consagrar los avances que en el reconocimiento de la autonomía municipal ya habían sido efectuados con anterioridad, tanto por algunas provincias⁵⁰⁸ como por la propia Corte Suprema en causas como

capacidad de gerenciar el gasto público municipal. *Financiero*: en orden a la posibilidad de establecer impuestos. En cualquier caso, los municipios que como tales queden reconocidos por sus respectivas Provincias, están gobernados por una Municipalidad cuya rama ejecutiva es ejercida por el Intendente (o Viceintendente) elegido por sufragio universal directo, y cuya rama legislativa, con potestad para la sanción de Ordenanzas Municipales, es ejercida por un Concejo Deliberante.

⁵⁰⁵ QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional ...*, T. II, cit., p. 884. En este sentido, SCSJN, de 1 de junio de 1911, Fallos 114:282, “*Municipalidad de la Playa c. Ferrocarril del Sud*”, Consid. 7º: “*que esta doctrina no es menos aplicable en el presente caso por tratarse del cobro de impuestos municipales, pues estas instituciones no son más que delegaciones de los mismos poderes provinciales, circunscriptas a fines y límites administrativos, que la Constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación (art. 5...)*...”. En iguales términos, SCSJN, de 1 de abril de 1986, Fallos 308:403, “*Ambros Palmegiani S. A. y Gennaro y Fernández S. A. Empresas Asociadas*”, Consid. 10º.

⁵⁰⁶ En esta posición se encuentran entre otros, KORN VILLAFANE, ZUCCHERINO, VANOSI, HERNÁNDEZ, DANA MONTAÑO, GRECA, BIDART CAMPOS o ROSATTI.

⁵⁰⁷ Destacan en este sentido administrativistas tales como BIELSA, MARIENHOFF, CASSAGNE, VILLEGAS BASAVILBASO, BIANCHI, entre otros. Para estos autores, si bien estamos frente a una entidad de importancia histórica e institucional, de la interpretación del art. 5 CN se desprende que la determinación de las facultades que tendrán los municipios ha quedado reservada a las provincias, quienes son los únicos órganos autónomos, entendiéndolos como meras dependencias administrativas (pero no políticas) provinciales, y subordinados a éstas.

⁵⁰⁸ A partir de 1957 se comprueba una evolución en el constitucionalismo provincial que tiende a configurar a los municipios, o al menos a los de categorías superiores, con un

“Rivademar c. Municipalida del Rosario”⁵⁰⁹, “Promenade SRLC. Municipalidad de San Isidro”⁵¹⁰ o “Municipalidad de Rosario c. Provincia de Santa fe”⁵¹¹.

Con posterioridad a la reforma, la autonomía municipal ha quedado reconocida por la CSJN, pudiendo destacarse, entre otras, la causa “Municipalidad de la ciudad de

inequívoco carácter autónomo. Así las provincias de Chubut (arts. 207, 208 y 210); Río Negro (arts. 168, 176); Formosa (arts. 140, 143); y Neuquén (arts. 182, 184, 186), todas de 1957. Igual carácter resulta de la Constitución de Misiones (arts. 161, 170), de 1958; y de la de Santiago del Estero (art. 156 bis, inc. 1º) de 1932, según la reforma de 1960. La Constitución de Santiago del Estero, sancionada en 1986, reconoce al municipio como una entidad jurídico-política y como una comunidad natural con vida propia e intereses específicos. Sostiene la independencia del gobierno comunal ante todo otro poder provincial (arts. 216 y 220, inc. 2º) y asegura la autonomía de los municipios de primera categoría, a los que otorga poder constituyente para fijar sus propias cartas (220, inc. 1º). En igual sentido, se legisla en la Constitución de San Juan (1986), reconociendo a todas las comunas autonomía política, administrativa y financiera y, además, para los municipios de primera categoría, la autonomía institucional (arts. 247 y 241). Igual camino siguió la Constitución de Salta, sancionada en 1986 (arts. 164 y 168). La Carta Fundamental de La Rioja (1986), inspirada en similares principios, otorga a las comunas autonomía institucional, política y administrativa, concediendo la facultad de dictar sus propias cartas orgánicas, a todas ellas, sin distinción de categorías (arts. 154 y 157). Por su parte, la Constitución de Jujuy (1986), asegura a los municipios de la provincia, la autonomía necesaria para resolver los asuntos de interés local (art. 178), estableciendo para los más populosos la facultad de dictar su carta orgánica a través de una Convención Municipal (arts. 188). A su vez, la Constitución de Córdoba, (1987), reconoce la existencia del Municipio como una comunidad natural fundada en la convivencia, y asegura el régimen municipal, basado en su autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional, otorgando a los asentamientos que la ley reconozca como ciudades, la atribución de celebrar convenciones, para darse sus cartas orgánicas (arts. 180 y 181). Igual concepción se recepta en la Constitución de la Provincia de San Luis (1987), que reconoce al municipio como una comunidad natural con vida propia e intereses específicos, con necesarias relaciones de vecindad; desprendiendo de ello el carácter de institución política-administrativa-territorial, que se organiza independientemente dentro del Estado, sobre una base de capacidad económica, para satisfacer los fines de un gobierno propio (art. 247). A todos los municipios se les reconoce, en consecuencia, autonomía política, administrativa y financiera y a aquellos que pueden dictar su propia Carta Orgánica, además, se les concede autonomía institucional (arts. 248 y 254).

⁵⁰⁹ SCSJN, de 21 de marzo de 1989, Fallos 312:326, “Rivademar c. Municipalida del Rosario”, Consid. 9º. La Corte sostuvo la autonomía municipal, fundando tal criterio en ocho razones: El origen constitucional de los municipios. La existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en entidades autárquicas. La imposibilidad de la supresión de los municipios. El carácter de la legislación local de las ordenanzas municipales, frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de entidades autárquicas. El carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios establecido por el art. 33 CC, frente al carácter contingente de las entidades autárquicas. El alcance de las resoluciones municipales que comprende a todos los habitantes de su circunscripción. La posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios. La elección popular de sus autoridades.

⁵¹⁰ SCSJN, de 24 de agosto de 1989, Fallos 312:1394, “Promenade SRLC. Municipalidad de San Isidro”, Consid. 1º.

⁵¹¹ SCSJN, de 4 de junio de 1991, Fallos 314:495, “Municipalidad de Rosario c. Provincia de Santa fe”, en concreto, Disidencia de FAYT, BELLUSCIO y PETRACCHI.

San Luis c/ Provincia de San Luis y otro”⁵¹², fallo en el que si bien se desestimó la demanda por cuestiones formales, la Corte Suprema no sólo reconoce la autonomía política del municipio, sino que, además, fija un criterio de enorme importancia en la jurisprudencia sobre esta materia, admitiendo como “cuestión federal o constitucional” la defensa de la autonomía municipal consagrada en los arts. 123 y 5 CN, habilitando a los Gobiernos locales para acudir a la Corte en instancia originaria cuando sean los Gobiernos Provinciales los que afectan su autonomía. Este criterio fue igualmente aplicado en la causa “Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/acción declarativa de certeza”⁵¹³, en la que, junto con el reconocimiento de la autonomía municipal como cuestión federal o constitucional *ex art. 5 y 123 CN*, se subraya que ésta debe ser interpretada como parte de un sistema institucional orientado hacia la descentralización.

Por tanto, el carácter autónomo de los Municipios, merced a los arts. 5 y 123 CN, resulta hoy incuestionable. Existe consenso doctrinal sobre extremos tan esenciales como la voluntad del legislador a la hora de usar el término autonomía en el sentido de "poder político", o sobre la obligación imperativa de las provincias de asegurar la autonomía municipal limitándose a concretar el alcance de cuestiones específicas. Asimismo, no se discute que las provincias ostenten un nivel de gobierno superior al de los municipios, pudiendo distinguirse entre la “autonomía de primer

⁵¹² SCSJN, de 9 de agosto de 2001, Fallos M. 1100. XXXVI. ORI, “Municipalidad de la ciudad de San Luis c/ Provincia de San Luis y otro”, Fallo dividido de la Corte, Consid. 6º: “tal como lo señala el Señor Procurador General, la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional. En efecto, la materia del juicio tiene un manifiesto contenido federal toda vez que la actora pretende resguardar la garantía consagrada por los constituyentes en los arts. 5 y 123 (Fallos: 314:495, considerando 1º); la que se entiende vulnerada por los actos que la Provincia de San Luis pretendería realizar, en la medida que desnaturalizarían la “autonomía” municipal y constituirían un impedimento para subsistir como unidad política autónoma. De tal manera, y al ser el planteo de inconstitucionalidad el fundamento “exclusivo” a la demanda –según la postura asumida a fs. 147/151- el caso se presenta como de aquéllos reservados a la jurisdicción de este Tribunal (Fallos: 97:177; 183:160; 271:244;311:810 y sus citas; 315:2956, entre otros)”.

⁵¹³ SCSJN, de 24 de febrero de 2005, P. 95. XXXIX, “Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/acción declarativa de certeza”. Destaca el voto del Ministro LORENZETTI, R. L., “Que la autonomía municipal debe ser interpretada como parte de un sistema institucional orientado hacia la descentralización y fundado en un federalismo cooperativo. Esta orientación fue promovida por el art. 3º, de la ley 24.309, que convocó a la reforma constitucional de 1994 con el fin de «fortalecer el federalismo» y se plasmó en los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional. La norma constitucional debe ser interpretada como un compromiso que asumieron las provincias de asegurar su régimen municipal, lo que importa no sólo el reconocimiento del estatuto municipal autónomo sino el de las facultades mínimas y necesarias para no desarticular su funcionamiento”.

grado”, propia de las provincias, y la de “segundo grado”, que se atribuye a los Municipios. Como decimos, compartiendo el criterio de HERNÁNDEZ, si bien los municipios deben ser entendidos autónomos, esta autonomía es por definición diferente a la provincial porque se encuentra inserta en una entidad política superior: la provincia⁵¹⁴. Por eso el autor alude en este sentido a la "autonomía municipal" o, como señalábamos supra, a una autonomía de segundo grado, dentro de la cual puede distinguirse, a su vez, entre autonomía plena y semiplena, caracterizada la primera por implicar competencia institucional, política, administrativa y financiera, mientras que la segunda no contempla la competencia institucional⁵¹⁵. La atribución del grado de autonomía es una opción de cada Provincia a la que le queda reconocida la potestad para organizar su régimen en forma individual según determinados criterios y siempre respetando las directrices establecidas en la Carta Magna⁵¹⁶. Autores como ROSATTI y

⁵¹⁴ HERNÁNDEZ, A. M., *Derecho municipal*, Vol. I, 2ª. ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 402.

⁵¹⁵ En lo referido a la autonomía institucional, analizando las veintitrés Cartas provinciales, es posible clasificar teniendo en cuenta los distintos alcances y significaciones atribuidas al término autonomía en:

-Autonomía municipal semiplena: se trata de constituciones que no reconocen la autonomía local en el orden institucional, es decir, los municipios no poseen la capacidad de dictarse su propia carta orgánica, sin perjuicio de ostentar autonomía en los demás ámbitos, aunque con matices. En este grupo encontramos las constituciones de Mendoza y Santa Fe, las cuales confieren al Poder Legislativo Provincial la facultad de dictar la ley orgánica que regirá a los municipios.

-Autonomía municipal condicionada, limitada o restringida: en estos casos se reconoce la autonomía municipal pero se exige que la carta orgánica municipal sea aprobada por el Poder Legislativo Provincial. En este grupo encontramos a las constituciones de Neuquén, Chubut y Salta.

-Autonomía Municipal Plena: se reconoce la autonomía en todos los ámbitos enumerados en el art. 123 CN. En este grupo podemos incluir las constituciones de Misiones, Santiago del Estero, San Juan, La Rioja, Jujuy, San Luis, Córdoba, Catamarca, Río Negro, Formosa, Tierra del Fuego, Corrientes, La Pampa, Chaco, Santa Cruz y Tucumán, las cuales reconocen a algunos municipios, en general denominados como de “primera categoría” la facultad de dictar su propia carta orgánica sin perjuicio de reglamentar también la autonomía en los demás ordenes (político, administrativo, económico y financiero).

⁵¹⁶ Como explicábamos, uno de los factores de diferenciación fundamental entre municipios es el derecho de ejercer el poder constituyente. Un municipio habilitado o competente para dictarse su carta orgánica o carta municipal es intrínsecamente distinto del municipio que no tiene ese derecho. Si bien no existe un criterio homogéneo, la cantidad de población es la variable mayoritariamente utilizada por las Constituciones provinciales para habilitar a los centros urbanos a constituir o categorizar gobiernos locales. Son escasas las referencias a otras bases u otros requisitos y, en general, remiten en forma indirecta al tamaño de la población (cantidad de electores, ser declaradas ciudades, etc.). Del mismo modo, constituidos como municipios, la cantidad de población es el factor determinante en el reconocimiento del derecho de un gobierno local de dictarse su propia Carta Orgánica, pudiendo adquirir autonomía plena, pero no existe consenso respecto del número de

SABSAY sostienen que si bien definir la autonomía en el texto constitucional equivale a consagrar una herramienta interpretativa uniforme en todo el territorio del país, esto no significa sin embargo que todos los municipios deban gozar del mismo estatus jurídico subrayando que corresponderá a cada provincia, atendiendo a su específica realidad, encuadrar las comunidades locales dentro de los ámbitos de autonomía señalados⁵¹⁷.

De este modo, analizada la reforma constitucional en este sentido, y siendo incuestionable la existencia de una autonomía municipal, debe destacarse sin embargo que el respeto de la garantía de la autonomía municipal por parte de las provincias es diverso. En este sentido, y de forma simplemente indicativa por exceder esta cuestión el objeto de nuestro estudio, indicar que pueden diferenciarse en la actualidad tres situaciones distintas: en primer lugar, aquellas provincias ya reconocían la autonomía municipal con anterioridad a la reforma constitucional⁵¹⁸; en segundo lugar, aquellas provincias que reformaron sus textos constitucionales con posterioridad a la reforma de 1994 y sin embargo no incorporaron la autonomía municipal⁵¹⁹; y, finalmente, aquellas provincias que poseen textos constitucionales anteriores a la reforma de 1994 y en los que no existe reconocimiento alguno de la autonomía de sus municipios⁵²⁰. Si

personas que habilita a ello. La distancia de 1.000 a 30.000 habitantes en provincias con escasa diferencia de población indica la gran dispersión que existe al respecto.

⁵¹⁷ ROSATTI, H. D., “El federalismo en...”, cit. p. 223. En igual sentido, SABSAY, D. A., “La Ciudad de Buenos Aires y la reforma constitucional”, *LL*, 1995, p. 1. Agrega el primer autor que la cláusula del art. 123 CN define una intencionalidad inequívoca respecto de la inserción del municipio argentino en la vida política del país, pero sin implicar tanto como para uniformar nacionalmente a una realidad tan compleja y rica en matices como es la municipal. En sentido, se pronuncian DROMI y MENEM quienes opinan que la reforma ha explicitado la naturaleza del municipio, asegurando su autonomía y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. De esta forma, cada provincia deberá arbitrar los medios conducentes para poder hacer efectiva dicha autonomía, teniendo en cuenta la dimensión territorial, la cantidad de población, los recursos económico-financieros, etcétera. Concluyen sosteniendo que en definitiva se lleva a cabo un reenvío a las Constituciones provinciales para que cada provincia adapte la medida de la autonomía municipal a su propia realidad. *Cfr.* DROMI, R. y MENEM, E., *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 417.

⁵¹⁸ Participan de este grupo la mayoría de las provincias entre ellas Santa Cruz, Formosa, Chubut, Neuquén, Chaco, Río Negro, Misiones, La Pampa, Santiago del Estero, Catamarca, San Juan, Salta, San Luis, Jujuy, La Rioja, Tierra del Fuego, y Córdoba.

⁵¹⁹ Es el caso de la Provincia de Buenos Aires, que sancionó su nueva Constitución a los pocos meses de sancionada la Constitución Nacional, pero sin embargo ratificó el status autárquico de sus municipios que poseía la anterior Constitución de 1934. Es decir asumió una actitud de desconocimiento al mandato de la Carta Magna nacional, tornando inconstitucional ese aspecto de la reforma bonaerense.

⁵²⁰ Sería el caso de entre otras, la provincia de Santa Fe. Esta situación invita a reflexionar sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de este incumplimiento bien sea por la falta de incorporación bien por una reforma contraria al sentido de la CN. En este sentido, ÁBALOS, señala la división de posturas doctrinales existente entre quienes

bien, respecto a lo que son las concretas competencias que cada municipio detentará habrá que estarse al tenor literal de su propia Constitución provincial.

La mayor parte de las provincias argentinas recurren al sistema mixto de asignación competencial⁵²¹. Así, se recurre a la enumeración concreta dentro del texto

consideran que tal omisión tornaría inconstitucional a la reforma provincial, implicando una clara violación a la prelación normativa que se impone desde el art. 31, con el art. 75, inc. 22, y demás normas de la CN, y que suponen relaciones de supraordinación y de subordinación entre la Nación y las Provincias. *Cfr.* ÁBALOS, M. G., “El régimen municipal argentino después de la reforma nacional de 1994”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 8, 2003. En el mismo sentido, LOSA señala, refiriéndose a la Constitución de la provincia de Buenos Aires que, reformada con posterioridad a la reforma nacional, no incluye la autonomía municipal: “...la falta de adecuación a la ley suprema torna inconstitucional la reforma bonaerense pues se ha asumido una actitud omisiva para ciento veintisiete municipios de la mayor provincia argentina, con las consecuencias y efectos que ello implica y vulnerando la Constitución Nacional”. *Vid.* LOSA N. O., “Reformas constitucionales y municipios”, *LL*, T. A, 1995, p. 727. También comparte esta solución, VANOSSI, quien explica que “frente a un apartamiento de tal relación de supra -y subordinación (entre Nación y provincia), cuando la infracción proviene del poder subordinado- que es el poder constituyente local, cabe, en consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de las normas provinciales infractoras de la *supremacía federal* (con efecto de inaplicabilidad en el caso concreto)”. VANOSSI, J. A., *Teoría constitucional*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 459. Como señala ÁBALOS, se podría dar lugar a la declaración de intervención federal, prevista en el art. 6 CN, a la provincia incumplidora, con el objeto de anular las normas emanadas de su poder constituyente local y restablecer la vigencia de la plena conformidad del ordenamiento local con la Ley Suprema de la Nación. *Cfr.* ÁBALOS G. cit. *supra*. VANOSSI, considera que “el instituto excepcional de la 'intervención federal' puede llegar a ser el instrumento necesario y adecuado para obtener dentro del cauce institucional el reacomodamiento o reubicación del poder constituyente local dentro de los límites fijados por el poder constituyente nacional”. VANOSSI, cit., *supra*. En relación a la intervención federal no faltan autores como BAISTROCCHI que rechazan esta idea considerando que la intervención federal establecida en el art. 6 CN no puede ser empleada por el Gobierno Federal con el fin de obligar a una provincia a asegurar el régimen municipal. Según esta percepción, el incumplimiento local no puede ser subsumido en ninguna de las tres causales de intervención federal que prevé el aludido art. 6 CN. Como señala el referido autor, dicha intervención federal solo procede si se configura alguno de los siguientes supuestos: “a) con el fin de garantizar la forma republicana de gobierno; b) con el objeto de repeler invasiones extranjeras, c) cuando medie requisición de las autoridades constituidas provinciales con el propósito de sostener, o restablecer dichas autoridades, si hubiesen sido depuestas por sedición, o por invasión de otra provincia. Obviamente los incisos b) y c) no se vinculan al “régimen municipal”, pero tampoco el supuesto de incumplimiento puede subsumirse en el inciso a) ya que el significado habitual de la expresión “forma republicana de gobierno” no incluye la existencia de regímenes municipales provinciales”. *Cfr.* BAISTROCCHI, E., “La autonomía de los municipios de provincia: sus posibles consecuencias tributarias”, *LL*, Año LX, núm. 160, 1996, p. 3. En cualquier caso, la no procedencia de la intervención federal no implica la inexistencia de otros mecanismos jurídicos. En efecto, si una persona, a quien tal incumplimiento local le hubiera producido un perjuicio, puede interponer el recurso extraordinario previsto en el inc. 2 del art. 14 de la Ley 48, mecanismo utilizado en la Causa “*Rivademar c. Municipalidad del Rosario*”, Fallos 312:326, sentencia de 21 de marzo de 1989. Por lo que, desde esta perspectiva, compete a los tribunales tutelar ese derecho vulnerado.

⁵²¹ En el derecho comparado se distinguen tres sistemas para la determinación de la competencia municipal: el de *enumeración concreta*, propio de los países anglosajones, y adoptado por muchos países americanos como Costa Rica, Bolivia, Perú, Colombia, Nicaragua, Uruguay, Chile, El Salvador, algunos Estados mexicanos y venezolanos; *el de*

constitucional de las funciones que serán asumidas por los municipios más la inclusión de una cláusula general a través del uso de variadas fórmulas⁵²². El sistema mixto, como señala ITURBURU, se presenta como el más adecuado ya que, cada Constitución provincial, debería cumplir un doble papel respecto de los municipios: orientar sobre el rumbo a seguir —estableciendo atribuciones y también obligaciones a los funcionarios locales— y, al mismo tiempo, ser lo suficientemente amplia para que no se convierta en un corsé que impida hacer o que requiera modificaciones permanentes⁵²³. Por ello es apropiada la inclusión de una cláusula general que otorgue la flexibilidad jurídica necesaria para asumir competencias nuevas según se vayan presentando situaciones no previstas por la Constitución.

1.2. La Región en la Constitución argentina

La reforma de 1994 introdujo por vez primera en la CN la noción de región, a través de los arts. 75 inc. 19 y 124, al referirse expresamente a la necesidad de promover políticas tendentes a equilibrar el desigual desarrollo de provincias y regiones, facultando a las provincias para crear regiones a fin de alcanzar el desarrollo económico y social⁵²⁴. Como señala PANCALLO D'AGOSTINO, “la regionalización es

cláusula general, mayoritariamente utilizado por los países de la Europa continental y por algunos de América, como Ecuador y Paraguay; y el *sistema mixto* usado en las constituciones de Puerto Rico, Honduras, Guatemala, República Dominicana, Cuba, España, y algunos Estados mexicanos, venezolanos y brasileños. El primero de ellos consiste en que el gobierno local ejerce competencia exclusivamente en las materias indicadas por la ley. El sistema de cláusula general se funda en el reconocimiento de la universalidad de la competencia municipal. Para ello son utilizados términos como interés, necesidad, bienestar, prosperidad, conveniencia, entre otras, para formular genéricamente la competencia local. El tercer sistema se apoya en una enumeración concreta efectuada por la ley, seguida por una cláusula general que amplía la competencia. Las Constituciones provinciales argentinas utilizan los tres sistemas, si bien, prevalece sobre los demás el sistema mixto recurriéndose a la enumeración concreta de las funciones a asumir por los municipios más la inclusión de una cláusula general.

⁵²² Formulas generales como la inclusión de todas las demás atribuciones y facultades que se derivan de las enumeradas, o que sean indispensables para hacer efectivos los fines de las instituciones municipales (Catamarca, art. 252, inc.12; Chubut art. 233, inc. 14; Entre Ríos, art. 195 inc. 4 apartado k; Río Negro, art. 229 inc. 17); adicionan la potestad de ejercer cualquier otra función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por esta Constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado (Córdoba, art. 186 inc. 14; Chaco, art. 206 inc. 14; La Pampa, art. 123 inc. 9; San Luis, art. 261, inc. 19; Santa Cruz, art. 150 inc. 17; Tierra del Fuego, art. 173, inc. 16; Santiago del Estero, aunque sin mencionar la incompatibilidad con las funciones del Estado, en su art. 211 inc. 8); o cualquier otra función relacionada con los intereses locales o con sus fines (Tucumán, art. 113 inc. 9; Salta, art. 170 inc. 29; San Juan, art. 251 inc. 12).

⁵²³ ITURBURU, M. S., *Municipios Argentinos...cit.*, pp. 73-74.

⁵²⁴ Art. 75 inc.19: “(Al Congreso corresponde): “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los

conformar bloques de provincias que se complementen entre sí paliando sus desigualdades. Esta es la única forma en que podrán compensar diferencias entre ricas y pobres; pobladas y despobladas, y con recursos diversos. Para ello es necesario lograr cambios en las culturas locales que amplíen la visión de conjunto. Los sentimientos localistas deben dar paso a la racionalidad y al realismo”⁵²⁵. Por tanto, la incorporación de la región al texto constitucional evidencia un decidido intento de reconstrucción federal a través del regionalismo fruto de la necesidad de forjar entre grupos de provincias relaciones de conjunto más equilibradas con la Nación.

En cuanto a su creación, tal y como señala QUIROGA LAVIÉ “la idea fuerza de la Constitución es que sean las propias provincias las que dispongan su regionalización a través de acuerdos para el desarrollo, y que dicho fenómeno de descentralización no sea impuesto por el gobierno central”⁵²⁶. Esto es, se subraya la naturaleza de las regiones como instrumento de descentralización y de búsqueda de equilibrio frente a la Nación. Si bien, aun cuando se eleva al grado constitucional la posibilidad de creación de regiones, estas nacen con una finalidad específica, limitadas al desarrollo económico y social, como señala SABSAY cuando afirma que, “no se está creando un nuevo nivel político de gobierno, sino que la provincia sigue siendo el centro de redistribución territorial del poder, y la región está constreñida al logro de objetivos de carácter económico y social”⁵²⁷. Por tanto, la creación de las regiones responde única y exclusivamente, a una descentralización administrativa con fines limitados que no afecta a los niveles de gobierno Nacional, provincial, de la CABA y de los municipios que, con distinta intensidad y jerarquía, y dentro de sus competencias, aúnan facultades correspondientes al dictado de sus propias normas de organización y de

trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”.

Art. 124 CN: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.”

⁵²⁵ PANCALLO D’AGOSTINO, M. R., “Federalismo de concertación hacia una regionalización”, *LL*, T. C, 2010, p. 944.

⁵²⁶ QUIROGA LAVIÉ, H., *Constitución argentina comentada*, Zavallia, Buenos Aires, 1996, pp. 707-708.

⁵²⁷ SABSAY, D. A., *Manual de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires 2011, pp. 187 y ss.

gestión, así como la elección de sus autoridades como centros autónomos de poder.

1.3. Nueva autonomía para la Ciudad de Buenos Aires

El otorgamiento de un nuevo *status* a la Ciudad de Buenos Aires fue un hábil recurso dirigido a afirmar la descentralización del poder a través de la atribución de autonomía institucional especial a la Ciudad, que pasaba a considerarse una ciudad estado como lo son Berlín, Bremen y Hamburgo en el federalismo alemán⁵²⁸. La norma fundamental nacional se refiere a la Ciudad de Buenos Aires en el art. 129 CN⁵²⁹, precepto que, a pesar de estar incluido en el capítulo dedicado a las provincias, se dirige exclusivamente a esta ciudad⁵³⁰. La Constitución, pues, otorga de este modo a la Ciudad de Buenos Aires un nivel de autonomía casi equivalente al de las provincias, quedándole reconocido un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción eligiendo directamente el pueblo de la ciudad a su Jefe de Gobierno y pudiendo sus habitantes, a través de sus representantes, dictar el Estatuto Organizativo de sus instituciones. Asimismo, en orden a este nuevo Estatuto de gobierno de la CABA, el texto constitucional encierra diversas cláusulas que asimilan el estatus de la Ciudad con el de las provincias⁵³¹, pese a lo cual no se trataría en puridad de una de ellas.

⁵²⁸ HERNÁNDEZ, A. M., “Balance de la reforma...”, cit., p. 905.

⁵²⁹ Art. 129 CN: “*La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones*”.

⁵³⁰ Quiere decirse con esto que, del mismo modo que no todas las normas constitucionales incluidas en el Capítulo referido a las provincias se refieren a éstas (el art. 129 CN es propio de la Ciudad de Buenos Aires), no todas las disposiciones constitucionales que se refieren a las provincias incluyen necesariamente a la Ciudad de Buenos Aires, salvo cuando el mismo constituyente lo aclara expresamente.

⁵³¹ Entre otras tiene representación en el Congreso no por ser Capital Federal sino como “Ciudad de Buenos Aires” (art. 44 CN); elige tanto diputados nacionales (art. 45 CN) como senadores (art. 54 CN); interviene en la ley-convenio de coparticipación federal y recibe sus beneficios (*ex* Art. 75, inciso 2 CN); puede ser intervenida por el gobierno federal (art. 75, inciso 31 y 99 inc. 20 CN) por ello debe cumplir con las exigencias del art. 5 CN, puede celebrar convenios internacionales (art. 124.1 CN) y conservar organismos de la seguridad social entre otras obligaciones (art. 125.2 CN). No se trata de un municipio con autonomía especial sino de una verdadera entidad autónoma integrante del sistema federal argentino.

En relación al status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires, no existe en realidad un consenso por parte de la doctrina. Así, autores como NATALE, la consideran un mero municipio⁵³², mientras que, en el extremo opuesto, EKMEKDJIAN reclama para la Ciudad de Buenos Aires el carácter de provincia, manifestando que “la Ciudad de Buenos Aires tiene todas las características de una nueva provincia argentina, pero los convencionales de 1994, parecen haber tenido pudor de expresarlo así”⁵³³. En la escala intermedia entre estas dos posturas, otros autores prefieren referirse a Buenos Aires como “ciudad autónoma”, “ciudad-Estado” o “ciudad Estado de nivel provincial”, “semiprovincia”, ciudad con un “status jurídico excepcional”, “distrito autónomo, con una situación intermedia entre un municipio y una provincia”, entidad “sui generis” de descentralización territorial políticamente autónoma, persona de derecho público de existencia necesaria, “municipio federado”, e incluso ciudad constitucional federada. Todas estas consideraciones, obviamente distinguen a la CABA de los meros municipios y no admiten que se confunda con las provincias⁵³⁴.

En cualquier caso, pese a la discrepancia doctrinal que pueda existir, la CSJN ha aclarado en reiteradas ocasiones que si bien la Ciudad de Buenos Aires goza de un régimen específico y distinto, ha de descartarse su equiparación a una provincia. Así, en la causas “Gauna”⁵³⁵, “Cincunegui Juan Bautista c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad”⁵³⁶, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/

⁵³² Cfr. Convención Nacional Constituyente, 19 Reunión – 3ª Sesión Ordinaria (continuación) - 28 de julio de 1994, pp. 2360 - 2361.

⁵³³ EKMEKDJIAN, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T. V, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 497.

⁵³⁴ Cfr. HERNÁNDEZ, A. M., “Balance de la reforma...”, cit., pp. 895 y ss; ÁBALOS, M. G., “La Ciudad de Buenos Aires luego de la reforma de 1994: ¿Nuevo sujeto del Federalismo Argentino?”, en BIDART CAMPOS, G., / GIL DOMÍNGUEZ, A., (dirs.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 6. En la misma línea, FERREYRA, R. G., *La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 1997.

⁵³⁵ SCSJN, de 7 de mayo de 1997, Fallos 320:875, “Gauna, Juan O. s/recurso extraordinario. El Alto Tribunal consideró que la Ciudad de Buenos Aires goza de un status constitucional especial no resultando de aplicación el art. 121 CN, singularidad que, como reconocen”. En este sentido, QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI y CENICACELAYA, señalan que “se patentiza en su forma transitoria, pues mientras siga siendo capital de la Nación, el Congreso Nacional conserva ciertas facultades de legislación que de algún modo limitan parcialmente el ejercicio de la autonomía porteña”. QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. II, cit., p. 887.

⁵³⁶ SCSJN, de 23 de marzo de 1999, Dictamen nº C. 159. XXXV, “Cincunegui Juan Bautista c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad”. Se analizó si correspondía la intervención originaria del Máximo Tribunal por ser parte en el juicio la Ciudad de Buenos Aires, es decir, si correspondía asimilarla a una provincia para que fuera

Tierra del Fuego, Provincia del s/ cumplimiento de contrato y cobro de pesos"⁵³⁷, "Héctor Rodríguez y Otros v. Provincia de Buenos Aires y Otros"⁵³⁸ y "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros"⁵³⁹, entre otras⁵⁴⁰.

Como consecuencia de este entendimiento jurisprudencial, en nuestra opinión debe descartarse que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sea un municipio, apoyándonos para ello, además de en el amplio listado de preceptos de la Constitución que específicamente se refieren expresamente a esta ciudad, en el hecho básico y fundamental del distinto grado de autonomía reconocida ex *constitutione* a los municipios y a la CABA y por no quedar además comprendida en el ámbito de aplicación del art. 123 de la Carta Magna. Tampoco puede considerarse, vistos los pronunciamientos de la CSJN de los que se ha dado cuenta, que estemos frente a una

de aplicación el art. 117 de la Ley Suprema. El pronunciamiento de la Corte fue claro en este sentido afirmándose que, "en efecto, la demanda ha sido dirigida contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual por no ser una provincia argentina, no le corresponde, conforme a los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, la instancia originaria de la Corte (conf. artículo 129 y cláusula transitoria 71 de la Ley Fundamental)".

⁵³⁷ SCSJN, de 18 de diciembre de 2007, G. 2462. XLI, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del Fuego, Provincia del s/ cumplimiento de contrato y cobro de pesos". La Corte Suprema ratifica que la Ciudad de Buenos Aires no es una provincia y carece, por lo tanto, de la facultad de instar la acción en forma originaria y exclusiva ante la CSJN (conf. arts. 116 y 117 de la CN). El núcleo del fundamento está dado por el Consid. 2º de la resolución en el que se señala que "en todas las oportunidades en que, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, fue necesario calificar el status institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...este Tribunal ha decidido desde el primer precedente...que aquella entidad no es una provincia argentina".

⁵³⁸ SCSJN, de 5 de diciembre de 2000, Fallos: 323:3991, "Héctor Rodríguez y Otros v. Provincia de Buenos Aires y Otros", donde la Ciudad de Buenos Aires fue codemandada junto a la Provincia de Buenos Aires.

⁵³⁹ SCSJN, de 20 de junio de 2006, Fallos 329:2316, "Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)", Consid. 11º: "y en cuanto a la Ciudad de Buenos Aires, porque con arreglo a la doctrina establecida en los precedentes de Fallos: 322:2859, 323:1199 y 323:3991 no es una provincia argentina y, en consecuencia, no le corresponde la instancia originaria del Tribunal".

⁵⁴⁰ Por todas SCSJN, 16 de mayo de 2000, Fallos 323:1199, 103. XXXVI. ORI, "Fisco Nacional (A.F.I.P.-D.G.I.)", en el que la demanda es el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Igual razonamiento encontramos en la SCSJN, de 5 de diciembre de 2000, Fallos: 323:3991, "Héctor Rodríguez y Otros v. Provincia de Buenos Aires y Otros", en la que la Ciudad de Buenos Aires era codemandada junto a la provincia de Buenos Aires, SCSJN, de 27 de noviembre de 2007, Fallos A. 827.XLIII., "Asociación Civil para la Defensa Ciudadana c/ Estado Nacional y otro (Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ acción de amparo" y se proyecta en la SCSJN, de 18 de diciembre de 2007, Fallos G.2426.XLI, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Chaco, Provincia del (Ministerio de Salud) s/ cobro de sumas de dinero".

provincia⁵⁴¹. Y ello porque resulta incontestable su status jurídico- político especial que deriva de las previsiones propias del art. 129 CN, de su clara diferenciación de los municipios y su intencionada aproximación a las Provincias, máxime si como reconoce la jurisprudencia “la autonomía otorgada a la Ciudad de Buenos Aires en el artículo 129 de la CN debe ser interpretada ampliamente y sus limitaciones con criterio restrictivo, de modo tal que puede asimilársela en principio a la que gozan las demás provincias de la Federación”⁵⁴². Por tanto, concluimos, siguiendo en este punto a HERNÁNDEZ, que, en contraste con la Constitución histórica, tras la reforma de 1994 existen en la federación argentina cuatro órdenes de gobierno: el gobierno federal, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios autónomos⁵⁴³.

1. 4. Reconocimiento a las provincias de potestades en materia internacional

Con anterioridad a la reforma de 1994 las relaciones internacionales constituían una competencia exclusiva del gobierno federal⁵⁴⁴. Los arts. 107⁵⁴⁵ y 108⁵⁴⁶ CN - actuales arts. 124 y 125 CN- definían un marco jurídico de las relaciones exteriores como prerrogativa exclusiva del gobierno federal, vedando esta posibilidad a los gobiernos provinciales⁵⁴⁷. Si bien, con la reforma, el constituyente pretendió modificar

⁵⁴¹ CSJN, de 20 de junio de 2006, Fallos 329:2316, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”, Consid. 11º: “y en cuanto a la Ciudad de Buenos Aires, porque con arreglo a la doctrina establecida en los precedentes de Fallos: 322:2859, 323:1199 y 323:3991 no es una provincia argentina y, en consecuencia, no le corresponde la instancia originaria del Tribunal”.

⁵⁴² Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala nº 13, de 1 de junio de 2011, “Unión de Kiosqueros de la República Argentina c/ GCBA”.

⁵⁴³ HERNÁNDEZ, A. M., “Balance de la reforma...”, cit., p. 903.

⁵⁴⁴ Conforme los arts. 27; 67 incs. 12, 14, 16 y 19; 86 incs. 10 y 14; 107 y 108 CN 1853/60.

⁵⁴⁵ El art. 107 CN 1853/60 establecía que “*las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con recursos propios*”.

⁵⁴⁶ El art. 108 CN 1853/60 precisaba los alcances de dicha facultad, delimitándola en los siguientes términos: “*las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político. (...)*”.

⁵⁴⁷ Cfr. EKMEKDJIAN M. A, *Tratado de Derecho...*, cit., p. 739.

el predominio de la centralización cristalizada tiempo atrás, fomentando el federalismo a través del fortalecimiento de las atribuciones de las provincias. Así pues, como reconoce SALVILOLO “la reforma constitucional de 1994 vino a poner a punto la actividad provincial, actualizando el marco jurídico y delimitando la facultad de celebrar convenios internacionales, plasmando de esa manera las discusiones doctrinarias previas”⁵⁴⁸.

Como sostiene ROSATTI “si partimos de la idea sostenida habitualmente por la Corte Suprema de Justicia de que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación definidos y expresos (Fallos:312:1186), pero con la lógica limitación de que aquellos poderes provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de los poderes delegados al gobierno federal, vemos que en principio no existen obstáculos a la proyección de los intereses provinciales en el ámbito internacional, a condición de que tal proyección no resulte incompatible con la política exterior de la Nación, cuya determinación incumbe a las autoridades nacionales (arts. 27,67 incs. 12, 14, 16 y 19, y 86, inc. 14 de la Constitución originaria de 1853/60)”⁵⁴⁹.

De este modo, a través del art. 124 CN se reconoce expresamente a las provincias la posibilidad de celebrar convenios internacionales. Eso sí, dichos convenios quedan sujetos, por imperativo constitucional –ex art. 124 CN–, a la observancia de una serie de limitaciones, en la medida en que “*podrán celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional*”.

En relación a la primera de estas limitaciones, la imposibilidad de que los convenios internacionales resulten incompatibles con la política exterior de la Nación, debe tenerse en cuenta que la conducción de la política exterior es competencia del Gobierno federal (Arts. 27, 75 incs. 13, 15, 18 y 19 y 99 inc. 11, 125 y 126 CN). Pese a lo anterior, no puede obviarse que estas facultades federales se matizan a la luz de los poderes que las provincias se han reservado por imperio del art. 121 CN, y por

⁵⁴⁸ SALVILOLO, M. A., *Provincias y Convenios Internacionales. Una propuesta desde el Federalismo de Concertación*, ISEN, Grupo Editor LatinoameriCANO, Buenos Aires, 2005, pp. 115 -117.

⁵⁴⁹ ROSATTI, H. D., "El federalismo en...", cit., p. 264.

aquellos poderes provinciales, concurrentes con el gobierno federal, para el bienestar económico y social. De este modo, las provincias pueden superar la jurisdicción nacional en la gestión de asuntos administrativos sin que por ello se perturbe la competencia nacional. En este sentido reconoce SOLA, “sin dejar lugar a dudas sobre la competencia en materia de política exterior que tiene el gobierno federal, es conveniente hacer una distinción. La gestión de facultades que las provincias se han reservado y las que tiene concurrentes con el gobierno federal para su bienestar económico y social pueden desbordar la jurisdicción interna y traducirse en el ámbito internacional, sin por ello usurpar facultades del gobierno federal. El límite a esta actividad es que en la promoción de sus intereses la provincia no comprometa negociaciones que hacen a las relaciones específicamente internacionales. La contratación de bienes y servicios está dentro de esas facultades de las provincias y nada obsta tampoco a que promuevan su turismo o sus productos en el exterior. (...) Aparece nítidamente la distinción entre las relaciones exteriores, de las que el gobierno federal tiene el monopolio, incluyendo la competencia amplia de concluir tratados internacionales aun sobre temas de competencia exclusiva de las provincias, y por otra parte los negocios administrativos de las provincias”⁵⁵⁰.

En segundo lugar, con una aparente redundancia respecto a la limitación anterior, el Texto Constitucional señala que los convenios firmados por las provincias no pueden afectar a las facultades delegadas al gobierno federal. Como señala EKMEKDJIAN, “en cierto modo, esta cláusula es una repetición de la anterior, y más precisamente aún, de las disposiciones del actual art. 126, el que prohíbe a las provincias celebrar tratados parciales de carácter político”⁵⁵¹. En realidad, el contenido de los convenios internacionales firmados por las provincias quedan determinado en el art. 125 *in fine* del texto constitucional reformado en 1994, cuyo tenor literal concreta que “(...) podrán promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento, y la cultura”⁵⁵². Debiendo incluirse entre estas, como indica HERNÁNDEZ, también aquellas

⁵⁵⁰ SOLA, J. V., *El manejo de las relaciones exteriores. La Constitución y la política exterior*, Ed. Belgrano, Buenos Aires, 1997, p. 231.

⁵⁵¹ EKMEKDJIAN, M. A., *Tratado de Derecho...*, cit., p. 740.

⁵⁵² *Cfr.* SALVILOLO, M. A., *Provincias y Convenios ...*, cit., p. 117.

facultades concurrentes con la Nación⁵⁵³.

La tercera de las limitaciones expuestas implica no comprometer la responsabilidad de la Nación o el alcance de los compromisos contraídos por el Gobierno federal en relación al crédito público. Cabría afirmar que las provincias no pueden afectar el crédito público de la Nación y por ello el constituyente ha pretendido limitar su capacidad de endeudamiento a fin de evitar que las reservas del país, o su crédito, puedan alterarse por los compromisos provinciales⁵⁵⁴,

Por último, la CN prevé que los convenios celebrados por las provincias precisan el conocimiento del Congreso Nacional. La referencia al necesario conocimiento por parte del Congreso ha generado un debate doctrinal en el que pueden diferenciarse dos posturas claras: los defensores de la doctrina del conocimiento y los promotores de la doctrina del consentimiento⁵⁵⁵. La primera de las posiciones, la *doctrina del conocimiento*, subraya la diferencia existente entre el art. 124 *in fine* CN, y los antecedentes de Alberdi en Las Bases y la Constitución de EE.UU. Entre estos autores destaca EKMEKDJIAN quien sostiene que “teniendo en cuenta la diferencia que existe entre nuestros textos de los arts. 124 y 126 CN, y la diferencia de éstos con el antecedente (del 126 CN) en la Constitución de Filadelfia, el conocimiento del Congreso no implica que éste deba expresar su aceptación expresa, sino que ésta se presume luego de transcurrido el año parlamentario en que fue notificado de la celebración del convenio. (Estos convenios) deben estar sujetos a una condición resolutoria expresa”⁵⁵⁶. En la misma línea, DROMI y MENEM afirman que “con conocimiento no quiere decir aprobación ni ad referendum, sino que el Congreso debe ser notificado de los tratados internacionales acordados por las provincias para tener conocimiento cabal, serio y cierto, a todos los fines políticos

⁵⁵³ HERNÁNDEZ, A. M., *Federalismo, autonomía municipal...*, cit., p. 107.

⁵⁵⁴ Cfr. NATALE, A., *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 177 -178; HERNÁNDEZ, A. M., *Federalismo, autonomía municipal...*, cit., p. 108

⁵⁵⁵ Cfr. BUJ MONTERO, M., “Las provincias y los convenios internacionales”, en PÉREZ GUILHOU, D., *et. al.*, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires – Mendoza, 1995, p. 379. En un sentido similar, CARBAJALES J. J. / GASOL, C., “La gestión internacional de las provincias en el marco del sistema federal argentino y a la luz de sus propias constituciones”, en IGLESIAS, E., (dir.), *Las provincias Argentinas en el escenario internacional: Desafíos y obstáculos de un sistema federal*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, 2008, p. 55.

⁵⁵⁶ EKMEKDJIAN, M. A., *Tratado de Derecho...*, cit., p. 742.

correspondientes”⁵⁵⁷. Por su parte, ROSATTI mantiene que “la cláusula bajo examen requiere que sean comunicados al Congreso Nacional. Según nuestro criterio, conocimiento no significa aprobación del Congreso pero sí autoriza su análisis”⁵⁵⁸. En segundo lugar, los promotores de la *doctrina del consentimiento* identifica el conocimiento con la aprobación. Dentro de esta vertiente, se encuentran, entre otros, autores como SOLA, quien afirma que, “el ‘conocimiento’ implica un control; el registro de un tratado parcial es su aprobación. Los constituyentes excluyeron la aprobación como requisito previo, formal y expreso del tratado parcial, pero al exigir el conocimiento establecieron que no podrá haber tratado sin el consentimiento, quizá tácito, del Congreso”⁵⁵⁹; o BIDART CAMPOS, quien señala que “el Congreso debe tener ‘conocimiento’ de los tratados parciales, lo que quiere decir conocer para eventualmente aprobar o desechar”⁵⁶⁰.

De este modo, tras la reforma y el fortalecimiento de las provincias, en el ámbito internacional pueden diferenciarse distintas categorías de tratados como son, los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 CN inc. 22)⁵⁶¹; tratados de derechos humanos que no tienen jerarquía constitucional

⁵⁵⁷ DROMI, R., / MENEM, E., *La Constitución ...*, cit., p. 401.

⁵⁵⁸ ROSATTI, H. D., “El federalismo en...”, cit., p. 263.

⁵⁵⁹ SOLA, J. V., *El manejo de las...*, cit., p. 231.

⁵⁶⁰ BIDART CAMPOS, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, T. III, Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 141.

⁵⁶¹ EL art. 75 inc. 22 CN reconoce jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, a los siguientes tratados: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948; Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la AGNU mediante Resolución núm. 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, en París; Convención Americana sobre Derechos Humanos, (también llamada Pacto de San José de Costa Rica o CADH) suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José, Costa Rica, que entraría en vigor el 18 de julio de 1978; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR) adoptado por la AGNU mediante la Resolución núm. 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, adoptado por AGNU el 16 de diciembre de 1996; Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aprobado por Naciones Unidas en 1948; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial realizada por la ONU y proclamada por la AGNU el 20 de noviembre de 1963; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer aprobada por la AGNU el 18 de diciembre de 1979, fruto del trabajo realizado por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, creada en 1946 por la ONU; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes adoptada por la AGNU el 10 de Diciembre de 1984; y a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la AGNU en su resolución núm. 44/25, de 20 de noviembre de 1989. El precepto especifica que estos Tratados, “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de

pero que pueden llegar a adquirirla (art. 75 CN inc. 22 in fine)⁵⁶²; tratados de integración con los países de América Latina (art. 75 inciso 24)⁵⁶³; tratados de integración con los demás países, que requieren de un sistema distinto de aprobación que los anteriores (art. 75 inc. 24); tratados internacionales comunes, que a partir de la reforma tienen jerarquía superior a las leyes (art. 31 y 75 inciso 22)⁵⁶⁴; y, por último, los convenios internacionales que pueden celebrar las provincias de acuerdo con el texto del art. 124 CN⁵⁶⁵. Además de los ya señalados, VANOSI agrega a los anteriores los llamados acuerdos simplificados de gobierno a gobierno, o de ejecutivo a ejecutivo que son de frecuente práctica en el derecho internacional debido a la velocidad de las

la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

⁵⁶² Art. 75 inc. 22, in fine: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

⁵⁶³ Art. 75 inc. 24 CN: “(Al Congreso corresponde) Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

⁵⁶⁴ Art. 31 CN: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

⁵⁶⁵ En este sentido DALLA VÍA señala que, “desde el punto de vista del derecho internacional, la denominación acuerdo, convenio o tratado es indistinta, lo importante es la responsabilidad internacional del Estado que los mismos generan”. DALLA VÍA, A. R., “Actualidad del federalismo argentino”, en SERNA DE LA GARZA, J. M., (coord.), *Federalismo y Regionalismo: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002, p. 50. Si bien, debe destacarse que para autores como FRÍAS, PIOMBO, o HERNÁNDEZ, los constituyentes utilizaron esta denominación para indicar un alcance más limitado de los acuerdos internacionales que pueden celebrar las provincias en comparación a los Tratados internacionales del Gobierno federal en ejercicio de las facultades delegadas en relaciones exteriores. Cfr. HERNÁNDEZ, A. M., *Federalismo, autonomía municipal...*, cit., p. 106.

comunicaciones⁵⁶⁶.

Visto cuanto antecede, se plantean dos cuestiones que, por su especial importancia en el ámbito de nuestro estudio, deben ser atendidas. De un lado, la necesidad de reglamentación del art. 124 CN y, de otro, la responsabilidad internacional que pudiera derivarse de los tratados internacionales a que nos venimos refiriendo.

La primera de las cuestiones que planteamos, la necesaria reglamentación del art. 124 CN, viene de la mano de la falta de concreción por parte del constituyente. Así, el referido precepto aglutina términos tan ambiguos como la “compatibilidad” con la política exterior de la Nación, la no “afectación” del crédito público o el “conocimiento” del Congreso, que por su generalidad dificultan conocer con certeza los límites de la relación entre los gobiernos. De ahí que autores como CARBAJALES y GASOL, señalen la falta de claridad de los márgenes de acción de las provincias en el ámbito internacional y de la profundidad con la que el órgano legislativo federal debe intervenir⁵⁶⁷. La indeterminación apuntada ha conducido a situaciones críticas, derivadas de la posible interferencia de las provincias en las relaciones exteriores del Estado Nacional, como ocurriría, entre otros, en el conocido caso del “Proyecto Hidroeléctrico Corpus Christi”⁵⁶⁸.

Visto lo anterior, y atendiendo a los evidentes conflictos competenciales y de aplicación de tratados y convenios internacionales que pueden derivarse de la misma, la reglamentación de esta cuestión deviene esencial. Como señala DALLA VÍA, “se trata de un problema delicado que es, a nuestro juicio, imperioso reglamentar y aclarar. Es

⁵⁶⁶ VANOSSI, citado por DALLA VÍA, A. R., “Actualidad del federalismo...”, cit., p. 50.

⁵⁶⁷ CARBAJALES, J. J. / GASOL, C., “La gestión internacional de...”, cit., p. 57.

⁵⁶⁸ Emprendimiento Hidroeléctrico Corpus Christi. Tuvo lugar un acuerdo preliminar entre el Estado federal y la provincia de Misiones para delimitar las atribuciones de cada una en dicha obra. Luego, la Nación celebró un tratado internacional con la República de Paraguay. Pero la provincia llamó a un plebiscito, en 1996, que resultó contrario —en un 88%— al emplazamiento proyectado para la realización del emprendimiento energético binacional. Misiones demandaba a la Nación que Paraguay atendiera sus reclamos (especialmente en materia ambiental). Se puso de manifiesto la necesidad de concretar hasta que punto los resultados de las consultas populares efectuadas en el territorio de una Provincia directamente afectada en cuestiones como los recursos naturales, deberían tener carácter vinculante respecto de las decisiones del gobierno federal en materia de política exterior, como es la realización de una obra de integración física con un país limítrofe. Destacan también los casos vistos en la Entidad binacional Yacyretá o la Hidrovía Paraná-Paraguay.

más, hemos pensado desde un principio que esta debió ser la primera ley reglamentaria de la Constitución. Entendemos que la norma, tal como está redactada, si quedara abierta podría ocasionar graves consecuencias a la responsabilidad del Estado federal y también herir al federalismo que es justamente el valor que el constituyente pretendió preservar”⁵⁶⁹.

De este modo, la reglamentación apuntada debería concretar con claridad meridiana qué tipo de acuerdos son los que las provincias pueden suscribir, además de despejar con exactitud la extensión del conocimiento por parte del Congreso como órgano del gobierno federal en quien reposa la facultad de aprobar todos los tratados internacionales que comprometen a la Nación. Si bien, reiterada la necesaria reglamentación de estos extremos surge una nueva cuestión que divide a la doctrina entre quienes apoyan que esta labor debe desarrollarse por el Congreso⁵⁷⁰, o aquellos partidarios de una reglamentación en manos de las provincias⁵⁷¹. Incluso, cabe la

⁵⁶⁹ DALLAS VÍAS, A. R., “Actualidad del federalismo...”, cit., p. 51.

⁵⁷⁰ En este sentido, sostiene SALVILOLO que “si el Parlamento Nacional es la institución donde se hallan representados los Estados federados y el Pueblo de la Nación, debería ser quien se encargue de reglamentar el mencionado Artículo 124 de nuestra Constitución. La reglamentación sería establecida consecuentemente a través de una Ley Nación. (...) Con ello no se perseguiría desnaturalizar los derechos constitucionales de nuestras provincias ni neutralizar lo resuelto por la Reforma Constitucional de 1994. No se buscaría en modo alguno confrontar con las facultades de nuestros Estados federados ni generar desconfianza sino colaborar con ellos respetando sus derechos, a través de una adecuada reglamentación, para alcanzar una total coherencia en la ejecución de la política exterior nacional”. SALVILOLO, M. A., *Provincias y Convenios Internacionales...*, cit., pp. 123-124. En cuanto al contenido de una hipotética ley reglamentaria, DALLA VÍA propone “que el Gobierno nacional fije las pautas o marcos habilitantes (umbrella agreement o acords cadre) y que el Congreso dicte una ley convenio que establezca los aspectos sustanciales y procedimentales que deben respetar los Estados locales, para que los convenios que suscriban sean válidos”. DALLA VÍA A. R., *Derecho constitucional económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 573-574.

⁵⁷¹ Como señalan CARBAJALES y GASOL, “un sector de la doctrina suele postular otra forma de solución al tema, consistente en reconocer a las provincias la facultad de autorregularse, sin necesidad de recurrir a ninguna otra instancia nacional. Se afirma, en este sentido, que es imposible no relacionar el art. 124 CN con el art. 125 CN. Este último sería como una cláusula de resguardo provincial, a través de la cual las provincias se reservan ciertas facultades que, en tan magnitud son no-delegadas, que son conservadas. El problema es que no hay un régimen en materia de convenios internacionales para las provincias: pocas de ellas reproducen en sus constituciones el esquema piramidal del art. 75 inc. 22 CN, más el art. 31 CN. Por ende, las provincias deberían auto-limitarse a través de un convenio interprovincial (por medio, por ejemplo, del Consejo Federal de Inversiones), para dar más seguridad jurídica a la materia. Quienes sostienen esta posición —tales como el jurista SABSAY— argumentan que es compatible con el federalismo argentino —a pesar de las críticas invocadas por la corriente anterior—, cuyas provincias se han preservado ciertas facultades, a través de cláusulas federales. En conclusión, no se considera atinado que el Congreso Nacional legisle sobre este tema, pues sería una redundancia agregar una legislación más a la ya existente”. CARBAJALES, J. J. / GASOL, C., “La gestión internacional...”, cit., p. 61.

posibilidad de justificar la falta de reglamentación en base a la consideración de que las provincias preceden a la Nación y que, por ende, las competencias que aquéllas se reservaron no es necesario, ni constitucional, que sean reglamentadas por la Nación. Asimismo las Provincias disponen de acciones para intervenir a nivel internacional sujetas a control jurisdiccional de la Corte Suprema, quedando como último recurso la intervención federal en territorio de la provincia para asegurar la vigencia de la Constitución.

Visto lo anterior, conviene señalar que la falta de reglamentación conduce inexorablemente a tratar el tema de responsabilidad internacional. En este sentido, DALLAS VÍA, relaciona ambas cuestiones afirmando que, “es impensable suponer que las provincias puedan responsabilizarse internacionalmente por acuerdos celebrados con otros países. Siempre será el Estado federal en quien recaiga esa responsabilidad, no sólo por razones jurídicas, sino también económicas. (...) La ley que mencionamos debería, en principio, deslindar qué tipos de acuerdos son los que las provincias pueden realizar, además de establecer que el ‘conocimiento’ que la Constitución requiere es un conocimiento racional y eficiente que supone la existencia de una manifestación de voluntad, positiva o negativa, por parte del Congreso, que es el órgano del gobierno federal en quien reposa la facultad de aprobar todos los tratados internacionales que comprometen a la Nación”⁵⁷².

Debe tenerse en cuenta que de admitirse que el derecho constitucional se nutre de los principios del derecho internacional público, los principios internacionales que regulan la responsabilidad de los Estados son aplicables en este contexto. Así, con independencia del sujeto que promueva el acuerdo, el responsable siempre será el Estado argentino, como sujeto de derecho internacional. De este modo, las provincias, en su actuar internacional, no solo tendrían una limitación constitucional *ex art.* 124 CN, sino que además, de ello se derivaría una limitación de la posible responsabilidad internacional. Las provincias, para celebrar Convenios, deben comprometer su crédito público o bien recibir la garantía del Estado federal. De lo contrario, ningún Estado extranjero ni organismo internacional de crédito accedería a arriesgarse a conveniar con ellas. A juicio de DALLA VÍA, estas consideraciones justifican sobradamente la necesidad de reglamentar con precisión el art. 124 CN a fin de salvaguardar el derecho de las provincias a celebrar Convenios Internacionales, delimitando esferas de acción

⁵⁷² DALLAS VÍAS, A. R., “Actualidad del federalismo...”, cit., p. 51.

que no comprometan la política exterior ni el crédito público de la Nación en su conjunto⁵⁷³.

2. El “Constitucionalismo verde argentino” a partir de 1994

El texto constitucional si bien no contiene normas expresas que regulen la condición del agua si incluye diversos preceptos que afectan directamente a su ordenación. Así, dentro de la Norma Suprema y en relación con las aguas pueden distinguirse dos fases: una etapa tradicional y una etapa ambiental. En la primera de ellas, la etapa tradicional, la CN regula incidentalmente al agua cuando implanta la libertad de navegación de los ríos interiores, la habilitación de los puertos que considere convenientes y somete la actividad a la jurisdicción federal (arts. 26 y 75 inc. 10 y 32 CN)⁵⁷⁴ y cuando faculta indistintamente al Congreso Nacional y a las legislaturas provinciales para promover la construcción de canales de navegación y la exploración de los ríos interiores, fomentando el desarrollo, el progreso y la prosperidad (arts. 75 inc. 18 y 125 CN)⁵⁷⁵. Asimismo la CN atribuye al Congreso de la Nación la facultad del dictado del CC en el que se establece el principio general de publicidad de las aguas (art. 75 inc. 12)⁵⁷⁶. En la etapa ambiental, introducida tras la

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 86.

⁵⁷⁴ Art. 26 CN: “La navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional”; art. 75 inc. 10: “Corresponde al Congreso: Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas; art. 75 inc. 32: “Corresponde al Congreso, hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”.

⁵⁷⁵ Art. 75 inc. 18 CN: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”; art. 125 CN: “Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios”.

⁵⁷⁶ art. 75 inc. 12: “Corresponde al Congreso: Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a

reforma de 1994, tiene lugar el reconocimiento expreso del derecho al ambiente y el tratamiento del agua como un recurso natural (art. 41 y art. 124 CN). Es a partir de este momento, con la consolidación del denominado constitucionalismo verde, que las aguas dejan de ser tratadas como un mero recurso económico y pasan a ser consideradas un componente del ambiental y patrimonio natural. Como señala, DEL CAMPO “es en esta instancia que la tutela de las aguas se refuerza al disponer el deber de las autoridades de proveer a la protección del derecho al ambiente sano y equilibrado; a la utilización racional de los recursos naturales (percepción ambiental-desarrollo sustentable de los usos); y a la preservación del patrimonio natural (aguas como patrimonio natural)”⁵⁷⁷.

La reforma constitucional de 1994 introdujo en el ordenamiento jurídico argentino una amplia tutela ambiental que tuvo su reflejo en normas de distinto alcance. De un parte, y a nivel sustantivo, destaca el art. 41 CN cuyo tenor literal supera la mera consagración a nivel federal del derecho al ambiente,

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al

los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

⁵⁷⁷ DEL CAMPO, C., “Las aguas en el sistema jurídico Argentino. Un repaso por la regulación de base sobre las aguas”, Revista de Derecho Ambiental, núm. 30, p. 138.

territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivo”.

Desde el punto de vista procesal, la reforma dio cabida constitucional al sistema de garantías de los derechos que se protegen, reconociendo expresamente la defensa de los intereses colectivos a través del art. 43 CN, el cual dispone,

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

Además de los dos avances aludidos, se incorporan diversas referencias constitucionales expresas también relevantes desde la óptica ambiental, como el reconocimiento a las provincias del dominio originario sobre los recursos naturales *ex*

art. 124.2 CN⁵⁷⁸ e implícitas como el reconocimiento de una jerarquía supralegal a ciertos Tratados internacionales relativos a la cuestión ambiental (art. 75, inc. 22 CN). Este sustancial incremento o avance de la tutela ambiental a partir de la reforma constitucional de 1994 ha permitido a autores como QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI y CENICACELAYA, entre otros, defender la existencia actual de un “Estado Ecológico de Derecho”⁵⁷⁹.

Vista esta clara intención de cobertura ambiental recogida en la CN, analizamos brevemente y con mayor profundidad las principales innovaciones que, desde el punto de vista ambiental ha introducido la reforma de 1994.

2.1. La cláusula ambiental (art. 41 CN)

Partiendo de la influencia internacional de las Convenciones de las Naciones Unidas de 1972⁵⁸⁰ y 1992⁵⁸¹, y del informe de la Comisión Brundtland⁵⁸², el art. 41 CN

⁵⁷⁸ Art. 124.2 CN: “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

⁵⁷⁹ QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. I, cit., p. 297. Siguiendo la doctrina de WUTEMBERG, QUIROGA LAVIÉ, defiende que, “es tan rico y completo el sistema normativo introducido por el constituyente en la reforma de 1994, regulando tanto la substancialidad del “ambiente” en función de precisos objetivos de “salud”, “equilibrio” y “tutela de la diversidad biológica”, así como en relación con su “utilización racional”, no solo respecto de los recursos naturales sino con expresa inclusión del patrimonio cultural, que bien podemos sostener que estamos ante la presencia de un verdadero “Estado ecológico de derecho de carácter pleno e integral”. QUIROGA LAVIÉ, H., “Estado ecológico de derecho en la constitución nacional”, en CAFFERATTA, N. A. (dir.), *Tratado Jurisprudencial y ...*, cit., T.II, Vol. A, p. 535.

⁵⁸⁰ La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano (también conocida como *Conferencia de Estocolmo*) fue una conferencia internacional convocada por la Organización de las Naciones Unidas, celebrada en Estocolmo, Suecia, entre el 5 y el 16 de junio de 1972. Fue la primera gran conferencia de la ONU sobre cuestiones ambientales internacionales, y marcó un punto de inflexión en el desarrollo de la política internacional del medio ambiente.

⁵⁸¹ Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio ambiente y el Desarrollo, Rio de Janeiro, Brasil, del 2 al 13 de junio de 1992.

⁵⁸² En 1983 se estableció en el seno de la ONU, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (WCED), también conocida como la Comisión Brundtland, que en 1987 emitiría un Informe encabezado por la ex-primer ministra de Noruega Gro Harlem Brundtland, con el propósito de analizar, criticar y replantear las políticas de desarrollo económico globalizador, reconociendo que el actual avance social se está llevando a cabo a un costo medioambiental alto. Así, bajo el nombre Nuestro Futuro Común (*Our Common Future*), el informe enfrenta y contrasta la postura de desarrollo económico actual junto con el de sostenibilidad ambiental, y en el que se utilizaría por vez primera el término desarrollo sostenible (o desarrollo sustentable), definiéndolo como “el desarrollo que satisface las necesidades actuales de las personas sin comprometer la

consagra el derecho de toda persona a un ambiente sano y equilibrado en aras a la obtención de un desarrollo sustentable, conjuntamente con el deber correlativo de preservarlo. Así, en su primer apartado, el art. 41CN reconoce que: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”*.

La CN se separa de este modo de tradicionales referencias a la protección de la naturaleza, que se limitan a la protección de ésta como sistema autónomo, optando por una referencia global al entorno ambiental⁵⁸³. Referencia en la que autores como QUIROGA LAVIÉ han querido ver una protección del sistema social, esto es, de la sociedad en su integridad⁵⁸⁴. El art. 41 CN se aproxima a la terminología utilizada por el art. 45 CE que se vale de la expresión “medio ambiente adecuado”⁵⁸⁵, como concepto no solo referido a los recursos naturales sino a los elementos artificiales que rodean a la vida humana⁵⁸⁶. Este deber de preservación aparece complementado con la obligación de recomponer (*“el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer”*) poniéndose de manifiesto la preferencia constitucional de la restauración del medio sobre la indemnización económica del daño ambiental.

capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas”, con lo que introdujo el término en el vocabulario ambiental (WCED 1987). El referido informe consta en la Resolución AGNU A/42/427, de 4 de agosto de 1987, disponible en:

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427>, (fecha de última consulta, 25 de julio de 2014).

⁵⁸³ Tal y como ocurre en la Constitución alemana cuyo art. 20 dispone: *“el Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”*. De este modo, se prescribe que en el marco del orden constitucional y teniendo en cuenta su responsabilidad para con las generaciones futuras, el Estado protege las condiciones naturales indispensables para la vida”

⁵⁸⁴ QUIROGA LAVIÉ, H., “Estado ecológico de derecho...”, cit., p. 539.

⁵⁸⁵ Art. 45 CE: “Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

⁵⁸⁶ STC 102/1995, FJ 4.

Asimismo, y como hemos tenido ocasión de señalar, el art. 41 CN, en sus párrafos 2º y 3º, encierra un mandato directo dirigido a las autoridades, que deberán fijar las bases de la actuación de los diferentes niveles de poder en el ámbito de lo ambiental⁵⁸⁷.

Por último, la reforma constitucional introduce un nuevo criterio para la distribución de las competencias en el interior del Estado federal. La distribución de competencias prevista en la CN1853/60 da paso a un federalismo de concertación entre la Nación y la provincia basado en la coadyuvancia legislativa⁵⁸⁸, similar al binomio bases más desarrollo español, reconociendo a la Nación la posibilidad excepcional de dictar normas de presupuestos mínimos de protección⁵⁸⁹.

A la vista de lo anterior, podemos sostener que el art. 41 CN consagra el derecho humano al medio ambiente sano y equilibrado, un derecho de tercera generación y de incidencia colectiva, en los términos que a continuación se exponen.

2. 2. *Derechos de incidencia colectiva y el amparo colectivo*

El reconocimiento de nuevos derechos y garantías para los habitantes de la Nación, además del otorgamiento de rango constitucional y supra-legal a algunos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, es otra de las ideas rectoras de la reforma constitucional. La finalidad de estas innovaciones fue profundizar en la filosofía humanista y personalista de la Constitución, que hace de los derechos humanos su más importante objeto.

A través de la reforma de 1994, la CN ha dado entrada a los denominados

⁵⁸⁷ Art. 41 CN: "... *Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales*". No solo se recoge la genérica obligación de recomponer e indemnizar por el daño ambiental, sino que las autoridades deben proveer a la protección del ambiente sano y equilibrado, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y a la diversidad biológica, a la información y educación ambientales, *ex art. 41.2 CN*.

⁵⁸⁸ Las competencias normativas quedarán repartidas ente la Nación, a la que compete el dictado de los presupuestos mínimos de protección ambiental, y las provincias, con competencia legislativa complementaria. Nos remitimos desde aquí al apartado destinado a la distribución de competencias en materia ambiental dentro del ordenamiento jurídico argentino.

⁵⁸⁹ MARIENHOFF, M. S., "Expropiación y ...", *cit.*, pp. 910 y ss.

*derechos de tercera generación*⁵⁹⁰ (arts. 41 y 42 CN) o derechos de incidencia colectiva (art. 43 C.N), que como género englobaría los derechos ambientales según los términos del propio art. 43 CN. Puede afirmarse que se trata de derechos públicos subjetivos cuyo titular es la sociedad o los sectores sociales que la integran. Partimos para su caracterización de las premisas facilitadas por QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI, CENICACELAYA, que destacan como primera característica de estos derechos su carácter supraindividual o pluripersonal, por pertenecer indistinta o alternativamente a una pluralidad de sujetos en tanto integrantes de un grupo, categoría, clase o sector social⁵⁹¹. En segundo término, otra nota definidora de estos derechos se encontraría, a juicio de estos autores, en la homogeneidad cualitativa del contenido de las pretensiones de los integrantes del grupo. Esto es, cuando por tratarse de un bien común éste no es susceptible de apropiación exclusiva, su uso y disfrute por uno de los integrantes del bien incluiría a los demás, tal y como ocurriría con los derechos ambientales como derechos indeterminados y objetivamente indivisibles, y también, respecto de aquellos casos donde se trataría de objetos divisibles susceptible de

⁵⁹⁰ Bajo la denominación *derecho de tercera generación*, se diferencian estos de los *derechos de primera generación* –referidos a los Derechos civiles y políticos– y de los *derechos de segunda generación* o derechos sociales, en este caso incluidos en la reforma de 1957. Cfr. Walsh, J. R., “El medio ambiente en la nueva Constitución argentina”, La Ley, Suplemente de derecho ambiental, n° 1, diario de 6 de diciembre, 1994, p. 2. Estos Derechos de tercera generación, entre los que se incluyen los derechos ambientales, recogen el tercero de los principios de la Revolución Francesa, el de Fraternidad, bajo el término más actual de solidaridad, y surgen como respuesta a las transformaciones históricas que tuvieron lugar a finales del siglo XX. En este sentido, GÓMEZ GARCÍA, señala, entre las causas que motivaron el nacimiento de los Derechos humanos de tercera generación las siguientes: la proliferación y el uso indiscriminado de las nuevas tecnologías, la revolución tecnológica; la crisis de la legitimidad democrática del modelo clásico Estado – Nación, señalando que, ante la pérdida de protagonismo del sujeto en la toma de decisiones, los derechos de tercera generación viene a ser un medio para la recuperación de la legitimidad democrática al afirmar una mayor participación de los individuos en la *cosa pública*; refiriendo en último lugar que paradójicamente el advenimiento de los derechos de tercera generación se corresponde con la crisis de las garantías de los de la segunda. Así, la ineficacia y el incumplimiento de las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales habrían dado lugar a una progresiva devaluación de los mismos revelándose insuficientes para realizar el principio de igualdad siendo necesario articular otros mecanismos político jurídicos que permitan dar cobertura a estas necesidades. Cfr. GÓMEZ GARCÍA, J. A., “Los llamados derechos humanos de tercera generación”, en MUINELO COBO, J. C / MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, J. L. (coords.), *Filosofía del Derecho*, UNED, Madrid 2014, pp. 232 y ss.

⁵⁹¹ QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI, y CENICACELAYA, ponen de manifiesto que, “no están en la cabeza de un sujeto determinado, sino esparcidos entre todos lo que conforman una comunidad o parte de ella (una fracción), que no se encuentran vinculados entre sí por un nexo previamente establecido. Aunque no haya un perjuicio personal y directo, cada uno de los miembros de esta pluralidad tiene una suerte de parte indivisa que lo habilita o legitima para reclamar en nombre propio y en el de todos los demás”. QUIROGA LAVIÉ, H./ BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. I, cit., pp. 292-293.

apropiación exclusiva pero cualitativamente equivalentes entre sí, idénticos a otros que por tanto son afectados indistintamente (derechos de los usuarios de servicios públicos).

Para la defensa y garantías de estos derechos colectivos, y consolidando con ello los precedentes jurisprudenciales ya existentes⁵⁹², la reforma de 1994 introdujo, junto con el reconocimiento constitucional del amparo constitucional clásico, la referencia expresa al amparo colectivo en el art. 43. 2 CN, haciéndolo en los en los siguientes términos, *“podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su*

⁵⁹² En la sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala D, del 22 de agosto de 1990, dictada en la causa “Quesada, Ricardo c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, en la que se resuelve la discusión sobre la tala de árboles en una plaza de la Capital, se consideró que el ejercicio de poder de policía de los órganos administrativos está sujeto a limitaciones de raigambre constitucional; que la aplicación del principio de razonabilidad es la pauta para determinar los límites; que la acción de amparo era la vía idónea y que la evaluación de las circunstancias físicas en relación con la proyección emocional de la población, ante el accionar del organismo administrativo, era uno de los extremos a tener en cuenta al momento de resolver. En la sentencia de Juzgado Federal Contencioso administrativo de Primera Instancia núm. 2, de 10 de mayo de 1983, “Kattan c/ Gobierno Nacional”, se dirimió la cuestión popularmente conocida como la “caza de toninas” se pueden vislumbrar avances significativos referidos al reconocimiento de acciones positivas por parte de los ciudadanos en cumplimiento de normativa aplicable (ley 22.421); la evaluación de los conceptos de derechos subjetivos, intereses legítimos e interés simple; la invocación de la acción difusa o popular; la consideración del amparo como vía idónea; la formulación del derecho al medio ambiente; la adopción de medidas cautelares como instrumento idóneo. La sentencia definitiva hizo lugar al amparo considerando nulas las autorizaciones administrativas. En la sentencia de la Cámara Nacional Contencioso administrativa Federal, Sala III, de 8 de agosto de 1994, “Schroder, Juan c/ Estado Nacional”, se reuelve la controversia planteada por un vecino de la provincia de Buenos Aires que solicitaba la nulidad de un concurso público para la selección de proyectos de inversión para plantas de tratamiento de residuos peligrosos, La Cámara reconoció la legitimación activa del peticionante en virtud de lo dispuesto en el art. 41 CN, la acción de amparo como vía idónea en virtud del art. 43 de la norma fundamental y la procedencia de la evaluación del impacto ambiental en el curso del proceso, a los efectos de verificar la viabilidad del proyecto. Por último en la causa “Sagarduy, Alberto”, sentencia de la Cámara 1ª en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala III, del 15 de noviembre de 1994, en la que estaba en discusión la construcción de plantas de residuos peligrosos, el tribunal confirmó la sentencia de 1ª instancia y se expidió respecto al rol del poder judicial; el interés general y la tutela del orden público, no considerándolos monopolio del poder administrador; la diferencia entre la reparación del daño producido y el cese en la producción del daño; la tutela de los intereses generales, con sustento antes de la reforma de 1994 en los arts. 14 bis y 33 de la norma fundamental, y con consagración expresa a partir del proceso reformador en los arts. 41, 43 y 28 de la Constitución Nacional; el interés difuso como sumatoria de los intereses individuales y la legitimación expresa para peticionar medidas preventivas.

organización”.

El amparo colectivo es una garantía constitucional derivada de la acción de amparo individual, que conserva algunos de sus elementos centrales pero presenta a su vez algunas características específicas que lo colectivizan, esto es, los derechos vulnerados, que son derechos de incidencia colectiva; los sujetos legitimados para promoverlo, es decir, aquellos que sin ser titulares de un derecho subjetivo se encuentran vinculados al colectivo sobre el que incide la vulneración, cualquier persona afectada, las asociaciones vinculadas a esta temática, y el defensor del pueblo; la sentencia que, en caso de declarar procedente el reclamo tiene efectos erga omnes, estableciendo una conducta de carácter general más allá de las partes del proceso⁵⁹³.

Dicho lo anterior, y desde una interpretación conjunta de los arts. 41 y 43.2 CN, se deduce el carácter colectivo del derecho a un ambiente sano. Aun cuando el propio art. 41 CN parece vincularlo a personas individuales –al señalar que todos los habitantes tienen derecho–, el término “generaciones futuras”, daría cabida a un sujeto potencial del derecho que amplía exponencialmente el ámbito subjetivo del mismo. Su exacta dimensión quedaría determinada por el reconocimiento de los derechos ambientales como derechos de incidencia colectiva.

En relación con las acciones colectivas y su efectivo ejercicio, el paso del tiempo ha puesto de manifiesto una serie de consecuencias, siendo la última la necesaria creación de un Registro Público de Procesos Colectivos en el ámbito de la Secretaría General y de Gestión de esta Corte. La CSJN, en la sentencia dictada el pasado 23 de septiembre de 2014 en la causa “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S .A. s/ amparo”, puso de manifiesto el sustancial incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos procedentes de diferentes tribunales del país⁵⁹⁴. El Alto

⁵⁹³ Entre estos elementos, el carácter sumarísimo del procedimiento, el carácter del transgresor que puede ser público o privado, y puede manifestarse a través de un hacer (acto) o de un no hacer (omisión) la caracterización de la transgresión: que con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, lesione, altere, restrinja o amenace, en forma actual o inminente.

⁵⁹⁴ SCSJN, de 23 de septiembre de 2014, M. 1145. XLIX, “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S .A. s/ amparo”. En el mismo sentido, SCSJN, de 24 de junio de 2014, C. 519. XLVIII, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. si ordinario” y SCSJN, de 24 de junio de 2014, C. 1074. XLVI, “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario”. Ambas comparten el mismo pronunciamiento del Alto Tribunal que señala en su Consid. 8° que, “el tribunal no puede dejar de advertir que la asociación actora ha iniciado contra diversas entidades bancarias otros procesos colectivos con idéntico objeto al de autos y que estos tramitaron ante

Tribunal subraya las graves consecuencias que esa reproducción de actuaciones causa tanto en la distribución racional y eficiente de los recursos materiales y humanos de la Justicia, como en la razonable duración de los procesos judiciales y, con particular énfasis, en la gravedad institucional a que da lugar el escándalo jurídico que genera la existencia de sentencias contradictorias de distintos estrados, o de decisiones de un tribunal que interfieren en la jurisdicción que está ejerciendo otro órgano judicial. Identificado así el problema, la CSJN reconoció en la precitada sentencia de 23 de septiembre de 2014 la creación de un Registro de Acciones Colectivas, en el que se inscribiesen todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales nacionales y federales del país.

Como señala la CSJN, “este procedimiento destinado a la publicidad de los procesos colectivos –que arraigan en el art. 43 CN– tiene por objeto, asimismo, preservar un valor eminente como la seguridad jurídica cuya jerarquía constitucional ha sido señalada por el Tribunal con énfasis y reiteración (Fallos 317:218 y sus citas), en la medida en que propende a asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso”⁵⁹⁵. De acuerdo con lo anterior, y mediante la Acordada núm. 32/2014, de 3 de octubre⁵⁹⁶, la CSJN ha convenido la creación del Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación que funcionará en el ámbito de la Secretaría General y de Gestión de esta Corte⁵⁹⁷. El Registro quedará regulado de acuerdo con el Reglamento

distintos tribunales de, por lo menos, dos fueros de la Ciudad De Buenos Aires. Esta situación fue especialmente considerada por esta Corte en la causa "Halabi" (considerando 20), en la que señaló que la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto podría traer aparejado el riesgo de que se dictaran sentencias disímiles o contradictorias sobre una misma materia. Es por eso que se exhorta a los tribunales de grado a implementar adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la superposición de procesos y se hace saber a la actora que, en el futuro, deberá informar en forma clara e indubitable en su primera presentación procesal la iniciación de más de una acción colectiva con idéntico objeto”.

⁵⁹⁵ CSJN, Acordada núm. 32/2014, de 3 de octubre 2014, Cons. 1, *in fine*.

⁵⁹⁶ *Ibidem*.

⁵⁹⁷ En el Registro Público de Procesos Colectivos quedarán inscritos ordenadamente todos los procesos colectivos, tanto los que tengan por objeto bienes colectivos como los que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos con arreglo a las definiciones dadas por la CSJN en su sentencia de 21 de agosto de 2013, P.361.XLIII “PADEC c/ Swiss Medical S .A. s/ nulidad de cláusulas contractuales” y en la causa “Halabi” (Fallos:332:111). La inscripción comprende a todas las causas radicadas ante el Poder Judicial de la Nación, cualquiera que fuese la vía procesal por la cual tramiten –

de Registro Público de Procesos Colectivos aprobado como anexo de la misma Acordada⁵⁹⁸.

2.3. *El Dominio originario provincial de los recursos naturales*

Por lo que se refiere a los recursos naturales, como elementos integrantes del medio ambiente, el constituyente entendió oportuno llevar a cabo un reconocimiento expreso de la atribución del dominio originario sobre los mismos a las provincias *ex art. 124 in fine* CN⁵⁹⁹, y ello pese a que con anterioridad a la reforma la potestad de las provincias sobre los recursos era incuestionable presente la inexistencia de delegación alguna en este sentido a favor de la Nación. Sin embargo, a pesar de no existir delegación, era posible constatar una invasión casi constante de las competencias provinciales por parte de la Nación, auto-adjudicándose el ejercicio de funciones sobre los recursos naturales con el consiguiente vaciamiento del dominio provincial sobre dichos recursos. Por ello, cabría entender que el reconocimiento expreso del dominio originario a favor de las provincias responde a la necesidad de evitar esa intromisión.

juicio ordinario, amparo, habeas corpus, habeas data, u otros- y el fuero ante el que estuvieran radicadas. La obligación de proporcionar la información de que se trata corresponde al tribunal de radicación de la causa, que procederá a efectuar la comunicación pertinente, por vía electrónica, tras haber dictado la resolución que considera formalmente admisible la acción colectiva; identifica en forma precisa el colectivo involucrado en el caso; reconoce la idoneidad del representante y establece el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio. La autoridad responsable del registro verificará, en el plazo de dos días, el cumplimiento de los requisitos especificados en el Reglamento en relación a la comunicación, y mandará efectuar la inscripción pertinente, que se comunicará en el día al tribunal de la causa. Asimismo, en dicha oportunidad, se hará saber la existencia de otras acciones que tengan similar o idéntico objeto. Quedarán inscritas en el registro todas aquellas resoluciones dictadas durante el desarrollo del proceso que por la índole de sus efectos justifique -a criterio del tribunal- la anotación dispuesta. El acceso al Registro será gratuito y por vía electrónica para toda persona interesada. Para el acceso a la información y las comunicaciones por parte de los tribunales del Poder Judicial de la Nación, se dispondrá su vinculación con el sistema de gestión informática en uso.

⁵⁹⁸ El reglamento entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el BO y será de aplicación obligatoria a todas las acciones que se promuevan a partir de esa fecha o que, presentadas con anterioridad, no se hubiera dictado para entonces la resolución que declara su admisibilidad como proceso colectivo. También se registrarán los procesos anteriores debiendo el tribunal interviniente suministrar la información necesaria.

⁵⁹⁹ Art. 124 CN: “*Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*”.

Entendido así, la competencia sobre los recursos derivaría del dominio, correspondiendo su ejercicio a su titular salvo que la Ley establezca alguna excepción al respecto⁶⁰⁰. Esta cuestión debe ser puesta en relación directa con la delegación a favor de la Nación en lo que hace a la determinación de los presupuestos mínimos para la protección ambiental, como mínimo común, presupuestos que deberán ser necesariamente aplicados en relación con el uso de los recursos naturales. Ahora bien, la combinación de ambas disposiciones, art. 41 y 124 CN, induce a pensar que la delegación se efectuó bajo la condición de que su ejercicio no importara el vaciamiento del dominio que ostentan las provincias sobre esos mismos recursos, pues de otro modo no se entendería la mención expresa “*corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*”, que contempla el art.124 *in fine* CN.

2. 4. Síntesis

La reforma constitucional de 1994 incorpora a la Norma Fundamental las disposiciones necesarias para dar cobertura a la protección del medio ambiente y al desarrollo sostenible. Argentina se suma así al denominado “Constitucionalismo verde”⁶⁰¹ que, surgido bajo la influencia de las citadas Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en Estocolmo 1972 y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, es apreciado también, aunque con matices, en el resto de Constituciones de América Latina⁶⁰².

En verdad, la reforma constitucional de 1994, con sus aciertos y con sus errores no ha logrado poner freno a la progresiva expansión del poder central, si en algún momento ese fue su objetivo. El modelo establecido ha supuesto una transferencia

⁶⁰⁰ Como se verá *infra*, esta situación difiere de forma antagónica de la prevista en el ordenamiento jurídico español donde el TC ha aclarado en reiteras sentencias que el dominio no es un criterio delimitador de competencias.

⁶⁰¹ Como señala BRAÑES, en este último cuarto de siglo hemos asistido a un *enverdecimiento* (“greening”) de las Constituciones Políticas de la Región. BRAÑES, R., *El acceso a la Justicia Ambiental en América Latina*, Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental, núm. 9, PNUMA/ ORPALC/ SEMARNAT/ PROFEPA, México, 2000, p. 45.

⁶⁰² Así ha ocurrido con las Constituciones de Panamá (1972), Cuba (1976), Perú 1979 (sustituida en 1993), Ecuador (1979 sustituida en 1998), Chile (1980), Honduras (1982), Haití (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992) y Argentina (1994), Costa Rica 1994, Bolivia 1994, Venezuela 1999, Uruguay 1996, México 1999, Ecuador (2008), entre otras.

gradual de poder desde las provincias a la Nación. En teoría, el gobierno federal debería ejercer sólo el poder que expresamente le ha sido delegado, pero lo cierto es que se ha constituido en el nivel de gobierno más poderoso dentro del sistema argentino. Esto, más allá de las valoraciones de carácter político, es un hecho fácil de constatar, puesto que la fortaleza y el despliegue de acciones del Gobierno federal son en la actualidad inmensamente mayores que las desarrolladas en el período 1853-1860. No se trata solamente de la propia extensión de las competencias delegadas a favor del Congreso, ni tan quiera el carácter expansivo de muchas de ellas⁶⁰³, sino que, además, pueden detectarse reiterados incumplimientos constitucionales que ponen en peligro la estabilidad del sistema federal, como ocurre, por ejemplo, e relación con el carácter de instituto de emergencia con el que se incorporaron al texto constitucional los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada⁶⁰⁴. Si bien, tal y como

⁶⁰³ Una de estas cláusulas, cuya redacción tiende a la expansión competencial es la que atribuye al Congreso la regulación del comercio con las Naciones extranjeras y de las provincias entre sí (art. 75. 13 CN). Su potencial expansivo queda patente a la luz de la gradual integración de las provincias, el desarrollo del transporte, las comunicaciones, y la globalización en general. Un sinnúmero de situaciones pueden ser ahora calificadas de comercio interprovincial o internacional, lo que amplía el marco de acción del gobierno federal sobre el de los gobiernos provinciales. Del mismo modo, en materia ambiental, el sistema de distribución de competencias previsto en el art. 41 CN puede dar pie a otro caso de expansión competencial a favor de la Nación. La falta de concreción del art. 41 CN –en cuanto a la definición exacta de los límites materiales y formales de los presupuestos mínimos de protección ambiental– sumada a la *vis* expansiva propia de la materia ambiental, ponen encima de la mesa el riesgo del vaciamiento de las competencias provinciales. Este riesgo no se limita a convertir en un sinsentido las potestades normativas de desarrollo reconocidas a las provincias en materia ambiental, sino que este puede conllevar el efectivo vaciamiento de otras competencias conexas como por ejemplo las competencias sobre los recursos naturales. Si bien, este tema será tratado debidamente *infra*.

⁶⁰⁴ En relación a este punto señala HERNÁNDEZ “merece especial mención por su brevedad la del art. 76 sobre delegación legislativa, que ha originado dificultades de interpretación y una práctica abusiva por parte del propio Congreso y del Presidente. Esta cuestión debería ser superada por una adecuada reglamentación del Congreso y un correcto y celoso ejercicio de sus competencias, además de una firme jurisprudencia de los Tribunales, como se hizo por la Corte Suprema en el célebre caso "Provincia de San Luis", donde nuestro más alto Tribunal efectuó una acertada interpretación sobre el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa. Pese a que el diseño constitucional de 1994 significó una modificación del fuerte presidencialismo del texto originario de 1853, hoy en Argentina se gobierna por muy pocas personas y por medio de decretos sin el debido control por parte del Congreso ni del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia en particular. En relación específica a los decretos de necesidad y urgencia, aunque se ha reglamentado el art. 99 inc. 3° de la Ley Suprema que estableció la Comisión Bicameral Permanente para el control de dichos decretos, por medio de la ley 26.122 en el 2007 (Adla, LXVI-D, 3619), la mayoría que ejerce el partido del gobierno en la misma ha significado en la práctica que actúe simplemente para convalidar los decretos dictados, que han superado holgadamente el número de proyectos de ley enviados por el Poder Ejecutivo al Congreso. Estas ostensibles violaciones del sistema republicano y de nuestra democracia constitucional, son consecuencia de una notoria falta de cultura política, jurídica y democrática.” *Cfr.*

reconoce HERNÁNDEZ, la reforma constitucional pretendió restringir el uso de estos mecanismo, sin embargo la voluntad del constituyente no llegó a cumplirse como tal, sirviendo en realidad para exorbitar las potestades presidenciales en una clara violación del mandato constituyente y del principio democrático de “reserva de ley” de los instrumentos internacionales de derechos humanos que ostentan rango constitucional *ex art. 75 inc. 22 CN*, con grave lesión al federalismo al marginar la actuación del Senado como cámara representativa de las autonomías provinciales⁶⁰⁵.

Por tanto, a la luz de cuando ha sido expuesto, las extralimitaciones competenciales y, por ende, los conflictos entre la Nación y las provincias en las materias objeto de estudio son especialmente frecuentes. Debe tenerse en cuenta que nos hallamos ante sectores materiales, en especial en medio ambiente, donde la delimitación de funciones deviene fundamental a fin de evitar una suerte de expansión que pueda desviar en el vaciamiento de poder en especial de las provincias.

VII. INTEGRACIÓN DEL MODELO FEDERAL ARGENTINO

1. Los sujetos de la estructura federal argentina y su ámbito de autonomía

Los Títulos I y II de la CN identifica como Autoridades de la Nación tanto al Gobierno federal como a los gobiernos de provincia. Siguiendo a ESAIN podemos afirmar que el Estado queda estructurado como un orden jurídico total representado por la CN, y compuesto por una comunidad jurídica central que sería el gobierno federal y comunidades jurídicas parciales, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y dentro de las provincias los municipios⁶⁰⁶. De este modo, y con carácter previo al examen de los principios que arbitran las relaciones entre estos sujetos del Estado federal, procede concretar, si bien de forma meramente introductoria, el papel que ostentan dentro del modelo federal el Gobierno nacional y las provincias, remitiéndonos desde aquí a cuanto ya ha sido examinado respecto a las figuras de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios.

El modelo federal argentino reconoce la existencia de un Gobierno central soberano cuya jurisdicción abarca todo el territorio de la Nación y su espacio aéreo

HERNÁNDEZ, A. M., “Balance de la reforma constitucional de 1994”, cit., p. 903.

⁶⁰⁵ En este sentido, IRIARTE, L., “La reconstrucción del federalismo...”, cit., p. 7.

⁶⁰⁶ ESAIN, J. A. *Competencias ambientales...*, cit., p. 68.

hasta los límites con los demás Estados y con el mar libre. La soberanía la posee el Estado nacional y es ejercida por el pueblo de la Nación, titular del poder constituyente de conformidad con la unidad nacional reconocida por la forma federal de gobierno⁶⁰⁷. Este Estado federal tendrá como ámbito espacial la totalidad del territorio del país; como ámbito personal de validez a toda la población que habita ese territorio y a los órganos públicos que forman la estructura federal del gobierno; y como ámbito material, los intereses comunes que excedan de los intereses locales; detentando en todo caso la representación del Estado argentino como el titular de las relaciones internacionales junto con el resto de competencias que le han sido atribuidas de forma exclusiva de conformidad con el Texto Constitucional nacional.

Las provincias son unidades políticas iguales, indestructibles, autocéfalas y autónomas. La igualdad de las provincias queda patente en su representación uniforme e igualitaria en el Senado, aun cuando la CN admita la posibilidad de la desigualdad de los poderes provinciales si las provincias se los hubieran reservado por pactos especiales antes de su incorporación (tal como paso con la provincia de Buenos Aires el 11 de noviembre de 1859 en el acto de San José de las Flores). La indestructibilidad de las Provincias les vendría dada por su condición de partes autónomas de la Federación, de forma que éstas no pueden ser modificadas por el Gobierno federal ni aun con el consentimiento de la provincia interesada. Para que dicha modificación fuera posible se precisa decisión soberana del Poder Constituyente Nacional⁶⁰⁸. Están dotadas de capacidad de autogobierno (autoevalúa) pudiendo nombrar a sus propios gobernantes y demás funcionarios de provincia sin intervención del gobierno federal *ex art. 122 CN*⁶⁰⁹. En relación a su autonomía, esta puede calificarse como de primer grado, pues aun cuando se encuentran sometidas a la supremacía federal, están dotadas de poder constituyente secundario, dictando sus propias Constituciones sujetas a las limitaciones y requisitos impuestos desde la propia CN⁶¹⁰. Como reconoce QUIROGA

⁶⁰⁷ Art. 1 CN.

⁶⁰⁸ *Cfr.* QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. II, cit., pp. 880-881.

⁶⁰⁹ Art. 122 CN: “Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal

⁶¹⁰ Las provincias se encuentran en el primer peldaño de autonomías tras el Gobierno federal, que es soberano y supremo en sus competencias exclusivas. Se denomina poder constitucional secundario para diferenciarlo del poder constituyente de primer grado correspondiente al ámbito Nacional. Como señala SAGÜES, “el poder constituyente de las

LAVIÉ, “las provincias no son soberanas, en la medida que la creación del derecho que realizan -incluido su poder constituyente- forma parte del proceso de aplicación-creación del ordenamiento jurídico federal, por cuanto el acto de creación constitucional del poder constituyente provincial es, al mismo tiempo, el acto de aplicación de la Constitución Nacional y/o de las leyes nacionales, en su caso”⁶¹¹. Una de las consecuencias directas de esta autonomía es que el gobierno federal no puede anular ni derogar las leyes provinciales aun cuando estas excedan sus competencias constitucionales. Solo el poder judicial nacional, mediante el control de la constitucionalidad vía recurso extraordinario federal, permite anular dichas normas⁶¹².

En relación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los Municipios, nos remitimos desde aquí a los examinados *supra*, reiterando que la CABA posee un régimen intermedio entre el municipal y el provincial, un estatus especial reconocido en su Estatuto Organizativo que aproxima a esta Ciudad al grado de autonomía de las Provincias sin alcanzar su condición pero siéndole atribuido un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, eligiendo directamente el pueblo de la ciudad a su jefe de gobierno (art. 129.1 CN).

Por su parte los municipios constituyen una forma primaria de descentralización política y no sólo administrativa⁶¹³. Están dotados de una genuina autonomía, denominada por HERNÁNDEZ como “autonomía municipal”, pero que queda doblemente limitada por el derecho federal y por el derecho provincial⁶¹⁴. Como se vio, el concreto alcance de esta autonomía municipal debe quedar determinado en las constituciones provinciales y reglado en las Leyes o Cartas Orgánicas municipales que

provincias es un poder constituyente secundario más que derivado o constituido. Señala el autor que el poder constituyente federal puede disciplinarlo en materia de contenido y procedimiento, incluyendo los requisitos de tiempo y lugar”. SAGÜES, N. P., *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 334. En este sentido, debe tenerse en cuenta la literalidad del art. 123 CN, según el cual: “cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

⁶¹¹ QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. II, cit., p. 881.

⁶¹² En este sentido, QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI, y CENICACELAYA, señalan que la autonomía provincial no puede ser restringida por el Estado federal salvo que su ejercicio afecte a la supremacía de la CN en cuyo caso procede la intervención federal o la declaración inconstitucional por los Jueces. *Vid. Ibidem*.

⁶¹³ ESAIN, J. A., *Competencias ambientales...*, cit., p. 76.

⁶¹⁴ HERNÁNDEZ, A. M., *Derecho municipal*, cit., p. 402.

permitan conocer el concreto alcance de funciones que se reconocen a estas entidades.

2. Relaciones internas en la estructura federal argentina

Seguimos en este sentido el esquema tradicional de la doctrina constitucional argentina, señalando que las relaciones entre el Estado federal y los Estados locales quedan regidas en virtud de tres principios: supremacía federal, del que surgen las relaciones de suprasubordinación; el principio de participación del que derivan las relaciones de inordinación; y el principio de cooperación, que determina el necesario reparto de competencias entre los miembros de la estructura federal y del que derivaran los conflictos competenciales.

2.1. Principio de supremacía federal. Suprasubordinación

El principio de supremacía federal va dirigido a proporcionar cohesión y armonía dentro de una unidad descentralizada como es el Estado federal. A este fin, el art. 31 CN mantiene que la Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados internacionales celebrados con las potencias extranjeras integran el bloque de “Ley suprema de la Nación”⁶¹⁵. Este bloque prevalece sobre el derecho provincial, incluida su Constitución, siendo el derecho provincial supletorio para el supuesto de que el Estado federal no dicte normas que regulen las materias que a él le corresponden⁶¹⁶. De acuerdo con QUIROGA LAVIÉ, los Estados miembros se encuentran doblemente limitados; de un lado, porque los ordenamientos provinciales no pueden contravenir el ordenamiento federal, *ex art.*

⁶¹⁵ Art. 31 CN: “*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859*”.

⁶¹⁶ ESAIN, J. A., *Competencias ambientales...*, cit., p. 78. Se deduce el carácter supletorio del derecho provincial en virtud del art. 121 CN, de forma que todo lo que no quede expresamente reservado al Estado corresponderá a las Provincias, o en supuestos como el reflejado en el art.126 CN en el que se prohíbe a las provincias dictar Códigos de Fondo una vez que hayan sido sancionados por el Estado nacional pero no antes.

31 CN, y de otro, porque deben acatar además las exigencias derivadas de los art. 5 y 123 CN⁶¹⁷.

El derecho federal es por tanto supremo en el marco que la CN le reconoce. En este sentido, resulta clarificador el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, en la causa “*Guzman, Alfredo s/Homicidio*”, sentencia de 23 de mayo de 2002⁶¹⁸, en cuyo FJ 3 con remisión tanto a la doctrina más asentada como a la jurisprudencia de la CSJN, concreta el Tribunal que,

“ (...) la no aplicación de la garantía contenida en la Constitución local aparece como la consecuencia directa de la prevalencia del obligatorio cumplimiento de las finalidades que establece el art.1º ley 24.660 que, por imperio del art. 31 de la Constitución Nacional es Ley Suprema de la Nación. En este caso, la supremacía federal, resulta poco discutible porque en los términos del art. 31 de la Constitución Nacional, se trata de leyes dictadas "en su consecuencia", con lo que "(...) las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones Provinciales". Y digo esto puesto que, según la interpretación prevalente, la prioridad de la norma nacional lo será cuando ésta haya sido dictada "dentro de los poderes conferidos por ella (Constitución Nacional) al Estado Federal, expresa o implícitamente" (conf. SAGÜES, N. P. "Elementos de Derecho Constitucional", Editorial Astrea, Bs.As., 1997, Vol.1, pág.227. Igual criterio, ha sido sostenido por EKMEKDJIAN, M. G., , "Tratado de Derecho Constitucional, Vol. 3, Edit. Depalma. Bs.As., 1995, pág.270: "...las normas nacionales tienen superioridad sobre las provinciales en tanto y en cuanto regulen el ejercicio de poderes que han sido delegados por las Provincias al Gobierno Federal". En el mismo sentido, BIDART CAMPOS, G. J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino" TºI, Edit.Ediar, Bs.As. 1986, pág.80. En la Jurisprudencia ha sido el criterio de la Corte Suprema de

⁶¹⁷ QUIROGA LAVIE, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. II, cit., p. 891.

⁶¹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, de 23 de mayo de 2002, Acuerdo núm. 4/2002, “Guzman, Alfredo s/Homicidio”. Expte. Núm. 474 año 2001.

Justicia de la Nación, in re "Sociedad Comercial e Industrial Jiménez Vargas Hnos. S.A.", Fallos T°239-pág.343).

Expuesta la supremacía del derecho federal, continúa el Tribunal Superior de Justicia aclarando la situación de supremacía de determinados Instrumentos Internacionales subrayando lo siguiente,

“Tal prioridad, se ha visto reforzada, en muy alto grado, a partir de la reforma constitucional operada en 1994. En este sentido debe tenerse presente que, en virtud de lo dispuesto por el art.75 inc.22, determinados instrumentos internacionales sobre derechos humanos, han adquirido "jerarquía constitucional". Ello significa, ni más ni menos, que hoy, dichos documentos internacionales se encuentran en el vértice del sistema del ordenamiento jurídico interno en el mismo nivel que la Constitución Nacional. Esta paridad jerárquica, al decir de Barra (conf. "La protección constitucional del derecho a la vida", Edit. Abeledo-Perrot, Bs.As.,1996, pág.26) importa que el ordenamiento jurídico"(...) les reconoce el mismo carácter fundante y de referencia –punto de comparación para la validez de las restantes normas- que el que le corresponde al propio texto constitucional".

Visto lo anterior, y tal y como señala ESAIN, “las Constituciones provinciales, las leyes de provincia y los decretos provinciales sumados a la totalidad de las normas y actos provinciales se subordinan a: La Constitución federal y los Convenios Internacionales de Derechos Humanos (CIDH), ex art. 75 inc. 22 CN; los demás tratados internacionales que por el primer párrafo del art. 75 inc. 22 CN tengan rango superior a las leyes y las normas de derecho de integración que por el art. 75.24 CN también tengan jerarquía supra-legal; las leyes del Congreso federal, lo que incluye leyes federales propiamente dichas, art. 75 excepto inc. 12 y leyes de fondo (Código Civil, Comercial, Penal, de Minería y de Trabajo y Seguridad Social del art. 75.12 CN; toda norma o acto emanado del gobierno federal en cuanto tal ex art. 99 inc. 2,3 y 76 CN”⁶¹⁹.

Expuesto lo anterior, resta añadir que, a fin de poder garantizar el respeto a esta supremacía federal y a las reglas de suprasubordinación indicadas, el ordenamiento

⁶¹⁹ ESAIN, J. A., *Competencias ambientales...*, cit., p. 79.

jurídico argentino da cobertura a dos mecanismos principales de garantía como son la intervención federal prevista en los arts. 6, 75 inc. 31 y art. 99 inc. 20 CN⁶²⁰ y el recurso extraordinario federal *ex* arts. 14 a 16 de la Ley 48 de Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales⁶²¹.

2. 2. Principio de participación. Relaciones de inordinación

El principio de participación implica reconocer la colaboración directa de las provincias en las decisiones del gobierno nacional. En este sentido, hacemos nuestro el análisis de QUIROGA LAVIÉ que distingue las relaciones de inordinación en su vertiente orgánica y procesal. La inordinación orgánica tendría su ejemplo típico en la participación de las provincias en el poder legislativo a través del Senado. Si bien,

⁶²⁰ Art. 6 CN: “El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia”.

Art. 75 inc. 31 CN: “(Corresponde al Congreso) Disponer la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires”. Art. 99 inc. 20 CN “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: Decretar la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento”.

⁶²¹ Arts. 14 a 16 de la Ley 48 de Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales: art. 14: “Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: 1º Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez; 2º Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia; 3º Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio”.

Art. 15: “Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo que su fundamento parezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa, quedando entendido que la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no dará ocasión a este recurso por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inc. 11, art. 67 de la Constitución”;

Art. 16: “En los recursos de que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón”.

existe otro ejemplo como el Organismo Fiscal Federal *ex art. 75.2 CN*, en el que las provincias tendrán una integración igualitaria a efectos de controlar la forma de ejecución de la Ley convenio de coparticipación⁶²². La vertiente procesal de la inordinación se da desde la participación necesaria de los Estados miembros en el procedimiento de adopción de determinadas normas, como es el caso de la coparticipación federal, la cual debe ser sancionada sobre la base de acuerdos previos con los Estados miembros y luego aprobada por las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. En este caso, la relación entre la inordinación orgánica y normativa se comprueba cuando se dispone que la ley convenio tendrá como Cámara de origen al Senado.⁶²³

A lo anterior, ESAIN añade un ejemplo de participación negativa caracterizada por la prohibición de modificación unilateral, ya que ello implica que para logarse la enmienda necesariamente se deberá integrar nuevamente el proceso de acuerdos, dándosele a las provincias un cuasi-derecho de veto (concertación negativa) para el caso de que no estén conformes con la nueva reglamentación⁶²⁴.

⁶²² Art. 75.2 CN: “(Corresponde al Congreso) Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables. Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos. La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias. No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso. Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determina la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición.

⁶²³ QUIROGA LAVIÉ, H., BENEDETTI, M. A., CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. II, cit., pp. 891-892.

⁶²⁴ ESAIN, J. A. *Competencias ambientales...*, cit., p. 88.

2. 3. Principio de coordinación. Distribución constitucional de competencias

El presente epígrafe constituye el epicentro de nuestro objeto de estudio, pues centra el análisis del sistema de distribución constitucional de competencias entre el la Nación y las provincias. Visto que en el sistema federal argentino se han reconocido a favor de los distintos niveles de poder idénticas potestades legislativas y ejecutivas, deviene fundamental determinar el concreto sistema de distribución competencias que evita los conflictos entre entidades de poder.

Así, la regla fundamental de distribución viene reconocida en el art. 121 CN, en cuanto dispone que “*las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*”; precepto complementado en sentido negativo por el art. 126 CN, que prohíbe expresamente a las provincias el ejercicio del poder delegado a la Nación⁶²⁵. Por tanto, el método de delimitación o distribución constitucional de competencias del sistema argentino obedece al llamado principio de reserva, que contempla una enumeración expresa de las materias propias del Estado federal y aquellas expresamente prohibidas a las Provincias, quedando reservadas todas las restantes a los Estados miembros. Esto es, las competencias reservadas y no enumeradas son de los Estados Provinciales y las facultades delegadas, de manera explícita o implícita, son las correspondientes al Gobierno Federal quien detenta competencias de excepción⁶²⁶.

Pues bien, pese a la aparente sencillez del sistema de distribución de competencias albergado en la cláusula del art. 121 CN, se trata en realidad de un sistema notablemente complejo. Las competencias no se atribuyen siempre y en todo caso con carácter exclusivo bien al Estado Federal o bien a los Estados miembros sino que, al igual que ocurre en el modelo autonómico español, existen otros sistemas de

⁶²⁵ Art. 126 CN: “*Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros*”.

⁶²⁶ SABSAY, D. A., “El federalismo y la incorporación de la noción de región en la reforma constitucional de 1994”, *LL*, T. C, 2013, p. 1172.

distribución más difíciles de resolver, donde algunas funciones no resultan privativas, de uno u otro orden, sino que pueden ser ejercidas por ambos indistintamente – competencias concurrentes–, o en conjunto –competencias compartidas–, debiendo estar al caso concreto para conocer las funciones que se reconocen a cada Administración competente según el sector material examinado.

Visto lo anterior, y de conformidad con el sistema de distribución constitucional de competencias articulado en el modelo federal argentino, pueden distinguirse diferentes clases de competencias según las funciones hayan sido atribuidas al Estado federal o a los Estados miembros expresamente (competencias privativas o exclusivas y competencias prohibidas), a ambos indistintamente (competencias concurrentes), o a ambos en conjunto (competencias compartidas). Pero el esquema de distribución de competencias no se limita al reparto competencial entre Nación y provincias o entre estas entre sí, sino que, como fue expuesto *supra*, la CN reconoce expresamente –*ex art. 123*– la autonomía municipal, cuyo alcance y contenido debe quedar determinado en cada constitución provincial desarrollándose por las Leyes o Cartas Orgánicas. Este tercer nivel de gobierno lleva implícito un esquema de distribución competencial *ad intra* en los Estados miembros que debe ser tenido en cuenta en la medida en que los municipios pueden alcanzar atribuciones vinculadas tanto al medio ambiente como a la utilización de recursos hídricos.

2. 3. 1. Competencias exclusivas o privativas

Las competencias privativas son aquellas que se atribuyen con carácter exclusivo y excluyente a favor de uno solo de los órdenes de gobierno, de forma que solo éste, bien la Nación bien las provincias, puede hacer ejercicio de las potestades que se derivan de la titularidad o atribución de competencias sobre una materia.

En este sentido, la CN contempla competencias exclusivas tanto a favor del Estado nacional como de las provincias. Entre las reconocidas a la Nación pueden distinguirse aquellas que quedan expresamente enumeradas y limitadas en el Texto Constitucional como las previstas en los arts. 75, 99, 116 y 117 CN que establecen las atribuciones de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial respectivamente; las atribuidas con carácter excepcional, que solo podrá ejercer el Gobierno Nacional en

aquellas circunstancias de excepción que la CN establece ⁶²⁷, y las denominadas facultades implícitas, que como refiere SARMIENTO GARCÍA “consisten en atribuciones que se encuentran en manos de la autoridad federal y que no han sido establecidas expresamente en el texto constitucional, pero aun así representan los medios para hacer efectivos otros poderes concedidos de manera expresa por la Constitución al gobierno federal” ⁶²⁸. Su principal ejemplo se halla en el art. 75 inc. 32 CN según el cual “(corresponde al Congreso) hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”⁶²⁹. Ahora bien, no podemos dejar de señalar que, de nuevo, esta vez a través de estas facultades implícitas, se produce un riesgo de vaciamiento competencial de las provincias, siendo estas competencias utilizadas por la Nación en detrimento del impulso federal que anunciaba la reforma constitucional⁶³⁰.

⁶²⁷ Así, por ejemplo, la facultad de declarar el Estado de sitio por el Congreso en caso de conmoción interior (*ex. art. 75 inc. 29 CN*), o por el Presidente con acuerdo del Senado en caso de ataque exterior (*ex arts. 61 y 99 inc. 16 CN*); decretar la intervención federal, el Congreso dispone “la intervención federal de una provincia o a la ciudad de Buenos Aires” (*ex art.75 inc. 31 párrafo 1º CN*), y “en caso de receso” la decreta el Presidente quien simultáneamente convoca al Congreso (*ex art. 99 inc. 20 CN*); crear impuestos directos, contribuciones directas coparticipables, por tiempo determinados, proporcionalmente iguales e todo el territorio de la Nación siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exija (*ex art. 75 inc. 2 párrafo 2º*).

⁶²⁸SARMIENTO GARCÍA, J. (dir.), *Derecho Público*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 394.

⁶²⁹ Como señala SÁNCHEZ VIAMONTE “en virtud de dicha norma, el Congreso puede legislar, reglamentar y tomar resoluciones que correspondan como complemento necesario o conveniente a las atribuciones o poderes expresos que le están conferidos en los demás incisos que enumeran extremos competenciales en el artículo 75 CN, y también los que sean necesarios o convenientes con relación al funcionamiento del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial que junto con el Congreso, constituyen el Gobierno de la Nación Argentina”. SÁNCHEZ VIAMONTE, C., *Manual de Derecho Constitucional*, 4ª ed, Kapelusz, Buenos Aires, 1944, p. 267.

⁶³⁰ La necesidad de que existan estas facultades implícitas a fin de garantizar el cumplimiento de las concesiones principales conlleva un riesgo inminente de desapoderación de las provincias mediante la extensión del poder central. En este sentido, ZUCCHERINO y MORENO RITHNER explican que aunque las facultades implícitas sean necesarias desde un punto de vista instrumental, su interpretación y manejo supone la sutileza de encontrarles la faceta más amplia dentro de un marco obligatoriamente restrictivo, y así señalan que, “la interpretación extensiva del texto constitucional en relación con estas potestades ha sido una de las principales causas de la expansión del poder central en detrimento del pretendido fortalecimiento del federalismo, de no mantenerse las restricciones en su interpretación podría generarse una suerte de federalismo cooperativo e incluso centralizado en el que los poderes locales dependerían de decisiones nacionales en los aspectos de mayor relevancia”. *Vid. ZUCCHERINO, R. M. / MORENO RITHNER, M. J., Tratado de Derecho Federal, Estadual, Estatuyente y Municipal*, T. I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 242.

La CN también comprende competencias exclusivas a favor de las provincias, entre las cuales se pueden distinguir aquellas que explícitamente reconoce la CN como tales; las expresamente reservadas por pactos especiales al tiempo de su incorporación y las conferidas a través de la cláusula de atribución residual de competencias según lo dispuesto por el art. 121 CN⁶³¹.

Por último, y tal y como se desprende del propio Texto Constitucional, el sistema de listado de atribuciones de competencias privativas se complementa, no sólo a través de cláusulas genéricas de atribución residual, sino haciendo uso de un listado de competencias prohibidas tanto a las provincias (porque fueron delegadas al Gobierno federal), al Gobierno federal (porque fueron conservadas por las provincias) y a todo orden gubernamental, como la concesión de las facultades extraordinarias de la suma del poder público o sumisiones o supremacías a gobierno o persona alguna, de conformidad con el art. 29 CN, o la violación de las declaraciones, derechos y garantías de la parte dogmática de la ley suprema⁶³².

2. 3. 2. Competencias concurrentes

Tal y como señala MUÑOZ facultades concurrentes son “aquellas que pueden ser ejercidas en forma paralela e indistinta por la Nación y las provincias”⁶³³, esto es, por disposición constitucional ambos órdenes de gobierno, Nación y provincias, tienen

⁶³¹ QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI, y CENICACELAYA, señalan que entre las atribuciones exclusivas de las provincias pueden diferenciarse las atribuciones expresamente retenidas por las provincias por pactos especiales al tiempo de su incorporación ex art. 121, tratándose estas de una excepción a la igualdad de las provincias ya que admite que una de ellas goce de ciertas facultades de las que carecen las demás. QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. II, cit., p. 991. Si bien, SABSAY, únicamente hace mención a las que expresamente enuncia la CN y, por otro, las que, con carácter residual, no fueron conferidas a la Nación, según lo dispuesto por el art. 121 CN. Pertenecen a las mencionadas en primer término la prevista en el art. 75 inc. 12 CN, que preserva las jurisdicciones locales para la aplicación del derecho común — integrado por los códigos que sanciona el Congreso Nacional—; las establecidas en el art. 122 CN, referidas a las potestades de las provincias para darse sus propias instituciones y regirse por ellas, lo cual es un correlato de las normas que regulan el sistema federal, y, a su vez, las facultades reservadas a la Ciudad de Buenos Aires que enuncia el art. 129 CN. SABSAY, D. A., en “El federalismo y ...”, cit., p. 1174.

⁶³² HERNÁNDEZ, A. M., “Argentina”, en *Estudios comparados sobre los techos competenciales*, OBSEI, Universidad Pompeu Fabra, en el marco del Proyecto Sostres (2003-2004), p. 28.

⁶³³ MUÑOZ, G. A., “Policía Sanitaria”, en MUÑOZ, G. A. / GRECCO, C. M., *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 823.

reconocidas las competencias idénticas en un sector materia común⁶³⁴. La Constitución otorga al Estado Nacional y a las provincias competencias que pueden ejercerse conjunta o simultáneamente sobre un mismo objeto o una misma materia sin que de tal circunstancia derive violación de principio jurídico alguno⁶³⁵.

El fundamento de este tipo de competencias reside en una marcada intención de flexibilizar el esquema constitucional de distribución de competencias, permitiendo que, según las exigencias de uniformidad, ambos poderes puedan legislar en una misma materia⁶³⁶. Si bien, pese a esta intención de flexibilización, el ejercicio concurrente puede conducir a conflictos competenciales, entendiéndose como tales según criterio de la CSJN, “cuando media una repugnancia efectiva entre una y otra facultad”⁶³⁷. A fin de resolver los conflictos apuntados, la CSJN parte de un estándar de validez que otorga normalmente prioridad a las normas federales sobre las provinciales garantizando el cumplimiento de los fines queridos por la Constitución y el interés general en juego se pretende con ello que “las normas locales no afecten la eficacia de las normas federales que puedan existir sobre una problemática específica dictadas en ejercicio de facultades concurrentes”⁶³⁸.

⁶³⁴ Destacan los impuestos indirectos interno (art. 75, inc. 2 párrafo 1º CN); Pueblos indígenas argentinos (art.75 inc. 17 *in fine*); establecimientos de utilidad nacional (art. 75, inc. 30 CN); poder de policía de la prosperidad (art. 75 inc.18 y 19 y art. 125 párrafo 1º CN).

⁶³⁵ SCSJN, de 28 de julio de 2005, Fallos 328:2671, “Banco de la Nación Argentina c. Programa de Defensa de Consumidor Comercio y Cooperativas de la Provincia de San Luis”, Dictamen del Procurador Fiscal Subrogante de la Nación. Punto IV.

⁶³⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Nauquén, de 25 de agosto de 2008, Fallos 327:1051, “Etcheverry Ruben A. Y otros C/Provincia del Neuquén”, Consid. XIX: “La CSJN ha indicado que, el llamado federalismo de concertación se inspira “en la búsqueda de un régimen concurrente en el cual las potestades provinciales y nacionales se unan en el objetivo superior de lograr una política uniforme de los intereses del Estado Nacional y de las provincias”.

⁶³⁷ SCSJN, de 17 de abril de 2001, Fallos 324:1276, “Cencosud S.A. c. S.I.y C”, Dictamen del Procurador General de la Nación en cuyo fundamento V se remite a los Fallos 137:212, Consid. 7º y 8º; 239:343; 293:342; 300:402 y 322:2862. En el mismo sentido SCSJN, de 28 de julio de 2005, Fallos 328:2671, “Banco de la Nación Argentina c. Programa de Defensa de Consumidor Comercio y Cooperativas de la Provincia de San Luis”, Dictamen del Procurador Fiscal Subrogante de la Nación, fundamento IV en el que se remite a la doctrina de los Fallos 300:402 y 322:2862.

⁶³⁸ Sentencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de 1 de junio de 2011, “Unión de Kiosqueros de la República Argentina c/ GCBA”, sumario punto 2º: “La falta de una previsión normativa local en la materia regulada por la ley nacional 26567 –ejercicio de la actividad farmacéutica– no afecta ni vulnera la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, en tanto ésta se ve afectada por aquella norma de la misma forma en que lo serían la del resto de las provincias de la República, y en tanto la Ciudad puede legislar en la materia en forma

Por tanto, siendo como reconoce la CSJN una condición exigible a todas las facultades concurrentes que no exista incompatibilidad con el fin nacional perseguido⁶³⁹, puede entenderse consolidado el principio de no interferencia aplicado por la CSJN para los supuestos de la cláusula de comercio⁶⁴⁰, establecimientos de utilidad nacional⁶⁴¹ y cláusula del progreso⁶⁴². Este criterio tiene su base en la jurisprudencia de la corte americana, pues como señala ESAIN, “allí el ejercicio de competencias concurrentes entre el Gobierno federal y los Estados se divide desde la doctrina de la no interferencia que indica que la Unión ejercita sus funciones en los territorios de los estados siempre de manera limitada y restringida a los fines federales que justifican su intervención, mientras que los Estados y los municipios conservan sus facultades y las podrán ejercitar en la medida en que dicho ejercicio no interfiera el logro de los fines perseguidos por la federación”⁶⁴³. De este modo, en caso de concurrencia, las provincias conservarían todo su poder siempre que con su ejercicio no interfieran en el cumplimiento de los fines federales específicos.

2. 3. 3. Competencias compartidas

Las competencias compartidas son aquellas que requieren de la voluntad de ambos órdenes de gobierno, el nacional y el provincial, para su concreción⁶⁴⁴. De este

concurrente en los términos del art. 22 de su Constitución, respecto de la cual deberá aplicarse -en cada caso y en la medida que exista conflicto con la norma federal- el estándar de validez definido desde antiguo por la CSJN, esto es, que las normas locales no afecten la eficacia de las normas federales que puedan existir sobre una problemática específica dictadas en ejercicio de facultades concurrentes”.

⁶³⁹ SCSJN, de 18 de noviembre de 1999, Fallos 322:2862, “LITSA líneas de Transmisión del Litoral c. Corrientes, Provincia de s/ acción meramente declarativa”.

⁶⁴⁰ SCSJN, de 31 de mayo de 1984, Fallos 306:516, “Transportes Vidal SA v. Provincia de Mendoza”. Precedente éste que fue inspirado, a su vez, en el caso “Complete Auto Transit, Inc. v. Brady, Chairman, Mississippi Tax Commission”, 430 U. S. 274, año 1977.

⁶⁴¹ SCSJN, de 6 de diciembre de 1984, Fallos 306:1983, “BJ service argentina SA v. Provincia de Mendoza S/repeticón de impuestos”.

⁶⁴² SCSJN, de 6 de mayo de 1997 Fallos 320:786, B-26. XXVI-R.H, “Boto, Armando c. Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros”, Consid. 18º: “Lo que esta Corte realiza hoy en autos Boto, es, simplemente, extender el criterio de interferencia -vigente en materia de cláusula comercial y cláusula de establecimientos de utilidad nacional- al campo de la cláusula del progreso. Esta extensión se funda, a juicio de este Tribunal, en que la clase de conflictos entre poderes federales y provinciales que se presentan en el marco de dichas dos cláusulas, es análogo a los conflictos que se suscitan en el ámbito de la cláusula del progreso prevista en el inc. 18 del art. 75 de la Ley Fundamental.”

⁶⁴³ ESAIN, J. A., *Competencias ambientales...*, cit., p. 416.

⁶⁴⁴ SABSAY, D. A., “El federalismo y...”, cit., p. 1175.

modo, el Estado federal fija las bases o principios comunes a toda la Nación, garantizando con ello un grado mínimo de uniformidad en la ordenación de un ámbito material, mientras que las provincias tiene competencia para su desarrollo y complemento ajustándose a las necesidades específicas de cada territorio. Cabría deducirse que, al igual que ocurre en el ordenamiento jurídico español con el binomio bases más desarrollo, el constituyente argentino pretendió a través de esta técnica alcanzar para determinadas materias un denominador normativo común, a partir de cual, cada provincia, en defensa del propio interés general, pudiera establecer las peculiaridades que le convengan dentro de su marco de competencias, al igual que ocurre en el caso de las CCAA en España⁶⁴⁵. Si bien existen materias específicas en las que la CN se refiere expresamente a las leyes de bases⁶⁴⁶, éstas no constituyen un *numerus clausus*, puesto que de conformidad con lo previsto en el art. 76 CN, únicamente existe prohibición para la delegación legislativa a favor del Ejecutivo, quedando abierta por tanto la posibilidad legislativa de las provincias, siempre que se traten de facultades concurrentes⁶⁴⁷.

Resta señalar, por último, que este esquema de distribución competencial “bases más desarrollo”, precisa de un enérgico esfuerzo interpretativo, puesto que como será expuesto *infra*, cuestiones tales como el contenido exacto de lo “básico”, el vehículo normativo adecuado para contener “los mínimos”, o el alcance concreto de las facultades complementarias provinciales no quedan resueltas desde el texto constitucional, precisando para su concreción de la labor interpretativa de los tribunales ante la necesaria resolución de los conflicto competenciales que surgen fruto de la imprecisión expuesta. Como consecuencia de ello, se ha observado una evolución en relación a los criterios que se adoptan para la delimitación de los extremos señalados, siendo esta una cuestión fundamental como veremos en materia de medio ambiente, y en especial, en su repercusión respecto de títulos competenciales conexos.

⁶⁴⁵ STC 1/1982, de 28 de enero.

⁶⁴⁶ Como por ejemplo, educación (art. 75 inc. 19 párrafo 3 CN) o medio ambiente (art. 41 párrafo 3 CN).

⁶⁴⁷ QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. II, cit., p. 986.

VIII. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE AGUA EN DERECHO ARGENTINO

La lucha de poderes establecida entre las provincias y el Estado nacional es una constante de la historia del Federalismo argentino. Esta pugna entre los poderes reconocidos, cuya principal manifestación reside en el ámbito competencial, esto es, en el fortalecimiento de la Nación o de las provincias, ha experimentado una línea evolutiva que traslada el conflicto tradicionalmente fijado en el dominio hacia la jurisdicción⁶⁴⁸ y desde aquí a las cuestiones ambientales, renovándose la discusión a medida en que se ha ido innovando en las líneas argumentales⁶⁴⁹. De este modo, la interrelación establecida entre el Capítulo que nos ocupa y el siguiente, destinado al título competencial medio ambiente, deviene innegable. Si bien, razones de lógica expositiva recomiendan el análisis separado de ambas competencias permitiendo profundizar en este acápite en los intrincados aspectos que rigen la materia agua como sector material autónomo, postergando para el Capítulo siguiente el estudio de la repercusión que la cláusula ambiental prevista en el art. 41 CN ha tenido en la distribución constitucional de competencias en materia medioambiental y su incidencia directa en materia de agua como elemento integrante del medio ambiente.

Nos centramos a continuación en el necesario deslinde conceptual de la jurisdicción y el dominio, como títulos de intervención, analizando cual ha sido la evolución de su atribución y reconocimiento a la hora de delimitar las potestades

⁶⁴⁸ Interesa aclarar, como ya se hiciera en la introducción de este trabajo, que el concepto de “jurisdicción” empleado en Argentina, en la medida en la que la mayor amplitud de su significado puede conducir a errores. La acepción aquí utilizada es diferente a la común en el ordenamiento jurídico español. Se trata de una concepción más amplia referida a las funciones de gobierno, *Cfr.* MARTÍN, L., *Derecho de aguas...*, cit., p. 103; Este concepto de jurisdicción se diferencia por tanto del empleado tradicionalmente para hacer referencia a la actividad judicial. Como señala DÍAZ ARAUJO la jurisdicción se define como “una masa de competencias en un órgano de poder, sobre las bases de las funciones que son propias del Estado, para cumplir con determinadas actividades o finalidades. Se hace referencia entonces a jurisdicción en un sentido amplio de potestas, la cual incluye a las funciones legislativa, administrativa y judicial”. DÍAZ ARAUJO, M., “El artículo 41 ...cit., p. 737. Nos remitimos desde aquí a cuanto quedó expuesto en la nota núm. 18 de este trabajo.

⁶⁴⁹ Como señala PINTO “en un primer momento se acudió a argumentaciones dominiales, luego jurisdiccionales y, finalmente, al poder de policía ambiental”. PINTO, M., “La Ley 25.688: una ilegítima y unitaria norma de preservación de las aguas”, en SCOONES, A., y SOSA, E. (comp.), *Conflictos Socio- Ambientales y Políticas Públicas en la provincia de Mendoza*, Observatorio Regional de Conflictos Ambientales, Oikos, Mendoza, 2005, p. 424.

propias de las provincias y del Estado nacional. Asimismo, será objeto de estudio el específico sistema de distribución competencial entre Estado y provincias que rigen los cursos de agua, a cuyo efecto se examinarán, en primer lugar, las competencias reservadas por las provincias y el Derecho de los Tratados interprovinciales, examinando a continuación aquellas competencias que han sido expresamente delegadas en materia de aguas al Estado nacional. Todo lo anterior permite comprobar cómo la lucha de poderes que apuntábamos a priori situada en la jurisdicción y el dominio se ha trasladado, tras la reforma constitucional y de un modo velado, a las nuevas competencias ambientales en lo que podría convertirse en una expansión subrepticia de las competencias del Estado Federal en detrimento de las provincias que a fin de corregirse precisa de importantes delimitaciones que aun hoy siguen siendo objeto de debate.

1. Dominio y jurisdicción

1.1. Delimitación conceptual

Tal y como indica MARTÍN, “el tema de la competencia en materia de regulación de recursos hídricos ha sido tradicionalmente afrontado en el marco del enfoque dominial desde una concepción predominantemente patrimonialista, que se refleja en la distinción entre dominio y jurisdicción”⁶⁵⁰. Sin embargo, dominio y jurisdicción, o más bien las facultades que de la titularidad de estos se derivan, pueden llegar a ser confundidos obligando a su necesaria delimitación conceptual. Así, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2506 CC “*el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona*”, refiere por tanto a “la condición o situación legal de la cosa o el bien, mientras que la jurisdicción se refiere a la potestad para reglar el o los usos de que la cosa o bien es susceptible”⁶⁵¹. Como señala FRÍAS, “la jurisdicción es la suma de facultades divisibles en las diversas materias de gobierno. El dominio se ejerce sobre las cosas; la jurisdicción sobre las relaciones”⁶⁵². Si bien, a la definición dada por FRÍAS, añade

⁶⁵⁰ MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit. p. 102.

⁶⁵¹ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho ...*, T. V, Dominio Público, cit., p. 9. En un sentido similar, DALLA VÍA, A. R., *Derecho constitucional económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 574.

⁶⁵² FRÍAS, P., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 169.

MARTÍN que “(la jurisdicción) abarca tanto la potestad de reglar o determinar el régimen jurídico aplicable, es decir, de legislar lo atinente al uso de dicha cosa o bien, como la de aplicar las normas a los casos particulares, sea judicial o policialmente. Puede conceptualizarse también, como una manifestación del poder de policía que alude a la potestad regulatoria, sancionatoria y fiscalizadora del Estado sobre un determinado bien”⁶⁵³. A través de estas definiciones se pretende dar respuesta a dos grandes interrogantes: el referido a la propiedad, esto es, quien detenta el dominio; y el que se refiere a las potestades para regular, administrar, explotar el agua, o, formulado de otra forma, a quien se le atribuye la jurisdicción sobre el agua.

Es indudable que dominio y jurisdicción refieren conceptos distintos, haciéndose necesario aclarar en qué consiste la vinculación que ambas figuras pueden tener sobre una misma cosa. En este sentido, si bien la regla general es que ambas figuras resulten de aplicación simultánea respecto a una misma cosa, de forma que el dueño detente a su vez la propiedad del mismo y la potestad para fijar el régimen jurídico que le resulta de aplicación, puede darse sin embargo la circunstancia de que la jurisdicción haya sido delegada a favor de una entidad distinta de aquella que detenta el dominio, si bien, esta situación deberá ser interpretada de forma restrictiva⁶⁵⁴. Al respecto MARIENHOFF, introduciendo ejemplos clarificadores, sostiene que,

“sobre ciertos bienes dominicales su titular tiene, a la vez, jurisdicción sobre los mismos. En otros casos la titularidad del bien y la jurisdicción sobre él les corresponden a entidades distintas. Como ejemplo del primer supuesto puede recordarse un río exclusivamente situado dentro de los límites de una provincia, en cuya hipótesis la titularidad sobre el bien y la jurisdicción le pertenecen a la misma entidad; como ejemplo del

⁶⁵³ MARTÍN, L., “Jurisdicción para reglar el uso y aprovechamiento de las aguas”, en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración de...*, cit., p. 253. Entendiendo la jurisdicción como una manifestación del poder de policía, BOTASSI, C., “Dominio y jurisdicción. Competencia Nacional, provincial y municipal, en VV.AA., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, RAP, Buenos Aires, 2005, p. 675.

⁶⁵⁴ MARTÍN, señala al respecto que, “ha sido frecuente afirmar en relación con tal interrogante que el dominio lleva necesariamente a la jurisdicción, es decir, detentar la calidad de dueño o propietario respecto a determinada cosa lleva a tener también la facultad, la potestad, para dictar el régimen jurídico que le resulta aplicable. Pero solo en principio, ya que nada obsta a que esa jurisdicción sea cedida o delegada en parte a una persona física o jurídica distinta d la que detenta el dominio, es decir, de aquella que reviste la calidad o el carácter de dueño de la cosa. Pero tal separación de identidad entre titular dominial y poder jurisdiccional, en virtud del principio antes esbozado deberá ser interpretada en forma restrictiva”. MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit., p. 104.

segundo supuesto podría mencionarse a un río navegable interprovincial, cuya titularidad les corresponde a las respectivas entidades locales, en tanto que la jurisdicción le pertenece a la autoridad nacional en todo lo atinente a la navegación. El dominio público se refiere a la condición y situación legal de la cosa o bien; la jurisdicción se refiere a la potestad para reglar lo atinente al uso de dicha cosa o bien, potestad que puede comprender todos los usos de que es susceptible ese objeto, como ocurriría con el río exclusivamente situado dentro de una provincia, a cuyo respecto la entidad provincial tiene atribuciones para reglar todo lo relacionado con los usos de que ese río es susceptible, o dicha potestad puede referirse a un determinado uso o a varios usos, como ocurriría con el río navegable interprovincial, a cuyo respecto la facultad para reglar lo relacionado con la navegación le pertenece a la Nación, en tanto que las facultades para reglar todos los restantes usos les pertenecen a las provincias atravesadas o limitadas por ese curso de agua. En consecuencia, la vinculación que existe entre dominio público y jurisdicción es la siguiente: el dominio público se refiere a la condición y situación legal de la cosa o bien, en tanto que la jurisdicción se refiere a la potestad para reglar el o los usos de que la cosa o bien es susceptible”.

En la misma línea parece entenderlo la Procuración del Tesoro de la Nación que en el Dictamen núm. 232/04, de 15 de junio de 2004, sección doctrina, señala que,

“No siempre hay coincidencia entre el titular del dominio y el de la jurisdicción. Así, mientras que el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se halla sometida a la voluntad y acción de una persona la jurisdicción es la suma de facultades divisibles en las diferentes materias de gobierno. El dominio se ejerce sobre las cosas, la jurisdicción sobre las relaciones y las funciones. El dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada la limita o la excluye, la jurisdicción no lleva necesariamente al dominio. Por ello, Los terrenos ubicados en el Partido de Avellaneda y en jurisdicción del Puerto de Dock Sud, afectados al servicio ferroviario y pertenecientes a los ex Ferrocarriles y, a su vez, no pertenecientes al dominio de la Administración General de Puertos Sociedad del Estado – aunque sí sometidos a su jurisdicción- no deben integrar como dominio el

conjunto de bienes a transferir a la Provincia de Buenos Aires, con motivo del traspaso del Puerto de Dock Sud”⁶⁵⁵.

Criterio compartido por la CSJN que, integrando esta distinción, vino a concretar en su sentencia de 29 de mayo de 1929, Fallos 154:312, causa “Marconetti, Blogione y Cía. v. Municipalidad de Santa Fe”, que,

“En la generalidad de los casos el titular de los bienes dominiales tiene a su vez jurisdicción sobre los mismos, mas en otros casos la titularidad del bien y la jurisdicción sobre ello corresponde a sujetos distintos. Dominio y jurisdicción no son conceptos equivalentes ni correlativos, pues bien puede existir uno sin la otra y viceversa. Así la jurisdicción sobre bienes y riberas, que no importa el dominio sobre ellas; así la que se ejerce sobre establecimientos nacionales en inmueble son adquiridos, y así el dominio privado del Estado General en bienes situados en las provincias y sobre los cuales no ha fundado obras o establecimientos de utilidad nacional; en estos hay dominio y no jurisdicción, la jurisdicción nace con el destino de orden nacional que se da a los terrenos obtenidos por compra o cesión”⁶⁵⁶

Pese a esta posible separación entre dominio y jurisdicción no puede olvidarse que en realidad, esta debe ser restrictiva. Como señala LÓPEZ, “solucionar el problema del dominio de los ríos...sería lírico si no fuera acompañado de la solución de otro problema mucho más espinoso y que ha sido mucho más debatido; el referido a la jurisdicción sobre los mismos. El dominio, sobre todo el dominio público, no se ejerce ni puede ejercerse cabalmente si no se tiene jurisdicción. La jurisdicción es lo que realmente da vida al dominio como poder; sin jurisdicción no hay dominio efectivo”⁶⁵⁷. De este modo, y aun cuando por aplicación de la Norma Constitucional la jurisdicción y el dominio sobre un mismo bien puedan ser reconocidas a entidades de

⁶⁵⁵ Dict. núm. 232/04, de 15 de junio de 2004. Expte. Núm. 2422-1649/1998. Administración Portuaria Bonaerense. (Dictámenes 249:528). Sección Doctrina. Disponible en http://www.ptn.gov.ar/dic_junio2004.php

⁶⁵⁶ SCSJN, de 29 de mayo de 1929, Fallos 154:312, “Marconetti, Blogione y Cía. v. Municipalidad de Santa Fe”, recogida en Dict. Núm. 232/04, de 15 de junio de 2004. Expte. Núm. 2422-1649/1998. Administración Portuaria Bonaerense. (Dictámenes 249:528). Sección doctrina. Disponible en: http://www.ptn.gov.ar/dic_junio2004.php

⁶⁵⁷ LÓPEZ, J., “Problemas generados por...”, cit., p. 103 y ss., reproducido por el propio autor en “El derecho de las aguas en...”, cit., p. 29.

poder diferentes, no puede obviarse que si la potestad para establecer el régimen jurídico aplicable sobre el mismo se desvincula íntegramente del dominio esta queda estéril, convertido en un mero título formal⁶⁵⁸.

1. 2. Evolución en la disputa competencial sobre los ríos: Del dominio a la jurisdicción

Como señala MARIENHOFF, “el dominio sobre los ríos les pertenece a las provincias y no a la Nación, ya sean cursos navegables o no navegables, sea que nazcan y mueran dentro de una misma provincia o que atraviesen más de una de estas”⁶⁵⁹. No se trata ésta de una cuestión que hoy pueda entenderse controvertida, si bien no siempre fue así. En un primer momento, se pretendió que los ríos fueran reconocidos de dominio nacional, pudiendo la Nación disponer de ellos sin el concurso de voluntad de las provincias ribereñas⁶⁶⁰. Esta cuestión sería tratada en 1869 con motivo del análisis en el Senado de la Nación de la construcción del puerto de Buenos Aires, dando lugar al que MARIENHOFF denomina el “caso maestro –el leading case– en la materia”⁶⁶¹. El debate se establecería entre la tesis del dominio nacional sobre los ríos navegables defendida por VÉLEZ SÁRSFIELD y la tesis federal apoyada por MITRE. El primero fundamentó su posicionamiento en la preexistencia de la Nación a las provincias que, surgida como tal en 1810, ostentaba los derechos

⁶⁵⁸ Y en este mismo sentido se pronuncia FRÍAS, cuando mantiene que: “El dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada la limita y la excluye; la jurisdicción no lleva necesariamente al dominio. Pero en última instancia tiene más cuota de poder la jurisdicción que el dominio y éste puede terminar por ser vaciado”. FRÍAS, P., “Dominio y jurisdicción de la Nación y las provincias”, en FRÍAS, P., *et al.*, *Derecho Público Provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 338. Opinión que del mismo modo comparte MARTÍN, cuando señala que “como regla general se acepta que el dominio implica la jurisdicción, pero esta puede excepcionalmente ser en parte delegada a una persona distinta de aquella que lo detenta. Sin embargo, se advierte que si la jurisdicción es delegada o sustraída de forma completa, termina por vaciar de contenido y significación al dominio, produciéndose una desnaturalización que –aunque subsista formalmente– sustancialmente lo extingue”. MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit. p. 104.

⁶⁵⁹ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 423.

⁶⁶⁰ MARTÍN, L., *Derecho de...*, cit., p. 105.

⁶⁶¹ La discusión en el Senado que tuvo lugar en el mes de septiembre de 1869 parte del contrato celebrado por el Poder Ejecutivo Nacional con D. Eduardo Montero y Cía., para la construcción del puerto de Buenos Aires, capital de la provincia, en el Río de la Plata. Para mayor información en este sentido *Cfr.* MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, Tomo VI, Régimen y legislación...cit., pp. 414 y ss., donde el autor transcribe textualmente las partes principales del debate establecido entre el senador Bartolomé Mitre y Dalmacio Vélez Sarsfield, entonces Ministro del Interior.

preexistentes en la CN siendo por tanto la titular de los ríos navegables⁶⁶². Como refiere LÓPEZ, el argumento de VÉLEZ SÁRSFIELD parte de considerar a las provincias como “entes públicos jurisdiccionales, que no pueden dividirse el territorio sobre el cual discurren los ríos navegables porque nunca fueron independientes unas de otras, sino que siempre han sido Nación correspondiéndole por tanto la titularidad de los ríos navegables”⁶⁶³. Por su parte, MITRE defendería la preexistencia de las provincias a la Nación, argumentando que a consecuencia de la Guerra Civil (1820) y del aislamiento en que a raíz de ella vivieron las provincias, cada una de estas organizó de forma efectiva su propio gobierno, rigiéndose por sus propias instituciones, y que entre estos atributos inherentes a esas soberanías locales está comprendida la propiedad del territorio y el respectivo dominio eminente⁶⁶⁴. En este sentido, como señalaría MITRE, “no puede sostenerse que los ríos navegables sean de dominio nacional, ya que ello implicaría negar el carácter de ribereños a las provincias por cuyos territorios pasan, pues entre ellas y el agua se interpondría una nueva soberanía, un nuevo propietario,

⁶⁶² De conformidad con la transcripción del Diario de Sesiones del Senado, año 1869, pp. 812 y 813, y en la que Dalmacio Vélez Sarsfield sostuvo que: “¿Cuándo han sido, pues, independientes estas provincias? Nunca, señor, nunca se han llamado pueblos independientes, siempre ha sido Nación, porque aun cuando ha habido algún intervalo de desunión, siempre ha quedado el poder nacional con las facultades suficientes para conservar la nacionalidad. Por consiguiente, señor, el principio que ha prevalecido en los Estados Unidos sobre la propiedad del suelo cubierto por las aguas de los ríos navegables, no puede ser aplicable absolutamente a nosotros, porque nosotros hemos permanecido siempre reunidos en Nación, Nación que tiene derechos preexistentes puede decirse a la Constitución Nacional”. *Cfr.* MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 417.

⁶⁶³ LÓPEZ, J., “El derecho de las aguas en...”, cit., p. 33.

⁶⁶⁴ De conformidad con la transcripción del Diario de Sesiones del Honorable Senado, año 1869, pp. 820, 821, 839, 840 y 841, Bartolomé Mitre señaló que, “desde entonces es que tenemos provincias regidas por sus propias instituciones, con su representación propia, que es lo que constituye el régimen federativo. Por consecuencia, si hay alguna raíz teleológica que pueda darse al orden de cosas presente es aquel momento supremo en que la nacionalidad próxima a sucumbir, y, en que las provincias anarquizadas, trataron de salvarse y se salvaron en su capacidad de tales ensayando con más o menos verdad la reproducción del tipo de Buenos Aires, dándose soberanías locales, legislaturas provinciales, derechos provinciales, que la misma Constitución unitaria de 1826 tuvo que respetar ideando una federación de municipalidades, germen de la federación de las soberanías provinciales que al Constitución que nos rige a consagrado. (...) En los atributos inherentes a esas soberanías están comprendidos como es natural, la propiedad del territorio y el dominio eminente a su respecto. Esta determinado por lo tanto el límite dentro del cual ese dominio se posee y se ejercita, y éste no es, ni puede ser otro que el de los límites territoriales. Así pues, para no incurrir en tan groseras contradicciones, tenemos que adoptar otra filiación histórica que no es la del señor Ministro”. *Cfr.* MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 419.

una nueva jurisdicción no deslindada por la Constitución lo que conforma la situación más extravagante y curiosa que pudiera imaginarse en este mundo”⁶⁶⁵

La tesis centralista de VÉLEZ SÁRSFIELD recibiría el apoyo entre otros de SILVEYRA⁶⁶⁶, MACHADO⁶⁶⁷ y CASTELLO⁶⁶⁸, mientras que el federalismo de MITRE, sería receptado por autores como MATIENZO⁶⁶⁹, GONZÁLEZ CALDERÓN⁶⁷⁰, y por el propio MARIENHOFF quien al respecto sostuvo que “si las provincias preexistieron a la Nación, si la Constitución no es otra cosa que una delegación de poderes realizada por las provincias a la Nación y si, como dispone la propia constitución Nacional en su art. 104, las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal, resulta claro que el dominio sobre los ríos le pertenece a las provincias y no a la Nación, puesto que tal derecho no aparece delegado en parte alguna de aquel estatuto”⁶⁷¹.

La controversia cedería finalmente a favor de la tesis federalista, en especial tras el Dictamen emitido en 1889 por el Procurador General de la Nación, D. Eduardo Costa, donde como señala MARTÍN “advirtiendo el anterior error de la Procuración, se reconoció que el dominio de los ríos, sean navegables o no corresponde a las provincias por no existir delegación alguna a la Nación que constituyeron en 1853”⁶⁷². Y así lo han entendido los grandes tratadistas, pudiendo concluirse que los ríos

⁶⁶⁵ MITRE citado en LÓPEZ, J., “El derecho de las aguas en...”, cit., p. 34.

⁶⁶⁶ SILVEYRA, C., *Dominio público Nacional: antecedentes constitucionales*, M. A. Rosas, Buenos Aires, 1903, p. 38 y ss., 43 y ss; y del mismo autor, *Derechos del Gobierno Nacional sobre las Riberas de los Ríos Navegables. Deslinde del dominio público. Obras practicas en las Riberas*, M. A. Rosas, Buenos Aires, 1903, p. 36 y ss.

⁶⁶⁷ MACHADO, J. O., *Exposición y comentarios al Código Civil Argentino*, T. VI, Lajouanne, Buenos Aires, 1900, p. 218.

⁶⁶⁸ CASTELLO, M. F., *Legislación de Aguas* (Tesis doctoral), Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1921. p. 107.

⁶⁶⁹ MATIENZO, J. N., *Lecciones de Derecho Constitucional*, T. I, (Versión taquigráfica de sus clases), La Plata, 1926. p. 173.

⁶⁷⁰ GONZÁLEZ CALDERÓN, J. A., *Derecho Constitucional Argentino*, T. III, Buenos Aires, 1923, pp. 435-436.

⁶⁷¹ En el mismo sentido, MONTES DE OCA, M. A. “El dominio fluvial y marítimo ante el derecho federal” en *Cuestiones constitucionales*, Buenos Aires, 1899, p. 193-199; ZEBALLOS E. S., “Derecho de Ribera”, *Revista de Derecho Historia y Letras*, Tomo XVI, Buenos Aires 1903, p. 605; LEJARZA, J. / LEJARZA, F., “Dominio de las Riberas”, p. 41, 1908; MATIENZO, *Cuestiones de Derecho Público Argentino*, T. I, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1924, p. 45-46. Cfr. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 422.

⁶⁷² MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit., p. 105, *in fine*.

provinciales e interprovinciales integran el dominio público de las provincias⁶⁷³. Siendo este el criterio recogido por la CSJN tal y como reflejan dos sentencias determinantes de 1909 dictadas en las causas “Gob. Nac. y Soc. del Pto. de Rosario v. Prov. De Sta. Fe”, Fallos 111:181 y “Soc. del Pto. de Rosario v. Emp. Muelle y Dep. de Comas”, Fallos 11:197, en las que, el Alto Tribunal tuvo que resolver la controversia suscitada por la construcción de instalaciones nacionales sobre el dominio público hidráulico de la provincia de Santa Fe, habiendo pretendido la Nación disponer de los terrenos a título propio y sin reconocimiento de las potestades provinciales. La Corte Suprema reconoció expresamente que la propiedad provincial de los ríos es anterior a la Constitución Nacional⁶⁷⁴.

Visto lo anterior, el actual art. 124 CN da cabida a la tesis federal, declarando de dominio provincial los recursos naturales existentes en su territorio sin que en la actualidad, como decíamos al principio, exista duda alguna sobre el dominio provincial de los ríos. Sin embargo, esta conclusión alcanzada respecto a los recursos hídricos no es extensible a otros recursos naturales respecto de los cuales la discusión sobre su dominio y jurisdicción sigue ocupando un lugar fundamental como es el caso de los hidrocarburos.

Ahora bien, resuelta la cuestión atinente al dominio de los ríos, la lucha de poder entre la Nación y las provincias toma un nuevo camino. Así, puede comprobarse un desplazamiento de la discusión focalizado ahora al ámbito de las competencias para su regulación, esto es, la jurisdicción, en un intento infructuoso de ampliar las competencias nacionales hacia la regulación de las aguas interprovinciales vaciando con ello la facultad de disponer de las aguas por parte de las provincias ribereñas. Tal y como señalábamos, fue LÓPEZ quien puso de manifiesto que solucionar el problema del dominio de los ríos sería lírico si no fuera acompañado de la solución de otro problema mucho más espinoso, el referido a la jurisdicción sobre los mismos. Se trata por tanto de un tema sobradamente debatido por la doctrina y la jurisprudencia y que

⁶⁷³ De acuerdo con el criterio expuesto, LÓPEZ afirma “la solución será que tanto los ríos exclusivamente provinciales como los interprovinciales, pertenecen al dominio público de las provincias conforme a la doctrina que hemos señalado”. LÓPEZ, J., “El derecho de...”, cit., p. 34.

⁶⁷⁴ Vid. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 423. Si bien el autor no identifica las causas, refiriendo únicamente el año de su sentencia, si desglosa el contenido de los Fallos. Asimismo, PINTO realiza un pormenorizado estudio de las jurisprudencia de la CSJN en este sentido. PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., pp. 226-228.

si bien hoy lo podemos entender resuelto a favor de las provincias, no por ello es menos importante escudriñar cuales han sido los diferentes posicionamientos doctrinales al respecto.

Así, remontándonos a la IV Conferencia de Abogados de 1936⁶⁷⁵, pueden ser diferenciadas tres tesis principales: centralista, la federalista y la tesis intermedia⁶⁷⁶. La tesis centralista, representada entre otros por SPOTA⁶⁷⁷ o BENGOLEA ZAPATA⁶⁷⁸, recibió el apoyo mayoritario de asistentes. Esta postura defendía que, más allá del dominio provincial, la jurisdicción para regular las aguas interprovinciales radicaba en el Congreso Nacional. Los pilares fundamentales se sintetizan en los siguientes argumentos: i) el CC, *ex arts.* 2645 y 2646, impide a los ribereños represar aguas o profundizar cauces, y también extender construcciones más allá del medio del río o arroyo; ii) la aplicación analógica de la comprensión de que si los conflictos entre dos municipios con motivo de los aguas que los surcan pueden ser resueltos por la Legislatura provincial, sendos conflictos interprovinciales deben resolverse por el Congreso; iii) el Preámbulo de la Constitución habilita al Congreso a dictar las normas necesarias para “constituir la unión nacional”, “consolidar la paz interior”, “promover el bienestar general”, por lo que implicaría haber autorizado a la Nación para proceder a la regulación de las aguas interprovinciales; iv) la denominada cláusula del progreso, contenida en el art. 67 inc. 16 CN de 1853/60 (actual art. 75 inc. 18 CN de 1994), que faculta al Congreso para “proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias”, lo que implícitamente exige la regulación de los ríos interprovinciales; v) el art. 67 inc. 12 CN de 1853/60 (actual art. 75 inc. 13 CN de 1994), que recoge la denominada cláusula comercial reconoce a favor del Congreso la competencia para “reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí”, que autorizaría la legislación federal sobre el aprovechamiento de los ríos interprovinciales; vi) por último, el art. 67 inc. 16 CN de 1853/60 (actual art. 75 inc. 18 CN de 1994), que autoriza al Congreso a

⁶⁷⁵ IV Conferencia Nacional de Abogados de 1936 de la cual surgirían las “Bases para una Legislación de Aguas” cuyos criterios pararían en parte a la reforma del CC mediante Ley 17.711.

⁶⁷⁶ LÓPEZ, J., “Problemas generados por ...”, cit., p. 1014.

⁶⁷⁷ SPOTA, A., “Los ríos interestatales”, *LL*, T. 3, 1936, p. 70; “De nuevo sobre los ríos interestatales”, *LL*, T. 3, Sección doctrina, 1936, p. 85,

⁶⁷⁸ BENGOLEA ZAPATA, J., *Ríos interprovinciales no navegables en la República Argentina*, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1942.

la exploración de los ríos interiores, de donde se deduce la posibilidad de regular los mismos⁶⁷⁹.

La tesis contraria, el posicionamiento federalista, quedaría representada por autores como CANO⁶⁸⁰ y LÓPEZ⁶⁸¹, quienes defendieron que el dominio de los ríos, provinciales o interprovinciales, corresponde a las provincias las cuales conservan sobre los mismos todo el poder no delegado expresamente a la Nación (*ex art.104 CN 1853/1860, actual art. 121 CN*). Así, fuera de las competencias que sobre los cursos de agua fueron expresamente delegadas a favor de la Nación en el texto constitucional (como se verá, comercio interprovincial por vía fluvial *ex art. 67 inc. 12 CN 1853/60 actual art. 75 inc. 13 CN 1994, navegación ex art. 67 inc. 9 CN 1853/60, actual art. 75 inc. 10 CN 1994, causas de almirantazgo o jurisdicción marítima y fluvial ex art. 100 CN 1853/60, actual art. 116 CN 1994, a las que ahora se añaden las competencias medioambientales ex art. 41 CN 1994*), la tesis federalista defiende que en ningún caso existe delegación efectiva sobre la facultad de regular el uso y el aprovechamiento de las aguas, ni siquiera en el caso de interjurisdiccionalidad. Como señala PINTO, “en este contexto no existe atribución nacional más allá de las jurisdicciones expresamente otorgadas, y por ende las Provincias deben de disponer de los ríos en cuanto son de su dominio, y ejercen sobre ellos las competencias reservadas de legislación y administración, pudiendo celebrar tratados entre ellas para su uso y aprovechamiento (art. 107 CN 1853/60, actual art. 125 CN 1994, concordante con el art. 124 de la misma Constitución)”⁶⁸².

Por último, la tesis intermedia, entre cuyos defensores destaca QUIROGA LAVIÉ⁶⁸³. Esta postura doctrinal defiende que el uso y aprovechamiento de las aguas

⁶⁷⁹ En este sentido, LÓPEZ, J., *Estudios de derecho ...*, cit., p. 323; PINTO, M., *El régimen jurídico ...*, cit., pp. 236-237; MARTÍN, L., *Derecho de ...*, cit., p. 107.

⁶⁸⁰ CANO, G., “Sobre ríos interprovinciales. Discurso como miembro informante de la minoría de la Comisión que dictaminó sobre el tema en la IV Conferencia Nacional de Abogados”, en CANO, G., *Estudios de Derecho....*cit., pp. 89 y ss.

⁶⁸¹ LÓPEZ, J., “El derecho de aguas en...”, cit., p. 67.

⁶⁸² PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 248.

⁶⁸³ QUIROGA LAVIÉ, H., “Los ríos interprovinciales en el sistema federal argentino”, *LL*, T. E, 1989, p. 1239. El autor, en una nota crítica al pronunciamiento de la Corte Suprema argentina en la causa “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos”, Fallos 310:2479, sentencia de 3 de diciembre de 1987, defiende la intervención del Congreso tanto en base a la cláusula del progreso, así como por una aplicación analógica de la normativa civil para dar solución a las lagunas jurídicas, reconociendo que aunque correspondería al Congreso sancionar una ley de política general en la materia que supere la anomia, la facultad natural reside en las

interprovinciales, incluso las no navegables, debe ser regulado por el Congreso de la Nación. A su vez, la ley que realice tal regulación debe dejar librado el uso del agua que corresponda a cada una de las provincias interesadas conforme las disposiciones legales que se emitan en cada una de ellas, pudiendo celebrar tratados entre sí por lo que se resuelva la equitativa y racional distribución de las aguas comunes. Si bien, pese al reconocimiento de las competencias provinciales, esta postura ampara la concurrencia de la Nación en aguas interprovinciales, pues como señala PINTO, “aunque esta tesis reconoce que las Provincias tienen facultad para disponer, por medio de tratados, de los ríos interprovinciales, y que el uso de los bienes públicos de las Provincias debe ser regulado por sus propias legislaturas, considera que además existen poderes implícitos por parte del Congreso que lo habilitan concurrentemente a reglar el aprovechamiento de los ríos interprovinciales, pudiendo por ello ordenar el aprovechamiento de los ríos interprovinciales en caso de desacuerdo entre las Provincias”⁶⁸⁴.

De la progresiva evolución en la receptación de estas posiciones pueden ser extraídas distintas conclusiones. Así, la tesis centralista fue la posición mayoritariamente aceptada en el seno de la IV Conferencia de Abogados desarrollada en Tucumán en 1936, llegando a materializarse en Ley Nacional 13.030, sobre jurisdicción nacional en aguas interprovinciales⁶⁸⁵, por la que se ratificaría, entre otros, el Decreto núm. 6767/1945, de 19 de abril, cuyo art. 1 disponía que, “*el Poder Ejecutivo Nacional regulara por intermedio de la Administración Nacional del Agua, el uso y aprovechamiento de las aguas de ríos y corrientes subterráneas que atravesen dos o más provincias o una provincia y un territorio o cuando nacieren en una provincia y territorio y murieren en otro, a fin de asegurar su racional y armónica utilización en todo su curso de acuerdo con la población y necesidades de cada provincia o territorio*”⁶⁸⁶. A través de esta disposición, que tuvo su acogida en el

provincias en su carácter de propietarias del recurso, por lo que la intervención del Congreso en su opinión es subsidiaria.

⁶⁸⁴ PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 247.

⁶⁸⁵ Ley Nacional 13.030, sobre jurisdicción nacional en aguas interprovinciales, (BO núm. 15930, de 5 de diciembre de 1947).

⁶⁸⁶ Sobre esta norma, y en oposición manifiesta a la tesis centralista, señala LÓPEZ que “esta ley es inconstitucional por cuanto la Nación se arroga facultades que no le han sido delegadas por las provincias. Por otra parte, entiendo que ha quedado sin vigencia, por cuanto la Administración Nacional del Agua, organismo regulador según el art. 1 de la Ley, pasó a Irrigación de la Nación y luego fue absorbida por Agua y Energía por lo cual,

Texto Constitucional de 1949 *ex. art. 68 inc. 14*⁶⁸⁷, toma cuerpo, si bien con nula trascendencia en la práctica, la tesis centralista.

Como anticipábamos, pese al reconocimiento constitucional alcanzado por el centralismo, su efectividad práctica fue nula, asentándose de forma progresiva el posicionamiento federal. Así, no solo las jurisdicciones locales con recursos hídricos reconocieron su competencia, sino que de forma indirecta lo hizo el propio Estado Nacional que no solo permitiría la vigencia de acuerdos interprovinciales existentes estando aún vigente la disposición constitucional citada, sino que participaría activamente en la celebración de acuerdos interprovinciales para la regulación de su uso⁶⁸⁸. Además, derogada la CN de 1949, y restablecida la vigencia del texto de 1853/60, la tesis federalista retomó su posición en la Carta Magna, momento en el que, “la práctica del federalismo de concertación mediante acuerdos interprovinciales será una constante en la realidad institucional argentina, habiéndose recurrido ante la falta de acuerdo a la Corte Suprema de Justicia”⁶⁸⁹. El reconocimiento por la CSJN de su competencia para dirimir las disputas interprovinciales ante la falta de acuerdo en el

además de su inconstitucionalidad, esta Ley carece de instrumento idóneo para su aplicación”. LÓPEZ, J., “El derecho de aguas en...”, cit., p. 67.

⁶⁸⁷ Art. 68 inc. 14 CN 1949: “(Corresponde al Congreso): Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias, y establecer el régimen de las aguas de los ríos interprovinciales y sus afluentes”. De la lectura del Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1949, sesión del 11 de marzo de 1949, pp. 521 y ss, se comprueba como los argumentos referidos para la adopción de este régimen quedan referidos lo resuelto por la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, a lo regulado por los artículos 2645 y 2646 CC, y a las previsiones del preámbulo y de los artículos correspondientes de la Constitución de 1853/60, entre otros.

⁶⁸⁸ El primero de estos, cuya vigencia se mantuvo aun cuando se hallaba en vigor la norma constitucional 1949, fue el celebrado sobre el río Tala, concluido entre las provincias de Salta y Tucumán. En este sentido, como señala MARTÍN, “el primero de estos tratados fue el del río Tala, concluido entre las provincias de Salta y Tucumán. El segundo el Tratado de Santa Rosa de 1956, por el que Mendoza, la Pampa, Neuquén, Río Negro y Buenos Aires, encauzaron la temática del Río Colorado en lo que luego resultó el COIRCO”, MARTÍN, L., *Derecho de...*, cit., p. 108, nota al pie núm. 48. Para consultar la casuística de dichos acuerdos, *vid. CANO, G., Derecho, política y administración de aguas*, Incyth, Mendoza, 1976, p. 627.

⁶⁸⁹ PINTO señala que “son diversos los acuerdos que se han suscripto en la materia, observando LÓPEZ que al menos han arribado a este tipo de tratados las provincias de Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Chaco, Formosa, La Pampa, Mendoza, Neuquén, Río Negro, Salta, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán, entre otras; e incluso por el mismo Estado Nacional. Por su parte, Mendoza, La Pampa, Buenos Aires y Santa Fe han resuelto conflictos a través de la facultad dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 251.

uso de las aguas compartidas, constituye sin duda otra manifestación evidente de la consagración de la tesis federal. Así, podemos destacar entre otras las causas establecidas entre las provincias de Mendoza y la Pampa por las aguas del Río Atuel, caratulada “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos”⁶⁹⁰, y la fijada entre Santa Fe y Buenos Aires por los efectos dañosos a las aguas de la laguna Picassa, provocados por la alteración que las obras realizadas por la Provincias de santa fe tenían en el escurrimiento natural de las aguas de la laguna, caratulada “Provincia de Buenos Aires c. Provincia de Santa Fe, sumarisimo- derivación de aguas”⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ SCSJN, de 8 de diciembre de 1987, Fallos 310:2478, B.134.XX, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos”. En esta ocasión la CSJN, en una extensa sentencia de 116 Considerandos, reconocería su competencia para dirimir el conflicto interprovincial recurriendo a fin de fundamentar su competencia en la jurisprudencia norteamericana. Así en los Consid. 61 reconoce el Alto Tribunal que: “ambas partes han reconocido que la intervención de esta Corte encuentra fundamento en lo prescripto en esa norma de la Constitución (art. 109 CN). Como se sabe, la cláusula supone conferir al más alto Tribunal de la República la trascendente misión de dirimir los conflictos interprovinciales, propósito inspirado, sin duda, en la penosa y prolongada secuela de discordias entre las provincias que siguió al inicio de nuestra vida independiente. Su aplicación por el Tribunal ha sido afortunadamente muy poco frecuente y resulta necesario, por lo tanto, fijar el marco conceptual en que debe desarrollarse su intervención”. El Alto Tribunal señala en el Consid. 62 que “es oportuno para ello recordar la opinión de Joaquín V. González sobre el particular. En su “Manual de la Constitución Argentina” destacó la importancia de los conflictos interprovinciales que podían comprometer la tan trabajosamente acordada unidad nacional, y sostenía que la adjudicación a la Corte de las causas pertinentes estaba fundada en la necesidad de establecer la más perfecta igualdad entre las provincias. “La Constitución quiso —decía el ilustre riojano— que después de largos años de guerra civil entre las provincias, tuviesen un juez común para sus contiendas de derecho para que no apelasen a las armas y disolviesen el vínculo federativo y, al manifestar que ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia agrega, confirmando los poderes de la Suprema Corte, que sus quejas deben ser sometidas a ella (“Manual de la Constitución Argentina”, pág. 616, ed. 1959). Al expresarse así González citaba “El Federalista”, de George Hamilton, y los comentarios de Story a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica”. Continuando en el Consid. 63 afirmando que: “Que el delicado equilibrio del sistema federalista, la armonía y el respeto recíproco de los estados provinciales —y la de éstos con el poder central— requería que, como medio de garantizar la paz interior, la Corte Suprema interviniese para resolver las querellas entre estos organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, en ejercicio de las facultades que le conciernen como intérprete final de la Constitución y con la sola exigencia de que tales quejas asumieran la calidad formal de una demanda judicial (Fallos: 165:83, entre otros)”. Concluyendo finalmente de acuerdo con los antecedentes norteamericanos, Consid. 64: “Que resulta significativa la cita que González hace en su obra de las opiniones de Hamilton y Story, lo que indica, como los datos de la experiencia lo confirman, que era en el estudio de los antecedentes norteamericanos donde podían encontrarse los fundamentos de esta intervención de la Corte como árbitro final de semejantes conflictos y la naturaleza misma de los alcances de aquélla. Tal surge de la obra de Bernard Schwartz sobre los poderes del gobierno cuando estudia los poderes federales y estatales.”

⁶⁹¹ SCSJN, de 13 de julio de 2000, Fallos 323:1877, B. 528.XXXVI, “Provincia de Buenos Aires c. Provincia de Santa Fe sumarisimo- derivación de aguas”. En este Fallo la CSJN caracteriza las especiales circunstancias que determinan su competencia en el ámbito

Si bien, aun cuando hoy podemos entender que la CN recoge entre sus principios la tesis federal, *ex art.* 121, 122, 124, 117, y 127 CN, no existiendo dudas sobre que, excluidas las competencias expresamente atribuido a favor del Estado Nacional, son las provincias quienes detentan el dominio y la jurisdicción fluvial ejerciendo de forma exclusiva todos los derechos que de ello se derivan –disponen y administran los recursos hídricos de acuerdo con sus políticas, estableciendo para ello sus propias instituciones y asumiendo la regulación de su aprovechamiento–⁶⁹², no puede obviarse la persistencia aun hoy de esa intromisión estatal en las que entendemos competencias provinciales. Así, si bien ya no es objeto de discusión ni el dominio ni la jurisdicción, la *vis expansiva* del medio ambiente ha proporcionado un nuevo camino a la Nación para ver acrecentadas sus potestades respecto al agua, hecho que sin duda debe ser objeto de claras líneas conceptuales que evite la desapoderación provincial⁶⁹³.

del art. 127 CN, manifestando en su Consid. 3 que, “la presente corresponde a la competencia originaria de esta Corte, prevista en el art. 117CN, pues se ha suscitado un conflicto entre dos estados provinciales que genera una real controversia entre ellos, extremo que coloca al Tribunal ante un caso que requiere de su intervención en la medida en la que puede existir un derecho amenazado o lesionado y el pronunciamiento que se pide es susceptible de prevenirlo o, en su caso, repararlo. La necesidad de dirimir la situación denunciada, y dado que ninguna de las provincias podría erigirse en juez de su propia causa determina que esta Corte Suprema sea la que deba llevar adelante los procedimientos pertinentes a este fin”. Y en este sentido concluye en su Consid. 5 reconociendo que: “Es dable recordar que el delicado equilibrio del sistema federalista, que asegura la armonía y el respeto recíproco de los estados provinciales —y la de éstos con el poder central— requiere que, como medio de garantizar la paz interior, la Corte Suprema intervenga para resolver las querellas entre estos organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, mediante el adecuado mecanismo previsto en el art. 127 CN. Estas cuestiones, de naturaleza muchas veces compleja, concernientes a las relaciones entre las provincias (Fallos 166:358), requieren una solución inmediata —aunque contingente— de los problemas planteados que contemple la situación de los dos estados ante la reconocida emergencia hídrica que soportan”.

⁶⁹² Como señala MARTÍN, “en general les corresponde todo lo referente a la reglamentación de los usos comunes (domésticos, recreativos, pesca, flora y fauna), y usos especiales de las aguas públicas (utilización de las aguas para fines de abastecimiento poblacional, agropecuarios, industriales, extracción de aguas y vertidos de desechos, etc.), y de todos los materiales que se encuentren en el lecho de los ríos (arenas, piedras, plantas, etc)”. MARTÍN, L., *Derecho de...*, cit., p. 109.

⁶⁹³ En este sentido, PINTO pone especial énfasis en la fuerte intromisión del Estado Nacional en las competencias provinciales a través del ejercicio de las competencias ambientales reconocidas a la Nación en el art. 41 CN. Para ello el autor desglosa los expedientes que “sólo en el ámbito del Senado de la Nación —y sin atender los propios de la Honorable Cámara de Diputados- se han impulsado, entre otros: expte. 2127/07 “Proyecto de ley estableciendo los presupuestos mínimos para la conservación , protección y aprovechamiento de los humedales”, exptes. 1832/07 y 3925/06 “Proyecto de ley sobre creación de la autoridad de Cuenca Sali – Dulce”, expte. 187/06 ”Proyecto de ley creando la autoridad de cuenca Matanza Riachuelo como ente de derecho público en el ámbito de la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros”, expte 3236/05 “Proyecto de ley marco de política hídrica de la Republica Argentina”, expte. 2001/05 “Proyecto de ley sobre regulación de la actividad de rafting o flotada”,

2. Competencias reservadas por las provincias

2.1. La atribución residual como regla general y las competencias provinciales expresas

Como vimos *supra*, la preexistencia de las provincias a la Nación, conformada a través de un proceso evolutivo que abarca desde la independencia colonial («Revolución de Mayo»), a la independencia provincial («Anarquía del Año XX»), pasando por la Confederación («Pacto Federal de 1831»), hasta llegar a una síntesis de unidad federativa («Constitución de 1853»), alcanzando finalmente la forma de Estado federal actual («Reforma de 1860») implica que en esas primeras etapas, Revolución de mayo de 1810 y la posterior Declaración de independencia de 1816, “los pueblos”, reasumieran la soberanía hasta entonces era ejercida por el Rey⁶⁹⁴; Se trataría del *uti possidetis iuris* de 1810 reconocido por la doctrina americana⁶⁹⁵.

Es a partir de la comprensión de las provincias como entidades políticas anteriores al Estado nacional que debe ser atendida la disposición constitucional

expte. 813/05 “Proyecto de ley convocando a consulta popular no vinculante para determinar por la afirmativa o negativa el acceso a los servicios de agua potable como derecho humano fundamental”, expte. 452/04 “Proyecto de ley sobre gestión de los recursos hídricos”, expte. 1692/01 “Proyecto de ley sobre gestión integral de aguas”, expte. 788/01 “Proyecto de ley regulatoria de las aguas interprovinciales”, expte. 155/01 “Proyecto de ley sobre gestión integral de aguas”, expte. 414/02 “Proyecto de ley sobre prevención de inundaciones y control de los cuerpos de agua”, expte. 2417/00 “Proyecto de ley de uso industrial de los recursos hídricos”, expte. 2328/99 “Proyecto de ley regulatoria de las aguas interprovinciales”, expte. 1665/99 “Proyecto de ley sobre gestión de los recursos hídricos”, expte. 1107/99 “Proyecto de ley sobre gestión integral de aguas”, expte. 380/99 “Proyecto de ley sobre gestión integral de aguas”, expte. 1640/97 “Proyecto de ley declarando de interés nacional la preservación del medio ambiente y disponiendo la creación del ente federal del agua dulce para el siglo XXI”, expte. 583/97 “Proyecto de ley sobre gestión integral de aguas”, expte. 199/97 “Proyecto de ley sobre gestión integral de aguas”, expte. 95/97 “Proyecto de ley federal de aguas”, expte. 2581/86 “Proyecto de ley federal de aguas”, expte. 669/90 “Proyecto de ley sobre régimen de uso y control de los cuerpos de agua”. PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 252.

⁶⁹⁴ Cfr. WASSERMAN, F. / SOUTO, N., “Nación” en GOLDMAN, N., (edit.), *Lenguaje y Revolución, Conceptos políticos claves en el Río de la Plata, 1780-1850*, Prometeo libros, Buenos Aires, 2008, p. 86.

⁶⁹⁵ PINTO sostiene que, “el *uti possidetis iuris* de 1810 ha sido la fundamentación jurídica de la transferencia de títulos de la Corona reinante a los Estados que se conformaron en América en esa época: la nueva realidad institucional es vista como: “sucesora universal de los soberanos de España sobre el territorio que desligó de la Corona por la guerra, y por lo tanto, de todo aquello sobre lo cual el Rey, ó la Corona, ó el Real Tesoro tenía dominio, con todo lo que a ese dominio le fuese accesorio”. PINTO, M., *El régimen...*, cit., p. 198; Vid. GONZÁLEZ, J. V., *Legislación de Minas*, Librería e Imprenta de Mayo, 2ª ed., Buenos Aires, 1905, p. 211.

prevista en el art. 121 CN según el cual “*las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*”; precepto que, como dijimos, ha de ser complementado en sentido negativo por el art. 126 CN, que prohíbe expresamente a las provincias el ejercicio del poder delegado a la Nación. Se parte por tanto de la premisa de que el régimen federal de gobierno reposa en las facultades y derechos de las provincias, como entes autónomos preexistentes a la Nación, que han delegado en esta las facultades necesarias para el funcionamiento del poder y la Administración centrales⁶⁹⁶. Como veremos, las competencias delegadas a la Nación aparecen expresamente reconocidas en el Texto Constitucional, quedando el resto de potestades sujetas a la regla de distribución residual favorable a las provincias *ex art. 121 CN*, de forma que la regla general será la competencia provincial y la excepción es la facultad nacional en aquellas materias expresamente delegadas⁶⁹⁷.

En cualquier caso, y sin perjuicio de cuanto ha sido expuesto, el texto constitucional también contempla potestades provinciales explícitas. En este sentido, ya fue expuesto que las provincias son autocéfalas y autónomas, dictando sus propias Constituciones *ex art. 123 CN* y pudiendo nombrar a sus propios gobernantes y demás funcionarios de provincia sin intervención del gobierno federal *ex art. 122 CN*. Asimismo, las provincias pueden celebrar tanto tratados interprovinciales como convenios internacionales *ex arts. 124 y 125 CN* con los límites que ya han sido estudiados; Así como a crear nuevas Provincias (art. 13 CN)⁶⁹⁸ y regiones a fin de alcanzar el desarrollo económico y social (art. 124 CN)⁶⁹⁹. Competencias todas estas que de un modo u otro han resultado examinadas a lo largo del presente estudio.

⁶⁹⁶ MATHUS ESCORIHUELA, M., “La situación en...”, cit. p. 186; en un sentido similar PIGRETTI, E., *Teoría Jurídica de...*, cit., p. 23.

⁶⁹⁷ PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 199.

⁶⁹⁸ Art. 13 CN: “*Podrán admitirse nuevas provincias en la Nación; pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso*”.

⁶⁹⁹ En relación a la competencia provincial, en orden a la generación de nuevas estructuras federativas que no resulten incompatibles con el Estado federal conformado (art. 124 y 125CN), señala PINTO que “esto último no importa una desmembración de la unión federativa que consagra la Constitución Nacional. Los Estados provinciales pueden actuar autónomamente en los aspectos no delegados, celebrando tratados entre ellos en tal marco, pero la falta de acuerdo no justifica una confrontación fáctica entre los mismos sino que sus diferencias deben ser sometidas a la jurisdicción dirimente de la Corte de Justicia federal, pudiendo el Gobierno federal impedir y reprimir los hechos de violencia que se

Como consecuencia de lo anterior, existen gran cantidad de Códigos de Aguas en Argentina. Ello impide un estudio detenido de cada uno de ellos. Señalamos a continuación aquellas características que devienen comunes a la práctica totalidad de estos. De acuerdo con ROVERE, los Códigos de Aguas provinciales regulan la materia hídrica en base a ciertos criterios de aplicación común, regulando generalmente sobre las siguientes cuestiones: i) uso comunes y especiales hídricos; ii) permisos concesiones y autorizaciones de uso; iii) pago de derecho para uso de agua pública (canon); iv) registro público y censo de las aguas, obras públicas e hidroeléctricas; v) Restricciones y limitaciones al dominio, creación de la autoridad de aplicación y fijación de las atribuciones y funciones; vi) régimen de fiscalización, control y aplicación de sanciones; vii) prevención y control de la contaminación de las aguas y normas de procedimiento y policía de aguas, consorcios y usuarios⁷⁰⁰.

Podemos destacar entre otros la Ley General de Aguas de la provincia de Mendoza de 16 de diciembre de 1884 que dictada siguiendo los lineamientos de la legislación española es pionera en la materia. El Código de Aguas de la provincia de Catamarca aprobado por Ley 2.577, publicada el 5 de octubre de 1973, por la que se fija el Régimen de las aguas de dominio público; El Código de Aguas de la provincia de Córdoba, aprobado mediante Ley 5.589, publicada el 25 de mayo de 1973, centrado en el aprovechamiento, conservación y defensa contra los efectos nocivos de las aguas, álveos, obras hidráulicas y las limitaciones al dominio en interés de su uso. El Código de Aguas de La Pampa aprobado por Ley 607, publicada el 31 de octubre de 1974, centrado en el régimen de utilización y aprovechamiento del agua y en la fijación de limitaciones al ejercicio de los derechos inherentes al dominio y utilización del recurso en salvaguarda del interés público. El Código de Aguas de la provincia de Neuquén, aprobado por Ley 899, publicada el 24 de octubre de 1975, centrada en los usos y aprovechamientos, incorpora la declaración de dominio público del agua, entre las que incluye: los ríos que nacen y mueren dentro de los límites provinciales y sus cauces, y las demás aguas –sean o no navegables– que corren por cauces naturales, y toda otra agua que tengan o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general,

presenten en las relaciones interprovinciales”. PINTO, M., *El régimen jurídico de los ríos interprovinciales en Argentina*, cit. p. 201.

⁷⁰⁰ ROVERE, M. B., “El agua como valor ambiental, social y económico: gestión, planificación y protección de los recursos hídricos de conformidad al concepto de desarrollo sustentable”, en WALSH, J. R., (ed.), *et. al, Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 214 -215.

los lagos navegables y sus lechos, las demás aguas que surgen en los terrenos de los particulares, cuando constituyen curso de agua por cauces naturales y por último, las aguas pluviales que caen sobre lugares públicos.

Más allá de estas características señaladas comunes, algunos Códigos de Aguas introducen conceptos relativos al uso racional y manejo sustentable de los recursos hídricos haciendo referencia entre otras cuestiones a la relación existente entre el agua y los demás recursos naturales (flora, fauna, humedales, suelo atmósfera); a los criterios para adoptar la fijación de los aforos; instrumentos de gestión ambiental por como la evaluación de impacto ambiental; o incluso cuestiones atinentes al daño ambiental.

Otros Códigos van más allá haciéndose eco de cuestiones concernientes al valor económico del agua; la fijación de los criterios para la conservación integral del recurso hídrico y niveles máximos de contaminación; regulación del control del vuelco de efluentes y vigilancia respecto de la regularidad del uso de las aguas; Fijación de principios aplicables al dominio sobre las aguas interjurisdiccionales de conformidad con la normativa vigente; creación de Registros de usuarios y de empadronamiento, según las categorías de los emprendimientos que descargan efluentes; introducción de conceptos relativos a la educación ambiental y mecanismos de participación ciudadana, planificación hídrica, ordenamiento territorial y acceso a la información; consideración de la cuenca como unidad de acción; concepto de integridad de la cuenca como unidad indivisible a los fines de su planificación; determinación de mecanismos de coordinación para el uso múltiple de las aguas con los demás recursos naturales que integran la cuenca y para el desarrollo armónico e integrado de los recursos naturales que la componen.

Entre otros podemos destacar el Código de Aguas de la provincia de San Juan aprobado por Ley 4.392, publicada el 12 de abril de 1978, por la que se rige el sistema de aprovechamiento, conservación y preservación de los recursos hídricos pertenecientes al dominio público. El Código de aguas de Santiago del Estero, aprobado por Ley 4869, publicada el 22 de mayo de 1980, y el Código de Aguas de La Rioja, introduciendo ambos principios de política hídrica y expresas disposiciones sobre protección, conservación y defensa contra efectos dañinos en las aguas. El Código de Aguas de la provincia de Chaco, publicado el 12 de enero de 1987 que regula junto con el uso y aprovechamiento del agua, medidas expresas para la

conservación y preservación de los sistemas hidrológicos. El Código de Aguas de la provincia de Jujuy, aprobado por Ley 4.396, publicada el 30 de junio de 1989, por el que se modifica el Código de Agua de 1950, especialmente centrado en la contaminación del agua por actividades industriales y mineras. El Código de Aguas de la provincia de Chubut aprobado por Ley 4.148, sancionada el 7 de diciembre de 1995 y publicada el 9 de enero de 1996 que impone a la autoridad de aplicación la confección y actualización de una nómina de sustancias contaminantes y un inventario de aguas estableciendo su grado de contaminación el cual debe ser registrado en un catastro de aguas; El Código de Aguas de la provincia de Rio Negro, Ley 2.952, sancionada el 28 de diciembre de 1995 y publicada el 18 de marzo de 1996, siendo de especial importancia señalar el Decreto 1093/2010 publicado el 27 de diciembre de 2010 por el que se sustituye parcialmente el Decreto 1923/1996 que reglamenta la Ley en lo referente al Libro Tercero del Código de Aguas destinado al Régimen de Protección y Conservación de los Recursos Hídricos. El Código de Aguas de la provincia de Formosa, aprobado por Ley 1.246, sancionada el 4 de septiembre de 1997 y promulgada el 12 de noviembre de 1997, cuyo objeto se centra en regular el conocimiento, administración, aprovechamiento, control, conservación, protección y defensa de las aguas; El Código de Aguas de la provincia de San Luis, aprobado por Ley 5.122, sancionada el 17 de septiembre de 1997 y publicada el 3 de octubre de ese mismo año que se refiere al uso sostenible, racional y equitativo del agua, así como a la cantidad y calidad de las aguas, estableciendo medidas tendentes a evitar su contaminación. El Código de Aguas de la provincia de Buenos Aires, que tras un proyecto frustrado⁷⁰¹, la provincia, sancionó, promulgó y publicó el 9 de febrero de 1999, la Ley 12.257, Código de Aguas, en este se impone como obligación para el uso o estudio de las aguas, la aplicación de técnicas eficientes que eviten el desperdicio y la degradación del agua, el suelo, y el ambiente humano en general; Del mismo año, el Código de Aguas de la provincia de Salta, aprobado por Ley 7.017, sancionada el 21 de diciembre de 1998 y publicada el 11 de enero de 1999, que regula cuestiones relativas a la gestión de los recursos hídricos, destacando la coordinación y armonización del uso de las aguas con el resto de recursos naturales e inventario de los recursos hídricos, el censo de las aguas y la creación de un Tribunal de las Aguas, así

⁷⁰¹ Elaborado en 1939, por una Comisión especial encabezada por CASTELLO, VILLEGAS BASAVILBASO y SPOTA, sesenta años después la provincia de Buenos Aires sancionó, promulgó y publicó el 9 de febrero de 1999, la Ley 12.257, Código de Aguas.

recepción expresa del principio de unidad de cuenca hidrográfica; El Código de Aguas de la provincia de Corrientes dictado mediante Decreto Ley 191/2001 emitido el 28 de noviembre y publicado el 3 de diciembre de 2001, por el que se deroga la anterior Ley 3.066 al entender que el Código se hallaba desactualizado dificultando la gestión y administración de los recursos hídricos de jurisdicción provincial. La Ley de Aguas de Tucumán, 7.139 sancionada el 17 de mayo y publicada el 27 de junio de 2001 que definiendo el agua como el agua como un elemento de uso común, escaso, finito y esencial para sostener la vida, el desarrollo y el ambiente, garantiza su aprovechamiento racional, eficiente y equitativo, fomentando el desarrollo sustentable y protegiendo tanto su calidad como el equilibrio del medio ambiente. Asimismo, a fin de garantizar la preservación del agua prevé una comisión Permanente de Verificación de Calidad de Aguas, con presencia de un miembro del Consejo Provincial de Medio Ambiente. Y, más reciente, la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 3.295 de Gestión Ambiental del Agua, sancionada el 26 de noviembre de 2009, promulgada el 11 de enero y publicada el 9 de febrero de 2010.

2. 2. *El Derecho de los tratados interprovinciales: especial referencia a la Cuenca Matanza Riachuelo*

2. 2. 1. El Derecho de los tratados interprovinciales

Del régimen competencial examinado cabe concluir que las provincias ostentan respecto al agua el total de las potestades propias de su regulación con la salvedad de aquellas competencias que han resultado delegadas al Estado nacional⁷⁰². Esto, junto con el hecho fundamental de que las provincias se definen como unidades políticas iguales, indestructibles, autocéfalas y autónomas y que el 90% de los recursos hídricos argentinos resulten interprovinciales⁷⁰³, determinan que las tareas de planificación y

⁷⁰² Sin perjuicio de cuanto será expuesto, entre las competencias que en materia de aguas han resultado delegadas a favor de la Nación destacan: la navegación art. 75 inc. 10 CN, el comercio interprovincial por vía fluvial art. 75 inc. 13 CN, las causas de almirantazgo o jurisdicción marítima y fluvial art. 116 CN, y otras como la competencia para el dictado de la legislación de fondo art. 71 inc. 12 CN, la jurisdicción sobre los territorios y lugares adquiridos por la Nación mediante compra o cesión *ex art.* 75 inc. 30, y los denominados establecimientos de utilidad nacional; competencia judicial federal para conocer de los casos de contaminación o degradación de las aguas interjurisdiccionales y en especial la regulación de los presupuestos mínimos de protección ambiental *ex art.* 41CN.

⁷⁰³ *Cfr.* POCHAT, V., *Entidades de gestión del agua a nivel de cuencas: experiencia de Argentina*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Serie

gestión del recurso deben ser compartidas por las provincias involucradas a través de acuerdos de voluntades entre iguales, convirtiendo el denominado Derecho de los tratados sobre ríos provinciales en un punto de análisis necesario⁷⁰⁴.

En relación al Derecho interprovincial debe tenerse en cuenta que, ante la ausencia de un marco constitucional que regule las relaciones entre las provincias las mismas quedan sometidas en este punto a las normas de derecho internacional público⁷⁰⁵. Así, pueden actuar como sujetos con personalidad interestadual restringida⁷⁰⁶, quedando sometidas a los límites expresamente previstos por el Texto Constitucional respecto a su autonomía o los derivados de los principios que rigen las relaciones entre Estados⁷⁰⁷. La aplicación de los principios propios del Derecho internacional (en especial aquí, los principios de derecho internacional sobre los usos de cursos de aguas compartidos)⁷⁰⁸, en el ámbito de las relaciones interprovinciales ha

Recursos naturales e infraestructura núm. 96, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, octubre del 2005, p. 19.

⁷⁰⁴ Seguimos en esta denominación de Derecho de los Tratados sobre ríos provinciales a PINTO, M., a cuya obra *El régimen jurídico ...cit.*, nos remitimos.

⁷⁰⁵ CANO, G. J., “Aplicabilidad de los principios del derecho internacional a las relaciones interprovinciales en la Argentina”, *LL*, T. C. 1984, párrafos 8 a 18; MOYANO, A., “El traspaso de los recursos naturales compartidos de agua, energía eléctrica, petróleo y pendiente topográfica en la Argentina: bajo el imperio de la ley”, *ED*, T. 151, Buenos Aires, 1992, p. 726.

⁷⁰⁶ En este sentido señala PINTO que, “los Estados federados –cuya soberanía inicial ha sido restringida al establecerse el orden constitucional que los aglutina– no se encuentran en pie de igualdad con los sujetos de Derecho internacional plenos, no presentando personalidad internacional o presentando la misma sólo restringidamente en los términos del régimen constitucional propio de cada Nación. Además de ello, en el orden interno federal, los Estados federados tampoco presentan un esquema soberano pleno, como en principio le es propio a los Estados nacionales, ya que el orden constitucional ha mermado parte de sus propias competencias territoriales a favor del gobierno nacional, y ha limitado su capacidad de establecer sus instituciones, con lo que se consideran autónomos”. PINTO, M., *El régimen jurídico ...*, cit. p.115.

⁷⁰⁷ *Cfr. Ibidem*, p. 283.

⁷⁰⁸ En este sentido *vid.* Resolución A/RES/51/229, de 8 de julio de 1997, de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la que se aprueba La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, cuya parte II, destinada a los Principios Generales (art. 5 a 10), entre los que se identifican los siguientes: Utilización y participación equitativas y razonables (art. 5); Obligación de no causar daños sensibles (art. 7); Obligación general de cooperar (art. 8); Intercambio regular de datos e información (art. 9) y la igualdad de las distintas clases de uso de los cursos de agua (art. 10). Además de los citados, AURA LARIOS DE MEDRANO, hace referencia a la negociación de buena fe como una obligación específica del Derecho fluvial internacional pudiendo por tanto quedar este identificado como otro principio más. *Vid.* AURA LARIOS DE MEDRANO, A., *La regulación internacional del agua dulce. Práctica Española*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 185-187; y en el mismo sentido lo hace PINTO, M., *El régimen jurídico ...*, cit., p. 156. Asimismo, y siguiendo a SALINAS ALCEGA, puede identificarse un principio específico como sería el de la obligación de proteger y preservar

sido reconocido también por la jurisprudencia en la comprensión de que las relaciones en los Estado federados *inter se*, en este caso entre las provincias, deben de entenderse como relaciones entre Estados aunque sujetas a limitaciones⁷⁰⁹, siendo este el criterio adoptado por la CSJN entre otras en la causa “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos” por las aguas del Río Atuel⁷¹⁰.

los cursos de aguas internacionales, en este sentido señala el autor que, “a diferencia de los principios anteriores, mucho más consolidados, a lo que la propia Convención de 1997 califica como generales, este podría ser definido como un principio específico, en la medida en que se dirige a concretar la aplicación de los anteriores a un objetivo muy preciso, el de la adecuada conservación de los cursos de agua, lo que por otra parte pone de manifiesto la trascendencia adquirida por ese objetivo de la protección medioambiental en los últimos tiempos en el Derecho de los cursos de agua internacionales”. SALINAS ALCEGA, S., “Las aguas no marítimas internacionales”, en MATHUS ESCORIHUELA, M. (dir.), *Derecho y administración de ...*, cit., pp. 360-361. Expuestos estos principios y analizada *supra* la aplicación a las relaciones interprovinciales del derecho internacional, puede afirmarse una transferencia de los mismos al derecho intrafederal. Como señala PINTO, “podemos referirnos en el tema que nos ocupa a la existencia de principios propios del Derecho interestadual, conformados coincidentemente tanto en las relaciones internacionales como en las intrafederales”. Para fundamentar su criterio, el autor se remite no solo a un profuso análisis jurisprudencial sino que analiza diversos acuerdos entre Estados federados en relación al uso de las aguas interestadales que como señala “permiten sostener la existencia de los referidos principios, en especial, de participación equitativa, negociación y cooperación”. PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 179 y ss.

⁷⁰⁹ Como señala PINTO, “sin perjuicio de que tales principios provenientes del orden jurídico que existe entre los Estados, es claro que la aplicatoriedad del Derecho internacional a las relaciones interprovinciales presenta un contexto delimitado por la Constitución Nacional, en cuanto las provincias no son propiamente Naciones sino Estados federados bajo el sistema constitucional y sus previsiones”. PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 284-285.

⁷¹⁰ SCSJN, de 8 de diciembre de 1987, Fallos 310:2478, B.134.XX, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos”,. Como ya fue examinado al tratar el tema de la disputa competencial sobre los ríos interprovinciales, la CSJN se remite en sus pronunciamientos a la jurisprudencia norteamericana, en especial a las causas “Kansas v. Colorado” (1902), 185 US 125; “Kansas v. Colorado” (1907), 206 US 46; “Connecticut v. Massachussets” (1931), 282 US 660; Así en el Consid. 66, el Alto Tribunal se remite a la causa “Kansas c/ Colorado”, 206 US 46, en la que la Corte norteamericana vino a señalar que, “ni aun queda desplazada nuestra jurisdicción admitiendo que Kansas y Colorado sean estados soberanos e independientes en asuntos locales y que sus relaciones dependan del derecho internacional. El derecho internacional no es ajeno a esta Corte (“International law is no alien in this tribunal”). También se recordaba la opinión de el Juez Fuller que, en la causa Kansas v. Colorado (1902), 185 US 125, afirmó: “sitting, as it were, as an international, as well as a domestic tribunal, we apply federal law, state law, and international law, as the exigencies of the particular case may demand” (actuando ya sea como un tribunal internacional o como uno nacional, aplicamos la ley federal, la ley local y la ley internacional según lo requieran las circunstancias del caso)”. Criterio que resultaría ratificado por la Corte Americana en la causa “Connecticut c/ Masschusetts”, 282 U.S. 660, donde en relación con el aprovechamiento de aguas, se ratificó, —como se haría poco después en 283 U.S. 338—, que para la decisión de conflictos entre estados se considera y aplica la ley estatal, federal o internacional conforme a las exigencias que el caso particular requiera. A la luz de este criterio la CSJN termina concluyendo en el Consid. 69 de su sentencia de 8 de diciembre de 1987 que, “estas cuestiones, de naturaleza muchas veces compleja,

Así, la habilitación jurídica del tratado entre provincias surge de los arts. 121, 124 y 125 CN. En concreto, este último precepto dispone que “*las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios. Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura*”. Vista esta posibilidad, y siguiendo lo expuesto por PINTO, podemos definir los tratados interprovinciales como “todo acuerdo en que dos o más Provincias regulan intereses comunes, de naturaleza no política, con conocimiento del Congreso federal. Esos intereses comunes, incluyen: “todos los casos en que requiera asociar sus recursos o esfuerzos para realizar alguno de los fines comprendidos dentro de la soberanía no delegada”; no pudiendo resultar de naturaleza política en cuanto ello ha sido vedado por el art. 126 de la norma constitucional federal, ni abordar aspectos que están excluidos del ámbito local y delegados en la Federación”⁷¹¹.

A la luz del referido precepto se detecta en la celebración de pactos interprovinciales una limitación similar a la que observada respecto a las relaciones internacionales reconocidas *ex art. 124 CN* a las provincias: el conocimiento del convenio por parte del Congreso. Así, mientras que en el ámbito de las relaciones internacionales se puso de manifiesto la necesidad de reglamentar el referido precepto ante la falta de concreción del constituyente en cuanto al alcance de la expresión “conocimiento por parte del Congreso”, presente su condición del como órgano del

concernientes a las relaciones políticas entre los estados (Fallos: 166:358, dictamen del Procurador General, Dr. Horacio R. Larreta), requieren para su solución que se otorguen al Tribunal amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio. Que, en principio, será el derecho constitucional nacional o comparado y, eventualmente, si su aplicación analógica es posible, lo que la Corte norteamericana denomina “common law federal” y el derecho internacional público tal como lo admiten las dos partes de esta contienda”.

⁷¹¹ PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit. p. 286. ITURREZ, A. H., “La provincia en la Nación”, en FRÍAS, P., *et al.*, *Derecho Público Provincial*, cit., p. 104; GONZÁLEZ, J. V., *Manual de la Constitución Argentina*, Ángel Estrada, Buenos Aires, 1971, p. 670.

gobierno federal en quien reposa la facultad de aprobar todos los tratados internacionales que comprometen a la Nación, en el ámbito de las relaciones interprovinciales, y partiendo del reconocimiento de la autocefalia y autonomía las provincias, parece indiscutible que el límite referido, es meramente eso, el de comunicar el acuerdo antes de su ejecución sin precisar aprobación al respecto máxime si el Pacto en cuestión queda referido a cuestiones ajenas a las competencias de la Nación⁷¹². Como señala PINTO “la comunicación al Congreso responde al propósito de evitar que las Provincias, mediante la creación de regiones o la celebración de tratados parciales, puedan ejercer facultades que la Constitución ha otorgado al Gobierno nacional. De modo que, efectuada la comunicación, el Congreso podrá oponerse a la instrumentación o ejecución del acuerdo interprovincial y, en última instancia y ante la ausencia de un acuerdo político, corresponderá a la Corte Suprema de Justicia dirimir la cuestión”⁷¹³. Por tanto, el límite apuntado iría dirigido a garantizar un control a las posibles extralimitaciones que pudieran llevarse a cabo por las provincias invadiendo competencias delegadas al poder central.

En este sentido debemos recordar que uno de los pilares fundamentales en los que descansaba la reforma constitucional de 1994 era el fomento del federalismo reforzando las potestades provinciales, de forma que siempre que las provincias respeten los límites que a su autonomía fija el texto constitucional *ex art. 5 CN*, el poder de los estados locales es tan exclusivo en sus competencias como el Nacional en las suyas, alcanzando con este reconocimiento el justo equilibrio entre los poderes reconocidos. De este modo, no se precisa en los tratados interprovinciales una aprobación expresa del Congreso federal, sin que esto elimine tampoco la posibilidad de que el mismo pueda ser sometido a debate y que si por parte del Estado central existieran objeciones, éste pudiera recurrir a los mecanismos judiciales y constitucionales arbitrados al efecto debiendo estarse para su superación a los

⁷¹² Cfr. BADENI, G., *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 436; En un sentido similar, PINTO concluye que, “con ello no nos cabe duda en cuanto a que el texto sancionado por los constituyentes ha descartado la idea de una aprobación del Congreso federal de aquellos Pactos que hacen a aspectos sustanciales excluidos de las facultades del mismo, pudiendo en su caso, ante un convenio que presente objeciones, recurrir a otros remedios”. PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 289.

⁷¹³ PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 287.

mecanismos de cooperación y concertación⁷¹⁴. Se garantiza así un grado de independencia a las provincias respetando el *affectio pactorum* que ha caracterizado la conformación del Estado federal argentino desde sus orígenes⁷¹⁵.

Otra de las consecuencias derivadas de la personalidad interestadual restringida de las provincias es el sometimiento de sus posibles controversias a la jurisdicción diplomática de la Corte Suprema según el art. 127 CN. En este sentido, y a fin de evitar reiteraciones innecesarias nos remitimos a cuanto fue expuesto al analizar la disputa sobre el dominio y jurisdicción de los ríos interprovinciales y el reconocimiento de la jurisdicción provincial a través de la declaración de competencia para conocer de estas causas efectuada por la propia Corte Suprema. Asimismo, y como veíamos también en los conflictos sobre los ríos interjurisdiccionales, el propio Estado Nacional reconocía la jurisdicción provincial de estos cursos de agua a través no solo del consentimiento de Pactos interprovinciales, sino de la participación directa de éste en ellos. Así, aunque el Texto Constitucional no lo señala de forma expresa, el Estado central puede participar directamente en los Pactos provinciales o bien hacerlo a través de las denominadas leyes-convenio. Este tipo de norma surge sobre la base de acuerdos de voluntades entre la Nación y las provincias, siendo asumidas mediante la adhesión de las provincias al régimen fijado normalmente por el Estado, pasando desde el momento de la adhesión a integrar el derecho provincial prevaleciendo sobre el mismo como expresión del derecho intrafederal, de modo que es fruto de un acuerdo que se encuadra en el llamado Federalismo de Concertación⁷¹⁶.

En este sentido señala BIDART CAMPOS “que se trata de convenios, tratados o normas (también denominados Leyes Contrato) que son resultado de decisiones coincidentes del Estado Federal y las Provincias”⁷¹⁷. Y en un sentido similar, PINTO mantiene que “las referidas leyes convenio, consisten en el establecimiento de un

⁷¹⁴ PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 288; FRÍAS, P., *Introducción al Derecho...*, cit., p. 103; GELLI, M. A., *Constitución de la Nación...*, cit., p. 611.

⁷¹⁵ Como fue examinado, la conformación actual del modelo de estado vigente en Argentina parte de la individualización de las Provincias avanzando en su evolución como forma de Estado de la mano de pactos y acuerdos, cuyo fundamento principal reside en la búsqueda del equilibrio y la igualdad del pueblo argentino.

⁷¹⁶ Decreto PEN núm. 997/2009, Poder Ejecutivo Nacional, Sancionado el 28 de julio de 2009, y publicado en el B.O. el 31 de julio de 2009, por el que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la empresa Sociedad Anonima La Hispano Argentina, Curtiembre y Charolería contra la Resolución núm. 24, de 11 de junio de 2007 emanada de la ACUMAR, Consid. 12.

⁷¹⁷ BIDART CAMPOS, G. J., *Manual de la...*, T. III, cit., p. 97.

régimen específico sobre una cuestión propia del Derecho intrafederal a través de una ley de una de las partes –generalmente del Estado federal- y la adhesión legal de las restantes Provincias a tal esquema regulatorio. Con ello, aunque no existe propiamente un procedimiento de suscripción de un convenio para su posterior ratificación legislativa, en sustancia existe un acuerdo de voluntades aprobado legalmente por los Estados interesados al decidir la adhesión al régimen inicial”⁷¹⁸. Si bien, autores como FRÍAS o ITÚRREZ entienden que las leyes convenio no deben ser equiparadas a los tratados en la medida en la que pese a la identidad de resultado su origen es puramente legal⁷¹⁹. Seguimos aquí la opinión de PINTO cuando considera que pese a que haya de recurrirse a un procedimiento legislativo la norma aprobada no resulta general ni obligatoria por si misma requiriendo para su eficacia la adhesión voluntaria de los sujetos obligados, pudiendo reconocer en éstas “una suerte de tratados multilaterales abiertos en el ámbito intrafederal”⁷²⁰. Y así parece entenderlo la jurisprudencia, citando por todas la Sentencia de 22 de marzo de 1995 dictada por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, en la causa “Candia, Ramón A. c/ Provincia de Santa Fe”⁷²¹ en la que el Tribunal señaló que, “en la hipótesis de adhesión por parte de una provincia a una ley nacional a través de una ley especial, las provincias no delegan una potestad exclusiva que les corresponde conforme a la distribución constitucional de competencia entre el gobierno federal y los gobiernos locales, sino que: a) sólo declinan su poder para regular aspectos determinados del régimen; b) coparticipan a través de una ley convenio de beneficios preestablecidos por la Nación; c) es correlativa a su facultad de desvinculación posterior de la norma a la que voluntariamente se sujetaron y a fin de reasumir atribuciones inalienables; d) Es que con la adhesión, las provincias no renunciaron a su derecho; sólo quedan inhibidas de ejercerlo a efectos de recibir como contrapartida determinadas ventajas”.

⁷¹⁸ PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 290.

⁷¹⁹ FRÍAS, P., *Introducción al Derecho...*, cit., p. 106; ITURREZ, A. H., “La Provincia en...”, cit., p. 107.

⁷²⁰ PINTO, señala que “la naturaleza de estos instrumentos, claramente convencionales aunque adopten una forma legal nos lleva a sostener que resultan una suerte de tratados multilaterales abiertos en el ámbito intrafederal”. PINTO, M., *El régimen jurídico de...*, cit., p. 290

⁷²¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, de 22 de marzo de 1995, “Candia, Ramón A. c/ Provincia de Santa Fe”, sobre régimen de coparticipación federal y la adhesión del Estado provincial.

En cualquier caso, existen plurales ejemplos de la utilización de leyes convenio en el marco del derecho ambiental argentino –Ley 24.051, de Residuos peligrosos o la Ley Federal de pesca 24.922. Si bien, aunque de conformidad con los art. 124 y 125 CN, el mecanismo común para la creación de las autoridades de cuenca es el tratado interprovincial no existe, como será examinado infra, impedimento para que estos puedan constituirse mediante una ley nacional a la que se adhieran debidamente las provincias, tal y como ocurrió por ejemplo con la ACUMAR⁷²². Las leyes convenio se evidencian así como un mecanismo útil al servicio del federalismo de concertación señalándose que no existe en este ámbito una relación de dependencia pese al origen central de la mayoría de este tipo de normas pues en realidad esta participación nacional responde a la búsqueda de equilibrio entre las provincias.

2.2.2. Principales tratados interprovinciales: especial referencia a la Cuenca Matanza Riachuelo

En base a todo lo expuesto podemos afirmar que las aguas que bañan más de un territorio provincial no pueden ser reguladas ni administradas por la Nación sino que serán objeto de acuerdos provinciales sobre el uso y la administración de las mismas en base a la existencia de intereses comunes. Estos acuerdos no aparecen regulados por formalidades específicas dependiendo de la casuística de cada supuesto, como señala PINTO, “en ciertas ocasiones ni siquiera se producen acuerdos formales, bastando la mera coordinación administrativa expresa, o implícita a través del respeto a las practicas consuetudinarias”⁷²³. Si bien a modo de ejemplo, y solo de forma enunciativa, señalamos a continuación las cinco cuencas interestadales argentinas con mayor grado de regulación en las que no solo existen acuerdos formales de distribución de aguas sino incluso organismos interjurisdiccionales encargados de la gestión del recursos. Así señalamos:

.- *Régimen del Río Colorado. Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (COIRCO)*⁷²⁴: El Tratado del río Colorado, suscrito el 26 de octubre de 1976 entre las

⁷²² MARTÍN, L., “Organismos de Cuencas y repartos de competencias”, en EMBID IRUJO, A. / MATHUS ESCORIHUELA, M., (dirs.), *Organismos de cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiación*, Dunken, Buenos Aires, 2010, p. 98.

⁷²³ PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 312-313.

⁷²⁴ Cfr. CASAZA, J., *Informe Nacional. La situación del manejo de cuencas en la República Argentina*, Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe

provincias de Mendoza, Neuquén, Río Negro, La Pampa y Buenos Aires, constituye el primer acuerdo interprovincial que conforma un organismo de cuenca. Así, en la VI Conferencia de Gobernadores del Río Colorado celebrada el 26 de octubre de 1976, se alcanzó un acuerdo en cuyo art. 5 se acordó la creación de una entidad interjurisdiccional, conocida como Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (COIRCO), cuyo objeto era asegurar la ejecución del Programa Único de Habilitación de Áreas de Riego y Distribución de Caudales del Río Colorado y su adecuación al grado de conocimiento de la Cuenca y al comportamiento en las distintas etapas de esa ejecución, la que deberá ser gradual y coordinada. El 2 de febrero de 1977 se aprobaría su estatuto y el 22 de agosto de 1979 su reglamento interno.

.- *Régimen del Río Bermejo. La Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE)*
⁷²⁵: Esta comisión se conformó por medio del Tratado suscrito el 2 de octubre de 1981 por el Estado nacional y las provincias de Chaco, Formosa, Jujuy, Salta, Santa Fe y Santiago del Estero a los efectos de concretar las bases para la creación de un organismo interjurisdiccional con autoridad y competencia suficiente para la dirección del aprovechamiento racional y múltiple de los recursos hídricos de la Cuenca del Río Bermejo, siendo oportunamente ratificado por cada uno de los poderes legislativos de los Estados signatarios. El objetivo principal era lograr el aprovechamiento integral y múltiple de los recursos hídricos de la cuenca que conecta la región del Noroeste con el Noreste de Argentina e integra la Cuenca del Río de la Plata. Con los fines prioritarios de regulación de la alta cuenca del Bermejo, control de sedimentos, desarrollar la región chaqueña, incidir en el mejoramiento de la hidrovía y los pasos cordilleranos entre el Noroeste y el Pacífico y su conexión con la Hidrovía Paraguay-Paraná-del Plata, entre otros, la COREBE por la Argentina y la Corporación Regional de Desarrollo de Tarija (CODETAR) por Bolivia, iniciaron gestiones que llevaron a la constitución de la “Subcomisión Binacional para el Aprovechamiento de los Recursos de la Alta Cuenca del Río Bermejo y del Río Grande de Tarija”, instrumentada mediante Notas Reversales de 1991 y 1992 en el marco del Consejo Permanente de Integración Binacional, cuyo Acuerdo de Creación se firma en 1995.

Preparación del III Congreso Latinoamericano de Manejo de Cuencas, 2002, p. 12; PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., pp. 313-334.

⁷²⁵ Cfr. CASAZA, J., *Informe Nacional...*, cit., pp. 12-13; PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., pp. 335-345.

.- Régimen de los Ríos Limay, Neuquén y Negro. Autoridad Interjurisdiccional de las Cuencas de los Ríos Limay, Neuquén y Negro (AIC): El Tratado sobre estos ríos, fue suscrito entre las provincias de Neuquén, Río Negro, Buenos Aires, y el Estado Nacional el 6 de diciembre de 1985, incluyéndose en el mismo el Estatuto de dicha autoridad. Así, la AIC entiende en todo lo relativo a la administración, uso, aprovechamiento y preservación de las cuencas, ubicadas al norte de la Patagonia Argentina. Las principales atribuciones de la AIC son: i) realizar estudios e investigaciones que permitan un uso racional y múltiple del recurso hídrico; ii) establecer el programa de aprovechamiento y distribución del recurso hídrico; iii) fiscalizar el cumplimiento por las partes signatarias del régimen convenido; iv) Estudiar y analizar las obras, funcionamiento y efectos de los aprovechamientos; v) realizar estudios sobre los ecosistemas naturales o inducidos; vi) establecer normas técnicas, ejecutar proyectos, construir, mantener instalaciones para detectar y controlar la contaminación hídrica y preservar las márgenes; vi) es autoridad de aplicación de los Contratos de Concesión Hidroeléctrica en lo referido a la fiscalización del cumplimiento y aplicación de Normas de Manejo del Agua, protección del Ambiente y Seguridad de Presas (a partir de la privatización de las empresas de generación de la Secretaría de Energía de la Nación); vii) centraliza información de datos meteorológicos, hidrográficos, hidrométricos, hidrogeológicos, ambientales, etc.

.- Régimen del Río Azul, Autoridad de Cuenca del Río Azul (ACRA): El 12 de diciembre de 1997, las provincias de Chubut y Río Negro suscribieron un tratado constituyendo la Autoridad de Cuenca del Río Azul (ACRA). Su objetivo es el de ejecutar el estudio para el ordenamiento y desarrollo de la cuenca hidrográfica del río Azul, así como la ejecución de las obras hidráulicas que recomendaran tales estudios (cláusulas primera y tercera), estableciéndose para ello un plazo de veinte años, o menor en caso de que se rescindiera el acuerdo, momento en que las responsabilidades y obligaciones del ente con terceros son asumidas por los Estados signatarios (cláusula decimocuarta). Entre sus objetivos destacan: i) coordinar y poner en ejecución un sistema integral de información hidrometeorológica; ii) relevar los aprovechamientos hídricos existentes y factibles, las condiciones de operación y su relación con otros usos posibles de la cuenca; iii) estabilizar los cauces y márgenes fluviales; iv) normalizar el uso de las tierras ribereñas y la explotación de los recursos que pueda alterar el control del escurrimiento fluvial; v) prevenir las posibilidades de

contaminación de las aguas; vi) mantener el equilibrio ecológico en la región; vii) estudiar proyectos de infraestructura hidráulica para la regulación de la cuenca; viii) evaluar las pautas y fundamentos para la asignación de cupos de agua a cada jurisdicción provincial (cláusula segunda).

*.- Régimen del Río Matanza Riachuelo, Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR)*⁷²⁶

En relación a la Cuenca Matanza-Riachuelo se ha entendido oportuno realizar un estudio más detenido de la Autoridad de Cuenca, presente el análisis que sobre la causa “Mendoza” que se efectúa en el Capítulo final de este trabajo. Se pretende con ello profundizar no solo en el Derecho interprovincial que da pie a la creación de la ACUMAR, como una verdadera Autoridad de Cuenca, sino en el conocimiento más exhaustivo del emblemático Fallo de la CSJN de 8 de julio de 2008 desde la perspectiva del organismo creado *ex profeso* para su debido cumplimiento. De este modo, la ACUMAR, creada a partir de una Ley-Convenio fruto del acuerdo de las autoridades concurrentes⁷²⁷, es un ente de derecho público interjurisdiccional con autonomía funcional y autarquía financiera, que opera en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, sin encontrarse por ello sometida a

⁷²⁶ Nos remitimos desde aquí a cuanto se expone en relación a la causa “Mendoza” SCSJN, de 8 de julio de 2008, Fallos 331:1622, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”, examinada con detalle en el Capítulo V del presente trabajo.

⁷²⁷ Ley 26.168, de creación de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo, sancionada el 15 de noviembre de 2006, y promulgada el 4 de diciembre 2006. Se trata de una ley-convenio o ley-adhesión, fruto de un acuerdo de voluntades concurrentes entre la Nación, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las cuales se adhirieron a la misma mediante Ley 13.646, la provincia de Buenos Aires y la Ley 2.217, la Ciudad de Buenos Aires. La opción por una ley-convenio vino de la mano de entender, tal y como señala CAFFERATTA, “esta forma es la mas adecuada para dar curso a la necesaria creación de una Autoridad de Cuenca que no solo asesora y coordina la ejecución de un Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo, sino que también desarrolla tareas de organización legal/institucional. Y de intervención administrativa en procedimientos de faltas. En síntesis, una intensa labor administrativa, estratégica, y política ambiental para la Cuenca”. CAFFERATTA, N. A., “Naturaleza jurídica de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Agua y Ciudades*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2012, p. 257. Este tipo de leyes convenios, se integran dentro del derecho de la provincia prevaleciendo sobre el mismo como expresión del derecho intrafederal. Como decíamos, la utilización de este tipo de vehículo normativo quedó determinada por la urgencia de la pronta puesta en marcha del plan de saneamiento integral de la Cuenca Matanza Riachuelo (CMR) exigido por la CSJN, puesto que implica, respecto a otros sistemas, una reducción de los tramites para su aprobación.

relaciones de interdependencia jerárquica o administrativa respecto del Poder Ejecutivo⁷²⁸.

a) Ámbito territorial de la ACUMAR: El principio de Unidad de Cuenca

En cuanto a la extensión territorial de sus competencias, la ACUMAR ejerce las mismas en el área comprendida por la CABA y los partidos de Lanús, Avellaneda, Lomas de Zamora, Esteban Echeverría, La Matanza, Ezeiza, Cañuelas, Almirante Brown, Morón, Merlo, Marcos Paz, Presidente Perón, San Vicente y General Las Heras de la Provincia de Buenos Aires⁷²⁹. Debe hacerse especial hincapié en el hecho de que en Argentina, al igual que en el contexto internacional, y en especial, en el Comunitario tras la entrada en vigor de la Directiva Marco del Agua⁷³⁰, rige el reconocido principio de unidad de Cuenca Hidrográfica como sistema de gestión

⁷²⁸ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Federal de Quilmes, de 22 de mayo de 2009, Exp. Núm. 01/09, Consid. 9: “también debe resaltarse el fallo dictado por la CSJN con fecha 8 de julio de 2008 que da origen a la presente ejecución en cuyo espíritu surge clara la interpretación del Tribunal cimero sobre la competencia autónoma y superior que posee la ACUMAR sobre las autoridades locales, debiéndose tomar dicho fallo como fuente legal de incumbencia directa para la interpretación y aplicación de la Ley 26.186”. Consid. 11: “en virtud de lo analizado y manifestado por los estados intervinientes, es que resulta necesario reafirmar el criterio ya esbozado en varias oportunidades, en cuando a que la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) resulta ser un ente interjurisdiccional autónomo y autárquico”. Asimismo, puede llevarse a cabo una aplicación analógica respecto de la ACUMAR de las consideraciones efectuadas por Procuración del Estado de la Nación en el Expte. N° 12469/01 referido al ex Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarias de 13 de febrero de 2001, (Dictámenes 236:281), donde se mantiene que “En virtud de su naturaleza jurídica, el ETOSS no está vinculado con el Poder Ejecutivo por relaciones interadministrativas ni de jerarquía. Así, entre sus características se destacan: a) el carácter tripartito, pues está integrado por Obras Sanitarias de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires; b) el área de su competencia excede la de una sola jurisdicción, ya que ejerce el poder de policía en la Ciudad de Buenos Aires y los partidos de la Provincia de Buenos Aires, donde se prestan los servicios concesionados; c) la fijación del domicilio legal se realiza de común acuerdo por las jurisdicciones que lo integran; d) su Directorio se encuentra conformado por dos miembros de cada una de las jurisdicciones involucradas, elegidos en sus respectivos ámbitos geográficos; e) sus recursos no provienen de una única jurisdicción ya que, entre otros son recursos del ETOSS los aportes gubernamentales de cada una de las jurisdicciones y f) se encuentra expresamente excluido del Presupuesto Nacional (conf. Dict. 223:24; 235:628)”.

⁷²⁹ Art. 1 de la Ley 26.168, de creación de la ACUMAR.

⁷³⁰ La Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, (DMA) por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas tiene como objetivo establecer un marco comunitario para la protección de las aguas superficiales continentales, de transición, costeras y subterráneas, para prevenir o reducir su contaminación, promover su uso sostenible, proteger el medio ambiente, mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos y atenuar los efectos de las inundaciones y las sequías.

indivisible del recurso⁷³¹. En este sentido, la Ley 25.688 de Gestión Ambiental del Agua define cuenca hídrica superficial como “*la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas*”. Asimismo, el Acuerdo Federal del Agua, Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina, de 17 de febrero de 2003, reconoce la gestión integrada del recurso hídrico (principio 17) como criterio idóneo frente a la sectorización y fragmentación de su manejo, haciendo especial mención a la unidad de planificación y gestión de la cuenca hidrográfica (principio 19) frente a una división de los recursos en base a criterios puramente políticos⁷³².

Sin embargo, pese a tratarse de un principio consolidado, la ejecución del Fallo de 8 de julio de 2008 ha obligado recientemente a revisar el concepto de Cuenca. En este sentido, merece especial atención la Sentencia del Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes de 28 de diciembre de 2010⁷³³, en la que el Juzgador, bajo el pretexto de garantizar el efectivo cumplimiento de los mandatos de la CSJN, introdujo una variación sustancial en la definición de Cuenca ampliando su extensión más allá de las limitaciones puramente geográficas. Así, se mantiene en la resolución de 28 de

⁷³¹ Art. 3 de Ley 25.688, Régimen de Gestión Ambiental de Aguas: “*Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles*”.

⁷³² Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina. Fundamentos del Acuerdo Federal del Agua, Consejo Hídrico Federal de 8 de agosto de 2003.

.- Principio 17, Gestión integrada del recurso hídrico: “*La gran diversidad de factores ambientales, sociales y económicos que afectan o son afectados por el manejo del agua avala la importancia de establecer una gestión integrada del recurso hídrico (en contraposición al manejo sectorizado y descoordinado). Ello requiere un cambio de paradigma, pasando del tradicional modelo de desarrollo de la oferta hacia la necesaria gestión integrada del recurso mediante la cual se actúa simultáneamente sobre la oferta y la demanda de agua, apoyándose en los avances tecnológicos y las buenas prácticas. Asimismo, la gestión hídrica debe estar fuertemente vinculada a la gestión territorial, la conservación de los suelos y la protección de los ecosistemas naturales*”.

.- Principio 19: Unidad de planificación y gestión: “*Dado que el movimiento de las aguas no reconoce fronteras político-administrativas sino leyes físicas, las cuencas hidrográficas o los acuíferos constituyen la unidad territorial más apta para la planificación y gestión coordinada de los recursos hídricos. La consideración de la totalidad de las ofertas y demandas de agua en una región hidrográfica permite detectar las mejores oportunidades para su uso, lográndose al mismo tiempo anticipar conflictos y minimizar impactos negativos a terceros o al ambiente*”.

⁷³³ Sentencia del Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, de 28 de diciembre de 2010, dictada en el expediente núm. 21/09, caratulado “ACUMAR s/ Ordenamiento Territorial” de los autos principales núm. 01/09, caratulado: “Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c/ Estado Nacional y ots. s/ ejecución de sentencia (en autos Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c/Estado Nacional y ots. s/Daños y Perjuicios; daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”.

diciembre de 2010 que, si bien el concepto de Cuenca no parte en su definición de las fronteras políticas, éstas si pueden ser utilizadas como complemento a fin de dar cobertura al total de riesgos ambientales que pudieran tener incidencia directa o indirecta en la CMR. Es decir, el Juzgador, desnaturalizando el concepto geográfico tradicional, entiende que en orden a las necesidades de saneamiento, la extensión de la Cuenca, y con ellas las competencias de la ACUMAR y las suyas propias, debe extenderse a la totalidad de cada municipio que la integran, aun cuando la incidencia del Riachuelo en alguno de los partidos sea mínima, como en el caso de Las Heras o Merlo⁷³⁴. La CSJN solventó la controversia suscitada mediante Sentencia de 27 de diciembre de 2012⁷³⁵, por la que resuelve el Recurso de Hecho interpuesto por el Procurador General de la Ciudad de Buenos Aires. En la Acordada 116 XLVII, de 27 de diciembre, el Alto Tribunal rechaza la interpretación expansiva del concepto de Cuenca y, por ende, de las competencias de la ACUMAR y las propias del magistrado, señalando expresamente que “de aceptarse este concepto, la definición deja de ser funcional y se convierte en un riesgo para las autonomías de las distintas jurisdicciones que componen la ACUMAR, pudiendo resultar “prima facie” contradictorio tomar como ejes para definir el concepto de cuenca, la vinculación con el saneamiento y la totalidad de los partidos, con asunción expresa por su parte de que

⁷³⁴ Sentencia del Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes de 28 de diciembre de 2010, “ACUMAR s/ Ordenamiento Territorial”, Consid. 5: “Así, se ha seleccionado un juzgado con asiento en la Cuenca, que convive a diario con la realidad, lo cual ha demostrado resultar saludable desde ese punto de vista. Esto conlleva a un entendimiento particular respecto del concepto de “Cuenca”, ya que si bien no puede partirse políticamente, sí se puede tomar el mapa político para complementarla. Ello aporta la sana convicción, que corresponde ampliar el concepto de cuenca, teniendo en cuenta los factores de riesgo ambiental en su totalidad, a toda situación que tenga incidencia directa o indirecta con el saneamiento de la misma, atento la significación social que representa la ejecución del fallo del Máximo Tribunal, en pos de la recomposición y prevención de daños al medio ambiente, lo que obliga a la toma y dictado de decisiones eficaces, teniendo en miras el principio de razonabilidad, sin que ello pudiera afectar el sentido de la sentencia recaída, sino y por el contrario, facilitando su efectivo cumplimiento. En este sentido deberá tomarse como concepto de Cuenca, la totalidad de cada partido que la compone, no obstante que en algunos partidos, las márgenes del Matanza-Riachuelo bañan una pequeña porción, como por ejemplo Las Heras o Merlo. Así, se entendió que tomar este concepto amplio, es funcional para limitar y proteger totalmente el área de la Cuenca hídrica, independientemente del porcentaje que cubra la Cuenca propiamente dicha desde el punto de vista geográfico”.

⁷³⁵ SCSJN, de 27 de diciembre de 2012, M.356.XLVII, “Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental”. El Alto Tribunal resuelve el recurso de hecho interpuesto por el Procurador de la Ciudad de Buenos Aires contra la sentencia dictada el 28 de diciembre de 2010 dictada por el Juzgado Federal de Quilmes durante su entonces jurisdicción especial sobre la Cuenca.

en algunos casos, no todo el territorio resulta bañado por las costas del Matanza Riachuelo, o sea, cuando se expande a la totalidad del territorio político, sin que exista Cuenca”⁷³⁶. Entiende el Máximo Tribunal que aun cuando en la ejecución deba conocerse todo aquello relacionado con la causa, esto no puede convertirse en una suerte de justificación para la expansión territorial de competencias señalando que, “(...) resulta indispensable que en la ejecución pueda conocerse todo aquello vinculado a la causa, sin perjuicio de que esto no puede significar un «bill de indemnidad» para intervenir en la totalidad de los partidos afectados”⁷³⁷. Finalmente, la Corte concluye que si bien puede ampararse un concepto amplio de cuenca cuando existe una verdadera necesidad en la ejecución y eficacia de la Sentencia, el mismo no comprende la totalidad de cada partido, especificando en el último de sus considerandos que “la cuenca en un sentido amplio, solo deberá ser el territorio que abarca la misma y aquel que pueda tener relación directa o indirecta con su saneamiento”⁷³⁸. De este modo, la CSJN reafirma y consolida la unidad indivisible de la cuenca y el criterio geográfico para su delimitación con independencia de las fronteras políticas y administrativas que nada tienen que ver con las naturales. La ACUMAR extiende sus competencias única y exclusivamente dentro de la CMR definida de conformidad con la Ley 25.688 de Gestión Ambiental del Agua, no pudiendo ejercer sus funciones en los territorios no afectados por la misma puesto que lo contrario conllevaría la desapoderación de las jurisdicciones realmente competentes, privando a los ciudadanos de los procedimientos y normas que los tutelan y de los Jueces naturales que les corresponden.

b) Integración institucional de la Autoridad de Cuenca

En cuanto a la composición de la ACUMAR, debe señalarse la última de las modificaciones operadas mediante Decreto de Necesidad y Urgencia 2103/2013, de 9 de diciembre⁷³⁹, por el que, en virtud de razones operativas y con el fin de perfeccionar el uso de los recursos públicos incrementando la calidad de la acción estatal, se lleva a cabo una adecuación en la integración de la Autoridad de Cuenca. El

⁷³⁶ Consid. 6 de la Acordada 116 XLVII, de 27 de diciembre de 2012.

⁷³⁷ Consid. 5 de la Acordada 116 XLVII, de 27 de diciembre de 2012.

⁷³⁸ Consid. 8 de la Acordada 116 XLVII, de 27 de diciembre de 2012.

⁷³⁹ Decreto de Necesidad y Urgencia 2103/2013, de 9 de diciembre (B.O. de 10 de diciembre de 2013).

referido Decreto modifica el art. 2 de la Ley 26.168, que pasa a tener el siguiente contenido: “*la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo estará compuesta por ocho integrantes. Su Presidente tendrá rango y jerarquía de Secretario y será designado por el poder ejecutivo nacional. Los restantes integrantes serán tres representantes del poder ejecutivo nacional, dos representantes de la provincia de Buenos Aires y dos representantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo dictará sus reglamentos de organización interna y de operación*”. Queda por tanto eliminada la integración directa de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros que, de conformidad con el tenor literal del art. 2 hasta ahora vigente, ostentaba la Presidencia de la ACUMAR. Ninguna modificación se extiende al resto de organismos que en el ámbito de la ACUMAR prevé la Ley, como son el Consejo Municipal⁷⁴⁰, cuya finalidad es la cooperar, asistir y asesorar el Ente, y la Comisión de Participación Social⁷⁴¹, que integrada por ONGs, y otras organizaciones con “intereses en el área”, tiene funciones consultivas. Por tanto, y como señala CAFFERATTA, “ACUMAR tal como se postula da representación proporcional, o razonable, en la composición de sus órganos de gobierno, e integración plena a las diversas jurisdicciones locales con competencias concurrentes, y responde a criterios de igualdad, según la clásica concepción de nuestra Corte Suprema de Justicia (F. 16:118; F.138:112; F.298:286; F.299:146; F.300:1049, entre otros)”⁷⁴².

c) Funciones y competencias de la ACUMAR

Como ya comentamos, uno de los problemas determinantes dentro de la situación de la CMR ha sido la inoperancia de los órganos encargados de ejecutar los planes de saneamiento, al carecer estos de las facultades y recursos suficientes que les permitieran actuar como una verdadera Autoridad de Cuenca. Reviste, por tanto, especial interés, el análisis de las funciones y poderes reconocidos a favor de la ACUMAR, y que, superando a las reconocidas por la Ley 25.688 a los Comités de

⁷⁴⁰ Art. 3 de la Ley 26.168: “*Créase en el ámbito de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo un Consejo Municipal, que será integrado por un representante de cada Municipio en las jurisdicciones comprendidas, cuyo objeto será el de cooperar, asistir y asesorar al Ente*”.

⁷⁴¹ Art. 4 de la Ley 26.168: “*Créase en el ámbito de la autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo, una Comisión de Participación Social, con funciones consultivas. Esta Comisión estará integrada por representantes de las organizaciones con intereses en el área*”.

⁷⁴² CAFFERATTA, N. A., “Naturaleza jurídica de...”, cit., p. 244.

Cuencas Hídricas, convierten a este órgano en un instrumento plenamente eficaz para afrontar los retos de la CMR. Así, haciendo nuestras las consideraciones de la doctrina tradicional argentina en orden al contenido propio de “la administración ambiental”, puede afirmarse que la misma integra, tres grandes categorías: actividades de estrategia, de monitoreo y de operaciones, y de jurisdicción, todas ellas desarrolladas por la ACUMAR⁷⁴³.

Así, de conformidad con el tenor literal del art. 5 de la Ley de creación de la ACUMAR, ésta tiene reconocidas facultades de regulación, control y fomento respecto de las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la cuenca, pudiendo intervenir administrativamente en materia de prevención, saneamiento, recomposición y utilización racional de los recursos naturales. Por tanto, la Autoridad de Cuenca tiene un amplio abanico de facultades que le permiten intervenir en la práctica totalidad de actividades que puedan afectar al medio ambiente. En particular, se reconoce que la ACUMAR podrá: unificar el régimen aplicable en materia de vertidos de efluentes a cuerpos receptores de agua y emisiones gaseosas; planificar el ordenamiento ambiental del territorio afectado a la cuenca; establecer y percibir tasas por servicios prestados; llevar a cabo cualquier tipo de acto jurídico o procedimiento administrativo necesario o conveniente para ejecutar el Plan Integral Control de la Contaminación y Recomposición Ambiental, y gestionar y administrar con carácter de Unidad Ejecutora Central los fondos necesarios para llevar a cabo el referido Plan. Junto con lo anterior, la ACUMAR ha sido revestida de competencia normativa, pudiendo dictar sus propios reglamentos de organización interna y de operación. A la luz del art. 2 *in fine* de la Ley 26.168, la Autoridad de Cuenca ha generado un verdadero ordenamiento legal que le permite ejecutar de forma efectiva las facultades que le han sido reconocidas así

⁷⁴³ Cfr. CANO, G. J., “Administración Ambiental”, *Revista Ambiente y Recursos Naturales*, Vol. I, núm. 4, 1984, p. 7. En relación al cumplimiento por la ACUMAR de estas tres categorías que componen e integran la “administración ambiental”, CAFFERATTA, señala que “la Autoridad de Cuenca, a la luz de esta clasificación, ejerce actividades de estrategia: formulación de políticas y planes, regulación, coordinación de los diversos organismos, control de gestión. Además, se le atribuye tareas de monitoreo (ver art. 7 inc. e), de jurisdicción, resumidas en su carácter de Autoridad de Aplicación de la ley, y operativas; de ejecución de acciones públicas para el saneamiento y la preservación del ambiente. También tiene funciones relacionadas con el fomento de la actividad industrial”. CAFFERATTA, N. A., “Ley 26.168 de la Cuenca Matanza Riachuelo, anotada, comentada y concordada”, en CAFFERATTA, N. A., (dir.), *Summa Ambiental*, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 831.

como las acciones previstas en el PISA. Este complejo marco normativo que regula la actividad vinculada a los aspectos de prevención, gestión y control en materia ambiental en el ámbito de la CMR han sido compilados por la ACUMAR en un Digesto Normativo⁷⁴⁴. Por último, y a los efectos de satisfacer una de las necesidades fundamentales del derecho medioambiental como es la prevención, el artículo 7 de la norma fundacional atribuye a la ACUMAR la facultad de disponer medidas preventivas. De ahí que se reconozca su intervención en procedimientos de habilitación, de evaluación de impacto ambiental, auditorías, orden de cesación, apercibimientos e incluso decomisos⁷⁴⁵.

Visto el amplísimo marco de facultades conferidas a la ACUMAR, entre ellas las normativas, resulta obligado recordar que la CMR constituye un ejemplo terminante de concurrencia de autoridades cada una de las cuales tiene reconocidas a su vez sus propias competencias. Por tanto, a fin de evitar posibles conflictos competenciales, el art. 6 de la Ley 26.168 reconoce que, en materia ambiental, las competencias de la ACUMAR prevalecen sobre cualquier otra concurrente en el ámbito de la Cuenca⁷⁴⁶. El fundamento de la preeminencia de la ACUMAR es doble.

⁷⁴⁴ El Digesto Normativo incluye todas las normas y resoluciones de la ACUMAR de alcance general, y puede ser consultado en:

<http://www.acumar.gov.ar/pagina/848/digesto>, (fecha de última consulta, 24 de septiembre de 2014)

⁷⁴⁵ Art. 7 de la Ley 26.168: “La Autoridad de Cuenca podrá disponer medidas preventivas cuando tome conocimiento en forma directa, indirecta, o por denuncia, de una situación de peligro para el ambiente o la integridad física de los habitantes en el ámbito de la cuenca. A tal efecto, la Presidencia de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo tendrá facultades para: a) Toma intervención en procedimientos de habilitación, auditoría ambiental, evaluación de impacto ambiental y sancionatorios; b) Intimar a comparecer con carácter urgente a todos los sujetos relacionados con los posibles daños identificados; c) Auditar instalaciones; d) Exigir la realización, actualización o profundización de evaluaciones de impacto ambiental y auditoría ambiental conforme la normativa aplicable; e) Imponer regímenes de monitoreo específicos; f) Formular apercibimientos; g) Instar al ejercicio de competencias sancionatorias en el ámbito de la administración; h) Ordenar el decomiso de bienes; i) Ordenar la cesación de actividades o acciones dañosas para el ambiente o la integridad física de las personas; j) Disponer la clausura preventiva, parcial o total, de establecimientos o instalaciones de cualquier tipo. La Presidencia de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo notificará en forma inmediata a los restantes miembros de la misma, las decisiones adoptadas en uso de las facultades descriptas precedentemente. Mientras no se dicte un procedimiento específico para la adopción de estas medidas, es de aplicación la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Contra las decisiones de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo podrá interponerse Recurso de Alzada ante el Poder Ejecutivo Nacional en los términos del artículo 94 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto N° 1759/72 (t.o 1991).

⁷⁴⁶ Art. 6 de la Ley 26.168: “Las facultades, poderes y competencias de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo en materia ambiental prevalecerán sobre cualquier otra

De un lado, y como ya avanzáramos respecto a las Leyes Convenio, la norma de creación de la Autoridad de Cuenca se ha incorporado, en los ordenamientos jurídicos de cada nivel de gobierno implicado, como una manifestación de derecho intrafederal, prevaleciendo sobre estos⁷⁴⁷. Tanto la Provincia de Buenos Aires - mediante la Ley n° 13.646 -, como la CABA - a través de Ley 2.117-, se adhirieron a la Ley 26.168 de creación de la ACUMAR, no pudiendo ignorar ahora su contenido. Asimismo, la prevalencia de la Autoridad de Cuenca reside en la necesaria combinación del principio de subsidiariedad previsto en el art. 4 LGA⁷⁴⁸ y del principio de supremacía federal regulado en el art. 31 de la Constitución Nacional⁷⁴⁹. Pudiendo inferirse, además, la aplicación del principio de no interferencia⁷⁵⁰, por el que, en caso de conflicto, se otorga prioridad a las normas federales sobre las provinciales garantizando el cumplimiento de los fines queridos por la Constitución y el interés general en juego.

concurrente en el ámbito de la cuenca, debiendo establecer su articulación y armonización con las competencias locales”.

⁷⁴⁷ Sentencia del Juzgado Federal de Quilmes, de 3 de Agosto de 2010, “Curtiembre Pelicce S.A. c/ Acumar s/ Revisión Judicial del Acto Administrativo”, por la que se resuelve el recurso interpuesto por la empresa Pelicce S.A., contra la Resolución ACUMAR núm. 128, de 10 de diciembre de 2009, Expte. núm. 10/2010, mediante la cual se declaró como “agente contaminante” dicho establecimiento industrial: “(...) los estados provinciales al adherir a la ley no la incorporan a su legislación local sino que pasa a revestir el carácter de derecho intrafederal y así prevalece sobre las leyes provinciales. En este orden de ideas, la ACUMAR resulta ser un ente interjurisdiccional autónomo y autárquico, que posee competencia y facultades superiores a los estados que la conforman, ello, en virtud del contenido de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución Nacional (art. 31), como así también por las leyes federales dictadas en consecuencia”.

⁷⁴⁸ Art. 4 LGA: “*La interpretación y aplicación de la presente Ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales”.*

⁷⁴⁹ Art. 31 CN: “*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”*

⁷⁵⁰ Este criterio tiene su base en la jurisprudencia de la Corte Americana. Como señala ESAIN “allí el ejercicio de competencias concurrentes entre el Gobierno federal y los Estados se divide desde la doctrina de la no interferencia que indica que la Unión ejercita sus funciones en los territorios de los estados siempre de manera limitada y restringida a los fines federales que justifican su intervención, mientras que los Estados y los municipios conservan sus facultades y las podrán ejercitar en la medida en que dicho ejercicio no interfiera el logro de los fines perseguidos por la federación”. ESAIN, J. A., *Competencias ambientales, ...cit.*, p. 416.

d) Financiación y control presupuestario

Expuesto cuando antecede, y dejando en el tintero muchas otras cuestiones que podrían ser examinadas respecto a la Autoridad de Cuenca, concluimos este breve análisis haciendo referencia a otra cuestión fundamental importancia como es la financiación de la ACUMAR. Así pues, del mismo modo que en 1995 la creación del CERM conllevó no solo la liquidación del Comité Ejecutivo creado por Decreto n° 1093/93, sino además la reasignación de las partidas presupuestarias relativas al programa “Saneamiento de la Cuenca del río Matanza-Riachuelo”, la creación de la ACUMAR supuso la transferencia a su favor de las partidas presupuestarias, bienes muebles y demás patrimonio perteneciente al CERM⁷⁵¹. Junto con lo anterior, en el año 2006 fue creado un fondo de afectación específica para el desarrollo y ejecución del Plan Integral de Saneamiento de la Cuenca instrumentalizado en junio de 2010⁷⁵². Este Fondo, administrado en cada jurisdicción por la autoridad competente, está destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales, la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente. Conforme al art. 9 de la Ley 26.168, en la composición económica del Fondo quedan incluidas no sólo asignaciones presupuestarias del Estado Nacional, sino también las que destinen a esos mismos fines la Provincia de Buenos Aires y la CABA. Se suman subsidios, donaciones o legados; fondos recaudados en ejercicio del

⁷⁵¹ Art. 11 de la Ley 26.168: “*Transfiérense a la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo las partidas presupuestarias, bienes muebles y demás patrimonio perteneciente al Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo creado por el Artículo 1º del Decreto N° 482 del 20 de septiembre de 1995*”. Respecto a esta transferencia de patrimonio, CAFFERATTA, señala que “una vez agotado el crédito internacional que le dio vida, se extinguirá o disolverá automáticamente”. CAFFERATTA, N.A., “Ley 26.168 de la Cuenca Matanza Riachuelo, anotada, comentada y concordada”, cit., p. 840.

⁷⁵² En sesión de fecha 17 de junio de 2010, el Consejo Directivo del Organismo aprobó la instrumentación del Fondo de Compensación Ambiental a través de un fideicomiso, el cual, dando cumplimiento a lo establecido en el art. 9 de la Ley 26.168 “...será administrado por la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo y será destinado prioritariamente a la protección de los derechos humanos y a la prevención, mitigación y recomposición de los daños ambientales”. La adopción del fideicomiso es resultado de considerar que esta forma jurídica ofrece mayor seguridad a los recursos administrados por la ACUMAR en pos del cumplimiento del PISA, facilitando el control de su uso y propendiendo a una mayor transparencia en la gestión. El contrato de fideicomiso para la instrumentación del Fondo de Compensación Ambiental se firmó el 20 de septiembre de 2010 con BAPRO Mandatos y Negocios S.A., perteneciente al Grupo BAPRO, S.A., de propiedad de la provincia de Buenos Aires, por considerarse la opción más conveniente entre las diferentes alternativas disponibles para el Organismo así como por su amplia experiencia en fideicomisos públicos.

poder de policía sancionadora (multas); tarifas y tributos que se establezcan por Ley; y las indemnizaciones que se fijen en sede judicial por recomposición in situ del daño ambiental, y/o recomposición ex situ, denominado “compensación ambiental”, que opera en casos de imposibilidad técnica de restauración in natura, como un régimen de indemnización sustituto, o de reparación por sucedáneo, o por equivalente. De acuerdo con la Memoria de ACUMAR 2012 los recursos para el ejercicio de ese año quedaron integrados por las aportaciones de la Nación, que representaron el 88% del total de recursos con los que contó el Organismo, de la provincia de Buenos Aires que sumaron el 6%, de la CABA el 5%, y finalmente, por los fondos propios de la ACUMAR que representaron el 1% de los recursos existentes⁷⁵³. Por último recordar que, de conformidad con la SCSJN de 8 de julio de 2008, el control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan Integral de Saneamiento corresponde a la AGN⁷⁵⁴.

Por tanto, a la luz de cuanto se expone puede afirmarse que la ACUMAR constituye una verdadera Autoridad de Cuenca, un ente interjurisdiccional autónomo y autárquico, que posee competencias y facultades diferenciadas e independientes a la de las jurisdicciones que la integran y al que le han sido reconocida plena capacidad ejecutora, y suficiente peso institucional para la coordinación de las jurisdicciones y organismos involucrados. Se trata de un organismo plenamente capaz de cumplir con los mandatos de la CSJN, con capacidad suficiente para ejecutar debidamente el Plan previsto para la recuperación de la CMR.

3. Competencias delegadas a la Nación

Como ha sido expuesto, el sistema de distribución constitucional de competencias recogido en la CN obedece al llamado principio de reserva, que contempla una enumeración expresa de las materias propias del Estado federal y aquellas expresamente prohibidas a las Provincias, quedando reservadas todas las restantes a los Estados miembros. Esto es, las competencias reservadas y no

⁷⁵³ Cfr. http://www.acumar.gob.ar/content/documents/0/memoria_2012.pdf (fecha de última consulta, 15 agosto 2014)

⁷⁵⁴ SCSJN, de 8 de julio de 2008, Fallos 331:1622, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”, Consid. 18.

enumeradas pertenecen a las provincias y las facultades delegadas, de manera explícita o implícita, son las correspondientes al Gobierno Federal quien detenta competencias de excepción con el fin de asegurar la unidad, la soberanía nacional y el bienestar general, cuyo ejercicio compete al Gobierno central en forma excluyente⁷⁵⁵.

Visto lo anterior, se lleva a cabo a continuación un sucinto análisis de aquellas competencias que en relación a la gestión hídrica han sido delegadas al Estado nacional, identificando como principales: la navegación art. 75 inc. 10 CN 1994, el comercio interprovincial por vía fluvial art. 75 inc. 13 CN 1994, las causas de almirantazgo o jurisdicción marítima y fluvial art. 116 CN 1994, dejando referidas para un posterior examen las competencias concernientes a la regulación de los presupuestos mínimos de protección ambiental *ex* art. 41CN, que si bien tienen una relación directa con el objeto de estudio merece por su importancia en relación con el presente trabajo un tratamiento independiente.

3. 1. Navegación y comercio interprovincial e internacional

Con carácter general las competencias en materia de comercio y navegación han venido siendo tratadas por la doctrina de forma conjunta en el entendido de que ambas materias parten de una misma *ratio legis* que hace mucho más útil su tratamiento conjunto⁷⁵⁶. Así, tanto la razón de su tratamiento unitario como de su atribución a la Nación reside en la necesidad de evitar un universo fragmentado de normas, como señala MARTÍN, “el fundamento de las atribuciones delegadas al Gobierno federal en la materia se encuentra en la necesidad de uniformar todo lo relativo al comercio y la

⁷⁵⁵ MATHUS ESCORIHUELA, M., “La situación en...”, cit., p. 187.

⁷⁵⁶ La vinculación entre comercio y navegación se pone de manifiesto antigua data, pudiendo comprobarse como ésta ya era fue apreciada por ALBERDI quien señaló que “la libertad de comercio sin libertad de navegación fluvial es un contrasentido, porque siendo fluviales todos los puertos argentinos, cerrar los ríos a las banderas extranjeras es bloquear las Provincias y entregar todo el comercio a Buenos Aires”. ALBERDI, J. B., redactor del proyecto constitucional seguido por la Convención Constituyente de 1853, en su obra *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Tratado de derecho público editado por la imprenta del periódico El Mercurio de Valparaíso, mayo de 1852, cuando en la Base XVIII Disponible en: ecaths1.s3.amazonaws.com (fecha de última consulta, 16 de julio de 2014). Además, debe señalarse que la reforma constitucional de 1994 suprimió en el actual art. 75 inc. 13 CN la distinción que el anterior art. 67 inc. 12 CN 1853/60 recogía sobre comercio marítimo y terrestre, y que justificaría el tratamiento del comercio desde el derecho de aguas (art. 67 inc 12 CN vigente hasta 1994: “*Regular el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí*”).

navegación, ya que de lo contrario, nada serviría que la navegación fuera “libre” puesto que habría tantos sistemas y regímenes como provincias ribereñas. Sin embargo, debe tenerse presente igualmente que las condiciones geográficas, culturales, e hidrológicas, y el respeto debido a las autonomías provinciales y al régimen federal de gobierno, importan naturalmente un límite a esta necesidad de uniformar regímenes”⁷⁵⁷.

Justificado así tanto el tratamiento combinado de ambas competencias como el fundamento de su atribución a la Nación, la CN reconoce de forma expresa a favor de del Gobierno Federal la jurisdicción para reglar todo lo relativo a la navegación y al comercio internacional e interprovincial. De este modo, el art. 26 CN reconoce que, “*la navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional*”. El art. 75 inc. 10 CN atribuye al Congreso de la Nación competencia para “*reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas*”⁷⁵⁸. Competencia que debe completarse con la que al efecto le atribuye el art. 75 inc. 13 CN por el que se reconoce al Congreso competencia para “*reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí*”; Añadiendo a todo lo anterior la prohibición a las provincias *ex* art. 126 CN para “*expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales*”.

A la luz de los artículos referidos puede afirmarse que la jurisdicción nacional en materia de navegación fluvial quedaría limitada a reglamentar lo concerniente a la navegación exterior y de las provincias entre sí, y que fuera de eso, sin perjuicio de la competencias para entender de causas de almirantazgo o jurisdicción marítima y

⁷⁵⁷ MARTÍN, L., “Jurisdicción para reglar ...”, cit. p. 263. El autor recoge así el criterio expuesto por MARIENHOFF que junto con lo expuesto añade, “pero en el orden internacional ese poder se justifica, además, porque su ejercicio puede repercutir en las relaciones con los demás países, afectando a la soberanía nacional”. *Cfr.* MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 438.

⁷⁵⁸ La expresión ríos interiores utilizada en el art. 75 inc. 10 CN, tal y como aclara MARIENHOFF, debe ser interpretada en el sentido de ríos interprovinciales de forma concordante con lo dispuesto en el art. 26 CN que habla de ríos interiores de la Nación, distinguiéndolo así de los ríos meramente interiores de las provincias. Así sostiene el autor que “en consecuencia la Nación no tiene jurisdicción en los ríos que, aunque navegables, estén situados exclusivamente dentro de una provincia, ni en los ríos que, siendo en sí mismos interprovinciales sus partes navegables no sirvan para comunicar dos o más provincias”. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 437.

fluvial, el gobierno federal no ostenta ninguna otra delegación competencial respecto a los ríos⁷⁵⁹. Por tanto, la navegación y el comercio intraprovincial queda fuera de las competencias nacionales, correspondiendo a las provincias lo concerniente a su jurisdicción y legislación, de forma que, “toda afirmación o interpretación que tienda a incluir en la jurisdicción nacional otras materias que las indicadas es ilegal y debe ser rechazada”⁷⁶⁰. Si bien, resulta conveniente señalar que la navegación atribuida competencialmente al Estado no se limita, pese al tratamiento conjunto de materias, a la navegación comercial, sino que la Nación ostentará jurisdicción tanto en el comercio en general como en las todas aquellas actividades que impliquen navegación sean de naturaleza comercial o no, siempre presente, para comercio y navegación, el ámbito interprovincial de las aguas⁷⁶¹.

Por tanto, y a modo de síntesis, la competencia que ha sido delegada por las provincias a favor de la Nación *ex constitutione*, quedaría limitada de acuerdo con el contenido de los artículos citados a la regulación del comercio y la navegación (comercial o no), cuando se traten de cauces navegables interjurisdiccionales, siendo competencia provincial las actividades que en este sentido se desarrollen en su territorio.

3.2. Causas de almirantazgo y jurisdicción marítima

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 116 CN, por el que se inicia el Capítulo II de la Norma Suprema, dirigido a regular las atribuciones del Poder Judicial, “*corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, (..) el conocimiento y decisión de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima*”. Así, mientras que la legislación de fondo dictada por el Congreso de la Nación es aplicada

⁷⁵⁹ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación...cit., p. 434.

⁷⁶⁰ *Ibidem*, p. 437.

⁷⁶¹ En este sentido, PINTO aclara que “en este encuadre, y aunque el espíritu constitucional inicial justifique el análisis conjunto de ambas materias, la existencia de una cláusula que se refiera expresamente a la navegación permite al Congreso regular sin duda casos en los que tal actividad no resulte comercial, sino recreativa o deportiva, siendo así propio de su competencia las actividades comerciales en general (en la perspectiva del texto antiguo de la Constitución, sean marítimas, fluviales o terrestres) y aquellas que importen actividades náuticas de naturaleza no comercial”. PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 207.

con carácter general por los tribunales provinciales *ex art. 75 inc. 12*⁷⁶², la interpretación y aplicación de las normas que regulan la navegación y las actividades conexas desarrolladas en zonas sometidas a dicho régimen corresponden que sean conocidas y decididas por los Tribunales federales⁷⁶³. Esta competencia de carácter excluyente a favor de la justicia federal que deja fuera a las provincias, ha sido reconocida por la jurisprudencia citando por todas los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dictados en las causas “Redon, Lucas Enrique c/ Vazquez Hnos. y Bertolini S.A.C.I.F. y A s/ Indemnización por despido”⁷⁶⁴, “Juairi, Alfredo c/ Velayos Hermanos SRL s/ Enfermedad”⁷⁶⁵ en los que el Tribunal reproduce el mismo criterio señalando que, “la intervención competente de la justicia federal es privativa, en cuanto excluye a la provincial de las causas que la Constitución y las leyes le asignen a aquella y, en consecuencia, en tales casos, los tribunales de provincia deben declarar su incompetencia, aun de oficio, en cualquier estado del proceso”.

Como refiere GONZÁLEZ DEL SOLAR, “la atribución otorgada por la Constitución Nacional abraza dos grandes causas dependiendo unas de la “localidad” y las otras de la “naturaleza” de las obligaciones. La primera comprende los actos y delitos que han tenido lugar en las costas, en el espacio que se extiende hasta las más bajas mareas y en alta mar donde todas las naciones tienen un derecho común y una jurisdicción común. La segunda clase comprende los contratos y los asuntos puramente marítimos o que se relacionan a los derechos y obligaciones del comercio y de la navegación”⁷⁶⁶. Si bien, conviene aclarar que la jurisdicción de almirantazgo y marítima que la CN pone en manos del Gobierno Federal no se limita al mar, sino que

⁷⁶² Art. 75 inc. 12 CN: “(Corresponde al Congreso) Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.”

⁷⁶³ En este sentido, CAPPAGLI, A. C., “La autonomía del Derecho a la Navegación en la legislación y en la jurisprudencia argentinas”, en CHAMI, D. E., (coord.), *Estudios de Derecho Marítimo Homenaje al Dr. José Domingo Ray*, Lex Nexix, Buenos Aires, 2005, p. 192; GONZÁLEZ DEL SOLAR, N., “Las clases de agua ...”, cit., p. 157.

⁷⁶⁴ SSCJ de la Provincia de Buenos Aires, de 29 de mayo de 1984, Fallos L 33.196, “Redon, Lucas Enrique c/ Vazquez Hnos y Bertolini S.A.C.I.F.y A s/ Indemnización por despido”.

⁷⁶⁵ SSCJ de la Provincia de Buenos Aires, de 23 de octubre de 2002, L 78192, “Juairi, Alfredo c/ Velayos Hermanos SRL s/ Enfermedad”.

⁷⁶⁶ GONZÁLEZ DEL SOLAR, N., “Las clases de agua ...”, cit., p. 157.

se extiende a los lagos y ríos navegables en tanto sirvan al comercio interestadual⁷⁶⁷. De acuerdo con las Leyes 48 y 1893 que reglamentan la jurisdicción federal, el contenido de las causas apuntadas se extiende más allá del contexto puramente marítimo abarcando las causas que se desarrollen con relación a la navegación fluvial bien por referirse de forma directa a los ríos o por incluir objetos y actividades que son comunes a la navegación marítima y fluvial⁷⁶⁸.

⁷⁶⁷ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T. VI, Régimen y legislación..., cit., p. 448.

⁷⁶⁸ Así, el tenor de estas leyes permite ampliar la jurisdicción también a los ríos y lagos. En este sentido, la Ley 48 de Jurisdicción y competencia de los Tribunales Nacionales, sancionada el 25 de agosto de 1863, y promulgada el 14 de septiembre de ese mismo año, dispone en sus art. 2, inc. 7 a 10 que: *“los Jueces Nacionales de Sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes: 7° Todas las causas a que den lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra; 8° Las que se originen por choques, averías de buques, o por asaltos hechos, o por auxilios prestados en alta mar, o en los puertos, ríos y mares en que la República tiene jurisdicción; 9° Las que se originen entre los propietarios o interesados de un buque, sea sobre su posesión o sobre su propiedad; 10. Las que versen sobre la construcción y reparos de un buque, sobre hipoteca de su casco; sobre fletamentos y estadías; sobre seguros marítimos; sobre salarios de oficiales y marineros; sobre salvamento civil y militar; sobre naufragios; sobre avería simple y gruesa; sobre contratos a la gruesa ventura; sobre pilotaje; sobre embargo de buques y penas por violación de las leyes de impuestos y navegación; sobre la nacionalidad del buque y legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles; sobre arribadas forzosas; sobre reconocimientos; sobre abandono, venta y liquidación de créditos del buque; sobre cumplimiento de las obligaciones del capitán, tripulantes, y en general sobre todo hecho o contrato concerniente a la navegación y comercio marítimo.”*. Y en su art. 3, inc. 2 señala que: *“Los Jueces de Sección conocerán igualmente de todas las causas de contrabando, y de todas las causas criminales cuyo conocimiento compete a la justicia nacional, a saber: Los crímenes cometidos en los ríos, islas y puertos argentinos serán juzgados por el Juez que se halle más inmediato al lugar del hecho o por aquel en cuya sección se encuentren los criminales, según sea el que prevenga en la causa”*.

Por su parte, la Ley 1893, del 2 de diciembre de 1886, de Organización de los Tribunales de la Capital, sancionada el 2 de noviembre de 1886 y promulgada el 12 de noviembre de ese mismo año, dispone en su art. 111, inc. 6 a 12 que: *“los jueces federales conocerán en primera instancia de todos aquellos asuntos que con arreglo a la Constitución correspondan a la justicia nacional, en los siguientes casos: 6) todas las causas a que den lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra; 7) las que se originen por choques o averías de buques, por asaltos hechos o por auxilios prestados en alta mar; o en los puertos, ríos y mares en que la República tenga jurisdicción, si estuvieren más inmediatos a la Capital; 8) las que se originen entre los propietarios e interesados de un buque, sea sobre su posesión o sobre su propiedad; 9) las que versen sobre construcción y reparo de un buque; sobre hipoteca de su casco; sobre fletamentos y estadías; sobre seguros marítimos; sobre salarios de oficiales y marineros; sobre salvamento civil y militar; sobre naufragios; sobre avería gruesa y simple; sobre contrato a la gruesa ventura; sobre pilotaje; sobre embargo de buques o penas por violación de las leyes de impuestos y navegación; sobre nacionalidad del buque y legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles; sobre arribadas forzosas; sobre reconocimientos; sobre abandono, venta y liquidación de créditos del buque; sobre cumplimiento de las obligaciones del capitán y tripulantes; y en general sobre todo contrato concerniente a la navegación y comercio marítimo; 10) de todas las causas de contrabando en los puertos o territorios de la Capital; 11) de todos los delitos cometidos en alta mar a bordo de los buques nacionales o piratas extranjeros, cuando los buques arribasen directamente a los puertos de la Capital; 12) los delitos cometidos en los ríos,*

Y así lo tiene reconocido la jurisprudencia mayoritaria, citando por todas la Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, de 3 de noviembre de 2004 dictada en la causa “P. M., J. v. c/ Pesuar S.A. y otra s/ reclamo s/ inaplicabilidad de ley”, en la que, con cita de los pronunciamiento de la CSJN, señala en sede de votaciones que,

“Como regla la justicia federal funciona en todas las causas relativas al comercio y navegación interprovincial o internacional. Ha dicho desde sus orígenes la Corte Suprema: "la navegación que se relaciona con el comercio marítimo, es la que se hace de un puerto de la República a otro extranjero, o entre dos provincias por los ríos interiores declarados libres para todas las banderas, por el art. 26 de la Constitución Nacional, y sujetos a las autoridades que emanan de ella, y a quienes incumbe también la reglamentación del comercio entre diferentes provincias" (Fallos: 6-400; 12-156; 46-64; 127-426; 186-525). "La jurisdicción de almirantazgo que los tribunales federales ejercen exclusiva y primitivamente, sólo se extiende a los hechos o contratos concernientes a la navegación y comercio marítimo, que se hace entre un puerto de la República y otro extranjero; o por diferentes puertos por los ríos interiores" (Fallos: 12-233; 13-344). En cambio, aquellos conflictos que no alcanzan a poner en contacto dos o más jurisdicciones interprovinciales, quedan reservadas a los órganos judiciales provinciales (véase Claudio Daniel Gómez, "Competencia Federal, Ed. Mediterránea, pág. 335).

Asimismo, presente que vio *supra*, la competencia atribuida al Estado se extienden a todas aquellas actividades que impliquen navegación sean de naturaleza comercial o no, siempre que éstas se desarrollen en aguas interjurisdiccionales, también, respecto a la competencia reconocida al Poder judicial, resulta indiferente tanto el medio náutico en que se realice la navegación, como su propósito –sea éste el transporte mediante precio, navegación de placer, de investigación científica, deportiva, de carga, etc.–, o que la misma constituya acto mercantilista. De nuevo, el elemento determinante queda enmarcado por el hecho de que la navegación sea

islas y puertos cuando el lugar donde fuese cometido el hecho, quede más próximo a la Capital, que al asiento de los demás jueces federales, o cuando los criminales se encuentren en el territorio de la Capital, a menos que en este último caso, otro juez federal hubiese prevenido en el asunto”.

internacional o interprovincial. Y así se reconoce en el Dictamen núm. 41/11 del Procurador General del Poder Judicial, de 13 de mayo de 2011, en el Exp. Núm. 24883/10, seguido ante el Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro como causa “C.; A. C. c/ G.; M. A. y Otro s/ Accidente de trabajo s/ Inaplicabilidad de Ley”, en el que se señala que,

“Si bien el art. 116 de la Const. Nac. establece que "corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima", esa norma también debe complementarse con el dispositivo contenido en el art. 75 inc. 13 que establece la atribución del Congreso de la Nación de "reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí". A partir de ello se ha dicho: "Es indiferente a los fines de determinar la competencia federal, el medio náutico en que se realice la navegación ..., ni su propósito (transporte mediante precio, navegación de placer, de investigación científica, deportiva, de carga, etc.), ni que la misma constituya acto mercantilista; sino lo determinante de la jurisdicción federal, en la especie, es que la navegación sea internacional o interprovincial (art. 75, inc. 13, CN) (Claudio Daniel Gómez: “Competencia Federal”, *Mediterránea*, pág. 333 y su cita)”⁷⁶⁹.

Corresponde por tanto al Poder Judicial Nacional conocer de las causas que refieran a todos aquellos delitos y cuasidelitos cometidos a bordo de buques, en ríos puertos y costas argentinas, como también de aquellos cometidos en alta mar en naves sometidas a la jurisdicción argentina, y a los asuntos referidos a contratos vinculados a la navegación y al comercio marítimo⁷⁷⁰. Debiendo tener presente que, como ha sido expuesto, que “no pertenece a la jurisdicción federal “*ratione materiae*” lo vinculado a la navegación (comercio) que no sea exterior o de las provincias entre sí, como sería la efectuada en un río navegable exclusivamente provincial”⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, de 7 de febrero de 2012, “C.; A. C. c/ G.; M. A. y Otro s/ Accidente de trabajo s/ Inaplicabilidad de Ley”.

⁷⁷⁰ MARTÍN, L., “Jurisdicción para reglar...”, cit., p. 265; PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., 210.

⁷⁷¹ MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho...*, T VI, Régimen y legislación,...cit., p. 449. Y en este sentido se ha pronunciado la CSJN en su sentencia de 10 de noviembre de 1868, Fallos 6:402, “Incidente sobre competencia entre el Juez de Comercio de la Provincia de Buenos Aires y el Seccional de la misma”; SCSJN de de 5 de septiembre de

3.3. Otras competencias de la Nación

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 71 inc. 12 CN, las provincias delegaron a favor de la Nación la competencia para el dictado de la legislación de fondo, de forma que corresponde al Congreso Nacional el dictado de los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, sin que estos puedan alterar las jurisdicciones locales. Muchos de estos Códigos, como se trató en el Capítulo dedicado al Régimen jurídico del agua como recurso natural, contemplan disposiciones relativas a las aguas. En especial, y reiterando lo ya expuesto al efectuar el estudio sobre el dominio público, parte de la doctrina ha referido una posible extralimitación competencial por parte de la Nación que, a través de algunos artículos del Código Civil invaden las competencias reservadas por las provincias para regular el derecho público⁷⁷². Misma extralimitación que, como se verá, ha sido puesta de manifiesto respecto a la Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas.

Otras de las facultades delegadas a favor de la Nación se encuentra en la competencia exclusiva reconocida a favor del Estado Federal en materia internacional, en la política exterior. Así, de conformidad con lo preceptuado en los arts. 27 y 75 inc. 22 y 24, y art 99 inc. 11CN⁷⁷³ corresponderá a la Nación acordar los Tratados

1871, Fallos 12:239, “D. Figari contra Palma y Montaña, por cobro de lancheges”; SCJN de 6 de septiembre de 1900, Fallos 87:157, “Florit, Flyn y Ca. contra Shaw Hnos. por cobro de pesos; sobre competencia”; SCSJN, de 1904, Fallos 99:289 “Lozano y Ballester contra Molfino A. y Hnos., sobre competencia”; SCJSN, de 16 de febrero de 1925, Fallos 142:398, “Sociedad Anónima Bunge y Born contra Moring Fried y Cía. por cobro de pesos; sobre competencia”; SCSJN, de 15 de julio de 1931, Fallos 161:197, “Ricardo Mulugani y Antonio Ricupero contra Sociedad Anónima Unión Telefónica por cobro de pesos”, entre otras.

⁷⁷² Además de la discusión doctrinal en orden a al competencia para la delimitación del dominio público. Algunos arts. del CC podría entenderse que invaden las competencias reservadas a las provincias al regulan por ejemplo el uso y aprovechamiento de las aguas (art. 2642 CC) o la responsabilidad del Estado (art. 2644 CC) por tratarse éstas de materias no delegadas a la Nación, sino reservadas al derecho público provincial.

⁷⁷³ Art. 27 CN: “*El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*”.

Art. 75 inc. 22 CN: “*(Corresponde al Congreso): Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*”

Art. 75 inc. 24 CN: “*(Corresponde al Congreso): Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones*

Internacionales que comprometan recursos hídricos. Como señala MARTÍN, “en virtud de ello corresponde a la Nación garantizar la vigencia efectiva y aplicabilidad de los acuerdos multilaterales en materia ambiental (y de recursos hídricos) en todo el territorio nacional. Se ha sostenido que, en términos prácticos, tales casos de suscripción de un tratado internacional se convierten de facto en un presupuesto mínimo en virtud de la representación de la unión que la Nación ejerce ante la comunidad internacional a partir de las facultades delegadas antes citadas”⁷⁷⁴. Ahora bien, no puede obviarse que como fue analizado al abordar el estudio sobre la complejidad competencial del estado federal argentino, y en especial, las potestades provinciales en materia internacional, tras la reforma de la CN, se ha pretendido reforzar el federalismo, reconociendo a las provincias *ex art. 124 CN* la posibilidad de celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación y sean celebrado con conocimiento del Congreso Nacional.

Se destaca aquí la preeminencia del federalismo de concertación y la necesidad de colaboración recíproca entre el Estado federal y los Estados provinciales. En especial, si tenemos en cuenta dos cuestiones fundamentales: de un lado, que la representación internacional que ostenta la Nación no puede servir a ésta para comprometer a nivel internacional competencias que no le corresponden, como sería el caso de las aguas interprovinciales⁷⁷⁵; y de otro, el tema de la responsabilidad internacional, presente que se vio *supra*, aun cuando se reconozca a las provincias la

de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. (...).

Art. 99 inc. 11 CN: “(El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones): Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”.

⁷⁷⁴ MARTÍN, L., *Derecho de...*, cit., p. 114; En el mismo sentido, WALSH, R., “Ambiente y Constitución en la Republica Argentina, la reforma de 1994 y los presupuestos mínimos de protección ambiental”, en VV.AA., *15 años de la Constitución Ecológica de Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 513 y ss.

⁷⁷⁵ Como señala PINTO hay que tener en cuenta “la contradicción que se genera, cuando la Nación no puede imponer una distribución de aguas entre dos provincias, pero se arroga la potestad de acordar con un Estado extranjero la distribución de aguas entre éste y algunas Provincias. En estos casos, aunque las autoridades nacionales presentan la representación del conjunto de provincias ante los Estados extranjeros, no desplazan su voluntad como propietarias de los recursos naturales ni como entidades autónomas preexistentes en los aspectos no delegados”. PINTO, M., *Régimen jurídico...*, cit. p., 219.

posibilidad de celebrar acuerdos internacionales, actuando como propietarias, el responsable siempre será el Estado nacional como sujeto de derecho internacional. Por tanto, la mutua colaboración deviene fundamental en estos casos, debiendo arbitrarse mecanismos de cooperación necesarios en un ámbito que entendemos de concurrencia competencial.

Junto con las competencias anteriores podemos identificar la jurisdicción reconocida a la Nación sobre los territorios y lugares adquiridos por ésta mediante compra o cesión *ex art. 75 inc. 30*, y los denominados establecimientos de utilidad nacional, entre los que se incluyen parques nacionales, áreas protegidas, monumentos naturales⁷⁷⁶; Así, corresponde en primer lugar concretar que debe entenderse por establecimiento de utilidad nacional, pudiendo definirlos siguiendo como “aquéllos espacios ocupados por edificios, dependencias, instalaciones o dispositivos destinados a poner en ejercicio las competencias que la Constitución Nacional coloca en cabeza del gobierno federal”⁷⁷⁷. De este modo, puede entenderse que toda ocupación que se lleva a cabo sobre una porción de suelo a fin de cumplir con las funciones o atribuciones que han sido delegadas *ex constitutione* al gobierno federal, constituye un establecimiento de utilidad nacional, ya sea como señala MANILI, “que en él se construyan edificios (como en los tribunales, agencias de impuestos, escuelas, hospitales, universidades, etc.), se instalen otro tipo de dispositivos (como en los yacimientos de hidrocarburos, puertos y aprovechamientos hidroeléctricos) o que simplemente se deje el suelo tal como está (campos militares o parques nacionales). No se trata necesariamente de lugares cerrados, ya que la palabra “establecimiento” no está utilizada en la constitución en sentido físico, sino funcional”⁷⁷⁸. Así, sobre estos y de acuerdo con el art. 75 inc. 30 CN: “(Corresponde al Congreso) Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República”.

En este sentido debe señalarse que al aludir la disposición constitucional al concepto de legislación necesaria, la misma debe ser entendida como la esencial para

⁷⁷⁶ MANILI, P. L., “Los establecimientos de utilidad nacional”, en MANILI, P. L. (dir.), *Máximos Precedentes. Corte Suprema de la Nación. Derecho Constitucional*, T. IV, Cap. XLII, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 760.

⁷⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁷⁸ *Ibidem*.

la regulación de los hechos, actos y relaciones jurídicas que se desarrollaran en esos establecimientos siempre que estos queden relacionadas con su finalidad, como señala BIDART CAMPOS, la misma “queda circunscripta a los fines específicos del establecimiento”⁷⁷⁹. Por su parte, las provincias, de acuerdo con el referido art. 75 inc. 30 CN “*conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines*”. Al respecto, señala MANILI que las competencias provinciales tiene un límite claro situado en todo aquello que la legislación federal no regule y siempre y cuando el ejercicio de esos poderes no interfiriera ni afectara el cumplimiento de los fines de utilidad nacional que el gobierno federal persigue con esos establecimientos, lo que permite al autor defender que no es correcto hablar en este caso de competencias compartidas o concurrentes entre provincia y Nación, “pues una cosa es sostener que Nación y provincias tienen poderes concurrentes o compartidos en estas zonas y otra muy distinta es afirmar que las provincias pueden actuar en todo lo que no afecte o interfiera con los fines de utilidad nacional. (...) Es más preciso hablar de la “no interferencia” en el sentido que –en estos lugares- las competencias nacionales se encuentran en una jerarquía superior a las de las provincias y tienen preeminencia sobre ellas, lo cual –desde 1994- no puede ser interpretado como la aniquilación de las últimas”⁷⁸⁰.

Sin bien, otros autores como VANOSSI o MATHUS ESCORIHUELA, defienden la existencia de una jurisdicción concurrente o doble entre la Nación y las provincias en dichas áreas⁷⁸¹. Tesis que parece acoger la jurisprudencia, debiendo resaltarse, por su claridad, el razonamiento del Juez LOZANO, miembro del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, expresado en su sentencia de 20 de diciembre de 2006 dictada en la causa “Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ inf. falta de habilitación y otros.”, en la que se viene a señalar en el apartado 2º de su voto que,

⁷⁷⁹ BIDART CAMPOS, G. J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T VI, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 360.

⁷⁸⁰ MANILI, P. L., “Los establecimientos de utilidad nacional”, disponible en <http://www.pablomanili.com.ar/>, sección artículos, p. 34.

⁷⁸¹ VANOSSI, J. R., *La reforma constitucional de 1994*, Circulo de Legisladores de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2004, pp. 54 y ss; MATHUS ESCORIHUELA, M., “Los conflictos de competencias sobre las aguas en países federales. La situación en argentina”, en EMBID IRUJO (dir.), *Agua y Territorio*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007, p. 166.

“La tesis de la jurisdicción compartida, como contra-cara de la postura exclusivista que invoca la recurrente, además de coincidir con lo establecido por el art. 75 inc. 30 de la CN, encuentra amplio respaldo en los fundamentos desarrollados por la jurisprudencia de la CSJN que brindó al tópico un profundo estudio a raíz de las posturas contradictorias asumidas en la materia. El mandato constitucional encuentra en la doctrina judicial aludida la más adecuada explicación y justifica considerar válido el ejercicio del poder de policía cuestionado en autos. Las razones dadas para fijar el alcance que corresponde otorgar a las potestades del gobierno nacional sobre los establecimientos de utilidad nacional, quedan sintetizadas en las premisas establecidas por la CSJN —votos de mayoría cuando triunfaba la postura de los poderes compartidos y disidencias cuando prevalecía la tesis exclusivista— aún antes de que un texto expreso como el del art. 75 inc. 30 CN fuere incorporado para despejar la polémica, según ellas: “todo lo que encierra el riesgo de cercenar las autonomías provinciales debe ser manejado con suma cautela a fin de no evadirse del contexto de los arts. 104 a 107 de la Constitución que trasuntan, en esencia, el sentido histórico que preside nuestra organización política”; el ejercicio de poderes locales en los enclaves de jurisdicción federal incide siempre en estos, la pauta no es la incidencia sino su compatibilidad con lo inherente a esa utilidad nacional; si la actividad local no condiciona, menoscaba o impide el interés nacional, es compatible con él; no cabe una interpretación extensiva del 75, inc. 30 CN (ex art. 67, inc. 27 CN) no autorizada claramente por su texto ni exigida por la naturaleza misma de la facultad en él otorgada al Congreso nacional; en cada caso debe determinarse la compatibilidad o incompatibilidad del ejercicio de poderes locales pues si el gravamen que emana de él no constituye un obstáculo, real y efectivo, que condiciona, menoscaba o impida la consecución de los fines propios del establecimiento de utilidad nacional resulta ilegítimo su desconocimiento; el obstáculo debe ser probado y no constituir una mera hipótesis (Fallos 301:1122); la existencia de un establecimiento de utilidad nacional en jurisdicciones locales no importa una federalización al extremo de que la Nación atraiga, por ello, toda potestad legislativa, administrativa y judicial,

de manera exclusiva y excluyente (Fallos 293:287); es también de interés nacional que las provincias desenvuelvan con plenitud los servicios territorialmente divisibles que constituyen su normal competencia (Fallos 299:442, voto en disidencia del juez FRIAS).

Destacamos de nuevo la necesidad de delinear las concretas pautas de cooperación entre Nación y provincias. El federalismo de concertación reaparece como la solución adecuada, eliminando cualquier atisbo de subordinación de las provincias al gobierno nacional, dando preeminencia a la participación y cooperación necesaria a fin de que ambos poderes converjan en el bien común, y así lo entiende el LOZANO en el segundo de sus razonamientos recogidos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires de 20 de diciembre 2006, cuando expuso que,

“El marco más seguro de interpretación es aquel que aborda la cuestión desde la perspectiva que impone el sistema federal entendido, según lo ha hecho desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no como “(...) un régimen de subordinación de Estados particulares al gobierno central, sino de convergencia de todos al bien común que declara la Constitución. Esa convergencia supone asociación y concertación de funciones en áreas cada vez más numerosas y delicadas, porque la dinámica de la república federal actual es de participación y no de aislamiento desdeñoso o de supremacías excluyentes. En definitiva, nuestra forma federal de Estado se traduce en un sistema de poderes y relaciones en que la misión augusta del gobierno central es la de presidir ‘la unión indestructible de estados indestructibles’ y prestar los servicios territoriales indivisibles y los demás que puedan habersele atribuido. La sociedad política provincial, configurada según la autonomía de la Constitución, no se agota en la prestación de los servicios jurisdiccionalmente divisibles (...), sino que al participar en el gobierno central testimonia la destinación nacional de todo el sistema federativo (Fallos 299:442)”.

Por último, si bien de una forma sucinta pues en este sentido nos remitimos desde aquí al estudio de la causa “Mendoza”, hemos de referirnos a la competencia judicial federal para conocer de los casos de contaminación o degradación de las aguas

interjurisdiccionales reconocida en virtud de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley 25.675 de política ambiental general y el art. 58 de la Ley 24.051 de residuos peligrosos⁷⁸². Así, partiendo del esquema federal de la republica argentina, la regla general en este orden judicial es que la competencia será provincial, siendo la excepción la intervención del Poder Judicial Nacional para aquellos asuntos expresamente señalados en la CN, si bien, en el caso de la jurisdicción ambiental debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 116 y 117 CN, en relación directa con los art. 41 y 43 CN. De acuerdo, con esto la competencia federal se limitaría al conocimiento estrictamente judicial (art. 116) CN, sin poder extenderse a cuestiones de índole administrativa reservadas a las provincias de acuerdo con los arts. 41 y 121 CN.

En todo caso, debe hacerse hincapié en que la jurisdicción ambiental (aquí referida al ámbito judicial), se torna diferente a las restantes intervenciones de este poder, debiendo dar cabida en sus trámites procesales a nuevos conflictos que derivan directamente de los derechos de tercera generación, obligando como se verá a tomar decisiones *ex profeso* a fin de alcanzar solución a los nuevos planteos. En este sentido, la causa “Mendoza” es un fiel ejemplo de las peculiaridades señaladas pues en la misma pueden detectarse desde personaciones espontáneas y ampliación de la legitimación, a la intervención masiva de terceros, especiales facultades de instrucción y ordenación reconocidas a la Corte Suprema; celebración de vistas informativas; “condenas” previas al Fallo de mérito; contestaciones escritas y orales a la demanda; incluso la creación en el seno mismo del procedimiento de un organismo como la ACUMAR, destinado a dar cumplimiento a la Sentencia definitiva, cuestiones sobre las que se abundará *infra*.

La reforma de 1994 incorporó también el art. 41 CN, donde se establecieron diversas garantías de los habitantes, relativos al ambiente y los recursos naturales. Siendo el agua un recurso natural y un elemento ambiental, sus disposiciones le atañen directamente. Su párrafo tercero atribuye a la Nación la jurisdicción “para dictar las

⁷⁸² Art. 7, Ley 25.675 de política ambiental general: “*La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal*”.

Ley 24.051 de Residuos peligrosos, sancionada el 17 de diciembre de 1991 y promulgada el 8 de enero de 1992, cuyo art. 58 dispone que “*será competente para conocer de las acciones penales que deriven de la presente ley la Justicia Federal*”.

normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental. De este modo, la materia ambiental, se convierte en un sector sujeto a una competencia concurrente complementaria entre el Estado Federal y las provincias, correspondiendo al primero la legislación básica y a las segundas la legislación complementaria. Si bien, dada la importancia de la citada clausula ambiental y la necesaria delimitación de extremos tales como la extensión y contenido de los presupuestos mínimos y de las normas complementarias, la autoridad para su aplicación, o incluso la constitucionalidad de la Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, damos a esta competencia un tratamiento separado.

Téngase en cuenta, por otra parte, que no solo las provincias detentan atribuciones respecto de los recursos hídricos o la salud. Como veremos, la CN impone a las provincias el deber de asegurar la autonomía municipal *ex art. 123 CN* cuyo alcance debe quedar determinado en las Constituciones provinciales y reglado por las Leyes o Cartas Orgánicas municipales, pudiendo alcanzar en consecuencia atribuciones vinculadas a la utilización de los recursos hídricos. Por tanto, los municipios a través de lo dispuesto en las Constituciones provinciales, leyes y cartas orgánicas municipales también poseen injerencia en esta temática⁷⁸³.

⁷⁸³ En este sentido señalamos, a modo de ejemplo, la L.O. 6.769, de Municipalidades de la provincia de Buenos Aires, que reconoce a favor de la función deliberativa municipal reglamentar sobre la contaminación ambiental y cursos de agua y la conservación de los espacios naturales, (art. 27, inc. 17); L. O. de las Municipalidades de la provincia de Buenos Aires, Decreto-Ley 6769/1958, fecha de emisión 29 de abril de 1958 publicada el 30 de abril de 1958, art. 27 inc 17: (Texto según Decreto Ley 9117/1978, art.1) *“(Corresponde a la función deliberativa municipal reglamentar: “La prevención y eliminación de las molestias que afecten la tranquilidad, el reposo y la comodidad de la población, en especial las de origen sonoro y lumínico, así como las trepidaciones, la contaminación ambiental y de los cursos de agua y el aseguramiento de la conservación de los recursos naturales”*. La L.O. 4466, de Municipios de la provincia de Jujuy núm., atribuye al Concejo dictar las normas para prevenir la contaminación de las aguas (art. 119); L.O. 4.466, de Municipios de la Provincia de Jujuy, sancionada el 25 de octubre de 1989 y promulgada el 25 de octubre de 1989, art. 119: *“Medio ambiente, higiene y salubridad pública: En lo relativo a gestión ambiental y en materia de salubridad e higiene pública, corresponde al concejo: c) Dictar las normas para prevenir la contaminación del aire, de las aguas y de las habitaciones, reglamentando las de aplicación en el ámbito privado, así como las disposiciones relativas al saneamiento ambiental y las que tiendan especialmente a la preservación del equilibrio ecológico”*; La Ley 3.098 de Corporaciones Municipales de la provincia de Chubut (T. O. por Decreto 1130/1995 de 8 de agosto de 1995), establece que corresponde al Consejo Deliberante entender, en el marco de sus facultades, sobre Las condiciones para la instalación de pozos de agua, cámaras, sépticas, pozos ciegos, sistemas cloacales, y redes de agua (art. 33 inc 19) y la prestación de servicios públicos de provisión de agua y obras sanitarias (art. 51). Art. 33 inc. 19: *“Corresponde al Concejo Deliberante entender en el marco de sus facultades, sobre: Las condiciones para la instalación de pozos de agua, cámaras, sépticas, pozos ciegos, sistemas cloacales, aljibes, baños, albañales, chimeneas, hornos, hornallas, estufas, calderas y redes de agua y gas”*; Art. 51: *“Corresponde al Concejo*

disponer la prestación de los servicios públicos de barrido, riego, limpieza, alumbrado, provisión de agua, obras sanitarias, desagües pluviales, inspecciones, registro de guías, transporte y todo otro tendiente a satisfacer necesidades colectivas de carácter local”.

CAPÍTULO III: DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE COMO TÍTULO COMPETENCIAL CONCURRENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y ARGENTINO

I. EL REPARTO CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE EN DERECHO ESPAÑOL

1. El concepto constitucional de medio ambiente

La dificultad para lograr una definición uniforme para el término jurídico ambiente ha sido reconocida en incontables ocasiones tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Esta dificultad se ve incrementada si el objetivo es proporcionar un concepto con el rigor y exactitud que requieren las categorías jurídicas. El ambiente encierra un contenido meta jurídico referido a un término caracterizado por su amplitud y su vis expansiva que a fin de lograr su protección por el derecho ha de convertirse en un concepto jurídico. Desde la perspectiva del presente trabajo, la distribución constitucional de competencias, deber tenerse en cuenta que la CE ha optado por tratar de forma separada de un lado el medio ambiente como objeto de derecho, de un deber y de una política *ex art.45 CE*, y de otro, la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las CCAA en la materia en los art. 149.1.23^a y 148.1.9^a. Como señala BETANCOR RODRÍGUEZ “esta sistemática está inspirada en la clásica división de las normas constitucionales en dos grandes grupos: las sustantivas y las organizativas que, en nuestro caso, son las normas relativas fundamentalmente a la organización territorial del Estado resultante de la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA”⁷⁸⁴. Así, son varias las cuestiones que deben tenerse en cuenta. De un lado, debe concretarse el concepto de medio ambiente y de los elementos que lo integran, en especial, del agua como recurso natural; y de otro, el distinto alcance del concepto de medio ambiente recogido en los arts. 45 y 149.1.23^a CE y su incidencia en la materia objeto de estudio.

Cabe apuntar que, pese a que se trata de una referencia tradicional en el ordenamiento jurídico español, habiendo quedado regulado en diversas normas

⁷⁸⁴ BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Derecho ambiental*, cit., p. 489.

preconstitucionales⁷⁸⁵, y siendo además hoy recogido de forma expresa en la CE, el ordenamiento jurídico español no proporciona una definición clara y definitiva de lo que debe ser entendido por medio ambiente. Deviene por tanto necesario comenzar precisando cómo debe interpretarse la expresión "medio ambiente" en el art. 45 CE.

Como señala el TC el referido precepto “configura un derecho de todos a disfrutarlo y un deber de conservación que pesa sobre todos, más un mandato a los poderes públicos para la protección”⁷⁸⁶. Pese a la entidad de su contenido el art. 45 CE no proporciona una definición de lo que debe ser entendido por medio ambiente. Como reconoce el Alto Tribunal, “la Constitución Española, como las demás, utiliza

⁷⁸⁵ La expresión medio ambiente aparece por primera vez en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, (BOE núm. 292, de 7 de diciembre de 1961, p. 17259), cuyo art. 1, al concretar el objeto del Reglamento, dispone que “*el presente Reglamento de obligatoria observancia en todo el territorio nacional, tiene por objeto evitar que las instalaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacenes sean oficiales o particulares, públicos o privados a todos los cuales se aplica indistintamente en el mismo la denominación de «actividades», produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a las riquezas pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes*”. En la misma década despuntan las preocupaciones sobre la contaminación atmosférica siendo fiel reflejo de las mismas las medidas adoptadas para la protección de las poblaciones con altos niveles de contaminación atmosférica o de perturbaciones por ruidos o vibraciones (Decreto 2107/1968, de 16 de agosto, BOE núm. 212, de 3 de septiembre de 1968, p. 12892); las medidas para evitar la contaminación producida por partículas sólidas en suspensión en los gases vertidos al exterior por fábricas de cemento (Decreto 2861/1968, de 7 de noviembre, BOE núm. 282, de 23 de noviembre de 1968, p. 16679); o las concernientes a la contaminación atmosférica de origen industrial (Orden del Ministerio de Industria de 17 de enero de 1969, por la que se crea la Comisión Técnica Asesora de Problemas de la Contaminación Atmosférica de Origen Industrial). La Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico, BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 1972, p. 23031, incorpora a su título por primera vez el término “ambiente” en solitario, (ambiente atmosférico) y en la misma línea terminológica le sigue la Ley de Minas, 22/1973, de 21 de julio (BOE núm. 176, de 24 de julio de 1973, p. 15056) en la que las referencias a la protección del medio ambiente son continuas. Por su parte, la Ley 15/1975, de 15 de mayo, sobre espacios naturales protegidos, (BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1975, p. 9419), si bien no alude de forma expresa al medio ambiente, proclama en su art. 1.1 que la “finalidad de esta Ley es contribuir a la conservación de la naturaleza otorgando regímenes de adecuada protección especial a las áreas o espacios que lo requieran por la singularidad e interés de sus valores naturales”. A su vez, el urbanismo, por su propia esencia, guarda una relación muy estrecha con lo que se ha dado en llamar medio ambiente, como puso de manifiesto la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1975, p. 9427) sucesora de la promulgada en 1956, en la que queda previsto que los Planes Directores Territoriales de Coordinación contengan medidas de protección a adoptar en orden a la conservación del suelo, de los demás recursos naturales y a la defensa, mejora, desarrollo o renovación del medio ambiente natural (art. 8.c), misma medida que el posterior Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (BOE núm. 144, de 16 de junio de 1976, p. 11755) prevería para todos los Planes Generales Municipales de Ordenación (art. 12.1.d).

⁷⁸⁶ STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 4.

palabras, expresiones o conceptos sin ocuparse de definirlos, por no ser misión suya y cuyo significado hay que extraer del sustrato cultural donde confluyen vectores semánticos ante todo y jurídicos en definitiva, con un contenido real procedente a su vez de distintos saberes y también de la experiencia”⁷⁸⁷. Es por ello que, a fin de conocer realmente que quiere decirse a través de la locución medio ambiente, la misma debe ser interpretada a la luz del contexto social actual.

Partiendo de la doctrina del TC el medio ambiente es un concepto jurídico indeterminado, con un talante pluridimensional y por tanto interdisciplinar ⁷⁸⁸. Afirmación que, como puede comprobarse, queda lejos de esclarecer que engloba realmente el término medio ambiente. Para un adecuado análisis conceptual del medio ambiente ha de partirse de la STC 102/1995 de 26 de junio, llevando a cabo una doble interpretación semántica –en base al significado del concepto– y factorial –analizando sus componentes–, y todo ello puesto en relación con la función asignada a este concepto.

Así, en primer término, desde un punto de vista puramente semántico, según el sentido propio de las palabras utilizadas por la CE y los EEAA, debe acudir al Diccionario de la Real Academia Española. Entre las acepciones de la palabra “medio” destaca aquella que lo define como el conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales, en que vive una persona o un grupo humano, o bien, desde un punto de vista biológico, como el conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo. Esta definición no resulta suficiente para perfilar el concepto jurídico medio ambiente. Como señala el TC este concepto, dejaría fuera elementos como las circunstancias sociales pero comprendería las condiciones o circunstancias de un lugar que parecen favorables o no para las personas, animales o cosas que en él se encuentran⁷⁸⁹. Así, sintetizando lo anterior, el Ato Tribunal proporciona una definición material del medio ambiente señalando que “consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida, que se aceptan o rechazan, o se utilizan mal o bien,

⁷⁸⁷ *Ibidem*.

⁷⁸⁸ El TC remitiéndose a su STC 64/1982, de 4 de noviembre, señala en el FJ 4 de la mencionada sentencia 102/1995 de 26 de junio que “este es el caso del medio ambiente que gramaticalmente comienza con una redundancia y que, en el lenguaje forense, ha de calificarse como concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y, por tanto, interdisciplinar (STC 64/1982)”.

⁷⁸⁹ STC 102/1995, de 26 junio, FJ 4.

todo ello en virtud de la libertad humana. El medio no determina a los seres humanos, pero los condiciona. Se afirma por ello, que el hombre no tiene medio sino mundo, a diferencia del animal. No obstante, en la CE y en otros textos el medio, el ambiente o el medio ambiente (“*environment*”, “*environnement*” “*Umwelt*”) es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aúna lo útil y lo grato. En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción. El ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí”⁷⁹⁰.

Como señala ORTEGA ÁLVAREZ “esta definición que por su vaguedad y su amplitud no es válida para el Derecho, nos aporta dos datos que sí debemos tener en cuenta y que son el de la historicidad de la noción de medio ambiente y el de su transversalidad. Es decir, de una parte, el medio ambiente tiene un componente temporal ligado al cambio de las circunstancias que afectan al ciclo de la vida, de otro, el medio ambiente puede manifestarse como un valor a proteger en cualquier actividad que desarrolla el ser humano”⁷⁹¹. La extensión del concepto da pie a distinta posiciones doctrinales. GIANNINI⁷⁹² delimitó el concepto jurídico de medio ambiente catalogándolo en tres posibles versiones: en cuanto conservación del paisaje, incluyendo tanto las bellezas naturales como los centros históricos; el medio ambiente en cuanto normativa relacionada con la defensa del suelo, del aire y del agua; y el ambiente en cuanto objeto de disciplina urbanística. Por su parte, MARTÍN MATEO definía el ambiente “como conjunto de elementos naturales objeto de una protección jurídica específica”⁷⁹³, identificando ambiente con “aquellos elementos naturales de

⁷⁹⁰ STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 4.

⁷⁹¹ ORTEGA ÁLVAREZ, *Lecciones de Derecho del Medio ambiente*, 4ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 44.

⁷⁹² GIANNINI, M. S., “Ambiente: Saggio sui diversi as peti giuridici”, *Revista trimestral de Diritto Pubblico*, año XXIII, núm. 1, Italia, 1973, p 15 y ss.

⁷⁹³ MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I*, Trivium, Madrid, 1991, p. 85.

titularidad común y de características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire...”⁷⁹⁴. Para MARTÍN MATEO “ambiente” es igual a “agua” y “aire”, entendiéndolos “factores esenciales para la existencia del hombre sobre la Tierra”⁷⁹⁵. Si bien, esta perspectiva restrictiva⁷⁹⁶ del ambiente expuesta por el autor, se amplía años después haciendo referencia, como objeto del Derecho ambiental, y por tanto del medio ambiente, a la naturaleza, la biodiversidad, las especies amenazadas, la pesca marítima, la caza y pesca fluvial, los espacios naturales protegidos, montes y el paisaje natural, es decir, a todos aquellos sectores naturales que en un momento inicial habían quedado excluidos del concepto de ambiente⁷⁹⁷. Se aprecia por tanto una evolución en el pensamiento del autor, que avanza desde una posición más restrictiva hacia la concepción amplia del ambiente, dando cabida junto a los tres sistemas vitales básicos –aire, agua y suelo–, a los reinos naturales –reino animal, el vegetal y el mineral–, así como “el patrimonio físico-histórico aportado por el hombre y que comprende desde un conjunto de ruinas prehistóricas, a los rascacielos de la Quinta Avenida neoyorquina”⁷⁹⁸. Como el propio autor reconoce “este viraje metodológico responde a la ampliación de la sensibilidad ambiental que a partir de Río 92 abarca los recursos biológicos...” y que “el concepto amplio de ambiente, ahora manejado, es el que se viene utilizando por las Naciones Unidas incluidas las Declaraciones de la Conferencia de Río 92 en las que se reconoció la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra”⁷⁹⁹. La influencia de la Declaración de Río de 1992 marca también la definición más actual de medio ambiente proporcionada por BETANCOR RODRÍGUEZ quien lo define como “el conjunto sistémico de elementos naturales en los que los seres humanos ocupan una situación de pertenencia pero, sobre todo, de dependencia «es el complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional» del que los seres humanos dependen tanto

⁷⁹⁴ MARTÍN MATEO, R., *Tratado de...* Vol. I, cit., p. 86.

⁷⁹⁵ *Ibidem*.

⁷⁹⁶ El autor defiende en el año 1991 un concepto estricto de ambiente que conlleva la exclusión de la “naturaleza” globalmente considerada. Así, afirma el autor que “tampoco puede identificarse sin más ambiente con naturaleza... Pero aunque el ambiente sea una parte de la naturaleza, lo que aquí nos interesa no es toda la naturaleza”. MARTÍN MATEO, R., *Tratado de...* Vol. I, cit., p. 86.

⁷⁹⁷ *Vid.* MARTÍN MATEO, R., *Tratado de...*, Vol. III, Recursos Naturales. Trivium, Madrid, 1997.

⁷⁹⁸ *Ibidem*, p. 16.

⁷⁹⁹ *Ibidem*, pp. 21-22.

como pertenecen”⁸⁰⁰. Por su parte, la Comisión de las Naciones Europeas, desde una perspectiva netamente jurídica, define el medio ambiente como “la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales de las personas y de las sociedades”⁸⁰¹, definición que obliga a determinar cuáles son los elementos, los componentes, cuyas relaciones conforman el meta-concepto medio ambiente.

El art. 45 CE señala alguno de los elementos que integran este concepto, destacando entre ellos los denominados recursos naturales aun cuando no los define⁸⁰². Como sostiene el TC, “la noción de recurso natural es tan vieja como el hombre, dotada de una sugestiva aparente y falsa sencillez, derivada de su misma objetividad, mientras que el supra-concepto al que pertenece, el medio ambiente, es un concepto recién llegado, complejo y propicio a lo subjetivo, problemático en suma”⁸⁰³. BETANCOR RODRÍGUEZ define los recursos naturales como “los compartimentos, los factores, o los «componentes de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial»”⁸⁰⁴. Pero junto con los recursos naturales se identifican otros componentes

⁸⁰⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Derecho Ambiental*, cit., p. 493. El autor fundamenta esta definición remitiéndose al art. 2 del Convenio de 5 de junio de 1992 sobre la diversidad biológica, hecho en Río de Janeiro, repetido en el art. 3 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad.

⁸⁰¹ Programa de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, Comunicación de la Comisión al Consejo, BOCE núm. C 52/3, de 26 mayo 1972.

⁸⁰² Art. 45.2 CE: “*Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva*”.

⁸⁰³ STC 102/1995, de 26 junio, FJ 5.

⁸⁰⁴ BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Derecho Ambiental*, cit., p. 493. El autor al hacer uso del término “compartimentos” se remite a la legislación comunitaria de sustancias y preparados peligrosos, Reglamento (CE) núm. 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH). Del mismo modo, cuando alude al concepto “factores” se remite a la Directiva 2011/1992, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Por último, el entrecomillado de la propia definición es una remisión directa al art. 3 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, la cual se ilustra con la referencia a ciertos componentes que forman parte de los recursos naturales: “*el paisaje natural; las aguas, superficiales y subterráneas; el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales, cinegéticas y de protección; la biodiversidad; la geodiversidad; los recursos genéticos, y los ecosistemas que da soporte a la vida; los hidrocarburos; los recursos hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; la atmósfera y el espectro radioeléctrico, los minerales, las rocas y otros recursos geológicos renovables y no renovables*”.

del medio ambiente. Como señala ORTEGA ÁLVAREZ “el concepto material de medio ambiente tiene una pluralidad de contenidos que abarca desde los recursos naturales, la fauna y la flora hasta los conceptos de bienestar, calidad de vida y desarrollo de la personalidad, incluso la ordenación del territorio e infraestructuras”⁸⁰⁵. Así lo reconoce el TC en su sentencia 102/1995, de 26 de junio, cuando expone que, “hay dos bienes de la naturaleza, el aire o la atmósfera y el agua, cuyo carácter de recurso vital y escaso hemos reconocido (STC 227/1988) con una posición peculiar, en un primer plano. La pesca marítima⁸⁰⁶ o ciertos minerales fueron ya incluidos en este catálogo de recursos naturales, alguno como el carbón muy ligado al medio ambiente desde la misma actividad de su extracción⁸⁰⁷, así como la agricultura de montaña⁸⁰⁸. No sólo la fauna, sino también la flora forman parte de este conjunto cuyo soporte físico es el suelo (y el subsuelo) que puede ser visto y regulado desde distintas perspectivas, como la ecológica, la dasocrática o forestal, la hidrológica, la minera o extractiva, la cinegética y la urbanística, a título de ejemplo y sin ánimo exhaustivo, que en su dimensión constitucional dan contenido a distintos títulos habilitantes para el reparto de distintas competencias entre el Estado y las CCAA. Por otra parte, ligado

⁸⁰⁵ ORTEGA ALVAREZ, *Lecciones de Derecho...*, cit., p. 44.

⁸⁰⁶ En la STC 147/1991, de 4 de julio, por la que el TC resolvió los conflictos positivos de competencia acumulados núms. 384/85, 407/85 y 340/89, promovidos, respectivamente, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña; por la Junta de Galicia, y por el Gobierno de la Nación, en relación con el Real Decreto 2.349/1984, de 28 de noviembre por el que se regula la pesca de «Cercos» en el caladero nacional, y con la Orden del Departamento de Agricultura Ganadería y Pesca de la Generalidad de Cataluña de 15 de diciembre de 1988 en la que se fija un periodo de veda, para la modalidad de pesca de cerco, en los distritos marítimos de San Carlos de la Rápita, Tortosa y Tarragona, el TC reconoció en el FJ 5 de la STC que la finalidad esencial que el Decreto no era otra que “la contención y reducción progresiva del esfuerzo pesquero y la defensa de los recursos naturales en los caladeros nacionales, ante la situación de sobrepesca”.

⁸⁰⁷ En la STC 25/1989, de 3 de febrero, por la que se resuelve el recurso de amparo núm. 833/83 interpuesto contra la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 25 de abril de 1983, modificada por la Orden Ministerial de 4 de mayo del mismo año por la que se distribuye entre las explotaciones subterráneas el complemento de precio autorizado para los carbones destinados a centrales térmicas y se establece una nueva fórmula para la determinación del precio del lignito negro con el mismo destino, el Alto Tribunal reconoce en el FJ3 de la Sentencia que, “la distinción entre explotaciones subterráneas y a cielo abierto resulta razonablemente justificada y no puede considerarse discriminatoria. De un lado, porque los objetivos perseguidos con la medida impugnada responden a principios rectores de la política económica constitucionalmente fijados, ya que, como el Abogado del Estado señala, tal distinción deriva de la necesidad de estabilizar el sector (art. 40.1), equilibrando y armonizando su desarrollo (art. 131.1) y velando por una utilización racional de estos recursos naturales (art. 45.2), y es asimismo congruente con una política de fomento de empleo (art. 40.1) y de protección del medio ambiente (art. 45.1), y, de otro, porque la medida adoptada es coherente con dichos objetivos, aparece económicamente fundada, y no puede calificarse de arbitraria o irrazonable”.

⁸⁰⁸ STC 144/1985, de 25 de octubre.

a todo lo ya inventariado está el paisaje, noción estética, cuyos ingredientes son naturales –la tierra, la campiña, el valle, la sierra, el mar– y culturales, históricos, con una referencia visual, el panorama o la vista, que a finales del pasado siglo obtiene la consideración de recurso, apreciado antes como tal por las aristocracias, generalizado hoy como bien colectivo, democratizado en suma y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional del medio ambiente como reflejan muchos de los Estatutos de Autonomía que luego se dirán. En definitiva, la tierra, el suelo, el espacio natural, como patrimonio de la Humanidad, produce unos rendimientos o «rentas», los recursos, que son sus elementos y cuyo conjunto forma un sistema, dentro del cual pueden aislarse intelectualmente, por abstracción, otros subsistemas en disminución gradual, hasta la célula y el átomo»⁸⁰⁹.

El TC proporciona así, desde una perspectiva jurídica, una definición provisional del medio ambiente señalando que “queda integrado por recursos naturales, la flora y la fauna, los animales y los vegetales o plantas, los minerales, los tres “reinos” clásicos de la Naturaleza con mayúsculas, en el escenario que suponen el suelo y el agua, el espacio natural”, a los que debe añadirse, además, otros elementos que “no son naturaleza sino Historia, los monumentos, así como el paisaje”⁸¹⁰. Sin embargo tal y como reconoce el propio TC, “este concepto descriptivo resulta insuficiente para explicar la fenomenología o el comportamiento en el mundo del Derecho y muy especialmente dos de sus efectos: el carácter transversal de la competencia en su configuración constitucional y, paralelamente, que lo

⁸⁰⁹ STC 102/1995, de 26 junio, FJ 6.

⁸¹⁰ STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 6. Esta definición ha sido posteriormente reiterada por la jurisprudencia, destacando la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 2 marzo 2011 en cuyo FJ 8 concreta que: “Debe destacarse asimismo que el Tribunal Constitucional, ha incluido en el concepto de medio ambiente no sólo los recursos naturales, destacando los elementos flora y fauna en la conjunción de los escenarios que suponen el suelo y el agua, como espacio natural, a lo que pueden añadirse estratos no esencialmente naturales, como los monumentos y, en definitiva, una realidad dependiente, por tanto no objetiva, como es el paisaje”.

En esta línea se sitúa la exposición de motivos de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad que en base al art. 45 CE establece el régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad española, como parte del deber de conservar y del objetivo de garantizar los derechos de las personas a un medio ambiente adecuado para su bienestar, salud y desarrollo. Los principios que inspiran esta Ley se centran, desde la perspectiva de la consideración del propio patrimonio natural, en el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales básicos, en la preservación de la diversidad biológica, genética, de poblaciones y de especies, y en la preservación de la variedad, singularidad y belleza de los ecosistemas naturales, de la diversidad geológica y del paisaje.

medioambiental se convierta en el ingrediente indispensable para sazonar las demás políticas sectoriales”⁸¹¹. Como indica el Alto Tribunal, el medio ambiente no puede reducirse a la mera yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que éste constituye, en realidad, un entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismos, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado trascendente, más allá del individual de cada uno⁸¹². Así, el TC proporciona una definición sólida de medio ambiente concretando que “se trata de un concepto estructural cuya idea rectora es el equilibrio de sus factores, tanto estático como dinámico, en el espacio y en el tiempo”⁸¹³.

Sin embargo la delimitación del medio ambiente no puede ceñirse a lo estrictamente material, pues como señala ORTEGA ÁLVAREZ “uno de los principios rectores del medio ambiente es el de la horizontalidad que implica la necesidad de que todas las políticas sectoriales tengan una dimensión ambiental. Desde esta perspectiva todo sería ambiental”⁸¹⁴. El freno a la *vis* expansiva del medio ambiente vendría de la mano de otro elemento fundamental en su delimitación como es la función que se le atribuye, que no es otra que la de proteger, conservar y mejorar⁸¹⁵. Como señaló el TC “el medio ambiente, tal y como ha sido descrito, es un concepto nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro”⁸¹⁶. Es en este riesgo donde Alto Tribunal sitúa el surgimiento en sí del medio ambiente, señalando que “si éste no se hubiera presentado resultaría inimaginable su aparición por meras razones teóricas, científicas o filosóficas, ni por tanto jurídicas”⁸¹⁷. Señalando a continuación los diversos factores que han determinado la necesidad que cubre el medio ambiente como han sido la erosión del suelo, su deforestación y desertización, la contaminación de las aguas marítimas, fluviales y subálveas, así como de la atmósfera por el efecto pernicioso de humos, emanaciones, vertidos y

⁸¹¹ STC 102/1995, de 26 de junio FJ 6.

⁸¹² *Ibidem*.

⁸¹³ *Ibidem*.

⁸¹⁴ ORTEGA ÁLVAREZ, *Lecciones de Derecho...*, cit., p. 44.

⁸¹⁵ En este sentido, ORTEGA ÁLVAREZ señala que “el derecho del medio ambiente se caracteriza por la finalidad de sus normas...se elabora derecho del medio ambiente cuando se regula una materia desde una finalidad última: garantizar la supervivencia del planeta a través de la preservación, conservación y mejora de los elementos físicos y químicos que la hacen posibles”. ORTEGA ÁLVAREZ, *Lecciones de Derecho...*, cit., p. 44.

⁸¹⁶ STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 7.

⁸¹⁷ *Ibidem*.

residuos, la extinción de especies enteras o la degeneración de otras y la degradación de la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola, la contaminación acústica y tantas otras manifestaciones que van desde lo simplemente incómodo a lo letal, con una incidencia negativa sobre la salubridad de la población en la inescindible unidad psicosomática de los individuos”⁸¹⁸. Como sostiene TEROL BECERRA “de tales amenazas procedía para el Tribunal las reacciones jurídicas nacionales e internacionales tendentes a la defensa y protección del medio ambiente, esto es, a su amparo, ayuda, defensa, fomento, guarda y custodia de manera tanto preventiva como represiva”⁸¹⁹.

El TC deja claro que el motivo de las alteraciones de nuestro medio radica en la propia actividad del hombre, debiendo este convertirse en causa y solución. Hecho que subraya concretando que “las medidas de protección, tanto represivas como preventivas, siempre se plantea frente a «algo», los peligros más arriba sugeridos y frente «alguien» cuya actividad resulta potencial o actualmente dañina para los bienes o intereses tutelados”. El Alto tribunal justifica la concepción de derecho–deber del medio ambiente destacando la paradoja de que éste haya de ser “defendido por el hombre de las propias acciones del hombre, autor de todos los desafueros y desaguisados que lo degradan, en beneficio también de los demás hombres, y de las generaciones sucesivas”. A tal fin resulta exigible “la participación ciudadana en el nivel de cada uno, con papeles de protagonista a cargo de la mujer, de la juventud y de los pueblos indígenas, según enuncia la Declaración de Río (10, 20, 21 y 22). Esto nos lleva de la mano a la dignidad de la persona como valor constitucional trascendente (art. 10.1 CE), porque cada cual tiene el derecho inalienable a habitar en su entorno de

⁸¹⁸ El TC apoya sus consideraciones dejando constancia de que estas disfunciones son las recogidas en el catálogo incluido en el documento de trabajo núm. 4 que el 25 de agosto de 1970 presentó el Secretariado de la C.E.P.E. a la Reunión de Consejeros Gubernamentales en materia del medio ambiente de la Comisión Económica para Europa. Diagnosticada como grave, además, la amenaza que suponen tales agresiones y frente al reto que implica, la reacción ha provocado inmediatamente una simétrica actitud defensiva que en todos los planos jurídicos constitucional, europeo y universal se identifica con la palabra «protección», sustrato de una función cuya finalidad primera ha de ser la «conservación» de lo existente, pero con una vertiente dinámica tendente al «mejoramiento», ambas contempladas en el texto constitucional (art. 45.2 C.E.), como también en el Acta Única Europea (art. 130 R) y en las Declaraciones de Estocolmo y de Río”. *Vid.* STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 7.

⁸¹⁹ TEROL BECERRA, M. J., “Conservación de la naturaleza versus derecho al medio ambiente” en PIGRAU SOLÉ, A. /CASADO CASADO, L., (dirs.), PALLARÉS SERRANO, A., (coord.), *Derecho ambiental y transformaciones de actividad*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 65.

acuerdo con sus características culturales⁸²⁰. Es este fin medio ambiental el que permite delinear las propias fronteras no solo al concepto sino a las normas medioambientales. Como señala ORTEGA ÁLVAREZ “será la intensidad con la que se manifiesta el fin ambiental lo que permite graduar los problemas de atribución competencial, con otras finalidades que concurren en la regulación de un sector”. En este sentido, el TC ha señalado que las competencias sobre el medio ambiente se caracterizan por su transversalidad dado que indican en otro conjunto de materias que están incluidas en el reparto constitucional de competencias. Por ello lo ambiental es un factor a considerar en las demás políticas públicas sectoriales con incidencia sobre los diversos recursos naturales integrantes del medio ambiente⁸²¹. En paralelo con esta doctrina cabe mencionar el art. 37 del Tratado de Lisboa que impone la integración de las exigencias ambientales en la definición de las políticas y acciones de la Comunidad Europea⁸²².

Pero ahora bien, sin perjuicio de esa incardinación de lo ambiental en el conjunto de las políticas públicas, por lo que específicamente se refiere a los aspectos competenciales, el TC deja claro en reiterada jurisprudencia que “dentro de la competencia de protección ambiental han de encuadrarse exclusivamente aquellas actividades encaminadas directamente a la preservación, conservación o mejora de los recursos naturales”⁸²³, habida cuenta de que éstos son soportes físicos de una pluralidad de actuaciones públicas y privadas en relación con las cuales la CE y los EEAA han deslindado diferentes títulos competenciales⁸²⁴.

Se llega de este modo a una de las cuestiones de mayor trascendencia práctica en relación al objeto de este trabajo como es la vis expansiva del medio ambiente y su

⁸²⁰ STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 6.

⁸²¹ SSTC 102/1995, FJ 6 y, en relación con la concreta técnica de evaluación de impacto ambiental, y STC 13/1998 de 22 de enero, FJ 7.

⁸²² De acuerdo con la Autorización para la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, (BOE núm. 184, de 31 julio 2008, p. 32919), cuyo art. 37 dispone que “*en las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad*”.

⁸²³ STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 3, y en el mismo sentido, STC 306/2000, de 12 diciembre, FJ 6.

⁸²⁴ Por todas, STC 144/1985, de 25 de octubre, FJ 2; STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 13; STC 243/1993, de 15 de julio, FJ 3; STC 102/1995, FJ 3; STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 29 y STC 306/2000, de 12 diciembre, FJ 6.

incidencia en otros títulos competenciales. El Alto Tribunal reconoce que “la devastación generada por el hombre abarca los más diversos ámbitos, siendo especialmente complejo comprender en una sola regulación las medidas necesarias para la protección que se busca, las cuestiones relativas al medio ambiente afectan a los más variados sectores del ordenamiento jurídico”⁸²⁵. Se explica así que la competencia estatal sobre esta materia concurre con otras muchas autonómicas sobre ordenación del territorio y urbanismo, agricultura y ganadería, montes y aguas, y caza y pesca, siendo esencial esclarecer la sistemática adoptada en este sentido, pues un sólo título competencial incide en muchos otros, muy variados y percute en ellos. Sin bien, como concreta el TC, esa incidencia no puede ser tal que permita, al socaire de una protección del medio ambiente más aparente que real, la merma de competencias autonómicas exclusivas y su invasión más allá de lo básico⁸²⁶.

De este modo, y a fin de delimitar el verdadero campo de actuación legitimado por el medio ambiente resulta fundamental efectuar un detenido análisis de las concretas funciones que al respecto corresponden al Estado y a las CCAA. Solo así puede evitarse la invasión competencial que la *vis expansiva* puede conllevar. Así, y sin perjuicio de cuanto será expuesto en el estudio específico del título competencial previsto en los art. 149.1.23ª y 148.1.9ª CE, conviene cerrar este apartado señalando, tal y como lo hace el propio TC que el término “medio ambiente” que se contiene en el art. 45 CE debe ser interpretado de forma mucho más amplia que el contenido en el art. 149.1.23ª CE. Éste, al encontrarse en un precepto que distribuye competencias no puede contar con la misma *vis expansiva*, pues ello podría contribuir a vaciar las competencias de las CCAA.

⁸²⁵ STC 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 5: “El carácter complejo y multidisciplinario que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente hacen que éstas afecten a los más variados sectores del ordenamiento jurídico. En este sentido la cuestión se sitúa en un doble plano: uno es si de la legislación vigente pueden deducirse normas básicas en materia de medio ambiente no respetadas por la Ley catalana; la otra es la de si, aun respetándose esas normas, se han vulnerado otras igualmente básicas afectadas por aquélla, pues es de señalar que cuando el ejercicio de una competencia autonómica sobre una materia ha de moverse dentro de la legislación básica del Estado, este marco está formado por toda la legislación básica que a ella se refiere y no sólo por la relativa a la materia concreta sobre la que recaiga esa competencia”.

⁸²⁶ STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 7 *in fine*.

2. Articulación constitucional de competencias en materia de medio ambiente ex arts. 149.1.23ª y 148.1.9ª CE

El art. 45 de nuestro Texto Constitucional consagra el medio ambiente como un derecho–deber de los ciudadanos y los poderes públicos, revelándose como una materia de cada vez mayor importancia, que evidentemente queda integrada como materia objeto de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA. Desde este punto de vista, y al igual que ocurría con el agua, el medio ambiente es un sector material donde caben diferenciarse competencias diversas, debiendo quedar ordenado de manera conjunta por el Estado y por las CCAA. Por tanto, y tratándose como hemos visto de una materia que por su propia naturaleza afecta transversalmente a muchas otras, deviene fundamental distribuir con claridad el ejercicio de las funciones normativas y ejecutivas que de la misma se desprenden, a fin de hallar el equilibrio preciso entre poderes, favoreciendo la máxima protección y el menor conflicto.

Así pues, la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA se articula en la Carta Magna en dos preceptos, el art. 149.1.23ª y el art. 148.1.9ª, de los que se desprenden principalmente dos tipo de funciones principales, las normativas y las de gestión.

En este sentido el art. 149.1.23ª CE dispone, que:

“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias”.

Mientras que el art. 148.1.9ª CE concreta lo siguiente:

“Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: La gestión en materia de protección del medio ambiente”.

Atendiendo al tenor literal del art. 149.1.23ª CE, las funciones normativas en esta materia son diversas, recogándose distintas posibilidades, legislación básica, legislación de desarrollo, y legislación de normas adicionales de protección, mientras

que las competencias de gestión no presentan mayor complicación. En este sentido, podría concretarse que en el ámbito de la distribución de competencias en materia de medio ambiente corresponde al Estado las competencias referidas a la legislación básica, siendo competencia de las CCAA las funciones de gestión y las funciones normativas tendentes al desarrollo de las bases más el dictamen de normas dirigidas a incrementar la protección dada por la legislación de bases.

Si bien, pese a una aparente sencillez, en relación a las competencias de cada ente deben ser atendidas diversas cuestiones que convierten al medio ambiente en una materia compleja tanto a la hora de determinar potestades que corresponden a cada Administración como a la hora de fijar las responsabilidades que puedan derivarse de la falta de cumplimiento de las obligaciones fijadas para los poderes públicos. Es por tanto necesario delimitar el concreto alcance de las competencias del Estado y las CCAA, dibujando los límites exactos de sus funciones, lo que requiere conocer exactamente qué debe entenderse por legislación básica y por legislación de desarrollo, pues sólo después de aclarar esta cuestión podrá comprenderse hasta donde pueden extender sus funciones el poder central y la CCAA antes de que pueda declararse inconstitucional una norma.

3. Competencias estatales y competencias autonómicas en materia de medio ambiente

3.1. Competencias estatales: normas básicas de protección ambiental

Procede examinar en primer lugar, cuáles son las competencias y funciones atribuidas a favor del Estado, y cuál es su concreto alcance desde la literalidad del art. 149.1.23ª CE.

En ese sentido, y en relación al concepto “legislación básica”, debe abordarse de forma resumida la problemática que la misma entraña. El concepto de “bases” implica en primer lugar la necesaria concurrencia del Estado y las CCAA, como entidades cooperantes, a través del conocido binomio “bases más desarrollo” en la ordenación integral de una materia, tal y como ocurre en el caso del medio ambiente. Así, el Estado, mediante la regulación de bases, condiciones básicas, o legislación básica⁸²⁷,

⁸²⁷ Las diferencias terminológicas entre “regulación de bases”, “condiciones básicas”, o “legislación básica”, han sido resueltas por ÁLVAREZ CONDE, E., “La

fija y concreta el mínimo común denominador que será aplicado en la totalidad del territorio como expresión de los intereses generales que deberán regir en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos, y en cuya defensa también participan las CCAA, mediante la legislación de desarrollo, motivo por el que el Estado no puede agotar la materia mediante las bases, debiendo reservar un ámbito sustancial para que las CCAA puedan ejercer sus propias competencias normativas⁸²⁸.

Sin embargo, entender la legislación de bases como el mínimo común denominador, si bien responde a su fundamentación, no aclara en realidad ni cuál es la extensión de las funciones del Estado, ni cuáles son los límites de las CCAA en este sector, cuestión ésta que debe ser despejada analizando el concepto de bases desde un punto de vista tanto material como formal. Así, desde la perspectiva material de las bases debe indicarse que, actualmente, y tal y como ocurría en los inicios de la actividad del TC, no puede facilitarse en puridad un concepto claro de que es lo Básico. Dicho concepto depende tal y como tiene reconocido el propio TC de la materia sobre la que se proyecte. Esta imprecisión puede ocasionar una clara vulneración del principio de seguridad jurídica en la medida en la que los distintos operadores jurídicos, en especial los de las CCAA no tendrán un conocimiento claro de a que deben atenerse.

En este sentido, la evolución jurisprudencial ha sido clara, distinguiéndose tres fases. Una primera en la que el problema principal vino determinado por una posible legislación básica estatal tardía y en la que el TC se hace eco de la contingencia derivada de que el Estado, único competente en materia de legislación básica no hiciera ejercicio de sus funciones, obligando a las CCAA a adoptar un posicionamiento en lo que a sus competencias de desarrollo se refiere. Así, si el Estado no cumple su deber, y no proporciona la legislación básica, las CCAA se

legislación básica del Estado como parámetro de validez de la normativa autonómica”. Ponencia presentada en las VI Jornadas sobre la Función Consultiva celebradas en Valencia los días 18, 19 y 20 de noviembre de 2004, *REFC*, núm. 2, p. 29. Como indica el autor, nuestra jurisprudencia constitucional ha interpretado que no es lo mismo decir bases, que condiciones básicas, que legislación básica; entendiéndose que el concepto de “bases” es más amplio que el de “legislación básica”, ya que mientras en este último caso las potestades que se atribuyen son ordinariamente normativas, en el supuesto primero pueden estar incluidas normalmente potestades ejecutivas (*cf.* SSTC de 28 de enero de 1982, 7 y 28 de abril de 1983, 20 de mayo de 1983 y, especialmente, la de 28 de junio de 1983).

⁸²⁸ *Cfr.* TORNOS MAS, J., “La delimitación constitucional de las competencias. Legislación básica, bases, legislación de desarrollo y ejecución”, en HERNÁNDEZ LAFUENTE, A. (coord.), *El funcionamiento del Estado Autonómico*, MAP, Madrid, 1999, pp. 129-163.

enfrentan a dos posibilidades, de un lado, proceder al desarrollo legislativo deduciendo el concepto básico de conformidad con la CE, o incluso de la legislación preconstitucional no contraria a la misma, o de otro, esperar a que por parte del Estado quedará determinada la legislación básica y solo en este momento proceder a su desarrollo normativo. Ante las citadas posibilidades, el TC optó por entender que las CCAA podían deducir la legislación básica no solo de la CE sino también de la legislación vigente, sin que esto pudiera suponer ningún problema para la legislación básica dictada con posterioridad y la posibilidad de que el Estado pudiera invalidar normas de desarrollo anteriores⁸²⁹. Si bien, este posicionamiento ha sufrido modificaciones posteriores, concretando el TC que la normativa básica, que debe ser respetada por las CCAA, podrá deducirse no solo de la legislación preexistente en la materia concreta, sino también de la que afecte a materias con ellas relacionadas⁸³⁰.

Expuesto lo anterior, la segunda fase viene determinada por el reconocimiento efectuado por el TC de que el legislador estatal, en defensa del interés general que representa lo básico, no puede regular toda la materia, sino que, como ya hemos apuntado, debe dejar un espacio a las CCAA para que las mismas intervengan en su protección. Así, cabe deducir que el núcleo básico debe identificarse con el núcleo del interés general que no debe quedar a disposición de las CCAA, correspondiendo en todo caso al Estado, pudiendo exigirse, según la materia, una regulación detallada. Así el propio TC aclara entre otras en la STC 1/1982, de 28 de enero, que la naturaleza básica de una regulación no viene dada por el vehículo en el que se halla sino por el contenido de la misma⁸³¹. Esa posición del TC, dirigida a permitir que el Estado pudiera extender sus funciones hasta el detalle, chocaría de frente con el postulado igualmente defendido por el TC en aras de evitar desnaturalizar la posición de las CCAA ante el interés general minimizando sus facultades de desarrollo. Si bien, es el propio TC quien en 1983 afirmaba que “todo aquello que sea preciso para la

⁸²⁹ STC 32/1981, de 28 de julio, y STC 5/1982, de 8 de febrero.

⁸³⁰ STC 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 5: “Cuando el ejercicio de una competencia autonómica sobre una materia haya de moverse dentro de la legislación básica del Estado, este marco estará formado por toda la legislación básica que a ella se refiere y no solo por la relativa a la materia concreta sobre la que recaiga la competencia”.

⁸³¹ STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1: “De esta noción material de bases se infiere que unas normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ella calificadas como tales (lo cual sería consecuencia lógica de una noción formal de bases), sino que lo esencial del concepto de base es su contenido”.

preservación de la normativa de una institución considerada como básica debe ser entendido asimismo como básico por vía de consecuencia o de conexión”⁸³².

Por tanto, y centrándonos en materia ambiental, en esta fase la jurisprudencia del TC autorizó al Estado a dictar una regulación sumamente minuciosa en función de su competencia en la legislación básica ambiental, desconociendo las competencias atribuidas a las CCAA, llegando incluso a eliminar la posibilidad de las CCAA de la legislación de desarrollo limitándolas a las normas adicionales⁸³³. Es más, la verdadera importancia de esta postura radicaría en que, de mantenerse esta consideración sobre las competencias estatales, nunca podría entenderse inconstitucional una norma estatal en la materia, dado que el detalle permitido al Estado haría inviable que la CCAA pudiera defender su desarrollo frente a la indefinición de lo básico⁸³⁴. Si bien, tal y como señalan autores como SORO MATEO y FERNÁNDEZ SALMERÓN⁸³⁵, la posición del TC recogida en la STC 149/991, es en realidad contraria a la propia CE presente que la voluntad del legislador constituyente no era sino dejar abierta la posibilidad de declarar la incompatibilidad constitucional de una norma básica por invasión de las legítimas competencias normativas, presente que el término legislación básica implica un límite implícito a las potestades normativas del Estado ligada indivisiblemente a su desarrollo por las CCAA, actuando, tal y como señala GUTIÉRREZ LLAMAS⁸³⁶ como “un haz y un envés de una misma realidad”.

Por último, la doctrina del TC sufre una alteración fundamental cuyo máximo exponente viene constituido por la STC 102/1995, de 26 de junio, que va a suponer un punto de inflexión en la jurisprudencia constitucional. El TC pasa de considerar que la legislación básica puede ser detallada por el Estado hasta el extremo a fin de

⁸³² STC 25/1983, 7 de abril de 1983, FJ 4.

⁸³³ Destacando entre otras las SSTC 64/1982, de 4 de noviembre, 69/1982, de 23 de noviembre, 227/1988, de 29 de noviembre, 148/1991 de 4 de julio.

⁸³⁴ STC 149/1991, de 4 de julio, que, referida a la Ley de Costas declara expresamente que “en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen de desarrollo a la legislación autonómica es menor que en otros ámbitos y que, en consecuencia, no cabe afirmar la inconstitucionalidad de las normas estatales, aduciendo que por el detalle con el que están concebidas no permiten desarrollo alguno”.

⁸³⁵ SORO MATEO, B./ FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La articulación del...*, cit., pp. 73-77.

⁸³⁶ GUTIERREZ LLAMAS, A., *La distribución de competencias entre Estado y comunidades Autónomas. Estudio jurisprudencial de la técnica bases más desarrollo*, pp. 19-27 y 151; SORO MATEO, B./ FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La articulación del...*, cit., pp. 77 y ss.

garantizar su efectividad aun privando de sus funciones de desarrollo a las CCAA, a elaborar una nueva e inversa construcción en la que el TC aclara que el Estado no puede agotar la materia mediante las bases, debiendo reservar un ámbito sustancial para que las CCAA puedan ejercer sus propias competencias normativas. Así en la referida STC 102/1995, se reconoce expresamente una ruptura con los pronunciamientos elaborados en la STC 149/1991, reconociendo inviable dejar vacías de contenido las competencias autonómicas⁸³⁷. Esta nueva doctrina fue apuntada tímidamente en la STC 170/1989, de 19 de octubre, y consagrada posteriormente por las SSTC 156/1995, 163/1995, 16/1997, 28/1997, 14/1998 y 115/1998.

Por tanto, a la luz de la evolución jurisprudencial puede concluirse que desde un punto de vista material, la legislación básica está integrada por esos principios generales que constituyen un marco de unión para todo el territorio nacional y que debe ser consagrado y respetado por todas las CCAA debiendo quedar integrado dentro de la legislación de desarrollo, que en todo caso no quedará agotada por la legislación estatal no pudiendo extralimitarse el Estado de ese mínimo común denominador que en realidad, no solo garantiza la homogeneidad en la regulación, sino que fija el alcance preciso en el que las CCAA pueden ejercitar legítimamente sus competencias, como canon en el control de constitucionalidad de las leyes autonómicas⁸³⁸.

Asimismo, a fin de concretar cuál es el instrumento jurídico normativo válido para contener la legislación básica estatal esta debe ser examinada desde su dimensión formal. En relación con esta cuestión, resulta evidente que, la amplitud de los instrumentos estatales es directamente proporcional a la extensión de las funciones del Estado en orden a regular lo básico, y en especial en materia de medio ambiente. Prueba de ello es la primera línea jurisprudencial al respecto, en la que el TC señala que la legislación básica puede establecerse tanto en una ley ordinaria como,

⁸³⁷ STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 8: “en materia de medio ambiente, el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aún siendo menor que en otros ámbitos, no se puede llegar, frente a lo afirmado en la STC 149/1991, de la cual hemos de apartarnos en este punto, a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido”.

⁸³⁸ SSTC 137/1986, de 6 de noviembre, 27/1987, de 27 de febrero, 156/1995, de 26 de octubre, 163/1995, de 8 de noviembre.

excepcionalmente, en un reglamento ejecutivo⁸³⁹, llegando el TC en STC como de 28 de enero de 1982, a señalar que, como la noción de bases persigue un tratamiento uniforme, su establecimiento puede requerir el complemento reglamentario y aun el ejecutivo⁸⁴⁰. Es decir, de ser así cabría la posibilidad de que las bases pudieran ser establecidas por un acto administrativo cuando sean realmente imprescindibles para el ejercicio efectivo de las competencias estatales, por lo que las leyes de desarrollo de las CCAA, quedarían sometidas jerárquicamente hablando, a un acto administrativo cuando se entendiera esencial para la efectividad de las competencias estatales.⁸⁴¹

Así, si bien en un principio el TC habilitaba al Estado para fijar las bases no solo en una norma legal sino también reconociendo posible dictar reglamentos de desarrollo, el devenir del tiempo, y la necesidad de ajustarse a la seguridad jurídica condujeron aparentemente al TC a modificar esta consideración. Así el TC afirmaba en su STC 69/1988, de 19 de abril, que una vez superada la situación inicial (de adaptación preconstitucional), por la realidad de un orden distributivo competencial en avanzado estado de construcción, este componente formal adquiere una mayor transcendencia como garantía de certidumbre jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas, lo cual se manifiesta imprescindible a fin de alcanzar una clara y segura delimitación de las mismas a través de instrumentos normativos que reduzcan, de manera inequívoca, la indeterminación formal de las normas básicas hasta el nivel que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica, que proclama el art. 9.3 CE y cuya presencia efectiva en el ordenamiento jurídico, especialmente en el tan complicado e importante ámbito de la organización y funcionamiento del Estado de las Autonomías, es esencial al Estado de Derecho que la propia CE consagra en su art. 1.1. Efectuado el razonamiento anterior, el TC concluye que “manteniendo el concepto material de lo básico como núcleo sustancial de la doctrina de este Tribunal, procede exigir con mayor rigor la condición formal de que

⁸³⁹ Así, la STC 1/1982, de 28 de enero de 1982, en el FJ 1 señala que: “dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la ley. Sin embargo, puede haber algunos supuestos en los que el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto, y de modo complementario, alguno de los aspectos básicos de una materia determinada”.

⁸⁴⁰ STC 84/86, de 26 de junio de 1983.

⁸⁴¹ STC 48/1988, de 2 de marzo, FJ 3: “excepcionalmente pueden considerarse básicos ciertos actos de ejecución cuando por la naturaleza de la materia resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases”.

la “Norma básica” venga incluida en Ley votada en Cortes que designe expresamente su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad, debiendo también cumplirse esta condición en el supuesto excepcional de que la norma básica se introduzca por el Gobierno de la Nación en ejercicio de su potestad de reglamento”⁸⁴². Este cambio jurisprudencial se entiende más acorde con aquellos pronunciamientos judiciales en los que la concepción de lo básico se concebía de una forma más estricta, como fue el cambio provocado por la STC 102/1995, de 26 de junio, señalándose que la legislación de bases si bien persigue una finalidad armonizadora y de coordinación, no puede descender a regulaciones de detalle que agoten la capacidad de desarrollo normativo que a tal efecto tienen constitucionalmente atribuidas las CCAA.

Visto lo anterior, resulta esencial conocer los criterios formales y materiales que actualmente informan la doctrina del TC en orden a identificar qué es exactamente la normativa básica, y que han sido fijados por el Alto tribunal en la STC 101/2005, de 20 de abril⁸⁴³, cuyos razonamientos pasamos a exponer:

“En cuanto a los requisitos materiales, como dijimos en la STC 197/1996, de 28 de noviembre, la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente; y que si bien las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución (SSTC 32/1981, F. 6, y 1/1982 F. 1). Y en este sentido material y no formal de las bases se ha insistido en la doctrina posterior (SSTC 48/1988, 49/1988, 13/1989 147/1991, 135/1992 y 225/1993, entre otras).

Por lo que a los requisitos formales respecta, afirmamos también entonces que este Tribunal no ha dejado de prestar atención a una exigencia

⁸⁴² STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 6.

⁸⁴³ STC 101/2005, de 20 de abril, por la que se resuelve el conflicto positivo de competencia núm. 2287/2000, planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, representado por la Letrada de la misma, contra los arts. 1, 2 y 3 y diversos preceptos del Anexo del Real Decreto 1803/1999, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Director de la Red de Parques Nacionales.

que puede calificarse de formal de la noción de bases y cuya finalidad esencial es la de excluir la incertidumbre jurídica que supondría que el Estado pueda oponer como norma básica a las Comunidades Autónomas, sin previa advertencia, cualquier clase de precepto, legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura (SSTC 80/1988 y 227/1988). Por ello, ya se consideró tempranamente que dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la Ley (STC 1/1982 [RTC 1982, 1], F. 1). Y hemos precisado que la justificación de esta exigencia de Ley formal se encuentra en que sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas. De suerte que la propia Ley puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica (STC 69/1988, F. 5. Reiterada, entre otras, en las SSTC 80/1988 [RTC 1988, 80], 13/1989 y 179/1992). En suma, la claridad y certeza normativa, la propia estabilidad de una materia y el equilibrio del sistema de fuentes son los elementos determinantes de la forma que han de adoptar las bases (STC 132/1989)”.

Sin embargo estos pronunciamientos no pueden ser entendidos como líneas jurisprudenciales consolidadas en la medida en la que son muchos los pronunciamientos del TC que con posterioridad se remiten al posicionamiento de 1982. En este sentido, resulta especialmente llamativo el pronunciamiento que recientemente ha efectuado el TC en su STC 65/2010⁸⁴⁴, de 18 de octubre, respecto a la necesidad de que el Estado fije las bases en un vehículo normativo adecuado, esto es, su incorporación en normas con rango de Ley de conformidad con el criterio fijado en la STC 69/1988 de 19 de abril. El propio TC, a fin de aclarar la posibilidad de

⁸⁴⁴ La STC 65/2010, resuelve el conflicto positivo de competencia núm. 2076-2006, promovido por el Gobierno de Aragón, respecto del Real Decreto 1229/2005, de 13 de octubre, por el que se regulan las subvenciones públicas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales.

excepcionar las exigencias formales respecto a la regulación de las bases concreta que “como excepción a dicho principio de Ley formal, es doctrina consolidada del Tribunal la que admite que el Gobierno de la Nación pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia, cuando resulten, por la naturaleza de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases”⁸⁴⁵. Por tanto, el TC pese a haber consolidado la exigencia de un vehículo formal para determinar “lo básico” deja abierta la posibilidad, mediante una excepción a la regla general, de que el Estado concrete las bases incluso mediante reglamentos. Visto lo anterior, entendemos que la excepción arbitrada por el TC permitiendo al Estado legislar las bases a través de un instrumento diferente al de la Ley puede ser un foco inagotable de conflictos entre el Estado y las CCAA que vean amenazadas sus competencias ante posibles extralimitaciones estatales, pues los términos utilizados por el TC son lo suficientemente laxos como para precisar una interpretación en cada caso concreto a fin de comprobar si se cumplen o no los requisitos para excepcionar la exigencia de una Ley aprobada en Cortes.

Ahora bien, esta aparente situación de indeterminación en cuanto al contenido propio de las bases y de su propio vehículo formal, podría sintetizarse afirmando que, en relación al concepto material de bases, y como ya avanzábamos, siendo competencia del TC concretar que es básico o no en relación a un sector material concreto, debe respetarse en todo caso que el concepto de bases, que engloba los principios generales que informan y ordenan una determinada materia, es decir, el denominador común de la misma que ha de estar vigente en todo el territorio nacional, no puede cercenar las competencias de las CCAA, no pudiendo el Estado agotar la regulación de la materia y debiendo dejar un margen normativo propio a las CCAA. Y respecto al vehículo formal de la legislación de bases, presentes los dispares pronunciamientos del TC, debe indicarse, como ya lo hicieron SORO MATEO y FERNÁNDEZ SALMERÓN⁸⁴⁶, que no cabe deducir de la situación actual que el vehículo de la normativa básica deba entenderse esencial, presente que el nivel de detalle existente en muchas normas de transposición del derecho comunitario pueden superar

⁸⁴⁵ STC 65/2010, de 18 de octubre, FJ 6.

⁸⁴⁶ SORO MATEO, B. / FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., , *La articulación...*, cit., pp. 49-53.

lo minuciosos de los Reglamentos que desarrollan o complementen las leyes básicas de formulación más estricta.

3. 2. Competencia normativa autonómica en materia ambiental (normas de desarrollo y adicionales de protección)

En materia de medio ambiente, las competencias que pueden ser asumidas por las CCAA pueden ser de muy diversa naturaleza. Así, y sin perjuicio de las competencias de gestión, de la literalidad del art. 149.1.23^a CE se desprende la posibilidad de las autonomías asuman tanto las funciones de desarrollo de la legislación básica como las competencias para dictar normas adicionales de protección, todo ello sin olvidar que, de conformidad con la cláusula de atribución residual *ex* art. 149.3 CE, todas aquellas materias que no hayan sido expresamente atribuidas al Estado podrán ser asumidas por las CCAA a través de sus correspondientes EEAA. De este modo, analizamos a continuación las concretas competencias que corresponden en este sector material a las CCAA.

La legislación de desarrollo atribuida a las CCAA encuentra su razón de ser en la participación de las CCAA en la defensa de los intereses generales, motivo por el que el Estado, al que le queda conferida su protección a través de las bases, no puede agotar la regulación de la materia en el ejercicio de sus funciones, debiendo reservar un ámbito sustancial para que las CCAA puedan ejercer sus propias competencias normativas⁸⁴⁷. La función de las autonomías consiste en un actividad de integración y pormenorización de la normativa estatal básica, pudiendo ésta, como ya ha sido referido, venir dada expresamente por el Estado o deducirse de la ya existente en materia conexas o de la legislación preconstitucional, e incluso de la normativa comunitaria, siempre que esta no sea más rigurosa que la ya existente. De la distinción contemplada en el propio texto constitucional entre las normas de desarrollo y las adicionales de protección se desprende que las normas de desarrollo normativo no ven dirigidas a implementar la protección del medio ambiente, sino que, como señalan autores como SORO MATEO y FERNÁNDEZ SALMERÓN y, consiste en el ejercicio de una función normativa sobre una materia ordenada por el estado en sus parámetros

⁸⁴⁷ Cfr. PÉREZ TREMPES “Legislación autonómica de desarrollo” en HERNÁNDEZ LAFUENTE, A., (coord.), *El funcionamiento del...*, cit., pp. 671-693.

fundamentales⁸⁴⁸. Así definida, la competencia de desarrollo de las bases atribuida en materia de medio ambiente a las CCAA queda limitada desde una doble perspectiva, de un lado por el contenido de las leyes de bases que debe ser integrado como mínimo común denominador por todas las CCAA y, de otro, por el hecho de no poder implementar el grado de protección ambiental existente, pues de hacerlo estaríamos ante una norma adicional y no de desarrollo.

Vistos su definición y los límites a los que queda sujeta esta función, debemos referirnos a un problema ya apuntado y que afecta a las posibilidades de ejercicio de dicha competencia por las CCAA, como es la falta de legislación básica previa por parte del Estado, o legislación básica tardía, remitiéndonos desde aquí a lo ya expuesto, limitándonos a subrayar que en todo caso las CCAA no ven frenada su potestad de desarrollo legislativo frente a la inactividad del Estado, pudiendo deducirse los mínimos básicos a desarrollar, no solo de la legislación preconstitucional que al efecto exista sino de las materias conexas, e incluso desde el ámbito internacional siempre que no se implemente la rigidez.

Asimismo, el art. 149.1.23ª CE reconoce a favor de las CCAA la facultad de establecer normas adicionales de protección. No se trata aquí de desarrollar la normativa estatal sino de complementarla con soluciones propias y diferenciadas siempre que éstas no contradigan el bloque de lo que se entiende como básico, y siempre que sean más exigentes que aquel. El fundamento de estas normas se halla en la fijación de un estándar superior de tutela ambiental. Se reconoce a las CCAA la potestad de endurecer las exigencias ambientales en aras de incrementar la tutela del medio ambiente. Así, se entiende que la normativa básica estatal tiene un carácter de mínimo, por lo que los niveles de protección que se establecen pueden ser ampliados y mejorados por la normativa autonómica mediante las normas adicionales a diferencia de lo que ocurre competencia de desarrollo. La protección dada por la legislación estatal puede ser ampliada y mejorada, de forma que, mediante las normas adicionales, las CCAA puede modificar el sistema dado, endureciendo el mismo⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ SORO MATEO, B. / FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La articulación...* cit., pp. 77-83.

⁸⁴⁹ Las CCAA pueden modificar el sistema convirtiendo en exigencia lo que el Estado enfoca como opcional o voluntario en la legislación básica, como ocurre en los sistemas de prevención ambiental como son los sistemas de gestión, las auditorías o el etiquetado ecológico.

En cualquier caso, lo que resulta contrario a la voluntad constitucional es que la CCAA pueda, mediante estas normas o cuales quiera otras, disminuir o restringir la protección dada a nivel estatal, de forma que cualquier norma que así lo haga será contraria a los mandatos constitucionales y, por tanto, nula.⁸⁵⁰ En este sentido, el TC ha despejado toda duda especificando en su STC 166/2002, de 18 de septiembre, que “en el ámbito del artículo 149.1.23ª CE la legislación básica posee la característica técnica de normas mínimas de protección que permiten normas adicionales o un plus de protección, de forma que la legislación básica del Estado no cumple en este caso una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las CCAA, con competencias en la materia, establezca niveles de protección más altos, que no entrarían por sólo eso en contradicción con la normativa básica del Estado sobre protección del medio ambiente, siendo el sentido del texto constitucional el de que las bases estatales son de carácter mínimo y, por tanto, los niveles de protección que establecen pueden ser ampliados o mejorados por la normativa autonómica. En definitiva, la protección concedida por la Ley estatal puede ser ampliada y mejorada por la Ley autonómica; lo que resulta constitucionalmente improcedente es que resulte restringida o disminuida”⁸⁵¹.

3.3. Competencia autonómica de gestión ambiental

Las competencias de gestión o ejecución, consagradas en todos los EEAA, *ex art. 148.1.9ª CE* conllevan desde luego el ejercicio de la potestad organizativa autonómica y la regulación de especialidades procedimentales en las que quedan comprendidas las importantes potestades autorizadoras, sancionatorias o inspectoras que asumen distintos órganos de las Administraciones autonómicas.

En este ámbito de gestión del medio ambiente se plantean tres problemas de esencial relevancia, debido a la incidencia de pretendidas competencias ejecutivas estatales en materia ambiental que deben ser analizados. En primer lugar, el Estado ha tendido a reservarse para sí, en exclusiva, la gestión de “*intereses medioambientales generales*”, es decir, espacios que afectan al interés general por su especial

⁸⁵⁰ STC 196/1996, de 28 de noviembre y STC 16/1997, de 30 de enero.

⁸⁵¹ STC 166/2002, de 18 de septiembre, FJ 9.

consideración. En estos supuestos prevalece un sistema de cogestión, resultando contraria a la distribución de competencias las atribuciones con carácter de exclusividad⁸⁵². De igual modo, se observa esta tendencia reservista del Estado vinculada a asuntos de interés supra-autonómico, es decir, situadas en el territorio de más de una CA, si bien, tal y como tiene declarado el TC la supra-territorialidad no constituye un título competencial en esta materia⁸⁵³. Y, por último, debe prestarse atención a las atribuciones que para sí hace el Estado sobre la gestión de bienes de dominio público estatal. Es opinión pacífica doctrinal y jurisprudencial que la titularidad del dominio público no confiere por sí competencia alguna. Las facultades dominicales sólo pueden ser legítimamente utilizadas en atención a los fines públicos que justifican la existencia del dominio público, pero no para condicionar de manera abusiva las competencias autonómicas⁸⁵⁴.

En este sentido, resulta especialmente clarificadora la STC 102/1995, de 26 junio, en la que el TC concreta respecto a las competencias de gestión de las CCAA que,

“Si en el engranaje de las competencias normativas del Estado y de las Comunidades pudiera crearse alguna zona en sombra o algún problema de límites, no ocurre lo mismo tratándose de la «gestión», que corresponde en principio a las Comunidades Autónomas. No sólo la Constitución la encomienda a aquéllas, sino que además estatutariamente se les defiere la función ejecutiva no sólo en el ámbito entero de la protección del medio ambiente, comprendidos los espacios naturales, trátese de las normas básicas como de las adicionales y de las que se dicten para su desarrollo, legislativas y reglamentarias, estatales o no, sino también en las diferentes facetas que conllevan la administración, la inspección y la potestad sancionadora como quedó dicho en un principio, con ocasión de analizar y clasificar el contenido de los Estatutos de Autonomía al respecto. El juego

⁸⁵² Un ejemplo palpable lo constituyen los Parques Nacionales. La Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres atribuía la administración de tales Parques al Estado, en régimen de exclusividad. Empero, el FJ 22 de la STC 102/1995 declaró inconstitucional tal medida ya que “aun cuando sus funciones en esta materia no se agoten en la declaración del interés general del espacio natural, desconoce paladinamente la competencia de las Comunidades Autónomas para ejecutar lo legislado sobre protección del medio ambiente.

⁸⁵³ STC 329/1993, de 10 de diciembre y STC 102/1995, de 26 de junio.

⁸⁵⁴ STC 141/1991, de 20 de junio y STC 102/1995, de 26 de junio.

recíproco de las normas constitucionales (artículos 148.1.9 y 149.1.23 CE) y de las estatutarias pone de manifiesto «sin lugar a dudas, que las facultades ejecutivas o de gestión en materia de medio ambiente, en general... corresponden a las Comunidades Autónomas y no al Estado (SSTC 149/1991 y 329/1993), a quien le queda un margen para tal tipo de actuaciones singulares en el estricto perímetro delimitado más atrás, en el lugar adecuado de esta Sentencia»⁸⁵⁵.

Así, visto todo lo anterior, procede hacer una breve síntesis de cómo han sido asumidas las competencias en materia medioambiental por las distintas CCAA y cual es a día de hoy su situación, destacando que son tres los modelos competenciales que pueden diferenciarse en las autonomías: competencias en el desarrollo de la legislación básica, competencias en la legislación de normas adicionales de protección, y asunción del máximo techo competencial constituido por la competencias en desarrollo y normas adicionales.

4. Asunción de competencias en materia de medio ambiente en los EEAA

Visto lo anterior, corresponde al Estado la competencia exclusiva la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección (art.149.1.23.^a CE, correspondiendo a las CCAA, en caso de que así lo decidan, no solo establecer normas adicionales de protección, sino también, asumir la gestión en materia de protección del medio ambiente (art. 148.1.9.^a CE). No obstante, en el inicio de nuestro sistema actual, los EEAA ofrecieron, en su versión originaria, diferencias muy notables en relación con el grado de asunción de competencias sobre la materia de medio ambiente. A tal fin, los EEAA se han clasificado en dos grupos, cuyo elemento diferenciador es el distinto procedimiento de elaboración, según se trate de los cauces previstos en los arts. 143 o 151 de la CE. Así, los comprendidos en este último atribuyeron a las CCAA de Andalucía⁸⁵⁶, Cataluña⁸⁵⁷, Galicia⁸⁵⁸ y el País

⁸⁵⁵ STC 102/1995, de 26 junio, FJ 18.

⁸⁵⁶ Art. 15.1.7 EAA.

⁸⁵⁷ Art. 10.1.6 EAC.

⁸⁵⁸ Art. 27.30 EAG.

Vasco⁸⁵⁹ el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica estatal en este tema, invocando el precepto constitucional en el cual se encuadran art. 149.1.23ª CE).

En el segundo grupo, los diversos EEAA contuvieron siempre, por supuesto, una referencia a la protección del medio ambiente pero con encuadramientos de muy diverso tenor y con la utilización de los más variados títulos competenciales, desde la mera alusión a las “normas adicionales”, como es el caso de los EEAA de Baleares⁸⁶⁰, Cantabria⁸⁶¹, Castilla y León⁸⁶² o al “desarrollo de la legislación estatal”, caso del de Aragón⁸⁶³ y hasta la “función ejecutiva” y “la gestión o la ejecución”, que se asumen en el de Canarias⁸⁶⁴, así como en el cántabro⁸⁶⁵ y el castellano-leonés⁸⁶⁶

Sin embargo, tal heterogeneidad se vio reconducida a una cierta uniformidad por obra de la L.O. 9/1992, donde se transfirió a las CCAA de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León, el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de normas adicionales de protección del medio ambiente, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca⁸⁶⁷. Hoy en día, el esquema en la materia está en función de conceptos aparentemente simples, por una parte el de lo básico y por la otra el de su desarrollo y ejecución. La exposición de motivos de la L.O. 9/1992 desvela la aspiración de nivelar en este aspecto las CCAA a las que se transfieren competencias, con aquellas otras que ya las disfrutaban. Por tanto el desarrollo legislativo y ejecución en ambos casos ofrecen análogo significado y tienen como referencia las normas básicas estatales de las cuales traen causa las

⁸⁵⁹ Art.11.1 a) EAPV.

⁸⁶⁰ Art.11.5 EAIB.

⁸⁶¹ Art. 25.1.h) EACTB.

⁸⁶² Art. 26.1.10 EACL.

⁸⁶³ Art. 36.2. c) EAAR.

⁸⁶⁴ Art. 33. a) EACan.

⁸⁶⁵ Art. 24. a) EACTB.

⁸⁶⁶ Art. 28.3 EACL.

⁸⁶⁷ El art. 3 de la L.O. 9/1992 sobre transferencia de competencias de desarrollo legislativo y ejecución, disponía expresamente lo siguiente: “*Se transfiere a las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución, en las siguientes materias: (...) Normas adicionales de protección del medio ambiente*”.

autonómicas, mientras que las adicionales sirven para establecer una protección medioambiental más intensa.

La protección del medio ambiente se traslada de la CE al ámbito estatutario con fórmulas diversas pero coincidentes sin embargo en la sustancia, pudiendo distinguirse CCAA con competencia única y exclusivamente en el desarrollo de las normas básicas: País Vasco, Andalucía, Canarias, Cantabria y Navarra; Comunidades Autónomas con competencias para el establecimientos de normas adicionales de protección: Galicia; Comunidades Autónomas con el máximo del techo normativo competencial: Aragón, Asturias, Castilla – La mancha, Castilla- León, Cataluña, La Rioja, Madrid, Valencia, Extremadura, Baleares y Murcia.

5. Doctrina constitucional: consideraciones generales

A fin de justificar cuanto se ha dicho en relación a la distribución de competencias en materia de medio ambiente a la luz de la más actual jurisprudencia del TC, analizamos a continuación la STC 24/2012, de 15 de marzo, por la que el TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra el artículo único, cardinales 1 y 2, de la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental en cuanto da nueva redacción a los artículos 5 y 7 e introduce una nueva disposición final tercera en aquel Real Decreto Legislativo. El hecho fundamental de que el referido Real decreto Legislativo fuera derogado⁸⁶⁸ antes de la resolución de este recurso no es óbice para que el TC resuelva la cuestión que se

⁸⁶⁸ La Ley 6/2001 objeto del recurso examinado quedo derogada por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos, que deroga expresamente tanto el Real Decreto-Ley 9/2000, de 6 de octubre, del que trae causa la Ley 6/2001, de 8 de mayo, como la propia Ley 6/2001, de 8 de mayo. Sin perjuicio de esta derogación formal, y en atención a su propia naturaleza, el texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2008 –posteriormente modificado por la Ley 6/2010, de 24 e marzo, contiene varios preceptos que se corresponden, con ciertas modificaciones, con los que son objeto del recurso que se examina. El artículo 4 del texto refundido vigente es prácticamente idéntico al art. 5 del Real Decreto Legislativo 1302/ 1986, el art. 7 del Real Decreto Legislativo 1302/1986 en la redacción objeto del presente recurso (art. único, cardinal 1, de la Ley 6/2001) coincide con el tenor del artículo 18.1 del texto refundido vigente. La disposición final tercera del Real Decreto Legislativo 1302/1986 en la redacción objeto del presente recurso (art. único, cardinal 2, de la Ley 6/2001) se corresponde con la disposición final primera del texto refundido vigente, si bien con una salvedad a destacar: en el apartado segundo de ésta se descarta expresamente que los apartados 1 y 3 del art. 4 tengan carácter básico.

le plantea, presente que nos hallamos ante una cuestión de controversia en la distribución de competencias entre Estado y CCAA⁸⁶⁹.

De este modo, la Junta de Andalucía aduce en su recurso que el art. 5 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, en la redacción dada al mismo por el art. único, cardinal 1, de la Ley 6/2001, de 8 de mayo, resulta contrario al bloque de la constitucionalidad, concretamente por vulneración del art. 149.1.23 CE y de los arts. 13.4 y 15.1.7 del EEAA para Andalucía de 1981 (EAAnd 1981), hoy artículos 47.1.1 EAAnd 2007, art. 57.1 g) y art. 57.3 EAAnd 2007, toda vez que, a juicio de la recurrente es a las CCAA a las que corresponden, en todo caso, las funciones relativas a la evaluación ambiental en sus respectivos territorios, por tratarse de una actuación “integrante de la función de gestión dentro de la competencia de medio ambiente”, y ello “con independencia de qué Administración sea la competente para autorizar, aprobar o ejecutar el proyecto de que se trate”, teniendo en cuenta que a las CCAA corresponden de ordinario las competencias ejecutivas y de gestión en aquellas materias en las que al Estado corresponde dictar la legislación básica⁸⁷⁰. Por tanto, la previsión del artículo 5.1 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, según el cual la autorización y aprobación corresponde a la Administración general del Estado, no puede determinar que el órgano ambiental sea el Ministerio de Medio Ambiente, sino que habrá de serlo el que determine la CCAA de Andalucía, en ejercicio de su potestad de auto-organización. Por lo mismo, la junta de Andalucía entiende contraria a la competencia autonómica lo previsto en el artículo 5.3 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, en cuanto a la necesidad de consulta previa al órgano ambiental de la CCAA en la que se ubique territorialmente el proyecto que vaya a ejecutar la Administración General del Estado, pues la competencia de ejecución de la CA en esta materia es plena. Los mismos fundamentos se predicen en la impugnación del artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, en la redacción dada al mismo por el artículo único, cardinal 1,

⁸⁶⁹ Como el propio TC aclara en la STC 34/2012, FJ 3: “constituyen una excepción a esta regla general aquellos supuestos en los que a través de un recurso de inconstitucionalidad lo que se traba en realidad es una controversia en el ámbito de las competencias respectivas del Estado y de las Comunidades Autónomas, de modo que este Tribunal sólo está llamado a pronunciarse sobre la titularidad de una competencia en la medida en que se trate de una competencia controvertida o de que la disputa esté todavía viva, debiendo inevitablemente resolver los términos de un conflicto mientras la esfera respectiva de competencias no resulte pacífica y aunque la disposición sobre la que se trabó el conflicto resulte luego derogada o modificada”.

⁸⁷⁰ STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 8.

de la Ley 6/2001, toda vez que, determina que, en los casos en que se vea atraída la competencia de medio ambiente por la competencia sustantiva, se atribuye el seguimiento y vigilancia de la declaración de impacto ambiental a la Administración general del Estado, cuando dicho seguimiento y vigilancia constituyen una clara manifestación de la competencia de ejecución en este ámbito, que corresponde a la CA. Por último, y de nuevo en base a los razonamientos ya esgrimidos se impugna la disposición final tercera del Real Decreto Legislativo 1302/1986, en la redacción dada al mismo por el art. único, cardinal 2, de la Ley 6/2001, por cuanto dicha disposición atribuye al Real Decreto Legislativo 1302/1986 carácter de legislación básica. En definitiva, la CA de Andalucía solicita la estimación del recurso y la declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado por invasión de las competencias autonómicas.

Frente a los argumentos dados por la Junta de Andalucía el Abogado del Estado sostiene, en síntesis, que los argumentos expuestos se circunscriben en realidad a la “única cuestión de dilucidar si la aprobación y seguimiento de la declaración de impacto ambiental forma o no parte de las funciones de mera ejecución o gestión de la legislación medio ambiental”, cuestión que quedó resuelta por el TC en su STC 13/1998, de 22 de enero, en la que se reconoce que la competencia para emitir la declaración de impacto ambiental corresponde a la Administración titular del proyecto correspondiente, dado que dicha evaluación es una técnica transversal que atañe a diversos ámbitos competenciales, doctrina constitucional que en modo alguno supone el vaciamiento de las competencias autonómicas en materia de medio ambiente, dada la clara distinción que la citada STC 13/1998, efectúa entre actividades directamente encaminadas a la protección medioambiental (de competencia autonómica) y la declaración de impacto ambiental vinculada a la realización de una obra o proyecto cuya realización o aprobación se incardina en el título competencial distinto⁸⁷¹.

En cualquier caso, según resulta de los reformados arts. 2 a 4 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de impacto ambiental, la evaluación de impacto ambiental se refiere en todo caso al proyecto de referencia, conlleva la ponderación de factores propios y exclusivos del ámbito de actividad de que se trata y se integra en el procedimiento mismo de aprobación o autorización del proyecto, condicionando el contenido de éste. Lo que se pretende es realizar el

⁸⁷¹ STC 13/1998, de 22 de enero, FJ 8.

proyecto, obra o instalación y, por tanto, ejercer las competencias sustantivas de que se trate, con lo que la actividad de protección medioambiental tiene carácter imperativo pero, al mismo tiempo, meramente instrumental. En definitiva, es claro que el ámbito de actividad concreto a que se refiere el proyecto predomina, por su especificidad indudable, sobre la competencia general en materia de medio ambiente, cuestión que en estos términos se recoge en las STC 102/1995 y 13/1998. Por este motivos el abogado del estado concluye que en los preceptos impugnados la Administración estatal “no está ejecutando la legislación básica del medio ambiente, por lo que no procede exigir al Estado que acredite que concurre alguno de los supuestos excepcionales que le facultan para asumir puntualmente competencias ejecutivas cuando está únicamente investido de competencia para dictar legislación básica”,⁸⁷²

Por lo que se refiere a la concreta impugnación del art. 5.3 del Real Decreto de referencia, en cuanto establece la consulta preceptiva al órgano ambiental de la CCAA en la que se ubique territorialmente el proyecto que vaya a ejecutar la AGE, el Abogado del Estado señala que la reforma introducida en dicho precepto por la Ley 6/2001 (y por el Real Decreto-Ley 9/2000 del que ésta deriva) no hace sino acatar la doctrina establecida al efecto por la citada STC 13/1998, siendo incuestionable que se trata de una norma básica, de ineludible y mínima exigencia a nivel estatal. Por lo demás, considera contradictorio que la CCAA recurrente admita que el Estado pueda regular como básicos los trámites esenciales del procedimiento y, sin embargo, no reconozca este carácter a la determinación de la Administración a la que incumbe la tramitación misma de la declaración de impacto ambiental.

A modo de conclusión señala el Abogado del Estado que los preceptos impugnados son plenamente constitucionales. Al regular la declaración de impacto ambiental y la competencia para aprobarla y controlar su cumplimiento, el Estado está dictando legislación básica en materia de medio ambiente, en cuanto regula la obligación mínima, que pesa sobre todas las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias, de evaluar las repercusiones sobre el medio ambiente, y está estableciendo los principios fundamentales en que ha de inspirarse esa evaluación. Al aprobar esos preceptos, el Estado no está asumiendo competencias de gestión o ejecución en este ámbito. Lo que sí hace es asumir competencias de gestión en otros

⁸⁷² STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 8.

ámbitos competenciales, que varían según la naturaleza de los proyectos, de forma que la prevalencia de aquellos sobre el título competencial de medio ambiente es perfectamente constitucional de acuerdo con el principio de especificidad.

Con carácter previo a pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, el TC aclara la cuestión relativa la modificación del EEAnd llevada a cabo por la L.O. 2/2007, de 19 de marzo, examinando los efectos que sobre las competencias objeto de estudio se ha derivado de la misma. En este sentido, comprueba el Tribunal que la atribución de competencias del en materia de protección del medio ambiente no plantea cambios sustanciales tras la reforma estatutaria, manteniéndose en la actualidad la misma línea que en 1981 por lo que a la CA de Andalucía correspondía el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de “medio ambiente”, en el marco de la legislación básica del Estado, es decir, la competencia exclusiva en materia de “procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la Comunidad Autónoma” *ex* art. 13.4 EAAnd 1981 hoy se recoge en el art. 47.1.1 EAAnd 2007 y la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, en el marco de la regulación general del Estado, en materia de medio ambiente prevista en el art. 15.1.7 EAAnd 1981 hoy figura recogida el art. 57.1 g) EAAnd 2007, que atribuye a la CCAA “la competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.23 de la Constitución”, en materia de “prevención ambiental”; y el art. 57.3 EAAnd 2007 que atribuye a la CA “la competencia compartida”, entre otros aspectos, “en relación con el establecimiento y la regulación de los instrumentos de planificación ambiental y del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos”.

Expuesto lo anterior, el TC se pronuncia sobre la competencia exclusiva de la CCAA que se reconoce en materia de “prevención ambiental”, (art. 57.1 g EAAnd 2007), advirtiendo que, lo es, sin perjuicio de la competencia exclusiva del Estado para dictar legislación básica sobre protección del medio ambiente, recordando al respecto que es doctrina constitucional asentada la que concreta que “la atribución por el Estatuto de competencias exclusivas sobre una materia... no puede afectar a las competencias (o potestades o funciones dentro de las mismas) sobre las materias o submaterias reservadas al Estado..., que se proyectarán, cuando corresponda, sobre las competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración, sin necesidad de que el Estatuto

incluya cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales”⁸⁷³. Es decir, el mismo razonamiento que se recoge en la STC 31/2010, de 28 de junio, respecto al EEAC resulta de aplicación en la materia de medio ambiente, resultando asentado el criterio que determina que la exclusividad que se pueda derivar del Estatuto no puede en ningún caso desplazar las competencias estatales, la CCAA no puede desapoderar al Estado.

En cuanto a la competencia compartida enunciada en el art. 57.3 EAAnd 2007 (que comprende, de conformidad con el art. 42.22 EAAnd 2007, la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado), el TC se remite a la construcción efectuada en la STC 31/2010, señalando que, “la atribución estatutaria de competencias... compartidas con el Estado según el criterio bases/desarrollo... no impedirá que las bases estatales configuren con plena libertad las distintas materias y submaterias de un mismo sector material, de suerte que cuando así sea la exclusividad respecto de tales materias y submaterias eventualmente proclamada por el Estatuto lo será impropia, sin cercenar ni menoscabar la proyección de la competencia exclusiva estatal sobre las bases de dichas materias o submaterias. En fin, es obvio que la atribución [estatutaria]... de competencias de ejecución tampoco puede impedir el completo despliegue de las competencias normativas, legislativas y reglamentarias, del Estado”⁸⁷⁴

Expuesto lo anterior, el TC pasa a enjuiciar los concretos preceptos impugnados por la Junta de Andalucía, fundamentando sus argumentos en la doctrina recogida en la STC 1/2012, de 13 de enero⁸⁷⁵, que se remite a su vez a las SSTC 13/1998, de 22 de

⁸⁷³ STC 31/2010, de 28 de junio, FFJJ 59 y 64.

⁸⁷⁴ STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 64.

⁸⁷⁵ STC 1/2012, de 13 de enero, resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 71-2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra el artículo único, cardinales uno, dos y tres, del Real Decreto-ley 9/2000, de 6 de octubre, de modificación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, en cuanto modifica los arts. 5 y 7 e introduce una disposición adicional tercera y final tercera en aquel real decreto legislativo). El TC se remite a esta STC toda vez que la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, es consecuencia de la convalidación del Real Decreto-Ley 9/2000 y de su ulterior tramitación como Ley por el procedimiento de urgencia (art. 86.2 y 3 CE. En efecto, el artículo único, cardinales 1 y 2, de la Ley 6/2001 (que da nueva redacción a los artículos 5 y 7 e introduce una nueva disposición final tercera en el Real Decreto Legislativo 1302/1986), y reproduce literalmente lo dispuesto en el artículo único, cardinales 1 y 3, del Real Decreto-Ley 9/2000, también impugnado ante el TC por la Junta de Andalucía en el recurso de inconstitucionalidad núm. 71-2001 resuelto en la STC de referencia, tanto por razones formales (supuesta vulneración de los límites impuestos por el art. 86.1 CE, extremo en el cual la STC 1/2012 estima parcialmente el recurso), como materiales o sustantivas

enero⁸⁷⁶, y 101/2006, de 30 de marzo en las que el TC, resuelve cuestiones idénticas, reconociendo la constitucionalidad de los art. impugnados. Así, comenzando el examen por el apartado uno del artículo único de la Ley 6/2001, que da nueva redacción a los arts. 5 y 7 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, el TC advierte que esta cuestión quedó resuelta en la STC 101/2006, reproduciendo las consideraciones de la STC 13/1998, y donde concluyen que no es inconstitucional la atribución al Estado de la competencia de evaluación de impacto ambiental respecto a los proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la AGE, por cuanto que “es conforme con el orden constitucional de competencias que la normativa impugnada confíe la evaluación del impacto ambiental a la propia Administración que realiza o autoriza el proyecto de una obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia, a tenor del bloque de la constitucionalidad”⁸⁷⁷. Los argumentos que llevan al TC en esta STC a declarar la constitucionalidad de los arts. examinados, son los mismos a los expuestos en las STC 1/2012, de 13 de enero, 101/2006, de 30 de marzo y 13/1998, de 22 de enero, pasando a reproducir por todas las consideraciones elaboradas en la resolución de 1998 en los FFJJ 7 y 8, en los que el TC concreta que,

“El análisis de estos preceptos, atendiendo al alcance y a las características propias de la figura de la evaluación del impacto ambiental de la que forman parte, impide aceptar el planteamiento competencial sustentado por el Gobierno Vasco. El conflicto sometido a nuestro conocimiento en este proceso constitucional no puede ser resuelto atendiendo exclusivamente al reparto competencial sobre el medio ambiente [art. 11.1, a) EAPV y art. 149.1.23.ª CE]. Como hemos visto antes, la evaluación de impacto ambiental es una técnica transversal, que condiciona (ahora o en el próximo futuro) la práctica totalidad de la actuación estatal que se materializa físicamente, produciendo las

(supuesta vulneración del orden constitucional de distribución de competencias), coincidentes estas últimas con las que se aducen en el recurso que da lugar a la STC 34/2012, y fueron rechazadas por la citada STC 1/2012, con cita de la doctrina fijada en las SSTC 13/1998 y 101/2006.

⁸⁷⁶ STC 13/1998, de 22 de enero, por la que el TC resuelve el conflicto positivo de competencia núm. 263/1989, promovido por el Gobierno Vasco, en relación con determinados artículos del Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto-Legislativo 1302/1986, de 28 de junio de evaluación de impacto ambiental.

⁸⁷⁷ STC 13/1998, de 22 de enero, FJ 8.

consiguientes repercusiones en el territorio y en el medio ambiente de una o varias Comunidades Autónomas. Asimismo, no se puede ignorar que la declaración de impacto ambiental determina «la conveniencia o no de realizar el proyecto» y, en caso afirmativo, debe fijar «las condiciones en que debe realizarse»; a su vez, el contenido de la declaración está llamado a integrarse en la autorización que concederá el órgano titular de la competencia sustantiva sobre el proyecto, formando sus condiciones «un todo coherente con las exigidas para la autorización del proyecto», como señala el art. 18, apartados 1 y 2, del Reglamento.

La evaluación de impacto ambiental no puede caracterizarse, por consiguiente, como ejecución o gestión en materia de medio ambiente. La finalidad, contenido y efecto de la norma básica estatal conduce a que todas las Administraciones públicas valoren el medio ambiente cuando ejercen sus competencias sobre cualquiera de las obras, instalaciones u otras actividades de su competencia. Muchas de esas obras, instalaciones y actividades forman parte de materias sometidas por la Constitución y los Estatutos de Autonomía a reglas específicas de reparto de competencias, que son títulos que por su naturaleza y finalidad atrae a la de medio ambiente, cuyo «carácter complejo y multidisciplinario afecta a los más variados sectores del ordenamiento» (STC 64/1982, fundamento jurídico 3.º).

Como declaró este Tribunal en la STC 102/1995, fundamento jurídico 3.º al analizar la validez de la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre de 1989, «los recursos naturales son soportes físicos de una pluralidad de actuaciones públicas y privadas en relación a los cuales la Constitución y los Estatutos han atribuido diversas competencias. En tal sentido, hemos reconocido en más de una ocasión que un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en el espacio (SSTC 77/1982 y 103/1989), pudiendo, pues, coexistir títulos competenciales diversos. Así, junto a medio ambiente, los de ordenación del territorio y urbanismo, agricultura y ganadería, montes y aprovechamientos forestales o hidráulicos, caza y pesca o comercio interior entre otros. Ello significa,

además, que sobre una misma superficie o espacio natural pueden actuar distintas Administraciones públicas para diferentes funciones o competencias, con la inexorable necesidad de colaboración (SSTC 227/1988 y 103/1989) y, por supuesto, coordinación».

El reparto competencial en esta materia sólo resulta determinante respecto a aquellas intervenciones administrativas cuya razón de ser consiste en la protección del medio ambiente: es decir, cuando el acto administrativo tiene como finalidad y efecto la preservación y la restauración del ambiente afectado por la actividad intervenida, como es el caso de la autorización de actividades calificadas. Pero cuando la Administración general del Estado ejerce sus competencias exclusivas en distintos ámbitos materiales, como son administración de justicia, aeropuertos y puertos, ferrocarriles, aguas continentales, instalaciones eléctricas, obras públicas de interés general, minas y energía, patrimonio cultural y seguridad pública, hay que atenerse a la distribución de competencias que efectúan los Estatutos de Autonomía en el marco del art. 149 CE (y, singularmente, de los números 4, 20, 21, 22, 24, 25, 28 y 29 del apartado 1 de ese art. 149).

Por consiguiente, es conforme con el orden constitucional de competencias que la normativa impugnada confíe la evaluación del impacto ambiental a la propia Administración que realiza o autoriza el proyecto de una obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia, a tenor del bloque de la constitucionalidad. La Administración está ejerciendo sus competencias sectoriales propias cuando asegura que el organismo o la empresa que promueve la obra u otra actividad proyectada realiza el estudio de impacto ambiental; cuando somete el proyecto, y el estudio de impacto, a información pública; cuando realiza consultas con otras autoridades, y les pide informes; y cuando finalmente, a la vista del resultado del estudio, de las alegaciones de los particulares y de los puntos de vista de los restantes Departamentos y Administraciones públicas, formula la declaración de impacto ambiental, la cual viene a formar parte de la autorización final del proyecto.

La Administración estatal ejerce sus propias competencias sustantivas sobre la obra, la instalación o la actividad proyectada, aun cuando preceptivamente deba considerar su impacto medioambiental. No está ejecutando la legislación básica del medio ambiente. Esta se agota en aprobar la norma que obliga a todas las Administraciones públicas a que, cuando actúan en el ejercicio de cualesquiera de sus competencias, ponderen y evalúen las repercusiones sobre el medio ambiente, minimizando y corrigiendo los daños causados a la población y al medio ambiente natural y cultural del territorio afectado por dicha actuación, cuando no renunciando a llevarla a cabo”.

Por último, respecto a la disposición final tercera, en el Real Decreto Legislativo 1302/1986 conforme a la cual “Este Real Decreto Legislativo tiene el carácter de legislación básica de protección del medio ambiente al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.23 de la Constitución”. El TC concreta que la impugnación efectuada por el gobierno autonómico andaluz, fundada en que los preceptos recurridos no han quedado excluidos de la calificación como norma básica que se predica genéricamente del conjunto del Real Decreto Legislativo 1302/1986, no es independiente existiendo una clara vinculación respecto a la impugnación de preceptos señalados, por lo que el TC concluye que le resulta de aplicación en los mismos términos los razonamiento referidos *supra*.

II. DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO ARGENTINO

1. Consideraciones previas sobre la consagración constitucional de derecho a un medio ambiente sano y al rediseño competencial aplicado por la reforma constitucional de 1994

Partiendo de la influencia internacional de las Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972) y sobre el Medio ambiente y el Desarrollo, (Río de Janeiro, 1992) así como del informe de la Comisión Bruntland, la reforma constitucional argentina de 1994 vino a consagrar en el art. 41 CN el derecho de toda persona a un ambiente sano y equilibrado en aras a la obtención de un desarrollo

sustentable⁸⁷⁸, conjuntamente con el deber correlativo de preservarlo⁸⁷⁹. Así, en su primer apartado, el art. 41 CN reconoce que,

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

El transcrito precepto integra, por tanto, un derecho-deber complementado con la obligación de recomposición, que queda reforzado en el apartado segundo por un mandato expreso a los poderes públicos que deberán, *“proveer a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.*

El constituyente de 1994 lejos de limitarse al mero reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente, implícito desde antiguo en la Norma Suprema⁸⁸⁰, introdujo además el rediseño del sistema de distribución constitucional de competencias hasta entonces vigente, dando cabida a una nueva articulación de potestades entre los poderes reconocidos⁸⁸¹. Así, el apartado tercero del art. 41 CN concreta que, *“corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.* Se introduce un

⁸⁷⁸ Como ya fue expuesto las expresiones *desarrollo sostenible* y *desarrollo sustentable* se tratan en el presente trabajo como sinónimas, aunque se recurre de forma principal al término sustentable por ser el comúnmente utilizado en Argentina. Nos remitimos desde aquí a cuento fue expuesto sobre esta cuestión en la nota 145 del preste estudio.

⁸⁷⁹ SABSAY, S. / DI PAOLA, M. E., “El Federalismo y la nueva Ley General del Ambiente”, *Anales de la Legislación Argentina*, Boletín Informativo núm. 32, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 47.

⁸⁸⁰ Como será veré *infra*, el derecho de todo habitante a un ambiente sano y equilibrado fue visto por la doctrina integrado entre los derechos tácitamente incluidos por el art. 33 CN 1853/60, es decir, entre aquellos no enumerados pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

⁸⁸¹ Atendiendo al contenido de este tercer apartado del art. 41 CN, BIDART CAMPOS, sostiene que esta norma correspondería en realidad a la parte orgánica de la Constitución por ser la que define el reparto de competencias entre el Estado Federal y las provincias. BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental de...*, T. I-B, cit., p. 238.

federalismo de concertación entre la Nación y las provincias, cuyo antecedente directo se encuentra en el binomio bases más desarrollo español, reconociéndose a la Nación la posibilidad excepcional de dictar normas de presupuestos mínimos de protección ambiental⁸⁸². Este sistema presenta, pese a su aparente sencillez, una serie de indeterminaciones que han traído consigo un foco incesante de continuos conflictos competenciales que tras veinte años se mantienen sin solución aparente⁸⁸³.

El estudio riguroso de la reforma constitucional de 1994 exigiría el análisis detenido de los distintos planos del derecho afectados, si bien, nos centramos de forma exclusiva en la afectación al plano normativo constitucional, por entender que es aquí donde se encuentran las innovaciones claves que permiten hablar de un “constitucionalismo verde argentino”⁸⁸⁴. Desde este punto de vista, la reforma de 1994 introdujo en el ordenamiento jurídico argentino una amplia tutela ambiental que afecta directamente al doble plano Derecho de aguas - Derecho ambiental. La repercusión de la cláusula ambiental en la distribución de competencias en materia de agua y medio ambiente a través de las normas de presupuestos mínimos (art. 41 CN), el dominio originario de los recursos naturales (124 CN), la consolidación de los derecho de tercera generación (*ex* art. 42 y 43 CN), y el reconocimiento de una jerarquía supra-legal a ciertos tratados internacionales de derecho humanos relativos a la cuestión ambiental (art. 75, inc. 22 CN), constituyen elementos esenciales para el objeto de este trabajo.

⁸⁸² La situación introducida en Argentina por la cláusula ambiental del art. 41 CN presenta innegables similitudes con la vigente en España. El art. 45 CE consagra el medio ambiente como un derecho-deber de los ciudadanos y los poderes públicos, disponiendo que, “*todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado*”. El medio ambiente se revela como una materia de cada vez mayor importancia, sujeta a su específico sistema de distribución competencial entre el Estado y las CCAA. En este sentido, y de acuerdo con lo previsto en los arts. 149.1.23^a y 148.1.9^a CE, corresponde al Estado la legislación básica sobre protección del medio ambiente, siendo competencia de las CCAA el establecimiento de normas adicionales de protección y la gestión medioambiental.

⁸⁸³ MARIENHOFF, M. S. “Expropiación y...”, cit., p. 910.

⁸⁸⁴ BRAÑES señala que, “en este último cuarto de siglo, se ha asistido a un enverdecimiento («greening») de las Constituciones Políticas de la Región”. BRAÑES, R., *El acceso a...*, cit., p. 45.

2. Antecedentes de distribución de competencias en materia ambiental en la Constitución Nacional 1853/60

De forma previa a la reforma constitucional de 1994, el derecho de todo habitante a un ambiente sano y equilibrado fue visto por la doctrina entre los derechos tácitamente incluidos por el art. 33 CN 1853/60, es decir, entre aquellos no enumerados pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno⁸⁸⁵. La distribución de competencias en materia de medio

⁸⁸⁵ Existe unanimidad en la doctrina a la hora de señalar que la amplitud del art. 33 CN 1853/60 (“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”) integraba el derecho de todo habitante a un ambiente sano y equilibrado como un derecho que nace del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Se daba con ello cobertura constitucional a los derechos colectivos, incluyendo a los derechos medioambientales. A nivel jurisprudencial pueden ser citadas la Sentencia del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso-administrativo Federal Núm. 2, de 10 de mayo de 1983 dictada en la causa “Kattan, Alberto, E. Y otro c. Gobierno Nacional (Poder Ejecutivo)”, Consid. VI: “El hombre primitivo se sirvió de la naturaleza matando para comer y dar de comer a su familia. Ese hombre no alteró el sistema, formó parte del mismo. El humano de nuestros días ha provocado con su falso "progreso" la puesta en peligro de muerte de la humanidad entera. Si mata por placer, como ocurrió en los Estados Unidos con los búfalos durante el siglo pasado extinguirá rápidamente el animal que resulte víctima; pero también fue víctima de aquella depredación el indio que se alimentaba de este mamífero, al cual sólo mataba para satisfacer su hambre y necesidades de vestido. En lo referente a los delfines ha ocurrido algo semejante en las playas de Katsumoto (Japón) recientemente (ver vol. 6, núm. 3 -Setiembre 23, 1980 de "Environmental policy and law"). Circunstancia que podría dar razón a los actores en cuanto afirman que los pescadores japoneses han sido depredadores irracionales de los mares. Pero lo que interesa es que la legislación tiene previsto el caso y, en todo caso, considero que debe reconocerse a los actores el derecho a accionar como uno de los derechos implícitos que prevé el art. 33 de la Constitución Nacional”. Asimismo, CSJN “Recurso de hecho deducido por Obras Sanitarias de la Nación en el incidente de constitucionalidad del decreto 2125 del P.E.N.”, Fallos: 310:2342, sentencia de 19 de noviembre de 1987, en la que se recoge la solicitud de derogación del Decreto 2125/78, formulada por el Procurador General de la Nación, Dr. Juan Octavio Gauna. Esta debe ser puesta en relación directa con el pronunciamiento de la Corte Federal, La Plata, Sala II, con motivo del “Incidente promovido por querrela sobre inconstitucionalidad del decreto 2125/78 del P.E.N.”, sentencia de 5 de diciembre de 1984, tras la denuncia formulada el 14 de febrero de 1984 por dos vecinos ribereños de los ríos Tigre y La Reconquista presentaron una denuncia, ante el Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de San Isidro, contra quienes contaminan y envenenan, por acción u omisión, el curso de agua potable del río Reconquista y su cuenca. A nivel doctrinal, BOSCH, sostiene que “el derecho a un ambiente adecuado para la vida, antes de 1994, se originaba en el derecho a la salubridad pública del artículo 14 bis de la Constitución de la Nación, y en los demás aspectos del entorno derivado del artículo 33 que, no estando enumerado, surge de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno”. BOSCH, J., “Las provincias y el poder de policía medioambiental”, *ED*, T.185, 1999, p.1296; MOYANO, A., “Leyes de presupuesto mínimo ambiental”, *LLGC*, 2004, p.499. En el mismo sentido, señala TAWIL que numerosos autores y precedentes jurisprudenciales reconocían, asimismo, que estos (los derechos al ambiente sano y de protección del ambiente) se encontraban tutelados en los arts. 14 y 67, inc. 16 (actual 75, inc. 18) de la Constitución Nacional y en los arts. 27 y 31 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Adla XLIV-B, 1250), 12.2., inc. b) del Pacto Internacional de

ambiente ya era objeto de diversas interpretaciones doctrinales cuyo fundamento descansaba en posiciones de carácter político contradictorias. Así, una primera posición de carácter provincialista representada entre otros por CANO⁸⁸⁶, y posteriormente defendida por autores como y PINTO, defendía que la materia ambiental nunca fue delegada por las provincias al gobierno federal por lo que de acuerdo con el art. 104 CN 1853/60 (actual art. 121 CN), estas conservaban con carácter exclusivo las potestades concernientes al medio ambiente, gozando de autonomía para otorgarse sus propias instituciones y el régimen más conveniente para sus intereses⁸⁸⁷. Así, y sin perjuicio de las facultades que pudieran corresponder a la Nación en los territorios sujetos a jurisdicción federal, el Estado no podría inmiscuirse en las potestades provinciales⁸⁸⁸. En este sentido, señala que, “si el ambiente adecuado para la vida proviene de los art. 14 bis y 33 de la Constitución 1853/60, como una derivación esencial del art. 5 y 121 CN, no cabe dudas respecto de su existencia como un derecho ambiental reservado de las provincias”⁸⁸⁹. Por su parte, VALLS, refiriéndose a la situación anterior a la reforma, hace hincapié en lo limitado de las competencias de la Nación cuyas normas resultaban solamente aplicables la jurisdicción federal no resultando por tanto de aplicación a las provincias⁸⁹⁰. En línea con los anteriores, DÍAZ ARAUJO concreta de una forma clara y concisa que, “antes de la introducción del nuevo art. 41 en la Ley Suprema, las provincias en virtud del art. 121 CN, se reservaban su jurisdicción exclusiva en materia ambiental. Dicha

Derechos Humanos, Sociales y Culturales y otras disposiciones. TAWIL, G. S., “La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”, *LL*, T. B, 1995, pp. 1291 y ss

⁸⁸⁶ CANO, G. J., “Introducción ...”, cit., p. 914.

⁸⁸⁷ CANO, G., *Política y legislación provincial. Medio ambiente y los recursos naturales*, Academia de ciencias Morales, Buenos Aires, 1987; MOYANO, A., “Derecho y legislación ambientales infranacionales”, encuentro de los Andes, FARN, Vol. II, 1991, pp. 125 y ss.

⁸⁸⁸ SABSAY, S. / DI PAOLA, M. E., “El Federalismo y ...”, cit., p. 47.

⁸⁸⁹ MOYANO, A., “Apostillas a la Ley general del ambiente 25.675. Conjetura sobre su validez”, *LLGC*, 2007, p. 1.

⁸⁹⁰ VALLS señala que, “no existen dudas que a través de la incorporación del art. 41 al Texto constitucional, se ampliaron las facultades normativas de la Nación, que hasta ese entonces, sólo se limitaban a la sanción de normas ambientales aplicables, en principio solamente, a la jurisdicción federal. En efecto, antes de la reforma, las normas que dictaba la Nación en la materia, en principio, no resultaban aplicables en las provincias, salvo que ellas adhirieran a las mismas, mientras que, a partir de 1994, la Nación fue facultada para dictar normas de “presupuestos mínimos” de aplicación en todo el territorio del país, sin que fuera necesaria adhesión alguna. VALLS, M., “Presupuestos mínimos ambientales”, *LL*, T. C, 2012, p. 1387; cita online, La Ley-Thomson Reuters: AR/DOC/2465/2012, p. 1. En un sentido similar, DE BENEDICTIS, L. “¿Qué son los «presupuestos mínimos» de protección ambiental?”, *LL*, 2004, p. 2.

jurisdicción incluía las potestades legislativas, administrativas (de ejecución y/o gestión) y judicial en la materia”⁸⁹¹.

Se identifica también una segunda tesis, intermedia en comparación con la provincialista y la de signo más nacional, basada en la concertación y en la cooperación conjunta representada por autores como FRIAS. El autor explica el reparto de competencias destacando seis aspectos fundamentales:

“1) El ambiente es responsabilidad original del titular de la jurisdicción, o sea, de quien ejerce la autoridad en el entorno natural o en el entorno creado por el hombre; 2) Los problemas ambientales divisibles jurisdiccionalmente son competencia de la autoridad local, a la vez autoridad normal de ejecución; 3) Por la interdependencia del ambiente y la movilidad de los factores degradantes, toda situación de deterioro puede llegar a comprometer los poderes concurrentes del Gobierno federal en “lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias” (anterior art. 67, inc. 16, CN) y hacer legítimo y necesario su concurso con la posible exclusión de la autoridad local en caso de incompatibilidad; 4) Del principio de localización —muchas veces localización móvil— y del complementario de interdependencia resulta una competencia local que deviene eventualmente en concurrente con la Nación; 5) Más frecuentemente y por razones de interdependencia y localización, el problema ambiental concierne a más de una jurisdicción política, en variable combinación de municipios, provincias y Estado nacional; 6) El marco político legal y la naturaleza del derecho ambiental aconsejan asumir una legislación común, instrumentada por un tratado entre el Gobierno nacional y las provincias argentinas”⁸⁹².

El autor concluye que el ambiente como unidad es inseparable de la jurisdicción sobre el entorno, de forma que si se fragmenta la unidad en responsabilidades sectoriales —por cada uno de los recursos naturales—, se dará lugar a la creación de

⁸⁹¹ DÍAZ ARAUJO, M., “El artículo 41...”, cit., p. 738.

⁸⁹² FRÍAS, P., *Introducción al ...*, cit., p. 218 y ss. En los mismos términos indicados RODRÍGUEZ SALAS, A., “El fin del federalismo discrecional”, en CAFFERATTA, N. A., (dir.), *Summa Ambiental*, T. I., La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 789; ARMAGNAGUE, J. F., “Facultades de la Nación y de las provincias en materia de medio ambiente”, en CAFFERATTA, N. A., (dir.), *Summa Ambiental*, T. I, cit., p. 676.

tantas autoridades como disciplinas existan, pero en alguna instancia habrá que recomponer la unidad que el ambiente reclama⁸⁹³.

Por su parte, BOSCH afirma la existencia de una concurrencia competencial explicando que, “antes de 1994, las normas constitucionales establecían, o dejaban entre ver, en punto a la distribución de competencias en materia medioambiental: i) que el dictado de normas era una facultad concurrente entre la Nación y las provincias; y ii) que la aplicación de tales normas correspondía a las provincias dentro de su ámbito territorial”⁸⁹⁴.

Por último, una posición más centralista que las anteriores defendida por autores como RODRIGUEZ SALAS⁸⁹⁵ y ARMAGNAGUE⁸⁹⁶, se fundamenta en la aplicación extensiva de las clausula de prosperidad (art. 67 inc. 16 CN 1853/60) y la cláusula comercial (art. 67 inc. 12 CN 1853/60)⁸⁹⁷, a través de las cuales se alcanzó una regulación unitaria desde el poder central. Postura similar a la defendida por MARIENHOFF que, en relación a la distribución de competencias entre la Nación y las provincias en materia de medio ambiente, afirma la aplicación de la denominada cláusula del bienestar general contenida en el art. 67 inc. 16 CN 1853/60⁸⁹⁸.

La reforma constitucional de 1994 no ha resuelto esta disímil opinión doctrinal que continúa proyectándose en la nueva distribución de competencias que en materia ambiental introduce el art. 41 CN. La doctrina se divide entre quienes ven un cambio sustancial y quienes consideran que la distribución competencial se ha conservado en identidad de términos. Así, aquellos que entienden que el sistema hasta ahora vigente ha variado, entienden que las provincias han renunciado a importantes competencias originarias, reservándose exclusivamente facultades necesarias para dictar las normas complementarias de las que establezcan los requisitos mínimos de protección⁸⁹⁹. ESAIN respecto a la entidad del cambio que la reforma constitucional introduce lo

⁸⁹³ FRÍAS, P., *Introducción al...*, cit., p. 218.

⁸⁹⁴ BOSCH, J., “Las provincias y el...”, cit., p. 4.

⁸⁹⁵ RODRÍGUEZ SALAS, A., “El fin del...”, cit., p. 798.

⁸⁹⁶ ARMAGNAGUE, J. F., “Facultades de la Nación...”, cit., p. 676.

⁸⁹⁷ La denominada cláusula de la prosperidad recogida en el art. 67 inc. 16 CN 1853/60 se contempla hoy en el actual art. 75 inc. 18 CN; del mismo modo, la cláusula comercial prevista en el art. 67 inc. 12 CN 1853/60, aparece hoy en el actual art. 75 inc. 13 CN.

⁸⁹⁸ MARIENHOFF, M. S., “Expropiación y ...”, cit., p. 910.

⁸⁹⁹ En este sentido, TAWIL, G. S., “La clausula ambiental...”, cit., p. 1291.

define como “un cambio fundamental” una “muda profundamente novedosa” en el esquema de reparto de competencias legislativa, administrativa y judicial⁹⁰⁰. Una posición más moderada, ven en la reforma la continuidad de la fórmula concurrente a la que ahora se incorpora un nuevo límite. En esta línea, GAMBIER y LAGO opinan que sin abandonar el principio de concurrencia, el constituyente ha modificado el sistema al tomar la decisión de promover una legislación uniforme en materia de mínimos de protección. Observan un nuevo límite el régimen de concurrencia constituido por la nueva competencia asignada a la Nación que restringe las potestades provinciales complementarias⁹⁰¹. Sin embargo, autores como BOSCH niegan una modificación sustancial afirmando que el sistema hoy vigente es prácticamente idéntico al previsto en la Constitución de 1853/60. En este sentido, el autor afirma que,

“La alteración introducida es mínima, sino insignificante, ya que tal como era otrora, la facultad de dictar normas en materia ambiental sigue siendo concurrente. A pesar de que la Constitución Nacional antes no dijera expresamente que el Gobierno nacional podía dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente, esta era una atribución que podríamos considerar implícita de tal esfera de poder. Es claro que desde el momento en que los conflictos medioambientales, o al menos algunos de ellos, sobrepasan las fronteras provinciales, nos hallaríamos imbuidos en materias interjurisdiccionales, sobre las que detenta un poder reglamentario el Congreso de la Nación”⁹⁰².

3. El debate parlamentario de la cláusula ambiental. El fortalecimiento del federalismo de concertación

La incorporación del art. 41 CN por el que se introduce el concepto de “presupuestos mínimos de protección” obedeció a la necesidad de establecer un modelo funcional de distribución de competencias entre la Nación y las provincias, atento al requerimiento, por un lado, de incorporar el derecho al ambiente sano como

⁹⁰⁰ ESAIN, J., “El Federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25675”, *JA*, T. I, 2004, p. 776.

⁹⁰¹ GAMBIER, B., y LAGO, D. H., “El medio ambiente y su reciente recepción constitucional”, *ED*, 163-727 y ss.

⁹⁰² BOSCH, J., “Las provincias y...”, cit., p. 4.

uno de los “nuevo derechos” en los términos de la Ley 24.309, y por otro, la de preservar el sentido de reivindicación y fortalecimiento del federalismo como valor político y jurídico, que ha constituido uno de los rasgos característicos de la reforma de 1994⁹⁰³.

Uno de los pilares fundamentales de la reforma fue la voluntad de fortalecer y profundizar el modelo de “federalismo concertado”, de igual cabida en el ámbito ambiental que en el resto de sectores materiales, lo que motivaría la convicción de establecer una protección mínima o umbral de tutela de carácter uniforme y común para toda la Nación. De este modo, la solución incorporada a la Constitución es clara en cuanto a la adopción de un modelo de concertación entre ambas Administraciones. El debate en el seno de la Convención Constituyente deja claro que lo que se buscaba era una regla específica y propia para la elaboración de la legislación ambiental⁹⁰⁴, donde la Nación y las provincias pudiesen acordar, consensuar o concertar las políticas ambientales y las normas dictadas en consecuencia, con mutuo respeto a las competencias correspondientes⁹⁰⁵.

En primer lugar, la convencional ELBA ROULET, reconociendo la responsabilidad fundamental de las provincias en materia ambiental señala además la necesidad de que la Nación dicte una legislación básica que garantice la igualdad de todos los ciudadanos con independencia del lugar donde se encuentren. La constituyente reconoce la procedencia no solo de la concurrencia competencial sino de la actuación interconectada de las Administraciones⁹⁰⁶. Por su parte, el convencional NATALE hizo

⁹⁰³ La Ley 24.309 en su art. 3, inc. k) habilitó la incorporación de una cláusula ambiental en la reforma, por habilitación de un artículo nuevo en el capítulo segundo, de la primera Parte de la Carta Magna. *Cfr.* SABSAY, D. A. / DI PAOLA, M. E., “El Federalismo y..”, cit., p. 1387.

⁹⁰⁴ Como señala WALSH “la reforma constitucional de 1994 vino a poner una suerte de “punto final” al proceso de expansión de atribuciones en cabeza de la Nación en desmedro de las Provincias, producido desde la década del cuarenta en adelante, desvirtuando en gran medida el diseño original de la Constitución argentina”. WALSH, J. R., *Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial creada por la Resolución 68/03 del COFEMA en el marco del Convenio suscripto con la Fundación para el Desarrollo Forestal Ambiental y del Ecoturismo Patagónico*, 2003, p. 11.

⁹⁰⁵ *Cfr.* WALSH, J. R., *Informe elaborado a ...*, cit., p. 3.

⁹⁰⁶ En su discurso, ELBA ROULET señalaría que “el tercer párrafo se refiere a la legislación y atribuciones de los distintos niveles de gobierno en cuanto a la legislación ambiental. (...) Dentro de cada territorio, la responsabilidad en los temas ambientales corresponde a la jurisdicción en la que se localizan. Las responsabilidades de los gobiernos locales son primarias. Las provincias tienen una responsabilidad absolutamente fundamental en el manejo de los asuntos ambientales. Pero corresponde a la Nación dictar una legislación de base con los presupuestos mínimos necesarios que aseguren, por una

hincapié en la necesidad de despejar toda duda sobre el nuevo reparto competencial según el cual la legislación de protección mínima común a todo el país será dictada por el Congreso de la Nación, correspondiendo a las provincias no solo su aplicación y su jurisdicción, sino además todo lo que sea necesario para complementar, implementar o extender, a partir de ese piso mínimo, las exigencias de tutela del medio ambiente. El convencional recuerda que si bien hay necesidades comunes para todo el país, también las hay específicas de cada región⁹⁰⁷. El constituyente HERNÁNDEZ se expresó en un sentido similar respecto de la importancia de mantener la concurrencia de facultades ambientales entre los gobiernos federal. Para el convencional el medio ambiente presenta un carácter interadministrativo sujeto a la necesaria concurrencia competencial que deberá llevarse a cabo con el máximo respeto a las atribuciones provinciales y municipales⁹⁰⁸. Del mismo modo, CULLEN tras exponer sus dudas en

parte, iguales condiciones de protección a todos los habitantes de la Nación en cualquier lugar en que ellos se encuentren y, por la otra, que asuman la necesidad del establecimiento de las normas vinculadas con los procesos globales de preservación ambiental. De manera tal que la Nación tendrá que dictar esas normas de base, dejando a cargo de los gobiernos provinciales y locales la responsabilidad de la legislación y la jurisdicción en esos niveles. Seguramente, existirá la necesidad de legislar no sólo en forma concurrente sino interconectadamente, como lo están haciendo no sólo los países federales”. *Vid.* Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones 20 de Julio de 1994, Reunión 13^a, sesión 3^a, pp. 1608 y ss.

⁹⁰⁷ NATALE expondría que, señaló que, “la legislación nacional establecerá los resguardos de protección mínima comunes a todo el territorio del país, aquellos sobre los que haya consenso general de que deben ser imprescindibles tutelar en todo el ámbito de la geografía argentina. Allí legislará el Congreso de la Nación. Pero las provincias seguirán siendo autoridad de aplicación tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito jurisdiccional de la legislación federal que se dicte sobre esta materia. Creo que esto debemos precisarlo con mucha claridad porque en función de la innovación que estamos haciendo sobre nuestro sistema federal debe surgir sin ninguna duda en el ámbito de la Convención Constituyente qué es lo que se quiere establecer con estas cosas. La legislación de protección mínima común a todo el país habrá de ser dictada por el Congreso de la Nación, pero la aplicación y la jurisdicción sobre esa legislación seguirá correspondiendo a las provincias, con una solución similar a la del art. 67, inc. 11 CN cuando atribuye al Congreso de la Nación dictar la legislación de fondo, pero preserva las jurisdicciones locales para su respectiva aplicación. En todo lo demás, en todo lo que sea necesario para complementar, implementar o extender, a partir de ese piso mínimo, las exigencias de tutela del medio ambiente las provincias conservarán íntegros sus poderes actuales. Porque hay necesidades comunes a todo el país, pero también hay necesidades específicas de cada región. Unos son los problemas del medio ambiente en la Patagonia, otros los problemas en el litoral y otros en la zona de Cuyo o el norte argentino. Hay problemas comunes específicos sobre los que legislará el Congreso de la Nación, pero los que le interesen a los patagónicos los resolverán las provincias patagónicas y lo que nos interese a los litoraleños lo resolverán los provincias litoraleñas”. *Vid.* Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones 20 de Julio de 1994, Reunión 13^a, sesión 3^a, pp. 1622 y ss.

⁹⁰⁸ Señala HERNÁNDEZ que, “esta norma no importa entonces una alteración de los criterios clásicos del derecho constitucional argentino sobre el alcance de la concurrencia de facultades. (...) El gobierno federal estará habilitado para sancionar normas con contenidos mínimos de protección en esta materia. Ello es así porque dentro de las facultades concurrentes el gobierno federal está facultado para ello y porque también el

relación al sistema de distribución que se pretendía incorporar, señalando las graves consecuencias que una mala interpretación del mismo podría conllevar para las provincias, manifestó su conformidad con la cláusula entendiéndola preservadas las competencias provinciales⁹⁰⁹.

En definitiva, de la interpretación auténtica de la Convención Constituyente se deduce que si bien corresponde a la Nación a quien le corresponde legislar sobre los presupuestos mínimos de protección, corresponde a las provincias *legislar* por encima de ese mínimo adaptándose a la idiosincrasia de sus respectivas necesidades y con respeto absoluto a las competencias correspondientes y diferenciadas de cada una de las Administraciones que se deberá alcanzar a través del federalismo de concertación al que la reforma constitucional conduce como se verá *infra*.

4. El federalismo de concertación: el Consejo Federal para el Medio Ambiente

La necesaria cooperación y coordinación de la Nación y las provincias, a fin de alcanzar el uso equitativo y racional de los recursos naturales y los sistemas ecológicos, se articula a través de instrumentos interadministrativos como los convenios interjurisdiccionales o las leyes-convenio, a los cuales no referimos ya al examinar la cuestión relativa a la competencia en sede de aguas. Así, el tratado interjurisdiccional de 31 de agosto de 1990 aprueba el Acta Constitutiva del Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA), con el objeto esencial de crear un organismo permanente con personalidad jurídica pública, para la concertación y elaboración de una política ambiental coordinada entre los Estados miembros⁹¹⁰. Los

tema ambiental tiende a lo interjurisdiccional. Pero queda claro que cuando se hace referencia a la legislación complementaria por parte de las provincias y a la imposibilidad de alteración de las jurisdicciones locales, las provincias y los municipios podrán continuar con el ejercicio de sus atribuciones. Por otra parte, hemos tenido presente las opiniones de las dos comisiones que han considerado el problema del fortalecimiento del federalismo argentino y conocemos que impulsan la concertación interjurisdiccional". *Vid.* Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, 21 de Julio de 1994, Reunión 14ª, sesión 3ª, pp. 1786 y ss.

⁹⁰⁹ CULLEN destacaría la necesidad de evitar la posible extralimitación de la Nación en detrimento de las competencias provinciales, señalando que, "preservadas las competencias provinciales como corresponde, sin perjuicio de la posibilidad de regular esta materia a través de una legislación de base que dicte el Congreso Nacional, adelanto mi voto afirmativo y entusiasta al despacho de mayoría". Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, 21 de Julio de 1994, Reunión 14ª, sesión 3ª, pp. 1790 y ss.

⁹¹⁰ El art. 1 del Acta Constitutiva del COFEMA dispone: "Créase el Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA) como organismo permanente para la

Estados parte se obligan a respetar e incorporar a sus normativas las resoluciones vinculantes de la Asamblea de este Consejo⁹¹¹.

En segundo lugar, este proceso hacia el federalismo de concertación quedó también marcado por el Pacto Federal Ambiental, de 5 de julio de 1993, suscrito entre la Nación y las provincias, en el que se reconocería al COFEMA como un instrumento válido para la coordinación de la política ambiental del país⁹¹². Unos años después, La nueva institucionalidad ambiental del país se definió con la aprobación de la Ley 25.675 General de Ambiente, (LGA) por la que se ratifica el Acta Constitutiva del COFEMA y el Pacto Federal Ambiental de 5 de Julio de 1993⁹¹³.

El COFEMA constituye así el ámbito de concertación donde lograr una coordinación de políticas ambientales que evite cualquier avance sobre las

concertación y elaboración de una política ambiental coordinada entre los estados miembros". No se ha conseguido acceder a ningún documento oficial en el que conste el total de adhesiones al COFEMA, aunque como señala ESAIN y en términos similares SABSAY y DI PAOLA, existe el mínimo de ratificaciones necesarias para que el COFEMA funcione, (siete ratificaciones). Cfr. ESAIN, J., *Competencias Ambientales...*, cit., p. 300; SABSAY D. A., / DI PAOLA M. E., "El Federalismo y...", cit., p. 51. Si bien con fecha 25 y 26 de junio de 2014 tuvo lugar a la 77ª Asamblea Ordinaria del COFEMA, celebrada en Viedma, capital de la Provincia de Río Negro en la que el Presidente del Consejo, D. Hugo Bilbao, aseguró que el Consejo trabaja en la creación de un nuevo acuerdo ambiental con todas las provincias ya que "el vigente pacto federal, suscrito en la década del 90, signó a las leyes de presupuestos mínimos", en prensa a 30 de junio de 2014. Pese a que los autores señalado hacen especial hincapié en que uno de los problemas principales del COFEMA vendría determinado por la falta de su ratificación por el total de provincias, MOYANO señala que, "el tratado del COFEMA se suscribió sin intervención de la Nación, y fueron partes signatarias Mendoza, Bs As, Catamarca, Córdoba, Formosa, La Rioja, Cdad de Bs. As., Neuquén, Salta, San Juan, Santa Fe, Tucumán, Chubut y Misiones, mientras las restantes provincias de la federación lo integran por una costumbre constitucional «praeter legem», derivada de su participación válida y eficaz, lo que igualmente integra la costumbre en el derecho de gentes, de aplicación análoga a las potestades reservadas provinciales". MOYANO, A., "Apostillas a la ...", pie de página 44.

⁹¹¹ De acuerdo con el art. 4 del Acta Constitutiva del COFEMA, "*los estados partes se obligan a adoptar a través del poder que corresponda las reglamentaciones o normas generales que resuelva la Asamblea cuando se expida en forma de resolución. En caso de incumplimiento o de denegatoria expresa, la Asamblea en la reunión ordinaria inmediata, considerará las alternativas de adecuación al régimen general que presentare el estado miembro o la Secretaría Ejecutiva*".

⁹¹² El objetivo de Pacto Federal Ambiental no era otro que promover políticas de desarrollo ambientalmente adecuadas en todo el territorio nacional, estableciendo Acuerdos Marco entre los Estados Federados y entre éstos y la Nación, a fin de agilizar y dar mayor eficiencia a la preservación del ambiente teniendo como referencia los postulados del "Programa 21" aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. Mediante Resolución núm. 271/2013 del COFEMA, de 14 de noviembre de 2013, quedó aprobada la propuesta de actualización del Pacto Federal Ambiental de 1993.

⁹¹³ Ley 25.675, General del Ambiente, sancionada el 6 de noviembre de 2002, promulgada el 27 de noviembre de 2002 y publicada el 28 de noviembre de 2002.

competencias de las provincias. Como señala WALSH, “el COFEMA es sin duda el ámbito mejor calificado donde contener y prevenir los potenciales conflictos entre jurisdicciones y los eventuales avances de la Nación sobre las autonomías provinciales, ya sea que emanen de la Ley General del Ambiente, o de otras normas similares de presupuestos mínimos”⁹¹⁴. En este sentido la propia LGA no sólo reconoce a este Consejo como el contexto básico de coordinación de políticas, sino que encomienda al poder ejecutivo nacional *ex art. 24* a proponer a la Asamblea del COFEMA, el dictado de recomendaciones o resoluciones, según corresponda, “*para la adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos, las complementarias provinciales, y sus reglamentaciones en distintas jurisdicciones*”⁹¹⁵.

Lo anterior conduce necesariamente a un interrogante sobre el rol desempeñado por el COFEMA en la adecuada vigencia y operatividad de las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental. No se trata esta de una cuestión baladí por cuanto ha sido invocada por autores, como MOYANO o RODRÍGUEZ SALAS, para condicionar la ejecutividad de las leyes de presupuestos mínimos. Estos autores entienden que las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, por el mero hecho de ser sancionadas, promulgadas y publicadas, no adquieren operatividad puesto que terminado el trámite legislativo común la Nación debe agotar un último paso que no es otro que la concertación en el ámbito del COFEMA. Así señala MOYANO que “como el ambiente y su calidad de vida en cada provincia no puede ser alterado, tanto umbrales como niveles requieren del consenso por coordinación en la Asamblea del COFEMA no sólo por disposición expresa de los arts. 23, 24, 9º y concordantes de la ley, sino porque la política ambiental surge del tratado del COFEMA y todo tratado implementado a través del Consejo está regulado por el art. 125 de la CN”⁹¹⁶. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ SALAS sostiene que, “la ley 25.675 es principalmente un programa ambiental, con políticas e instrumentos para cuya vigencia y aplicación corresponde acudir al COFEMA, conforme con el mandato del art. 24 de la misma norma. Los términos de la LGA: para la adecuada vigencia y aplicación efectiva de las

⁹¹⁴ WALSH, J. R., *Informe elaborado a...*, cit., p. 26.

⁹¹⁵ Art. 24 LGA: “*El Poder Ejecutivo propondrá a la Asamblea del Consejo Federal de Medio Ambiente el dictado de recomendaciones o de resoluciones, según corresponda, de conformidad con el Acta Constitutiva de ese organismo federal, para la adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos, las complementarias provinciales, y sus reglamentaciones en las distintas jurisdicciones*”.

⁹¹⁶ MOYANO, A., “Apostillas a la...”, cit., p. 3.

leyes de presupuestos mínimos, las complementarias provinciales, y sus reglamentaciones en las distintas jurisdicciones, permiten sostener que esta es la esencia del sistema Federal Ambiental. Si el CC establece que las leyes entran en vigencia cuando ellas lo determinan, la LGA ha dispuesto que ello sea a través de las Recomendaciones o Resoluciones del COFEMA”⁹¹⁷. El autor vincula la operatividad de los presupuestos mínimos de protección ambiental al cumplimiento por el poder ejecutivo de los mandatos recogidos en el art. 24 de la Ley 25.675, mediante la presentación de un proyecto de recomendación o resolución según corresponda que permita la concertación deseada.

Por tanto, a fin de conseguir la operatividad de las leyes de presupuestos mínimos, el Estado, como miembro integrante del COFEMA, debe concertar en su seno la materia objeto de regulación, y así lo entienden también SABSAY y DI PAOLA cuando afirman que, “el poder ejecutivo debe, a todas luces, interactuar con el COFEMA en lo que se refiere a normas de presupuestos mínimos, su implementación y la coordinación de políticas interjurisdiccionales”⁹¹⁸. Por su parte, MOYANO considera que la ejecutividad de las normas de presupuestos mínimos quedan afectadas en su ejecutividad presente que el Estado central ha prescindido de esta necesaria concertación impidiendo que por parte del COFEMA se protejan los intereses provinciales, y así señala que “esta atribución de coordinación y consenso del derecho ambiental que la ley general del ambiente 25.675 otorga a la Asamblea del COFEMA tiene la importancia de condicionar su ejecutividad como ley, la que se extiende a todas las leyes de presupuestos mínimos ambientales que ha sancionado el Congreso y que el COFEMA no ha evaluado en función de resguardar las autonomías provinciales”⁹¹⁹.

⁹¹⁷ RODRÍGUEZ SALAS, A., “Vigencia y operatividad de la normativa ambiental. El sistema federal ambiental”. *Sup. Amb*, 2004, p. 4; Cita online La Ley-Thomson Reuters: AR/DOC/2756/2004, p. 6.

⁹¹⁸ SABSAY D.A., / DI PAOLA M. E., “El Federalismo y...”, cit., p. 50.

⁹¹⁹ MOYANO desarrolla esta idea manifestando que, “la ley no puede ser "operativa" hasta que la "coordinación de la política ambiental federal" del art. 23, efectuada por las 23 provincias, la ciudad de Bs As y la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación acuerden esa operatividad en cualquiera de las leyes de presupuestos mínimos. Según el art. 24 de la ley, y en el seno de la Asamblea del Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA) debe convenirse «la adecuada vigencia y efectiva aplicación de las leyes de presupuestos mínimos ambientales (incluida la ley general del ambiente 25.675), las complementarias provinciales y sus reglamentaciones en las distintas jurisdicciones». Debe recordarse que la misma ley 25.675 en su art. 25 ratifica los tratados del COFEMA del 31/8/90 y del Pacto Federal Ambiental del 5/6/93, que en base a los arts. 125, 27, 29 y

En segundo lugar, autores como MORELLO y CAFFERATTA no comparten la opinión anterior, señalando expresamente que “los nuevos derechos constitucionales ambientales son operativos o ejecutivos” no pudiendo entenderse violentada la LGA⁹²⁰. ESAIN parece dar respuesta directa a la tesis defendida por MOYANO y RODRIGUEZ SALAS. Para el autor, considerar que el COFEMA puede condicionar la operatividad de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental es tanto como crear una nueva tipología de leyes nacionales –que no tendrán ni vigencia ni operatividad sino cuando sean aprobadas por un órgano ajeno a la órbita nacional como el COFEMA– como crear un sistema que por definición se aleja de los contenidos del sistema republicano y federal, que supondría un menoscabo a la división de poderes, habiéndose creado un “Congreso de la Nación ambiental bis”⁹²¹, delegándose en un órgano de concertación, derivado de un pacto entre provincias y Nación, la generación, definición, aprobación y vigencia de la ley nacional ambiental⁹²². En dicha lectura el producto sancionado por el Congreso, promulgado y

75 inc 22 *in fine* tienen jerarquía constitucional superior a cualquier ley del Congreso. En consecuencia, tanto los objetivos del art. 2º, los principios del art. 4º, como los instrumentos de política del art. 8º de la ley 25.675, no pueden ser ni reglas de presupuestos mínimos, ni normas jurídicas del Congreso, estableciendo en algunos casos hechos razonables de "consenso", que deberá aprobar la Asamblea del COFEMA y el Pacto Federal Ambiental. Esta imposición por tratados interprovinciales, que hace suya la ley 25.675, es olvidada por la doctrina, y la jurisprudencia omite aplicar el contenido integral de la ley cuando es mencionada en los considerandos de las sentencias. En especial el juez no puede desconocer el veto parcial a la "operatividad" de la ley, y que la Asamblea del COFEMA no se halla expedido sobre si las leyes de presupuestos mínimos ambientales no alteran las jurisdicciones locales. (...) Si el COFEMA existe desde el 31/8/90 y el Pacto Federal Ambiental desde el 5/7/93, el derecho ambiental interestadual, debió surgir de él, según los arts. 121 y 125 de la Constitución, con jerarquía superior a la ley (46). A partir de 1994, cualquier proyecto de ley de presupuestos mínimos debió ser consultado al COFEMA, y su decisión tener efecto vinculante para el Congreso, para que "éste no altere las jurisdicciones provinciales". La sanción 25.675 en su art. 3º señala que sus estipulaciones son "operativas" en las provincias sin reglamentación, y que incluso se utilizarán para la interpretación y aplicación de la ley local. De ahí que, dicha operatividad, tuviese que ser vetada parcialmente por el Ejecutivo nacional en su promulgación. Lo que indica que los presupuestos deben ser motivo de concertación, de acuerdo al art. 125 de la CN". MOYANO, A., "Apostillas a la Ley...", cit. p. 3 y ss.

⁹²⁰ MORELLO, A. M. / CAFFERATTA, N. A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 65.

⁹²¹ El autor motiva su afirmación señalando que se trataría de un “Congreso de la Nación ambiental bis” porque habría un tercer paso en la generación de las reglas jurídicas legales nacionales, que aparecería luego de la intervención del legislativo y del ejecutivo. Ésta sería en igualdad de jerarquía con los otros dos poderes, porque de ella dependería la vigencia de las leyes de presupuestos mínimos”. ESAIN, J., *Competencias Ambientales...*, cit., p. 303.

⁹²² En un sentido similar, DI PAOLA, haciendo referencia a las conclusiones alcanzadas en el Taller sobre “Problemas para la implementación de las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental”, organizado por la Fundación Ambiente y

publicado por el Ejecutivo, no sería una ley, sino una cuasi-ley, que carecería, de no obtener la aprobación del COFEMA, de vigencia y operatividad. Ello, en su opinión, produce una vulneración del esquema federal que quebrante los contenidos básicos de la forma de Estado. Entiende el autor que condicionar la operatividad de las normas dictadas por Congreso de la federación –en el ámbito de sus competencias– a la aprobación de éstas por un órgano compuesto por los ejecutivos provinciales y el federal supondría reconocer a las provincias una facultad de nulificación propia de una forma confederada, y así señala que, “pensar que el legislador está capacitado para delegar la operatividad de las leyes de la Nación en un órgano producto de un acuerdo intrafederal, que además no ha sido ratificado por todas las provincias, significaría entonces alojar una delegación donde no la hay, y dar una competencia confederada donde no hay espacio para ello”⁹²³.

La argumentación sostenida por ESAIN le lleva a proponer otra interpretación de la literalidad del art. 24 LGA, entendiendo que en realidad la vigencia de las normas no es cuestionable. En este sentido, interpreta el autor que cuando la norma dice “*adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos*” no se está subordinando la norma a la decisión del Consejo, sino que se está enfatizando la búsqueda de fórmulas para coordinar, de manera concertada, la mejor manera, la forma más ajustada para la vigencia de las normas. En razón de lo anterior concluye señalando que, “de lo que no cabe dudas es que estamos ante normas operativas, perfectamente aplicables y que pueden ser mejoradas desde las reglas de complemento. Las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental entonces no pueden ser desconocidas por las autoridades judiciales o administrativas, porque son mandatos del legislador perfectamente operativos. El complemento permite la

Recursos Naturales (FARN) el 22 de junio de 2005, mantiene en relación al COFEMA que “si bien puede realizar propuestas legislativas, enviando proyectos de ley al Congreso de la Nación, esto no significa que sea colegislador. Se indicó que el COFEMA funciona sobre la base de lo que determina su acta constitutiva y lo señalado por la Ley General del Ambiente”. DI PAOLA, M. E., (edit. y coord.), *Presupuestos mínimos de protección ambiental II. Recomendaciones para su implementación y reglamentación*, Fundación Ambiente y Recursos naturales en cooperación con el Centro de Derecho Ambiental de la UICN en el marco de su programa de Derecho Ambiental, Buenos Aires, 2006, p. 8; Por su parte, y en línea con lo anterior, ROUGES señala que “las resoluciones del COFEMA, han transformado a este organismo en una suerte de co-legislador e intérprete privilegiado de la cláusula constitucional”. ROUGES, C., “La Ley de residuos industriales y actividades de servicios: las causas de su inoperatividad”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 2, 2005, p. 126.

⁹²³ ESAIN, J., *Competencias Ambientales...*, cit., p. 304.

determinación autónoma de políticas propias, pero no puede servir para consentir el impedimento de la operatividad de reglas jurídicas que reglamentan el art. 41 CN que de por sí resulta operativo”⁹²⁴.

Cabría la posibilidad de entender que la referencia efectuada en el art. 24 LGA a la *adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos* no sea tanto un condicionante a la operatividad de las normas de presupuestos mínimos – dictada por la Nación en el ejercicio de las competencias que la CN les reconoce vía 41.3 CN– sino un llamamiento a la resolución de conflictos a través de un órgano consultivo y de control. Si se concibiera el COFEMA como un organismo con participación paritaria de los integrantes, nacido del derecho intrafederal, éste podría desempeñar las funciones de coordinación señaladas. Así, desde un punto de vista teórico, el COFEMA constituiría el foro adecuado para que Nación y provincias⁹²⁵, de forma previa al ejercicio de sus facultades normativas –presupuestos mínimos de protección ambiental y complemento– discutieran y concertaran sus contenidos con carácter previo al ejercicio competencial. De este modo, se garantizaría el control a priori de posibles injerencias competenciales fortaleciendo el federalismo de cooperación al que aspira la reforma constitucional pero respetando la potestad normativa de cada esfera territorial. En un sentido similar, señala ESAIN que, “estamos ante el acondicionamiento del sustrato para que luego cada estamento se pose sobre una superficie que lo albergue con la adecuada comodidad para que pueda crecer y dar sus frutos en vinculación plena y coordinada”⁹²⁶. Pero además, el Consejo podría igualmente ser un organismo útil para la resolución de conflictos previos a la vía judicial ante la CSJN, cuyos pronunciamientos podrían dirimir controversias permitiendo ajustar a la práctica las normas mediante medidas de política ambiental concertada. En este sentido, señalan SABSAY y DI PAOLA que, “si bien la norma no lo determina expresamente, entendemos que el mismo se constituye como el organismo adecuado para el tratamiento de conflictos entre jurisdicciones respecto de la determinación de normativa complementaria como así también de la aplicación de los presupuestos mínimos. En este sentido, sería sumamente valorable que el mismo

⁹²⁴ *Ibidem*, p. 305.

⁹²⁵ Se alude únicamente a Nación y provincias por una cuestión de generalización de funciones, entendiendo a la Ciudad de Buenos Aires incluida pese a no ser como ya fue expuesto una provincia *estricto sensu*.

⁹²⁶ ESAIN, J., *Competencias Ambientales...*, cit., p. 371.

COFEMA instituyera un mecanismo de solución de estos conflictos que ofrezca canales alternativos a la resolución de los mismos en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin que por supuesto, esto importe la renuncia a recurrir a la vía judicial”⁹²⁷.

Esta nueva reconfiguración del COFEMA que defendemos permitiría una materialización del federalismo concertado a priori y a posteriori, tantas veces mencionado a lo largo de este trabajo, para lo cual deviene imprescindible, entre otras muchas cuestiones, que el total de provincias ratificaran el acuerdo, tal y como parece ser que en un futuro cercano tendrá lugar. Hasta que ello no ocurra el COFEMA seguirá siendo un organismo de eficacia limitada, cuyas resoluciones no cuentan con una eficacia plena por no vincular a todos los poderes territoriales con competencia normativa en materia ambiental.

En todo caso, y sin perjuicio de cuanto se ha expuesto, el actual sistema de distribución competencial en materia ambiental tras la reforma constitucional se compone de la conjunción de dos centros territoriales de poder para la *regulación legislativa global* de una misma materia, regulación que ha de nutrirse de normas de ambas procedencias. Ésta es siempre el resultado de la actividad complementaria del Estado central y de las provincias, una regulación bifronte que no es ni derecho intrafederal ni derecho común. Como señala BIDART CAMPOS “el esquema nuevo de concurrencia significa una separación categórica en dos áreas: lo mínimo y lo máximo. En lo primero, la competencia es federal; en el otro, provincial. Podrá en lo mínimo dársele a la legislación la forma codificada, o la de una ley marco; y en lo máximo podrán las provincias ampliar y desarrollar para sus respectivas jurisdicciones aquel mínimo legislado por el Congreso”⁹²⁸. Será lo que denomina ESAIN “un sistema de legalidad ambiental, un compuesto normativo de fuente diversa, integrado a partir de una relación determinada en la Constitución Nacional y que congloba en cada provincia la normativa federal única reguladora de los presupuestos mínimos de protección para todo el territorio de la Nación con aquella normativa complementaria sustantiva, de origen provincial, la que sólo será eficaz dentro de los límites provinciales”⁹²⁹.

⁹²⁷ SABSAY D. A., / DI PAOLA, M. E., “El Federalismo y...”, cit., p. 54.

⁹²⁸ BIDART CAMPOS, G., *Tratado Elemental de...*, cit., p., 238.

⁹²⁹ ESAIN, J. A., “El Federalismo ambiental...”, cit., p. 788.

5. La articulación constitucional de competencias en materia de medio ambiente. La concepción amplia y la concepción restrictiva de la cláusula ambiental y el alcance funcional del art. 41 CN.

5. 1. La extensión material de la cláusula ambiental: las distintas posturas doctrinales

El alcance de la competencia material ambiental que se deriva del art. 41 CN ha recibido diversas interpretaciones, más o menos restrictivas por parte de la doctrina administrativista argentina. En consecuencia, podemos distinguir una concepción amplia y una concepción estricta, como vemos a continuación.

En primer término, podría entenderse que el medio ambiente por su carácter ubicuo o expansivo y su naturaleza intrínsecamente transversal es una “*supra-materia comprensiva de todas las materias*”⁹³⁰. Esta vis atractiva del medio ambiente obliga a despejar determinadas dudas que podrían surgir respecto a la extensión de la materia comprendida en el art. 41 CN. Así, si se sostiene que el art. 41.3 CN comprende un título competencial “amplio comprensivo de todos los aspectos involucrados en la defensa ambiental”⁹³¹, no cabría ejercitar una competencia ambiental bajo otro título constitucional distinto. En efecto, como advierte DÍAZ ARAUJO, “del art. 41 CN se deriva una vis atractiva de toda la materia de protección ambiental, ...se trataría de un soporte, o título competencial (añadimos nosotros), exclusivo y comprensivo de todas las normas reguladoras que tengan contenido ambiental”⁹³², independientemente de su carácter tuitivo o no.

Frente a este omnicomprendivo entendimiento, si se considera que el precepto alberga un título residual, relativo en exclusiva a la concreta función tuitiva del ambiente “la Nación podrá dictar normas con contenido ambiental a través de otros soportes competenciales específicos o incluir preceptos vinculados a la calidad ambiental en normas que regulen el comercio y también dictar normas de presupuestos

⁹³⁰ DÍAZ ARAUJO, M., “El artículo 41 ...”, cit., p. 738. En este sentido la autora se remite a la STC 102/1995, de 26 de junio, cuyo FJ 3 ya ha sido examinado en este trabajo.

⁹³¹ MACERA, B. F., *El deber industrial de respetar el ambiente: análisis de una situación pasiva de derecho público*, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1998, p. 209.

⁹³² DÍAZ ARAUJO, M., “El artículo 41 ...”, cit., p. 740.

mínimos de protección ambiental”⁹³³. Así, de la literalidad del referido precepto se desprende la primacía del elemento teleológico sobre el axiológico en la medida en que el 41.3 CN alude expresamente a “normas de protección”, delimitando de una forma inequívoca la función respecto de la materia. En este sentido, “bajo este régimen competencial solamente quedarán amparadas las regulaciones ambientales con un evidente carácter tuitivo. Solo abarcará normas que tengan por objeto la protección del ambiente lo que excluye cualquier otra que aborde el asunto desde otro punto de vista”⁹³⁴. Se trata de un entendimiento similar al sostenido por algunos autores españoles, como se ha tenido ocasión de analizar, al interpretar la distinción entre el posible contenido de las normas que desarrollan los títulos relativos al establecimiento de las bases sobre protección del medio ambiente y establecimiento de normas adicionales de protección ambiental y las normas de desarrollo, entendiendo que estas últimas, aun cuando inciden sobre el medio ambiente como sector material no añaden protección, esto es, carecen de dicha función tuitiva⁹³⁵.

Deviene obligado, atendiendo hasta lo ahora expuesto, concretar cuándo se está ante una norma ambiental sujeta al art. 41.3 CN y cuándo nos encontramos ante una norma que desarrolla otro título constitucional y que puede servir como título en el que amparar el ejercicio de una competencia sectorial no tuitiva ejercida sobre un elemento del medio ambiente. En efecto, al no agotar el precepto la regulación del medio ambiente por referirse exclusivamente a las normas de protección, el resto de funciones no tuitivas respecto del medio ambiente se articulará de conformidad con el diseño competencial previsto para el concreto sector material de que se trate. En este sentido, debe tenerse en cuenta el reparto competencial llevado a cabo por la CN respecto de los recursos naturales que, como vimos, se trata de una competencia reservada a las provincias en todo caso. En este sentido, autores como RODRIGUEZ SALAS hacen hincapié en lo limitado de las competencias reconocidas en el art. 41CN circunscritas a la protección ambiental, excluyendo cualquier intromisión en el régimen de los recursos naturales⁹³⁶. Por su parte, PINTO, refiriéndose a la materia ambiental señala que, “el texto constitucional exclusivamente se ha delegado de

⁹³³ DÍAZ ARAUJO, M., “El artículo 41 ...”, cit., p. 740.

⁹³⁴ ESAÍN, J. A., “El Federalismo ambiental...”, cit. p. 796.

⁹³⁵ SORO MATEO, B. / FERNÁNDEZ SAMERÓN M., *La articulación ...*cit., p. 77.

⁹³⁶ RODRÍGUEZ SALAS, A., “Consideraciones sobre la vigencia de las nuevas normas ambientales”, *Revista del Foro de Cuyo*, T. 36, 1999, p. 56-58.

manera expresa el dictado de normas de presupuesto de protección ambiental, y no de otros aspectos que hacen a una materia mucho más amplia, como es la gestión general del ambiente fuera de las medidas de protección, o incluso a otra más amplia aun como es la gestión de los recursos naturales⁹³⁷. SABSAY entiende que la delegación implica que la Nación podrá dictar los presupuestos mínimos, lo que necesariamente se aplicará sobre los recursos naturales que hoy son de dominio público de las provincias, si bien señala que “la delegación se hace en tanto que aquella no importe un avasallamiento de esa facultad de las provincias han retenido sobre los bienes de dominio público”⁹³⁸. Esta distinción, deviene clara si entendemos que el Derecho ambiental *ex art. 41 CN* presenta contenidos distintos al Derecho de los recursos naturales cuyos contenidos permanecen en forma completa bajo la competencia provincial reservada⁹³⁹. Así, PINTO partiendo del entendimiento del agua como recurso natural y como elemento integrante del medio ambiente explica que,

"esta orientación es útil para distinguir la política y el derecho de los recursos naturales de la ambiental. Mientras que la primera tiene por fin exclusivo maximizar el rendimiento de los recursos naturales con el objeto de satisfacer las necesidades del hombre, la segunda sólo fija el nivel de modificación permisible por la naturaleza, procurando mantener y preservar las reglas de la tierra. Así se podría distinguir al agua como recurso natural útil para el consumo humano, la recreación, la navegación, la explotación agrícola y la hidroelectricidad, para lo cual el derecho de aguas regula su titularidad, su manejo productivo, modos de determinación de prioridades de uso (incluso el del receptor de contaminación); del agua como elemento ambiental que cumple un papel fundamental en los sistemas vitales de la naturaleza. En este caso la política y el derecho ambiental velan por preservar las características intrínsecas del agua como

⁹³⁷ PINTO, M., *El régimen jurídico...*, cit., p. 212; del mismo autor, “La ley de presupuestos ambientales hídricos”, *LLGC*, 2003, p. 292.

⁹³⁸ SABSAY, D., “El nuevo art. 41 CN. y la distribución de competencias Nación-provincias”, *LL*, doctrina judicial 1997, p. 2.

⁹³⁹ PINTO, M., “Ley de presupuestos...”, cit., 292. PINTO se remite aquí a DÍAZ ARAUJO, E., en su Prólogo a MENÉNDEZ, A. J., *La Constitución Nacional y el medio ambiente*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, p. 11, donde observa con claridad que el derecho ambiental no viene a reemplazar a los antiguos derechos agrarios, mineros o de aguas, sino que se dedica a estudiar las relaciones de todos esos elementos entre sí y el hombre, lo que refiere indudablemente al encuadre sistémico entre todos los elementos ambientales.

elemento ambiental para que pueda seguir respondiendo a las reglas propias de la naturaleza y satisfaciendo necesidades humanas. Surgen así los conceptos de fijación de estándares de calidad y niveles máximos para efluentes industriales o domiciliarios (estándares de tratamiento y pretratamiento), prohibición de verter ciertos residuos peligrosos, aplicación de tecnologías apropiadas de tratamiento de efluentes, etc..."⁹⁴⁰

De este modo, no se trata de efectuar un deslinde absoluto entre los recursos naturales y el medio ambiente, en la medida en que la interconexión existente entre ambos resulta indiscutible, pero la línea de separación entre ambos debe tenerse presente a fin de evitar que la vis atractiva del medio ambiente pueda resultar utilizada por la Nación para la extralimitarse en sus competencias avanzando en materias reservadas a las provincias. Por ello señala PINTO a renglón seguido que,

“la interdependencia entre el agua y los demás recursos naturales no implica que bajo el pretexto de regular sobre las bases ambientales, el Congreso pueda usurpar las competencias reservadas por las provincias, dictando normas que lejos de regular la conservación del sustrato ecológico avanzan en materia propia de la explotación del recurso hídrico en base al uso autorizado del dominio público hidráulico. No es que no puedan darse normas ambientales que tengan por objeto al agua. Pero no todo aspecto de regulación hídrica es propio de la materia ambiental; sólo lo es cuando regula la preservación sistémica del sustrato ecológico. Y por ello, el art. 41 Constitución Nacional no ha autorizado al Congreso a desplazar la competencia provincial sobre la regulación de sus aguas en el marco de sus reglas de dominio público”⁹⁴¹

Por tanto, partiendo de una noción funcional del medio ambiente⁹⁴², y de la distinción entre el derecho de los recursos naturales y del derecho ambiental, podemos concluir que la doctrina considera que nos hallamos ante una norma que desarrolla el título constitucional contemplado por el art. 41 CN cuando su principal finalidad sea la

⁹⁴⁰ TARAK, P., “La política y la legislación ambiental: una respuesta al desafío del siglo”, FARN, Buenos Aires, 1993.

⁹⁴¹ PINTO, M., “Ley de presupuestos ambientales hídricos”, cit., p. 295.

⁹⁴² ESAIN, J. A., “El desarrollo sostenible aplicado a un problema de vista paisajística de un ecosistema natural”, *LL*, núm. 9, 2000, p. 1169.

tutela ambiental⁹⁴³ o cuando tenga por objeto “el mantenimiento de un alto nivel de protección del ciclo de la vida” del recurso⁹⁴⁴. Se trata, en consecuencia, de una interpretación restrictiva que sigue los parámetros fijados por el COFEMA en su Resolución núm. 94/2004, de 17 de septiembre de 2004, en la que se estableció que “toda interpretación que se haga, respecto del contenido de protección ambiental, deber tener carácter restrictivo, lo que implica que su objetivo debe mantener una relación directa y concreta con la finalidad de protección ambiental sin desvirtuar las competencias reservadas a las provincias, vaciando de contenido los art. 122 y 124 CN”⁹⁴⁵.

Este enfoque nos recuerda aquella problemática que en derecho español se deriva de la concurrencia de títulos competenciales distintos del ambiental que sirven para modular el alcance de las competencias del Estado para el establecimiento de las normas básicas sobre protección del medio ambiente y que el TC se ha ocupado de resolver, apelando, según los casos, a distintos criterios como la finalidad o interés tutelado por la norma, el interés prevalente de las normas en conflicto, el interés general o supra-autonómico, los títulos competenciales excluyentes, la razonabilidad, proporcionalidad y el tratamiento uniforme, la competencia ambiental residual y el dominio público.

5. 2. *El alcance funcional de la competencia albergada en el art. 41 CN*

Una vez descrita la discusión doctrinal acerca del alcance material de la competencia ambiental, deviene necesario examinar las concretas potestades que comprende y a qué entidad territorial resultan atribuidas.

De la literalidad del art. 41.3 CN se desprende que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias las necesarias para complementarlas. Por tanto resulta evidente que la función normativa aparece desdoblada en dos *subfunciones*⁹⁴⁶, quedando claramente diferenciadas las funciones que corresponden a la Nación – el dictado de las normas

⁹⁴³ ESAIN, J. A., “El Federalismo ambiental...”, cit., p. 796.

⁹⁴⁴ CANOSA USERA, R., “Constitución y medio ambiente”, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 71-85, (en especial, p. 66).

⁹⁴⁵ Resolución del COFEMA núm. 92/04, de 17 de septiembre de 2004, Consid. 3.

⁹⁴⁶ ESAIN, J., “El Federalismo ambiental...”, cit., p. 779.

de presupuestos mínimos de protección – y cuáles se atribuyen a las provincias – la función de dictar las normas necesarias para complementarlas. Pese a la sencillez aparente de esta distribución el problema se centra en la determinación del *quantum* de las funciones, esto es, en poder fijar qué son y hasta donde se extienden los presupuesto mínimos de protección y las normas complementarias, como hemos hecho a la hora de determinar la extensión de lo básico en derecho español para, por exclusión, poder determinar qué espacio normativo quedaba a disposición de las CCAA.

Por otra parte, y respecto de la función ejecutiva, puede entenderse que cuando el art. 41.3 CN señala “*sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales*”, está atribuyendo en todo caso la gestión ambiental a las provincias⁹⁴⁷. No obstante, debe tenerse en cuenta que, así entendido, se han de respetar las contadas excepciones en las que se reconoce la competencia de la Nación cuando se exceden los intereses netamente locales, excepciones entre las que, como vimos, no se encuentra la gestión de cursos de agua interprovinciales. De este modo, ESAIN, efectuando una interpretación conjunta de los art. 41.3 CN, 122 CN y el art. 75 inc. 13 y 19 CN (cláusulas de comercio y de progreso), establece un principio general por el que “toda la función de ejecución del complejo normativo producto del sistema que acabamos de introducir, pertenece al ámbito de las comunidades jurídicas parciales, tanto federal como provincial, según la naturaleza del elemento conflictivo, de manera similar a lo que sucedía antes de la reforma”. En cualquier caso, y como se ha venido viendo a lo largo de todo este trabajo, debe tenerse en cuenta la incidencia del denominado federalismo de concertación y los órganos producto de pactos ambientales como el COFEMA.

⁹⁴⁷ ESAIN explica la atribución de la competencia ejecutiva a favor de las provincias comparando el art. 41.3 CN con la regla establecida en el art. 75 inc. 12 CN, y así mantiene que: “estamos ante la misma directriz que el legislador de excepción introdujo– vía reforma constitucional de 1860– cuando quiso asegurar que la aplicación de los Códigos de fondo correspondiera a las autoridades administrativas y judiciales provinciales, evitando que la federación –apelando al origen de dichas leyes en el Congreso Federal– se quedara con dicha competencia. El texto sugerentemente sigue la misma idea. Dice el art. 75 inc. 12 CN que corresponde al Congreso: “Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales”. Como vemos, estamos ante la misma regla. Ella implicará entonces que ese complejo normativo complementario – PMPA y norma complementaria de la provincia donde el conflicto surja –será aplicada por la autoridad ambiental local. Este es el mandato del constituyente: la competencia es netamente local”. ESAIN, J., *Competencias Ambientales...*, cit., p. 410.

Por tanto, y sin perjuicio de cuanto a continuación expone, las potestades aglutinadas en la competencia ambiental se refieren tanto a las normativas, y dentro de estas los presupuestos mínimos de protección ambiental reconocidas a la Nación y las normas complementarias reservadas por las provincias, y las ejecutivas o competencias de gestión que destinadas a la puesta en marcha de cuanto ha sido regulado a nivel normativo corresponderán por regla general a las provincias. El esquema, pues, resulta similar al español, en el que la competencia ejecutiva o de “gestión ambiental” se encuentra contemplada en el art. 148.1.9ª CE. No obstante, a diferencia del sistema argentino, el ordenamiento español si contempla diversos supuestos en los que, por concurrir un interés supraautonómico, se reconoce la constitucionalidad de reservar al Estado ciertas competencias de gestión ambiental, por ejemplo en relación con la declaración de parques Nacionales, evaluaciones ambientales de obras públicas que excedan del ámbito territorial de una CCAA, gestión de cursos de agua intercomunitarios o declaración de áreas marinas protegidas.

5. 3. Los principios arbitrado por la doctrina para resolver la concurrencia del título ambiental y de títulos conexos

Fruto de las distintas concepciones sobre la distribución de competencias en materia ambiental previa a la reforma, en la actualidad no existe unanimidad sobre si el cambio introducido *ex art. 41 CN* es significativo o no. Sin embargo la doctrina administrativista coincide en calificar la competencia ambiental como una competencia concurrente exclusiva y excluyente⁹⁴⁸.

Así, se sostiene que uno de los principios que rigen la relación entre las provincias y la Nación será el que denomina *principio de exclusividad funcional parcial*, puesto que “la metodología de la concurrencia complementaria implica exclusividad, aunque solo aplicable a la función parcial con la que cada orden

⁹⁴⁸ Vid. QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. II, cit. p. 986. En este sentido señala ESAIN que “en materia ambiental estamos ante una competencia gobernada por los principios de concurrencia y complementariedad. Por lo tanto, ambos ordenes llamados a concurrir de esa particular manera poseen un margen de funcionalidad concurrente y otro exclusivo”. ESAIN, J., “El Federalismo ambiental...”, cit. p.781.

concorre a la función total de legislar la materia protección ambiental”⁹⁴⁹. Esta exclusividad se limitaría a la esfera funcional de cada orden llamado a concurrir para la obtención de la regulación completa. Esto es, la Nación tendría reconocida la competencia exclusiva para legislar en materia de principios mínimos de protección ambiental pudiendo excluir de este ámbito a las provincias, del mismo modo que las provincias tendrían competencia exclusiva y excluyente respecto a la legislación complementaria⁹⁵⁰. Como señala el referido autor, “esto significa que la competencia concurrente dispuesta por el constituyente en el art. 41 CN conllevará no solo a concurrir sobre un mismo objeto material con normas de distinta fuente y rango, sino que esas diversas fuentes compartirán de manera separada y con exclusividad su porción funcional”⁹⁵¹.

Otro de los principios que permiten comprender el sistema de distribución fijado por el constituyente sería el principio de complementariedad, que justifica la vinculación de los órdenes de poder llamados a concurrir. Este principio, cuya vigencia se desprende de la propia literalidad del art. 41.3 CN –baste recordar que el constituyente hace uso del verbo complementar cuando se refiere la función normativa de las provincias–, no tiene antecedentes directos previos a la reforma de 1994. Se trata, pues, de una novedad que altera el clásico sistema de concurrencias previsto en el texto anterior de la CN,⁹⁵². Como señala ESAIN, “El principio de complemento implica que el legislador al dar presupuestos mínimos debe tener en cuenta luego la norma provincial con la que comparte la formación del sistema total. En este sentido, el principio obligará a que la norma federal sea mínima, aunque uniforme, pero

⁹⁴⁹ ESAIN, J., *Competencias Ambientales...*, cit. p. 237; y del mismo autor, “Competencias ambientales y federalismo. La complementariedad maximizante ha llegado a la justicia”, en CAFFERATTA, N. A., (dir.), *Summa...*, T. I., cit., p. 627.

⁹⁵⁰ Como señala ESAIN, “decir que estamos ante una competencia exclusiva implicaría un error, porque la normación total no se agota con el ejercicio de ninguno de los entes por separado. (...) En materia ambiental estamos ante una competencia que se haya desdoblada en dos funciones parciales calificadas por el instrumento normativo con el que son llamadas a concurrir de manera complementaria: la nación concurre con presupuestos mínimos, las provincias, con complemento. La exclusividad es solo sobre esa porción funcional con al que cada uno es llamando a concurrir mediante la cual se obtiene el total de la materia de protección ambiental”. Esain, J., *Competencias Ambientales...*, cit., p. 240.

⁹⁵¹ *Ibidem*, p. 237-238.

⁹⁵² Con anterioridad no había sido reconocida a las provincias la posibilidad de complementar normas sustantivas nacionales, por lo que su razón de ser, según ESAIN, se encontraría en el federalismo de concertación, *Cfr.* ESAIN, J., “El Federalismo ambiental...”, cit., p. 781.

reducida a lo mínimo para posibilitar que la ley provincial luego llegue al máximo al complementarla”⁹⁵³.

De este modo, y sin perjuicio de otros principios que rigen las relaciones entre Estado Nacional y provincias, – supremacía constitucional, fundamentalidad y distribución, competencia, supremacía federal, autonomía funcional, congruencia, optimización de la protección ambiental, proporcionalidad y pensar global y actuar local– el esquema funcional de la relación competencial entre Nación y Provincia, según las líneas expuestas podría quedar esquematizada de la manera que a continuación se expone.

La CN reconoce a favor de la Nación la función de fijar las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental tratándose ésta de una competencia exclusiva y excluyente limitada al concreto sector normativo que se especifica. Si bien, atendiendo a esta limitación, y dado que los presupuestos mínimos no agotan la función normativa, la CN reconoce a favor de la autoridad provincial la legislación complementaria también en dicha materia y de forma igualmente exclusiva y excluyente⁹⁵⁴. Si bien, será a través de la integración de ambas funciones normativas, llamadas a concurrir de manera complementaria cuando se consiga alcanzar la regulación completa de la protección ambiental, pues se trata de dos competencias que coinciden en su objeto (protección ambiental) y en su función (competencia legislativa), por lo que será necesario que su efectivo ejercicio permita su aplicación como un todo coherente⁹⁵⁵.

⁹⁵³ ESAIN, J., *Competencias Ambientales*..., cit., p. 254.

⁹⁵⁴ En este sentido señala ESAIN que, “el párrafo 3° del art. 41 llama a dos sectores a concurrir de manera exclusiva respecto de la función que el constituyente les ha asignado con relación a esa materia, la que por esta característica excluye a otros órdenes de su misma esfera de actuación. Como se puede apreciar, más que ante un esquema de concurrencia estamos -aparentemente- ante una combinación de dos competencias exclusivas”. ESAIN, J., “El Federalismo ambiental...” cit., p. 784.

⁹⁵⁵ En este sentido, advierte ESAIN que “lo que las hace complementarias es que ambos sectores llamados de manera exclusiva deben concurrir a la formación de un sistema unificado, que supone una regulación global de la materia, la que se articulará con normas de ambas procedencias, las que se deben presentar de manera sistémica, no contradictoria o no fragmentada, unitaria, coordinada y coherente; ya que todo el complejo normativo deberá estar destinado a los mismos sujetos y aplicado por los mismos órganos (administrativos y judiciales). Esto es lo que implica el complemento: dos funciones exclusivas pero que son llamadas a formar un todo sistémico. ESAIN, J., “El Federalismo ambiental...” cit., p. 784.

6. El alcance de las competencias normativas de la nación: los denominados presupuestos mínimos de protección ambiental

De acuerdo con el sistema examinado, corresponde a la Nación la competencia para dictar normas de presupuestos mínimos ambientales. A continuación procedemos a dar cuenta del alcance material y formal de estas normas., esto es a la concreción de su concepto, de su contenido y de sus límites así como del vehículo formal a través del cual debe ser formulados.

6. 1. Alcance material de los presupuestos mínimos de protección ambiental

6. 1. 1. El Concepto de Presupuesto Mínimo de Protección Ambiental

La reforma de 1994 introdujo por vez primera en el texto constitucional nacional el término “principios mínimos de protección ambiental”, como uno de los elementos esenciales del sistema de distribución de competencias ambientales. Este concepto, aparentemente sencillo, se caracteriza en realidad por su notable complejidad exegética, que ha dado pie a un sinfín de interpretaciones doctrinales cuyo epicentro se localiza en la necesidad de identificar la línea que divide las potestades nacionales de las provinciales. Como señala SABSAY “este interrogante constituye, de alguna manera, la pregunta del millón en este campo”⁹⁵⁶.

No obstante, y antes de adentrarnos en la discusión doctrinal, debemos dar cuenta de lo que el legislador nacional y el propio COFEMA entienden por principios mínimos de protección ambiental. Así, en primer término, según la Ley 25.675, General del Ambiente, se trata de *“toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para 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). Por su parte, el COFEMA los identifica como “presupuesto mínimo al umbral básico de protección ambiental que corresponde dictar a la Nación y que rige en forma uniforme en todo el territorio nacional como piso inderogable que garantiza a todo habitante una protección ambiental mínima más

⁹⁵⁶ SABSAY, D. A., “Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, en WALSH, J. R., (dir.), *Ambiente, Derecho y...*, cit., p. 81.

allá del sitio en que se encuentre. Incluye aquellos conceptos y principios rectores de protección ambiental y las normas técnicas que fijen valores que aseguren niveles mínimos de calidad. La regulación del aprovechamiento y uso de los recursos naturales constituyen potestades reservadas por las Provincias y por ello no delegadas a la Nación. En consecuencia el objeto de las leyes de presupuestos mínimos debe ser el de protección mínima ambiental del recurso y no el de su gestión, potestad privativa de las provincias (Resolución del COFEMA núm. 92/2004, de 17 de septiembre, Consid. 3).

La doctrina proporciona plurales definiciones que destacan la finalidad que se persigue mediante su formulación, que no es otra que la uniformidad del derecho ambiental. Así, una primera postura podría quedar representada por la opinión de CAFFERATA quien define a los presupuestos mínimos como “normas de base, umbral, comunes –en el sentido que constituyen denominador común–, sobre las cuales se va a construir el edificio total normativo de la tutela ambiental en la Argentina, de organización federal”⁹⁵⁷.

Por su parte, ESAIN va más allá al definirlos como, “el piso dictado por el Congreso federal, inderogable y supremo, el que invalida a las normas provinciales que lo contraríen”⁹⁵⁸.

En tercer lugar, se encuentran aquellos autores, más respetuosos con la competencia provincial, que los definen como “institutos básicos, comunes para todo el territorio nacional que son plenamente operativos y eficaces en cada provincia – y

⁹⁵⁷ CAFFERATA, N. A., “Derecho ambiental. Instituciones básicas” en CAFFERATA, N. A., (dir.), *Tratado Jurisprudencial...*, T. I, cit., p. 65; En el mismo sentido, *vid.* SAVINO, A./ NONNA, S. / ROSA ALVES, E., “Postura de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación sobre los presupuestos mínimos de protección ambiental” en CAFFERATA, N. A. (dir.), *Tratado Jurisprudencial ..T. II, Vol. A*, cit., p. 790. Asimismo, se podría definir como una legislación uniforme en sus condiciones de línea o, como señalan autores como QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI Y CENICACELAYA, “...uniformidad relativa, de piso inderogable”, (Cfr. QUIROGA LAVIÉ, H., / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. II, cit., p. 987), o “de pautas básicas” (RODRÍGUEZ SALAS, A., “Consideraciones sobre la vigencia...”, cit., pp. 56-58). POSSE y SIERRA, sostienen que “la reforma constitucional hace referencia a un piso de protección ambiental, un piso mínimo, se que fija para toda la Nación”. POSSE, N. P. / SIERRA, J. L., “¿Qué son normas que contengan presupuestos mínimos? ¿Qué alcances tienen?”, *LLGC* 2004, p. 171. VALLS lo entiende como un marco común uniforme y así señala que “dictando las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental, el Congreso de la Nación podría sancionar un marco jurídico específico nacional uniforme para el ambiente. VALLS, M. F., “El Congreso de la Nación debe sancionar una Ley General del Ambiente”, *JA*, T. III, fascículo núm. 4, número especial de Derecho Ambiental, 2002.

⁹⁵⁸ ESAIN, J., “El Federalismo ambiental...”, cit., p. 783.

municipio –, a excepción de que exista en la provincia –o municipio– una norma local que provea mejor, más ampliamente y en mayor grado a la tutela del ambiente⁹⁵⁹ o como “umbrales de protección al ambiente adecuado para la vida, los niveles mínimos, el standard que cada Provincia pueda aceptar sin que se altere su dominio de los recursos naturales, ni se altere su jurisdicción sobre los mismos”⁹⁶⁰ o como mínimo, porque no puede ir más abajo, y mínimo porque no puede invadir facultades provinciales”⁹⁶¹.

A nivel teórico y hasta la promulgación de las primeras leyes de presupuestos mínimos, parecía existir cierto acuerdo doctrinal acerca de la definición de los presupuestos mínimos como “un umbral, un piso, un límite mínimo”. No obstante, el ejercicio de la competencia normativa ambiental por parte de la Nación pronto vino a generar una discusión acerca de su contenido y de sus límites, como tendremos ocasión de analizar *infra*⁹⁶².

6. 1. 2. Concepciones doctrinales en torno al contenido que debe darse a los presupuestos mínimos de protección ambiental

La definición legal de los presupuestos mínimos de protección ambiental contenida en el art. 6 de la Ley 25.675, General del Ambiente fue vista como un intento de vedar la posibilidad de que las provincias, en el ejercicio de sus competencias normativas, añadieran protección ambiental, en la medida en que el precepto se refería al establecimiento de un derecho uniforme y común⁹⁶³. Como

⁹⁵⁹ FALBO, A. J., “La información ambiental como principio rector de la protección del ambiente”, *JA*, Vol. III, 2003, p. 1253; DE BARRENCHEA, M. E., “Presupuestos mínimos ambientales”, *Revista OI DLES*, Vol. 2, núm. 5, 2008.

⁹⁶⁰ MOYANO, A., *Aplicabilidad de las normas ambientales que se sancionan en cumplimiento de los mandatos contenidos en el artículo 41 de la Constitución Nacional*. Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial creada por la Resolución 68/03 del COFEMA, Diciembre 2003.

⁹⁶¹ GRASSETTI, E., “Alcance y significado del artículo 41 de la Constitución Nacional: presupuestos mínimos de protección ambiental”, ed. Fundación Novum Millenium, Buenos Aires, 1998, pp. 5-7.

⁹⁶² BEC, E., / FRANCO, H. J., *Presupuestos mínimos de protección ambiental: Tratamiento completo de su problemática jurídica*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2010, p. 168.

⁹⁶³ Recuérdese que el art. 6 LGA los define como “*toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas*

consecuencia de ello, la doctrina procedió a analizar el contenido disponible por el legislador nacional, de acuerdo con la CN.

Por una parte, se consideró que mientras que el art. 41.3 CN fija un mínimo común denominador para toda la Nación que quedaría sujeto a su posterior complemento y elevación por las provincias de acuerdo con sus propias necesidades, el art. 6 LGA crearía un “techo uniforme” que excedería de lo preceptuado por la Constitución y que, a modo de regulación completa, excedería de las competencias reconocidas a la Nación⁹⁶⁴, al limitar la posibilidad de que las provincias pudieran, mediante el ejercicio de su competencia normativa reconocida constitucionalmente, destruir dicha homogeneidad estableciendo normas más garantistas desde el punto de vista ambiental. Se trataría, pues, de una verdadera delegación de la temática ambiental y, por lo tanto, las provincias podrían regular todo lo que no está reservado a la nación, esto es, todo menos la legislación común⁹⁶⁵.

Sin embargo, frente a la posición doctrinal descrita, otros autores ponen el acento en la virtualidad de los presupuestos mínimos para garantizar las condiciones necesarias de protección ambiental, que asegure a todos los habitantes el goce de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras⁹⁶⁶, considerando, además, que los presupuestos mínimos podrán

ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”

⁹⁶⁴ BEC, E., / FRANCO, H. J., *Presupuestos mínimos...*, cit. p. 78.

⁹⁶⁵ JULIÁ, efectúa una división en tres, diferenciando una posición restrictiva, una posición intermedia y una posición amplia. Respecto a la posición intermedia señala la que, “si bien es coincidente (con la posición restrictiva) en la necesidad de fijar límites y valores, entiende que el concepto puede albergar algunos principios y la formulación de instrumentos de gestión uniformes y, en algún caso, la guía de objetivos políticos mínimos”. Nos centramos en este trabajo en las que entendemos las posturas principales: restrictiva y amplia, dejando de lado la intermedia por entender que ésta se trata en realidad de un híbrido entre la dos posturas puras. *Cfr.* JULIÁ, M. S., “La discusión del concepto de presupuesto mínimo en el marco de un nuevo orden político, jurídico e institucional”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 1, 2005.

⁹⁶⁶ Así SAVINO, NONNA, y ROSA ALVES, señalan que “la expresa delegación de facultades legislativas que en materia ambiental efectúa el art. 41 de la Constitución Nacional tuvo en miras el establecer un sistema jurídico, uniforme, que asegure a todos los habitantes el goce de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. De allí que el art. 6 de la ley 25.675, acertadamente, entiende por presupuesto mínimo, establecido en el art. 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su

abordar cuestiones ambientales conteniendo reglas de técnicas jurídicas de fondo o sustantivo, como asimismo normas de forma, rituales o de proceso, e inclusive administrativas, en la medida que siendo de presupuesto mínimo de protección del ambiente, resulten razonablemente necesarias para cumplir con este objetivo. La referida amplitud de los presupuestos mínimos al punto de operar a los fines procesales y administrativos – y por lo tanto de procedimiento administrativo-, viene confirmada normativamente por la ley 25.675 de Política Ambiental Nacional cuando define en su art. 6 a los presupuestos mínimos como “toda norma que concede una tutela ambiental”⁹⁶⁷. En el mismo sentido, se considera que los presupuestos mínimos son una noción amplia que abarcaría instrumentos jurídico-ambientales transversales como la EIA, la participación y el acceso a la información ambiental) instituciones procesales e incluso normas sobre gestión de los recursos naturales⁹⁶⁸, y que no

contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”. SAVINO, A. / NONNA, S. / ROSA ALVES, E., “Postura de la Secretaría ..”, cit., p. 790.

⁹⁶⁷ De acuerdo con la tesis expansiva, apoyada entre otros por CAFFERATTA, ESAIN, SAVINO, NONNA, ROSA ALVES, FALBO, WALSH o PREUSS, el alcance de las normas de presupuestos mínimos comprende no solamente los estándares o parámetros técnicos, sino también las políticas de gestión en materia ambiental, con la sola limitación de no extralimitarse –vaciando de contenido o devaluando las facultades provinciales de dictar normas complementarias–, ni cercenar o aniquilar las facultades inherentes al dominio originario de los recursos naturales existentes⁹⁶⁷. En este sentido resulta especialmente clarificadora la opinión de CAFFERATTA quien reconociendo expresamente el amplio concepto de los presupuestos mínimos de protección ambiental señala que, “el contenido material de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental es amplio, diverso, transversal. Sostenemos el carácter “mixto”, “híbrido”, de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental. Así pueden ubicarse dentro del derecho público y/o privado, - a su vez, muchas de estas reglas son de orden público. (...) Fijando pautas eficientes de precaución, prevención, recomposición, sanción indemnizatoria, represión, régimen penal, en defensa del medio ambiente, a cuyo fin, resulta necesario uniformar la legislación existente, para garantizar se logre el objetivo primordial de la delegación de competencias, que conforme surge del texto de la norma del artículo 41 CN, reviste carácter tuitivo. (...) esta normativa de presupuestos mínimos de protección ambiental podrá abordar cuestiones ambientales conteniendo reglas de técnicas jurídicas de fondo o sustantivo, como asimismo normas de forma, rituales o de proceso, e inclusive administrativas, en la medida que siendo de presupuesto mínimo de protección del ambiente, resulten razonablemente necesarias para cumplir con este objetivo”. CAFFERATTA, N. A., *Normas de presupuestos mínimos –normas complementarias*, Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial creada por la Resolución 68/03 del COFEMA al COFEMA, septiembre de 2003, pp. 4-5. En el mismo sentido, de considerar irrelevante del carácter sustantivo o procesal de las normas contenidas en la norma que establezca los presupuesto mínimos, FALBO, A. J., “La información ambiental como principio rector de la protección del ambiente”, cit.; SAVINO, A. / NONNA, S., / ROSA ALVES, E., “Postura de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación sobre los presupuestos mínimos de protección ambiental” en CAFFERATA, N. A., (dir.), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho ambiental: Textos completos*, T. II, Vol. A, cit. p. 794.

⁹⁶⁸ ESAIN, J., *Competencias Ambientales. ...*, cit.

podemos reducir su contenido a normas de calidad ambiental que establezcan umbrales⁹⁶⁹.

De este modo, a fin de justificar la amplitud dada a los presupuestos mínimos de protección ambiental, este sector doctrinal fundamenta su posición en dos ideas principales: por un lado, en la necesidad de garantizar la efectividad del derecho medioambiental y, por otro, en evitar la atomización del derecho ambiental, lo cual pondría en riesgo la uniformidad deseada. En este sentido, CAFFERATTA señala que,

“En el afán de superar el denominado “raquitismo de eficiencia” y que el derecho ambiental no se transforme en una alternativa meramente simbólica, y los males que padece nuestro régimen legal ambiental (muchos de ellos ligados a la superposición de jurisdicciones), es que el convencional de 1994, concibió un nuevo reparto de competencias, dándole una función primaria, estructural, en materia legislativa, a la Nación, y de ulterior desarrollo complementario a las Provincias”⁹⁷⁰.

Y, casi a modo de respuesta a los partidarios de la tesis restrictiva señala ESAIN que,

“donde el legislador de excepción no limitó no puede colegirse que quiso hacerlo. (...) cualquiera podría argumentar que desde una interpretación limitada del concepto de presupuesto mínimo las provincias pueden reglar el todo, con el solo límite de seguir los umbrales federales. Pero esto conduciría a una enorme atomización de la legalidad ambiental que no poseería uniformidad, careciendo de reglas marco, contenidos precisos base que permitan alcanzar la cláusula constitucional y los convenios internacionales con las normas provinciales. Este es el mayor inconveniente práctico a que nos puede llevar una interpretación atomizada del sistema, alejada por supuestos de las reglas básicas

⁹⁶⁹ PREUSS, F. y WALSH, J. R., “Los presupuestos mínimos y las competencias ambientales”, *DJ*, T. II, 1997, p. 923.

⁹⁷⁰ CAFFERATTA, N. A., *Normas de presupuestos mínimos – normas complementarias*, Informe, Cit.; en el mismo sentido, OJEDA MESTRE, R., “El Derecho ambiental del siglo XXI”, trabajo publicado en internet; PRACK, H., “Derecho Ambiental ¿una alternativa meramente simbólica?”, *JA.*, T. IV, número especial de derecho ambiental, 1997; WOLF, P., “¿La irresponsabilidad organizada? Comentarios sobre la función simbólica del derecho ecológico”, *ED*, T. 136, 1990, p. 820.

constitucionales, columna d nuestra estructura federal”⁹⁷¹.

De este modo, si bien la postura expansiva podría garantizar la uniformidad, no puede desconocerse que la misma genera una manifiesta indeterminación sobre el contenido de los presupuestos mínimos de protección ambiental pudiendo entenderse por tales una regulación completa y detallada que no encuentra más límites que, como señala ESAIN, el uso de “parámetros bajos, que dejen margen a la intervención local maximizante”⁹⁷². Esta situación puede conducir, no solo a la desnaturalización de las competencias provinciales, sino a la imposibilidad manifiesta de que por parte de las provincias se pueda accionar frente a extralimitaciones del Estado Nacional, cuyos parámetros no quedan definidos, cuestión esta de fundamental importancia a la luz de los conflicto que han generado entre otras la Ley de 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas.

En un signo contrario, la tesis restrictiva, a la que pertenecen entre otros QUIROGA LAVIÉ, MOSSET ITURRASPE, BEC y FRANCO, que partiría de los riesgos que entraña la vis expansiva del medio ambiente. Así, señala MOSSET ITURRASPE que, “no tenemos dudas de que no es posible una visión absoluta o fundamentalista del ambiente. Que debe evitarse hacer del tema una categoría invasora a la cual todo debe quedar subordinado”⁹⁷³. De acuerdo con la postura restrictiva los presupuestos mínimos de protección ambiental sirven para fijar un piso uniforme de umbrales mínimos de protección ambiental “medibles y cuantificables”⁹⁷⁴, son “umbrales técnicos”⁹⁷⁵, “medibles”⁹⁷⁶, “consistentes en niveles”⁹⁷⁷, en definitiva, objetivamente verificables⁹⁷⁸. BEC y FRANCO se alinean con la opinión de LAGO que concibe los

⁹⁷¹ ESAIN, J., *Competencias Ambientales...*, cit. p. 297.

⁹⁷² ESAIN, J., *Competencias Ambientales ...*, cit. p. 299.

⁹⁷³ MOSSET ITURRASPE, J., “El ambiente”, en MOSSET ITURRASPE, J. / HUTCHINSON, T. / DONNA, E. A., *Daño ambiental*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, pp. 31-32; En un sentido similar, BEC, E., y FRANCO, J., “El derecho ambiental no es tan hereje como lo pintan”, *ED*, Suplemento de Derecho Ambiental, 2005, p. 1.

⁹⁷⁴ BEC, E., / FRANCO, H. J., *Presupuestos mínimos...*, cit., p. 87.

⁹⁷⁵ LAGO, D. H., “ASUPE c. YPF: una batalla judicial ambiental inédita”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 2, , 2005, pp. 252-253.

⁹⁷⁶ LAGO, D. H., “La Ley General del Ambiente (ley 25.675) y sus reglas procesales. Reflexiones sobre su constitucionalidad”, *JA*, T. III, fascículo núm, 12, 2003.

⁹⁷⁷ ANDORNO, L. O., “Aspectos constitucionales de la protección del medio ambiente”, *JA*, T. IV, 1998, p. 930.

⁹⁷⁸ ROSATTI, H. D., *Derecho Ambiental Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, pp. 112-113.

presupuestos mínimos de protección ambiental como parámetros o estándares objetivamente verificables y así señalan que, “solamente los umbrales mínimos básicos, medibles y cuantificables, son objetivamente verificables. Solamente la posición restrictiva resulta totalmente armónica con el dominio originario de los recursos naturales que la Constitución reconoce a las provincias. Si no se admite que los presupuestos mínimos se caracterizan por su cuantificabilidad ¿en qué se diferencia este instituto de la cláusula del progreso establecida en los art. 75 inc. 18 y 19 CN?”⁹⁷⁹. Según estos autores, la expresión normas que contengan los presupuestos mínimos debe ser entendida como normas jurídicas basadas exclusivamente en normas técnicas, de forma que, “no es posible entender que a partir de la mera frase: la nación dictará las normas que contengan los presupuestos mínimos, que las provincias hayan delegado la temática procesal, administrativa y demás poderes que de delegarse debieron hacerse de forma expresa⁹⁸⁰. En definitiva, concluyen POSSE y SIERRA que “dictándose normas de contenido técnico, se asegura una adecuada protección ambiental para todo el país, y se evita ingresar en discusiones doctrinarias relativas a acordar si las provincias delegaron facultades y en su caso cuánto y cuáles”⁹⁸¹.

6. 1. 3. Los límites de los presupuestos mínimos de protección ambiental

⁹⁷⁹ BEC, E. / FRANCO, H. J., *Presupuestos mínimos...*, cit., p. 93. Si bien, debe tenerse en cuenta que, como señala MOYANO, “los presupuestos mínimos derivan del art. 41, los “niveles mínimos de la ley del Congreso, no pueden ser estándares porque implicarían invadir las potestades de las provincias (en los arts. 41, 121, 122, CN) para fijar el uso de los recursos locales, aunque podrían establecer niveles de tecnología, eficiencia u otros” MOYANO, A., “Apostillas a la Ley ...”, cit., p. 2.; y en un sentido similar, ROSSI, A., “Los presupuestos mínimos de protección ambiental y la lógica constitucional. Apuntes para una interpretación funcional”, *JA*, T, II, 2000, p. 31.

Sobre el interrogante lanzado en relación a cual sería la diferencia entre los presupuestos mínimos de protección ambiental y la cláusula del progreso establecida en los art. 75 inc. 18, BEC y FRANCO, en pie de página aclaran que “la materia ambiental no es la diferencia, ya que perfectamente pueden establecerse normas ambientales a través del ejercicio de poderes delegados, de la cláusula de comercio art. 75 inc. 13 y 126 CN y de la cláusula del progreso”. Cfr. BEC, E. / FRANCO, H. J., *Presupuestos mínimos...*, cit., p. 93

⁹⁸⁰ Para autores como POSE y SIERRA, de entender el art. 41 CN como una Norma Técnica se daría cumplimiento al Acuerdo de Reafirmación Federal del año 1990; también se habría dado cumplimiento a la Ley 24.309 que ordenaba un artículo que debía preservar el medio ambiente, resaltando que serán nulas todas las modificaciones, derogaciones y agregados que se apartaran de lo establecido en esa ley; y fundamentalmente se estarían respetando los arts. 121 y 122 CN que expresamente establecen que *las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal... y se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas...* sin intervención del Gobierno federal. Cfr. POSSE, N. P. / SIERRA, J. L., “¿Qué son normas que..”, cit., p. 4.

⁹⁸¹ *Ibidem*.

Expuesta la necesidad de que los presupuestos mínimos de protección ambiental queden determinados y sean cuantificables, otro elemento esencial de la tesis restrictiva reside en el respeto a las competencias provinciales⁹⁸². Esto es, la Nación no puede, en base a lo uniforme, agotar la regulación completa de la materia pues ello supondría impedir la potestad normativa de las provincias, lo cual vulneraría de plano la CN. De acuerdo con ello QUIROGA LAVIÉ señala que, “dictar bases no puede significar la regulación completa de la materia, sino los objetivos que el legislador quiere proteger (los fines y no los medios), el piso o el techo de algún tipo de producción de recursos, o alternativas válidas, entre las cuales puede el legislador provincial elegir la más conveniente a sus necesidades. Pero si el Congreso no dicta bases, sino una regulación completa de la materia, pues deberá impugnarse la constitucionalidad de la Ley nacional”⁹⁸³. La imposibilidad de agotar la regulación por parte de la Nación en detrimento de las competencias provinciales ha sido reconocido incluso por los partidarios que la tesis expansiva de los presupuestos mínimos de protección ambiental⁹⁸⁴.

Por tanto, debe armonizarse y hacerse compatible el contenido del art. 124 CN, por el que se reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales y del art. 41 CN que atribuye a la Nación la competencia para establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental a fin de evitar que se vacíe de contenido el dominio provincial enunciado⁹⁸⁵. Tratándose los recursos naturales de

⁹⁸² Como señala SABSAY, “la determinación del alcance de las potestades nacionales derivadas de la expresión “presupuestos mínimos” debe hacerse con alcance restrictivo. De este modo se respetarán las jurisdicciones locales, las que el mismo constituyente ordena que no deben ser alteradas”. SABSAY, D. A., “El nuevo art. 41...”, cit., p. 783.

⁹⁸³ QUIROGA LAVIÉ, H., “La protección del medio ambiente en la reforma de la Constitución Nacional”, *LL*, 1996, p. 1.

⁹⁸⁴ Así lo reconoce expresamente por ESAIN, pese a que el mismo es partidario de la tesis expansiva, y en este sentido reconoce que, “el mismo constituyente ha establecido como mandato que el Congreso sólo puede dictar presupuestos “mínimos”, y no una ley ordinaria que regule la totalidad de la materia. Esto implica un límite que el constituyente le impone al legislador nacional que conlleva que la federación que no pueda sancionar cualquier ley, pues existe un ámbito que pertenece a las provincias, el que es indisponible y exclusivo de ellas”. ESAIN, J., “El Federalismo ambiental...”, cit., p.783.

⁹⁸⁵ En este sentido, SAVINO, NONNA y ROSA ALVES señalan que, “la distinción entre dominio y jurisdicción permite afirmar que no cabe dudas respecto del dominio originario de las provincias sobre ellos; pero que, por otra parte, es posible -bajo determinadas condiciones- reconocer la jurisdicción nacional sobre los mismos. Así, la palabra «originario» que complementa, adjetiva o califica al vocablo «dominio» debe ser entendida como una reivindicación histórica, derivada de la preexistencia de los entes territoriales locales al Estado Nacional («originario» connota en este sentido a «previo» y evoca lo «ancestral»); y también como una advertencia a los titulares del dominio, en el sentido de

una materia con la que inevitablemente la materia ambiental entrará en colisión, se hace necesario, a fin de deslindar las competencias, tener en cuenta el fin perseguido por las normas. Así, si la norma tiene como cometido la regulación de los recursos naturales en cuanto su uso, aprovechamiento, etc. esta se tratará a todas luces de una competencia provincial exclusiva⁹⁸⁶. Ahora bien, si el fin perseguido por la norma es de protección, entonces resultará de aplicación el art. 41.3 CN. En este sentido se pronuncia ESAIN, afirmando que “para poder deslindar este sector competencial deberemos verificar si la norma tiene por fin regular un recurso natural o proteger al entorno del que el recurso forma parte. Sólo en el último supuesto se verificará la aplicación del reparto del art. 41 CN; si no, la competencia sobre la regulación pertenecerá a la provincia”⁹⁸⁷.

El COFEMA hace una síntesis de cuanto ha sido expuesto hasta ahora y en relación a las limitaciones propias de los presupuestos mínimos de protección ambiental considera que, “es indudable que el art. 41 CN contiene una expresa delegación de las provincias a la Nación, de potestades legislativas de protección ambiental, imponiendo las siguientes limitaciones para tal cometido: a) que su contenido sea de garantía mínima; b) que sea de protección ambiental; y c) que no se

que tal titularidad no conlleva la facultad de explotación local desligada de las necesidades del país («originario» connota aquí a «no absoluto» y evoca lo «no definitivo»). De modo que, a partir de lo señalado, es posible desdoblarse -en materia de recursos naturales- la titularidad del dominio y el ejercicio de la jurisdicción. No cabe duda, en función del texto expreso del art. 124 de la Ley Fundamental, que el dominio es provincial, pero ello no invalida la jurisdicción nacional en la materia por razones de planificación y como garantía del uso racional de los recursos y de la sustentabilidad ambiental. “Más que multiplicarse las cosas -dice FRÍAS-, hoy se multiplican las relaciones que se descubren o se establecen entre las cosas, y éstas son las que reclaman una disciplina innovadora, un nuevo comportamiento donde nociones como escala, coordinación, planificación global, etc., no se sujetan a la órbita del dominio originario. Este fenómeno de aceleración de las interrelaciones, sumado al de la especialización y planeamiento, provoca la creciente disociación del dominio y la jurisdicción. Y correlativamente, por razones de innovación, de escala y de centralización virtual, este proceso se cumple a pesar del dominio provincial y a favor de la jurisdicción nacional. Desde ya, cabe resaltar que, para que el proceso hasta aquí expresado no conduzca a abusos o simplificaciones, es necesario que se lleve a cabo garantizando, entre otros extremos, la necesaria participación de las provincias al momento de decidir una política global que contemple la protección de los recursos naturales existentes en sus territorios”. SAVINO, A. / NONNA, S. / ROSA ALVES, E., “Postura de la Secretaría...”, cit., pp. 792-793

⁹⁸⁶ Resolución del COFEMA núm. 92/04, de 17 de septiembre: “*La regulación del aprovechamiento y uso de los recursos naturales, constituyen potestades reservadas por las Provincias y por ello no delegadas a la Nación*”.

⁹⁸⁷ ESAIN, J., “El Federalismo ambiental...”, cit., p. 798.

alteren las jurisdicciones locales”⁹⁸⁸. Resolución núm. 92/04, del COFEMA de 17 de septiembre de 2004.

Por su parte, DÍAZ ARAUJO hace una referencia a la doble perspectiva de lo mínimo que puede ser examinado desde un punto positivo y negativo. La autora identifica el límite negativo con el impuesto para garantizar la efectividad de las competencias provinciales. El dominio originario provincial de los recursos naturales y la necesaria protección de las particularidades ambientales de cada región amparadas en las correspondientes normas provinciales constituyen el límite negativo de lo mínimo. El positivo quedaría determinado por la necesidad de garantizar la igualdad de derechos y libertades de los ciudadanos con independencia del lugar en el que estos se encuentren. La necesidad de un sustrato de protección común para todo el territorio nacional constituiría el límite positivo de lo mínimo⁹⁸⁹.

Por tanto, a fin de cumplir con los requisitos fijados en la legislación vigente, los presupuestos mínimos de protección ambiental deberán, haciendo ejercicio de las competencias que le son reconocidas *ex art.* 41.3 CN, fijar un mínimo común denominador para toda la Nación, una legislación de bases por la que se garantice una protección ambiental elemental e irrenunciable, que garantizando la igualdad, deberá ser integrada como propia en el derecho provincial⁹⁹⁰. Esta legislación de mínimos quedará sujeta a dos límites cardinales *ex arts.* 41.3CN y 124 CN. De un lado, la

⁹⁸⁸ Estos límites son recogidos expresamente por VALLS quien mantiene que, “es indudable que el artículo 41 establece una delegación de las provincias a la nación, de potestades legislativas en materia ambiental. Sin embargo, para que esta norma resulte constitucional es preciso que dicha delegación se lleve a cabo dentro de los siguientes límites: a. que su contenido sea de presupuestos mínimos; b. que sea en materia de protección ambiental y c. que no alteren las jurisdicciones locales. En caso contrario se configuraría un avasallamiento del gobierno central de las facultades exclusivas de las provincias”. VALLS, M. F., “Presupuestos mínimos ...”, cit., p. 1387.

⁹⁸⁹ En este sentido, DÍAZ ARAUJO señala que, “lo mínimo, visto desde la perspectiva del reparto de competencias en nuestro régimen federal, presenta dos sentidos: uno negativo y otro positivo. El negativo es el límite que viene dado por la reserva de materias no delegadas expresamente por las Provincias, la no afectación de las jurisdicciones en la aplicación de la legislación, la necesidad de que el dominio sobre los recursos naturales no quede vacío de contenido y la de que cada una de ellas posea normas ambientales acorde a sus propias necesidades ambientales. El positivo es la necesidad de establecer normas de presupuestos mínimos que permitan que la protección ambiental goce de un régimen común en el territorio nacional y que no exista una afectación a la igualdad y las libertades en el ejercicio de actividades económicas que resulte desproporcionada con el fin que se pretende alcanzar”. DÍAZ ARAUJO, M., “El artículo 41 de...”, cit., p. 739.

⁹⁹⁰ Salvo que, como señala FALBO, “exista en la provincia – o municipio – una norma local que provea mejor, más ampliamente y en mayor grado a la tutela del ambiente”. FALBO A. J., “La información ambiental como...”, cit.

actividad legislativa de la Nación no podrá agotar la protección ambiental, debiendo respetar el límite regulatorio impuesto desde el texto constitucional que reconoce a las provincias la legislación de complemento que permitirá a éstas adecuar la regulación global a la idiosincrasia de su territorio. Y de otro, la Nación no podrá valerse de la vis expansiva de la materia medioambiental para invadir con ello, en una suerte de centralismo, competencia reservada por las provincias, y en todo caso el dominio y la jurisdicción que los estados locales detentan sobre sus recursos naturales. Por tanto debe estarse al marco determinado por los principios de razonabilidad y fidelidad federal.

Los presupuestos mínimos de protección ambiental deben establecer una legislación de mínimos centrada en la protección de los recursos. La Nación no puede a través de estos pretender incidir en cuestiones relativas a la gestión de los mismos. Esta es una cuestión que compete en exclusiva a las provincias. La combinación de los arts. 41 y 124 CN, induce a pensar que la delegación se efectuó bajo la condición de que su ejercicio no conllevarse el vaciamiento del dominio que ostentan las provincias sobre esos mismos recursos, pues de otro modo no se entendería la mención expresa *ex art.124 in fine* CN.

6. 2. El vehículo formal a través del cual se deben formular los presupuestos mínimos de protección ambiental

Otra cuestión fundamental en el análisis de los presupuestos mínimos de protección ambiental viene determinado por el vehículo normativo en el que los mismos pueden establecerse, dada la ambigüedad del art. 41.3 CN, que se refiere, de modo genérico a *normas que contengan los presupuestos mínimos de protección*. Ello ha dado pie a la conformación de opiniones doctrinales dispares entre quienes consideran que los presupuestos mínimos deberán contenerse únicamente en leyes formales y aquellos que consideran que los mismos podrán contenerse en disposiciones reglamentarias dictadas por el Ejecutivo Nacional. La cuestión partiría de la concepción formal o material de los presupuestos mínimos⁹⁹¹, esto es, en

⁹⁹¹ ESAIN, J., *Competencias Ambientales...*, cit., p. 307. El autor se remite en sus consideraciones a las explicaciones que en este sentido da GARCÍA DE ENTERRÍA, quien sostiene que “concepto formal del contenido de la normación básica del Estado sería entender a éste como una serie de principios abstractos, incompleto en sí mismo; una primera determinación de la regulación, que habría de llevar luego a su término final la

diferenciar si se tratan de presupuestos mínimos por el hecho de ser dictados por el legislador (concepción formal) o si se entiende que la legislación de mínimos puede quedar establecida por un acto administrativo cuando sea realmente imprescindible para el ejercicio efectivo de las competencias estatales garantizando la uniformidad buscada (concepción material).

Entre los defensores de la concepción material encontramos autores como ESAIN, CAFFERATTA, ROSATTI, o WALSH que, partiendo de la indeterminación de la CN ven una puerta abierta a la integración de los presupuestos mínimos por vía reglamentaria⁹⁹². ESAIN entiende que, si bien en principio los instrumentos que deberán contener los presupuestos mínimos deben ser las leyes, – pues solo a partir de

normación de desarrollo. Luego el Tribunal Constitucional dijo que las normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser ellas calificadas como tales sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido" (STC de 28/7/1982 y 28/1/1982). GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 291-292.

⁹⁹² En este sentido, ESAIN afirma que, “la Constitución ha utilizado un concepto muy amplio para referirse a los instrumentos en que estarán contenidos los presupuestos mínimos de protección ambiental. El tercer párrafo del art. 41 CN, dice «normas» y no leyes, y sobre todo lo hace en un contexto muy particular, pues en el primer párrafo del mismo artículo, cuando pretende referirse a la reglamentación del daño ambiental, lo hace desde la manda del dictado de una «ley». Nos podríamos entonces preguntar ¿por qué en un párrafo el constituyente utilizó la palabra ley y en otro la palabra «normas»? ¿Será que el constituyente entendía que ambas regulaciones no eran idénticas?. Esto nos permite inferir que no sólo serán las leyes los instrumentos donde aparecerán los presupuestos mínimos de protección ambiental de manera exclusiva, pues el propio constituyente –al utilizar la palabra «normas»– no ha descartado que puedan integrarse también en reglamentos, siempre que se respeten los demás recaudos establecidos por el constituyente”. ESAIN, J., *Competencias Ambientales...*, cit., p. 308. Por su parte, ROSATTI considera que “el propio art. 41 CN dice que los presupuestos mínimos deben estar contenidos en «normas», es decir preceptos generales como los que dicta el Congreso; Al aludir a dichas «normas», establece que las mismas no deben alterar las jurisdicciones locales, tal como ocurre en el caso del dictado de los códigos de fondo que la Constitución asigna específicamente al Congreso (art. 75, inc. 12); La Constitución le atribuye al Congreso «hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes concedidos al gobierno de la nación argentina» (art. 75, inc. 32). Y todo lo anterior, sin perjuicio de la facultad reglamentaria que, con posterioridad a la intervención del Congreso y dentro de los límites de la ley, pueda ejercitar el Poder Ejecutivo, conforme a las previsiones del art. 99, inc. 2) CN”. ROSATTI, H., “La regulación constitucional del ambiente y los recursos naturales”, Paper para encuentro de Profesores de Derecho Constitucionales, Mendoza, 25 al 27 de agosto de 2011, p. 1, disponible en www.derecho.uncu.edu.ar/upload/recursos-naturales-y-ambiente.doc, (fecha de última consulta, 3 de noviembre de 2014); En el mismo sentido, ROUGES, C., “La Ley de Residuos Industriales y Actividades de Servicios: las causas de su inoperatividad”, *Revista de Derecho ambiental*, núm. 2, 2005, p. 123; GRASSETTI, E. R., *Estudios ambientales*, Heliasta, Buenos Aires, 1998, p. 103.

estas podrán limitarse los derechos de los ciudadanos⁹⁹³– nada impide que estas leyes puedan ser objeto de desarrollo reglamentario⁹⁹⁴. Es esta una postura mucho más mesurada que la defendida por SAVINO, NONNA, y ROSA ALVES, quienes sostienen sin ambages que, “como principio entenderemos que la facultad que la Constitución asigna a la Nación para dictar normas de presupuestos mínimos de protección ambiental no sólo abarca las facultades normativas del Congreso Nacional, sino también la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo”⁹⁹⁵.

No obstante, deben tenerse en cuenta los límites generales que se derivan del Texto constitucional a la potestad reglamentaria. Así el, art. 99 inc. 2 CN, cuando fija las atribuciones del Poder Ejecutivo, establece que éste “*expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias*”. De esta forma, cabría entender que siempre que sea necesario para garantizar el fin último de las competencias nacionales y siempre que no se altere el espíritu de la ley, puede entrar a regular el reglamento⁹⁹⁶, también denominados reglamentos de integración, de ejecución o “delegación impropia o reglamentos sustantivos”⁹⁹⁷. Los Reglamentos de

⁹⁹³ Art. 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “*La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley*”.

⁹⁹⁴ ESAIN, J., señala que, “el principio general en cuanto a los instrumentos que contendrán los PMPA serán las leyes) por ser éstas la expresión de la voluntad general. Los derechos solo pueden ser limitados por leyes (principio de legalidad) razonables (por imperio del principio de razonabilidad) conforme a los art. 28 CN y 14CN. Sobre este punto no hay dudas. Pero puede que en muchos casos lo previsto por el Congreso no alcance a cubrir todos los elementos y sea necesario un contenido técnico, o de carácter coyuntural o estacional o circunstancial, sometido a cambios o variaciones frecuentes e inesperados. En todos estos casos el legislador puede derivar la determinación de todos estos parámetros en el reglamento, para que se puntualice la letra fina”. ESAIN, J., “El Federalismo ambiental...” cit., p. 795.

⁹⁹⁵ Para estos SAVINO, NONNA, y ROSA ALVES, “será el Congreso de la Nación el que determinará cuáles son las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, dejando a las jurisdicciones locales latitud para el dictado de las normas complementarias. Pero, por su parte, el Poder Ejecutivo Nacional, en caso de existir una remisión expresa en las leyes de presupuestos mínimos sancionadas por el Congreso Nacional, puede desarrollar determinados aspectos de dichas leyes a fin de conferir autosuficiencia a la tutela ambiental común, definiendo, con sujeción a los patrones de política ambiental establecidos en la ley, las condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental en todo el territorio nacional”. SAVINO, A./ NONNA, S./ ROSA ALVES, E., “Postura de la Secretaría de Ambiente ...”, cit., p. 794.

⁹⁹⁶ ESAIN, J., *Competencias Ambientales...*, cit., p. 310.

⁹⁹⁷ Cfr. GORDILLO, A., *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, F.D.A., Buenos Aires, 2011; MIDÓN, M. A., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Plus

ejecución son consecuencia de una ley. Pues como indica MIDÓN, en derecho argentino, a diferencia de lo que ocurre en el derecho español, en el que se admiten los reglamentos independientes, “sin ley, no puede existir decreto reglamentario. De allí la relación jerárquica que anima la prevención constitucional, en cuanto el decreto que ha

ultra, Buenos Aires, 1997, p. 494. En este sentido, la SCSJN, de 2 de diciembre de 1993, Fallos: 316:2624, “Cocchia, Jorge D. c. Estado nacional y otro”, concreta en su Cond. 14 que, “distinto es el supuesto de lo que es posible denominar “delegación impropia” –por oposición a la antes indicada delegación en sentido estricto, donde existe una verdadera transferencia de competencia o dejación de competencia– la que ocurre cuando el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido que realizará el poder administrador. No existe aquí transferencia alguna de competencia. El legislador define la materia que quiere regular, la estructura y sistematiza, expresa su voluntad, que es la voluntad soberana del pueblo, en un régimen en sí mismo completo y terminado, pero cuya aplicación concreta –normalmente en aspectos parciales– relativa a tiempo y materia, o a otras circunstancias, queda reservada a la decisión del Poder Ejecutivo que, en nuestro caso es, junto con el Legislativo y el Judicial, Gobierno de la Nación Argentina. El Poder Legislativo, muy por el contrario de transferirla, ejerce su competencia, y dispone que el Ejecutivo aplique, concrete o “ejecute” la ley, según el “standard” inteligible que el mismo legislador estableció, es decir, la clara política legislativa, la lógica explícita o implícita, pero siempre discernible, que actúa como un mandato de imperativo cumplimiento por parte del Ejecutivo. Estos reglamentos también se encuentran previstos en el art. 86, inc. 2° de la Constitución –una norma que, no puede dejar de ser advertido, no se encuentra en su similar norteamericana, lo que refuerza aún más la constitucionalidad, en nuestro sistema, de este tipo de decretos– por lo que, en realidad, son también decretos de ejecución de la ley, aunque con un contenido diverso que los analizados bajo ese nombre en primer término. Se trata de reglamentos de ejecución sustantivos ya que no tienen como finalidad establecer el procedimiento según el cual la Administración aplicará la ley –aunque también pueden hacerlo– sino regular, por mandato del legislador, la concreta aplicación de la ley en la sustancia misma del objeto o finalidad por ella definidos. Esta segunda especie de reglamentos de ejecución –que sólo impropriamente pueden denominarse “delegados”– también por supuesto, encuentra el límite del citado art. 86, inc. 2° “in fine” no pueden alterar el espíritu de la ley, es decir, la política legislativa que surge del texto aprobado por el Congreso. Pero ello no sólo con relación a la norma reglamentada, sino con respecto a todo el bloque de legalidad que conforma, con dicha ley, un sistema, un “programa de gobierno aprobado por el Congreso”. Esta competencia del Ejecutivo no es autónoma, ni de ejecución adjetiva de la ley, que puede ser de necesaria implementación aunque el legislador no la hubiese previsto. Por el contrario precisa de la expresa decisión del Congreso, el que quiere –y ésta es una decisión que puede tener diversos fundamentos, entre ellos, seguramente los más numerosos, estrictamente políticos– que cierto aspecto de la cuestión tratada en la ley sea regulado por el Poder Ejecutivo. Al actuar de esta forma, el Congreso no viola la Constitución, ya que el constituyente le confirió tal competencia en el art. 67, inc. 28, que es una traducción casi literal del art. I, # 8, [18], de la Constitución Norteamericana. Esta última aclaración no es ociosa, ya que la Corte Suprema de aquel país interpretó que bajo dicha norma cualquier competencia del Congreso, otorgada por la Constitución, “implica un poder (de delegar) autoridad que sea suficiente para cumplir con sus propósitos” (“Lichter v. United States”, 334 US 742, 778 (1948), ver comentario en Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, ps. 362 y sigtes., 2ª edición, donde cita casos de “delegación” en materias que exceden, en mucho, el desarrollo de detalles” sobre cuestiones ya contempladas por la ley del caso, cuya constitucionalidad fue admitida por aquel tribunal). (...)El decreto en cuestión es, entonces, una norma reglamentaria, que ejecuta la ley en las materias queridas por el Congreso y que encuadra su fundamento constitucional en el juego armónico de los arts. 67, inc. 28–competencia del Congreso para atribuir competencias al Ejecutivo– y 86, inc. 2° de la Constitución Nacional: competencia del Ejecutivo para llevar a cabo la competencia que le fue atribuida por el Congreso”.

sido concebido para reglar los pormenores que hacen a la ejecución y aplicación de la ley no puede transgredirla. El grado de vinculación entre la Ley y el reglamento es el mismo que existe entre lo principal y lo accesorio. Lo central es la Ley; su complemento, el decreto reglamentario. Si la ley es derogada, con ella cae el decreto que nació para facilitar la ejecución de aquella. Su existencia es eventual y siempre subordinada”⁹⁹⁸. Por tanto, las normas reglamentarias que dicte el Poder ejecutivo Nacional tendrán la misma vigencia que la propia Ley en cuanto constituye una norma secundaria sub-legal, que junto con la Ley será de aplicación a toda la Nación⁹⁹⁹.

La posibilidad del dictado de reglamentos ejecutivos que contuvieran presupuestos mínimos de protección por parte del Ejecutivo Nacional vendría justificada por los contenidos técnicos que caracterizan la materia ambiental sujetos por definición a continuas variaciones según el avance de la ciencia. En base a este criterio WALSH, si bien comparte la cautela de quienes rechazan cualquier facultad reglamentaria fuera de las atribuciones del Congreso, no duda en señalar que “muchas cuestiones que hacen a la definición de los presupuestos mínimos requieren una ardua tarea reglamentaria, en muchos casos de una característica eminentemente científica y técnica, dotada de suficiente flexibilidad para que la misma sea eficaz. Es difícil de imaginar que esta tarea pueda ser realizada en forma eficiente por el Poder Legislativo, en función del grado de detalle y especialidad técnica que pueden exigir algunas normas. En el caso de los estándares de calidad, por otro lado, una buena técnica legislativa aconseja la posibilidad de una revisión periódica en base al avance de los conocimientos científicos, estudios técnicos, evaluaciones de riesgo, etc. Resulta difícil de imaginar que esto sea una tarea que pueda o deba desarrollar en forma eficiente el Congreso, aun cuando el método de las reautorizaciones legislativas utilizadas en el sistema norteamericano constituye una buena técnica institucional para lograr la evaluación periódica de las normas en cuanto a sus objetivos y eficacia”¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁸ MIDÓN, M. A., *Manual de Derecho*, cit., p. 494.

⁹⁹⁹ CAFFERATTA, N. A., *Normas de presupuestos...*, cit., p. 43; En idénticos términos, SAVINO, A./NONNA, S./ROSA ALVES, E., “Postura de la Secretaría ...”, cit., p. 795.

¹⁰⁰⁰ WALSH, J. R., *Informe elaborado a...*, cit, p. 18. En un sentido prácticamente idéntico, SAVINO, NONNA, y ROSA ALVES, señalan que “muchas cuestiones que hacen a la definición de los presupuestos mínimos exigen una ardua tarea de desarrollo normativo, imbuidas de un eminente carácter científico y técnico. Es difícil pensar que esta tarea pueda ser realizada eficazmente por el Poder Legislativo, en función del grado de detalle y especialidad técnica que pueda exigir una definición suficiente de los presupuestos mínimos. En tal sentido es paradigmático el caso de los estándares de calidad, donde una buena técnica legislativa aconsejaría la posibilidad de remitir a una revisión periódica, a

Es por ello que ESAIN defiende la conveniencia de los Reglamentos como un instrumento normativo de menor rigidez que la Ley, capaz de regular aspectos mínimos de protección sujetos a posibles variaciones sistemáticas, y en este sentido mantiene que “por imperio del principio *contrarius actus* la modificación de un reglamento se puede producir por otro reglamento. Es decir, que con la sola voluntad del Ejecutivo se pueden mutar el contenido de la norma. Esto permite la adaptabilidad de los instrumentos que contengan estos parámetros, que si formaran parte del cuerpo de las leyes, para ser modificados necesitarían de la voluntad del deliberativo, es decir, de un proceso mucho más complejo cuando el contenido material se limita a la periferia de la decisión. Esto es lo que invita a que nuestro sistema permita en el marco de los presupuestos mínimos la delegación impropia del Legislativo a favor del ejecutivo”¹⁰⁰¹

Ahora bien, la facultades normativas que se reconocerían al Poder Ejecutivo Nacional deben quedar limitadas, de forma que cuando la ley se remita al desarrollo reglamentario por parte del Ejecutivo en casos puntuales, dicha remisión deberá establecer claramente la política legislativa, patrones o estándares inteligibles, que habrán de observarse en la elaboración del decreto respectivo, lo que implica fijar las directrices llamadas a completarse por el Ejecutivo en su reglamento¹⁰⁰². Es por ello que CAFFERATTA se inclina por una concepción ancha del perímetro o dimensión de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, reconociendo que “el Congreso puede encomendar que el Ejecutivo, por vía reglamentaria, regule puntualmente normas que en su conjunto integran el concepto de presupuestos mínimos de protección ambiental, con la salvedad de que dicha autorización deberá establecer claramente la política legislativa, patrones o estándares inteligibles, que habrán de observarse en la ejecución del decreto respectivo, lo que implica fijar las pautas, directrices, marcos de referencia, de ley que deberán ser “llenadas”

cargo del Poder Ejecutivo, en base al avance de los conocimientos científicos, estudios técnicos, evaluaciones de riesgo, etcétera”. SAVINO, A./ NONNA, S./ ROSA ALVES, E., “Postura de la Secretaría ...” cit., pp. 794-795

¹⁰⁰¹ ESAIN, J., *Competencias Ambientales...*, cit., p. 313.

¹⁰⁰² SAVINO, A./ NONNA, S. / ROSA ALVES, E., “Postura de la Secretaría ...”, cit., p. 795.

circunstancialmente, en ocasión del dictado de la norma reglamentaria en su posterior desarrollo por el órgano ejecutivo”¹⁰⁰³

Sin embargo, pese a los argumentos dados, autores como QUIROGA LAVIÉ, BIDART CAMPOS, DÍAZ ARAUJO, BEC o FRANCO, en base a una concepción formal, se muestran contrarios a la posibilidad del dictado de reglamentos por parte del Ejecutivo Nacional. Esta postura tiene en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el art. 75 inc. 32 CN, el Congreso de la Nación tiene la potestad-deber de “*hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina*”. Como señalan BEC y FRANCO, “es ésta y no otra, la razón por la cual los presupuestos mínimos de protección ambiental debe ser creados única y exclusivamente por la ley del Congreso de la Nación. Cuando el art. 41.3 CN se refiere a la Nación, no alude al “Poder Ejecutivo Nacional”. Ello en razón de que el establecimiento de presupuestos mínimos de protección ambiental sin el concurso de las provincias a través de su representación parlamentaria adolecería de una pobre legitimidad, atento a sus innegables implicancias federales”¹⁰⁰⁴. Este es el mismo razonamiento que en aras de despejar esta cuestión efectúa el COFEMA en su resolución núm. 92/04 de 17 de septiembre en la que concreta que los presupuestos mínimos de protección ambiental “son leyes dictadas por el Congreso de la Nación. El mandato del art. 41 de la CN. está otorgado a la «Nación» y consiste en el dictado de «normas». De conformidad con las previsiones contenidas en el art. 75, inc. 32, 76 y 99, 2º párrafo del inc. 3º de la Constitución Nacional, debe entenderse que la referencia a Nación es al Congreso de la Nación, único Poder con facultades legislativas. En consecuencia el concepto normas corresponde al de leyes, que por su naturaleza son dictadas por el Congreso de la Nación”.

QUIROGA LAVIÉ añade un argumento adicional, al señalar que “el mecanismo previsto con normas de presupuestos mínimos es justamente una delegación legislativa y por ello no puede ser objeto de delegación. Se trata de una materia de reserva legal nacional por imperio del art. 75 inc.12 CN”¹⁰⁰⁵. Cuestión que puede ser puesta en relación con el hecho de que el Congreso de la Nación no puede delegar la función de

¹⁰⁰³ CAFFERATTA, N. A., *Normas de presupuestos mínimos ...*, cit., p. 33.

¹⁰⁰⁴ BEC, E., / FRANCO, H. J., *Presupuestos mínimos...*, cit., p. 168.

¹⁰⁰⁵ QUIROGA LAVIÉ, H., “El estado ecológico ...”, cit., p. 950.

establecer normas de presupuestos mínimos en el Poder Ejecutivo Nacional, toda vez que se trata esta de una posibilidad prohibida por el art. 76 CN cuyo tenor literal dispone que “*se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca*”. En este sentido, BEC y FRANCO, ponen de manifiesto que “mal podría considerarse el establecimiento de presupuestos mínimos de protección ambiental como una materia de administración, cuando se trata de una cuestión gubernativa –de connotaciones innegablemente federales– que hace al establecimiento de una política de Estado y al planeamiento a largo plazo del país. Tampoco podría ser considerada una cuestión de “emergencia pública,” ¿qué clase de emergencia pública no podría esperar a la sanción de una ley del Congreso de la Nación especialmente en una materia que desaconseja cualquier clase de precipitación? Como dijimos, el establecimiento de presupuestos mínimos de protección ambiental sin el concurso de las provincias a través de su representación parlamentaria adolecería de una muy pobre legitimidad, atento a sus innegables implicancias federales”¹⁰⁰⁶

Por su parte DÍAZ ARAUJO sostiene el grave problema que para el respeto a las competencias provinciales y para el equilibrio del sistema complementario previsto en el art. 41.3 CN, supone el reconocimiento de la posibilidad de dictar reglamentos por parte de la Nación. Señala la autora que, “las provincias han delegado en la Nación únicamente, y de forma exclusiva, el establecimiento de presupuestos mínimos y no el establecimiento de otras condiciones, detalles o una regulación completa de la materia objeto de este tipo de leyes. No resulta acorde al sistema de complementariedad establecido por el art. 41 CN que el Poder Ejecutivo Nacional pretenda desarrollar las normas mínimas de calidad ambiental a través de reglamentos de ejecución destinados a establecer una reglamentación completa y detallada dirigida a la aplicación de las mismas por las autoridades locales. Si las normas de presupuestos mínimos están destinadas a ser aplicadas por las Administraciones provinciales resultaría absurdo que el poder Ejecutivo Nacional dicte la reglamentación de leyes que no serán aplicadas por la Administración central”¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁶ BEC, E., / FRANCO, H. J., *Presupuestos mínimos ...*, cit., pp. 169-170.

¹⁰⁰⁷ DÍAZ ARAUJO, M., “El artículo 41 ...”, cit., pp. 749-750.

6. 3. Algunos ejemplos: el agua en las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental

En este sentido, destacamos la Ley 25.675, General del Ambiente¹⁰⁰⁸; Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas¹⁰⁰⁹; La Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos¹⁰¹⁰, y la Ley 26.639 de Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial¹⁰¹¹. En primer término, la Ley 25.675, General del Ambiente (LGA) surgida tras la incorporación a la CN de la cláusula ambiental ex art. 41, establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (art. 1)¹⁰¹². De vigencia nacional, la LGA se utiliza para la interpretación y aplicación de la legislación sectorial, la cual no podrá oponerse a los principios y disposiciones contenidas en ésta (art. 3). Es a través de esta norma que se fija la política ambiental de la República Argentina dirigida, entre otros objetivos¹⁰¹³, a preservar, conservar, recuperar y mejorar la calidad de los recursos

¹⁰⁰⁸ Ley 25.675 General del Ambiente, sancionada el 6 de noviembre de 2002, promulgada el 27 de noviembre de 2002 y publicada el 28 de noviembre de 2002. No es objeto de este trabajo llevar a cabo un análisis exhaustivo de la normativa citada, centrándonos exclusivamente en aquellos aspectos específicos que entendemos más relevantes en relación con el agua, si bien toda la Ley resulta de aplicación en la materia.

¹⁰⁰⁹ Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, sancionada el 28 de noviembre de 2002, promulgada el 30 de diciembre de 2002 y publicada el 3 de enero de 2003.

¹⁰¹⁰ Ley 26.331 de Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, sancionada el 28 de noviembre de 2007; promulgada el 19 de diciembre de 2007 y publicada el 26 de diciembre de 2007.

¹⁰¹¹ Ley 26.639 de Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, sancionada el 30 de septiembre de 2010, promulgada el 28 de octubre de 2010 y publicada el 28 de octubre de 2010.

¹⁰¹² De acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 LGA *“Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”*.

¹⁰¹³ Art. 2 LGA: a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión; d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos; f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica; g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para

ambientales, y promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales, para lo cual se incorporan una serie de principios ambientales de plena aplicación al agua¹⁰¹⁴.

Como señala DEL CAMPO, “es en esta Ley en la que el agua es tutelada en su condición de garante de las funciones ambientales, y de cuya normalidad depende el derecho al ambiente sano y equilibrado. El agua es (constitucional y a nivel de presupuestos mínimos) la condición en la normalidad y naturalidad del agua (ciclo) en los sistemas de los que forma parte (cuenca). Forma parte del bien colectivo ambiente, y si bien es un bien público, ello no hace más que reforzar tal carácter”¹⁰¹⁵.

posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal; i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma; j) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional; k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.

¹⁰¹⁴ Art. 4 LGA: “*La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: i) Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga; ii) Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir; iii) Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente; iv) Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras; v) Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos; vi) Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan; vii) Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales; viii) Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras; ix) Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos; x) Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional, El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta”.*

¹⁰¹⁵ DEL CAMPO, C., “Las aguas en el sistema...” cit., p. 145.

En segundo lugar, destaca la Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. De acuerdo con lo dispuesto en su art. 1, esta Ley establece los presupuestos mínimos ambientales, para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional. Con una breve extensión de diez artículos, la Ley 25.688 define agua y cuenca hídrica superficial (art. 2)¹⁰¹⁶; considera las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión indivisible (art. 3) ¹⁰¹⁷ ; crea, para las cuencas interjurisdiccionales, los comités de cuencas hídricas con la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos, con la posibilidad de emitir dictámenes vinculantes sobre usos de las aguas públicas y colaborar en la gestión sustentable de las cuencas (arts. 4 y 6)¹⁰¹⁸; En lo que se refiere específicamente al régimen de los usos del agua, la ley regula su utilización sujetando a la obtención de permisos las más variadas actividades (art. 5 y 6)¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁶ Art. 2 Ley 25.688 : *“A los efectos de la presente ley se entenderá: Por agua, aquella que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales o artificiales, superficiales y subterráneas, así como a las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas. Por cuenca hídrica superficial, a la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas”.*

¹⁰¹⁷ Art. 3 Ley 25.688: *“Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles”.*

¹⁰¹⁸ Art. 4 Ley 25.688: *“Créanse, para las cuencas interjurisdiccionales, los comités de cuencas hídricas con la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de las cuencas hídricas. La competencia geográfica de cada comité de cuenca hídrica podrá emplear categorías menores o mayores de la cuenca, agrupando o subdividiendo las mismas en unidades ambientalmente coherentes a efectos de una mejor distribución geográfica de los organismos y de sus responsabilidades respectivas.”* Art. 6 Ley 25.688: *“Para utilizar las aguas objeto de esta ley, se deberá contar con el permiso de la autoridad competente. En el caso de las cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de Cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen”.*

¹⁰¹⁹ Art 5 Ley 25.688: *“Se entiende por utilización de las aguas a los efectos de esta ley: a) La toma y desviación de aguas superficiales; b) El estancamiento, modificación en el flujo o la profundización de las aguas superficiales; c) La toma de sustancias sólidas o en disolución de aguas superficiales, siempre que tal acción afecte el estado o calidad de las aguas o su escurrimiento; d) La colocación, introducción o vertido de sustancias en aguas superficiales, siempre que tal acción afecte el estado o calidad de las aguas o su escurrimiento; e) La colocación e introducción de sustancias en aguas costeras, siempre que tales sustancias sean colocadas o introducidas desde tierra firme, o hayan sido transportadas a aguas costeras para ser depositadas en ellas, o instalaciones que en las aguas costeras hayan sido erigidas o amarradas en forma permanente; f) La colocación e introducción de sustancias en aguas subterráneas; g) La toma de aguas subterráneas, su elevación y conducción sobre tierra, así como su desviación; h) El estancamiento, la profundización y la desviación de aguas subterráneas, mediante instalaciones destinadas a tales acciones o que se presten para ellas; i) Las acciones aptas para provocar permanentemente o en una medida significativa, alteraciones de las propiedades físicas,*

Debemos señalar que desde la perspectiva de la distribución constitucional de competencias la Ley de Gestión Ambiental de Aguas ha sido reputada inconstitucional por entender que la misma al regular sobre gestión transgrede el dominio público provincial extralimitándose sobre potestades reservadas a las provincias¹⁰²⁰. Por otra parte, la Ley 26.331 de Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos, y de los servicios ambientales que éstos brindan a la sociedad. Asimismo, establece un régimen de fomento y criterios para la distribución de fondos por los servicios ambientales que brindan los bosques nativos (art. 1). Se definen los bosques nativos incorporando la interdependencia que estos tienen respecto los recursos hídricos (art. 2)¹⁰²¹ refiriendo expresamente los servicios ambientales que estos brindan a la sociedad entre los que destaca la regulación hídrica, la conservación del suelo y la calidad del agua (art. 5)¹⁰²². La interdependencia de las aguas y los bosques es innegable y en especial en materia de cuencas hídricas, es por ello que en el anexo de la norma se sientan los criterios de sustentabilidad ambiental para el ordenamiento territorial de los bosques nativos entre los que se señala la potencial

químicas o biológicas del agua; j) Modificar artificialmente la fase atmosférica del ciclo hidrológico”.

¹⁰²⁰ En este sentido Vid. MATHUS ESCORIHUELA, M., “Derecho de aguas y ambiente. A propósito de las leyes 26.675 y 25.688”, *Revista de Derecho Público- Derecho ambiental II*, Rubinzal- Culzoni, 2009, pp. 91-112, y “La legislación y la administración del agua en la actualidad entre la utopía y la realidad”, Actas XX congreso Nacional del Agua, Mendoza, 2005; PINTO, M., “La Ley 25.688...” cit., p. 422, y “Consideraciones sobre la pretendida norma de presupuestos mínimos ambientales en materia hídrica. A propósito de la ley 25. 688”, *LL, Supl. Derecho Ambiental*, 2003, p. 1.

¹⁰²¹ Art. 2 Ley 26.331: “A los fines de la presente ley, se consideran bosques nativos a los ecosistemas forestales naturales compuestos predominantemente por especies arbóreas nativas maduras, con diversas especies de flora y fauna asociadas, en conjunto con el medio que las rodea —suelo, subsuelo, atmósfera, clima, recursos hídricos—, conformando una trama interdependiente con características propias y múltiples funciones, que en su estado natural le otorgan al sistema una condición de equilibrio dinámico y que brinda diversos servicios ambientales a la sociedad, además de los diversos recursos naturales con posibilidad de utilización económica”.

¹⁰²² Art. 5 de Ley 26.331: “Considéranse Servicios Ambientales a los beneficios tangibles e intangibles, generados por los ecosistemas del bosque nativo, necesarios para el concierto y supervivencia del sistema natural y biológico en su conjunto, y para mejorar y asegurar la calidad de vida de los habitantes de la Nación beneficiados por los bosques nativos. Entre otros, los principales servicios ambientales que los bosques nativos brindan a la sociedad son: Regulación hídrica; Conservación de la biodiversidad; Conservación del suelo y de calidad del agua; Fijación de emisiones de gases con efecto invernadero; Contribución a la diversificación y belleza del paisaje; Defensa de la identidad cultural”.

conservación de las cuencas hídricas y la aseguración de provisión de agua de cantidad y calidad¹⁰²³.

Por último, la Ley 26.639 de Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial tiene por objeto la fijación de los presupuestos mínimos para la protección de los glaciares y del ambiente periglacial con el objeto de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico (art. 1). A partir de esta norma se crea el Inventario Nacional de Glaciares¹⁰²⁴, a fin de individualizar y proteger todos los glaciares y geoformas periglaciares que actúan como reservas hídricas existentes en el territorio nacional (art. 3)¹⁰²⁵.

7. Competencias de las provincias en materia ambiental

7.1. Las normas complementarias

7.1.1. Concepto, alcance y contenido de las normas de complemento

Siguiendo a QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI y CENICACELAYA “las provincia mantiene en su ámbito territorial la competencia de desenvolver y desarrollar el marco nacional a tenor de las circunstancias especiales de su territorio regional y

¹⁰²³ ANEXO de Ley 26.331, criterios de sustentabilidad ambiental para el ordenamiento territorial de los bosques nativos, apartado 9: “Potencial de conservación de cuencas: consiste en determinar las existencias de áreas que poseen una posición estratégica para la conservación de cuencas hídricas y para asegurar la provisión de agua en cantidad y calidad necesarias. En este sentido tienen especial valor las áreas de protección de nacientes, bordes de cauces de agua permanentes y transitorios, y la franja de “bosques nublados”, las áreas de recarga de acuíferos, los sitios de humedales o Ramsar, áreas grandes con pendientes superiores al cinco por ciento (5%), etc.”.

¹⁰²⁴ De conformidad con el art. 4 de la norma de referencia, el Inventario Nacional de Glaciares deberá contener la información de los glaciares y del ambiente periglacial por cuenca hidrográfica, ubicación, superficie y clasificación morfológica de los glaciares y del ambiente periglacial. Este inventario deberá actualizarse con una periodicidad no mayor de cinco años, verificando los cambios en superficie de los glaciares y del ambiente periglacial, su estado de avance o retroceso y otros factores que sean relevantes para su conservación. La realización del inventario dependerá del Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA) con la coordinación de la autoridad nacional de aplicación de la ley (art. 5).

¹⁰²⁵ Art. 3 de Ley 26.639: “Créase el Inventario Nacional de Glaciares, donde se individualizarán todos los glaciares y geoformas periglaciares que actúan como reservas hídricas existentes en el territorio nacional con toda la información necesaria para su adecuada protección, control y monitoreo”.

singularidades y especificidades de sus problemas ambientales”¹⁰²⁶. Esta competencia como indica WALSH les vendrá dada por el art. 41 CN y también en función de las facultades no delegadas en virtud de los arts. 121, 122, 123 y 124 del Texto Constitucional¹⁰²⁷. Así pues, de un modo similar a cuanto vimos respecto a las normas adicionales de las CCAA en España, las provincias tendrán la posibilidad de complementar la legislación de mínimos dada por la Nación, incorporando con soluciones propias y diferenciadas, siempre que éstas no contradigan el bloque de lo que se entiende como mínimo-básico, y siempre que sean más exigentes que aquel. Su fundamento de hallará por tanto en la fijación de un estándar superior de tutela ambiental. Como refieren QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI, CENICACELAYA “la complementariedad no es sinónimo de mera reglamentación, es eso, pueden y deben establecer los pormenores y detalles, y algo más, también pueden extremar y agravar los recaudos, reforzar el nivel de protección a través de normas más rigurosas contra la polución, de restricciones más severas, de limitaciones más fuertes para ciertas industrias”¹⁰²⁸. Según SAVINO, NONNA, y ROSA ALVES, “las jurisdicciones locales tienen facultades normativas para complementar las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental y para dictar los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes nacionales de presupuestos mínimos y las respectivas normas complementarias. Podrán ejercer lo que en doctrina se ha denominado la «complementariedad maximizadora», es decir, dictar normas adicionales a las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, «necesarias para complementarlas», bajo el modo y con el alcance de «esta singular concurrencia de competencias», incrementando o «ampliando», como explicaba BIDART CAMPOS. Lo harán extremando y agravando los recaudos, reforzando el nivel de protección, vigorizando las exigencias contenidas en la legislación nacional en atención, razonablemente justificada, a problemáticas ambientales jurisdiccionalmente divisibles, críticas, o propias, que se circunscriben en el ámbito territorial de una provincia, o por la singular situación local ambiental, conforme la decisión política de la comunidad

¹⁰²⁶ QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. II, cit., p. 987.

¹⁰²⁷ WALSH, J. R., *Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial creada por la Resolución 68/03 del COFEMA*, cit., p. 37.

¹⁰²⁸ QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. II, cit., p. 988.

organizada”¹⁰²⁹. De acuerdo con lo anterior, lo autores concluyen que “las normas complementarias a las que alude el tercer párrafo del art. 41 de la Constitución Nacional son, entonces, las leyes, decretos, resoluciones, disposiciones y ordenanzas de naturaleza local que se dictan para asegurar la operatividad de la ley nacional. Son también aquellas normas que establecen requisitos adicionales u obligaciones más estrictas que las previstas en la ley de presupuestos mínimos”¹⁰³⁰.

En relación a las normas complementarias existe una cuestión fundamental que debe ser tratada a la luz del silencio que durante ocho años se mantuvo por parte de la Nación en materia de presupuestos mínimos de protección ambiental¹⁰³¹. Así baste comprobar como desde la reforma constitucional de 1994 hasta el dictado de la Ley General del Ambiente, de 28 de noviembre de 2002, el Estado Central dejó transcurrir un largo periodo en el que las provincias debieron afrontar este vacío. Se trata de una situación similar a la vivida por las CCAA, ante la posibilidad de que por parte del Estado, una vez le fue reconocida la competencia básica en materia ambiental, no se llevara a cabo el ejercicio legislativo oportuno. En este caso, y de un modo similar a lo acontecido en España¹⁰³², la doctrina ha entendido que las provincias no tienen que esperar a que el Estado Federal legisle los mínimos para poder complementarlos, pudiendo dictar de forma anticipada leyes generales del ambiente tal y como mucha de

¹⁰²⁹ SAVINO, A. / NONNA, S., / ROSA ALVES, E., “Postura de la Secretaría ...”, cit., p. 796.

¹⁰³⁰ *Ibidem*.

¹⁰³¹ En este sentido, autores como MOYANO no ven sino la conciencia del error en las leyes de presupuestos mínimos, y así el autor señala que, “la evidencia del error motivó que, desde 1994 a la fecha, ningún congresista hablase de sancionar una ley de presupuestos ambientales mínimos. Pero el tiempo, ese dios incomprensivo y fatal enemigo de la memoria y la prudencia, incitó al Congreso a dictar la ley nacional de residuos industriales 25.612 (29/7/02) que el Ejecutivo vetó para no derogar a la de residuos peligrosos 24.051 (17/1/92)(110), incorporada por adhesión a la mayoría de las provincias. Y en la vorágine del caos, la ley 25.670 (18/11/02) se ha creído justificada de imponer presupuestos mínimos para los bifenilos policlorados, cuando ya las provincias los habían regulado. Como Mendoza en su ley 5917 (12/1/93)(111) y su decreto 2625 (8/2/00)”. MOYANO, A., “Leyes de presupuesto mínimo ambiental”, cit., p. 10.

¹⁰³² Vista la posibilidad de una legislación de bases tardía por parte del Estado, el TC entendió que las CCAA podían deducir la legislación básica no solo de la CE sino también de la legislación vigente, e incluso de la normativa que afecte a materias con ellas relacionadas (STC 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 5), sin que esto pudiera suponer ningún problema para la legislación básica dictada con posterioridad y la posibilidad de que el Estado pudiera invalidar normas de desarrollo anteriores (STC 32/ 1981, de 28 de julio y STC 5/1982, de 8 de febrero).

ellas hicieron desde 1994¹⁰³³. Como señala ESAIN “Esta normativa provincial no era inconstitucional, sino que surgía justamente de una asunción de los entes locales de la potestad legislativa que la Constitución Nacional les ha dado a las provincias de complementar las leyes de presupuestos mínimos del Estado federal. Las provincias no tenían que esperar a las normas de la Nación (a pesar de que habría sido lo mejor para el sistema que la Nación sea la primera en dictar la ley general, pues ello habría ordenado las normas provinciales que deben adaptarse a los presupuestos mínimos). Al no haber un piso uniforme al que las provincias pudieran complementar, las mismas inducían las bases de la legislación existente. El contorno lo daban los principios establecidos en el art. 41CN”¹⁰³⁴.

Es decir, las provincias ante la falta de una norma de presupuestos mínimos de protección ambiental, pueden inferir las bases del sistema global, complementando y desarrollando aquellas. Dentro de este sistema global quedarían integrados los Tratados internacionales de naturaleza ambiental en los que Argentina forma parte. Estos Tratados internacionales, pasan a forma parte del sistema normativo argentino con rango supralegal ex. art. 75 inc. 22¹⁰³⁵ lo que implica según ESAIN que “a) Los contenidos de los convenios con rango supralegal informarán a las normas de presupuestos mínimos de origen nacional; b) en el caso de poseer el convenio o alguna de sus normas efectos directos serán aplicables en dos ámbitos: regulando los derechos de los ciudadanos de todo el país, y pasando –en la medida en que el Estado federal decida no ejercitar su competencia de dictar presupuestos mínimos– a quedar sujetos al complementos provincial y luego municipal que los tomará directamente como si fueran ellos mismos los presupuestos mínimos a pesar de que formalmente no lo

¹⁰³³ Entre otras, Buenos Aires cuenta con la Ley núm. 11.723 del año 1995; Chaco con la Ley núm. 3964 del año 1994; Chubut con la Ley núm. 4563 del año 1999; Córdoba con la Ley núm. 7343 del año 1995; Corrientes con la Ley núm. 4731 del año 1997; Formosa con la Ley núm. 1060 del año 1993; Jujuy con la Ley núm. 5063 del año 1998; La Pampa con la Ley núm. 1914 del año 2001; La Rioja con la Ley núm. 7371 del año 2002; Mendoza con la Ley núm. 5961 del año 1992; Neuquén con la Ley núm. 1875 del año 1991 (Modificada por la ley 2267 de 1992); Río Negro con la Ley núm. 2631 del año 1993; Salta con la Ley núm. 7070 del año 2000; San Juan con la Ley núm. 6634 del año 1995; Santa Fe con la Ley núm. 11.717 del año 1999; Santiago del Estero con la Ley núm. 6321 del año 1997; Tierra del Fuego con la Ley núm. 55 del año 1992; y Tucumán con la Ley núm. 6253 del año 1991.

¹⁰³⁴ ESAIN, J., “El Federalismo ambiental...”, cit., p. 785.

¹⁰³⁵ Art. 75, inc. 22CN: “(corresponde al Congreso) *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*”.

son”¹⁰³⁶.

En este sentido, y como señalan SABSAY y DI PAOLA, debe tenerse en cuenta lo aportado por taller de expertos FARN Argentina sobre “Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental sobre Ley General del Ambiente y Distribución de Competencias”, así señalan que, “el texto expresa que en relación a los aspectos temáticos que debe alcanzar el concepto de presupuesto mínimo, los mismos comprenden indefectiblemente, a modo enumerativo y no taxativo la normativa proveniente del derecho internacional –tratados aprobados por nuestro país que directa o indirectamente traten temas relacionados a la protección ambiental, con un rango supra legal, de conformidad a los planteado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional”¹⁰³⁷. De este modo, para el supuesto de que la Nación no haya dictado los presupuestos mínimos de protección ambiental, las provincias podrán deducir los mínimos de los Tratados internacionales. Como señala ESAIN, “esto porque complementando el Convenio se optimiza una norma de superior jerarquía a las leyes que luego deberán complementar, cuando el Congreso decida reglar la materia”¹⁰³⁸. El autor ejemplifica cuanto se ha expuesto señalando que “si se dictara una norma de presupuestos mínimos de protección ambiental con relación a la materia aguas, no podrá contrariar ni desconocer los principios que están contenidos en todos los tratados internacionales aprobados por vía del art. 75 inc. 22CN que de manera directa o indirecta se refieran a las aguas. Ahora, en el momento en el que se dicte una norma de presupuestos mínimos de protección ambiental, las provincias deberán readaptar sus normas si desde el convenio internacional la Nación eligió un camino diferente del que en el complemento se adoptó”¹⁰³⁹ La necesidad de readaptar las norma complementaria a una futura ley de presupuestos mínimos de protección ambiental viene de la mano de entender que el tratado internacional no presente el perfil de presupuesto mínimo, de forma que la transposición del instrumento al plano interno debe hacerse respetando la distribución de competencial prevista.

¹⁰³⁶ ESAIN, J., *Competencias Ambientales. El sistema federal ...*, cit., p. 353.

¹⁰³⁷ SABSAY, D. A., y DI PAOLA, M. E. (Dir. Área de investigación y capacitación), *Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental: premio de monografía Adriana Schiffrin 2004*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2005, p. 25.

¹⁰³⁸ ESAIN, J., *Competencias Ambientales...*, cit., p. 354.

¹⁰³⁹ ESAIN, J., *Competencias Ambientales...*, cit., p. 355.

En todo caso, como señala la resolución núm. 92/04 del COFEMA de 17 de septiembre, “respecto a las normas vigentes y preexistentes a las leyes de Presupuestos mínimos de protección ambiental, aquellas mantienen su vigencia en la medida que no se opongan y sean más exigentes que éstas”. La legislación dictada por las provincias de forma previa al ejercicio por la Nación de sus propias competencias de mínimos no es legislación supletoria o excepcional. Es decir, en virtud del principio de autonomía funcional competencial señalado por ESAIN –derivado del carácter exclusivo asignado a cada uno de los sectores competenciales llamados a concurrir de forma complementaria en la formación del sistema normativo ambiental–, está no podrá quedar derogada tras entrar en vigor las normas de presupuestos mínimos, como ocurriría con la legislación supletoria, conservando aquellas su vigencia en la medida en la que respeten la distribución constitucional prevista. Resultan en este sentido clarificadoras las palabras de ESAIN,

“El fenómeno que se produjo durante el período en el que la Nación no legislaba presupuestos mínimos en materia ambiental (1994-2002) fue similar -pero no idéntico- a los tiempos en que las provincias dictaban la legislación ordinaria fundados en la facultad reglada por el hoy art. 126 CN., ante la falta de los mismos en esa materia. Pero los esquemas son totalmente diferentes, pues la competencia de complemento puede ser ejercida por las provincias de manera independiente y autónoma, mientras la competencia de legislar Códigos de fondo se puede ejercer hasta tanto lo haga la Nación. Una vez dictados los Códigos por la Nación se derogan las normas provinciales, ya que la atribución competencial supletoria no permite la sobrevida de las leyes locales dictadas en virtud del art. 126. En cambio, la atribución competencial a favor de las provincias realizada en el párr. 3º del art. 41 CN, no implica una facultad que se ejerce hasta que la Nación "los haya sancionado", cuestión neurálgica en la relación supletoria de los arts. 75 inc. 12 y 126 CN. Las provincias podrán legislar en materia de protección del ambiente, haya la Nación prescripto presupuestos mínimos o no. Si no hay norma federal las provincias deberán inferir las bases del sistema global y complementar desarrollando o maximizando aquéllas. Si las provincias ya hubieran legislado en la materia y luego la

Nación regla presupuestos mínimos, aquéllas conservarán su vigencia en la medida en que no los contradigan, pero está claro que la sanción de la norma federal no las deroga automáticamente -como en el caso del art. 126 Ver Texto CN.-, porque en el caso del art. 41 Ver Texto párr. 3o el régimen ha sido establecido para que convivan ambas normativas de manera sistémica”¹⁰⁴⁰.

De este modo, las leyes dictadas por las provincias solo quedarán sujetas al control que de su constitucionalidad pueda llevar a cabo la Corte Suprema.

7. 1. 2. Límites de las normas complementarias

Del mismo modo que los presupuestos mínimos de protección ambiental, en virtud de los principios de razonabilidad y fidelidad federal, quedaban sujetos a un doble límite que podríamos denominar un suelo y un techo –el de garantizar un mínimo común denominador respetando el límite regulatorio impuesto desde el texto constitucional que reconoce a las provincias la legislación de complemento–, la legislación complementaria de las provincias queda igualmente sujeta a un doble límite determinado por los principios de proporcionalidad y razonabilidad¹⁰⁴¹.

Así respecto a la delimitación del “techo” de las normas complementarias DÍAZ ARAUJO nos sitúa frente a un interrogante: el de si una norma complementaria ambiental, dictada por una provincia, puede ser objeto de impugnación por interferir afectar o incidir en materias de la exclusiva competencia de la Nación, en concreto, en el comercio interprovincial¹⁰⁴². La autora resalta el riesgo de que las excesivas restricciones ambientales puedan esconder intenciones proteccionistas respecto de las industrias locales en perjuicio del libre mercado y tránsito de mercancías En este sentido, resulta especialmente significativa la posición adoptada por los Tribunales Arbitrales del MERCOSUR¹⁰⁴³, tal y como se refleja en el Laudo núm. 1/2005 del

¹⁰⁴⁰ ESAIN, J., “El Federalismo ambiental...”, cit., p. 785.

¹⁰⁴¹ Al principio de razonabilidad hacen mención expresa QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional...*, T. II, cit. p. 988. Sobre el principio de proporcionalidad *vid.* DÍAZ ARAUJO, M., “El artículo 41...”, cit., p. 740-746 y ESAIN, J., “El Federalismo ambiental...”, cit., p. 787.

¹⁰⁴² DÍAZ ARAUJO, M., “El artículo 41 ...”, cit., p. 745.

¹⁰⁴³ El Mercado Común del Sur - MERCOSUR - está integrado por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay, la República

Tribunal Permanente de Revisión, de 20 de diciembre de 2005, constituido para entender en el Recurso de Revisión Presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral *AD HOC* de fecha 25 de Octubre de 2005 en la Controversia “*Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay*”¹⁰⁴⁴. Se trata este de un caso pionero en el Mercosur por el que el Tribunal sienta los principios que deberán regir las posibles restricciones al libre comercio en el ámbito del Mercosur, presente que, como el propio Tribunal reconoce: “Normativamente, no existe en el Mercosur un cuerpo legal que establezca clara y concretamente los criterios de rigor a ser analizados para la invocación de tales excepciones (al principio del libre comercio), las cuales siempre deben ser interpretadas con criterio restrictivo”¹⁰⁴⁵

Oriental del Uruguay, la República Bolivariana de Venezuela y el Estado Plurinacional de Bolivia (en proceso de adhesión). Tiene como Estados Asociados a Chile, Colombia (Decisión núm. 44/04), Perú (Decisión núm. 39/03, Ecuador (Decisión núm. 43/04), y en proceso de ratificación a Guyana (Decisión núm. 12/13) y Surinam (Decisión 13/13). Se trata de uno de los proyectos de integración económica regional más importante de Sudamérica. El sistema de solución de controversias fijado en el MERCOSUR está compuesto de Tribunales Arbitrales que se constituyen ad-hoc para cada caso y, desde 2004, de un Tribunal de Revisión. Los laudos del Tribunal Arbitral parecen orientarse en la jurisdicción del Corte de Justicia de la Unión Europea haciendo expresa referencia a sus pronunciamientos. Actualmente, el Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR se encuentra regulado en el Protocolo de Olivos, firmado el 18 de febrero de 2002 y vigente desde el 1 de enero de 2004. Antes de dicho instrumento, se aplicaba el Anexo III del Tratado de Asunción y, hasta la entrada en vigor del PO, el Protocolo de Brasilia. En el marco de este último, y de su Reglamento (aprobado por Decisión CMC N° 17/98), se dictaron diez laudos arbitrales. *Cfr.* FUDERS, F., “Cuatro años de vigencia del Protocolo de Olivos: Cómo cambió el sistema de solución de controversias en el Mercosur”, *Lateinamerika-Analysen* núm. 20, 2/2008, pp. 205-233.

¹⁰⁴⁴ A través de la Ley 25.626, de Prohibición de importación de determinadas mercaderías incluidas en la Nomenclatura Común del Mercosur e individualizadas y clasificadas en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, Sancionada: Julio 17 de 2002, Promulgada de Hecho: Agosto 8 de 2002, Argentina decidió prohibir la importación de mercancías clasificadas como MCM 4012.10.00 neumáticos recauchutados y 4012.20.00 neumáticos usados, sin discriminación de su origen extra o intra Mercosur. Considerando que dicha normativa era incompatible con el derecho del Mercosur, Uruguay interpuso la demanda arbitral pertinente. En Primera Instancia el Tribunal AD hoc entendió que la normativa impugnada observaba los principios del derecho mercosureño (laudo de 25 de octubre de 2005, la prohibición de neumáticos remodelados asunto TAH 2/05). Frente a dicha resolución Uruguay presentó recurso de revisión, decidiendo el Tribunal de Revisión por mayoría, hacer lugar al recurso, revocar la decisión, y constatado que la Ley en cuestión infringía el derecho del Mercosur, determinar entre otro, que Argentina debía proceder a su derogación o modificación. Dicha Sentencia fue objeto de solicitud de aclaratoria, emitida por el Tribunal el 13 de enero de 2006 (laudo de revisión de prohibición de importación de neumáticos remodelados TPR 1/05). Posteriormente, entendiendo Uruguay que Argentina no había dado cumplimiento a la decisión del Tribunal solicitó la aplicación de medidas compensatorias a través del Decreto 142/07 de 17 de abril.

¹⁰⁴⁵ Tribunal Permanente de Revisión (TPR), Laudo 1/2005, 20 de diciembre, Consid. 10, El paréntesis es nuestro a los efectos aclaratorios.

El objeto de la controversia se centraba en la prohibición de importación de neumáticos recauchutados en Argentina prevista en la Ley 25.626, contra la que reclamó Uruguay por entenderla contraria a las disposiciones del Mercosur. Argentina fundamentó la prohibición en la menor vida útil de los neumáticos recauchutados frente a neumáticos nuevos y en el perjuicio que estos generarían en el medio ambiente. El Tribunal ad hoc apoyó la argumentación de Argentina y encontró legítima la restricción de la libre circulación de mercancías a favor de la protección de la salud de seres humanos y animales. El Tribunal Ad-hoc reconoce que la libre circulación de mercancías tiene que servir al bienestar común de los pueblos y no es un fin en sí¹⁰⁴⁶. El laudo fue derogado por el Tribunal Permanente de Revisión que tras admitir la posibilidad de sujetar a limitaciones el principio de libre comercio,– con sujeción a las directrices del TJCE en la causa individualizada como “Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Austria”, sentencia del 15 de noviembre de 2005–, el Tribunal identifica los requisitos para ello, desglosando los siguientes principios: en primer término corresponde analizar siempre si la medida en cuestión es efectivamente restrictiva al libre comercio¹⁰⁴⁷; el segundo criterio sería el carácter discriminatorio o no de la medida¹⁰⁴⁸; en tercer lugar debe a la justificación o no de la medida: que sea adecuada, necesaria al interés general¹⁰⁴⁹; y por último, el criterio de la proporcionalidad¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁶ Tribunal Ad-hoc Laudo de 25 de octubre de 2005, párrafo 66.

¹⁰⁴⁷ TPR, Laudo 1/2005, 20 de diciembre, Cond. 14. “Para la invocación de excepciones al principio de libre comercio, y de evaluarlos a la luz de este caso, este Tribunal ante la ausencia normativa en el Mercosur en cuanto a tales criterios de rigor sentando jurisprudencia inicial al respecto establece: a) en primer término corresponde analizar siempre si la medida en cuestión es efectivamente restrictiva al libre comercio”.

¹⁰⁴⁸ TPR, Laudo 1/2005, 20 de diciembre, Cond. 15: “Corresponde evaluar el segundo criterio de rigor: el carácter discriminatorio o no de la medida. Según se nota en la jurisprudencia europea, cualquier medida analizada puede ser discriminatoria, directa o indirectamente. Hay discriminación indirecta cuando la medida se aplica igual a nacionales y extranjeros, pero sus efectos afectan más a extranjeros que a nacionales. (...)Precisamente en la causa europea precedentemente mencionada el Abogado General L.A. Geelhoed en su dictamen de fecha 14 de julio de 2005, establece textualmente lo siguiente: “Según el planteamiento seguido por el TJ sobre la posibilidad de justificar restricciones al comercio intracomunitario, solo las medidas aplicables indistintamente a las mercancías nacionales y a las importadas de otro Estado Miembro pueden justificarse por razones imperiosas de interés general, incluida la protección del medio-ambiente”.

¹⁰⁴⁹ TPR, Laudo 1/2005, 20 de diciembre, Cond. 16: “El tercer presupuesto es el de la justificación o no de la medida. Siempre basándonos en la cita del caso europeo mencionado, vemos que el Abogado General Geelhoed consideró “que la prohibición sectorial contenida en la medida controvertida puede estar justificada por razones relativas a la protección del medio-ambiente, a pesar de la desigualdad de efectos para el tráfico extranjero y austriaco que atraviesa la zona de saneamiento” y que por tanto “debe

A la luz de tales principios, el Tribunal Permanente de Revisión entendió que la prohibición de importación de neumáticos remoldeados adoptada por Argentina era una medida restrictiva al libre comercio, directamente discriminatoria por cuanto que afectaba solo a productos extranjeros, no importando que no solo afecte al Uruguay sino a todo el mundo. Asimismo, en relación con el tercer requisito, el Tribunal consideró que la medida en cuestión no podría tener una debida justificación, entendiendo que en los antecedentes parlamentarios de la Ley 25.626 además de la protección al medio ambiente se cita literalmente “*la protección de la industria nacional proveedora de estos productos*”, que precedía a la cita del impacto negativo en el medio ambiente. Con esta conclusión la cuestión quedaría cerrada. Si bien, el Tribunal se pronuncia igualmente sobre el último de los requisitos, el de la proporcionalidad, entendiendo que la medida queda lejos de ser proporcional por diversos motivos: ésta resultaba desproporcionada frente a un producto, neumático remoldeado, que no es un desecho ni un neumático usado según la propia conclusión del laudo arbitral. Además, la medida no suponía una reducción objetiva del daño ambiental aplicable al caso ni era útil para la prevención de éste. Tampoco era proporcional porque el daño alegado no era grave ni irreversible (presupuestos éstos

examinarse a continuación si la medida era adecuada, necesaria y proporcionada”. A su vez el TJCE en su referida sentencia estipula: “según jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar el comercio intracomunitario pueden estar justificadas por exigencias imperativas derivadas de la protección del medio-ambiente, siempre que las medidas de que se trate sean proporcionadas al objetivo perseguido (veanse, en particular, las sentencias de 14 de diciembre de 2004. Comisión/Alemania. C-463/01. Rec. P. I-11705, apartado 75, así como Radlberger Getrankegesellschaft y S. Spitz. C-309/02. Rec. P. I-11763, apartado 75)”.

¹⁰⁵⁰ TPR, Laudo 1/2005, 20 de diciembre, Cond. 17: “El cuarto y más difícil criterio a salvar es siempre el de la proporcionalidad considerando que toda medida que obste al libre comercio debe ser siempre evaluada con criterio restrictivo. Por ello es doblemente interesante resaltar en primer término la conclusión del Abogado General Geelhoed en el caso de referencia. El mismo concluye que “el modo en que se preparó y pretendió introducir la medida controvertida vulnera el principio de proporcionalidad”. Sobre el punto y en tal caso el TJCE ha establecido que “a efectos de comprobar si tal obstáculo es proporcionado con relación al objetivo legítimo perseguido en el presente caso, a saber, la protección del medio-ambiente, es preciso determinar si es necesario y adecuado para alcanzar el objetivo autorizado ... Procede declarar que el Reglamento controvertido, al vulnerar el principio de proporcionalidad, no puede justificarse válidamente por motivos relacionados con la protección de la calidad del aire. Por consiguiente dicho Reglamento es incompatible con los Arts. 28 y 29 del CE”. Nótese que la justificación y la proporcionalidad son conceptos vinculados. Resulta interesante destacar para comprender claramente el concepto de proporcionalidad que según la Guía para la Interpretación y Aplicación de los Artículos 28 a 30 del Tratado CE7, según se lee a fs. 10 cuando comenta las enseñanzas del caso Cassis de Dijon: “estos tres requisitos (necesidad, proporcionalidad y medios que sean los menos restrictivos del comercio) deben considerarse expresión del principio general de proporcionalidad”.

que a criterio del Tribunal deben darse para la aplicación del principio precautorio). Y finalmente, era desproporcionada desde el punto de vista de que no se puede impedir el libre comercio, salvo que sea la única medida disponible, eliminando de la circulación un producto extranjero que es igual de seguro a un producto nacional.

Por tanto, la Ley 25.626, de Prohibición de importación de determinadas mercaderías incluidas en la Nomenclatura Común del Mercosur e individualizadas y clasificadas en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, supondría un ejemplo claro de aquellos supuestos en que las excesivas restricciones ambientales esconden detrás intenciones proteccionistas respecto de las industrias locales en perjuicio del libre mercado y tránsito de mercancías. El laudo del TPR, en línea con la postura europea¹⁰⁵¹, entiende que la protección del medio ambiente justificaba las restricciones a la libre circulación de bienes y libertad de comercio, sin perjuicio de que las medidas de protección ambiental dictadas por los Estados miembros no pueden dificultar los intercambios entre Estados miembros, y que si bien las medidas basadas en el objetivo ambiental pueden tener efectos restrictivos sobre el comercio y la libre competencia, no pueden nunca ser discriminatorias ni exceder las restricciones inevitables justificadas por la protección del ambiente.

La CSJN, si bien a través de su pronunciamiento en “Transportes Vidal S.A. c. Provincia de Mendoza”¹⁰⁵² parecía romper con la anterior tendencia centralista¹⁰⁵³ parece retomar este criterio en la reciente causa “Antonio Barillari SA v. Provincia de Buenos Aires”¹⁰⁵⁴ que si bien en materia de recursos naturales, puede ser extrapolable

¹⁰⁵¹ TJCE, asunto 8/74, “Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville”, sentencia de 11 de julio de 1974; TJCE, asunto 120/78, “Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein”, sentencia de 20 de febrero de 1979; TJCE, asunto C-240/83, “Proceur de la république. Association de Defense de Brûleurs”, sentencia de 7 de febrero de 1985; TJCE, asunto C-320/03 “Comisión de las Comunidades Europeas c/ República de Austria”, sentencia de 15 de noviembre de 2005.

¹⁰⁵² CSJN “Transportes Vidal S.A. c. Provincia de Mendoza”, Fallos 306: 516, Sentencia de 31 de mayo de 1984

¹⁰⁵³ Cfr. DIAZ ARAUJO, M., “El artículo 41 de la Constitución Nacional...”, cit., p. 745.

¹⁰⁵⁴ CJSN “Antonio Barillari SA v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 335:1739, sentencia de 18 de septiembre de 2012. El objeto de la controversia se centra en la acción declarativa promovida por la mercantil Antonio Barillari SA *ex art.* 322, CPCCN, contra la Provincia de Buenos Aires con el objeto de declarar la inconstitucionalidad de la res. 524/2004 de la Subsecretaría de Actividades Pesqueras dependiente del Ministerio de Asuntos Agrarios, por medio de la cual se dispuso que los pescados y mariscos que se descarguen en puertos bonaerenses deberían ser procesados en establecimientos industriales habilitados al efecto y radicados en el territorio provincial como condición para

al objeto de estudio. En el referido pronunciamiento la Procuradora Fiscal de la causa, sostiene que los Estado provinciales no pueden invocar su titularidad territorial para poner trabas de índole alguna a las actividades vinculadas al tráfico interprovincial e internacional, dando primacía a una provincia en detrimento de otra, y en este sentido señala que,

“Los principios contenidos en el art. 12 y el contenido amplio asignado a la cláusula del "comercio". En el art. 75, inc. 13, CN, impiden que las leyes provinciales puedan ser fruto de una política que discrimine el comercio interior en función de su origen, o que beneficie a un Estado provincial respecto de otro, o que se encarezca su desenvolvimiento al extremo de dificultarlo o impedirlo. (...)”¹⁰⁵⁵. La CSJN tras centrar la cuestión en el necesario deslinde de competencias entre el Estado Nacional y los Estados provinciales, mantiene que ha de evitarse la concesión de privilegios o preferencias a un lugar sobre otro señalando que la concepción económica de libre comercio e industria quedan asegurada en el plano interno, “Ello de manera tal que esa concepción logre evitar que las actividades económicas interjurisdiccionales puedan ser entorpecidas, complicadas o impedidas por los estados provinciales, ya que tal estado de cosas conspiraría contra la unidad del sistema federal y su regular funcionamiento, según ha sido concebido por el constituyente (causa "Molinos", Fallos 332:66)¹⁰⁵⁶.

El Alto Tribunal, en lo que puede entenderse una línea centralista, señala que, “cuando se trata de interpretar el alcance de las atribuciones provinciales en el área abarcada por la cláusula referida debe acudirse a esa noción integradora de la actividad económica en el territorio nacional, que fue la base no sólo de la exclusividad de los poderes del Congreso en la regulación del comercio interprovincial, sino también de los que le competen en forma exclusiva en el dictado de la legislación común a ser

poder ser transportados fuera de la provincia. La CSJN admitió la demanda interpuesta haciendo lugar a sus pretensiones declarando la invalidez de la res. 524/2004, de la Subsecretaría de Actividades Pesqueras del Ministerio de Asuntos Agrarios del Estado local.

¹⁰⁵⁵ Dictamen de la Procuradora Fiscal, de fecha septiembre 18 de 2012, emitido en CJSN “ANTONIO Barillari SA v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 335:1739, Sentencia de 18 de septiembre de 2012, Consid. VI.

¹⁰⁵⁶ CJSN “ANTONIO Barillari SA v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 335:1739, sentencia de 18 de septiembre de 2012, Consid. 12

aplicada dentro de los territorios provinciales, por las autoridades locales (Fallos 324:3048, consid. 6)”¹⁰⁵⁷. Y en la misma línea continua diciendo que, “los principios del art. 12 y la noción orgánica asignada a la recordada "cláusula del comercio" de los arts. 75, inc. 13, y 126, CN, previenen a las legislaturas provinciales de dictar leyes que discriminen el comercio interior en función de su origen o que beneficien a un Estado provincial respecto de otro, o que se grave su desenvolvimiento al extremo de dificultarlo o impedirlo (ver causa P.1110.XXXIX "Pescargen SA y otra v. Chubut, Provincia del s/acción declarativa de inconstitucionalidad", sent. de la fecha). De tal manera es constitucionalmente exigible evitar regulaciones locales "defensivas", toda vez que admitirlas sería incongruente con el sistema económico interno ya recordado, cuya preservación se encuentra a cargo del Congreso Nacional”. De este modo, a fin de fundamentar esta posición el Alto Tribunal se remite a pronunciamientos anteriores que justificarían una interpretación restrictiva de las competencias provinciales señalando que, “esta Corte ha señalado desde antiguo que todo aquello que involucre el peligro de limitar las autonomías provinciales ha de instrumentarse con la necesaria cautela para evitar el cercenamiento de los poderes no delegados por las provincias. Pero también puso de resalto —en aras de los altos fines que está llamada a tutelar—, que aquellos poderes provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de los poderes del Gobierno Federal, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias (Fallos 304:1186; 305:1847, dictamen del procurador general, Dr. Mario J. LÓPEZ, y 312:437)”¹⁰⁵⁸ Visto lo anterior, y haciendo referencia al segundo de los límites —la razonabilidad— que se señalan respecto a las competencias provinciales el Alto tribunal entiende que “excede el marco de razonabilidad esperado y encubre bajo esa apariencia legal una exigencia que obra como un freno para la circulación de los frutos de la pesca. De tal manera, la conducta provincial gravita negativamente sobre la industria en examen impidiendo la

¹⁰⁵⁷ CJSN “ANTONIO Barillari SA v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 335:1739, sentencia de 18 de septiembre de 2012, Consid. 13

¹⁰⁵⁸ CJSN “Antonio Barillari SA v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 335:1739, sentencia de 18 de septiembre de 2012, Consid. 18.

realización del producto final de la actividad industrial autorizada”¹⁰⁵⁹.

Pese a la posición centralista que parece adoptar la Corte Suprema, no puede olvidarse el reconocimiento de las limitaciones a la libertad del comercio que se efectúa en el ámbito internacional. De este modo, podría entenderse que siempre que las normas complementarias dictadas por las provincias no contradigan los presupuestos mínimos de protección ambiental –esto es, que no ignoren, reduzcan o limiten estos–, las provincias pueden dictar normas que limiten la libertad de comercio interprovincial siempre que estas sean proporcionales, no enmascaren una discriminación y puedan quedar justificadas en relación con el interés que pretenden proteger. Y así lo entiende DIAZ ARAUJO cuando afirma que, “esta teoría aplicada a la facultad de las provincias de dictar normas complementarias de protección ambiental, nos lleva a entender que , las provincias podrán dictar normas complementarias ambientales que puedan afectar al comercio interprovincial o la libre circulación de productos ya que el medio ambiente constituye un objetivo de cada Estado provincial capaz de justificar limitaciones en materia de comercio y transporte interjurisdiccional. Sin perjuicio de que dicha facultad se encuentre sometida al principio de proporcionalidad y la obligación de minimizar los efectos en el comercio de este tipo de medidas”¹⁰⁶⁰

7.2. Las potestades de gestión

El esquema de gestión ambiental es de necesaria concertación entre la Nación y las provincias. Así, la aplicación de las normas ambientales le corresponderá en principio y por regla general a los gobiernos provinciales. Esto quiere decir que las tareas de fiscalización, seguimiento, monitoreo y en general todo lo que atañe a la aplicación de las normas en sede administrativa, corresponde a las autoridades provinciales, sin perjuicio de que estos a su vez, efectúen una delegación o descentralización en los municipios, según el régimen vigente en cada jurisdicción provincial. En estos casos, la autoridad de aplicación de la normativa ambiental será aquella que designe cada Provincia en el marco de su autonomía, conforme a su

¹⁰⁵⁹ CJSN “Antonio Barillari SA v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 335:1739, sentencia de 18 de septiembre de 2012, Consid. 24.

¹⁰⁶⁰ DIAZ ARAUJO, M., “El artículo 41 de la Constitución Nacional: ...”, cit., p. 746.

organización administrativa interna¹⁰⁶¹. En este sentido NATALE señala que, “toda la legislación federal y provincial será aplicada en las provincias por las autoridades administrativas y judiciales locales, reservándose para la autoridad nacional el ámbito de la Capital, los establecimientos de utilidad nacional, los ríos navegables si afecta la navegación o cuando tenga alcance interprovincial. Para que no pudiesen quedar dudas interpretativas se siguió textualmente la norma del viejo art. 67 inciso 11, referido a los Códigos, en la expresión “sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”¹⁰⁶².

Por tanto, como ya quedo expuesto al analizar las concretas potestades comprendidas dentro del art. 41.3 CN, la función competencial ejecutiva, ha sido reconocida por el constituyente como una competencia reservada por las provincias¹⁰⁶³. Si bien, debe tenerse en cuenta que no es esta una la regla absoluta, debiendo respetarse las contadas excepciones en la que se reconoce la jurisdicción federal. De este modo ESAIN, efectuando una interpretación conjunta de los art. 41.3 CN y 122 CN y el art. 75 in 13 y 19 (cláusulas de comercio y de progreso), establece un principio general por el que “toda la función de ejecución del complejo normativo producto del sistema que acabamos de introducir, pertenece al ámbito de las comunidades jurídicas parciales, tanto federal como provincial, según la naturaleza del elemento conflictivo, de manera similar a lo que sucedía antes de la reforma”¹⁰⁶⁴.

En cualquier caso, como también avanzábamos, el federalismo de concertación preside la intención del constituyente en la reforma de 1994, motivo por el que ambas

¹⁰⁶¹ Cfr. WALSH J. R., *Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial creada por la Resolución 68/03 del COFEMA*, cit., p. 20.

¹⁰⁶² NATALE, A., “Protección del medio ambiente en la Reforma constitucional”, *LL, T. E*, 1994, p. 1385.

¹⁰⁶³ Explica ESAIN la atribución de la competencia ejecutiva a favor de las provincias comparando el art. 41.3 CN con la regla establecida en el art. 75 inc. 12 CN, y así mantiene que, “estamos ante la misma directriz que el legislador de excepción introdujo— vía reforma constitucional de 1860— cuando quiso asegurar que la aplicación de los Códigos de fondo correspondiera a las autoridades administrativas y judiciales provinciales, evitando que la federación —apelando al origen de dichas leyes en el Congreso Federal— se quedara con dicha competencia. El texto sugerentemente sigue la misma idea. Dice el art. 75 inc. 12 CN que corresponde al Congreso: “Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales”. Como vemos, estamos ante la misma regla. Ella implicará entonces que ese complejo normativo complementario — PMPA y norma complementaria de la provincia donde el conflicto surja —será aplicada por la autoridad ambiental local. Este es el mandato del constituyente: la competencia es netamente local”. ESAIN, J., *Competencias Ambientales. El sistema federal ...*, cit. p. 410.

¹⁰⁶⁴ *Ibidem*.

entidades de poder deben hacer lo posible por conciliar sus posturas a través de la cooperación y la coordinación conjunta, para lo cual el COFEMA deviene un instrumento fundamental importancia.

8. El agua en los en las Leyes Generales del Ambiente de las Provincias

Además de en los Códigos y Leyes de Aguas deben ser tenidas en cuenta las denominadas Leyes Generales del Ambiente en las que se contemplan normas de protección de las aguas, o de los recursos hídricos. Por ejemplo, la Provincia de Buenos Aires, la Ley del Medio Ambiente 11.720, contiene en el Título III, Capítulo I Disposiciones Especiales relativas Aguas, fijando los principios que regirán la implementación de políticas para la protección y mejoramiento del recurso agua, que se enuncian: unidad de gestión; tratamiento integral de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico; economía del recurso; descentralización operativa; Coordinación entre organismos de aplicación involucrados en el manejo del recurso; Participación de los usuarios¹⁰⁶⁵.

También la Ley de Protección del Medio Ambiente 7070 de la Provincia de Salta, contiene dentro del Título IV destinado a la protección de los recursos naturales un Capítulo II de los Recursos Hídricos, y una Sección I, de los “Principios de Manejo sustentable de los Recursos Hídricos, que parte de reconocer la necesidad de su manejo racional, en virtud que los mismos, superficiales y subterráneos, son recursos naturales escasos de vital importancia. Aunque se establece la aceptabilidad social de las medidas y planes, como asimismo, la activa participación ciudadana, en los programas de conservación. Además, se implementarán programas de participación de empresas privadas en el desarrollo de recursos hídricos, mediante emprendimientos de riesgo compartido con el Gobierno. También se establece la formación de Comités o comisiones de Cuencas. Y que las decisiones en relación a la protección de aguas subterráneas deben partir de la base de un enfoque integral¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁵ Ley del Medio Ambiente 11.720 de la Provincia de Buenos Aires, sancionada el 2 de noviembre de 1995, promulgada el 28 de noviembre de 1995 y publicada el 13 de diciembre de 1995.

¹⁰⁶⁶ Ley de Protección del Medio Ambiente 7070 de la Provincia de Salta, sancionada el 21 de diciembre de 1999, promulgada el 17 de enero de 2000 y publicada el 27 de enero de 2000.

La Ley 5961 de Mendoza de Preservación del Ambiente consagra la utilización racional del agua y de los demás recursos naturales en su art. 3, y somete al proceso de evaluación de impacto ambiental a los proyectos de obras o actividades relacionadas con la administración de las aguas servidas urbanas y suburbanas, conducción y tratamiento de aguas y construcción de acueductos, embalses, diques y represas¹⁰⁶⁷.

La Ley 1875 de Preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente de la Provincia de Neuquén destina un título específico al agua estableciendo no solo un criterio respecto de la aptitud del uso del agua, sino también de ésta en relación con el medio ambiente en general y así concreta en su art. 4 que “La autoridad de aplicación, con los demás organismos competentes de la provincia, establecerá criterios de uso y manejo de los cuerpos de agua que forman los recursos hídricos de la provincia y sus espacios terrestres adyacentes, teniendo en cuenta la aptitud de ellos y los valores del ambiente”¹⁰⁶⁸.

Otras leyes similares serían la Ley 7.343 de Defensa, conservación y mejoramiento ambiental de la Provincia de Córdoba¹⁰⁶⁹, La Ley 1060 de Política ecológica y ambiental de la provincia de Formosa¹⁰⁷⁰ o la Ley General de Medio Ambiente núm. 5.063 de la provincia de Jujuy¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁷ Ley 5.961 de Mendoza de Preservación del Ambiente, sancionada el 26 de noviembre de 1992, promulgada el 11 de diciembre de 1992 y publicada el 25 de febrero de 1993.

¹⁰⁶⁸ Ley 1.875 de Preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente de la Provincia de Neuquén, sancionada el 21 de diciembre de 1990, promulgada el 22 de diciembre de 1990 y publicada el 1 de febrero de 1991.

¹⁰⁶⁹ Ley 7.343 de Defensa, conservación y mejoramiento ambiental de la Provincia de Córdoba, sancionada el 29 de agosto de 1985, promulgada el 18 de septiembre de 1985 y publicada el 27 de septiembre de 1985.

¹⁰⁷⁰ Ley 1060 de Política ecológica y ambiental de la provincia de Formosa, sancionada el 28 de octubre de 1993, promulgada el 26 de noviembre de 1993 y publicada el 29 de diciembre de 1993.

¹⁰⁷¹ Ley General de Medio Ambiente núm. 5.063 de la provincia de Jujuy, sancionada el 14 de julio de 1998, promulgada el 20 de agosto de 1998 y publicada el 4 de septiembre de 1998.

CAPÍTULO IV: LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMPETENCIALES EN MATERIA DE AGUAS Y MEDIO AMBIENTE EN DERECHO ESPAÑOL

I. LA PREVALENCIA DEL CRITERIO GEOGRÁFICO COMO DELIMITADOR DE LAS COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS CCAA EN MATERIA DE AGUAS

Expuesta la problemática, y apuntada la reacción de las autonomías ante la introducción por la LA de 1985 y su desarrollo reglamentario del criterio de cuenca hidrográfica en el sistema de distribución de competencias en materia de aguas, es necesario concretar la doctrina constitucional elaborada al respecto, pues será el TC, en su condición de máximo intérprete de la CE, el que determine a través de sus construcciones dogmáticas la constitucionalidad o no de las medidas introducidas por la LA.

En este sentido, los recursos planteados por las Autonomías fueron resueltos por el TC en la ya referida STC 227/1988, de 26 de noviembre, y en la que, tras señalar la complejidad inherente a la delimitación competencial en materia de agua, el Alto Tribunal concluye que el criterio de cuenca hidrográfica, impugnado por las CCAA, no era inconstitucional por no contrariar en realidad ni el sentido del art.149. 1. 22 CE ni los concordantes de los EEAA. Para alcanzar esta conclusión, el TC analiza el concepto de “*aguas que discurren por más de una CCAA*” utilizado en nuestra CE desde un punto de vista técnico, lógico y de la experiencia, señalando que la conclusión a alcanzar no puede ser otra que entender la constitucionalidad de la unidad de gestión de las cuencas hidrográficas si se tiene presente que, desde la lógica de la gestión administrativa, no parece razonable compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada CCAA. Los usos y aprovechamientos que se realizan en el territorio de una de ellas condicionan las posibilidades de utilización de los caudales de los mismos cauces, principales y accesorios, cuando atraviesan el de otras Comunidades o surten a los cursos fluviales intercomunitarios. El criterio de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión permite una administración equilibrada de los recursos hidráulicos que la integran en atención al conjunto de intereses afectados que, cuando la cuenca se extiende al territorio de más de una CA, son manifiestamente supracomunitarios. Asimismo, desde un punto de vista técnico, es claro también que

las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea y, finalmente, la unidad de gestión de la cuenca hidrográfica está reconocida en los más diversos ámbitos de la experiencia internacional sobre la materia¹⁰⁷².

De este modo, la conclusión alcanzada por el TC fue reconocer ajustado a la CE el concepto de cuenca hidrográfica que exceda de la CA como criterio territorial para el ejercicio de las competencias del Estado en materia de aguas continentales. Cuando la CE utiliza la expresión “*aguas que discurren*”, no se refiere necesariamente a las corrientes o cursos aislados, ni menos aún obliga a compartimentar las competencias sobre los diferentes tramos de un mismo curso fluvial. Resulta lícito y razonable entender, como así lo hacía la LA de 1985 que para delimitar las competencias exclusivas del Estado la Norma constitucional permite referirse al conjunto integrado de las aguas de cada cuenca que, a través de corrientes principales y subalternas, traspasan los confines del territorio de una CA. Asimismo destacar que, junto a este criterio territorial, debe tenerse en cuenta que, además del alcance jurídico de las competencias que corresponden al Estado y a las CCAA, de acuerdo con el artículo 149.1.22ª CE y concordantes de los Estatutos, éstas pueden asumir también competencias sobre “*los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma*”, conforme al art. 148.1.10ª CE y a sus respectivos EA. Este criterio, el del interés comunitario, no es necesariamente coincidente con el criterio territorial de la cuenca hidrográfica y que debe ser concretado en cada caso¹⁰⁷³.

La doctrina constitucional acerca de la distribución de competencias en materia de aguas establecida en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, y por la que se declaró la constitucionalidad del principio de unidad de gestión de la cuenca hidrográfica como criterio de delimitación territorial utilizado por la LA de 1985, para precisar el alcance del art. 149.1.22ª CE, fue posteriormente reiterada en otras resoluciones. Entre otras, la STC 161/1996, de 27 de octubre, STC 118/1998, de 4 de junio, STC 30/2011, de 16 de marzo, y STC 32/2011, de 17 de marzo. Fue asimismo recogida en el vigente TRLA¹⁰⁷⁴, cuya posterior modificación, para adaptarlo a la DMA, añade el concepto

¹⁰⁷² STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 15.

¹⁰⁷³ STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 15 *in fine*.

¹⁰⁷⁴ Arts. 14, 15, 16 TRLA.

de demarcación hidrográfica¹⁰⁷⁵. Si bien conviene señalar que en la STC 161/1996, de 27 de octubre, aun reiterando la doctrina anterior, el TC parecía abrir una posibilidad a la intervención autonómica en la gestión de las cuencas intercomunitarias. En efecto, tras indicar que el modo más directo de las CCAA para incidir en los intereses afectados por la administración de las aguas en las cuencas intercomunitarias es mediante su participación en los órganos de gobierno de las correspondientes Confederaciones Hidrográficas, añadía que las actuaciones que puedan llevar a cabo directamente cada una de las Administraciones autonómicas sobre las aguas de las cuencas hidrográficas que discurren por varias CCAA no son más que complemento de las que desarrollan las Confederaciones Hidrográficas, participando en la dirección y gestión de la propia Confederación y sólo son factibles en la medida en que no interfiera la actuación de ésta ni la perturbe¹⁰⁷⁶.

Se puede afirmar que el Derecho de aguas constituye un supuesto en el que la definición de las fronteras administrativas no coincide con las políticas. En efecto, la gestión del agua se estructura en base a un criterio geográfico (la cuenca hidrográfica) que debe ser organizada como una unidad y que no coincide con las fronteras municipales, autonómicas o estatales. A su través, no sólo se respeta el sistema de distribución de competencias en materia de aguas sino además se cumple con el mandato constitucional que obliga al uso racional de los recursos naturales.

Sin embargo, el principio de unidad de cuenca, pese a su fundamental importancia, no aparece directamente recogido en la CE, sino que el rango de principio constitucional le ha llegado por mediación del TC a través de la resolución de diversos recursos interpuestos por las CCAA. El art. 149. 1. 22ª CE atribuye al Estado competencias sobre las aguas que discurren por más de una CA, lo que tanto el legislador de 1985 como posteriormente el TC en su STC 227/1998, de 22 de noviembre, vincularon con la indivisibilidad de las cuencas hidrográficas. Como ha sido expuesto, criterios lógicos, técnicos, de experiencia, y la constatación de que gestionar las cuencas de manera unitaria representa la solución que mejor se acomoda a la exigencia constitucional de gestionar de manera racional los recursos naturales *ex* art. 45. 2 CE, apuntalaron este principio. La directriz constitucional se centra en el terreno competencial y se materializa en la cláusula: “*aguas que discurren por más de*

¹⁰⁷⁵ Arts. 16 *bis* TRLA.

¹⁰⁷⁶ STC 161/1996, de 27 de octubre, FJ 5 y STC 77/1984, de 3 de julio, FJ 2.

una Comunidad Autónoma”. Esas aguas deben ser gestionadas por el Estado y, por tanto, sometidas a una unidad de dirección política y organizativa. La planificación en tales cuencas, por consiguiente, también es única. Ahora bien, la cláusula por sí sola presenta algún grado de indeterminación, por lo que el TC tuvo que completar el sentido de la expresión vinculándolo en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, de manera indisoluble al concepto de “cuenca”. Las pretensiones de algunas CCAA, en la línea de fraccionar la gestión de los cursos fluviales y aguas subterráneas por tramos coincidentes con las fronteras autonómicas, recibieron una dura respuesta del Tribunal, que no dudó en calificarlas como constitucionalmente ilegítimas, poniendo en relación el contenido del art. 149.1.22ª CE con el mandato también constitucional que reclama la utilización racional de los recursos naturales en el art. 45. 2 CE. La solución pasa por entender que el criterio de cuenca es el que más se ajusta a tales principios y por tanto el que mayor compatibilidad presenta con el Texto constitucional.

Este criterio determina, en primer término, la asignación de competencias gestoras a la entidad política correspondiente como es el Estado en el caso de cuencas intercomunitarias y las CCAA en las internas. A partir de ahí, conduce a la creación de un organismo único de administración, las Confederaciones Hidrográficas estatales u organismo autonómico equivalente. Finalmente, comporta también la unidad en la planificación hidrológica, definiendo ámbitos de planificación hidrológica que equivalen en la actualidad a las demarcaciones hidrográficas, remitiéndonos desde aquí a cuanto ha sido expuesto en el apartado destinado a los efectos de la transposición de la DMA a nuestro derecho interno.

Sin embargo, pese a que *a priori* la cuestión parece resuelta, en los últimos años se han apreciado iniciativas autonómicas que cuestionan de nuevo la prevalencia del principio de unidad de cuenca y gestión, evidenciando tendencias fragmentadoras en algunos de los nuevos EEAA y que han sido resueltas por la jurisprudencia reiterando esta posición de prevalencia de la unidad de gestión y de unidad de cuenca tal y como examinamos a continuación.

A pesar de que aparentemente la complejidad existente en materia de aguas y su delimitación competencial había quedado resuelta por la intervención del TC en las controversias planteadas entre el Estado y las CCAA, habiéndose alcanzado una conclusión terminante sobre la existencia de una reserva a favor del Estado de la

competencia exclusiva respecto a las aguas intercomunitarias a través del criterio de cuenca hidrográfica y del modelo de unidad de gestión de la cuenca mediante las confederaciones hidrográficas, previendo asimismo una mínima integración autonómica, estas entidades gestoras no sirvieron para alcanzar el deseado punto de encuentro entre el Estado y las CCAA, habiéndose suscitado recientemente nuevos conflictos competenciales que requieren un análisis pormenorizado.

De este modo, las reformas estatutarias iniciadas en 2006 vinieron a incluir importantes novedades, planteando un nuevo enfoque en materia de aguas por el que las CCAA intentaban penetrar en el ámbito de las aguas intercomunitarias (aquellas que comprenden aguas que se extienden por el territorio de dos o más CCAA) mediante distintas técnicas como la participación a través de informes preceptivos o la asunción de competencias propias sin perjuicio de las reservadas constitucionalmente al Estado. Estas nuevas previsiones estatutarias no quedaban exentas de complejidad, pudiendo centrar las críticas en el hecho de que las medidas apuntadas suponían una alteración del criterio constitucional de reparto de competencias en materia de aguas, condicionando la posición del Estado sobre el destino y disponibilidad del agua, con el riesgo de fragmentación y desintegración de modelo de gestión por cuenca. Si bien, las cuestiones planteadas sobre la inconstitucionalidad de las medidas pretendidas no se originaron en el seno del Estado central sino que fueron planteadas por otras CCAA que impugnaron las reformas introducidas ante el TC, sirviendo como ejemplo el hecho de que el Estatuto de la Comunidad Valenciana fue impugnado ante el TC por el Gobierno de Aragón, el Estatuto de Autonomía de Cataluña por La Rioja, la Comunidad Valenciana y Murcia, y los Estatutos de Autonomía de Andalucía y Aragón por el Gobierno de Extremadura.

Ahora bien, la respuesta dada por el TC a las cuestiones planteadas requiere de un atento análisis pudiendo comprobarse que algunas de las consideraciones efectuadas por el Alto tribunal han resultado dispares. La STC 247/2007, de 12 de diciembre, desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la CA de Aragón frente al artículo 17.1 de la L.O. 1/2006, de 10 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad y reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la CE y

la legislación estatal. Más tarde, la STC 31/2010, de 28 de junio, desestimó el recurso interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular frente a los cinco apartados del art. 117 EA de Cataluña sobre “Aguas y obras hidráulicas” que otorgaba una participación a la CA en la gestión de las cuencas intercomunitarias¹⁰⁷⁷; criterio que es reiterado en posteriores sentencias constitucionales que rechazan otros recursos de inconstitucionalidad frente al mismo precepto estatutario con remisión a la doctrina fijada en la citada sentencia. La STC 48/2010, de 9 de septiembre desestimó el recurso interpuesto por la Generalitat de la Comunitat Valenciana frente al art. 117.4 EAC¹⁰⁷⁸; la STC 137/2010, de 16 de diciembre, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo frente a determinados preceptos del nuevo EAC, desestimando la impugnación efectuada del art. 117.1; y, finalmente, la STC 138/2010, de 16 de diciembre, rechaza el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de La Rioja, frente a diversos apartados del art. 117 del EAC.

Por tanto, a la vista de la abundante actividad sobre la materia, es por lo que puede afirmarse la tendencia rupturista de las CCAA frente a criterios que se entendían resueltos en el ámbito de la distribución constitucional de competencias en materia de aguas, y que han dado lugar a una evolución de los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia que presentan como telón de fondo el derecho comunitario y la nueva concepción del agua como recurso natural.

II. LA NECESARIA REINTERPRETACIÓN DE LA ARTICULACIÓN DE COMPETENCIAS EN RELACIÓN CON EL NUEVO CONCEPTO DE AGUA COMO RECURSO NATURAL A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO: EL NUEVO CONCEPTO DE AGUA COMO RECURSO NATURAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL MEDIO AMBIENTE

El art. 45 CE, encuadrado entre los principios rectores de la política social y económica, recoge expresamente un mandato dirigido a los poderes públicos imponiéndoles el deber de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales a fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente. Este deber constitucional, y su debido cumplimiento, ha de ser puesto

¹⁰⁷⁷ STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 65.

¹⁰⁷⁸ STC 48/2010, de 9 de septiembre, FJ 2.

en relación directa con el sistema de distribución de competencias imperante en nuestro modelo de Estado actual, pues corresponde conjuntamente al Estado central y a las CCAA llevarlo a efecto, siendo esencial concretar las específicas funciones que corresponden a cada uno de estos poderes. Así, aun cuando la utilización racional de los recursos naturales y la defensa y restauración del medio ambiente, parecen quedar comprendidas en un sector material específico como es el ambiental, su correcta comprensión no se limita al reparto de funciones en esta materia. Por el contrario, debe ser examinado de forma conjunta con las concretas posiciones que se adoptan en otros sectores que, si bien son objeto de un tratamiento específico y diferenciado por la propia identidad de la materia que regulan, forman parte del supra-concepto de medio ambiente, tal y como ocurre con los recursos naturales. Sirva de ejemplo cuanto acontece en materia de agua, que si bien se identifica y regula como sector material independiente, hoy es concebida sin duda alguna como un recurso natural, quedando por tanto integrada dentro de un concepto más elaborado de medio ambiente que debe ser objeto de protección por los poderes públicos.

Así, la progresiva toma de conciencia ambiental de los últimos años ha venido marcando no sólo la modificación de las normativas reguladoras del agua, sino la propia evolución de su concepto, que se ha visto gradualmente transformado según los intereses sociales. Mientras que el enfoque tradicional situaba la preocupación principal sobre el agua en la necesidad de asegurar su disponibilidad, a fin de obtener cantidad suficiente para cubrir de las necesidades existentes en el sector industrial, ahora, conocido el daño ambiental existente, fruto de la progresiva contaminación del recurso, la calidad de las aguas y su preservación, que antaño carecieron de importancia, pasan a ocupar un primer plano. El concepto tradicional del agua, según el cual ésta no era sino un recurso eminentemente económico, potenciador del desarrollo industrial, ha quedado superado, pasando a ser reconocida como un recurso natural fundamental para la vida, que debe quedar protegido tanto cuantitativa como cualitativamente. Esta doble perspectiva de protección, cuantitativa y cualitativa, nacida del “despertar ambiental”, y de la toma de conciencia de que ambas cuestiones quedan inexorablemente unidas, tiene presente que cuanto mayor es la pérdida de calidad, menor es la cantidad de agua que puede utilizarse. Esta simple pero cierta constatación constituye la primera manifestación de la evolución en el tratamiento ambiental del agua. Se alcanza de este modo una nueva reformulación del concepto

que sitúa la protección de su calidad como un valor autónomo diferenciado de la tradicional protección de su cantidad. Ello ha tenido su reflejo en las nuevas políticas que han afectado directamente a la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA.

De acuerdo con lo señalado, este capítulo del presente trabajo se centra en el estudio del reparto de competencias desde una estructura múltiple en la que el Estado y las CCAA así como las entidades locales se manifiestan como ejes imprescindibles de un reparto competencial dinámico que afecta tanto al agua, en sus competencias específicas según la CE y los EEAA, como su relación con otras competencias relativas a los recursos naturales y al medio ambiente con las que guardan una relación actualmente inescindible, tal y como señalaba MARTIN RETORTILLO¹⁰⁷⁹. Todo ello desde la nueva perspectiva que ha venido apuntándose desde el inicio de este trabajo y que permite definir el agua como un elemento de la naturaleza, integrante de los ecosistemas naturales, fundamental para el sostenimiento y reproducción de la vida en el planeta ya que constituye un factor indispensable para el desarrollo de los procesos biológicos que la hacen posible.¹⁰⁸⁰ Asimismo, el agua contribuye a la estabilidad del funcionamiento del entorno y de los seres organismos que él habitan siendo por tanto un elemento indispensable para la subsistencia de la vida animal y vegetal del planeta. Es decir, tal y como señala RODRIGUEZ, “el agua es un bien de primera necesidad para los seres vivos y un elemento natural imprescindible en la configuración de los sistemas medioambientales”¹⁰⁸¹.

De este modo, vista la evolución del concepto de agua tras la introducción de la variable ambiental de conformidad con el derecho comunitario y su indudable repercusión en la distribución de competencias en diversos sectores materiales, resulta esencial poder conocer a la luz de esta nueva dimensión del agua qué criterios se siguen por nuestro TC en la solución de conflictos competenciales tanto referidos al

¹⁰⁷⁹ MARTIN RETORTILLO, S. “Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas” en Centro de estudios constitucionales, *RAP* núm. 128, Madrid, 1992 pp. 26 - 27.

¹⁰⁸⁰ MONGE GARCÍA-MORENO, C., “La naturaleza del agua como recurso. Perspectiva social, económica e institucional de la gestión integral”, *Congreso ibérico sobre gestión y planificación del agua*. Tortosa, Diciembre de 2004. Versión electrónica disponible en [http:// www. congreso.es.us/ciberico/archivos_acrobat/zaracomun5segura.pdf](http://www.congreso.es.us/ciberico/archivos_acrobat/zaracomun5segura.pdf) (última consulta enero 2014).

¹⁰⁸¹ RODRÍGUEZ G., *Agua y metrópoli: Logrando la sostenibilidad*, PUEC, UNAM, México 2003, p. 1.

estricto ámbito del agua como a aquellos que puedan surgir como consecuencia de la concurrencia de títulos competenciales relativos al agua.

III. LA EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMPETENCIALES EN MATERIA DE AGUAS EN DERECHO ESPAÑOL

Tal y como apuntábamos, pese a que la complejidad inherente al sistema de distribución constitucional de competencias en materia de aguas había quedado teóricamente resuelta por el TC mediante el reconocimiento expreso de una reserva a favor del Estado de la competencia exclusiva respecto a las aguas intercomunitarias, a través del criterio de cuenca hidrográfica y del modelo de unidad de gestión de la cuenca mediante las Confederaciones Hidrográficas dando cabida a cierta integración de las autonomías, la últimas reformas estatutarias han evidenciado nuevos conflictos competenciales¹⁰⁸². Se ha obligado al TC a reinterpretar estas cuestiones permitiendo comprobar en sus pronunciamientos los primeros indicios de la consideración del agua como recurso natural y la verdadera integración en nuestro sistema de los principios fundamentales que informan la DMA.

1. Sobre el derecho a disfrutar de una cantidad de agua de calidad suficiente y segura para cubrir las necesidades de consumo humano, desarrollo económico y social (STC 247/2007):

El EACV, aprobado por la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, fue modificado mediante la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, ratificada constitucionalmente por las SSTC 247/2007, de 12 de diciembre, y 248/2007, de 13 de diciembre, por las que se resuelven los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por las CCAA de Castilla la Mancha y Aragón, frente al art. 20 de la referida ley de 2006, art. 17 del E.A., concluyendo el TC de un lado que el referido art. 20 de la L.O. 1/2006 no infringe los límites constitucionales lícitos de un E.A. a la luz del art. 147 CE y de

¹⁰⁸² En este sentido, *vid.* DE MARCO FERNANDEZ, A. I., “implicaciones constitucionales del principio de unidad de cuenca”, en MENÉNDEZ REXACH, A., *Planificación y gestión ...*, cit., pp. 140-165.

otro, que el enunciado de derecho o principios de actuación que contiene el EACV no son contrarios a los arts. 138.2, 139.1 y 149.1.1 de la CE¹⁰⁸³.

De este modo, el nuevo EACV recoge en su art. 17 el derecho de los valencianos a disfrutar de una cantidad de agua de calidad suficiente y segura para cubrir sus necesidades de consumo humano, desarrollo económico y social de acuerdo con la Ley. Junto con esta previsión, reproducida por otros EA, se recoge el derecho a la distribución de sobrantes de agua de cuencas excedentarias conforme a la legislación estatal y a criterios de sostenibilidad lo que deja abierta la puerta a los trasvases siempre que se cumplan tres requisitos: existencia de sobrantes, carácter excedentario de las cuencas de origen y superación de un juicio de sostenibilidad.

Frente a la modificación del EACV, ambas partes recurrentes, las cuales a fin de una mayor brevedad no serán distinguidas pues el TC resuelve en un sentido prácticamente idéntico cada uno de los recursos planteados, sostenían básicamente que el referido art. 20 incurría en diversos motivos de inconstitucionalidad, vulnerando de un lado el art. 147 CE, y en consecuencia, el principio de jerarquía normativa, toda vez que el derecho al agua que se regula excede del contenido propio de un EA y de otro los arts. 138.2, 139.1 y 149.1.1 CE al entender que el régimen jurídico de los derechos y libertades de los españoles, en el conjunto del territorio nacional, debe ser común, de forma que el mencionado derecho, al no tener relación con los derechos que la CE consagra, suponía una quiebra de los principios de igualdad y unidad. Asimismo se apuntaba que el art. 17 EACV conculcaba las competencias estatales en materia de aguas *ex* art. 149.1.22 CE y la garantía institucional del DPH prevista en el art. 132 CE con quiebra de los principios de equilibrio territorial (art.131.1 y 158.1 CE) y de solidaridad (art.138.1CE).

Las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, fueron resueltas por el TC en las referidas STC 247/2007, de 12 de diciembre, y STC 248/2007, de 13 de diciembre, pudiendo distinguirse dos fases; una primera parte compuesta de 15 fundamentos jurídico en los que se recogen diversas consideraciones generales a través de las que TC concreta la posición y funciones de los EA, y una segunda fase donde se razona y motiva la constitucionalidad de la modificación en el EACV.

¹⁰⁸³ STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 19.

En la fase de consideraciones generales el TC, tras reconocer la importancia de los EA en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, concreta la naturaleza, límites y funciones de estos. El alto tribunal comienza su análisis reiterando la doctrina sobre los principios estructurales del modelo de estado, unidad autonomía y solidaridad, el principio de igualdad como principio general en la organización territorial del estado, y la importancia del principio de lealtad constitucional¹⁰⁸⁴. Respecto de los EA, el TC deja referidas las principales características de estos, señalando la necesaria confluencia de voluntades en su elaboración aprobación y reforma, su condición de norma institucional básica de la CCAA sometida a la CE, así como su necesaria rigidez como garantía del derecho a la autonomía¹⁰⁸⁵. Sobre la relación existente entre las competencias asumidas por las CCAA y las exclusivas del Estado, el TC destaca la vigencia del principio dispositivo¹⁰⁸⁶. Reconoce la función interpretativa que de la CE pueden llevar a cabo el legislador estatal y autonómico manifestando que la misma será legítima cuando sus normas se dirijan a su ámbito competencial siempre que no se pretenda imponer a todos los poderes públicos una determinada opción interpretativa¹⁰⁸⁷. El TC señala el contenido legítimo del EA el cual no se limita, merced del principio dispositivo, a la literalidad del art. 147.2 y 3 CE, resaltando la existencia de tablas de derechos estatutarios y la posibilidad de que existan diferencias entre CCAA sin que esto conculque el art. 149.1 CE, diferenciando así entre la igualdad y la uniformidad¹⁰⁸⁸. Especialmente importante es la consideración que nuestro Constitucional efectúa sobre la posibilidad de que el legislador autonómico regule determinados principios que atribuyan derechos subjetivos a los ciudadanos, verdaderos derechos públicos subjetivos con eficacia jurídica directa¹⁰⁸⁹. Y por último, el TC concreta que si bien los derechos constitucionales no pueden ser objeto de regulación por los EA, el legislador estatutario si puede reproducir estos derechos constitucionales siempre y cuando no vaya más allá de la mera reproducción, siendo esta legítima cuando guarde relación

¹⁰⁸⁴ STC 247/2007 de 12 de diciembre, FJ 4.

¹⁰⁸⁵ STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 5 y 6.

¹⁰⁸⁶ STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 7 y 9.

¹⁰⁸⁷ STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 8.

¹⁰⁸⁸ STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 10, 11 y 13.

¹⁰⁸⁹ STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 14 y 15.

con las competencias asumidas por la CCAA incurriendo en inconstitucionalidad en caso contrario.

Vistas las consideraciones generales, y trasladando las mismas al estudio del art. 20 de la L.O. 1/ 2006, el TC aborda el análisis del artículo recurrido como una declaración de derechos sobre el agua que se descompone en dos elementos: la garantía del suministro y la redistribución de sobrantes a otras cuencas, entendiendo que esta declaración conecta con una problemática de alcance general como es la legitimidad estatutaria para reconocer derechos a los ciudadanos de una CCAA que influyan, amplíen o matice derechos reconocidos por la CE a todos los españoles.

Desde un punto de vista formal el TC ha entendido que las directrices reconocidas en el art. 20, constituyen en realidad declaraciones complementarias a las atribuciones específicas que hace la CE a los Estatutos en el art. 147.2. CE no pudiendo entenderse vulnerado dicho artículo presente que los Estatutos pueden regular aspectos complementarios en la dimensión organizativa y material, máxime si como en el caso la previsión normativa, incide en un aspecto que guarda relación con las condiciones de vida de los valencianos y las competencias de la CCAA en materia hidráulica¹⁰⁹⁰ Asimismo, el TC considera que el art. 20 no se opone a los arts. 138.2, 139.1 y 149 ya que guarda relación con competencias legítimas no pudiendo entenderse que lesionen los principios rectores del modelo de estado.

De este modo, el TC considera que el referido artículo no contraviene el art. 139.1 CE al no crear un derecho subjetivo, sino que su contenido surge en el marco de la Carta de Derechos Sociales de la Comunidad Valenciana. El derecho al abastecimiento de agua del art. 17.1 del EACV, declara el TC, constituye un objetivo marcado a los poderes públicos valencianos, lo que sitúa al precepto estatutario recurrido en el ámbito del Estado social y democrático de Derecho previsto en la CE, razonamiento que en idénticos términos se recoge en la sentencia relativa al recurso castellano-manchego, mismo motivo por el que el Tribunal interpreta que el art. 20 de la L.O. no quebranta el art. 149.1.1 CE porque al no ser un derecho constitucional no se le aplica el citado precepto constitucional conforme a la doctrina que el propio TC asienta en jurisprudencia anterior¹⁰⁹¹. El TC concreta así que los E.A son instrumentos

¹⁰⁹⁰STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 19.

¹⁰⁹¹ STC 61/2007, de 26 de marzo, FJ 7.

idóneos para incluir declaraciones de derechos pero que estos no son derechos subjetivos en sentido propio, sino mandatos dirigidos al poder autonómico que solo se materializan en la legislación de desarrollo y en el marco de las competencias de la CCAA¹⁰⁹².

En relación al art. 138.2 el TC afirma que el art. 20 de la L.O. 1/ 2006 no genera un privilegio económico o social para la comunidad valenciana no lo infringiendo el mandato constitucional. Parte el TC de que este artículo se hace eco del principio de solidaridad al referir la modulación del derecho que reconoce a los criterios de sostenibilidad del recurso hidráulico, cuestión igualmente reconocida en la Sentencia del recurso castellano manchego¹⁰⁹³.

Respecto al art. 132.2 el TC considera que el art. 20 de la L.O. 1/ 2006, no individualiza un derecho al uso del agua de calidad en cantidad suficiente, ni la transferencia de caudales desde las cuencas excedentarias, ni afecta a la definición del agua como bien de DPH. Reconoce el Alto Tribunal que en el art. 132 CE existe una reserva de ley a favor del Estado para la identificación de los bienes que han de formar parte del DPH adscrito a la titularidad estatal, señalando que los criterios del legislador estatal, recogidos en la STC 227/1998¹⁰⁹⁴ lo son sin perjuicio de las competencias atribuidas a las CCAA sobre la gestión y aprovechamiento de los recursos hidráulicos en virtud de la CE y sus respectivos EA, competencias a las que, por los motivos señalados, no es inherente la potestad de afectación y titularidad del bien sobre el que recae, de modo que, la demanialidad de las aguas continentales no impide a la Comunidad Valenciana el ejercicio sobre las mismas competencias que estatutariamente tenga reconocidas.

Por último, en relación a las competencias exclusivas del Estado, *ex* art. 149.1.22 CE, el TC considera que el disfrutar de agua de calidad y cantidad suficiente y acceder a la distribución de los caudales que provengan de cuencas excedentarias con arreglo al principio de sostenibilidad, no afecta a la exclusividad reconocida al Estado sobre legislación, ordenación, y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una CCAA, puesto que los

¹⁰⁹² LOPEZ BOFILL, H. “Estatutos y competencias después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/ 2010, de 28 de junio”, *RVPA*, núm. 90, 2011, p. 139.

¹⁰⁹³ STC 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 20.c.

¹⁰⁹⁴ STC 227/1998, de 26 de noviembre, FJ 14.

derechos enunciados no son obligaciones que puedan imponerse al Estado, quedando expresamente condicionados por lo que en este sentido disponga la legislación estatal. De esta manera, si la legislación estatal no lo dispone no se concretará este derecho que sí se hará realidad sólo en los términos en los que el Estado decida disponer medidas sobre ambas cuestiones. Tras esta específica previsión estatal, el legislador autonómico podrá concretar el derecho al agua controvertido, ejerciendo las competencias de redistribución que en su caso le correspondan en los términos establecidos por el Estado. Por tanto el precepto impugnado, art. 20, no supone imposición alguna al poder estatal, ni podría serlo nunca, pues las relaciones del Estado, titular de la soberanía, con las CCAA se sustenta en la fijación de esferas de competencias indisponibles e irrenunciables.¹⁰⁹⁵ En la STC 247/07, de 12 de diciembre, sobre el EACV el TC sienta una doctrina sobre la legitimidad estatutaria para influir en la delimitación de los contenidos competenciales previstos en la CE pero ello no significa que dichos contenidos puedan ser eludidos en sus aspectos esenciales. Como dice el TC, el ejercicio de la competencia estatal debe resultar reconocible. Las competencias estatales son irrenunciables e indisponibles debiendo ejercitarse en su integridad por parte del Estado.

Por tanto, en relación con la cuestión aquí examinada, las competencias en materia de agua, debe destacarse que la legislación autonómica que pretenda desarrollar los derechos estatutarios que se enuncian sobre el agua tendrán un doble límite, de un lado, tendrán que ser conformes con la atribución competencial fijada por el Estatuto y de otro, deberá ser compatible con el marco competencial fijado en los arts. 148 y 149 CE. Conclusión que aplicada sobre el EACV nos conduce a afirmar que el acceso al suministro de agua en cantidad suficiente no plantea excesivos problemas puesto que conecta con competencias materiales que la CE reconoce a favor de las CCAA. Estas administraciones, junto con las locales, deben contribuir a garantizar el abastecimiento o saneamiento dependientes de las infraestructuras de interés autonómico y local. Cuestión distinta es el supuesto derecho a la redistribución de sobrantes procedentes de demarcaciones ajenas e intercomunitarias. El TC considera que este punto que el legislador estatutario no excedió sus límites en tanto en cuanto ni esta comunidad ni ninguna otra pueden imponer trasvase alguno, como tampoco ninguna CCAA puede oponerse a ello. Estamos ante una competencia

¹⁰⁹⁵ STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 22.

inequívocamente estatal, irrenunciable e indisponible, que debe ejercerse en el marco de la Ley del Plan Hidrológico Nacional. Como mantienen MELGAREJO MORENO y MOLINA GIMENEZ¹⁰⁹⁶ enunciar un derecho de transferencia no puede imponer por sí mismo una obligación al legislador estatal, en su caso, resultaría una obligación hipotética, lo que además se desprende del propio texto estatutario que subordina esta cuestión a lo que disponga el legislador estatal.

Por tanto, cabe preguntarse qué sentido y alcance tiene una cláusula cuya eficacia depende de la decisión exclusiva del Estado, destacando MELGAREJO MORENO Y MOLINA GIMENEZ que la misma carece de todo sentido, pues lo único que se pone de manifiesto es el apoyo a una determinada opción política hidráulica por parte de los poderes autonómicos valencianos. Una opción que carece de virtualidad alguna sin el concurso del Estado. Como señala MELLADO RUIZ, ningún derecho o posición jurídica puede conceder aquel que no tiene legitimidad para ello y en este concreto aspecto, el legislador valenciano no la tiene por carecer de competencia¹⁰⁹⁷.

2. Sobre las competencias de las CCAA en las cuencas hidrográficas intracomunitarias e intercomunitarias, en las obras hidráulicas de interés general. De su participación en la planificación hidrológica (STC 31/ 2010)

Mediante la STC 31/2010, de 28 de junio, el TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad nº 8045-2006 interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso frente a diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Aun cuando desde diversos foros se ha mantenido que esta sentencia es una resolución hueca y vacía de contenido, el sentir mayoritario viene a destacar la función

¹⁰⁹⁶ MELGAREJO MORENO, J. / MOLINA GIMENEZ A., “La gestión territorial de los recursos hídricos españoles: Tensiones en las fronteras físicas y administrativas” *RADA*, núm. 21/ 2012, p. 39.

¹⁰⁹⁷ En este sentido, MELLADO RUIZ, L. habla directamente de inconstitucionalidad de esta previsión. Sostiene que la Comunidad viene a reconocer a los ciudadanos un derecho de imposible cumplimiento por sus poderes públicos por falta de competencia, lo que no puede salvarse con la alusión al principio de sostenibilidad y al marco normativo estatal que le de cobertura. “Un estatuto de autonomía no puede reconocer simplemente un derecho en abstracto sobre una materia competencial ajena”. MELLADO RUIZ, L. *Agua y ordenación del territorio en el contexto de la reforma estatutaria*, Comares, Granada 2010, p. 238.

interpretadora y neutral de la misma. Aparentemente hay una intención del TC por preservar el mayor contenido posible del EAC, aunque la interpretación dada a determinados preceptos deja entrever, tal y como mantienen DE LA QUADRA SALCEDO¹⁰⁹⁸ y MELLADO RUIZ¹⁰⁹⁹, “una decidida intención de detener, frenar, o amortiguar el proceso de desintegración del modelo de distribución territorial del poder político configurado por la Constitución”. El TC no se aparta en sus consideraciones de las construcciones jurisprudenciales tradicionales, enjuiciando el EAC conforme a las pautas interpretativas que ya han sido expuestas, pudiendo comprobarse la línea de continuidad, en lo que al interés de este estudio se refiere, en cuestiones tales como los criterios seguidos en la interpretación de las relaciones de colaboración entre el Estado y las CCAA, en la posición que adopta frente a los derechos y principios rectores de los Estatutos, donde sigue la línea marcada en la STC 247/2007 aunque depura ciertos aspectos de la argumentación al considerar que se trata de un contenido posible de los estatutos aunque no necesario, destacando su subordinación a los derechos constitucionales y a los derechos humanos contenidos en acuerdos firmados por España. Si bien, a diferencia de lo que ocurría en la ya referida STC 247/2007, en la STC 31/ 2010 el TC no efectúa apenas referencias a cuestiones del bloque de la constitucionalidad como la función del estatuto en relación con la CE y las leyes autonómicas, o las omisiones al procedimiento paccionado de reforma. Es decir, el TC apenas destaca el carácter complementario del Estatuto hecho que algunos autores ven como una revalorización de la CE frente al Estatuto acercándose más en sus consideraciones a la STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre la distinción del poder constituyente y los poderes constituidos, o la libertad del legislador estatal en la determinación del alcance de las funciones de las competencias¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁸ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T., “El Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución. El mantenimiento del modelo competencial en la STC 31/ 2010, sobre el Estatuto de Cataluña”, *REDC*, núm. 90, 2010, pp. 287-334.

¹⁰⁹⁹ MELLADO RUIZ, L. “El sistema competencial sobre las aguas continentales tras la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el nuevo Estatuto Catalán”, *RAAP*, núm. 38, 2011, págs. 365-411. Disponible en Internet: <https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/Documentos/docs2/Instituto%20Aragonés%20Adm%20Pública/Revista%20Aragonesa%20Adm%20Pública/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/Numero38/09.pdf>

¹¹⁰⁰ En este sentido, MELLADO RUIZ, L., “El sistema competencial...” cit., pp. 370-371.

De este modo, el TC, al descartar un cambio en la orientación del desarrollo del estado autonómico, atempera las posiciones de quienes, desde distintos puntos de nuestro panorama político y social, anunciaban una segunda etapa del Estado autonómico. La Sentencia ha brindado al TC la oportunidad de despejar las dudas que existían sobre los límites del autogobierno y el contenido del Estatuto, perfilando los márgenes constitucionales de los EEAA, descartando una modificación del modelo de estado desde los Estatutos. El salto hacia otro modelo de estado federal, confederal o centralizado, requiere de otros instrumentos jurídicos.

Efectuadas las consideraciones anteriores, y dada la extensión de la Sentencia, y la diversidad de materias tratadas, se hace necesario atender, única y exclusivamente, aquellos aspectos que afectan directamente al objeto de este estudio, por lo que, pese a la relevancia de la interpretación efectuada por el TC sobre cuestiones como los aspectos simbólicos nacionales, la lengua catalana, las instituciones que cumplen la función de garantía de los derechos, las vaguerías en la organización territorial de Cataluña, o incluso, la interpretación del título tercero dedicado al poder judicial, nos centramos en el análisis de dos fases diferenciadas de la resolución, una primera destinada a las consideraciones generales sobre el modelo de estado a partir del análisis del Estatuto como norma y su relación con el resto del ordenamiento jurídico constitucional, y una segunda, donde el TC analiza la constitucionalidad de la modificación operada sobre el EAC desde el punto de vista distribución de competencias en materia de agua a través del análisis del art. 117 del EAC.

Así, y por lo que se refiere a la fase de las consideraciones generales, el TC en la STC 31/2010 analiza de nuevo la naturaleza, límites y funciones de los EA. En relación a la atribución de derechos subjetivos a los ciudadanos a través del Estatuto, el TC reitera que los derechos estatutarios no son derechos fundamentales o constitucionales, y que solo vinculan al legislador autonómico. La naturaleza del EA no le permite actuar como una L.O. de desarrollo de derechos fundamentales, ni tampoco regular su ejercicio, lo que solo corresponde al legislador ordinario, subrayando además que los derechos que se recojan deben actuar en el marco de las competencias de las CCAA sin que de ellos se puedan derivar competencias distintas a las atribuidas en el título pertinente¹¹⁰¹. Otra de las cuestiones que debe ser destacada por su fundamental importancia es la interpretación que el TC realiza sobre el Título

¹¹⁰¹ STC 31/2010, de 28 de junio, FFJJ 16-18.

IV del EAC, destinado a las competencias de la Generalitat, pudiendo apreciarse como el Alto Tribunal neutraliza las intenciones del Estatuto, dirigidas al blindaje competencial frente a intromisiones estatales en las competencias propias, mediante la creación de un sistema basado en tres puntos fundamentales: i) la definición del alcance de las funciones normativas y ejecutivas que corresponden a Cataluña y al Estado en cada competencia; ii) la especificación de las materias y submaterias que “en todo caso” corresponderían a la Generalitat y; iii) la previsión de fórmulas de colaboración de la Generalitat con el Estado en asuntos propios de este en que resulten implicadas competencias e intereses de la CCAA, es especialmente relevante que el TC, pese a que no se haya pronunciado sobre cada supuesto concreto en el Fallo, si haya reconocido de un modo general y aplicable a cada caso, la entera libertad del legislador estatal para determinar el alcance de la participación de la Generalitat¹¹⁰². Por último, y en relación a la naturaleza jurídica, contenido y la función constitucional del estatuto en nuestro ordenamiento jurídico como norma institucional básica de la CCAA, el TC efectúa una exégesis pudiendo diferenciarse tres cuestiones capitales: la relación del Estatuto con la CE, su relación con otras leyes del ordenamiento jurídico, y finalmente la relación del propio TC y el Estatuto.

Respecto a la primera, la relación del Estatuto con la CE, el TC señala la naturaleza del éste como L.O. especial subordinada a la CE¹¹⁰³. Sobre la relación del EA con otras leyes nuestro Constitucional destaca el respeto que el Estatuto debe guardar hacia aquellos ámbitos materiales que han sido reservados a otras Leyes Orgánicas (como las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, *ex art.81*)¹¹⁰⁴. El TC aclara que el Estatuto no puede entrar a regular lo que estas leyes tienen reservado y cuando lo hace el TC declara inconstitucional el precepto tal y como ocurre en el “consejo de justicia” o bien lo interpreta dando el sentido de un criterio general que debe ser completado por la ley correspondiente. Finalmente, el TC deja clara su posición como máximo intérprete de la CE destacando que no existe ningún “poder constituyente prorrogado” refiriéndose a los EA, reservándose arbitrar en la

¹¹⁰² En este punto, el TC se remite a la doctrina que sobre este particular que se contiene en los FFJJ 111 y 115, y en concreto respecto al agua en el FJ 65 en relación al art.117.5. del EAC.

¹¹⁰³STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 3.

concreción de la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA con base únicamente en la CE¹¹⁰⁵.

Visto lo anterior, y trasladando las consideraciones examinadas al análisis del impugnado art. 117 de la L.O. 6/2006, de 19 de julio, la constitucionalidad del mismo se razona según cada uno de los apartados que se impugnan y que dan título al presente apartado, motivo por el cual seguimos a continuación el mismo esquema que el TC.

2.1. De las competencias exclusivas de las CCAA en las cuencas hidrográficas intracomunitarias

De conformidad con lo dispuesto en el art. 117.1 EAC, corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de agua que pertenezcan a cuencas hidrográficas intracomunitarias, incluyendo dichas competencias “en todo caso” aspectos que van desde la ordenación administrativa, la planificación y la gestión del agua, a las medidas extraordinarias en caso de necesidad para garantizar el suministro, pasando por la organización de la administración hidráulica de Cataluña¹¹⁰⁶. Frente a la literalidad de este apartado, la parte recurrente planteó que la atribución competencial en términos de exclusividad y con la extensión material que se recoge en el referido precepto era incompatible con el orden constitucional de distribución de competencias vigente, toda vez que la CE reserva al Estado competencias que inciden en esa materia al margen del carácter intracomunitario de las cuencas, apoyando sus fundamentos en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, sobre planificación de recursos hidráulicos de planes hidrológicos, concluyendo que no puede tener lugar la desapoderación del Estado para que la CA intervenga por vía de la coordinación, todo ello al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.13 CE. La cuestión planteada quedó

¹¹⁰⁵ STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 57.

¹¹⁰⁶ Art. 117.1 EAC: “Corresponde a la Generalitat, en materia de aguas que pertenezcan a cuencas hidrográficas intracomunitarias, la competencia exclusiva, que incluye en todo caso: La ordenación administrativa, la planificación y la gestión del agua superficial y subterránea, de los usos y de los aprovechamientos hidráulicos, así como de las obras hidráulicas que no estén calificadas de interés general. La planificación y la adopción de medidas e instrumentos específicos de gestión y protección de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos y terrestres vinculados al agua. Las medidas extraordinarias en caso de necesidad para garantizar el suministro de agua. La organización de la administración hidráulica de Cataluña, incluida la participación de los usuarios. La regulación y la ejecución de las actuaciones relacionadas con la concentración parcelaria y las obras de riego”.

resuelta por el TC manifestando que la atribución por el EA de competencias exclusivas sobre una materia no puede afectar a las competencias reservadas al Estado que se proyectarán, cuando corresponda, sobre las competencias autonómicas, siendo innecesario que el Estatuto deba introducir cláusulas de salvaguarda de la competencias estatales.¹¹⁰⁷

De esta manera, el TC concluye que las competencias sobre cuencas hidrográficas intracomunitarias de las CCAA debe en todo caso conectarse con el legítimo ejercicio por parte del Estado de los títulos competenciales que pueden concurrir o proyectarse sobre esta materia, en especial, con la competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica art. 149.1.13 CE, el cual se identifica por el TC como el límite de la competencia planificadora autonómica, sin que sea necesario que los EA reflejen cláusulas de protección de las competencias estatales, declarando la plena constitucionalidad del apartado 1 del art. 117 del EAC¹¹⁰⁸.

En el mismo sentido, señalándolo por entender que resuelve una cuestión específica concerniente a nuestra CCAA, debemos señalar el expreso pronunciamiento que sobre este mismo punto efectuó el TC en la STC 49/2010, de 29 de septiembre, por la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la CA de la Región de Murcia, frente a los apartados 1 c), 2, 3 a) y c), 4 y 5 del art. 117 del EAC, por vulneración de las competencias que la CE atribuye al Estado en materia de aguas y obras hidráulicas. En concreto, por lo que se refiere a la impugnación del 117.1 c) que atribuye a la Generalitat competencia exclusiva en materia de aguas que pertenezcan a cuencas hidrográficas intracomunitarias para adoptar medidas extraordinarias en caso de necesidad para garantizar el suministro de agua, la CA de Murcia cuestionó la atribución como exclusiva de la citada competencia autonómica por considerar que, aunque se trate de cuencas intracomunitarias, esa calificación pugna con las competencias reservadas constitucionalmente al Estado en el art. 149.1.22ª de la CE, desconociendo por tanto la autonomía local que garantizan los art. 137 y 140 CE al ignorar las competencias de las entidades locales para adoptar medidas adicionales con igual fin.

¹¹⁰⁷ STC 31/ 2010, de 28 de junio, FFJJ 59 y 64,65.

¹¹⁰⁸ STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 20 a).

El Tribunal desestimó la impugnación de la denunciada vulneración de las competencias exclusivas del Estado dando por los mismos motivos ya examinados, y respecto a la vulneración de la autonomía local advierte que se trata de una prevención meramente negativa y, por tanto, injustificada, pues nada permite concluir que el ejercicio de la competencia autonómica cuestionada suponga una invasión o desconocimiento de las legítimas competencias que eventualmente corresponde ejercer a las entidades locales en la materia, cuando resulten directa y claramente afectados sus propios intereses. En cualquier caso, la conclusión alcanza no varía en esta sentencia de la STC 30/2010 analizada.

2.2. De las competencias de las CCAA en obras hidráulicas de interés general

El art. 117.2, atribuye a la Generalitat la competencia ejecutiva sobre las obras de interés general y la participación en la planificación y programación de tales obras¹¹⁰⁹. En relación a estas atribuciones la parte recurrente destacó que ambos extremos, ejecución y participación, serían inconstitucionales por invadir y desplazar las competencias estatales exclusivas sobre obras hidráulicas de interés general recogidas en el art. 149.1.22 CE. La motivación de la impugnación formulada por los recurrentes se refirió al desplazamiento de las competencias estatales por las competencias autonómicas, sobre la cual se articuló la impugnación del apartado 2 de art. 117, de los apartados 3 y 5 del mismo artículo, así como de otros preceptos del Estatuto como el 140 o el 148, siendo resuelta la cuestión de su inconstitucionalidad por el TC en un sentido similar en todos los casos. En efecto, el TC concluyó que, si bien el art. 149.1.24 CE reserva a favor del Estado como competencia exclusiva las obras públicas de interés general, esta reserva no es impedimento para un adecuado entendimiento constitucional del referido apartado 2 del art. 117 EAC, en la medida en la que las competencias ejecutivas de la CCAA, así como su participación en la planificación y programación, tiene lugar en los términos establecidos por la legislación estatal. El TC reconoce que siendo el Estado el titular exclusivo de la competencia, corresponde a éste determinar la atribución de las competencias autonómicas, así como los términos y condiciones de participación de las CCAA, todo

¹¹⁰⁹ Art.117.2 EAC: “La Generalitat, en los términos establecidos en la legislación estatal, asume competencias ejecutivas sobre el dominio público hidráulico y las obras de interés general. En estos mismos términos le corresponde la participación en la planificación y la programación de las obras de interés general.”

ello a través del procedimiento constitucionalmente previsto para la transferencia o delegación de competencias estatales a las CCAA.

Visto lo anterior, y tras comprobar que no existe desplazamiento de competencias del Estado, el TC declara la constitucionalidad del apartado 2 del art. 117 EAC, pudiendo concluir que la exclusividad estatal en esta materia es incontestable, no pudiendo entenderse vulnerada por las previsiones del EAC que carecerán de toda virtualidad práctica dependiendo de las disposiciones que en este sentido se realicen en la legislación estatal.

2.3. De la participación autonómica en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de las cuencas hidrográficas intercomunitarias

El apartado 3 del art. 117 EAC¹¹¹⁰ impone la participación de la Generalitat en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenezcan a cuencas hidrográficas intracomunitarias. Frente a esto, la parte recurrente formuló su impugnación en la consideración de que la participación impuesta deviene inconstitucional al condicionar el ejercicio de una competencia estatal, al no supeditarse en el EA el contenido y alcance de la participación autonómica a lo que disponga la legislación estatal.

Al respecto, el TC aclara que los EEAA, como norma institucional básica de las CCAA, constituyen una sede normativa adecuada para contemplar, con la generalidad que lo hace el artículo impugnado, mecanismos o fórmulas de cooperación entre el Estado y la CCAA en aquellos asuntos en los que la CCAA tenga interés y competencia. Destaca el Alto Tribunal que, en cualquier caso, es competencia del legislador estatal, pues estatales son los órganos y funciones en los aspectos en los que se refiere la participación autonómica, determinar, con entera libertad, el grado de participación, su alcance y su específico modo de articulación que, en todo caso, no podrá tener lugar en órganos de carácter decisorio, debiendo respetarse, en la referida

¹¹¹⁰ Según dispone el art. 117.3 EAC: “*La Generalitat participa en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenezcan a cuencas hidrográficas intercomunitarias. Corresponde a la Generalitat, dentro de su ámbito territorial, la competencia ejecutiva sobre: La adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos. La ejecución y la explotación de las obras de titularidad estatal si se establece mediante convenio. Las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal*”.

participación orgánica y funcional, la titularidad de las competencias estatales que eventualmente se vean implicadas y la libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones estatales.

Por tanto, pese a que a priori puede entenderse que desde el EA se impone la obligada participación de la CA, ésta depende en realidad de la voluntad del legislador estatal, siendo estatal la competencia exclusiva sobre esta materia, y debiendo entenderse que los EEAA son el canal adecuado para que la CCAA formule en su caso el mecanismo de colaboración en aquellos sectores en los que tenga interés, sin que con ello la competencia del Estado se vea desplazada.

2.4. Del informe preceptivo en caso de trasvases que afecten a los recursos hídricos en su ámbito territorial

Frente al art. 117.4¹¹¹¹, en cuya virtud la Generalitat ha de emitir un informe preceptivo para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique modificaciones de los recursos hídricos en su ámbito territorial, los recurrentes sostuvieron que la emisión de un informe preceptivo para cualquier propuesta de trasvase de cuencas, incluidas las intracomunitarias, suponía imponer una intervención de la Generalitat en el ejercicio de una competencia estatal condicionando su ejercicio sin que esto tenga justificación constitucional. Por tanto, su inconstitucionalidad derivaría, una vez más, del hecho de que el Estatuto no puede condicionar las competencias exclusivas del Estado, que únicamente se entenderían salvadas si se entendiera que la emisión del informe solo alcanza las propuestas de trasvase de cuencas intracomunitarias.

Sobre este extremo el TC señaló que el art. 117.4 EAC establece un razonable mecanismo de colaboración entre Estado y CCAA en una materia en la que es evidente la afectación de las competencias e intereses tanto el Estado como de la CA, sin que de ningún modo pueda entenderse desplazada o enervada la competencia estatal *ex art. 149.1.22^a CE*, lo que sería inconstitucional¹¹¹². El TC reconoce que el informe que ha de emitir la Generalitat es un informe *preceptivo no vinculante*, que

¹¹¹¹ Dispone el art. 117.4 EAC que: “*La Generalitat debe emitir un informe preceptivo para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique la modificación de los recursos hídricos de su ámbito territorial*”.

¹¹¹² Cfr. STC 247/07, de 12 de diciembre, FJ 22.

respetar el principio de cooperación que ha de presidir en la relación entre Estado y CCAA. Es decir, tal y como examinamos en relación a la participación de la Generalitat en los órganos de gestión de cuencas intercomunitarias, el TC considera que no existe la desapoderación estatal, sino que el EAC se limita a fijar mecanismos de cooperación.

Esta misma cuestión fue de nuevo abordada por la STC 48/2010, de 9 de septiembre, por la que el TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad nº 501/2006 interpuesto por la Generalitat de la Comunitat Valenciana contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, entre ellos, por lo que a nosotros interesa, contra el art. 117.4 EAC. En este caso, la impugnación, mucho más detallada y extensa que en el caso anterior, se fundamentaba en la consideración de que el art. 117.4 EAC infringía el “principio de coordinación y participación de las CCAA, en régimen de igualdad, asociados a los principios de lealtad institucional y buena fe; con violación del principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos previstos en los artículos 14 y 9.3 CE, y de solidaridad interterritorial, artículos 2 y 138 CE, así como la vulneración del art. 147.2 CE en relación con el art. 149.1.22ª CE”. El recurrente destaca que la previsión contenida en el art. 117.4 EAC resulta contraria a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una CCAA de conformidad con el artículo 149.1.22ª CE, manifestando que la previsión legal que se contempla, podría impedir el ejercicio de las competencias estatales en el caso en que, simplemente, no se emitiera el informe preceptivo, lo que también resulta contrario a la seguridad jurídica *ex* artículo 9.3 CE. Asimismo, incide en que este precepto implica un menoscabo de las competencias de las Confederaciones Hidrográficas y del Consejo Nacional del Agua, que es el cauce de participación de las CCAA en la gestión de las cuencas supracomunitarias, al exigir el informe respecto de cualquier propuesta de trasvase intercomunitario que pueda afectar a otras Comunidades. A estos efectos señala que la introducción excluyente de la participación, preceptiva y exclusiva, de la Generalitat de Cataluña supone un tratamiento discriminatorio, contrario al principio de lealtad institucional y solidaridad interterritorial. Por último, el recurrente considera que el art. 117.4 EAC vulnera también el art. 81.1 CE, en relación con el art. 149.1.22ª CE, toda vez que contempla

una regulación propia de una ley ordinaria, congelando el rango de dicho régimen jurídico al quedar inserto en una ley orgánica. Así, destaca que de lo previsto en los arts. 148.1.10ª y 149.1.22ª CE, se deriva que las CCAA pueden asumir a través de sus EEAA competencias ejecutivas sobre recursos hídricos que discurran exclusivamente en su ámbito territorial, quedando reservada a la exclusiva competencia del Estado la legislación, ordenación, y ejecución de los recursos hídricos que afectan o discurren por más de una CCAA, incluyendo cualquier tipo de intervención en un procedimiento que verse sobre la ejecución de un trasvase hídrico. En relación con ello pone de relieve que, atendiendo a dicho reparto competencial, cualquier medida normativa que afecte a cuencas fluviales intercomunitarias debe ser regulada por el Estado a través de ley ordinaria, al no existir reserva de ley orgánica sobre la materia.

A la diversidad de cuestiones planteadas por la Generalitat de Valencia, el TC dio respuesta razonada en el FJ 2 de la STC 48/2010, remitiéndose a la STC 31/2010, de 28 de junio, ya examinada, reiterando que el art. 171.4 EAC no vulnera el art. 149.1.22 CE, que establece un razonable mecanismo de colaboración entre la CCAA y el Estado en una materia en la que es evidente que resultan afectadas e implicadas las competencias y los intereses de una y otro, sin que en modo alguno se desplace o enerve la competencia estatal *ex* art. 149.1.22 CE cuando se trate de trasvases entre cuencas intercomunitarias, pues el informe que ha de emitir la Generalitat es un informe, aunque preceptivo, no vinculante, que se complementa con el principio de cooperación que ha de presidir las relaciones entre el Estado y la CCAA¹¹¹³.

Del mismo modo, se vino a concretar que si la competencia estatal en materia de recursos hidráulicos supracomunitarios no resulta desconocida ni invadida por el precepto impugnado, no cabe concluir tampoco que se produzca una vulneración ni de los principios de coordinación y participación de las CCAA en régimen de igualdad, y por tanto no hay menoscabo de las competencias de las Confederaciones Hidrográficas y del Consejo Nacional del Agua, ni de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ya que, al tratarse de un informe no vinculante, no se impide ni obstaculiza el ejercicio de las competencias estatales, ni, por último, de la reserva de ley ordinaria, ya que se trata de una mera previsión que responde al principio de cooperación de las relaciones entre el Estado y la CA, con un natural encaje en un EA.

¹¹¹³ STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 65.

De este modo, no cabe duda de que el TC ha querido dejar claro que el informe preceptivo previsto en el art. 117.4 EAC, sede normativa adecuada para ello, no es sino un instrumento previsto para la necesaria colaboración entre la CA y el Estado que en ningún caso desplaza a éste último en el ejercicio de sus competencias exclusivas, no siendo vinculante aunque sea preceptivo, y que no atenta contra principios constitucionales como el coordinación y participación de las CCAA en régimen de igualdad, que sigue intacto a merced de la legislación estatal.

2.5. Participación en la planificación hidrológica de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pasan o finalicen en la CA provenientes de territorios fuera del ámbito estatal español

Por último, en relación al apartado 5 del art. 117 EAC¹¹¹⁴, por el que se reconoce que la Generalitat participa en la planificación hidrológica de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pasan o finalicen en Cataluña provenientes de territorios fuera del ámbito estatal español, los recurrentes en el proceso que culmina con la STC 31/2010 reiteran lo ya expuesto respecto a los apartados 2 y 3 del mismo artículo, manifestando que la Generalitat pretende participar en cuencas que no pertenecen estrictamente al nivel intracomunitario. El TC manifiesta que basta para desestimar la impugnación repetir que los EA son una vía normativa adecuada para contemplar, con el carácter general con el que lo hace el artículo estudiado, mecanismos de colaboración entre Estado y CCAA en todos aquellos asuntos en los que se vean implicados los intereses y competencias de la CCAA, reiterando de nuevo las cuestiones examinadas en relación a los apartados anteriores. Por todas estas razones, el TC declara la plena constitucionalidad del art. 117 EAC en su integridad, no entendiéndose que su contenido sea contrario al sistema de distribución de competencias contemplado en nuestro texto constitucional.

Finalmente, debe destacarse que las consideraciones del TC respecto a las cuestiones que han sido examinadas *supra* han sido reiteradas en diversas Sentencias posteriores, por las que se resuelven distintos recursos de inconstitucionalidad

¹¹¹⁴ Dispone el art. 117.5 EAC que “La Generalitat participa en la planificación hidrológica de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pasen o finalicen en Cataluña provenientes de territorios de fuera del ámbito estatal español, de acuerdo con los mecanismos que establece el Título V y participará en su ejecución en los términos previstos por la legislación estatal.”

interpuestos por las CCAA frente al EAC, y entre las deben ser citadas las siguientes: STC 47/2010, de 8 de septiembre de 2010¹¹¹⁵, STC 46/2010, de 8 de septiembre de 2010¹¹¹⁶, STC 48/2010, de 9 de septiembre de 2010¹¹¹⁷, STC 49/2010, de 29 de septiembre de 2010¹¹¹⁸, STC 137/2010, de 16 de diciembre de 2010¹¹¹⁹, STC 138/2010, de 16 de diciembre de 2010¹¹²⁰.

3. Sobre el derecho al abastecimiento de agua y las competencias de la CA sobre recursos y aprovechamientos hidráulicos (STC 110/2011)

Mediante la STC 110/2011, de 22 de junio, el TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido frente a la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr), arts 19¹¹²¹, 72¹¹²² y la

¹¹¹⁵ Recurso de inconstitucionalidad 9568-2006. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en relación con la disposición adicional decimotercera de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

¹¹¹⁶ Recurso de inconstitucionalidad 9491-2006. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Diputación General de Aragón en relación con la disposición adicional decimotercera de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

¹¹¹⁷ Recurso de inconstitucionalidad 9501-2006. Interpuesto por la Generalitat de la Comunidad Valenciana en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

¹¹¹⁸ Recurso de inconstitucionalidad 8829-2006. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

¹¹¹⁹ Recurso de inconstitucionalidad 8675-2006. Interpuesto por el Defensor del Pueblo en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

¹¹²⁰ Recurso de inconstitucionalidad 9330-2006. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de La Rioja en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

¹¹²¹ Según el art. 19 EAAr, sobre Derechos en relación con el agua: “1. Los aragoneses, en el marco del desarrollo sostenible, de la participación y de la utilización eficaz y eficiente del recurso, tienen derecho a disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender sus necesidades presentes y futuras, tanto para el consumo humano como para el desarrollo de actividades sociales y económicas que permitan la vertebración y el reequilibrio territorial de Aragón. 2. Los poderes públicos aragoneses velarán por la conservación y mejora de los recursos hidrológicos, ríos, humedales y ecosistemas y paisajes vinculados, mediante la promoción de un uso racional del agua, la fijación de caudales ambientales apropiados y la adopción de sistemas de saneamiento y depuración de aguas adecuados. 3. Corresponde a los poderes públicos aragoneses, en los términos que establece este Estatuto y de acuerdo con el principio de unidad de cuenca, la Constitución, la legislación estatal y la normativa comunitaria aplicables, velar especialmente para evitar transferencias de aguas de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la Comunidad Autónoma que afecten a intereses de sostenibilidad, atendiendo a los derechos de las generaciones presentes y futuras”.

Disposición Adicional Quinta¹¹²³ del EEAR por la CA de La Rioja, declarando la constitucionalidad de los referidos artículos y disposición, acordando desestimar el recurso interpuesto.

Para la representación procesal del Consejo de Gobierno de La Rioja los preceptos estatutarios impugnados exceden del contenido propio y característico de un EA, lo que supone la infracción del art. 147 de la CE y, más específicamente, de los preceptos del texto constitucional que delimitan las competencias de las CCAA en materia de aguas (arts. 132, 148.1.10 y 149.1.22 CE), con la consiguiente quiebra de las competencias del Estado en dicha materia. Pese a esta fundamentación, el TC consideró que no existe ninguna infracción de las competencias estatales, en ninguno de los preceptos impugnados, prestando especial atención en su análisis a la técnica de

¹¹²² El art. 72 EEAR, sobre competencias de la CA en materia de agua dispone que:

“1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en materia de aguas que discurran íntegramente por su territorio, comprendiendo dicha competencia: La ordenación, la planificación y la gestión de las aguas, superficiales y subterráneas, de los usos y de los aprovechamientos hidráulicos, incluida su concesión, así como de las obras hidráulicas que no estén calificadas de interés general. La planificación y el establecimiento de medidas e instrumentos específicos de gestión y protección de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos y terrestres vinculados al agua. Las medidas extraordinarias en caso de necesidad para garantizar el suministro de agua. La organización de la administración hidráulica de Aragón, incluida la participación de los usuarios. La regulación y la ejecución de las actuaciones relativas a las obras de regadío.

También corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de aguas minerales y termales, así como de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma.

2. La Comunidad Autónoma de Aragón, en el marco de lo dispuesto en el artículo 149.1.22 de la Constitución española y las Leyes que lo desarrollan, participará y colaborará en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatal de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenecen a cuencas hidrográficas intercomunitarias que afecten a Aragón. Asimismo, le corresponde la adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos; la ejecución y la explotación de las obras de titularidad estatal, si se establece mediante convenio, y las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal, participando en la fijación del caudal ecológico.

3. En este sentido, y para la defensa de los derechos relacionados con el agua contemplados en el artículo 19, la Comunidad Autónoma emitirá un informe preceptivo para cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas que afecte a su territorio. El Gobierno de España deberá propiciar de forma efectiva el acuerdo entre todas las Comunidades Autónomas que puedan resultar afectadas.”

¹¹²³ Cfr. Disposición Adicional Quinta EEAR, según la cual: “La planificación hidrológica concretará las asignaciones, inversiones y reservas para el cumplimiento del principio de prioridad en el aprovechamiento de los recursos hídricos de la cuenca del Ebro y de los derechos recogidos en el artículo 19 del presente Estatuto, considerando que la resolución de las Cortes de Aragón de 30 de junio de 1992 establece una reserva de agua para uso exclusivo de los aragoneses de 6.550 hm³.”

colaboración a través de informes preceptivos y a la disposición adicional quinta del EAAr. Para el Tribunal, la disposición adicional quinta del Estatuto revela que la reserva de agua no constituye necesariamente una regulación prescriptiva que se le imponga por el EA al legislador estatal, sino que la misma es respetuosa con la planificación hidrológica efectuada por el legislador estatal, puesto que atribuye a los poderes públicos autonómicos, en este punto, solamente la función de "participar" en la fijación del caudal ecológico. La participación consiste en que el Estado "considere" sin que se vea vinculado a ella, la resolución de las Cortes de Aragón que acordó aquella reserva, por lo que, siempre que así se interprete el inciso de la disposición "considerando" no hay razón para su declaración como inconstitucional¹¹²⁴.

El recurso, esencialmente, cuestionaba dos aspectos del EAAr, de un lado el derecho al abastecimiento de agua (art. 19) y, de otro, las competencias de la CA sobre recursos y aprovechamientos hidráulicos (art. 72). En esta Sentencia el TC recupera la doctrina sobre los derechos estatutarios que esbozó en la STC 247/2007 (por la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente al EACV), distinguiendo entre los derechos fundamentales reconocidos por la CE y los derechos estatutarios materialmente vinculados a las competencias autonómicas, los cuales, según el TC, sólo vinculan a los poderes autonómicos, pero no a los estatales. También reitera que los derechos estatutarios pueden ser de diferentes clases, los derechos subjetivos stricto sensu y los mandatos de actuación o principios rectores que, aunque tengan formalmente el aspecto de derechos, sólo vinculan a los poderes autonómicos y se insertan en sus competencias, como sería el caso del art. 19 del EAAr, declarándose por ello constitucional. Esta interpretación de los derechos estatutarios fue objeto de diversas críticas con ocasión de la STC 247/2007, ya que no tuvo en cuenta la naturaleza estatal de los EEAA, que son aprobados mediante Ley orgánica, y niega el carácter de derechos subjetivos a un grupo de derechos estatutarios, limitando, sin una argumentación jurídica clara, el alcance de la regulación estatutaria.

Con respecto a las competencias autonómicas en materia de aguas, el art. 72 del EAAr configura en términos prácticamente idénticos al EAC esta competencia, distinguiendo entre un ámbito de competencia exclusiva y un ámbito de participación en competencias estatales. La STC, después de afirmar que la colaboración es un principio inherente a nuestro modelo de estado autonómico, declara constitucional

¹¹²⁴ Vid. STC 110/2011, de 22 de junio, FJ 17.

tanto la competencia exclusiva como los mecanismos de participación, y señala que el EAAr no afecta a la integridad de la competencia estatal, dejando plena libertad al legislador estatal para configurar el mecanismo de participación que considere adecuado. Ahora bien, debe señalarse que, a diferencia de la STC 31/2010 sobre el EAC, la STC 110/2011 no hace ninguna referencia al uso de los mecanismos de transferencia o delegación de competencias a fin de que la CA pueda ejercer competencias ejecutivas sobre dominio público o sobre obras hidráulicas de interés general. Asimismo, puede afirmarse que de las dos sentencias se desprende una cierta obligatoriedad para el legislador estatal de regular estos mecanismos.

Por tanto, la posición del TC va dirigida a reafirmar las consideraciones efectuadas en la STC 31/2010, en orden a considerar que el EA, como norma institucional básica de las CCAA, es el medio normativo adecuado para reflejar mecanismos de colaboración, esenciales en nuestro modelo de Estado, entre las autonomías y el poder central, siempre que concurren intereses de ambas partes, y sin que de los mismos pueda derivarse inconstitucionalidad alguna, al no existir limitaciones a las competencias exclusivas del Estado, siendo que estos mecanismos quedan subordinados en todo caso a las previsiones de la legislación estatal.

4. Sobre la unidad de gestión de las cuencas intracomunitarias y sobre la consideración del EA como vehículo normativo para delimitar las competencias estatales (STC 30/2011)

El objeto del análisis se va a centrar en las recientes SSTC 30/2011 y 32/2011 referidas a las reformas de los Estatutos de Andalucía (EAAnd) y de Castilla-León (EACL) que, estimando los recursos interpuestos por el Gobierno de la Junta de Extremadura. Dichas resoluciones han declarado inconstitucionales y nulos un precepto de cada uno de estos Estatutos en materia de aguas, en primer término, por considerar el TC que incurren en inconstitucionalidad material, al infringir la competencia exclusiva estatal en materia de aguas intercomunitarias, definida conforme al criterio de cuenca hidrográfica, y, en segundo lugar, por apreciarse inconstitucionalidad formal al tratarse de previsiones inadecuadas para el tipo de norma que es un EA.

La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, incluía diversos preceptos en materia de aguas, destacando su art. 51, cuyo tenor literal disponía que:

“La Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general y de lo previsto en el artículo 149.1.22ª de la Constitución”.

Por su parte, la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (EACL), concretaba en su art. 75.1 que,

“Dada la relevancia que la Cuenca del Duero tiene como elemento configurador del territorio de Castilla y León, la Comunidad Autónoma asumirá competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma”.

Frente a las previsiones señaladas de ambos Estatutos, el Gobierno de Extremadura interpuso sendos recursos de inconstitucionalidad, por considerar que, tratándose de cuencas hidrográficas supracomunitarias, ni la CA de Andalucía podía asumir en su Estatuto la competencia exclusiva sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurran por su territorio, ni la CA de Castilla-León podía hacerlo respecto de la cuenca del Duero, pues ello infringiría el artículo 149.1.22ª CE que reserva al Estado competencias delimitadas con arreglo al criterio de la cuenca hidrográfica natural, como unidad de gestión en el ámbito de la política hidráulica, establecido en la legislación estatal de aguas y refrendado por la jurisprudencia constitucional.

La STC 30/2011, de 16 de marzo, estima el recurso y declara la inconstitucionalidad y nulidad del precepto estatutario que atribuye a Andalucía

competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca hidrográfica del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra CA, del mismo modo que la STC 32/2011, de 17 de marzo, que también estima el recurso y declara la inconstitucionalidad y nulidad del precepto estatutario que atribuye a Castilla y León competencias de desarrollo legislativo y ejecución sobre recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la cuenca hidrográfica del Duero con nacimiento en su territorio y que deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra CA. Ambas Sentencias son plenamente coincidentes, ya que la segunda de ellas, al considerar que la cuestión suscitada es idéntica a la resuelta por la anterior, aplica su doctrina reproduciendo lo declarado en ella, con idéntico resultado. Por este motivo en el presente apartado el análisis se centra en la primera de ellas, STC 30/2011, dando por reproducidas las consideraciones respecto a la segunda.

Sentado lo anterior, en la STC 30/2011 el TC, tras resolver la cuestión plantada sobre la legitimidad de la Junta de Extremadura para interponer el recurso¹¹²⁵, entra en el fondo de la cuestión plantada examinando la constitucionalidad del art. 51 EEAnd desde una doble perspectiva: una material, valorando una posible infracción del artículo 149.1.22ª CE en atención al contenido de la regulación que el precepto impugnado incorpora; y otra formal, examinando si el EA es el vehículo normativo adecuado, desde el punto de vista constitucional, para que dicha regulación resulte viable.

Así, respecto a la primera de las cuestiones planteadas, la inconstitucionalidad material del precepto por vulnerar las competencias del Estado en materia de aguas, el TC funda su razonamiento en dos precedentes ya examinados. De un lado, por la STC 247/2007 (EACV), en la que se abordaba la cuestión sobre el papel del EA en la delimitación de las competencias estatales y autonómicas, reconociendo que puede incidir en el alcance de las primeras, pero sin quebrar el marco del art. 149.1 CE y resaltando que se trata de una norma de eficacia territorial limitada, de modo que cuando tenga que realizar alguna precisión sobre el alcance de las materias de la competencia estatal, puede hacerlo para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas que se correlacionan con ella, sin impedir el despliegue

¹¹²⁵ En este sentido, STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ 3: “En efecto, cuestionada la legitimidad de la junta de Extremadura para la interposición del recurso de inconstitucionalidad, el TC aclara que, aun tratándose de una competencia estatal, la CA tiene un legítimo interés”.

completo de las funciones propias de la competencia estatal¹¹²⁶. De otro lado, la STC 227/1988, en la que se declaró la constitucionalidad del principio de unidad de gestión de cuenca hidrográfica como criterio de delimitación territorial utilizado por la LA de 1985 para precisar el alcance del art. 149.1.22ª CE, criterio mantenido por el actual TRLA, que define la cuenca hidrográfica, en coincidencia con lo establecido en el del artículo 2 DMA, añadiendo el concepto de demarcación hidrográfica. En base a los precedentes examinados, el TC alcanza una conclusión definitiva sobre la inconstitucionalidad del art. 51 EEAnd, razonando que el referido precepto, al atribuir a la CA de Andalucía competencias exclusivas sobre aguas de la cuenca del Guadalquivir, tratándose de una cuenca hidrográfica intercomunitaria, infringe la previsión establecida en el art. 149.1.22ª CE y el criterio que utilizado en el TRLA para la concreción de la delimitación territorial de las competencias del Estado que figura en el citado precepto constitucional en relación con las aguas que discurren por más de una CCAA (FJ 5.). Y lo hace el precepto estatutario con un criterio (aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra CA) que conduce a un entendimiento que acoge un modelo de gestión fragmentada de las aguas pertenecientes a una misma cuenca hidrográfica intercomunitaria, conforme al cual una parte de las aguas de la cuenca del Guadalquivir sería de competencia exclusiva de la CA andaluza y otra parte de las aguas de esa misma cuenca intercomunitaria sería de competencia exclusiva del Estado. A continuación reproduce la doctrina sentada por la STC 227/1998, concluyendo que, aunque el criterio de la cuenca hidrográfica no sea el único constitucionalmente viable en el marco del art. 149.1.22ª CE, sí ha de declararse que no le es dado al legislador estatal concretar las competencias del Estado en esta materia mediante una fragmentación de la gestión de las aguas intercomunitarias de cada curso fluvial y sus afluentes, reiterando la doctrina de la STC 227/1988, para declarar que el art. 51 EAAAnd debe reputarse inconstitucional y nulo porque, al compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas pertenecientes a una misma cuenca hidrográfica supracomunitaria, como es la del Guadalquivir, el citado precepto vulnera el art. 149.1.22ª CE, reconociendo en consecuencia su inconstitucionalidad de carácter sustantivo¹¹²⁷.

¹¹²⁶ STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ 4.

¹¹²⁷ STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ 6.

De un modo resumido, el TC recuerda que los arts. 148.1.10ª y 149.1.22ª CE están lejos de ser coincidentes. En este sentido, se ha reconocido reiteradamente la constitucionalidad de la utilización por la Ley de Aguas del criterio territorial para el ejercicio de las competencias del Estado en materia de aguas continentales de la cuenca hidrográfica que exceda de una CA; y, si bien del conjunto de las normas del bloque de la constitucionalidad aplicables en materia de aguas puede extraerse más de una interpretación, el TC mantiene que sólo se puede dar respaldo a aquellas que permitan cumplir dicho mandato y alcanzar los objetivos de protección y mejora de la calidad de vida y defensa y restauración del medio ambiente a los que aquél está inseparablemente vinculado, motivo por el que se rechaza la pretensión fragmentadora de la cuenca hidrográfica que pretende introducir el art. 51, recordando el TC que en la STC 227/1988, ya fue puesto de manifiesto que no puede tener acogida el entendimiento fragmentador de la cuenca hidrográfica (en este caso propugnaba el Gobierno Vasco en su impugnación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto), al pretender introducir el concepto de “curso fluvial concreto” para reclamar la competencia autonómica sobre los “cursos fluviales o corrientes de agua que discurran íntegramente por el territorio de una Comunidad autónoma, ya desemboquen íntegramente en otro curso fluvial, en un lago o en el mar”, e incluso el concepto de “tramo final”, por referencia a los cursos fluviales que discurran por más de una CA, en el sentido de que “aquella donde muera cada curso tendría competencia sobre el tramo final, desde que entra en su territorio, pues en tal caso la utilización que se haga del caudal sólo afecta a los intereses de esa Comunidad Autónoma”¹¹²⁸, haciendo extensible la aplicación del criterio de cuenca hidrográfica también para las aguas subterráneas¹¹²⁹. Este concreto pronunciamiento se pone de manifiesto como el TC da cabida al nuevo concepto de aguas.

Visto todo lo anterior, puede podernos concluir que el interés supracomunitario, las cuencas intercomunitarias, debe ser en todo caso gestionado de forma unitaria correspondiendo de forma exclusiva al Estado, sin que pueda darse amparo a una pretendida fragmentación del régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada CA,

¹¹²⁸ STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ5 e).

¹¹²⁹ STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ5 f).

que constituirá una clara infracción del mandato constitucional contemplado en el art. 149.1.22ª CE.

Asimismo, respecto a la segunda de las cuestiones de inconstitucionalidad plantadas, de carácter formal, el TC considera que el artículo 51 EEAnd vulnera el art. 149.1.22ª CE por razón de la inadecuación formal del EA para realizar una concreción del criterio territorial de delimitación de las competencias que el citado precepto constitucional reserva al Estado. El TC alcanza esa conclusión tras entender que, con la definición estatutaria del criterio territorial determinante de la delimitación de las competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1.22ª CE, la CA no solo está asumiendo competencias fuera del ámbito de los arts. 148 y 149 CE, sino que además se produce un grave menoscabo de las “las funciones propias” de las competencias estatales, cuya razón de ser no es otra que garantizar la unidad del ordenamiento jurídico a partir de un mínimo denominador común normativo, imprescindible para evitar que la diversificación inherente al principio autonómico no se resuelva en contradicciones de principio con el fundamento unitario del Estado. Tal función integradora sería imposible si los EA fueran constitucionalmente capaces de imponer un criterio de delimitación competencial respecto de potestades y funciones que, como es el caso con las aguas que discurren por varias CCAA, han de proyectarse sobre una realidad física supracomunitaria, siendo imposible, como decíamos, si los criterios adoptados en los Estatutos de las CCAA interesadas resultaran incompatibles o excluyentes. Y este es el caso del art. 51 EAAnd que, al atribuir a la CCAA de Andalucía competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir, por más que la atribución competencial pretenda limitarse a aquellas aguas “que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma” y se realice con salvedades, impide que las competencias reservadas al Estado por el art. 149.1.22ª CE y ejercidas por éste a través de la legislación estatal en materia de aguas, desplieguen la función integradora y de reducción a la unidad que les es propia¹¹³⁰.

A la vista de las razones expuestas, el TC estima parcialmente el recurso interpuesto por la Junta de Extremadura declarando la inconstitucionalidad y nulidad del art. 51 del EAAnd, inconstitucionalidad que, por los mismos motivos y en exactos términos, se declara respecto al art. 75.1 del EAEL. Las SSTC 30/2011 y 32/2011 anulan ambos preceptos al considerar que, por una parte, resultan materialmente

¹¹³⁰ STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ 8.

inconstitucionales al infringir las competencias exclusivas del Estado en materia de cuencas intercomunitarias (art. 149.1.22ª CE), confirmando la legitimidad constitucional del criterio de cuenca hidrográfica establecido por la legislación estatal validado por la STC 227/1988, y, de otra, que incurren en inconstitucionalidad formal por la inadecuación del EA, dado su ámbito territorial y funcionalidad, para definir el alcance de una competencia estatal en términos, además, contradictorios con la interpretación de la competencia estatal en materia de aguas.

De este modo, el TC se mantiene en la interpretación sostenida en pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, siguiendo la línea doctrinal marcada en materia de aguas, manteniendo el criterio de cuenca hidrográfica y el principio unidad de gestión sobre el que descansa el criterio territorial para la delimitación competencial sobre las aguas, impidiendo la fragmentación o parcelación de las aguas de una cuenca entre las distintas CCAA. De ahí que, tratándose de una competencia estatal, se considere que los EEAA no resulten instrumentos aptos para penetrar en aquella, articulando competencias propias de las CCAA.

Ahora bien, considero que el TC olvida que en ambos casos, andaluz y castellano-leonés, concurre una particular circunstancia, ya señalada por EMBID IRUJO¹¹³¹ respecto a la cuenca del Guadalquivir, y es que por la extensión territorial, por la importancia de los aprovechamientos y por la población afectada, la cuenca del Guadalquivir es prácticamente andaluza y la cuenca del Duero prácticamente castellano-leonesa, por lo que debería existir un modo de actuación para que la CA tuviera una importancia decisiva sobre el conjunto de las aguas que pueden considerarse “propias” de la Comunidad.

Desde esta perspectiva, lo destacable de estas Sentencias es la absoluta rotundidad de su fundamentación respecto de su doctrina precedente, tanto la STC 227/1988 como en especial la STC 161/1996, dado que a través de estos razonamientos no existe duda alguna sobre la posición del TC ante el riesgo de la fragmentación de la gestión de la cuenca hidrográfica, lo cual despeja las eventuales dudas que pudieron suscitar las distintas interpretaciones dadas a la STC 227/1988. En efecto, ahora el TC introduce precisiones que parecen convertir la solución legal

¹¹³¹ EMBID IRUJO, A. “*Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España*” en la Semana temática: Agua, Recurso único: aguas compartidas, gobernanza, geopolítica del Agua y Cuencas, Expo de Zaragoza de 2008.

expuesta en una en una posición doctrinal inequívoca. Esta contundencia es fácilmente apreciable en los pronunciamientos del TC, pues, en la STC 30/2011, el Tribunal aclara que, “aunque el criterio de la cuenca hidrográfica no sea el único constitucionalmente viable en el marco del artículo 149.1.22^a CE, no le es dado al legislador estatal concretar las competencias del Estado en esta materia mediante una fragmentación de la gestión de las aguas intercomunitarias de cada curso fluvial y sus afluentes”¹¹³², señalando más adelante que “cualquier otra eventual concreción del criterio territorial contenido en el art. 149.1.22 CE nunca podría comportar un entendimiento fragmentador del concepto de cuenca hidrográfica, con ésta u otra denominación”¹¹³³. Sirve igualmente como ejemplo del claro posicionamiento del TC el hecho de que de forma reiterada subraye la importancia del criterio de unidad de cuenca, frente al criterio fragmentador de la gestión de una cuenca hidrográfica intercomunitaria que el precepto estatutario supone.

Asimismo, el TC deja suficientemente claros los motivos por los que la interpretación conforme del art. 51 propuesta por el Abogado del Estado no puede prosperar, especificando los razonamientos que conducen al Alto Tribunal a emitir un pronunciamiento contrario al obtenido en el caso del EAC. De este modo, ante la propuesta del Abogado del estado de considerar que el art. 51 es simplemente una mera recapitulación de las competencias que corresponderían a la Comunidad Autónoma de Andalucía, el TC concreta en el FJ 11 que,

“Por lo que respecta, en primer lugar, a la reducción del alcance del art. 51 EAAnd a, la interpretación que propone el Abogado del Estado no resulta constitucionalmente aceptable porque pugna con el sentido lógico que se deriva del entendimiento literal y sistemático más evidente del precepto: si su contenido es simplemente una recapitulación sistemática de las competencias que ya aparecen asumidas en otros preceptos del Estatuto, carecería de sentido que el art. 51 EAAnd, para hacer un resumen o una referencia a otros preceptos, hubiera creído necesario incorporar a su texto las cinco cautelas que en el mismo se contienen –(a) que las aguas no afecten a otra Comunidad Autónoma, y «sin perjuicio» (b) de la planificación general del ciclo hidrológico, (c) de las normas básicas sobre

¹¹³² STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ 6, párrafo primero.

¹¹³³ STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ 9, párrafo segundo.

protección del medio ambiente, (d) de las obras públicas hidráulicas de interés general (e) y de lo previsto en el 149.1.22 CE-. Cautelas estas que, por otra parte, vienen a poner de relieve que el objeto regulado en el citado precepto estatutario se encuadra en una materia que es de la exclusiva competencia estatal por virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.22 CE.

En realidad, lo que sucede es que el art. 51 EAAnd acepta el concepto de «cuenca hidrográfica» y al mismo tiempo lo contradice, ya que, mediante el empleo de la cláusula «aguas que transcurran por su territorio y no afecten a otra Comunidad Autónoma», introduce un criterio que pretende fragmentar la unidad de gestión de una cuenca hidrográfica intercomunitaria, como es la del Guadalquivir, para asumir competencias sobre la misma que corresponden al Estado ex art. 149.1.22^a CE. No se trata, pues, de los supuestos que abordamos en nuestra STC 31/2010 en relación con el art. 117.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), que atribuye a la Generalitat competencia exclusiva «en materia de aguas que pertenezcan a cuencas hidrográficas intracomunitarias», o con el art. 117.3 EAC, en la medida en que este precepto contempla únicamente la participación de la Generalitat en el ejercicio de competencias de «planificación» y «gestión estatales de los recursos hídricos y los aprovechamientos hidráulicos que pertenezcan a cuencas intercomunitarias», cuya titularidad estatal, sin embargo, en modo alguno resultaba alterada por el precepto estatutario, ni era objeto de debate”.

Por tanto, a diferencia de lo que ocurría en el caso del EAC, el art. 51 EAAnd si atenta contra los postulados constitucionales, siendo contrario tanto al art.149.1.22^a CE como al principio de unidad de cuenca.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la interpretación que también propone el Abogado del Estado, según la cual el art. 51 EAAnd sería una suerte de cláusula de ampliación competencial condicionada a la eventualidad de que las Cortes Generales optaran en el futuro por otra concreción del concepto constitucional “aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma”, que hiciera posible que la CA de Andalucía asumiera entonces, sin necesidad de reforma previa del Estatuto, competencias hidráulicas exclusivas sobre algunas aguas de la cuenca del Guadalquivir, el TC concreta que,

“El artículo 51 EEAAnd entra en contradicción con el art. 149.1.22 CE, puesto que, como hemos señalado en el fundamento jurídico 7 de esta Sentencia, el legislador estatal no puede redefinir las competencias exclusivas del Estado en relación con una cuenca hidrográfica supracomunitaria, como es la del Guadalquivir, mediante un entendimiento fragmentador de la cuenca que conduzca a «compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma» (STC 227/1988, FJ 15).

Por otro lado, según la interpretación que propone el Abogado del Estado, el art. 51 EEAAnd incorporaría contenidos constitucionalmente reservados a tipos normativos diferentes, pero lo haría condicionando su propia eficacia a la eventual adopción de la correspondiente disposición por parte de la autoridad competente mediante el procedimiento normativo adecuado. Dejando a un lado otras posibles objeciones derivadas del principio de seguridad jurídica, así como las consideraciones de principio que habría de merecer semejante técnica de asunción competencial al margen del procedimiento de revisión formal del Estatuto de Autonomía, la constitucionalidad de la disposición queda excluida en virtud del principio de competencia mismo, puesto que la necesidad de someter a condición la prescripción que contiene pone de manifiesto que la autoridad normativa que ha dictado esa disposición carecía de habilitación constitucional al efecto. Como hemos señalado, el Estado a través de la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos ejerce la competencia que el art. 149.1.22 CE le atribuye respecto de las «aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma», lo que supone que, a través de las potestades normativas y ejecutivas que tal competencia puede contener, quede asegurada una administración unitaria de un recurso natural de tanta trascendencia para diversos sectores y subsectores materiales como es el agua. De aquí que dicha administración unitaria, que corresponde concretar al Estado según diversas modalidades técnicas, de acuerdo con la concurrencia de competencias distintas de las diferentes Administraciones implicadas, no

pueda resultar enervada por un precepto como el art. 51 EAAnd, que determina que la Comunidad Autónoma de Andalucía pueda configurarse, como consecuencia del tipo de competencia asumida, como la Administración ordinaria en régimen de exclusividad de las aguas del curso principal del río Guadalquivir y de los afluentes –o tramos de los mismos– que transcurran por el territorio de Andalucía, separando dicha administración de la correspondiente a los restantes tramos fluviales que afluyen a dicho río desde el territorio de otra Comunidad Autónoma”.

Esta consideración no es baladí, máxime si tenemos en cuenta que en el caso andaluz se ha dado aplicación efectiva al art. 51 EAAnd, en el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma. Y, asimismo, en la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas para Andalucía, que, haciéndose eco de la novedad, reitera que las competencias de la Administración Autonómica en relación con la cuenca del río Guadalquivir se entienden sin perjuicio de las competencias del Estado sobre la planificación general del ciclo hidrológico, las normas básicas sobre protección del medio ambiente, las obras públicas hidráulicas de interés general y de lo previsto en el art. 149.1.22ª CE¹¹³⁴.

Siendo incuestionable la valoración positiva del principio de unidad de gestión por cuencas hidrográficas a fin de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales, en especial en cuanto a la gestión de los recursos naturales, no podemos olvidar que no se trata de un principios absolutos e invariables que impidan otras fórmulas complementarias de gestión en las cuencas intercomunitarias, atendiendo a sus particulares características, siempre que se adopten a través de los instrumentos adecuados y se preserve la unidad de la regulación o régimen jurídico de las aguas evitando contradicciones e interferencias negativas. Esta posibilidad no ha sido eliminada por el TC, que no se pronuncia sobre una posible transferencia o delegación de competencias al amparo del artículo 150.2 CE, ni sobre otras fórmulas de gestión

¹¹³⁴ Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas para Andalucía, señala en su preámbulo que “cuando todavía es muy reciente la asunción por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión de la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir en ejecución de lo previsto por el Estatuto de Autonomía para Andalucía”.

por otras Administraciones que sí se han observado en otras materias¹¹³⁵, existiendo además precedentes en los que se han arbitrado técnicas administrativas para dar intervención a las CCAA respecto de las aguas intercomunitarias.

IV. LOS PRINCIPIOS DE COLABORACIÓN, COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN COMO CRITERIOS DE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Constatada la posible concurrencia de los títulos competenciales agua-medioambiente, interesa añadir que el ensamblaje de los mismos puede revestir diversas formas. A tal fin, y como se desprende de las posturas del TC en la resolución de los recursos de inconstitucionalidad sobre materia de agua expuestas a lo largo del presente trabajo, deben favorecerse las llamadas a la *colaboración* junto a la *lealtad constitucional* que ha de presidir la actuación de las Administraciones, y que constituye un principio ligado al modelo de organización territorial del Estado implantado por la CE. De modo que las relaciones entre las Administraciones deben asentarse sobre los principios de colaboración y cooperación, *ex arts.* 3.2 y 4.5 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC). Igualmente, la coordinación ha de presidir la actuación de la Administración, según disponen los arts. 3.1 y 18.1 LRJAP y PAC, pues los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias propias se ajustarán, en sus relaciones con otros órganos de otras Administraciones, a los principios establecidos en el art. 4.1 de la Ley, y coordinarán su actuación con la que pudiera corresponder legítimamente a éstos, pudiendo recabar para ello la información que precisen.

Por tanto, la cooperación y la coordinación, en nuestra opinión, y tal y como reconoce el TC en la STC 76/1983, y ratifica en la STC 102/1995, “constituyen tanto una aspiración o un objetivo deseable a conseguir para prevenir interferencias como un resultado en la parte en que tengan éxito”. El principio de cooperación, que debe preceder al ejercicio respectivo de competencias compartidas por el Estado y las

¹¹³⁵ En tal sentido, ha de recordarse que, ante un enunciado competencial similar, si bien en materia diferente, la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, llevó a cabo la delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable.

CCAA permite arbitrar mecanismos o cauces de colaboración entre ambos a fin de evitar interferencias y, en su caso, dispersión de esfuerzos e iniciativas perjudiciales para la finalidad prioritaria¹¹³⁶. A su vez, señala el TC que “la coordinación, como competencia estatal inherente, persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente la realidad misma del sistema y, por ello, su presupuesto lógico es la existencia de competencias autonómicas que deban ser coordinadas, pero con respeto absoluto a su contenido y evitando que la coordinación estatal se expanda hasta dejarlas vacías de contenido”¹¹³⁷. Esta función instrumental consiste, como señalaba el TC en sus SSTC 32/1983 y 144/1985 en fijar “medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en muchos aspectos y la acción conjunta de las autoridades... estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales” un conjunto unitario y operativo lo cual se conseguirá adoptando de las medidas necesarias y suficientes a tal fin¹¹³⁸, en general con carácter preventivo, entre las cuales cuentan aquellas donde se establezcan “formas de relación entre las diversas Administraciones, a veces mediante un órgano cuya composición mixta las haga permanentes en torno a una mesa y otras por el mecanismo de normas básicas, vinculadas a la previsión de directrices comunes que hagan posible la actuación conjunta de las diversas Administraciones comprometidas”¹¹³⁹.

Es cierto que la efectividad de estos principios depende, en gran medida, del grado de responsabilidad y compromiso de los poderes públicos. Pero en este contexto surgen técnicas que permiten hacer efectiva la necesidad de oír y hacerse oír, intercambiando información y puntos de vista entre las diferentes perspectivas que proporciona cada Administración. Lo anterior nos conduce a una de las fórmulas más frecuentemente utilizadas al respecto, que es la emisión de *informes*, hecho que queda claro a través de las posturas mostradas por el TC ante los nuevos EEAA. Se propicia así la participación, por esta vía de informe y de los convenios de colaboración, de otra

¹¹³⁶ STC 13/1988, de 22 de enero.

¹¹³⁷ STC 102/1995, de 26 de junio.

¹¹³⁸ STC 111/1984, de 28 de noviembre.

¹¹³⁹ STC 133/1990, de 19 de julio, que transcribe en extracto la STC 45/1991, de 28 de febrero.

Administración distinta de aquella que sustancia el procedimiento administrativo, cuando concurre la acción de ambas sobre el mismo objeto, siempre que estos no resulten contrarios a la constitución.

Un ejemplo de este instrumento de pretendida colaboración que revestía en realidad un intento de desapoderación del Estado en materia de aguas a través del ejercicio de competencias autonómicas en materia de medio ambiente vino de la mano del Decreto del Gobierno de Aragón 187/2005, de 26 de septiembre, por el que se establece un régimen de protección para el molusco “margaritifera auricularia” frente al que se interpuso recurso contencioso administrativo por la Comunidad de Regantes del Canal Imperial de Aragón, quedando resuelto por el TS mediante STS de 1 de junio de 2012, y por la que se anulan los arts. 5.2 y 6.1, 6.2 y 6.3 del referido Decreto por ser contrarios al orden constitucional de distribución de competencias¹¹⁴⁰. Los motivos que llevan a la Sala a declarar la nulidad de los preceptos referidos parten del entendimiento de que, mientras que la protección del medio ambiente ha pasado a corresponder a las CCAA de acuerdo con el art. 148.1.9 CE, sustituyendo a la Administración General del Estado, las competencias relativas a la gestión del agua siguen estando en manos del organismo estatal, las Confederación Hidrográficas en los casos de cuencas intracomunitarias. En el supuesto estudiado, para que la Confederación Hidrográfica del Ebro pueda aprobar cualquier proyecto no sujeto a evaluación de impacto ambiental, precisa informe preceptivo previo del Instituto Aragonés de Gestión ambiental, informe “vinculante cuando sea desfavorable al uso pretendido o imponga condiciones al mismo”. Pues bien, tal regulación, al exigir informe previo vinculante en términos tan generales, supone, en definitiva, otorgar a la competencia estatal relativa a la gestión del agua un papel subordinado, prevaleciendo la competencia autonómica cuando en realidad deberían coordinarse. En este sentido, el TS declara que el informe que establecen los arts. 5.2, 6.1.2 y 6.1.3 del Decreto impugnado es un informe que el derecho autonómico ambiental impone con carácter previo (porque ha de realizarse antes de la actuación administrativa sobre el agua),

¹¹⁴⁰ Se trata de un conflicto que puede ser resuelto por la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de los arts. 1 y 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. (BOE núm. 167, de 14 de Julio de 1998) referentes a la competencia objetiva de dicha jurisdicción. Ahora bien, la jurisdicción contencioso administrativa es competente para la analizar la legalidad o no de la orden, pero en el caso de que considere que tal norma legal es contraria a la CE estará obligada a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, en la forma y efectos establecidos en los arts. 35 y siguientes de la L.O. 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional.

preceptivo (porque es necesaria su emisión en el procedimiento de que se trate), y de naturaleza vinculante (porque impone el sentido de la decisión que ha de ser siempre de conformidad con lo informado cuando sea desfavorable), del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental. Es vinculante, precisa el decreto recurrido en la instancia, “cuando sea desfavorable al uso pretendido o imponga condiciones al mismo”, de manera que cualquier tipo de “actividades o proyectos” que no estén sujetos a Evaluación de Impacto Ambiental (art. 5.2), o incluso los “trabajos de conservación y mantenimiento en el Canal Imperial de Aragón y en el Canal de Tauste” (art. 6) necesitan de un informe previo, preceptivo y vinculante del citado Instituto Aragonés. La caracterización del informe como vinculante supone, en la práctica, someter a control previo el ejercicio de la competencia en materia de aguas que corresponde al Estado, bloqueando su actuación y determinando el sentido de la resolución que finalmente se deba adoptar respecto de cualquier actividad, proyecto o trabajos de conservación y mantenimiento en la zona afectada por la indicada protección de dicha especie amenazada.

El TS entiende que la CCAA de Aragón pretende vetar las competencias del Estado sobre cualquier actividad, proyecto o trabajos en la zona de la Administración hidráulica. De forma que se compromete el ejercicio de las competencias propias del Estado en materia de aguas, y no encuentra justificación adecuada ni en la defensa medioambiental prevista en los art. 45.2 de la CE; 40.1 del TRLA, referido a un ámbito diferente como es la relación de los objetivos y criterios de la planificación hidrológica; art. 25.3 de la misma Ley, que no se refiere a un informe vinculante; ni, en fin, de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, vigente en ese momento, que se refería, en los diversos apartados de los arts. 4, 5 y 7 que invoca la recurrente, a la planificación de los recursos naturales y, en concreto, respecto de la elaboración de los Planes de Ordenación de Recursos Naturales¹¹⁴¹. En consecuencia, no tratándose de una medida de colaboración y cooperación entre las Administraciones cuyas competencias e intereses concurren en el espacio físico, en este caso el agua, los instrumentos articulados por la CCAA deben decaer según el TS.

Por tanto, en los casos en que sobre un mismo espacio concurren competencias de distintas Administraciones, como es el caso en el que las competencias sobre en

¹¹⁴¹ STS (Sala de lo contencioso administrativo) de 1 de junio de 2012 FJ 9.

materia de agua y medio ambiente, el TC tiene declarado a efectos teórico-prácticos la prevalencia de los principios de cooperación y coordinación, que constituyen tanto una aspiración o un objetivo deseable a conseguir para prevenir interferencias como un resultado¹¹⁴². El principio de cooperación, que debe preceder al ejercicio respectivo de competencias compartidas por el Estado y las CCAA, permite que aquél arbitre mecanismos o cauces de colaboración mutua a fin de evitar interferencias y, en su caso, dispersión de esfuerzos e iniciativas perjudiciales para la finalidad prioritaria¹¹⁴³. A su vez, la coordinación, como competencia estatal inherente, persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente la realidad misma del sistema y, por ello, su presupuesto lógico es la existencia de competencias autonómicas que deban ser coordinadas, pero con respeto absoluto a su contenido y evitando que la coordinación estatal se expanda hasta dejarlas vacías de contenido. Esta función instrumental, tal y como señala el Tribunal consiste “en fijar medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en muchos aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales, un conjunto unitario y operativo, lo cual se conseguirá adoptando de las medidas necesarias y suficientes a tal fin, en general con carácter preventivo, entre las cuales cuentan aquellas donde se establezcan formas de relación entre las diversas Administraciones, a veces mediante un órgano cuya composición mixta las haga permanentes en torno a una mesa y otras por el mecanismo de normas básicas, vinculadas a la previsión de directrices comunes que hagan posible la actuación conjunta de las diversas Administraciones comprometidas”.

Sentado lo anterior, podemos concluir la necesidad de articular instrumentos de cooperación y colaboración entre las Administraciones cuyos intereses y competencias concurren. Los convenios de colaboración se manifiestan como el instrumento de mayor eficacia, ello sin perjuicio de los informes preceptivos reiterados en las nuevas fórmulas de colaboración sobre los que sí conviene precisar que se entenderán constitucionales cuando no condicionen las competencias exclusivas de la

¹¹⁴² STC 76/1983, de 5 de agosto.

¹¹⁴³ STC 13/1988, de 4 de febrero.

administración que detente la competencia exclusiva, sea la CCAA o el Estado¹¹⁴⁴. Esta conclusión aparece avalada por la más reciente jurisprudencia del TC resultando especialmente significativas en este sentido la STC 195/2012, de 31 de octubre de 2012, y la STC 239/2012, de 13 de diciembre, en las que el TC resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada partiendo para ello de la necesaria fórmula de cooperación y colaboración entre Administraciones en aquellas situaciones de concurrencia de competencias, en especial agua - medioambiente, sino que introduce además su posicionamiento ante la interpretación y cumplimiento de la DMA por los poderes públicos. Así, nos centramos a continuación en el análisis de la STC 239/2012, de 13 de diciembre, presente que en la controversia competencial que se suscita en ambos casos (STC 195/2012, y la STC 239/2012), es esencialmente la misma.

Así, mediante la STC 239/2012 el TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 6522-2005 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia contra el art. 26.1 en su inciso “sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional décima en relación con el Plan Integral de Protección del Delta del Ebro” y la disposición adicional décima, apartados 1 a), 3 y 5 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional, en la redacción dada por el artículo único, apartados 9 y 15 de la Ley 11/2005, de 22 de junio¹¹⁴⁵. En líneas generales, la CA de

¹¹⁴⁴ En la STC 36/94, de 10 de febrero, el TC se pronunciaba sobre la inconstitucionalidad de los informes preceptivos emitidos por el Estado que limitaran las competencias exclusivas de las CCAA, y en la STC 149/1991, de 4 de julio, se declaraban inconstitucionales los informes emitidos por la CCAA que desplace las competencias del Estado. Asimismo recordamos la STC 31/2010, sobre el EAC, el TC declara la constitucionalidad del informe preceptivo previsto por el EAC al entender que no se limitan las competencias estatales.

¹¹⁴⁵ Artículo Único de la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. El apartado noveno añade un párrafo final al apartado 1 del art. 26 con la siguiente redacción: “*La fijación de los caudales ambientales se realizará con la participación de todas las Comunidades Autónomas que integren la cuenca hidrográfica, a través de los Consejos del Agua de las respectivas cuencas, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional décima en relación con el Plan Integral de Protección del Delta del Ebro*”. El apartado Decimoquinto concreta que la Disposición adicional décima de la Ley 10/ 2001, de 5 de julio, del Plan hidrológico Nacional, queda redactada del siguiente modo:

“1. Con la finalidad de asegurar el mantenimiento de las condiciones ecológicas especiales del Delta del Ebro, se elaborará un plan integral de protección con el siguiente contenido mínimo: i) Definición del régimen hídrico que permita el desarrollo de las funciones ecológicas del río, del Delta y del ecosistema marino próximo. Asimismo se definirá un caudal adicional que se aportará con la periodicidad y las magnitudes que se establezcan de forma que se asegure la correcta satisfacción de los requerimientos medioambientales de dicho sistema. Los caudales ambientales resultantes se incorporarán

Murcia entiende que los preceptos impugnados vulneran, de un lado, el art. 149.1.22 CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la legislación y ordenación de los recursos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una CA, y por ende el principio de unidad de cuenca consagrado en la legislación de aguas y que consagra ahora, también, la DMA; y de otro, constituyen una vulneración de los arts. 138 y 9.1 y 9.3 CE, presente que la ruptura del principio de unidad de cuenca implica la creación de una situación única “tanto por lo que respecta a la división de una cuenca hidrográfica en tramos, como por la preponderancia que en la administración de uno de esos tramos se otorga a una concreta CCAA”, generándose con ello “una situación de desequilibrio” entre CCAA no amparada ni por la CE ni por los EEAA, que infringe la legislación general de aguas y la Directiva marco (arts. 9.1 y 3) y que, al

al Plan Hidrológico de la cuenca del Ebro mediante su revisión correspondiente; ii) Definición de las medidas necesarias para evitar la subsidencia y regresión del Delta, como la aportación de sedimentos o la promoción de la vegetación halófila; iii) Mejora de la calidad del agua de manera que sea compatible con la presencia de especies a conservar, que no se genere eutrofia y que no haya concentraciones de fitosanitarios y otros contaminantes en cantidades potencialmente peligrosas para el ser humano, la flora y la fauna de los ecosistemas; iv) Mejora del hábitat físico de los ecosistemas (río, canales, lagunas, bahías) y de sus conexiones; v) Definición y aplicación de un modelo agronómico sostenible en el marco de la política agraria comunitaria y la cuantificación de los posibles volúmenes de agua a ahorrar en las concesiones de regadío actualmente existentes en el río; vi) La interrelación entre las actividades humanas presentes en el Delta, bahías y el entorno del río (turismo y agricultura) con los flujos de agua y nutrientes necesarios para los ecosistemas naturales; vii) La definición, el método de seguimiento y el control de indicadores medioambientales que deberán considerar, entre otros, los parámetros del estado cuantitativo y cualitativo de: la cuña salina, la subsidencia y la regresión del Delta, la eutrofización de las aguas, los ecosistemas (especies piscícolas, acuicultura, avifauna, flora específica...), las bahías dels Alfacs y del Fangar, y la contaminación del medio; viii) Garantizar la función de corredores biológicos de los márgenes del río en el ámbito del Plan; ix) Restauración ambiental del embalse de Flix.

2. Si, como consecuencia del seguimiento de los indicadores ambientales definidos en el punto g del anterior apartado 1, se detecta alguna situación de riesgo para los ecosistemas del ámbito de actuación del presente Plan, las Administraciones competentes adoptarán las medidas preventivas y correctoras necesarias.

3. Para la redacción del Plan y para la ejecución y coordinación de sus actuaciones, la Administración General del Estado y la Generalidad de Cataluña suscribirán el oportuno instrumento de colaboración. La redacción del Plan tendrá en cuenta los principios inspiradores de la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, y se realizará con la consulta y participación de los representantes de los entes locales de la zona del Delta del Ebro, así como de los usuarios y organizaciones sociales más representativas, con carácter previo a su aprobación.

4. El Plan deberá estar redactado y aprobado en el plazo máximo de un año a los efectos regulados en la presente disposición adicional.

5. Ambas Administraciones, previo mutuo acuerdo, aprobarán el Plan en el ámbito de sus respectivas competencias.”

mismo tiempo, vulnera el art. 138 CE que veda la posibilidad de que existan situaciones de privilegio económico o social en los diferentes EEAA.

A fin de defender esta postura, el Gobierno de Murcia argumenta que, en ejercicio de sus competencias *ex art. 149.1.22 CE* y de acuerdo con el principio de la unidad de cuenca, el Estado atribuyó la competencia sobre las cuencas intercomunitarias a los “organismos de cuenca” entre cuyas funciones se encuentra la elaboración del plan hidrológico de cuenca¹¹⁴⁶, que es sometido al informe preceptivo del Consejo Nacional del Agua antes de su aprobación por el Gobierno¹¹⁴⁷, y afirma que, sin embargo, la letra a) del apartado 1 de la disposición adicional décima impugnada rompe este sistema y consagra la división de la cuenca hidrográfica del Ebro en dos tramos: 1) el administrado por el organismo de cuenca que tendrá un plan hidrológico propio y 2) el administrado por la Administración General del Estado y por la Generalitat de Cataluña que tendrá su propio plan y cuyos caudales excedentes, si es que los hay, se incorporarán al plan hidrológico de cuenca, sin la participación del organismo de cuenca. Asimismo la CA de Murcia entiende que por mor de lo expuesto se concede a una CA la capacidad de bloquear todo el plan hidrológico de la cuenca al someter la aprobación del plan integral de protección del Delta del Ebro al mutuo acuerdo de la Administración del Estado y de la CA de Cataluña, señalando que “siendo una parte vital de dicho Plan el régimen hídrico que ‘permita el desarrollo de las funciones ecológicas del río, del Delta y del ecosistema marino próximo’, así como la determinación de un caudal adicional y de la periodicidad con que se aportará, resulta que si no se alcanza ese mutuo acuerdo con carácter previo... resultará imposible para el propio organismo de cuenca aprobar el Plan hidrológico de cuenca, con lo que se está bloqueando no ya las disponibilidades hídricas del río, sino la competencia del organismo de cuenca”, sin que, por otra parte, ni el Consejo Nacional del Agua, ni el de la demarcación, informen el plan integral. De esta forma, cabría entender que se rompe el principio de unidad de cuenca y se detraen competencias al órgano que las tiene atribuidas, pese a ser esta atribución expresión del reparto constitucional de competencias en materia de aguas, tal y como se desprende de la doctrina establecida por el propio TC, de acuerdo con la cual el principio de unidad de gestión de la cuenca y el tratamiento homogéneo del recurso “exige que la

¹¹⁴⁶ Art. 23 TRLA.

¹¹⁴⁷ Art. 20.1 b) TRLA.

especificación de los caudales mínimos y máximos circulantes corresponda, en las cuencas hidrográficas que excedan el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, a los Organismos de cuenca”, infiriéndose de ello que “el régimen de caudales ecológicos ha de ser elaborado y aprobado para la cuenca hidrográfica en su conjunto, lo que impide una regulación independiente del mismo por cada una de las Comunidades Autónomas implicadas”¹¹⁴⁸.

En definitiva, según la representación procesal del Gobierno de Murcia, se vulnera el art. 149.1.22 CE porque el Estado, aunque sea titular de la competencia, no puede “transigir sobre la misma (mediante el sometimiento a un previo y mutuo acuerdo) para una parte de la cuenca y sólo con una de las Comunidades Autónomas implicadas” cuando en la Confederación Hidrográfica del Ebro participan, además de la Comunidad Autónoma de Cataluña, las de Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, La Rioja, Navarra y Cataluña.

En relación a la vulneración de los arts. 9.1 y 3. y 138 CE, la CA de Murcia admite que lo que se impugna no es en realidad una modificación del EA, pero considera que, pese a ello, se vulnera igualmente el espíritu del art. 138 CE, puesto que este precepto persigue que no se conceda de forma injustificada un trato diferenciado a ninguna CA y, a esos efectos, afirma que el Delta del Ebro, con ser un espacio singular, no lo es más que otros que también se integran en otras cuencas hidrográficas que, sin embargo, no han sido divididas por tramos ni han dado lugar a legislación especial que consagre una posición privilegiada a favor de las CCAA en cuestión. Se afirma que, pese al régimen hídrico especial que el Delta del Ebro puede requerir, éste no puede ser detraído de quien tiene legalmente atribuidas las competencias (el organismo de cuenca) para la elaboración del plan hidrológico de cuenca, que es único para toda la cuenca y que, tanto de acuerdo con la legislación básica en materia de aguas como con la DMA, debe incluir los caudales ecológicos de todos los tramos fluviales, sin posibilidad de segregar ninguno de ellos. El caudal ecológico no debe, pues, recogerse en un plan ambiental como el plan integral de protección del Delta del Ebro, sino en el plan hidrológico de cuenca que es el instrumento normativo previsto para ello. De considerarse necesario mejorar el régimen jurídico existente, ello debe hacerse a través del cauce previsto en el propio art. 32 del plan hidrológico del Ebro para abordar un programa específico para el

¹¹⁴⁸ STC 15/1998, de 22 de enero, y STC 110/1998, de 21 de mayo.

estudio de “la problemática particular del tramo final del Ebro, en coordinación con el resto de las Administraciones implicadas”.

Visto por tanto que estas regulaciones no han sido respetadas por los preceptos impugnados, la CA de Murcia afirma que no sólo se ha vulnerado el art. 149.1.22 CE, sino también los principios de sujeción a la CE y al resto del ordenamiento jurídico y de jerarquía normativa (art. 9.1 y 3 CE), puesto que se rompe todo el sistema de participación y de asignación y distribución de competencias sin causa justificada y además se vulneran los principios que inspiran la DMA. Así quedaría demostrado, a juicio de la CA de Murcia por el hecho de que la propia disposición adicional séptima de la Ley 11/2005 prevea la revisión de la transposición de la Directiva marco del agua, reconociéndose que “se incumple una norma (la Directiva Marco) que se encuentra en la cúspide (excepción hecha del bloque de constitucionalidad) de nuestro ordenamiento jurídico, ya que como tiene dicho el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las Directivas obligan al Estado miembro (art. 249 del Tratado TCE), que está obligado a hacer cuanto pueda para cumplir los objetivos del Tratado (art.10 TCE)”. El Estado no puede transponer una directiva para después dictar una norma que contradiga lo dispuesto en la norma de transposición, pues ello implica su incumplimiento y resulta contrario a la primacía del Derecho comunitario. Afirmando por último que los preceptos impugnados suponen el establecimiento de una “reserva de disposición de caudales” a favor de una CA que implica la planificación y gestión del agua mediante negociaciones y, en último término, la transferencia de capacidades decisorias a una CA determinada.

Vistos los motivos que llevan a nuestra CA a impugnar parte de la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, analizamos a continuación los argumentos aducidos por el Abogado del Estado en orden a defender la constitucionalidad de las modificaciones operadas. En efecto, señala que la opción del legislador por la elaboración de un plan integral de protección del Delta del Ebro y su contenido en el marco de una colaboración entre la Administración central del Estado y la de la CA de Cataluña se justifica por la especial concurrencia de competencias que se produce en relación con el Delta del Ebro (competencias autonómicas principalmente, medioambientales y competencias estatales *ex* art. 149.1.22ª CE), así como por el hecho de que el equilibrio de este tipo de zonas depende en buena medida de la calidad de las aguas

continentales que afluyen hacia ellas; razones que hacen especialmente conveniente la búsqueda de un marco de colaboración, tal y como el propio TC se ha encargado de señalar, con carácter general, en relación con las aguas¹¹⁴⁹.

El Abogado del Estado señala también que ni la exclusividad de la competencia estatal en relación con los cursos de agua supracomunitarios, ni el principio de unidad de cuenca implican que quede excluida toda regulación de las CCAA que incida directa o indirectamente sobre la misma, ni tampoco que la planificación haya de ser unitaria. De hecho, el propio art. 59 del TRLA prevé que para el establecimiento de los caudales ecológicos se realicen estudios específicos de cada tramo de río. Sostiene, asimismo, que el art. 26 y la disposición adicional décima no consagran una excepción al régimen general de las aguas terrestres para un supuesto incluíble en el ámbito común de la Ley, sino que prevén un plan integral cuyo alcance rebasa el estricto marco de la legislación de aguas, puesto que incluye el ecosistema marino y persigue asegurar las condiciones ecológicas especiales del Delta del Ebro (fauna, flora, agricultura...). Se establece, a juicio de la Administración central, una fórmula de colaboración en una materia en la que se produce un singular entrecruzamiento competencial, sin que esto implique que las competencias del Estado hayan quedado mermadas al admitirse una transacción, porque si el Gobierno no presta su aprobación al plan integral del Delta, éste no alcanza eficacia, por lo que en modo alguno se ha convertido una competencia estatal exclusiva en una competencia compartida.

Por último, en relación con la supuesta vulneración de los arts. 138, 9.1 y 9.3 CE, el Abogado del Estado afirma, en primer lugar, que la alegación relativa a la vulneración del art. 138 CE no está debidamente fundada en la demanda y que, en todo caso, ni hay ruptura de la cuenca ni del plan hidrológico, pues la regulación se limita a prever un plan integral de protección que se integra en el propio plan hidrológico de cuenca. Por otra parte, la incorporación de los caudales del plan integral de protección del Delta del Ebro al plan hidrológico del Ebro se llevará a cabo mediante su revisión, es decir, mediante el procedimiento ordinario de modificación de cualquier plan de cuenca y no mediante un procedimiento singular o extraordinario. Rechaza, en todo caso, que aspectos puramente procedimentales puedan considerarse atributivos de una posición aventajada contraria al art. 138 CE.

¹¹⁴⁹ STC 118/1998, de 4 de junio y STC 123/2003, de 19 de junio.

Expuestos los términos de la problemática, y hallándonos ante un supuesto claro de concurrencia de competencias en un mismo espacio físico, en concreto, las competencias objeto de este estudio y siendo uno de los primeros casos en los que abiertamente se hace referencia a la importancia de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la DMA, resulta fundamental atender uno a uno los razonamientos de nuestro TC, pues los mismos recogen lo esencial de cuanto en este trabajo se ha defendido:

Respecto al procedimiento de aprobación del plan integral de protección del Delta del Ebro previsto en el apartado 5 de la Disposición adicional décima y el inciso del art. 26.1, el TC señala que constituye una fórmula de cooperación adecuada para un supuesto de concurrencia competencial y que debe reputarse constitucionalmente admisible. Se trata, reproduciendo los términos utilizado por el TC, de “un mecanismo de acomodación o integración entre dos competencias concurrentes en el espacio físico, basado en el acuerdo, y que configura la aprobación final del plan integral de protección del Delta del Ebro como un acto complejo en el que han de concurrir dos voluntades distintas, lo que resulta constitucionalmente admisible cuando ambas voluntades resuelven sobre asuntos de su propia competencia”. Esta fórmula de colaboración no implica alteración del sistema de distribución de competencias en materia de aguas, ni menoscabo de la competencia del Estado, pues tal y como reconoce el TC “la competencia exclusiva del Estado queda salvaguardada toda vez que, en caso de no alcanzar un acuerdo que desemboque en la aprobación del plan integral de protección del Delta del Ebro, éste no alcanzará eficacia ni se incorporará su contenido al plan hidrológico de la cuenca”¹¹⁵⁰ y el Estado tampoco quedará privado “de ejercer en plenitud la competencia exclusiva que al respecto le reconoce el art. 149.1.22 CE”¹¹⁵¹, motivos que sirven al TC para declarar en el mismo sentido la constitucionalidad del apartado 3 de la disposición adicional décima de la Ley 10/2001.

Asimismo, respecto a la posible la inconstitucionalidad del apartado 1 a) de la disposición adicional décima de la Ley 10/2001, que prevé que los caudales ambientales resultantes de la definición del régimen hídrico y de los caudales adicionales que contemple el plan integral de protección del Delta del Ebro se

¹¹⁵⁰ STC 195/2012, de 31 de octubre, FJ 6.

¹¹⁵¹ *Ibidem*.

incorporen al plan hidrológico de la cuenca del Ebro mediante su revisión correspondiente y también, correlativamente, respecto a la impugnación del último inciso del art. 26.1., el TC efectúa una interpretación de acuerdo con la cual hay que entender que este apartado no prevé un procedimiento especial para la revisión del plan hidrológico de la cuenca del Ebro y su acomodación al contenido del plan integral de protección del Delta del Ebro, por lo que esta operación deberá acomodarse a lo dispuesto con carácter general en el TRLA “tanto en lo relativo al procedimiento que ha de seguirse como en cuanto a los órganos que intervienen en el proceso de toma de decisiones que culmina con la aprobación definitiva del plan hidrológico o sus modificaciones por el Consejo de Ministros”. En definitiva, de acuerdo con esta interpretación, “el plan integral de protección del Delta del Ebro no modifica per se el plan hidrológico, y su contenido parcial —en lo que corresponda a la competencia estatal sobre la cuenca supracomunitaria del Ebro— sólo se integrará en el mismo, y adquirirá en consecuencia el valor vinculante que le otorga la legislación de aguas, en la medida en que sea aprobada su revisión a través del mismo cauce procedimental y con la intervención de los mismos órganos que están previstos para cualquier otra revisión”¹¹⁵² De esta forma, queda rechazado “cualquier reproche acerca del menoscabo de las competencias de las confederaciones hidrográficas y de la participación del conjunto de las Comunidades Autónomas a través de su integración en los órganos de gobierno de aquéllas”¹¹⁵³, sin perjuicio, de que el TC haya afirmado también que el legislador estatal dispone, en todo caso, de un margen de configuración legal para definir el modelo participativo, dentro de los límites fijados por TC¹¹⁵⁴.

Expuesto lo anterior, queda por examinar la postura del TC frente a la alegada vulneración de los arts. 138.2 y 9.1 y 3 CE. En este sentido, el TC en el FJ 5 de la STC 239/2012 aclara que, en el presente supuesto no se ha consagrado en ningún EA un privilegio económico o social a favor de Cataluña que pudiera vulnerar el art. 138.2 CE, cuyo tenor literal dispone que “las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales”, máxime si además se tiene en cuenta que ni siquiera se ha previsto un

¹¹⁵² STC 195/2012, de 31 de octubre FJ 7.

¹¹⁵³ *Ibidem*.

¹¹⁵⁴ STC 195/2012, de 31 de octubre, FJ 3.

régimen singular para la tramitación de la revisión del plan hidrológico de la cuenca del Ebro.

Por otro lado, el TC recuerda que el legislador estatal no está obligado a mantener el régimen establecido en el TRLA, ni éste puede operar como canon de constitucionalidad, pues ello supondría “una petrificación rígida del ordenamiento estatal en materia de aguas que no se compadece con la libertad que aquél tiene para decidir entre varias opciones constitucionalmente posibles”¹¹⁵⁵. El TC recuerda que la modificación del régimen establecido en una ley ordinaria por otra ley ordinaria posterior, efecto normal del principio de sucesión de normas, no implica vulneración alguna de los principios de legalidad y jerarquía normativa (art. 9.1 y 9.3 CE).

V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ANALIZADA

Las sentencias analizadas podrían suponer el punto final a la conocida como “guerra del agua” existente entre CCAA y que de manera velada pero innegable ha quedado reflejada en las reformas de los diferentes EEAA, dando lugar a la cadena de recursos de inconstitucionalidad que han sido examinados. A la luz de cuanto se ha expuesto son dos las cuestiones fundamentales que se plantean: las competencias de las CCAA respecto de las Cuencas Hidrográficas y el ámbito y límites de los EEAA en el sistema competencial, y cuyo mejor análisis requiere ser atendidas de forma separada.

1. Extensión de las competencias autonómicas respecto de las Cuencas Hidrográficas

El punto de partida de las Sentencias analizadas *supra* es, lógicamente, el sistema constitucional de competencias. En este sentido, el TC recuerda que la CE concreta cuáles son las competencias estatales, pero no especifica el alcance ni de las materias ni de las funciones que le corresponden. De hecho, como ha sido examinado, los EEAA, al atribuir competencias a las CCAA, pueden incidir en la delimitación de las competencias estatales, pero siempre dentro de los límites del art. 149.1. CE. Por

¹¹⁵⁵ *Ibidem*.

ello, y centrándonos en el tema objeto de estudio, el primer paso será, como indicaba el TC¹¹⁵⁶, concretar el alcance de la competencia estatal en materia de aguas prevista en el art. 149.1.22ª CE, que reconoce la competencia exclusiva del Estado sobre “la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma”.

En relación al mismo, se debe destacar que, pese a su aparente claridad, la expresión “*cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma*” ha resultado un verdadero foco de controversias, resultando fundamental para su aclaración las consideraciones constitucionales contenidas en la STC 227/1988 por la que el TC abordó el tema de las cuencas hidrográficas en el sistema competencial constitucional. Dicha Sentencia resolvió el recurso de inconstitucionalidad y conflictos de competencias interpuestos frente a la LA de 1985 que fijaba el criterio de unidad de gestión de las cuencas hidrográficas, utilizándolo como criterio de delimitación competencial, definiendo las cuencas hidrográficas, como “territorio en que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único”. De conformidad con este criterio, las competencias de las CCAA se proyectaban sobre las cuencas intracomunitarias, y las del Estado sobre todas las demás. Frente a dicha interpretación el Gobierno Vasco formuló recurso de inconstitucionalidad en la consideración de que el criterio adecuado era el de “curso fluvial concreto”. Sin embargo, el TC desestimó la pretensión vasca, subrayando la necesidad de una adecuada gestión de la política de aguas, dando viabilidad al principio de unidad de cuenca hidrográfica, señalando que este criterio permite una administración equilibrada de los recursos hidráulicos, favoreciendo el cumplimiento de los mandatos constitucionales respecto a los recursos naturales¹¹⁵⁷. Debe destacarse por tanto que el TC parte para la resolución de estos conflictos, haciéndolo extensivo a pronunciamientos posteriores, del reconocimiento del agua como recurso natural en consonancia con la DMA. Si bien, entendemos cuestionable el hecho de que el Alto Tribunal no haya hecho referencia expresa en estas Sentencias al derecho comunitario que en realidad informa sus decisiones destacando fuera de toda duda la sintonía de

¹¹⁵⁶ STC 30/ 2011, de 16 de marzo, FJ 4: “el contenido y alcance de la competencia exclusiva estatal en materia de aguas establecida en el Art. 149.1.22ª CE y la incidencia que la asunción de competencias autonómicas que se contiene en el Art. 51 del Estatuto de Autonomía de Andalucía tiene en el alcance de la referencia competencia estatal”.

¹¹⁵⁷ STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ. 13: “alcanzar los objetivos de protección y mejora de la calidad de vida y defensa y restauración del medio ambiente”.

nuestro sistema con las preocupaciones medioambientales y su incidencia en el sistema de distribución de competencias, pues como puede comprobarse la unidad de gestión va dirigida al cumplimiento de los mismos.

Por tanto, las cuencas hidrográficas vuelven a ser reconocidas como un criterio de delimitación de competencias constitucionalmente admisible, que permiten cumplir con el fin constitucional de protección del medio ambiente, siendo este un factor determinante para declarar la inconstitucionalidad de los arts. 51 EAA and y 75.1 EACL.

El modelo de gestión de las cuencas hidrográficas desarrollado en España ha puesto de manifiesto su validez, siendo emulado en otros sistemas. Al respecto, destaca la DMA, que obliga a los Estados miembros a especificar las cuencas hidrográficas situadas en su territorio¹¹⁵⁸, pudiendo afirmarse que el concepto de cuenca hidrográfica es “un concepto comunitario” acorde con la DMA. De este modo, existe una aceptación común de que el modelo de gestión del agua debe conllevar la unidad de las cuencas hidrográficas, ya que es el más adecuado para proteger el medio ambiente y, además, su modificación vulneraría el Derecho de la Unión Europea¹¹⁵⁹. Por tanto, comprobado el éxito y arraigo de este criterio, su desaparición o modificación sustancial es improbable, lo que no es óbice para entender que, en todo caso, las cuencas hidrográficas deben ser gestionadas de una manera homogénea pero no necesariamente de manera exclusiva por una sola Administración, motivo por el que, como se ha visto, se favorecen las técnicas de colaboración entre las CCAA y el Estado cuando sus intereses concurren en el mismo espacio.

Sin embargo, el EEAnd parecía rechazar dicha opción, presente que art. 51 EAA atribuía a la CCAA la competencia exclusiva sobre “*las aguas de la cuenca del*

¹¹⁵⁸ Cuencas hidrográficas que la propia directiva define como “la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y, eventualmente, lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta” Art. 2. 13. DMA.

¹¹⁵⁹ Si bien es preciso señalar que el modelo español no es plenamente acorde con el diseñado por el Derecho de la Unión Europea. Así, en la Directiva los planes hidrológicos se conciben como planes de cuenca para cada demarcación hidrológica situada totalmente en su territorio. Mientras que en España actúan como mecanismos coordinadores de planes hidrológicos de cuenca con la finalidad de incluir decisiones relativas a transferencias o trasvases de recursos hidrológicos entre diversas cuencas en función de la existencia de sobrantes o necesidades. De manera que los planes hidrológicos nacionales podrían ser incompatibles con la citada Directiva. *Vid.* LOPEZ RAMON, F., “La planificación hidrológica en los Estados Miembros de la Unión Europea tras la Directiva Marco del Agua”, *REDA*, núm. 147, 2010, p. 507.

Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma” o, dicho de otro modo, otorgaba a la CCAA todas las competencias sobre parte de la Cuenca del Guadalquivir, fracturando una cuenca hidrográfica supracomunitaria. En consecuencia, y como declara el TC “en la medida en que el precepto estatutario compartimenta el régimen jurídico y la administración de las aguas pertenecientes a una misma cuenca hidrográfica supracomunitaria, como es la del Guadalquivir, el citado precepto vulnera el Art. 149.1.22”¹¹⁶⁰, siendo por tanto inconstitucional.

En los mismos términos y por exactos motivos, la inconstitucionalidad del art. 51 EAAAnd se predica del art. 75.1 del EACL, si bien, debe destacarse que en realidad este precepto atribuía a la CA “*competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma*”, de forma que se reservaba al Estado competencias de ordenación en la materia. Sin embargo, el TC aplica la misma fórmula que en la STC 30/2011 identificando las cuencas hidrográficas supracomunitarias con las “aguas que transcurran por más de una Comunidad Autónoma”, de manera que el Estado tiene la competencia exclusiva sobre la entera legislación y las potestades de gestión respecto de las cuencas hidrográficas supracomunitarias, competencias que el EACL habría convertido en “una mera competencia para dictar la legislación básica”¹¹⁶¹.

En consecuencia, a juicio del TC, la CE confiere al Estado todas las competencias sobre las cuencas hidrográficas supracomunitarias, ya que ése es el sentido de la referencia constitucional a las aguas que transcurren por más de una CA. Las diferencias en la redacción entre los EA de Andalucía y Castilla y León devienen irrelevantes para el TC, y ello a pesar de que el propio Tribunal había dejado abierta la puerta a la posibilidad de diferentes competencias entre CCAA según los EEAA en la STC 227/1988¹¹⁶². El argumento para ello es la necesaria unidad en la gestión para

¹¹⁶⁰ STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ. 6.

¹¹⁶¹ STC 32/2011, de 17 de marzo, FJ 6.

¹¹⁶² STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 18: “Una vez admitida la constitucionalidad del criterio de cuenca hidrográfica utilizado por la Ley, la respuesta que haya de darse a las pretensiones de los recurrentes exige determinar las competencias que corresponden al estado y a las Comunidades Autónomas [...] La respuesta a esta cuestión no

proteger el medio ambiente, siendo la vía para alcanzar dicha homogeneidad el otorgamiento al Estado de la competencia exclusiva sobre la legislación y gestión de las cuencas supracomunitarias, a fin de garantizar un mínimo común denominador.

No obstante, el TC reconoce la posibilidad de que los EEAA den cabida a mecanismos de cooperación entre las CCAA y el Estado respecto las cuencas supracomunitarias. En este sentido, en la STC 31/2010 de 28 de junio, declaró constitucional el art. 117.4 EAC, conforme al cual la “Generalitat debe emitir un informe preceptivo para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique la modificación de los recursos hídricos de su ámbito territorial”. Recordemos que al respecto el TC defendió que, no tratándose de un informe vinculante, aun siendo preceptivo, no desconoce la competencia estatal, sino que establecía “un razonable mecanismo de colaboración entre la Comunidad Autónoma y el Estado en una materia en la que es evidente que resultan afectadas e implicadas las competencias y los intereses de una y otro”¹¹⁶³. Este mecanismo no interfería en las competencias del Estado, además, porque en última instancia es “al legislador estatal, al que corresponde determinar con entera libertad la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de articulación, debiendo en todo caso dejar a salvo las referidas participaciones orgánica y funcional la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado”¹¹⁶⁴. De manera que en el caso del EAC, afirma el Tribunal que la “titularidad estatal en modo alguno resultaba alterada por el precepto estatutario, ni era objeto de debate”¹¹⁶⁵.

Por tanto, en el supuesto del EAC, las competencias de la CA se circunscriben a la cooperación, porque de las mismas no se deriva obligación concreta alguna del Estado y, en especial, porque estas potestades dependen de la voluntad del legislador estatal al que se remite el art. 173 EAC en sus apartados 2 y 4, no existiendo condicionamiento; mientras que en contraposición, los EAAnd y EAACL otorgaban

puede ser la misma para todas las Comunidades Autónomas, pues depende de lo que, en cada caso, dispongan los Estatutos de Autonomía y las Leyes orgánicas de transferencias”.

¹¹⁶³ STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 65, y en idénticos términos las SSTC 48/2010, de 9 de septiembre, FJ 2 y 49/2010, de 29 de septiembre, FJ 2.

¹¹⁶⁴ STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 65.

¹¹⁶⁵ STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ 11.

competencias exclusivas o legislativas a la CCAA sobre cuencas hidrográficas supracomunitarias vulnerando con ello el contenido del art. 149.1 CE.

De este modo, las competencias de las CCAA en las cuencas intracomunitarias queda definida con cierta claridad por el TC que, reconociendo la preeminencia del principio de unidad de cuenca como principio rector de la política de aguas, atribuye al Estado las competencia exclusiva sobre las mismas, que si bien no puede ser desplazada por las autonomías debiendo ceñirse a los límites determinados en el art. 149.1.22ª CE, ello no impide la fijación de técnicas e instrumentos de colaboración cuando los intereses de la CA y del Estado concurren en un mismo espacio.

2. Ámbito y límites de los EEAA en el sistema competencial

En relación a la inconstitucionalidad formal que supone la inadecuación de los EEAA para definir el alcance de las competencias estatales, el TC aprovecha la ocasión para abordar una vez más el papel de los EEAA en el sistema constitucional, remitiéndose en las Sentencias examinadas a una supuesta línea doctrinal preestablecida. Así, las Sentencias 30/2011 y 32/2011 recurren indistintamente a las SSTC 247/2007 y 31/2010 para determinar la “aptitud formal de los Estatutos de Autonomía, en cuanto tipo normativo, para concretar respecto de una Comunidad Autónoma el criterio territorial”¹¹⁶⁶. Sin embargo, cada una de dichas Sentencias se apoya en una concepción diferente de los EEAA y, en consecuencia, les otorgan un papel diferente en el sistema constitucional.

Así, la STC 247/2007 partía de la apertura del sistema constitucional, subrayando la vigencia en nuestro modelo de estado del principio dispositivo. El TC situaba los límites constitucionales de los Estatutos en la fijación de un contenido constitucionalmente lícito¹¹⁶⁷. Cláusula suficientemente abierta como para poder afirmar que el TC no quiso concretar las limitaciones sustantivas del EA, dejando sin respuesta la cuestión sobre cómo articular la relación entre los Estatutos y las Leyes Orgánicas en caso de solapamiento. Para resolver este problema el TC recurrió a la diferencia entre eficacia y validez, que permitiría convivir simultáneamente una Ley

¹¹⁶⁶ STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ 7.

¹¹⁶⁷ STC 247/ 2007, de 12 de diciembre, FJ 3.

Orgánica y un EA con contenidos incluso incompatibles¹¹⁶⁸. Esta decisión fue duramente criticada, entre otros, por FERNANDEZ FARRERES, ya que, a su juicio creaba serios problemas de seguridad jurídica y resultaba contradictoria con un sistema que siempre se había basado en la delimitación y separación de ámbitos competenciales¹¹⁶⁹. Quizá por dichas críticas la STC 31/2010 abandonó esta doctrina, afirmando simplemente que los EA se integran bajo la forma de Ley Orgánica, siendo su posición en el sistema de fuentes la propia¹¹⁷⁰, de modo que la Sentencia cita el bloque de la constitucionalidad, pero no parece deducir efectos jurídicos tangibles. La función del Estatuto se remite a “la creación de sistemas normativos autónomos” y “a garantizar la indemnidad de dichos sistemas”; asimismo dota de competencias a la Comunidad y es su norma institucional básica.

Ahora bien, toda vulneración del EA es inconstitucional, en la medida en que sea vulneración de la CE, ya que como señala el TC “la Constitución es la única norma capaz de atribuir la competencia necesaria para la producción de normas válida”¹¹⁷¹. Subrayando finalmente su posición como máximo intérprete de la CE, destacando que no existe ningún “poder constituyente prorrogado”, reafirmando su competencia para la “definición auténtica e indiscutible” de las categorías y principios constitucionales, competencia que no pueden usurpar “las normas infraconstitucionales” entre las que sitúa a los EEAA¹¹⁷². De este modo, el TC erradica cualquier posibilidad de atribuir a los EEAA la consideración de normas constitucionales secundarias o leyes constitucionales, ya que dicha conceptualización se fundamentaba en su procedimiento de reforma, su rango superior a las demás normas, ordinarias u orgánicas, y en su función como medida de la validez de las leyes del Estado¹¹⁷³.

¹¹⁶⁸ STC 247/ 2007, de 12 de diciembre, FJ 6.

¹¹⁶⁹ FERNANDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del estado autonómico? (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pp. 11 y ss.

¹¹⁷⁰ STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 3: “su posición en el sistema de fuentes es, por tanto, la característica de las Leyes Orgánicas”.

¹¹⁷¹ STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 4.

¹¹⁷² STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 57.

¹¹⁷³ RUBIO LLORENTE, F., “El bloque de constitucionalidad”, *REDC*, núm. 27, 1989, pp. 25-26.

Por tanto, en cada una de las Sentencias citadas puede apreciarse una concepción distinta del Estado Autonómico. Así, la STC 247/2007 se basa en la idea de la apertura del modelo autonómico a través del principio dispositivo que puede seguir actuando mediante las reformas de los Estatutos. Conforme esta propuesta, los Estatutos pueden modificar de manera sustancial y vinculante el sistema autonómico, por lo que, ante la improbable reforma constitucional, la reforma de los EEAA sería la vía más idónea para remodelar el sistema. Mientras que en la STC 31/2010 se considera que la aprobación de los Estatutos cerró el mapa autonómico actual y la jurisprudencia constitucional ha definido y concretado el sistema competencial. Por tanto, más allá de posibles reformas de mayor o menor entidad, restringidas básicamente al diseño institucional de cada CCAA, los EEAA no pueden redefinir ni alterar el modelo global. La función de definir, concretar o modificar los elementos centrales del sistema competencial solo puede corresponder al TC, siempre y cuando no se lleve a cabo una reforma constitucional. Esta es la tesis sobre la que se asienta la afirmación de que el EAC era una “LOAPA invertida”, que el Tribunal abrazó en su sentencia. Por tanto, si en la STC 247//2007 los Estatutos son una pieza fundamental en la configuración del sistema competencial, que puede dinamizarlo, en la STC 31/2010 este papel solo le corresponde al propio Tribunal. La Sentencia 247/2007 también cita la STC 76/1983, pero con consecuencias muy diferentes¹¹⁷⁴. De hecho, hay autores como FERNANDEZ FARRERES o TORNOS MÁ¹¹⁷⁵ que destacan el hecho de que posiblemente el TC estaba sentando las bases para que las previsiones del EAC fueran constitucionales.

Por todo lo expuesto, y como señala GONZALEZ PASCUAL es muy cuestionable que el TC cite párrafos de ambas sentencias a la hora de enfrentarse a los EEAA de Andalucía y Castilla y León¹¹⁷⁶. En nuestra opinión lo realmente correcto hubiera sido que el TC despejara toda duda sobre el concreto papel que desempeñan los EEAA en el sistema de competencias, cuestión que en realidad no resuelve pues

¹¹⁷⁴ STC 247/2007, de 12 de diciembre, FF. JJ 7-10.

¹¹⁷⁵ FERNANDEZ FARRERES, G, cit., p. 56 y ss. TORNOS MAS, J., “La sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 y el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, *REAF*, núm. 7, 2008, pp. 96 y ss.

¹¹⁷⁶ GONZALEZ PASCUAL, M. “Las competencias estatutarias sobre aguas: las cuencas hidrográficas como criterio competencial”, *RADA*, núm. 20, 2011, BIB 2011\1218 (Westalw).

del análisis de las Sentencias examinadas se comprueba que, pese a aparentar una línea jurisprudencial coherente, en realidad el TC lleva a cabo una selección parcial e afectada de extractos de ambas sentencias¹¹⁷⁷. A juicio del TC, los Estatutos de Andalucía y Castilla y León habían asumido competencias fuera del espacio que la Constitución *ex art. 149.1 CE* les concede, pero además “menoscaban gravemente las funciones propias” de las competencias estatales, “cuya razón de ser no es otra que la garantía de la unidad última del ordenamiento”. De manera que se había producido una vulneración de la “*función integradora*” que cumplirían las competencias del Estado¹¹⁷⁸. De esta vinculación de las competencias estatales con un supuesto principio general de integración, que en realidad se reconduce a la unidad, a juicio de GONZALEZ PASCUAL no se extraen consecuencias tangibles en la sentencia¹¹⁷⁹, si bien, como apuntábamos en su momento, bien puede entenderse una reconducción de la posición del TC ante los movimientos políticos actuales que fermentan la disgregación.

Aun así, debe señalarse que el Tribunal acude en demasía a conceptos poco concretos como el interés general, la unidad, la igualdad en las condiciones básicas. Principios que, aun de notable importancia, no ayudan a determinar el contenido ni alcance de los EEAA en las controversias competenciales, sirviendo tan solo para oscurecer la *ratio decidendi*. Y, sin embargo, era una ocasión clara en la medida en que los EEAA apuntados pretendían establecer el criterio de delimitación territorial de una competencia estatal que se proyecta sobre todo el territorio. Si los Estatutos pudieran fijar su propio criterio de delimitación competencial “respecto de potestades

¹¹⁷⁷ Dicha técnica se observa claramente a la hora de fijar el papel de los Estatutos de Autonomía respecto de las competencias estatales, de manera que comienza haciendo una especie de teoría general al respecto tomando como referencia las sentencias relativas al Estatuto de Autonomía de Valencia y al Estatuto de Autonomía de Cataluña (STC 30/2011, FJ 8). En este sentido el Tribunal afirma, en primer lugar, que los Estatutos de Autonomía pueden contribuir a perfilar el “poder propio del Estado [...] en la medida en que las competencias del Estado dependen mediatamente de la existencia y extensión de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en el marco extraordinariamente flexible representado por el límite mínimo del Art. 148 CE y el máximo o superior, a contrario, del Art. 149 CE” (STC 31/2010, FJ 5). Y, en segundo lugar, recuerda que los Estatutos coadyuvan a determinar el modo de ejercicio de las competencias estatales, pero deben respetar dos requisitos: que esta precisión favorezca “la mayor concreción de las competencias autonómicas” y que “no impida el despliegue completo de las funciones propias de las competencias estatales” (STC 247/2007, FJ 10). Pero, aunque justo en el párrafo siguiente pretenda aplicar estas afirmaciones, lo cierto es que no sigue de una manera coherente ninguna de las dos construcciones.

¹¹⁷⁸ STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ 8.

¹¹⁷⁹ GONZALEZ PASCUAL, M. “Las competencias estatutarias ...” cit.

y funciones que, como es el caso con las aguas que discurren por varias Comunidades Autónomas, han de proyectarse sobre una realidad física supracomunitaria”, su regulación “sería sencillamente imposible si los criterios adoptados en los Estatutos de las Comunidades Autónomas interesadas fueran incompatibles o excluyentes”¹¹⁸⁰.

En cualquier caso, la fórmula más equilibrada pararía por un nuevo modelo de gestión de las cuencas hidrográficas que, respetando la unidad, de pábulo al papel de las CCAA a través de las fórmulas de cooperación que ya han sido reconocidas, pero sería imposible que los EEAA fijaran criterios diferentes para delimitar competencias respecto actividades supracomunitarias, generando un caso incompatible con los objetivos marcados en esta materia.

Sin embargo, el TC no termina de concretar determinadas cuestiones, pudiendo llevar a la confusión. Así en los recursos planteados ante los EAAnd y EA CL, el Abogado del Estado acoge la interpretación de “exclusividad” que el Tribunal elaboró en la STC 31/2010. En otros términos, defiende las competencias de las CCAA argumentando que la exclusividad a que hacen referencia los Estatutos no puede entenderse como excluyente, y que, además, reconocen los límites impuestos por el art. 149.1.22 CE. Se trataría de una enumeración de posibles potestades autonómicas que no desplazan las competencias estatales, ya que hace referencia a potestades de diverso calado recogidas a lo largo de los propios Estatutos que inciden en la materia, tales como agricultura, marismas, pesca fluvial, etc. Asimismo, en última instancia, ponen de relieve el interés de la Comunidad en la materia que podría ser tomada en cuenta en alguna reforma del legislador estatal. El Tribunal contesta que esta propuesta excede los límites de la interpretación constitucional, afirmando que si sencillamente se pretendiera hacer una recapitulación de competencias que están en otros preceptos del EEAnd, no tendrían sentido las cautelas del propio artículo¹¹⁸¹. Cautelas que demuestran que el objeto del precepto “se encuentra en una materia que es de la exclusiva competencia estatal”¹¹⁸². Asimismo, prosigue, respecto de la

¹¹⁸⁰ STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ 8.

¹¹⁸¹ Art. 51 EAA: “*La Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la Cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general y de lo previsto en el artículo 149.1.22ª de la Constitución*”.

¹¹⁸² Respecto del EA CL el Abogado del Estado alega que el precepto estatutario al emplear la forma “asumirá” en realidad era una previsión de futuro en el caso de que se

afirmación de que el Estatuto incorporaba contenidos que serían efectivos en función de la “eventual adopción de la correspondiente disposición por parte de la autoridad competente”, afirma el Tribunal que no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica e implicaría una asunción de competencias al margen del procedimiento de revisión formal del EA, sino que “la constitucionalidad de la disposición queda excluida en virtud del principio de competencia mismo, puesto que la necesidad de someter a condición la prescripción que contiene pone de manifiesto que la autoridad normativa que ha dictado esa disposición carecía de habilitación constitucional al efecto”¹¹⁸³.

Debe señalarse que el Tribunal, en estas consideraciones, se está apartando de lo sostenido en la STC 31/2010, en la que defendió que las competencias recogidas en el Estatuto con carácter de exclusivas no impedían “el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado, sin que tampoco la expresión en todo caso reiterada en el Estatuto respecto de ámbitos competenciales autonómicos, tenga otra virtualidad que la meramente descriptiva ni impida, por sí sola, el pleno y efectivo ejercicio de las competencias estatales”¹¹⁸⁴. También llevó a cabo interpretaciones de los artículos estatutarios que contradecían su tenor literal o que los reducían a meros alegatos de las autonomías.

Este cambio en la percepción del TC evidencia que, como apuntábamos *supra*, la STC 31/2011 no satisface las expectativas que sobre ella había, y que la misma puede ser tildada de acuerdo artificial sobre el resultado, no sobre los argumentos, y refuerza la sensación de que el Tribunal dictó una sentencia jurídicamente insostenible para responder a un problema político ineludible.

En este sentido, se echa en falta en estas Sentencias que el Tribunal afronte claramente la situación y determine qué papel le otorga a los EA respecto del sistema competencial. La debilidad de la construcción actual tan solo puede provocar nuevos recursos y conflictos ante el Tribunal, que ha vuelto a dejar escapar la ocasión de erigirse en un actor principal del Estado Autonómico no por el impacto jurídico-

produjera un cambio en la legislación estatal o una transferencia o delegación por la vía del art. 150.2 CE. El TC rechaza esta argumentación en los mismos términos que la propuesta interpretativa del Abogado del Estado respecto del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

¹¹⁸³ STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ 11.

¹¹⁸⁴ STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 59.

político de sus decisiones, sino por la fuerza de convicción en la fundamentación de sus argumentos. Es de esperar que estas sentencias sí consigan apaciguar la “guerra del agua”, ya que determinan claramente el principio unidad de gestión de las cuencas hidrográficas, reiterando la competencia del legislador estatal sobre las cuencas supracomunitarias y la de las CCAA sobre las intracomunitarias. De este modo, se cierra la vía de la reforma estatutaria para remodelar el modelo de gestión de las cuencas. No obstante, sería iluso pensar que sólo con estas Sentencias se acabarán las disputas, pero se pone freno al uso irresponsable de los Estatutos de Autonomía con este fin.

CAPÍTULO V.- LA INCORPORACIÓN DE LA VARIABLE AMBIENTAL A LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES EN MATERIA DE AGUAS EN DERECHO ARGENTINO

I. CONFLICTOS COMPETENCIALES DERIVADOS DE LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ARGENTINA: EL CASO DE LA LEY 25.688 DE RÉGIMEN DE GESTIÓN AMBIENTAL DE AGUAS

La Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, sancionada el 28 de noviembre de 2002, promulgada el 30 de diciembre de 2002 y publicada el 3 de enero de 2003, es sin duda uno de los mejores ejemplos en cuanto a los conflictos competenciales que se han derivado del sistema de distribución competencial instaurado *ex art.* 41.3 CN, por lo que deviene necesario al menos un sucinto análisis respecto de los principales problemas que de la misma se derivan, dejando para un futuro trabajo, el análisis pormenorizado de la cuestión que nos ocupa.

Esta Ley ha sido objeto de los más variados cuestionamientos tanto a nivel político, como jurídico y en especial doctrinal. A nivel político, la generalidad de las Autoridades hídricas provinciales solicitaron por nota al Poder Ejecutivo Nacional que vetaran la norma. El Consejo Hídrico Federal se manifestó sobre su inconstitucionalidad y solicitó del Congreso su modificación o derogación, “El 18 de diciembre de 2002, la mayoría de las Autoridades Hídricas Provinciales suscribimos una nota que fue enviada al Poder Ejecutivo Nacional en la que solicitamos se arbitren los medios para vetar totalmente dicha norma. [...] Posteriormente, el 8 de mayo del 2003, los integrantes del COHIFE, recientemente constituido, elaboramos un acta declarativa sobre la Ley 25.688, impulsando su derogación”¹¹⁸⁵. Del mismo modo, el COFEMA en su resolución núm. 80/04, de 25 de marzo, concluye en su art. 1 que, “las leyes con contenido ambiental sancionadas hasta el presente avanzan sobre competencias reservadas constitucionalmente a las provincias, existiendo la necesidad de modificarlas”. A nivel jurídico destaca CSJN “Mendoza, Provincia c/ Estado Nacional s/ acción de inconstitucionalidad”, sentencia de 26 de marzo de 2009, por la

¹¹⁸⁵ PETRI, D., ROHRMANN, H., y PILAR J., “Posición del COHIFE sobre la Ley 25688”, *Revista La Ley*, Suplemento de Derecho Ambiental, año XII, núm.1., 2005, p. 2 (En el momento de emitir esta opinión, los autores formaban parte del Comité Ejecutivo del Consejo Hídrico Federal (COHIFE); PINTO, M., *El régimen jurídico de los ríos interprovinciales en Argentina*, cit. p. 263.

que la provincia de Mendoza junto con la Fiscalía del Estado Provincial interpusieron una acción declarativa de inconstitucionalidad frente a la Ley 25.688 por entender que la misma es contraria a los art. 5, 31,41, 121 y 124 CN así como a la Ley 25.675 de política ambiental. La CSJN mediante sentencia de marzo de 2009 resolvió la causa sin pronunciarse sobre el fondo alegando que no correspondía a la Corte resolver sobre la inconstitucionalidad planteada en cuanto el proceso carecía de “caso”–por no tratarse de un acto en ciernes al que se atribuya ilegitimidad– careciendo la vía judicial utilizada de carácter consultivo¹¹⁸⁶. Este silencio sobre las cuestiones de fondo, que deberán antes o después ser objeto de pronunciamiento de la Corte hace indispensable el análisis doctrinal, que como no puede ser de otra manera, presenta posturas contrarias.

Así pues, a los efectos de establecer una posición en este trabajo, han de analizarse las dos líneas doctrinales esgrimidas respecto de la validez y constitucionalidad de la Ley 25.688. Una línea restrictiva representada entre otros por PINTO o PIGRETTI pone en tela de juicio esta Ley, sobre la base de argumentos emanados de la reserva de facultades provinciales establecidas en la Constitución. De modo general los autores sostienen que una ley nacional que regula la gestión ambiental de aguas, para estar conforme a lo establecido en el art. 41 CN, debe encuadrarse exclusivamente en un objeto limitado a la protección ambiental, evitando adentrarse en las cuestiones que atañen al manejo y gestión de los recursos naturales. En concreto, cualquier regulación que apunte al dominio o gestión de los recursos naturales, en este caso el agua, violaría las facultades provinciales de legislar sobre sus recursos naturales en función de lo dispuesto en el art. 124 CN. En este sentido, no dudan en señalar que en realidad, esta ley no contempla tales presupuestos mínimos sino que excede en mucho las competencias nacionales avanzando en aspectos normativos que pertenecen a las competencias de las provincias. En este sentido PINTO señala que “una simple lectura de la ley 25.688 permite observar que la misma profundiza su regulación exclusivamente en aspectos de gestión, y delega la materia de protección a la reglamentación. En cambio, si se entromete en aspectos propios de la administración general de las aguas, conceptualizando desde su art. 1 que determina presupuestos mínimos para el aprovechamiento y uso racional de las aguas.

¹¹⁸⁶ Cfr. PINTO, M., *El régimen jurídico de los ríos interprovinciales en Argentina*, cit. p. 212; “La ley de presupuestos ambientales hídricos”, *La Ley Gran Cuyo*, 2003, p. 258.

Igualmente, se excede la materia de protección autorizada constitucionalmente y se entromete en acciones propias de la gestión que corresponde a los Estados provinciales cuando se fija la unidad ambiental de gestión del agua, cuando se crean organismos consultivos de la autoridad responsable de la gestión hídrica, a los que les encomienda colaborar en dicha labor de gestión, cuando se establece el contenido de "utilización de las aguas", cuando estipula preceptos sobre usos de las aguas, o cuando establece facultades de declaración administrativa de áreas de reserva¹¹⁸⁷. También en este sentido se ha manifestado PIGRETTI cuando mantiene que, “la Ley 25.688 se denomina Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, y para ser sincero, de cuestiones ambientales no trata y si en cambio se presenta como una ley de manejo político de aguas... La cuestión ambiental es incidental en el texto, creemos, que no debió llamarse de gestión ambiental, sino simplemente de cuencas hídricas. Tampoco creemos que se trate de presupuestos mínimos. Pese a su brevedad, su contenido es de presupuestos máximos de manejo de aguas pero nada del ambiente. La designación que criticamos tentará al Poder Ejecutivo a dictar reglamentaciones distorsivas. Hay una suerte de desesperación jurídica por lograr convertir al país federal en un país unitario, sin necesidad alguna de realizar una reforma constitucional¹¹⁸⁸”.

Examinada la postura restrictiva, seguimos a WALSH para delimitar la tesis que defiende la constitucionalidad de la Ley 25.688. El autor hace hincapié en la dificultad de identificar con claridad los límites de los arts. 41 y 124 CN señalando que “entre estos dos límites existe una zona gris que, en términos prácticos, resulta difícil bajar a tierra y plasmar en lineamientos concretos”¹¹⁸⁹. El autor sitúa la verdadera problemática de la norma en la dificultad práctica de deslindar cuando una norma es ambiental o cuando pertenece al ámbito estricto de los recursos naturales. Así señala que, “en el caso de la gestión hídrica, atenta la importancia que tiene la protección del recurso, es tarea más que compleja separar la gestión *per se* del recurso de los aspectos que hacen a su protección “ambiental”. Es claro que el uso excesivo del agua, altera el

¹¹⁸⁷ PINTO, M., “Ley de presupuestos ambientales hídricos”, *LL Gran Cuyo*, junio 2003, p. 2.

¹¹⁸⁸ PIGRETTI, E. A ., “Gestión Ambiental de Aguas”, *Anales de la legislación Argentina*, LXIII-A , pp. 1417 -1418.

¹¹⁸⁹ WALSH, J. R., *Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial creada por la Resolución 68/03 del COFEMA en el marco del Convenio suscripto con la Fundación para el Desarrollo Forestal Ambiental y del Ecoturismo Patagónico*, 2003, p. 72.

ecosistema hídrico, sin embargo, la regulación de los usos siempre ha sido considerado una atribución propia del sector hídrico o hidráulico. ¿Pueden escindirse tan prolijamente los dos aspectos? Con esta visión estrecha de “lo ambiental”, una ley en materia de presupuestos mínimos en materia hídrica se reduciría únicamente a la elaboración de estándares de vertido y nada más. Esta visión no parece tener coincidencia, ni con el espíritu de la Carta Magna, ni con los principios del desarrollo sustentable que la misma pregona y que han sido recogidos por la Ley General del Ambiente”¹¹⁹⁰. Es en atención a estos principios que se desprenden del Texto constitucional y que quedan recogidos en la LGA que WALSH mantiene que la Ley 25.688 cumple con estos identificando uno de los motivos de su constitucionalidad, así reconoce que, “un criterio orientador para determinar si una norma de presupuestos mínimos reúne los requisitos señalados, sería su cotejo con los objetivos que persigue la Carta Magna y la Ley General del Ambiente. En este sentido, los objetivos de garantizar el desarrollo sustentable y la utilización de los recursos naturales tienen un amplio e incuestionado sustento jurídico (artículo 41 C.N., Ley 25.675, artículos 1 y 2, incs. a; d; e; j, etc) y deberán aparecer en forma prominente en cualquier norma de presupuestos mínimos. En el caso de la Ley de Aguas, estos objetivos están consignados, si bien no con la claridad que hubiese sido deseable. Considera WALSH que a la luz de los principios ambientales señalados por la LGA la ley de gestión de aguas cumple mucho de ellos aunque no los mencione expresamente de forma que el fin tuitivo podría justificarse “La Ley de Aguas en sus objetivos y en su texto cumple con varios de los principios enunciados (Principio de prevención; Principio de progresividad; Principio de sustentabilidad; Principio de Solidaridad y Cooperación). Los principios de solidaridad y cooperación resultan de particular relevancia en materia de aguas en lo que hace al manejo de cuencas y recursos compartidos entre más de una jurisdicción”¹¹⁹¹.

Es cierto que por la propia característica del recurso hídrico y su fundamental importancia para el desarrollo de una política ambiental, es especialmente complejo separar la cuestión de la protección ambiental del recurso de las cuestiones que atañen a su administración y uso. En este sentido, GONZÁLEZ ARZAC, explica que “la

¹¹⁹⁰*Ibidem*, p. 74.

¹¹⁹¹ WALSH, J. R., *Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial ...*, cit., p. 73.

Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, reunida en Río de Janeiro en 1992 incluyó en su temario la protección de las aguas dulces y su calidad, en especial los criterios integrados para la puesta en valor de la gestión y la utilización de los recursos hídricos. Luego, en el programa de acción XXI se incluyó un capítulo de protección y gestión de los recursos de agua dulce (cap. 18 de la parte II). Allí se ha destacado la importancia de la planificación y gestión para mantener la provisión adecuada de agua de buena calidad, sostener las actividades humanas, luchar contra las enfermedades y proteger las funciones hidrológica, biológica y química de los ecosistemas. Y se ha destacado que los recursos hídricos deben ser evaluados y protegidos, y deben fijarse objetivos nacionales para el uso del agua dulce: “hay que definir claramente la relación entre el agua dulce y el efecto del desarrollo para permitir una planificación adecuada”¹¹⁹²

En línea con lo anterior WALSH sostiene que “no puede negarse que existe un marco de fondo en donde existen pretensiones encontradas desde los ámbitos sectoriales más involucrados en la cuestión (el área ambiental y el área de manejo hídrico. Debemos recordar que la gestión debe ser transversal, más allá de quien pueda ejercer coyunturalmente la autoridad administrativa en la materia. No importa quien gestione. Importa el qué y el cómo se gestiona y que se realice dentro de los lineamientos de la gestión sustentable”¹¹⁹³. De las palabras de WALSH, que en realidad reconoce defectos en la norma si bien de forma moderada, se podría desprender una suerte de puerta abierta a la intromisión de la Nación en las competencias provinciales que atentaría directamente contra los pilares de la distribución constitucional en materia de aguas y medioambiente en los términos que han quedado expuestas en este trabajo. Asimismo, supondría un cercenamiento al federalismo de concertación que nutre la reforma constitucional de 1994. Si bien en este sentido resulta clamorosas las afirmaciones efectuadas por MÜLLER quien puso de manifiesto que, “cuando se comenzó a estudiar la presentación legislativa de esta norma, nos orientamos en una propuesta del ex. Consejo Nacional de Posguerra, presidida por el entonces Coronel

¹¹⁹² GONZALEZ ARZAC, F., “Sobre el uso racional del agua dulce”, en CAFFERATTA, N. A., (dir.) *Summa Ambiental*, T. III, AbaledoPerrot, Buenos Aires, 2011.

¹¹⁹³ WALSH, J. R., *Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial creada por la Resolución 68/03 del COFEMA en el marco del Convenio suscripto con la Fundación para el Desarrollo Forestal Ambiental y del Ecoturismo Patagónico*, 2003, pp. 74-75.

Juan D. Perón, que atribuyó facultades regulatorias de los ríos interprovinciales en organismos federales para asegurar su racional y armónica utilización en todo su curso de acuerdo con la población y necesidades de cada Provincia. La reforma constitucional de 1948 afianzó este criterio cuando facultó al Congreso de la Nación para legislar (art. 68 inc. 14) y al Poder Ejecutivo para ejercer la policía de los ríos interprovinciales (art. 83 inc. 2) y nacionalizó las caídas de agua¹¹⁹⁴. Resulta difícil no ver extralimitaciones competenciales en la Ley 25.688 cuando la autora del proyecto de la propia ley fundamenta su posición pretendiendo rebrotar el espíritu de la Ley Nacional 13.030 sobre jurisdicción nacional en aguas, y el Decreto 6767/1945, de 19 de abril.

Cerramos este acápite con un examen sistemático y sucinto de los preceptos que integran la Ley 25.688, a efectos de poder obtener una visión de las principales tachas que la doctrina atribuye a la norma, así:

Art. 1: *“Esta ley establece los presupuestos mínimos ambientales, para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional”*. Las críticas de los autores que defienden la postura restrictiva son prácticamente unánimes a la hora de señalar como lo hace GUARINO ARIAS que “una simple lectura de la ley nos permite afirmar que la misma no contiene ni un solo presupuesto mínimo ambiental”¹¹⁹⁵. Si bien, respecto a este precepto resulta contundente la pregunta lanzada por PINTO quien, expresando su rechazo al precepto, señala “¿Es que bajo la excusa ambiental la Nación puede entrometerse en aspectos de uso y aprovechamiento racional como podrían ser, por ejemplo, la eficiencia de los sistemas de riego provinciales, o la dotación de agua fijada para cada tipo de uso?”¹¹⁹⁶.

Art. 2: *“A los efectos de la presente ley se entenderá: Por agua, aquella que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales o artificiales, superficiales y subterráneas, así como a las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas. Por cuenca hídrica superficial, a la región*

¹¹⁹⁴ MÜLLER, M., “Gestión ambiental de aguas: una estrategia de uso sustentable”, *Revista La Ley*, Suplemento de Derecho Ambiental, de 11 de mayo de 2005, p. 1.

¹¹⁹⁵ GUARINO ARIAS, A., “El agua, principal elemento del medio ambiente. una polémica ley argentina: la ley 25.688 de gestión ambiental del agua y su posible incidencia sobre el Acuerdo del Colorado y el COIRCO (comité interjurisdiccional del río colorado)”, *VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho*, Bogotá, 14-17 de noviembre de 2007, p. 2.

¹¹⁹⁶ PINTO, M., “Ley de presupuestos ambientales hídricos”, cit. p. 3

geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas”.

Art. 3: *“Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles”.* En relación a este art. Señala VALLS que sería el único que podría considerarse incluido en los presupuestos mínimos que el art. 41 CN autoriza¹¹⁹⁷. Aun así podría cuestionarse la unidad de cuenca, válida para la gestión del agua, como unidad válida para la gestión del medio ambiente. En todo caso se hace eco de la indivisibilidad de la cuenca principio internacionalmente reconocido.

Art. 4: *“Créanse, para las cuencas interjurisdiccionales, los comités de cuencas hídricas con la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de las cuencas hídricas. La competencia geográfica de cada comité de cuenca hídrica podrá emplear categorías menores o mayores de la cuenca, agrupando o subdividiendo las mismas en unidades ambientalmente coherentes a efectos de una mejor distribución geográfica de los organismos y de sus responsabilidades respectivas”.* Entendemos que se produce de nuevo una injerencia por parte de la norma en las competencias provinciales en la medida en la que la creación de los Comités de Cuenca corresponde a la jurisdicción local. Además, pese a la obligación de su creación la norma no hace alusión al procedimiento que debe seguirse ni a los elementos de organización, por ello puede entenderse que la “creación de comités de cuencas” es un precepto vacío. En este sentido, GUARINO ARIAS, señala que “más allá de considerar que no es facultad del Congreso de la Nación, legislar sobre la creación de los comités de cuenca, la ley en examen contiene un vacío legislativo que la convierte en inexistente”¹¹⁹⁸.

Art. 5: *“Se entiende por utilización de las aguas a los efectos de esta ley: a) La toma y desviación de aguas superficiales; b) El estancamiento, modificación en el*

¹¹⁹⁷ VALLS, M., “Ley 25688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas ¿Presupuestos mínimos ambientales o policía federal de actividades que causen impacto ambiental significativo sobre otras jurisdicciones”, *JA*, fascículo núm. 32002, y *JA*, T. II, 2003.

¹¹⁹⁸ GUARINO ARIAS, A., “El agua, principal elemento del medio ambiente. una polémica ley argentina: la ley 25.688 de gestión ambiental del agua y su posible insidencia sobre el Acuerdo del Colorado y el COIRCO (comité interjurisdiccional del río colorado)”, *Cit.*, p. 8.

flujo o la profundización de las aguas superficiales; c) La toma de sustancias sólidas o en disolución de aguas superficiales, siempre que tal acción afecte el estado o calidad de las aguas o su escurrimiento; d) La colocación, introducción o vertido de sustancias en aguas superficiales, siempre que tal acción afecte el estado o calidad de las aguas o su escurrimiento; e) La colocación e introducción de sustancias en aguas costeras, siempre que tales sustancias sean colocadas o introducidas desde tierra firme, o hayan sido transportadas a aguas costeras para ser depositadas en ellas, o instalaciones que en las aguas costeras hayan sido erigidas o amarradas en forma permanente; f) La colocación e introducción de sustancias en aguas subterráneas; g) La toma de aguas subterráneas, su elevación y conducción sobre tierra, así como su desviación; h) El estancamiento, la profundización y la desviación de aguas subterráneas, mediante instalaciones destinadas a tales acciones o que se presten para ellas; i) Las acciones aptas para provocar permanentemente o en una medida significativa, alteraciones de las propiedades físicas, químicas o biológicas del agua; j) Modificar artificialmente la fase atmosférica del ciclo hidrológico. No cabe duda que la regulación de los usos es una competencia exclusiva de las provincias, por lo que en realidad la Ley se centraría únicamente en aquellos usos que tuvieran un impacto ambiental, como señala WALSH “si bien la norma contiene diferentes alusiones a la utilización de las aguas, lo que constituiría una intromisión inadmisibles en la esfera provincial, casi todas estas definiciones se refieren a actividades con algún grado de incidencia sobre la calidad del agua o la alteración de su curso. Es perfectamente factible, por lo tanto “relacionar” estas actividades o utilizaciones con el fin o propósito ambiental perseguido por la Ley”¹¹⁹⁹. Sin embargo, este razonamiento es aplicable a la práctica totalidad de actividades desarrolladas por el hombre por lo que las normas sectoriales de presupuestos mínimos de protección ambiental se harían infinitas. En realidad, por la amplitud señalada los aspectos ambientales deben quedar señalados en la Ley General del Ambiente.

Art. 6: *“Para utilizar las aguas objeto de esta ley, se deberá contar con el permiso de la autoridad competente. En el caso de las cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de*

¹¹⁹⁹ WALSH, J. R., *Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial...*, cit.,p. 73.

Cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen". Entendemos que se trata esta de una clara injerencia de la Ley en la gestión de los recursos hídricos provinciales. Como señala PINTO, "la notoriedad del exceso de esta cláusula en desmedro del derecho público provincial y del sistema normativo que regula los bienes de dominio público evita cualquier otro comentario"¹²⁰⁰. Sin embargo, autores como WALSH entiende que "para las jurisdicciones que cuentan con una sofisticada institucionalidad en la materia, el requisito del permiso constituye una definición tan genérica y básica que no merece ser considerada como una intromisión seria en las facultades locales. En lo sustantivo, lo único que la Ley de Aguas está diciendo es que las jurisdicciones provinciales deben regular el uso del agua, lo que constituye en todo caso una redundancia y no un avasallamiento a las facultades locales"¹²⁰¹.

Art. 7: "*La autoridad nacional de aplicación deberá: a) Determinar los límites máximos de contaminación aceptables para las aguas de acuerdo a los distintos usos; b) Definir las directrices para la recarga y protección de los acuíferos; c) Fijar los parámetros y estándares ambientales de calidad de las aguas; d) Elaborar y actualizar el Plan Nacional para la preservación, aprovechamiento y uso racional de las aguas, que deberá, como sus actualizaciones ser aprobado por ley del Congreso de la Nación. Dicho plan contendrá como mínimo las medidas necesarias para la coordinación de las acciones de las diferentes cuencas hídricas*". De la lectura del precepto se desprende un contenido de protección ambiental enfocado a la calidad y cantidad de las aguas, si bien, al igual que ocurre respecto al art. 1 existe una clara alusión al aprovechamiento y uso racional de las aguas por parte de la Nación que debe subrayarse es un deber y una competencia provincial. Además, debe tenerse en cuenta que en este caso, que la norma, en lugar de sentar los verdaderos presupuestos mínimos, difiere toda la regulación normativa sustancial a la autoridad de aplicación, lo que a juicio del autor es una verdadera aberración jurídica porque por vía de reglamentación anómala confiere potestad legislativa al órgano ejecutivo, en una clara

¹²⁰⁰ PINTO, M., "Ley de presupuestos ambientales hídricos", cit. p. 3

¹²⁰¹ WALSH, J. R., *Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial ...cit.*, p. 73.

violación a la división de poderes que consagra la CN¹²⁰². En este sentido señala PINTO que “la misma Constitución que por delegación autorizó a la Nación a dictar normas de presupuestos mínimos de protección, prohibió al Congreso delegar materia legislativa. Así el artículo 76 de dicha Carta fundamental estableció que: "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materia determinada de la administración o de emergencia pública con plazos fijados para su ejercicio y dentro de las leyes de delegación que el Congreso establezca"¹²⁰³. De este modo, el único artículo de la norma que contempla realmente aspectos de protección ambiental podría considerarse inconstitucional al devenir contrario al art. 76 CN.

Art. 8: “La autoridad nacional podrá, a pedido de la autoridad jurisdiccional competente, declarar zona crítica de protección especial a determinadas cuencas, acuíferas, áreas o masas de agua por sus características naturales o de interés ambiental”.

Tanto el art. 7 como el art. 8 hacen alusión a la “autoridad nacional”, sin embargo, nada aclara sobre quien es esta Autoridad. Al respecto señala WALSH que, “esta autoridad ambiental nacional será, por ejemplo, quien desempeña y asista al Poder Ejecutivo en las tareas de la definición de las políticas ambientales, interactúe con las diferentes reparticiones sectoriales de la administración pública nacional y en general asegure que la política ambiental se cumpla e implemente en todas las áreas sectoriales en la forma transversal que exige una política ambiental moderna. Esta Autoridad Ambiental Nacional será quien además represente a la Nación en las políticas de concertación de políticas ambientales con las Provincias, en el seno del COFEMA. En este sentido vale la pena distinguir entre un modelo institucional federal donde, las provincias y la Nación concurren a conformar una identidad política común, cada uno de ellos dentro del marco de sus respectivas competencias, y un modelo donde la política nacional es la sumatoria de los intereses locales”¹²⁰⁴.

¹²⁰² MATHUS ESCORIHUELA, M., “La legislación y la administración del agua en la actualidad entre la utopía y la realidad”, ponencia en XX Congreso Nacional del Agua, Mendoza, mayo 2005, publicado digitalmente en la Actas del referido Congreso.

¹²⁰³ PINTO, M., *El régimen jurídico de los ríos interprovinciales en Argentina*, cit., p. 269.

¹²⁰⁴ WALSH, J. R., *Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial creada por la Resolución 68/03 del COFEMA en el marco del Convenio suscripto con la Fundación para el Desarrollo Forestal Ambiental y del Ecoturismo Patagónico*, Cit., p. 20.

Entendemos por tanto que en la actualidad la Autoridad Nacional Ambiental corresponde a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable.

Art. 9: “*El Poder Ejecutivo reglamentará esta ley dentro de los 180 días de su publicación y dictará las resoluciones necesarias para su aplicación*”, a juicio de GUARINO ARIAS “lo más peligroso es justamente, el haber concedido al Poder Ejecutivo Nacional la facultad de dictar las resoluciones necesarias para su aplicación”¹²⁰⁵. Cabría apreciar aquí una suerte de delegación en el poder ejecutivo que contraviniese el art. 29 CN.

Son muchos más los autores que se han pronunciado sobre la constitucionalidad o no de la norma, si bien, se trata esta de un cuestión que necesariamente debe ser resuelta por la Corte Suprema pues hasta que no exista un pronunciamiento del Alto Tribunal que dirima las controversias expuestas no quedará resuelto el problema de las posibles extralimitaciones competenciales que presenta la Ley 25. 688. Mientras esto llega, debería valorarse la oportunidad por parte del Congreso de que, en ejercicio de sus competencias, presente el aparente consenso doctrinal incluso de aquellos autores que defienden la constitucionalidad de la norma, de revisar y corregir lo que WALSH denomina “reparos técnicos”¹²⁰⁶ presente que tales cuestiones han convertido a la Ley 25.688 en “letra muerta” no teniendo la aplicación deseada.

II. LEADING CASE AMBIENTAL. LA CAUSA “MENDOZA” UN PROCESO AUTÓNOMO Y URGENTE

Mediante el presente trabajo se ha pretendido examinar la situación de la Cuenca Matanza-Riachuelo como paradigma de deuda ambiental histórica. En este sentido, ha sido necesario analizar, si bien de forma sucinta, el origen de la actual situación de contaminación de la Cuenca, las medidas que de forma progresiva se han ido adoptando por las diferentes AAPP implicadas a fin de recuperar el ecosistema dañado

¹²⁰⁵ GUARINO ARIAS , A., “El agua, principal elemento del medio ambiente. una polémica ley argentina: la ley 25.688 de gestión ambiental del agua y su posible incidencia sobre el Acuerdo del Colorado y el COIRCO (Comité interjurisdiccional del río colorado)”, cit. p. 6

¹²⁰⁶ WALSH, J. R., *Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial* .cit, p. 74.

y, finalmente, los resultados que en la actualidad ofrecen los diferentes programas de saneamiento aprobados por las Autoridades Nacionales. Todo ello, utilizando de telón de fondo uno de los fallos jurisprudenciales más significativos que, desde el punto de vista ambiental, han sido dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, esto es, el dictado para resolver la causa “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)” de 8 de julio de 2008. Asimismo, se efectúa una especial referencia a la ACUMAR, como Autoridad de Cuenca responsable del cumplimiento de los objetivos marcados en la meritoria sentencia de la Corte, encargada de llevar a término el que pudiera convertirse en uno de los mayores ejemplos de justicia ambiental.

1. Localización y descripción de la problemática de la cuenca

La Cuenca Matanza-Riachuelo (en adelante, CMR) se encuentra geográficamente localizada al Noreste de la Provincia de Buenos Aires, limitando al Norte con la Cuenca del Río Reconquista, al Sur y al Oeste con la Cuenca del Río Salado y al Este con el Río de la Plata, ocupando una superficie aproximada de 2240 kilómetros cuadrados hasta su desembocadura en el Río de La Plata. El territorio comprendido por esta Cuenca abarca la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA) y 14 partidos de la Provincia de Buenos Aires¹²⁰⁷. Dentro de la CMR se distinguen tres áreas: Cuenca Alta, Cuenca Media y Cuenca Baja, división que responde a razones geográficas, económicas, políticas, sociales y a las diversas problemáticas que atraviesa la región. El Río Matanza Riachuelo tiene una extensión aproximada de 75 kilómetros, desde el nacimiento de la Cuenca en la Provincia de Buenos Aires¹²⁰⁸ hasta su desembocadura en el Río de la Plata¹²⁰⁹, y constituye el límite Sur de la CABA. Recibe aportaciones de un gran número de cursos de aguas

¹²⁰⁷ Lanús, Avellaneda, Lomas de Zamora, Esteban Echeverría, La Matanza, Ezeiza, Cañuelas, Almirante Brown, Morón, Merlo, Marcos Paz, Presidente Perón, San Vicente, Las Heras.

¹²⁰⁸ En el límite de los partidos de Marcos Paz y Cañuelas, por la confluencia de los arroyos Rodríguez, Morales, Cañuelas y Castro.

¹²⁰⁹ Esta desembocadura origina el nombre del tradicional “Barrio porteño de La Boca”.

naturales, concretamente doscientos treinta y dos afluentes, arroyos a cielo abierto y entubados y desagües pluviales.

La CMR representa una de las zonas más urbanizada e industrializada de toda Argentina, dando cobertura a casi el 13% de la población total de la Nación¹²¹⁰. Los datos facilitados por la Autoridad Riachuelo Matanza (en adelante, ACUMAR), según el último censo consultado, indican que son más de 8 millones de personas las que habitan la Región, quedando expresamente reconocida la existencia de sectores críticos de concentración de villas de emergencia¹²¹¹. En general, la situación de infraestructuras urbanísticas en el área es deficitaria. En el año 2009, la cobertura de agua potable alcanzaba un 65% de la población de la Cuenca y el porcentaje de población servida con cloacas en la zona era del orden del 45%, con lo que más de la mitad de sus habitantes descargan a pozos negros o fosas sépticas dando lugar a que los ríos de la Cuenca recibieran aproximadamente 368.000 metros cúbicos de aguas residuales domésticas por día, de las que solo el 5% recibían tratamiento previo¹²¹². Además, como decíamos, el sector industrial se encuentra especialmente concentrado en la Cuenca Baja del Riachuelo, contándose la presencia de más 3.000 empresas altamente contaminantes destacando el conocido Polo Petroquímico de Dock Sud¹²¹³.

¹²¹⁰ GREENPEACE, *Plan de Rescate para el Riachuelo. Campaña de tóxicos/Riachuelo*, abril de 2009. p. 4.

¹²¹¹ Las barriadas indigentes ocupan una extensa área en los alrededores de las Villas Fiorito, Diamante, Albertina y los Puentes Pueyrredón y Avellaneda.

¹²¹² MALPARTIDA A. R., “Cuenca Matanza-Riachuelo, Revisión de Antecedentes: Recursos Naturales. Compuestos xenobióticos y otros contaminantes de la Cuenca”. *Primeras Jornadas en Salud Ambiental*, 4 y 5 de julio de 2006, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, p. 6.

¹²¹³ En el marco del Plan Integral de la Cuenca Matanza Riachuelo, el Polo Petroquímico de Dock Sud se considera una prioridad debido al deterioro ambiental del área en cuestión. Éste alberga en la actualidad un elevado número de empresas industriales, incluyendo destilerías de petróleo y plantas de depósito de productos químicos y petroleros, constituyendo uno de los principales puntos de transferencia de sustancias químicas y combustibles de Argentina. Los procedimientos de carga y descarga de fluidos entre los tanques de los buques de carga y las instalaciones de tierra son susceptibles de pérdidas y fugas, por lo cual conforman una potencial fuente de contaminación atmosférica para aquellos compuestos volátiles en condiciones ambientales y también del curso de agua, suelo y acuíferos subterráneos. La actividad desarrollada ha producido un impacto importante sobre la población de Dock Sud y en los de la denominada Villa Inflamable. Se trata de un área sometida a una compleja situación ambiental, ocasionada por la contaminación de los suelos y aguas superficiales y subterráneas, fruto de las fuentes de emanaciones gaseosas (tanto fijas como móviles) existentes dentro del Polo Petroquímico de Dock Sud. Las mismas, junto con los efectos directos de la contaminación por hidrocarburos (derrames, vuelcos clandestinos, etc.) y las descargas de residuos de distinta tipología y grado de peligrosidad, han generado un mosaico heterogéneo de situaciones de contaminación por residuos peligrosos (hidrocarburos y metales pesados). Asimismo, debe tenerse en cuenta el elevado número de empresas radicadas en el área, su cercanía física a

Fruto de esta situación de sobre-industrialización han llegado a verterse a los ríos de la Cuenca casi 90.000 metros cúbicos de desechos industriales por día¹²¹⁴. La situación descrita, junto con el particular régimen hidráulico del Riachuelo,-que invierte el sentido de escurrimiento de sus aguas dos veces al día por efecto de las mareas que afectan el Río de la Plata-, y las inundaciones periódicas en la Cuenca fruto tanto de elevada precipitaciones como de las sudestadas¹²¹⁵, - que impiden el drenaje de las aguas pluviales hacia la desembocadura-, constituyen factores fundamentales que inciden en el actual estado de contaminación de la CMR.

los núcleos de población, el impacto generado por las actividades inherentes o asociadas al funcionamiento de cada una de las referidas empresas, y a los procesos, productos y sustancias que se manejan o almacenan en el área. A dicha situación, de por sí compleja, hay que añadir que en el Polo Dock Sud, de acuerdo con las últimas estadísticas disponibles en la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, en el año 2004 un total de 913 familias vivían en Villa Inflamable, cifra que en 2013 se ha visto incrementada. Los problemas identificados, en términos de calidad de vida y salud de los habitantes, son la falta de infraestructura urbanísticas básicas y el progresivo asentamiento de nuevos pobladores. La convivencia de empresas petroleras y depósitos de productos químicos genera una situación de alta complejidad con riesgos potenciales a la salud y seguridad de la población del área de influencia que queda permanentemente expuesta a continuas emisiones gaseosas de industrias de alto impacto. Como decíamos, actualmente constituye una de las prioridades del Plan Integral de la Cuenca Matanza Riachuelo, habiéndose diseñado un programa específico cuyo objetivo se centra en la disminución del riesgo de la salud humana mediante la minoración de la contaminación atmosférica y del suelo, facilitando la relocalización de sus pobladores a otras zonas donde no estén expuestos a los niveles de contaminación que posee el Polo. En este sentido, la ACUMAR aprobó el “Plan Maestro y Reordenamiento Territorial del Dock Sud”, dirigido a modificar aspectos jurisdiccionales, físicos y de seguridad ambiental del puerto del Dock Sud, operando especialmente sobre las estrategias a corto y medio plazo, desarrollando el reordenamiento lógico y operativo del territorio portuario y brindando las herramientas que permitan su sostenibilidad económica y ambiental. Este Plan constituye una herramienta de revisión en el medio plazo conforme a las determinaciones que fijara la CSJN en la causa “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”, lo cual hizo necesario replantear las directrices establecidas sobre la planificación portuaria del Dock. <http://www.acumar.gov.ar/Informes/Gestion/plandocksud.pdf>

¹²¹⁴ MALPARTIDA, A. R., *Cuenca Matanza-Riachuelo*, ... cit. p. 6.

¹²¹⁵ Según el Servicio Meteorológico Nacional de Argentina la Sudestada es un fenómeno meteorológico común a una extensa región del Río de la Plata, caracterizado por una rápida rotación de vientos fríos del Sur al cuadrante del Sudeste que satura las masas de aire polar con humedad. Si el viento se mantiene durante varios días y, dado que el eje del Río de la Plata es coincidente con la dirección del viento, el arrastre del viento sobre las aguas del río interfiere con el normal desagüe del Río de la Plata, lo que produce el aumento del nivel del mismo sobre la costa argentina y dificulta el drenaje de cauces menores. En áreas costeras pobladas tanto de Uruguay como de Argentina, como en Quilmes, Tigres, el barrio de La Boca, Barracas o el Delta del Paraná son frecuentes las inundaciones.

2. Origen histórico de la deuda ambiental

El Riachuelo Matanza se erige adalid de la contaminación nacional argentina. Su contaminación histórica, perpetuada durante más de 200 años, ha CONDENADO a los cursos de agua de la Cuenca y a sus habitantes a una situación de gravedad ambiental palmaria. Sin embargo, pese al aparente abandono del Riachuelo por parte de las autoridades, no han sido pocos los intentos, al menos teóricos, de procurar una solución a tan flagrante problema. Basta remontarse a principios del siglo XIX para comprobar que nos enfrentamos a un problema que viene de antaño. Así, junto con el primer Plan Regulador de la Ciudad de Buenos Aires de 1802, pueden identificarse normas como la Ley con forma de Decreto de 31 de mayo de 1822 del gobernador MARTIN RODRÍGUEZ, refrendada por Bernardino Rivadavia, por el que se ordenaba que los saladeros se establecieran a una legua distante de la ciudad, o el Decreto del 10 de febrero de 1860, reiterativo de una medida ya adoptada en 1830, por el que se prohíbe que se arrojen al Riachuelo los desperdicios de la faena de los saladeros "*por la necesidad urgente de disminuir la putrefacción de sus aguas*". Si bien, frente a la ineficacia de esta medida, en 1868, el gobernador Alsina ordenaba a los saladeros destruir los residuos en otra forma que no fuera arrojarlos al Riachuelo y mantener las instalaciones en perfecto estado de higiene¹²¹⁶. La efectividad de las medidas adoptadas quedaría en entredicho a la luz de las noticias del momento. A comienzos de 1871, en plena epidemia de fiebre amarilla, el diario La Nación publica la siguiente descripción del Riachuelo:

"El lecho del Riachuelo es una inmensa capa de materias en putrefacción. Su corriente no tiene ni el color del agua. Unas veces sangrienta, otras verde y espesa, parece un torrente de pus que escapa a raudales de la herida abierta en el seno gangrenado de la Tierra. Un foco tal de infección puede ser causa de todos los flagelos, el cólera y la fiebre. ¿Hasta cuándo inspiraremos el aliento y beberemos la podredumbre de ese gran cadáver tendido a espaldas de nuestra ciudad?"¹²¹⁷.

¹²¹⁶ En 1868, el gobernador Alsina ordenaba a los saladeristas que quemaran diariamente los residuos sólidos; que los residuos que se conservaran para ser usados como combustible debían ser regados con alquitrán y que sólo se podía tirar al Riachuelo los residuos líquidos (el agua de cola, el suero de a sangre y la salmuera).

¹²¹⁷ GREENPEACE, *Riachuelo, 200 años de contaminación*, Campaña de Tóxicos, Mayo de 2010, p. 13.

Ese mismo año, el Congreso de la Provincia de Buenos Aires aprueba la Ley de 6 de septiembre de 1871, fijando las condiciones bajo las cuales podrían establecerse lo saladeros, acordando retirar la autorización de aquellos establecimientos que no cumplieran con los nuevos requisitos. La puesta en marcha de las medidas previstas en esta norma dieron lugar a uno de los primeros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) en materia ambiental, concretamente el dictado en la causa “Saladeristas Podestás, Bertram, Anderson, Ferrer y otros c/ Provincia de Buenos Aires”¹²¹⁸. En esta sentencia el Alto Tribunal sienta una de las bases fundamentales del Derecho medioambiental argentino, vinculando las autorizaciones concedidas a la inocuidad de la actividad desarrollada y supeditando éstas a la salud pública de la que el Gobierno es garante. Consecuencia de lo anterior, la CSJN rechazó tanto la declaración de inconstitucionalidad de la Ley, así como la pretendida indemnización de daños y perjuicios solicitada por los saladeristas. Como decíamos, parece consolidarse así la premisa fundamental, sustrato del Derecho Ambiental, según la cual, en caso de conflicto, los intereses individuales ceden ante la preeminencia del interés general afectado¹²¹⁹. En cualquier caso, las aquí enunciadas no fueron las únicas normas reguladas, proliferando un sin fin más de normas a lo

¹²¹⁸ CSJN “Saladeristas Podestás, Bertram, Anderson, Ferrer y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 170:273, CXVIII.278 y XXXI.23, sentencia de 14 de mayo de 1887. La CSJN desarrolló un análisis indirecto de la tutela de la salud pública. La Corte consideró que el dictado de una legislación provincial que reglamentaba el ejercicio de una industria en tutela de la salud pública —estableciendo o modificando condiciones en miras a su inocuidad y regulando los establecimientos “insalubres”—, no violaba los derechos adquiridos ni el derecho de propiedad de los titulares de un permiso de fecha anterior, cuya autorización fue retirada en virtud de la nueva normativa.

¹²¹⁹ En los referidos autos “Saladeristas...” de 1887 cit. la CSJN desestimó la demanda por considerar: “IV. Que la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida, por los hechos, pues en tal caso el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza y no solamente puede imponer el establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos totalmente inocuos”. Reflexión que continúa en el Consid. 7º en los siguientes términos: “que las autorizaciones en virtud de las cuales se forman los establecimientos de industria no tienen ni el carácter de una ley que ligue al Poder Administrativo, ni el carácter de un contrato civil que obligue al Estado para con los industriales”; agrega la Corte: “...se sigue que éstos no pueden oponer al Estado estas autorizaciones como un título que les da el derecho de mantener sus establecimientos a despecho de los peligros y de los inconvenientes que pueden presentar, o el derecho de ser indemnizados cuando la autoridad administrativa, para poner fin a estos peligros, los manda cesar o modificar las condiciones de su explotación”.

largo de todo el siglo XX que, dirigidas a prevenir la progresiva contaminación del Riachuelo, finalmente no llegan a producir resultado efectivo¹²²⁰.

3. Las medidas organizativas adoptadas por el ejecutivo nacional a partir de los años noventa y sus exiguos resultados: comité ejecutivo y comité ejecutor

Pese a la notable actividad normativa desarrollada, e incluso, tras haber recibido el respaldo judicial de la propia CSJN, la contaminación de la CMR, lejos de detenerse y corregirse, continuó implacable. El progresivo desarrollo industrial y poblacional de la zona, junto con la ausencia de una debida ordenación, condujo a la urgente e impostergable necesidad de encarar el saneamiento de la cuenca hídrica que componen los ríos La Matanza y Riachuelo. Es por ello que a principios de los años noventa, el Estado Nacional decidió elaborar un Programa de saneamiento de la CMR, con el fin de restaurar el equilibrio del referido ecosistema, encargando dicha tarea a un Comité Ejecutivo intergubernamental¹²²¹. Entre los años 1993 y 1995 se mantuvo en activo el

¹²²⁰ VALLS identifica entre otras normas históricas las siguientes: “La ley de la provincia de Buenos Aires del 6/9/1871 que dispuso la clausura de los saladeros del Riachuelo, el decreto del 26/4/1877 de la provincia de Buenos Aires, que suspendió las faenas de los saladeros de Barracas, y nombró la comisión científica que propuso medidas provisorias, por tres meses, los decretos del 18/5/1877 y del 20/12/1877, que los sometieron a los procedimientos aconsejados por la Comisión, hasta el 1/1/1878, el decreto del 4/1/1878, que mandó que las faenas cesaran el 15/1/1878, el decreto del 20/2/1878, convertido en ley el 2/11/1878, que las reabrió bajo condiciones provisorias, la ley del 7/6/1879, que exoneraba del impuesto de saladeros a todos los establecidos o que se establecieran fuera de la línea determinada por ella y, finalmente, el decreto del 14/2/1881, confirmado por la ley del 6/9/1881, que prohibió absolutamente las faenas de los saladeros y graserías situados en el municipio sobre el río de Barracas y sus inmediaciones, y dentro de la línea determinada por la ley del 7/6/1879 recién citada. (...) También hizo su parte el Congreso de la Nación en 1891 cuando mediante la ley 2797 prohibió arrojar residuos industriales en los ríos de la República sin el tratamiento que los torne inofensivos, y en 1903, cuando la ley 4198 encomendó al Poder Ejecutivo Nacional adoptar dentro de la Ciudad de Buenos Aires todas las medidas para impedir la contaminación del agua del Río de la Plata y de la segunda napa freática, impuso la depuración previa de las aguas servidas provenientes directa o indirectamente de casas particulares, establecimientos industriales y otros cualesquiera que se arrojasen al Río de la Plata, o a cursos de agua que en él desemboquen en parajes donde puedan producir la contaminación (art. 2), y prohibió establecer fábrica o taller de cualquier clase que sea, o casa-habitación, con desagüe de aguas servidas al Río de la Plata o a cursos de agua que en él desemboquen sin previa autorización del Poder Ejecutivo (art. 3), y encomendó al Poder Ejecutivo, por intermedio de la Dirección de las Obras de Salubridad, que ejerciera la inspección y vigilancia necesarias para el cumplimiento de sus disposiciones (art. 5), con la facultad de imponer multas y efectuar por cuenta de los interesados, cuando éstos se rehusaren a hacerlos, los trabajos u operaciones de saneamiento que se les ordene, y para clausurar cualquier establecimiento insalubre. VALLS M.F., “La enseñanza de un fallo histórico: contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo”, *JA, T. IV*, pp.1211-1361.

¹²²¹ El Consid. 3º del Decreto núm. 1093/93, de 24 de mayo de 1993, por el que se crea el Comité Ejecutivo para el Saneamiento de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo,

Comité Ejecutivo Matanza-Riachuelo, creado mediante Decreto Nacional n° 1093/93, con la función de coordinar las acciones interjurisdiccionales de los distintos organismos competentes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal involucrados en el proceso de saneamiento de la CMR y los medios necesarios para elaborar, desarrollar y ejecutar el proyecto y las obras de saneamiento de la Cuenca¹²²². De conformidad con el art 4 del referido Decreto¹²²³, el Comité Ejecutivo se encontraba integrado por un representante de la Secretaría de Recursos

publicado en el B.O. el 9 de junio de 1993, reconoce la necesidad de crear un órgano intergubernamental que afronte el Programa de Saneamiento de la CMR con el fin de restaurar el equilibrio del ecosistema dañado. La naturaleza interadministrativa del referido Comité queda acreditada de acuerdo a su composición que, prevista en el art. 4 del Decreto de referencia, integra dos representantes del Ejecutivo Nacional (un representante de la entonces Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Presidencia de la Nación y un representante de la entonces Secretaría de Obras Públicas Comunicaciones del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos), un representante de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, invitándose además a un representante de la Provincia de Buenos Aires. Asimismo, quedaba previsto que, una vez acordados los términos y modalidades de la participación de Coordinación Ecológica del Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) en el proyecto de saneamiento, se incorporaría de pleno derecho al Comité un representante del mencionado organismo. Y todo ello, bajo la presidencia del Secretario General de la Presidencia de la Nación.

¹²²² De conformidad con lo dispuesto en el art. 3 del Decreto de creación del Comité Ejecutivo, las funciones atribuidas al mismo se centran en: a) Coordinar las acciones interjurisdiccionales de los distintos organismos competentes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal involucrados en el proceso de saneamiento de la cuenca hídrica Matanza/Riachuelo. b) Coordinar los medios necesarios para elaborar, desarrollar y ejecutar el proyecto de saneamiento de la cuenca Matanza/Riachuelo y las obras que deben llevarse a cabo como consecuencia del mismo. c) Evaluar, modificar y coordinar el Plan de saneamiento de la cuenca y el cronograma de implementación. d) Determinar las acciones conducentes y los mecanismos que se emplearán en la ejecución del saneamiento y limpieza de lecho y espejo de agua. e) Acordar con la provincia de Buenos Aires cuáles serán los organismos de ejecución y coordinación de las obras de infraestructura necesarias a los fines del saneamiento propuesto, en jurisdicción de los distintos municipios, como asimismo el origen de los recursos para el financiamiento de las mismas. f) Acordar con CEAMSE los términos y modalidades a los que se sujetará su participación en el proyecto de saneamiento de la cuenca Matanza/Riachuelo. g) Receptar y compatibilizar las opiniones de las Municipalidades provinciales ribereñas, en aquellos temas que puedan violentar directamente el bien común que se pretende alcanzar con el proyecto. h) Redactar su reglamento interno y determinar los aportes en recursos humanos e infraestructura administrativa que aportará cada organismo miembro del Comité Ejecutivo.

¹²²³ Art. 4 Decreto Nacional núm.1093/93: *“El Comité Ejecutivo estará presidido por el Señor Secretario General de la Presidencia de la Nación, quien podrá designar un Presidente Alterno que lo asista en la ejecución de sus funciones. Estará integrado por un representante de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Presidencia de la Nación, de la Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y de la municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, todos ellos con nivel no inferior a subsecretario. Invítase a la provincia de Buenos Aires a designar un representante de igual jerarquía y en idénticas condiciones al resto de los organismos de la Administración Pública Nacional y Municipal. Una vez instrumentado el acuerdo previsto en el artículo 2º inciso f) un representante de Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) se incorporará de pleno derecho al Comité Ejecutivo”.*

Naturales y Ambiente Humano de la Presidencia de la Nación, de la Secretaria de Obras Publicas y Comunicaciones del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y de la municipalidad de la ciudad de Buenos Aires. Asimismo se preveía la designación de un representante de la Provincia de Buenos Aires y de la Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE), y todos ellos bajo la presidencia del Secretario General de la Presidencia de la Nación.

La compleja distribución de competencias concurrentes en la CMR, articuladas según diversos criterios territoriales y materiales¹²²⁴, convierte a este Comité Ejecutivo en un verdadero órgano de coordinación y colaboración, tal y como acredita la regulación, junto con las funciones propias del Comité, de las responsabilidades primarias de las entidades concurrentes¹²²⁵.

¹²²⁴ Resumen Ejecutivo del Plan Integral de Saneamiento Ambiental (PISA) de la CMR, de 6 de agosto de 2006, aprobado por Resolución ACUMAR n° 8/2007, p. 14: "En la Cuenca Matanza Riachuelo coexisten 17 jurisdicciones y 29 organismos competentes. Todos ellos con jurisdicción y/o competencia sobre el recurso hídrico y/o su área de influencia. No existe actualmente ningún ámbito de coordinación que permita coherencia jurídico-institucional para implementar la gestión integrada del recurso hídrico. Este es sin duda el primer obstáculo que debe resolver el PISA para garantizar su implementación y sustentabilidad. Cada Organismo dicta normativa que resulta aplicable en el ámbito de su competencia. Estas normas, que en distintas ocasiones, colisionan entre sí, no responden a un enfoque de gestión integrada del recurso hídrico, por lo que no se logra el objetivo de revertir la situación de contaminación de la Cuenca y su área de influencia".

¹²²⁵ La concurrencia de autoridades competentes en la CMR, según criterios materiales diversos cada una en su jurisdicción correspondiente, se comprueba en la propia literalidad del art. 2 del Decreto núm. 1093/93, en el que se señala expresamente que: "Sin perjuicio de las funciones propias del Comité, se determinan las siguientes responsabilidades primarias: Para la Secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Presidencia de la Nación:1) El estudio integral y definitivo para la recuperación ambiental de la Cuenca hídrica del Matanza/Riachuelo, pudiendo efectuarlo por sí o por terceros.2) Evaluar, monitorear y controlar durante las etapas previas, de desarrollo y posterior de las obras, el estado de situación de la Cuenca y el impacto ambiental de las mismas.3) Acordar con la provincia de Buenos Aires la aplicación de las normas referidas a los vertidos de efluentes en todos aquellos casos en que no sean alcanzados por la legislación nacional.4) Ejercer el poder de policía que le compete en cada jurisdicción. Para la Secretaria de Obras Publicas y Comunicaciones del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos:1) Elaboración del proyecto de las obras públicas que hagan al saneamiento y aprovechamiento integral de la cuenca.2) Dirigir, inspeccionar y certificar el desarrollo de las obras en cuestión, pudiendo realizar éstas por sí o por terceros. Para Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE):1) La Ejecución del Programa de Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo aprobado por el Comité Ejecutivo dentro de las modalidades y en los plazos que prevea el acuerdo previsto en el art. 3 inciso f) del presente. (Inciso rectificado por art. 1 del Decreto num. 1603/93, B.O. 03/08/1993. Donde decía: "art. 2 inciso f) del presente", dice: "art. 3 inciso f) del presente"., 2) La disposición final de los residuos sólidos, semisólidos contaminantes y objetos subacuáticos, que se extraigan de la Cuenca y/o su área de influencia. Para la provincia de Buenos Aires 1) La planificación, coordinación, contratación y ejecución de las obras de infraestructura a ejecutarse dentro de su jurisdicción territorial.

En cualquier caso, y pese a su composición interadministrativa, el Comité presentaba en realidad una marcada estructura nacional¹²²⁶. Así, no solo dependía directamente de la Presidencia de la Nación, estando presidido por su Secretario General¹²²⁷, sino que, como indicábamos, se encontraba integrado por la entonces Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Nación, (SRNyAH, Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable después), encargada de llevar a cabo los estudios, evaluaciones y monitoreo ambiental de la Cuenca¹²²⁸; por la Secretaría de Obras Públicas de la Nación encargada de las obras hidráulicas¹²²⁹; la Coordinación Ecológica del Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE), que intervenía en la remoción de residuos¹²³⁰. Reconociéndose, además, funciones expresas a favor del Ministerio de Economía, encargado de la obtención de crédito para la gestión¹²³¹ y de la Sindicatura General de la Nación debía efectuar la fiscalización de dichos fondos¹²³².

¹²²⁶ Tal y como informa la Auditoría General de la Nación (AGN) en su Informe sobre la CMR de abril 2006, *Cuenca Matanza-Riachuelo, Documento de difusión*, p. 5: “Aunque la provincia de Buenos Aires fue invitada a participar, la estructura del Comité Ejecutivo era totalmente nacional incluso sin participación de los Municipios involucrados, y fue disuelta en el año 1996. En este período la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano (luego, Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable) tenía a su cargo el poder de policía en materia de contaminación hídrica en el ámbito de la ex Obras Sanitarias de la Nación (Decreto núm. 776/92), que involucra a la Ciudad de Buenos Aires y a 17 partidos del conurbano bonaerense, parte de los cuales conforman la Cuenca Riachuelo Matanza”.

¹²²⁷ El Comité Ejecutivo fue creado en el ámbito de la Presidencia de la Nación, tal y como reconoce expresamente el art. 1 del Decreto Nacional núm. 1093/93, cuyo tenor literal dispone que: “Créase en el ámbito de la Presidencia de la Nación el Comité Ejecutivo para el saneamiento de la Cuenca hídrica Matanza/Riachuelo”. Asimismo, es en el propio Decreto donde queda previsto que la Presidencia del Comité corresponderá al Secretario General de la Presidencia de la Nación, Cfr. art. 4.

¹²²⁸ Art. 2, párrafo 1º, del Decreto Nacional núm. 19093/93.

¹²²⁹ Art. 2, párrafo 2º, del Decreto Nacional núm. 1093/93.

¹²³⁰ Tal y como señala en el Decreto Nacional núm. 1093/93, la CEAMSE, propiedad al 50% de la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires, fue creada por éstas para realizar la gestión integral de los residuos sólidos urbanos del área metropolitana, cuyas funciones quedan señaladas en el art. 2 párrafo 3º.

¹²³¹ De conformidad con el Consid. 11º del Decreto Nacional núm. 1093/93, el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos quedaba integrado dentro del Programa tanto en lo referido a la ejecución de las obras públicas necesarias para el Programa de Saneamiento, como en lo concerniente a la tramitación de los créditos necesarios para su efectiva implementación. De este modo, en el art. 5 del Decreto se reconocían las funciones que le eran expresamente asignadas: “*Instrúyase al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos la gestión, tanto en el ámbito nacional como internacional, de los fondos necesarios para efectuar los estudios integrales y definitivos para el saneamiento, su plan integral de obras y todo otro insumo necesario para concretar el proyecto. Delegar en el señor Ministro de Economía la fijación de las modalidades, condiciones y garantías a que deberán ajustarse la provincia de Buenos*”.

En marzo de 1995, el Comité Ejecutivo aprobó el Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo (en adelante, PGA), cumpliendo así uno de los objetivos fijados por el mencionado Decreto n° 1093/93.

Si bien, a la luz de la reforma Constitucional de 1994, el Ejecutivo Nacional entendió necesario llevar a cabo un ajuste en el mecanismo institucional del Comité, dando cabida en el mismo al total de jurisdicciones territoriales involucradas directamente en el área de la CMR¹²³³. A tal fin, se aprobaría el Decreto Nacional n° 482/95¹²³⁴ por el que, derogándose el anterior de 1993, se acordaba la creación, en el ámbito de la SRNyAH, del Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, (en adelante, CERM)¹²³⁵. El referido Comité Ejecutor, a diferencia del anterior, quedaba integrado *ex art. 2* del Decreto 482/95¹²³⁶, por un representante del Estado Nacional (SRNyAH), por un representante del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires (Ministro de Obras y Servicios Públicos) y por un representante de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (Secretario de Producción y Servicios), y coordinado por la máxima autoridad ambiental en el orden nacional, la Secretaria de Recursos Naturales¹²³⁷.

Aires, los Municipios o CEAMSE a fin de acceder a fondos del Estado Nacional, o internacionales gestionados por éste, para soportar el costo de las obras que deban realizar en sus respectivos ámbitos territoriales o competencias específicas”.

¹²³² Art. 6 del Decreto Nacional núm. 1093/93: “*La Sindicatura General de la Nación fiscalizará la correcta aplicación de los fondos que financien el programa de saneamiento*”.

¹²³³ Decreto núm. 482/95, Consid. 4º: “*Que en este nuevo organismo deben estar representadas las jurisdicciones territoriales directamente involucradas en el área de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo*”.

¹²³⁴ Decreto núm. 482/95, de 20 de septiembre de 1995, publicado en el B.O. de 27 del septiembre de 1995.

¹²³⁵ Art. 1 del Decreto Nacional núm. 482/95: “*Créase en el ámbito de la Secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Presidencia de la Nación el Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo*”

¹²³⁶ Art. 2 del Decreto Nacional núm. 482/95: “*El Comité Ejecutor, creado por el artículo 1º, estará integrado por la señora Secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Presidencia de la Nación Ingeniera Dña. María Julia Alsogaray; por el señor representante del Gobierno de la provincia de Buenos Aires Escribano D. Hugo David Toledo, Ministro de Obras y Servicios Públicos de dicha Gobernación; y por el señor representante de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires Ingeniero Francisco Stepanik, Secretario de Producción y Servicios de la mencionada Municipalidad*”.

¹²³⁷ Tal y como se recoge en el Consid. 6º del Decreto núm. 482/95: “*Resulta conveniente que la máxima autoridad ambiental en el orden nacional sea quien coordine el organismo que por el presente se crea*”. De este modo, el art. 4 del referido Decreto

De este modo, mediante Decreto n° 1094/96¹²³⁸, se acordó la disolución del Comité Ejecutivo y la reasignación, a favor de la SRNyAH de la Presidencia de la Nación, de las partidas presupuestarias previstas para la Subsecretaría de Recursos Hídricos del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos relativas al programa “Saneamiento de la Cuenca del río Matanza-Riachuelo”¹²³⁹. Asimismo, junto con las modificaciones operadas en el ámbito institucional, el Decreto señalado operó importantes reformas en cuanto a las funciones atribuidas al Comité. De conformidad con los arts. 3 y 4 del Decreto¹²⁴⁰, al CERM le fueron reconocidas, no solo las funciones de coordinación entre los organismos competentes nacionales, provinciales y municipales, sino también la facultad de dictar su propio reglamento

señala que: “Determinase que la Señora Secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano, Ingeniera María Julia Alsogaray tendrá a su cargo la coordinación del Comité Ejecutor, creado por el artículo 1° del presente decreto”.

¹²³⁸ Decreto núm. 1094/96, de 26 de septiembre de 1996, publicado en B.O. de 3 de octubre de 1996.

¹²³⁹ Art. 1 del Decreto núm. 1094/96,: “*Declárase en estado de liquidación el Comité ejecutivo para el saneamiento de la cuenca hídrica Matanza/Riachuelo creado por Decreto N° 1093 del 24 de mayo de 1993, y apruébase el Acta del citado Comité Ejecutivo de fecha 12 de octubre de 1995, que en copia autenticada forma parte como Anexo al presente decreto*”. Art. 2: “*Reasígnanse las partidas presupuestarias correspondientes a la Subsecretaria de Recursos Hídricos del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos relativas al programa 46 - inciso 4 - principal 2 - parcial 2 - proyecto 4 "SANEAMIENTO DE LA CUENCA DEL RIO MATANZA - RIACHUELO" en favor de la Secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Presidencia de la Nación, Jurisdicción 2003 - servicio 317 - programa 17 - proyecto 01 "Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca hídrica Matanza-Riachuelo", de acuerdo a las planillas anexas que forman parte del presente decreto*”.

¹²⁴⁰ Art. 3 del Decreto núm. 1094/96: “*El Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo creado por el artículo 1 del Decreto N° 482 del 20 de setiembre de 1995, además de las establecidas en el art. 3 del decreto citado, tendrá las siguientes atribuciones: a) Coordinar las acciones interjurisdiccionales de los distintos organismos competentes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal involucrados en el proceso de saneamiento de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo; b) Dictar su reglamento interno de funcionamiento, determinar los aportes en recursos humanos e infraestructura administrativa que deberá llevar a cabo cada una de las jurisdicciones territoriales representadas en el Comité Ejecutor, procediendo, en su caso a su respectiva contratación; c) Realizar las tareas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 1° de este decreto, inclusive aquellas tendientes a la conclusión de los actos administrativos en trámite, y d) Llevar a cabo cualquier tipo de acto jurídico o procedimiento necesario o conveniente para ejecutar el Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, en particular implementando las acciones necesarias a fin de adecuar al mismo las obligaciones contractuales de Aguas Argentinas S. A. referidas a la expansión de redes y plantas en el área de la cuenca Matanza-Riachuelo.*

Art. 4 del Decreto núm. 1094/96: “*Encomiéndase al Comité Ejecutor creado por el Artículo 1° del Decreto N° 482 del 20 de setiembre de 1995 que se encargue de la gestión y administración, con carácter de Unidad Ejecutora Central, de los fondos tanto nacionales como internacionales necesarios para llevar a cabo el Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo*”.

interno, la posibilidad de determinar el aporte de recursos humanos e infraestructura administrativa que correspondía a cada una de las jurisdicciones territoriales representadas en el Comité, facultades de contratación, e incluso, la posibilidad de llevar a cabo cualquier tipo de actuación administrativa para ejecutar el PGA, todo ello sin perjuicio de las funciones de gestión de los fondos, tanto nacionales como internacionales, necesarias para llevar a cabo el PGA y que el CERM administraría con carácter de Unidad Ejecutora Central. Asimismo, fueron diversas las alteraciones en las funciones atribuidas dentro del CERM a la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable¹²⁴¹. Si bien, desde el año 2000, la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios coordina las actividades inherentes al organismo¹²⁴².

Sin embargo, pese a las modificaciones organizativas llevadas a cabo respecto de los órganos encargados del saneamiento de la Cuenca, la situación de contaminación ambiental no tuvo mejora. Esta falta de logros fue puesta de manifiesto por el Defensor del Pueblo de la Nación a través de dos informes de notable importancia titulados “Matanza-Riachuelo, la Cuenca en crisis”¹²⁴³. El primero,

¹²⁴¹ En 1996 se producen cambios en las funciones reconocidas a la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable que deben ser tenidos presentes respecto de la gestión del Miembro Coordinador en el Comité Ejecutor: la misma Secretaría que tiene a su cargo la coordinación del CERM desempeña también funciones en materia de política hídrica, evaluación hídrica y contaminación hídrica. Como señaló la AGN, entre 1998 y 1999, la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable de la Presidencia de la Nación detentó todas las funciones de política hídrica, poder de policía y obra hidráulica que le competen al gobierno nacional en el ámbito de la Cuenca. Estas funciones sólo precisaban de la coordinación con el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, responsable de la parte de la Cuenca que está fuera del ámbito de aplicación de la ex Obras Sanitarias de la Nación.

¹²⁴² Mediante el Decreto núm. 20/99 se producen grandes modificaciones en la estructura de la administración centralizada, la ex Secretaría de Desarrollo Sustentable y Política Ambiental (Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable) pierde sus funciones en materia de política y obra hidráulica, absorbidas por la Subsecretaría de Recursos Hídricos, que vuelve a tener bajo su órbita las dos áreas: política hídrica y obra hidráulica, y pasa a la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Infraestructura y Vivienda. Por Decreto núm. 200/00, la Subsecretaría de Recursos Hídricos adquiere, además, las competencias en política hídrica y obra hidráulica. La estructura de la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios fue aprobada por el Decreto núm. 1142/03, de 26 de noviembre de 2003.

¹²⁴³ En el año 2002 a instancias de la Asociación de Vecinos "La Boca", que denunció la situación de contaminación ambiental de la CMR, el Defensor del Pueblo de la Nación inició la actuación núm. 9924/2002, en cuyo marco se llevó adelante una investigación que dio lugar a dos informes especiales publicados bajo el título *Matanza Riachuelo, la Cuenca en crisis*. El primer informe publicado en el año 2003 realizó un diagnóstico del estado de situación de la CMR en sus distintos aspectos y a partir de ello, reafirmó la gravedad de esta problemática y la necesidad de medidas concretas por parte de

publicado en 2003¹²⁴⁴, recogía un diagnóstico del estado de situación de la CMR seguido por un conjunto de recomendaciones; el segundo, publicado en 2006 denunciaba la inacción de la Administración y la falta de respuesta a las recomendaciones realizadas en 2003. Ese mismo año, la Auditoría General de la Nación¹²⁴⁵, (en adelante, AGN), publicaría un informe con los resultados de una inspección efectuada al CERM -período septiembre de 1995 a junio de 2005-, y en el que, junto con la denuncia del deterioro ambiental de la Cuenca, la AGN efectúa una serie de recomendaciones destacando la necesaria creación de una verdadera Autoridad de Cuenca que permita la recuperación ambiental del área. La AGN hace especial hincapié en el hecho de que, a fin de conseguir los propósitos marcados, esta Autoridad de Cuenca debe disponer de recursos propios que le permitan atender prioritariamente la evaluación integral de los riesgos sanitarios y sociales vinculados a los riesgos ambientales, debiendo actuar en materia de control de la contaminación, planificación del uso del suelo, determinación de niveles de calidad del recurso y de límites de vertidos de acuerdo con la capacidad de autodepuración del río, y planificación de la gestión de la Cuenca con miras a la protección de los recursos naturales¹²⁴⁶.

las autoridades responsables. El segundo Informe, publicado en el año 2006, realizó un seguimiento de lo recomendado constatándose la inacción de la administración y la falta de respuesta a las recomendaciones realizadas. Frente a esa situación, y en uso de la legitimación activa que le otorgan la Constitución Nacional (en adelante, CN) y la Ley 25.675, General del Ambiente, (en adelante, LGA), el Defensor del Pueblo decidió participar como tercero interesado en la causa “Mendoza”.

¹²⁴⁴ El primero de los informes se publicó el 4 de diciembre de 2003, y fue seguido por un conjunto de recomendaciones recogidas en las resoluciones 31/2003, 112/2003, 43/2006, 44/2006, 46/2006, 47/2006 y 48/2006.

¹²⁴⁵ De conformidad con lo dispuesto en el art. 85 CN: “*El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación. Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara.(...) Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos*”.

¹²⁴⁶ En el año 2006, la AGN puso de manifiesto que el CERM, pese a las funciones que le fueron reconocidas, nunca fue una verdadera Autoridad de Cuenca, tratándose, en realidad, de un organismo creado por medio de una norma nacional, (Decreto núm. 482/95), establecida por una de las instancias institucionales, con la integración de autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires. La AGN funda sus consideraciones en el hecho de que el CERM no adquirió funciones diferenciadas de las partes o jurisdicciones que lo crearon, no se le delegaron funciones de ningún tipo (no habilita, no sanciona, no certifica), no tiene poder de policía en materia de contaminación

4. La causa “Mendoza” y el reconocimiento de los derechos de tercera generación

Vista la inoperancia de cuantas medidas habían sido adoptadas respecto a la ejecución efectiva del PGA y presente la situación real de contaminación de la CMR, en 2004 se inicia ante la CSJN la que finalmente se conocería como causa “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)” (en adelante, causa “Mendoza”), sin duda una de los pronunciamientos más emblemáticos del derecho medioambiental argentino. El reconocimiento de una deuda ambiental histórica, la consolidación de los derechos de tercera generación o la configuración por el Alto Tribunal de un procedimiento *ad hoc* caracterizado por sus fundamentales innovaciones en este campo, convierten el Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) de 8 de julio de 2008, en una sentencia histórica enmarcada en el que algunos autores han denominado el “Tiempo de las Cortes verdes”¹²⁴⁷.

La CSJN dio un paso al frente en el fortalecimiento del Derecho Ambiental destacando la fundamental importancia de la dimensión social del medio ambiente otrora supeditada al desarrollo industrial y económico. Para ello, partiendo del decidido activismo jurisdiccional que deben tener los jueces en casos ambientales, el Alto Tribunal configuraría el especial diseño del presente procedimiento,

industrial o cloacal o residuos sólidos urbanos, no es autoridad de aplicación en materia de radicación industrial ni ordenamiento del territorio, no tiene ninguna injerencia en la regulación del curso de agua, y además, los recursos humanos con que cuenta revisten en la categoría de contratados sin estabilidad y con alta rotación. En realidad, la estructura jurídica institucional del Comité Ejecutor no resultó adecuada para desarrollar una gestión de saneamiento, por carecer de funciones propias, capacidad ejecutora y de suficiente peso institucional para coordinar jurisdicciones y organismos involucrados. Consecuencia de lo anterior, el PGA no solo tuvo que ser completado con estudio posteriores sino que fue deficitariamente ejecutado por el CEMR. Visto lo anterior, la AGN recomendaría, entre otras cuestiones, la creación de una Autoridad de Cuenca con funciones directas y suficiente de poder de policía en materia de contaminación, definición de estrategias de saneamiento y objetivos de calidad, y con el objeto de desarrollar una gestión de saneamiento, proponiendo la suscripción de un Convenio con todos los niveles de gobierno involucrados en la Cuenca (Nación, Provincia de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios de la provincia).

¹²⁴⁷ CAFFERATTA, N.A., “El tiempo de las Cortes Verdes”, *La Ley*, T. B, 2007,p. 423.

proporcionando una solución específica a las necesidades de un proceso que la propia Corte ha definido como "*urgente y autónomo*"¹²⁴⁸.

Así pues, se analizan a continuación, si bien de forma sucinta, aquellas innovaciones procedimentales que introducidas por el Alto Tribunal en la causa objeto de estudio pudieran comprender las bases de un procedimiento ambiental universal, pues como señala VALLS, la causa Mendoza proporciona "una valiosa experiencia para inspirar un proceso típicamente ambiental"¹²⁴⁹.

4. 1. Las partes del procedimiento: personaciones espontáneas y ampliación de demanda

La integración de las partes procesales en la causa "Mendoza" no quedó exenta de especialidades. Hoy pueden distinguirse, por un lado, un frente activo integrado por los demandantes (diecisiete vecinos de un asentamiento urbano del Dock Sud y profesionales del Hospital Fiorito)¹²⁵⁰ y los terceros interesados (el Defensor del Pueblo de la Nación, cinco ONGs como FARN, CELS, Asociación de vecinos de la Boca, Greenpeace y Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos, y los actores de la causa "*Verga, Ángela y otros v. Estado Nacional y otros s/ medida cautelar*"), y de otro, la parte codemandada, compuesta por los Gobiernos de la Nación, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires (CABA), catorce municipios de la provincia de Buenos Aires, Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) y cuarenta y cuatro empresas. Si bien, como decíamos, la composición inicial de las partes procesales no fue la apuntada

¹²⁴⁸ CSJN, "Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)", Fallos 331:1622, Sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 15°.

¹²⁴⁹ VALLS, señala que, "*para tramitar esta causa la Corte diseñó de oficio un proceso ad hoc que provee una valiosa experiencia para inspirar un proceso típicamente ambiental. Es cierto que no hay dos casos iguales, pero la estructura del litigio ambiental es universal. Y en este caso la Corte expone su pensamiento. No asume en este caso la gestión del recurso natural, como hiciera la Corte norteamericana en casos similares, sino que, juzgando si es correcta la administración ambiental de la Cuenca que ejercen los Gobiernos de la Nación, la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires les fija pautas de acción e impone la ejecución de un Plan de Saneamiento cuyo cumplimiento supervisa minuciosamente. Su creación procesal se detuvo allí*". VALLS, M.F., "La Corte Suprema de Justicia de la Nación marca pautas sobre su criterio en materia ambiental", *Equipo Federal de Trabajo*, sección Jurisprudencia Corte Suprema, núm. 45, febrero de 2009: Disponible en <http://www.e-pol.com.ar>.

¹²⁵⁰ CSJN, "Mendoza", Fallos 329:2316, Sentencia de 20 de junio de 2006, Consid. 3°.

supra, pudiendo observarse a lo largo del proceso tanto solicitudes de personación espontáneas como ampliaciones de demanda frente a nuevos sujetos pasivos.

4. 1. 1. Integración del frente activo

En julio de 2004, un grupo de diecisiete personas formado por vecinos de un asentamiento urbano de Dock Sud y profesionales del Hospital Fiorito, ambos del partido bonaerense de Avellaneda, interpusieron demanda frente a los Gobiernos de la Nación, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires y frente a cuarenta y cuatro empresas situadas en la proximidad de la Cuenca, por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación de la zona. Para el ejercicio de sus pretensiones, los actores intervinieron como legitimados extraordinarios *ex arts.* 41 y 43 CN y 30 de la Ley 25.675, General del Ambiente (LGA), alegando la tutela del medio ambiente como bien colectivo¹²⁵¹.

Si bien, una vez iniciado el procedimiento, la CSJN admitiría la incorporación como terceros interesados de nuevos sujetos¹²⁵². Tal fue el caso del Defensor del Pueblo, admitido en la causa en los términos del art. 90 CPCCN, conforme a lo previsto en los arts. 41 y 86 de la CN y 30 de la LGA, mediante resolución de la Corte Suprema de 24 de agosto de 2006¹²⁵³; de cuatro de siete organizaciones no

¹²⁵¹ Bien colectivo como el medio ambiente que por su naturaleza jurídica es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, correspondiendo en primer lugar la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, el resarcimiento de conformidad con lo previsto en el art. 28 de la Ley 25.675, General del Ambiente (LGA).

¹²⁵² Sobre la condición de tercero que tiene lugar en este proceso es importante tener en cuenta lo señalado por NAPOLI, y ESAIN, cuando afirman que: “la figura clásica del tercero no es idéntica en un proceso de corte individualista de lo que sucede en el proceso de interés colectivo. El tercero en el proceso decimonónico se presenta a fin de hacer valer un derecho propio y exclusivo, vinculado con el objeto de una causa que se lleva adelante entre otros. En el caso de un proceso de interés público, el objeto del litigio no es ajeno sino un bien jurídico de naturaleza colectiva que pone al tercero en la misma posición que los propios actores, porque ellos son tan titulares del mismo como los que forman parte del proceso como actores. Este matiz que surge en los procesos colectivos modifica la forma en que se debe pensar la figura de la tercería en los procesos colectivos”. NAPOLI, A., / ESAIN, J., “Riachuelo: Habemus sentencia”, *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, núm. 16, p. 100.

¹²⁵³ En un prime momento, el Defensor del Pueblo pretendió incorporarse a la causa a través de la figura de *amicus curiae*, reconocida por la Corte Suprema mediante Acordada núm. 28/2004, de 20 de julio de 2004, alegando la afectación de intereses colectivos bajo su custodia. Al ser rechazado este rol por el Alto Tribunal, la Defensoría de la Nación recurrió a su legitimación constitucional *ex arts.* 41 y 86 CN y art. 30 LGA, personándose en la causa “Mendoza” en condición de tercero en los términos del art. 90 CPCCN, resultando así admitido mediante CSJN, “Mendoza”, Fallos: 329: 3445, Sentencia

gubernamentales (ONGs) -FARN, CELS, Asociación de vecinos de la Boca y Greenpeace-, incorporadas mediante resolución de 30 de agosto de 2006¹²⁵⁴, y de la "Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos"¹²⁵⁵ y de un grupo de vecinos parte en la causa "Verga, Ángela y otros v. Estado Nacional y otros s/ medida cautelar"¹²⁵⁶, que resultaron incluidos en el procedimiento, en igual condición de terceros, mediante resolución de 20 de marzo de 2007¹²⁵⁷.

de 24 de agosto de 2006. El origen de la incorporación a la causa del Defensor del Pueblo se halla en la deficitaria situación de la CMR puesta de manifiesto por el funcionario -actuación núm. 9924/2002- a través de dos informes titulados "Matanza-Riachuelo, la Cuenca en crisis". En su primer informe, publicado en el año 2003, el Defensor del Pueblo realizó un diagnóstico del estado de situación de la CMR, señalando la necesidad inmediata de adoptar medidas concretas por parte de las autoridades responsables. En el segundo informe, publicado en el año 2006, se realizó un seguimiento de las recomendaciones efectuadas constatándose la inacción de la Administración. Fruto de la deplorable situación de la Cuenca y de la inactividad de los Gobiernos, el Defensor del Pueblo tomaría la decisión de intervenir como parte en la causa "Mendoza".

¹²⁵⁴ CSJN, "Mendoza", Fallos: 329:3528, Sentencia de 30 de agosto de 2006. Como señalábamos, si bien fueron siete las ONGs que pretendieron sumarse a la causa, solo cuatro de ellas consiguieron su objetivo. Las organizaciones Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Fundación Greenpeace Argentina, Fundación Metropolitana, Fundación Ciudad, Poder Ciudadano, Centro de Estudios Legales y Sociales, y Asociación Vecinos de La Boca, se presentaron espontáneamente en la causa "Mendoza" solicitando, con apoyo en lo dispuesto en el art. 30 de la Ley 25675, tomar intervención como terceros interesados en los términos previstos en el art. 90 CPCCN. A la luz de esta petición de integración, la CSJN llevaría a cabo un análisis detallado de los estatutos de cada una de estas organizaciones concluyendo que, tanto la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Fundación Greenpeace Argentina, Asociación Civil Centro de Estudios Legales y Sociales, como la "Asociación Vecinos de La Boca" gozaban de legitimación suficiente para intervenir en el proceso como terceros. El Alto Tribunal entendió que las ONGs citadas intervenían a fin de garantizar los fines propios de su creación -reconocidos expresamente en sus respectivos estatutos asociativos-, defendiendo un interés legítimo de las organizaciones para preservar un derecho de incidencia colectiva, como es el medio ambiente, y no a través de un genérico actuar en defensa del interés general y difuso de que se cumpla con la Constitución y las leyes. En base a este argumento, la Corte Suprema denegaría la participación de las agrupaciones Fundación Metropolitana, Fundación Ciudad y Poder Ciudadano, al entender que, a la luz de sus estatutos, no surgía la necesaria vinculación entre los respectivos objetos estatutarios y la pretensión ventilada en la causa.

¹²⁵⁵ La "Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos" solicitó su incorporación a la causa en los mismos términos que anteriormente lo habían hecho las ONGs ya incorporadas. La Corte, mediante su pronunciamiento de 20 de marzo de 2007, y tras examinar las disposiciones de su estatuto asociativo, entendió justificada su legitimación, siendo la situación de esta ONGs substancialmente análoga a la examinada por el Tribunal en su pronunciamiento del 30 de agosto de 2006.

¹²⁵⁶ Un grupo compuesto por setenta personas, vecinos de los asentamientos ubicados en la desembocadura del Riachuelo, parte en el Expte. V.625.XLII "Verga, Ángela y otros c/ Estado Nacional y otros s/ medida cautelar", solicitó de la Corte Suprema, en miras a la tutela del medio ambiente como bien de incidencia colectiva, e invocando su condición de afectados en forma directa por el daño en la salud por la contaminación imperante, la acumulación de su expediente a la causa "Mendoza" a fin de evitar pronunciamientos contradictorios respecto de pretensiones que cuentan con una causa común. El Alto Tribunal denegaría la acumulación solicitada, admitiendo, mediante resolución de 20 de marzo de 2007, su participación en el proceso en condición de terceros

Tras esta última incorporación, la Corte Suprema declararí­a definitivamente integrado el frente activo, entendiendo suficientemente representada la condición de afectados y/o interesados en cuanto al da­ño colectivo, previniendo el Alto Tribunal que no serí­a admitida ninguna otra petici3n de incorporaci3n m1s all1 de las reconocidas hasta la fecha¹²⁵⁸.

4. 1. 2. Integraci3n de la parte demandada

Inicialmente, la demanda se dirigi­r­a frente a los Gobiernos de la Naci3n, de la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas ribere­nas. La acci3n se ejerciti3 frente al Estado Nacional al tratarse el Riachuelo de una v­a navegable e interjurisdiccional respecto de la cual corresponde a la Naci3n las competencias de regulaci3n y control de conformidad con lo dispuesto en el art. 75, incs. 10 y 13 CN. Del mismo modo, se actu3 frente a la provincia de Buenos Aires en su condici3n de titular del dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, *ex arts.* 121 y 124 de la Ley Fundamental. Responsabiliz1ndose a la Ciudad Aut3noma de Buenos Aires, en su car1cter de corribere­na del Riachuelo, al tratarse 1ste, en el 1rea de su jurisdicci3n, de un bien de su dominio p1blico, quedando la CABA obligada a la utilizaci3n racional y equitativa de sus aguas y del resto de recursos naturales del r­o, su lecho y subsuelo, evitando causar perjuicio a los dem1s corribere­nos y correspondi1ndole la preservaci3n de la flora y la fauna de su ecosistema como reserva natural, *ex art.* 8 de la Constituci3n local.

La parte actora dirigi3 su pretensi3n de forma conjunta frente a los citados Gobiernos por el incumplimiento de las disposiciones ambientales vigentes. Su posici3n se fundamentaba, entre otras cuestiones, en la desviaci3n de fondos espec­ficos de un pr1stamo otorgado por el Banco InterameriCANO de Desarrollo (BID) para el "Programa de Gesti3n Ambiental y de Manejo de la Cuenca H­drica Matanza Riachuelo", -Decreto n1 145/98¹²⁵⁹-, hacia objetivos ajenos a la soluci3n de la

interesados. Cfr. "Mendoza", Fallos, 330:1158, Sentencia de 20 de marzo de 2007, Consid. 41.

¹²⁵⁷ CSJN, "Mendoza", Fallos: 330: 1158, sentencia de 20 de marzo de 2007.

¹²⁵⁸ *Ib­dem*, Consid. 61.

¹²⁵⁹ Decreto n1m.145/98, B.O. de 4 de febrero de 1998, por el que se aprueba el modelo de Contrato de Pr1stamo destinado al Programa de Gesti3n Ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo, para ser suscripto con el Banco Interamericano de Desarrollo.

problemática ambiental denunciada y en la omisión del debido ejercicio de facultades de control e implementación de políticas preventivas idóneas. Tal y como señaló la Procuración General de la Nación en su Dictamen de 20 de diciembre de 2004, los actores pretendían determinar la responsabilidad de los Gobiernos por el incumplimiento de su deber de preservación y protección ambientales, al considerar que éstos contribuyeron, ya sea con su acción u omisión, a la contaminación industrial de la CMR¹²⁶⁰.

Por último, resultaron demandadas las empresas aledañas, verdaderas artífices de la contaminación, por volcar directamente al río los residuos peligrosos, por no construir plantas de tratamiento, por no adoptar nuevas tecnologías y por no minimizar los riesgos de su actividad productiva¹²⁶¹.

Definido así el bloque de codemandados, e iniciado ya el procedimiento, tuvo lugar una ampliación de la demanda dirigida frente a catorce municipios bonaerenses y frente a la CEAMSE. Al respecto debe señalarse que, no fue la parte actora –vecinos del Dock Sud y profesionales del Hospital Fiorito–, la que promovió la referida ampliación, sino que la misma fue instada por la Defensoría del Pueblo de la Nación seguida de las ONGs en su condición de terceros. Así, el Defensor del Pueblo, al tiempo de solicitar ser parte en la causa, puso en conocimiento de la Corte Suprema su intención de ejercitar acciones frente a las municipalidades de Almirante Brown, Avellaneda, Cañuelas, Esteban Echeverría, Ezeiza, General Las Heras, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Marcos Paz, Merlo, Morón, Presidente Perón y San Vicente, por la omisión impostergable del control de la contaminación y la

De conformidad con el art. 1 de este Decreto, se aprobaba el modelo de Contrato de Préstamo N° 1059/OC-AR para el Programa de Gestión Ambiental de la CMR, suscrito entre la Nación argentina y el Banco Interamericano de Desarrollo, por una suma de doscientos cincuenta millones de dólares estadounidenses (US\$ 250.000.000), con cargo a los recursos de la Facilidad Unimonetaria del Capital Ordinario del Banco. Este importe, de conformidad con los Considerandos 3° y 4° del mismo Decreto, se destinarían a financiar estudios y acciones relacionadas con la ejecución del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, teniendo por finalidad primordial llevar a cabo las acciones necesarias para el saneamiento ambiental de la Cuenca, el control y prevención de las inundaciones que la afectan y la recuperación de su calidad ambiental.

¹²⁶⁰ Dictamen de la Procuración General de la Nación, Procurador Fiscal subrogante Ricardo O. Bausset, de 20 de diciembre de 2004, recogido en CSJN “*Mendoza*”, Fallos 329:2316, Sentencia de 20 de junio de 2006, Consid. 2°.

¹²⁶¹ *Ibidem* Consid.1°

recomposición del medio ambiente dañado¹²⁶². En la misma línea, las ONGs solicitaron al Alto Tribunal la ampliación de la demanda frente a las municipalidades referidas y frente a CEAMSE¹²⁶³.

Sin embargo, no tratándose los terceros de verdaderos legitimados, ambas pretensiones resultaron rechazadas por la Corte Suprema. Así, mediante resolución de 24 de agosto de 2006, el Alto Tribunal desestimó la petición formulada por el Defensor del Pueblo al entender que, si bien el funcionario estaba legitimado para intervenir en el procedimiento respecto al objeto perseguido en la demanda, su condición de tercero, a la luz del principio dispositivo, no le permitía modificar el contenido subjetivo dado por el demandante a la pretensión promovida¹²⁶⁴. La Corte subrayó la ilicitud de imponer a los accionantes la obligación de litigar contra quien no habían elegido o la de luchar por un objeto ajeno a su interés. En el mismo sentido, y en base a los mismos fundamentos, la resolución de la Corte de 30 de agosto de 2006 ponía fin a los reclamos de las ONGs en este punto¹²⁶⁵. Sería la parte actora la que, como única

¹²⁶² La intención del Defensor del Pueblo fue la de ampliar la demanda frente a los municipios inicialmente no demandados a fin de obtener una condena por la que se arbitrasen las acciones necesarias para poner fin a la actividad contaminante, alcanzando la recomposición del ambiente dañado de la zona correspondiente a la CMR, solicitando, para el supuesto de imposible recomposición, la compensación de los sistemas ecológicos mediante el procedimiento previsto en el art. 34 de la Ley 25.675.

¹²⁶³ Las ONGs, junto con las pretensiones dirigidas frente a los sujetos ya demandados, solicitaron la intervención de catorce municipios bonaerenses y de Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE). De este modo, interesaron la CONDEna de los codemandados a llevar a cabo las acciones necesarias para el inmediato cese de la actividad contaminante y la recomposición del daño ambiental colectivo existente en el área de la CMR. Las organizaciones incluyeron en su pretensión la conminación de los Gobiernos involucrados a implementar un plan de cese de las actividades contaminantes, saneamiento, recomposición y ordenamiento ambiental del territorio de la Cuenca; la imposición de un cronograma de cumplimiento obligatorio para los demandados; la integración del Fondo de Compensación Ambiental, previsto en el art. 34 de la Ley 25675, para el caso de no ser posible la recomposición del medio ambiente dañado; y, a título cautelar, la realización de actos urgentes para evitar el agravamiento de la salud de los habitantes.

¹²⁶⁴ De conformidad con las consideraciones de la Corte Suprema, la condición del demandante, único titular activo de la relación jurídica procesal, le confiere la absoluta disponibilidad de su pretensión, constituyendo las decisiones discrecionales que adoptare, con las salvedades reconocidas por el propio ordenamiento procesal, un límite infranqueable que desecha de plano todo intento -de parte del tribunal o de cualquier tercero- de imponerle coactivamente la obligación de litigar contra un sujeto que deliberadamente no ha escogido, o por un objeto que es ajeno a su interés declarado. Cfr. CSJN “Mendoza”, Fallos: 329: 3445, sentencia de 24 de agosto de 2006, Consid. 3º.

¹²⁶⁵ Mediante CSJN, “Mendoza”, Fallos 329:3558, sentencia de 30 de agosto de 2006, el Alto Tribunal reiteró el posicionamiento expresando en su resolución de 24 de agosto de 2006 respecto al Defensor del Pueblo de la Nación, y, en consecuencia, denegó la ampliación de demanda que se solicitaba por las ONGs. Cfr. CSJN, “Mendoza”, Fallos 329:3558, sentencia de 30 de agosto de 2006, Consid. 4º.

legitimada, solicitaría finalmente la ampliación de la demanda frente a los catorce municipios en que se extiende la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo y frente a la CEAMSE, en base a los argumentos dados por el Defensor del Pueblo y las ONGs¹²⁶⁶. De este modo, el Alto Tribunal declaró procedente la ampliación, acordando el traslado de la demanda mediante resolución de 22 de agosto de 2007¹²⁶⁷.

Nos hallamos por tanto ante un procedimiento complejo en el fondo y en la forma, que tiene como base el incumplimiento de las obligaciones medioambientales y la necesidad de prevenir los daños derivados del mismo. Como señala ESAIN, “esto quiere decir que no estamos ante un proceso típico, sino ante un proceso litisconsorcial donde el meollo del asunto es una flagrante inconstitucionalidad por omisión de la que, además de violarse la constitución (art. 41CN), se ha devenido generando un daño ambiental”¹²⁶⁸.

4.2. Objeto del procedimiento

Tal y como reconoce la Corte Suprema en su Sentencia de 20 de junio de 2006, la demanda planteada recoge dos reclamaciones claramente diferenciadas¹²⁶⁹. La primera de ellas, referida al resarcimiento de la lesión de bienes individuales, pretendía la indemnización a los particulares de la incapacidades sobrevenidas, gastos por tratamiento médicos, gastos por nueva radicación, daños morales y daños psíquicos sufridos por madres, padres y sus hijos, el daño futuro comprensivo de los gastos que habrá que realizar para liberar a los menores de la contaminación que portan en su organismo y la pérdida del valor locativo de los inmuebles, ascendiendo el total del reclamo, a fecha de interposición de la demanda, a la suma de 5.161.500 \$¹²⁷⁰. La segunda, centrada en la defensa del ambiente como bien de incidencia colectiva, se subdividía a su vez en dos pretensiones distintas en base a la diferencia

¹²⁶⁶ CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, Sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 6º *in fine*.

¹²⁶⁷ CSJN, “Mendoza”, Fallos 330:3663, Sentencia de 22 de agosto de 2007, Resuelvo II.

¹²⁶⁸ ESAIN, J., “Causa por el Riachuelo. Monumento Nacional a la Contaminación”, de 5 de octubre de 2006, disponible en <http://www.jose-ESAIN.com.ar>. Fecha de última consulta, 4 de mayo de 2014.

¹²⁶⁹ CSJN, Fallos 329:2316, sentencia de 20 de junio de 2006, Consid. 6º.

¹²⁷⁰ *Ibidem*, Consid. 3º.

existente entre el daño ambiental *per se* y el daño a los individuos a través del ambiente *ex art. 27 LGA*.

De este modo, el Tribunal cimero distingue entre la pretensión dirigida a la prevención y recomposición del ambiente -única examinada en la Sentencia definitiva de 8 de junio de 2008-¹²⁷¹, y aquella dirigida a la creación de un fondo común de recomposición o patrimonio de afectación -destinado a solventar los gastos que pudieran irrogar los mecanismos antrópicos de recomposición del ecosistema-, y a la obtención de indemnizaciones por el daño moral colectivo causado en función del porcentaje del ambiente que no pudiera ser recuperado¹²⁷². Respecto a esta última pretensión, no referida al futuro sino a la depuración de responsabilidades patrimoniales derivadas de conductas adoptadas en el pasado, la Corte Suprema no entró a resolver en su Sentencia de mérito, dejando el proceso relativo a esta cuestión aún pendiente de Fallo¹²⁷³.

Por último, alegando que la afectación al medio ambiente además de intolerable podría resultar irreversible, la parte actora solicitó de la Corte Suprema la adopción de distintas medidas cautelares como la creación de un fondo público destinado a reparar el daño ocasionado a las víctimas y al desarrollo de acciones válidas para modificar la situación denunciada; la reactivación por el Ejecutivo Nacional del Plan de Gestión Ambiental de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo hasta alcanzar su fin; la implementación de medidas en orden a la inmediata atención de la salud de la población ribereña de la cuenca; la anotación de la litis en la Inspección General de Justicia, en el Registro Público de Comercio y en los Libros de Accionistas de cada una de las empresas codemandadas¹²⁷⁴. Sin embargo, como señala CAMPS, “la Corte

¹²⁷¹ *Ibidem*, Consid. 18°. La CSJN reconoce como objeto exclusivo de la causa la tutela del bien colectivo, identificando como prioridad absoluta la prevención del daño futuro, seguida de la necesaria recomposición y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, el resarcimiento. En el mismo sentido, CSJN “Mendoza”, Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 15°.

¹²⁷² CSJN, “Mendoza”, Fallos 329:2316, sentencia de 20 de junio de 2006, Consid. 4° y 19°. Los actores solicitaron una indemnización destinada a la creación de un fondo común de recomposición -de al menos quinientos millones de dólares- destinado a los bienes colectivos cuya situación pudiera revertirse. En cuanto a los bienes dañados en forma irreversible, se solicitó una indemnización en concepto de daño moral colectivo para reparar la minoración en el goce que la comunidad obtenía del bien dañado.

¹²⁷³ CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 15°.

¹²⁷⁴ La solicitud de adopción de medidas cautelares quedaría argumentada no solo en el entendido de que “la actividad contaminante del medio ambiente y su incidencia

no hará lugar a ninguna de estas peticiones cautelares en lo que hace a las que directamente se vinculan con las pretensiones indemnizatorias individuales de los actores, adopta esa decisión debido a que entiende que no es el tribunal competente para su trámite; y en lo relativo a la protección provisoria del ambiente y la salud de la población involucrada, la condiciona a la obtención de datos que considera esenciales para poder avanzar con el trámite judicial y que reclama tanto a la parte actora como a todos los codemandados, previéndose, asimismo, la realización de una audiencia con participación de los entes gubernativos considerados responsables del estado de la cuenca hídrica de referencia”¹²⁷⁵.

4. 3. La Sentencia interlocutoria de 20 de junio de 2006: primera “CONDENA” de los demandados

No fue hasta el 20 de junio de 2006, dos años después de interpuesta la demanda, que el Alto Tribunal dictó la primera de las resoluciones -Fallos 329:2316- dirigida a superar aquellas cuestiones procesales que pudieran obstar la válida prosecución del procedimiento. La importancia de esta sentencia interlocutoria reside en dos cuestiones cardinales: la delimitación de la competencia de la Corte Suprema y el ejercicio por ésta de las facultades instructoras reconocidas en el art. 32 de la Ley 25.675, General del Ambiente.

4.3.1. Delimitación de la competencia originaria de la Corte Suprema

Frente a la acumulación de acciones ejercitada por la parte actora en su demanda (intereses colectivos-intereses individuales), el Alto Tribunal se vio en la necesidad de determinar el concreto alcance de sus competencias. Así, mediante su resolución de 20 de junio de 2006, la CSJN se declaraba competente -competencia originaria- para

directa sobre la salud de los actores y la población en general son fundamento suficiente a la medida innovativa y/o autosatisfactiva peticionada”, sino que, además al no haberse previsto acciones vinculadas con el saneamiento de la Cuenca, “existía la “elocuente posibilidad” de que de no adoptarse las medidas cautelares solicitadas, la situación de los actores y del medio ambiente se viera agravada corriéndose además el riesgo de que quienes en definitiva resulten individualizados como agentes contaminantes alteren su patrimonio o soliciten su concurso”, CSJN, Fallos 329:2316, sentencia de 20 de junio de 2006, Consid. 5º.

¹²⁷⁵ CAMPS, C.E., “Aspectos destacables de la causa “Mendoza”: más pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el trámite de procesos colectivos”, *JA*, T. IV 2008, p.1167; *Summa Ambiental*, AbaledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. 1011.

conocer exclusivamente de la parte de la demanda en la que los afectados reclamaban como legitimados extraordinarios por la prevención, recomposición y el resarcimiento del daño colectivo derivado de la contaminación ambiental de la CMR.

De este modo, la Corte Suprema, apoyada en el Dictamen de 20 de diciembre de 2004 del Procurador Fiscal Subrogante, Ricardo O. Bausset, admite la radicación del asunto ante su sede conforme al art. 117 de la CN¹²⁷⁶. El Alto Tribunal consideró que el sistema previsto en los arts. 41 y 43 CN y 30 LGA configura el ambiente como "un bien colectivo que, por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, y que en ejercicio de esa tutela los actores reclaman como legitimados extraordinarios"¹²⁷⁷. De este modo, reconoce su competencia originaria fundamentándola en la necesaria tutela del mandato constitucional recogido en el art. 41 CN –el derecho a disfrutar de un ambiente sano y el cumplimiento de la obligación de recomposición del daño ambiental– sujeto a la jurisdicción federal reglada en el art. 116 CN, y en la competencia federal prevista *ex*

¹²⁷⁶ En este sentido, reviste especial importancia el Dictamen de 20 de diciembre de 2004 emitido por el Procurador Fiscal Subrogante, Ricardo O. Bausset, en el que se reconoce la competencia originaria de la CSJN para entender de la presente causa. Así, el Procurador destacaría que uno de los supuestos en que procede la competencia originaria de la Corte, siendo parte una Provincia *ex* art. 117 CN, es cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso o en Tratados con las naciones extranjeras, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 311:1812 y 2154; 313:98 y 548; 315:448; 318:992 y 2457; 322:1470; 323:2380 y 3279). Por tanto, la causa "Mendoza" revestía un manifiesto carácter federal, toda vez que se encuentra afectado un recurso ambiental interjurisdiccional como es la contaminación industrial de la CMR, fundamentado esta consideración en base al contenido del art. 7 párr. 2 de la ley 25.675, de Política Ambiental Nacional que establece que, "*en los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales la competencia será federal*" y en el art. 6 de la Ley 25.688, del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, según el cual, para poder utilizar las aguas objeto de la ley se deberá contar con el permiso de la autoridad competente y que "*En el caso de las cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones, sea significativo, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el comité de cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen*". Visto lo anterior, siendo parte una provincia en una causa de manifiesto contenido federal, el Procurador considera que -cualquiera que sea la vecindad o nacionalidad de los actores- el proceso corresponde a la competencia originaria de la Corte. A mayor abundamiento, pone de relieve que también dicha competencia procede *ratione personae* al ser demandada una provincia conjuntamente con el Estado Nacional. Ello es así, a fin de conciliar lo preceptuado por el art. 117 CN respecto de las provincias "*en todos los asuntos en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente*", con la prerrogativa jurisdiccional que le asiste a la Nación al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto en el art. 116 CN. (Fallos: 311:489 y 2725; 312:389 y 1875; 313:98 y 551; 317:746; 320:2567; 323:702 y 1110, entre otros).

¹²⁷⁷ CSJN, "Mendoza", Fallos 329:2316, Sentencia de 20 de junio de 2006, Consid. 6°.

art. 7 LGA para los supuestos de degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales. Esta hipótesis, tal y como reconoce la propia Corte queda verificada en la causa en la medida en que, por un lado, están involucradas más de una jurisdicción estatal, y por otro, dos de las pretensiones promovidas tienen en mira el presupuesto atributivo de competencia -la degradación o contaminación de recursos ambientales- al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial *ex* art. 27 LGA¹²⁷⁸.

Así, una vez reconocida la competencia originaria para entender de los reclamos concernientes al interés colectivo, la Corte declina conocer de la cuestión atinente a las pretensiones individuales de los demandantes, rechazando la acumulación de acciones intentada para el resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio. El Alto Tribunal puso de manifiesto, entre otras cuestiones, que en realidad, ninguna de las partes implicadas era aforada ante la jurisdicción originaria del Tribunal, no existiendo, ni por razón de las personas ni por la materia, causa suficiente para que la Corte tomara intervención sobre la base de una acumulación subjetiva de pretensiones¹²⁷⁹. Por ello, aun cuando se reconoció en la actuación de la parte actora – incorporar en un mismo pleito pretensiones que, si bien individualmente no habilitan su competencia conjuntamente si lo hace- una respetable estrategia procesal, el Alto Tribunal rechazó la acumulación pretendida señalando que las reclamaciones individuales de esta naturaleza deberían ser reformuladas por los demandantes ante los tribunales que resultaren competentes¹²⁸⁰.

¹²⁷⁸ *Ibidem*, Consid. 7º.

¹²⁷⁹ QUIROGA LAVIE, H., “Las nuevas circunstancias del amparo colectivo. Protección del medio ambiente”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, abril de 2012, núm. 6 (Acceso a la Justicia), pp.169 -181. (Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica).

¹²⁸⁰ La causa “*Mendoza*” forma parte del conjunto de pronunciamientos que, a partir del año 2006, motivaron un cambio de criterio en la determinación de la competencia originaria de la Corte Suprema en pleitos en los que intervienen las provincias. *Vid.* PERRINO, P. E., “Alcance actual de las competencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas en que son partes las Provincias”, *Cuestiones de Control de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. RAP, 2010, pp. 325 y ss. Vista su importancia, analizamos a continuación, si bien de forma sucinta, los principales argumentos utilizados por la Corte Suprema a fin de rechazar su competencia para conocer de las pretensiones intentadas respecto al resarcimiento de la lesión de bienes individuales. El Alto Tribunal descarta, en primer lugar, la presencia de una cuestión que corresponda a la competencia originaria federal por razón de la materia, recurriendo para ello a la noción de causa civil. La Corte determina el alcance de su competencia originaria, asignada por el art. 117 CN en las causas en las que

son parte las provincias, siguiendo las pautas marcadas en CSJN “Barreto, Alberto Damián y otra”, Fallo: 329:759, sentencia de 21 de marzo de 2006. Este fallo dio una nueva caracterización a la noción de causa civil, exigencia prevista para la intervención del Máximo Tribunal en forma originaria en los pleitos entre provincias y vecinos de otras provincias o ciudadanos extranjeros *ex* 24.1 del Decreto Ley 1.285/1958. El criterio sentado, posteriormente reiterado en diversos pronunciamientos de la Corte, reduce el alcance de la causa civil a aquellos litigios exclusivamente regidos por normas o principios de derecho privado, afirmando el Alto Tribunal que no encajan en dicho concepto aquellos supuestos, como los de responsabilidad del Estado por falta de servicios, en lo que se aplican disposiciones del Código Civil por vía de la supletoriedad. Afirma la Corte que en estos supuestos se configuran causas regidas por el derecho administrativo, cuya naturaleza es básicamente local, *ex* art.121 CN. De este modo, a partir de la causa “Barreto”, tal y como ocurre en la causa “Mendoza”, el Máximo Tribunal aplica esta doctrina a todos aquellos litigios de responsabilidad patrimonial de las provincias por considerar que la materia que se ventila es propia del derecho administrativo local, rechazando su competencia originaria al entender que no concurre el recaudo de causa civil exigido como condición *sine qua non* por el art. 24.1 del Decreto Ley 1.285/1958, Cfr. CSJN “Mendoza”, Fallos 329:2316, sentencia de 20 de junio de 2006. Consid. 8°,9°,10° y 11°. Como señala la Corte la conclusión alcanzada no varía por el hecho de que la pretensión comprenda como sujetos pasivos al también al Estado Nacional y a la ciudad de Buenos Aires, pues el privilegio federal del primero está satisfecho con la intervención de los tribunales inferiores de la Nación *ex* art. 116 CN, arts. 2 inc. 6 y 12 ley 48, art. 111 inc. 5 Ley 1893; y en cuanto a la segunda, porque con arreglo a la doctrina establecida en los Fallos 322:2859, 323:1199 y 323:3991 no es una provincia argentina y, en consecuencia, no le corresponde la instancia originaria del tribunal. Cfr. *Ibidem*, Consid. 11°. El Alto Tribunal recurre igualmente, tal y como haría más tarde en su Sentencia de mérito de 8 de julio de 2008 (Fallos 331:1622, Consid. 20°), a la necesidad de limitar las causas de su competencia a fin de preservar sus limitados recursos humanos y materiales, preservando la racionalidad de su agenda, garantizando con ello el responsable ejercicio de sus funciones como máximo interprete de la Constitución, Cfr. CSJN “Mendoza”, Fallos 329:2316, sentencia de 20 de junio de 2006, Consid. 11°. Asimismo entiende que, de haber sido emplazados los demandados en forma autónoma, a éstos ni a ninguna de aquéllas le hubiese correspondido ventilar este asunto ante la jurisdicción originaria que contempla el art. 117 CN, pues no se verifica ninguna de las seis situaciones que, con sustento en la doctrina del Tribunal, prevé aquella disposición. Se produce aquí un rechazo de la Corte a la intervención de personas no aforadas a través de la acumulación de pretensiones. Tal y como reconoce el Alto Tribunal, la estrategia procesal seguida por la parte actora a fin de generar la competencia originaria consistió en sumar en un mismo pleito pretensiones que, si bien individualmente no habilitan su competencia conjuntamente si lo hace. Hemos de señalar que dicha posibilidad -la de intervenir en la competencia originaria de la Corte personas no aforadas de modo autónomo a través de la acumulación- fue aceptada por el Alto Tribunal a partir de 1983 (causa “Centurión de Vedoya, Celina v. Provincia de Misiones”, Fallos 305:441, sentencia de 7 de abril de 1983), modificándose la posición del Alto Tribunal a partir del Fallo “Mendoza”. El razonamiento fue el siguiente: si ninguna de las partes que pretende litigar ante los estrados de la Corte, o es llamada a intervenir en ellos, es aforada de forma autónoma, la acumulación subjetiva de pretensiones no es un instrumento apto para suscitar la competencia originaria del Máximo Tribunal, de naturaleza restringida y de excepción. Ello es así porque de ningún modo hubiera correspondido esa competencia de haberse introducido individualmente cada una de las pretensiones, Cfr. CSJN “Mendoza”, Fallos 329:2316, Sentencia de 20 de junio de 2006, Consid. 12°,13°,14°,15°, y 16°. La única excepción al nuevo criterio sentado por el cintero Tribunal vendría de la mano de un supuesto litisconsorcio necesario en los términos del art. 89 CPCC, lo cual acontece estrictamente cuando la eficacia de la sentencia a dictarse se encuentra subordinada a la circunstancia de que la pretensión procesal sea propuesta por varias personas, o frente a varias personas, en virtud de lo inescindible de la relación jurídica sustancial. Cfr. PERRINO, P. E., “Alcance actual de las competencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas en que son partes las Provincias”, cit. p 334. A lo anterior debe sumársele que, a criterio del Tribunal, no surge de la demanda que los intereses individuales fuesen homogéneos por haber un solo hecho ilícito que cause lesiones

En realidad, la Corte podría haber encarado la recomposición integral de la cuenca dañada incluyendo a las personas y a sus derechos como valores más trascendentes para el Derecho que las cosas, si bien, esta decisión hubiera supuesto el posible sacrificio y postergación del resto de intereses que la Corte Suprema, como garante de la Constitución, tiene la obligación de proteger. Como señala RODRIGUEZ, “(La Corte)...Aplicó el principio de gradualidad para afrontar el gigantesco desafío de tutelar el ambiente, y así pudo mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe examinar y sentenciar el más alto tribunal del país, así como no entorpecer el responsable ejercicio de las atribuciones constitucionales que la Ley Suprema ha encomendado al cuerpo en los asuntos que corresponden”. Añadiendo que “la Corte ha priorizado preservar sus limitados recursos humanos y materiales para el ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente, que entrar a tratar, como pudo haberlo hecho, la cuestión de los daños sufridos por los actores”¹²⁸¹.

4.3.2. Las facultades de instrucción y ordenación asumidas por el alto tribunal

Como avanzábamos, la segunda de las grandes cuestiones planteadas en el Fallo de 20 de junio de 2006 vino de la mano del ejercicio, por el Alto Tribunal, de las facultades de instrucción reconocidas el art. 32 LGA. Así, bajo la premisa de que la demanda planteada no ilustraba de forma adecuada y suficiente al Tribunal sobre aspectos esenciales de la cuestión litigiosa, la CSJN invocó su competencia para adoptar las medidas necesarias tendentes a ordenar, conducir o probar los hechos

diferenciadas a los peticionantes, sino que, por el contrario, se mencionan diferentes supuestos de causación. Asimismo, el hecho de que la demanda no contenga una descripción precisa que permita relacionar el nexo causal existente entre el daño sufrido por cada uno de los actores y cada una de las empresas demandadas, ni de los grados de incapacidad de cada uno de los demandantes, así como de la entidad de las lesiones sufridas en sus patrimonios como en sus personas, obsta a la acumulación en un solo proceso, Cfr. CSJN “Mendoza”, Fallos 329:2316, sentencia de 20 de junio de 2006, Consid. 17. Por ello, aun cuando el Alto Tribunal reconoce en la actuación de la parte actora como una respetable estrategia procesal, rechaza la acumulación, señalando que las reclamaciones individuales de esta naturaleza deben ser reformuladas por los demandantes ante los tribunales que resultaren competentes.

¹²⁸¹ RODRÍGUEZ C.A., “La defensa de los bienes públicos ambientales por Corte Suprema de Justicia de la Nación”, DJ, 2, 2006, p. 703. Y del mismo autor, “La nueva visión de la justicia ambiental. Comentario a un fallo de la Corte Suprema del 8/8/2006” (elDial DC959) ; VALLS, M.F., “La enseñanza de un Fallo histórico: contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo”, JA, T. V, 2008, p. 1211; Summa Ambiental, AbaledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. 1373.

dañosos en el proceso a fin de proteger de forma efectiva el interés general¹²⁸². En base a estas competencias de instrucción el Alto Tribunal solicitaría a los distintos niveles de Gobierno demandados y al COFEMA la presentación un Plan Integral de Saneamiento Ambiental, -cuyo contenido debía ajustarse a los mínimos marcados por la Ley 25.675, General del Ambiente-, requiriendo a las empresas demandadas la entrega de información pública referida a sus procesos productivos, el tratamiento de los residuos generados en su actividad y la existencia o inexistencia de seguros contratados en los términos del art. 22 LGA¹²⁸³. Finalmente, y a fin de comprobar el cumplimiento de lo ordenado, la CSJN convocó a las partes a una audiencia pública señalada para los días 5 y 12 de septiembre de 2006, configurando al efecto un reglamento específico de desarrollo de la misma¹²⁸⁴.

En realidad, como puede comprobarse en los Resuelvo IV y V del pronunciamiento de 20 de junio de 2006, aun cuando la Corte Suprema hizo uso del

¹²⁸² CSJN, “Mendoza”, Fallos 329:2316, Sentencia de 20 de junio de 2006, Consid. 19º y 20º. En el mismo sentido, CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 1º.

¹²⁸³ De conformidad con lo señalado en el Resuelvo V de CSJN, “Mendoza”, Fallos 329:2316, sentencia de 20 de junio de 2006, la Corte requirió al Estado Nacional, a la provincia de Buenos Aires, a la Ciudad de Buenos Aires y al COFEMA, la presentación, en el plazo de treinta días, de un Plan integral (art. 5LGA), basado en el principio de progresividad –según el cual los objetivos ambientales deben alcanzarse de forma gradual a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal- (art. 4 LGA). Dicho plan debería contemplar: i) Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9, y 10 LGA); ii) El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 10 LGA); iii) Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas; iv) Un programa de educación ambiental (art. 14 LGA); v) Un programa de información ambiental pública (art. 16 y 18 LGA). Cfr. CAFFERATTA, N.A, “Un fallo ejemplar de a Corte Argentina que constituye un punto de inflexión en el proceso de consolidación positiva del derecho ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental, Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina*, versión electrónica, LEXIS NEXIS, 2006.

Por lo que se refiere a las empresas demandadas, según el Resuelvo IV de la referida Sentencia de 20 de junio de 2006, la Corte requirió de las mismas la entrega de información suficiente sobre: i) los líquidos arrojados al río, su volumen, cantidad y descripción; ii) La existencia de sistemas de tratamiento de los residuos; iii) La contratación de seguros ambientales *ex* art. 22 LGA, concediéndoles para ello un plazo de treinta días.

¹²⁸⁴ A fin de garantizar la correcta celebración de la audiencia convocada, presente las circunstancias que tuvieron lugar en orden a la intervención de nuevos sujetos procesales como el Defensor del Pueblo y las ONGs, la ampliación posterior de la demanda a los municipios, o la superposición de las fechas en que varias empresas demandadas debían presentar los informes requeridos, el Alto Tribunal entendió necesario configurar un reglamento de desarrollo específico que sería publicado como anexo del pronunciamiento CSJN “Mendoza”, Fallos 329:3558, sentencia de 30 de agosto de 2006.

terminó requerir, la Sentencia esconde, en realidad, una verdadera condena a los demandados, compeliéndolos al cumplimiento obligado de objetivos específicos¹²⁸⁵.

4. 3. 3. Sucesión de audiencias hasta la sentencia de mérito: la presentación del plan integral de saneamiento y la creación de la Acumar.

Las actuaciones llevadas a cabo dieron pie a la dinamización simultánea de varios acontecimientos de crucial importancia. El 24 de agosto de 2006, Nación, Provincia y Ciudad de Buenos Aires, de forma conjunta, presentaron ante la Corte Suprema el Plan Integral para el Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo que sería defendido en la referida audiencia de 5 y 12 de septiembre de 2006¹²⁸⁶. Además, habiéndose puesto de manifiesto por la Auditoría General de la Nación (AGN) la necesidad insoslayable de crear un cuerpo gubernamental que permitiese la efectiva recuperación ambiental del área, en agosto de 2006, se presentó un proyecto de Ley cuyo objetivo era la creación de la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR), resultando finalmente sancionada como Ley Nacional 26.168 a finales del año 2006¹²⁸⁷¹²⁸⁸.

¹²⁸⁵ Vid. RODRÍGUEZ, C.A., “La causa “Mendoza” y la instrumentalización del nuevo paradigma ambiental”, *JA*, T. IV, 2008, p. 1206, Summa Ambiental, AbaledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. 1356.

¹²⁸⁶ Plan Integrado para el Saneamiento de la CMR, defendido en esta primera sesión por la entonces titular de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (SADS), Dra. Romina Piccoloti, quedó estructurado cuatro aspectos principales: i) *Institucional*: Refiriendo la superposición de la normativa nacional con la de la Provincia de Buenos Aires y la de la Ciudad de Buenos Aires y de las autoridades de aplicación, y la necesidad de alcanzar una autoridad unificada y de armonización de requerimientos legales; ii) *Saneamiento*: reiterando que la contaminación de la CMR tiene como origen el inadecuado tratamiento de las sustancias que se descargan al curso de agua, por los insuficientes controles de la contaminación en las fuentes puntuales, y por la ausencia de una gestión integral en materia de residuos sólidos. Destacándose, dentro de este contexto, la falta de obras de infraestructura y la insuficiente gestión pública; iii) *Social*: Dejándose constancia de la degradación ambiental, pobreza y vulnerabilidad, que millones de personas sufren en el área de la CMR; iv) *Ordenamiento territorial*: quedó reconocido que, la falta de planificación e intervención del Estado para regular la ocupación del territorio generó el uso inadecuado y desigual de los bienes y servicios ambientales, dando lugar a una sobrecarga sobre el curso hídrico que perdió su capacidad de resiliencia. Asimismo, se identificaron otros problemas como la implantación de industrias en zonas no aptas y la instalación de asentamientos poblacionales en áreas de riesgo.

¹²⁸⁷ Debe tenerse en cuenta que una de las mayores dificultades que presenta la CMR es la simultaneidad de competencias -tanto materiales como territoriales- que en ella concurren, y que hacen imprescindible la existencia de un organismo que actúe como una verdadera Autoridad de Cuenca. En este sentido, entre los años 1993 y 1995 se mantuvo en activo el Comité Ejecutivo Matanza-Riachuelo creado por el Ejecutivo de la Nación mediante Decreto Nacional n° 1093/93, cuya función era coordinar las acciones

interjurisdiccionales de los distintos organismos competentes involucrados en el proceso de saneamiento de la CMR, siéndole encomendada la elaboración de un Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo (PGA) que resultaría aprobado en marzo de 1995. Tras la reforma constitucional de 1994, y mediante el Decreto núm. 482/95, de 20 de septiembre de 1995, el Comité Ejecutivo sería sustituido por el Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo (CERM) al que se dotó de mayores funciones que las atribuidas al Comité Ejecutivo (Entre otras se le reconoció facultad de dictar su propio reglamento interno, posibilidad de determinar el aporte de recursos humanos e infraestructura administrativa que correspondía a cada una de las jurisdicciones territoriales representadas en el Comité, facultades de contratación, e incluso, la posibilidad de llevar a cabo cualquier tipo de actuación administrativa para ejecutar el PGA, todo ello sin perjuicio de las funciones de gestión de los fondos, tanto nacionales como internacionales, necesarias para llevar a cabo el PGA y que el CERM administraría con carácter de Unidad Ejecutora Central). En el año 2006, la AGN publicaría un informe con los resultados de una inspección efectuada al Comité Ejecutor -período septiembre de 1995 a junio de 2005-, y en el que, junto con la denuncia del deterioro ambiental de la Cuenca, se subrayó la necesaria creación de una verdadera Autoridad de Cuenca, presente que el CERM, pese a las funciones que le fueron reconocidas, nunca actuó como tal. En este sentido, señala que el referido organismo no adquirió funciones diferenciadas de las partes o jurisdicciones que lo crearon, no se le delegaron funciones de ningún tipo (no habilita, no sanciona, no certifica), carecía de poder de policía en materia de contaminación industrial o cloacal o residuos sólidos urbanos, no era autoridad de aplicación en materia de radicación industrial ni ordenamiento del territorio, careciendo de injerencia en la regulación del curso de agua, y además, los recursos humanos de los que dispone revisten poca estabilidad y alta rotación. En realidad, la estructura jurídica institucional del Comité Ejecutor no resultó adecuada para desarrollar una gestión de saneamiento, por carecer de funciones propias, capacidad ejecutora y de suficiente peso institucional para coordinar jurisdicciones y organismos involucrados. Consecuencia de lo anterior, el PGA tuvo que ser completado con estudios posteriores siendo deficitariamente ejecutado por el CERM. Visto lo anterior, la AGN recomendaría, entre otras cuestiones, la creación de una Autoridad de Cuenca con funciones directas y suficiente de poder de policía en materia de contaminación, definición de estrategias de saneamiento y objetivos de calidad, y con el objeto de desarrollar una gestión de saneamiento, proponiendo la suscripción de un Convenio con todos los niveles de gobierno involucrados en la Cuenca (Nación, Provincia de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios de la provincia).

¹²⁸⁸ La ACUMAR, es un ente de derecho público interjurisdiccional dotado de autonomía funcional y financiera, que opera en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, sin encontrarse sometida a relaciones de interdependencia jerárquica o administrativa respecto del Poder Ejecutivo. El ámbito territorial de sus competencias abarca el área comprendida por la Ciudad de Buenos Aires y los partidos de Lanús, Avellaneda, Lomas de Zamora, Esteban Echeverría, La Matanza, Ezeiza, Cañuelas, Almirante Brown, Morón, Merlo, Marcos Paz, Presidente Perón, San Vicente y General Las Heras de la Provincia de Buenos Aires. En cuanto a sus competencias materiales, la ACUMAR desempeña actividades de estrategia, de monitoreo y de operaciones, y de jurisdicción, cumpliendo con el contenido propio de “la administración ambiental”, Cfr. CANO, G. J., “Administración Ambiental”, *Revista Ambiente y Recursos Naturales*, Vol. 1, núm. 4, 1984, p. 7. Asimismo, tiene reconocidas facultades de regulación (normativas), control y fomento respecto de las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la Cuenca, pudiendo intervenir administrativamente en materia de prevención, saneamiento, recomposición y utilización racional de los recursos naturales. Por tanto, la Autoridad de Cuenca tiene un amplio abanico de facultades que le permiten intervenir en la práctica totalidad de actividades que puedan afectar al medio ambiente. *Vid.* CAFFERATTA, N.A., “Ley 26.168 de la Cuenca Matanza Riachuelo, anotada, comentada y concordada”, *RD Amb 9-269*.

Su creación se consuma mediante el proyecto de Ley elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional y presentado en el Congreso de la Nación el 28 de agosto de 2006. En

Presentado el Plan Integral ante la Corte, y por mor de la incuestionable labor de instrucción desarrollada por el Alto Tribunal, fueron varias las audiencias que se sucedieron y en las que los Estados demandados irían presentado rendiciones de cuentas sobre la correcta ejecución del Plan, y a partir de 2007, sobre el adecuado funcionamiento de la ACUMAR ¹²⁸⁹. Estas audiencias, junto con los sucesivos

esa misma fecha, y como se desprende del texto de la norma, el Presidente de la Nación, el Jefe de Gabinete de Ministros, el Gobernador de Buenos Aires, el Jefe de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y los intendentes de 14 municipios de la Cuenca firmaron un Acuerdo interjurisdiccional mediante el cual se comprometieron a brindar apoyo al proyecto de Ley impulsando, en sus correspondientes jurisdicciones, el dictado de normas que materializaran la ejecución de la norma que finalmente se sancionaría a finales de ese mismo año. El proyecto tuvo entrada el Congreso mediante el expediente núm. 0187-PE-2006 (diario de asuntos entrados núm. 137, de 29 de agosto de 2006, Exp. 0203-S-2006, mensaje de elevación 1108/2006). Tras los trámites parlamentarios oportunos, el 15 de noviembre de 2006 resultó sancionada la Ley de creación de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo, remitiéndose al Ejecutivo Nacional y promulgándose mediante Decreto núm. 1792/2006, de 4 de diciembre de 2006, resultado la Ley 26.168, sancionada el 15 de noviembre de 2006, promulgada el 4 de diciembre de 2006 en el B.O. de 5 de diciembre. A la misma adhirieron por la Ley 2.117, la Ciudad de Buenos Aires, y por la Ley 13.646, la provincia de Buenos Aires.

¹²⁸⁹ Tras las celebradas el 5 y 12 de septiembre de 2006, fueron diversas las audiencias que tuvieron lugar ante la Corte. Así, el 6 de febrero de 2007 el Alto Tribunal ordenó a los tres Gobiernos demandados que informaran sobre el avance del Plan Integral para el Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo, señalando una nueva audiencia para el 20 de febrero de ese mismo año. A la luz de los informes presentados, el Alto Tribunal entendió que aún no disponía de información suficiente para dictar una sentencia definitiva, ordenando, mediante resolución de 23 de febrero de 2007, la intervención de la Universidad de Buenos Aires (UBA) a fin de que la misma revisara el Plan presentado por las autoridades estatales. El hecho de que la CSJN dispusiera la intervención de los profesionales universitarios constata la importante actividad de instrucción desarrollada por el Alto Tribunal quien delega, en un cuerpo de reconocida solvencia técnica, la evaluación de la idoneidad del Plan propuesto, fundamental para la pretensión de prevención y recomposición solicitada. Si bien, visto el crítico informe presentado por los expertos de la UBA, la Corte, en ejercicio de sus funciones de ordenación, convocó a una nueva audiencia pública celebrada el 4 de julio de ese mismo año. El Máximo Tribunal solicitaría a las autoridades información complementaria sobre los aspectos institucionales, de salud, presupuestarios, impacto ambiental, poblacionales y de ordenamiento territorial entre otros. Si bien, presente la documentación entregada, la CSJN consideró necesario ordenar la recolección de información precisa, actualizada, pública y accesible, requiriendo en este sentido a los tres Estados demandados. Mediante resolución de 22 de agosto se les impuso la obligación de informar sobre el estado del agua, el aire y las napas subterráneas; acompañar un listado de las industrias existentes en la cuenca que realicen actividades contaminantes; la memoria de las reuniones llevadas a cabo por la Autoridad de Cuenca, así como otras actividades de dicha agencia; informes acerca de los traslados poblacionales y de empresas; proyectos sobre el Polo Petroquímico de Dock Sud; utilización de créditos verdes; saneamientos de basurales; limpieza de márgenes del río; expansión de la red de agua potable tanto en lo que atañe a las obras en ejecución como a las proyectadas; desagües pluviales; saneamiento cloacal; estado de avance de las obras, factibilidad de sus plazos, costos definitivos, y financiamiento, respecto de todas las obras; información complementaria sobre el Plan Sanitario de Emergencia. Cfr. CAMPS C.E., “Aspectos destacables de la causa “Mendoza”: más pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el trámite de procesos colectivos”, cit. p. 1021. Los Estados presentaron la información requerida, ampliada posteriormente por la Autoridad de Cuenca, contestando a la demanda de forma oral en la audiencia celebrada durante los días 28, 29 y 30 de noviembre de 2007.

requerimientos de nueva documentación efectuados a los demandados, finalizarían con las vistas celebradas los días 28, 29 y 30 de noviembre de 2007 en los que tuvo lugar la contestación oral de la demanda -contestada por escrito de forma previa¹²⁹⁰-. Finalizada así la fase de audiencias, y entendiendo la Corte Suprema que obraba en su poder la información necesaria para el dictamen de una resolución de mérito, el 8 de julio de 2008 se dictó Sentencia definitiva.

4. 4. Sentencia definitiva de 8 de julio de 2008

Tras más de dos años de valoraciones, el 8 de julio de 2008 se dictaría Sentencia definitiva en la causa “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”, Fallos 331:1622. Como avanzamos, la Sentencia se centra exclusivamente en la pretensión sobre la recomposición y prevención del daño futuro, no entrando a resolver sobre la reparación del mismo. Tal y como reconoce el Alto Tribunal, el objeto decisorio se orienta hacia el futuro, por lo que la atribución de responsabilidades patrimoniales derivadas de conductas adoptadas en el pasado, esto es, el proceso relativo a la reparación del daño, continuaría ante la Corte sin que hasta la fecha exista Sentencia al respecto.¹²⁹¹

Para cumplir con el fin marcado, la recomposición y prevención del daño futuro, la resolución se estructura en tres aspectos cardinales: identifica los sujetos responsables y la condena general de estos, concreta los objetivos que deben alcanzarse configurando un programa de medidas para su consecución, y en último lugar, visto el carácter definitivo de la Sentencia, fija un proceso específico de ejecución mediante el cual se pretende garantizar la inmediatez de las decisiones y el efectivo control jurisdiccional del cumplimiento del Fallo.

¹²⁹⁰Para más información, consúltese la página oficial del Centro de Información Judicial, especial Riachuelo etapas del proceso: <http://www.cij.gov.ar/riachuelo-etapas.html>. Asimismo, BERROS, M. V., “Relatos sobre el río, el derecho de la cuenca Matanza-Riachuelo”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, Año I, núm. 1, 2012.

¹²⁹¹CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, Sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 15°.

4. 4. 1. Los sujetos obligados por el Fallo

El Fallo de 8 de julio de 2008 contempla una condena general que recae sobre la ACUMAR que, en su condición de autoridad administrativa competente, asume las responsabilidades derivadas de todo incumplimiento o demora en la ejecución de los objetivos fijados¹²⁹². De acuerdo con el contenido de la resolución, la Autoridad de Cuenca deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos establecidos reconociéndosele discrecionalidad en la determinación de los procedimientos que se fijen para alcanzar los mismos¹²⁹³. Todo ello, como especifica la propia Sentencia, sin perjuicio de mantener intacta en la cabeza del Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires, la responsabilidad que les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental por la Constitución Nacional y por las propias normas de la Provincia y de la Ciudad de Buenos Aires¹²⁹⁴.

Junto con los anteriores, se identifican otros dos sujetos obligados por el Fallo, la Auditoría General del Estado y el Defensor del Pueblo, a los que le son encomendadas funciones específicas aun cuando estos nunca resultaron demandados¹²⁹⁵. En concreto, respecto a la AGN, la Corte Suprema le encomienda el control de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan Integral de Saneamiento justificando su decisión en la fundamental trascendencia que tiene la transparencia en el manejo patrimonial de la cosa pública¹²⁹⁶. Respecto al Defensor del Pueblo, la CSJN le atribuye la obligación de conformar un cuerpo colegiado, en el que también participarían los representantes de

¹²⁹² *Ibidem*, Consid. 16° y Resuelvo II.

¹²⁹³ *Ibidem*, Consid. 15°.

¹²⁹⁴ *Ibidem*, Consid. 16° *in fine*.

¹²⁹⁵ Como se ha visto, ni el Defensor del Pueblo ni la AGN fueron partes demandadas del litigio. En concreto, el Defensor del Pueblo de la Nación, intervino en la causa como tercero interesado mientras que la AGN se limitó a participar en la causa mediante la presentación espontánea de un informe en el que se analizaba desde diversas ópticas la problemática ambiental de la CMR. Cfr. CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, Sentencia de 8 de julio de 2008, Autos y Vistos 3°.

¹²⁹⁶ CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, Sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 18° y Resuelvo IV. La necesidad de garantizar transparencia en la asignación de fondos y en la ejecución presupuestaria de este nuevo Plan debe ser puesta en relación con los fundamentos de la demanda de 2004, en los que la parte actora puso de manifiesto la responsabilidad de las Administraciones Públicas por la desviación de fondos específicos del préstamo otorgado por el Banco Interamericano de Desarrollo, para el Programa de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo, hacia objetivos ajenos a la solución de la problemática ambiental.

las ONGs, dirigido a coordinar la participación ciudadana en el control integral del cumplimiento del Plan de Saneamiento y del Programa fijado en la Sentencia¹²⁹⁷.

4. 4. 2. Objetivos y programa de medidas para su consecución

Por lo que se refiere a los objetivos, la Sentencia de 8 de julio de 2008 contempla una triple meta a alcanzar de forma simultánea: la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la Cuenca, la recomposición del ambiente en todos sus componentes (agua, aire, y suelos), y la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción¹²⁹⁸. Como señalábamos, a fin de cumplir con estos fines, el Fallo concreta un conjunto de medidas que, como indica CAFFERATTA, no son otra cosa que los “criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada”, es decir, “recuperar el bien ambiental dañado (recomponer), mejorar la calidad de vida (dimensión social) y prevenir daños al ambiente, cuestiones que necesariamente precisan de un tiempo dilatado”¹²⁹⁹.

En este sentido, el Considerando 17º del fallo de referencia recoge un extenso programa de actuaciones atinentes tanto a la prevención del daño como a la recomposición del medio. Un completo conjunto de acciones que abarcan desde la obligación de la ACUMAR de adoptar un sistema internacional de medición¹³⁰⁰, a actividades tan variadas como la información pública¹³⁰¹, el control de la contaminación industrial¹³⁰², el saneamiento de basurales¹³⁰³, la expansión de la red de

¹²⁹⁷ *Ibidem*, Consid. 19º.

¹²⁹⁸ *Ibidem*, Consid. 17º.1.

¹²⁹⁹ CAFFERATTA, N.A., “Sentencia colectiva ambiental en el caso “Riachuelo”, JA, T. III, 2008, p. 288; Summa Ambiental, AbaledoPerrot, Buenos Aires, 2011, pp. 1285 - 1298.

¹³⁰⁰ Para medir el nivel de cumplimiento de los objetivos señalados en la Sentencia de mérito, la Autoridad de Cuenca quedaba obligada a adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición disponibles debiendo informar al Tribunal competente.

¹³⁰¹ Respecto a la información pública, la CSJN ordenó a la ACUMAR la organización, en un plazo de treinta días hábiles, de un sistema de información pública digital vía internet para el público en general, que de modo concentrado, claro y accesible, contuviera actualizados todos los datos, informes, listados, cronogramas, costos, etc., solicitados en la resolución de fecha 22 de agosto de 2007. Cfr. CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, Sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 17º.II.

¹³⁰² En relación a la contaminación de origen industrial quedaron previstas distintas actuaciones a desarrollar por la ACUMAR, entre ellas: i) La realización de inspecciones a todas las empresas existentes en la CMR; ii) La identificación, mediante resolución, de aquellas consideradas agentes contaminantes; iii) La intimación a las empresas agentes

agua potable¹³⁰⁴, de desagües fluviales¹³⁰⁵ y de saneamiento cloacal¹³⁰⁶, la limpieza de los márgenes del río¹³⁰⁷ y un plan sanitario de emergencia¹³⁰⁸, sujetas todas ellas a

contaminantes para la presentación ante la autoridad competente del correspondiente plan de tratamiento, sometido a la declaración de viabilidad y, en su caso, aprobación de la Autoridad de Cuenca; iv) La orden de cese en el vertido, emisión y disposición de sustancias contaminantes para aquellas empresas cuyo plan no fuera presentado o aprobado; v) La adopción por parte de la Autoridad de Cuenca de las medidas de clausura total o parcial y/o traslado; vi) La puesta en conocimiento por parte de la Autoridad de Cuenca de las líneas de créditos existentes y disponibles para las empresas a los efectos necesarios; vii) La presentación en forma pública, actualizada trimestralmente, del estado del agua y las napas subterráneas, así como de la calidad del aire de la Cuenca; viii) La presentación en forma pública y detallada del proyecto de reconversión industrial y relocalización en el marco del Acta Acuerdo del Plan de acción conjunta para la adecuación ambiental del polo petroquímico de Dock Sud, de las empresas involucradas, población afectada, convenios firmados, etapas y plazos de cumplimiento; ix) La presentación, en forma pública, del estado de avance y estimación de plazos de las iniciativas previstas en el Convenio Marco Subprograma Federal de Urbanización de Villas y Asentamientos precarios -Saneamiento de la Cuenca Riachuelo-Matanza- Primera Etapa, del 21 de noviembre de 2006. Cfr. CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 17º.III.

¹³⁰³ Respecto de la tarea de saneamiento de basurales el Fallo imponía a la Autoridad de Cuenca la ejecución, en un plazo de 6 meses, de las medidas dirigidas a impedir el vuelco de residuos en los basurales legales o clandestinos que deberían ser cerrados; de las destinadas a implementar el programa de prevención de formación de nuevos basurales a cielo abierto presentado ante esta Corte; y de las dirigidas a la erradicación de las habitaciones sobre los basurales impidiendo futuras reinstalaciones. Asimismo la Corte ordenó la erradicación, limpieza y cierre en el plazo de un año, de todos los basurales ilegales. Debiendo la ACUMAR concretar el Plan de Gestión Integral de los Residuos Sólidos Urbanos (GIRSU), con particular énfasis en la construcción de los centros integrales. Cfr. CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, Sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 17º.IV.

¹³⁰⁴ En este punto, quedaba prevista la obligación de la Autoridad de Cuenca de informar públicamente sobre el plan de ampliación de las obras de captación, tratamiento y distribución a cargo de Aguas y Saneamientos Argentinos (AySA) y del Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (ENOHSA), con particular énfasis en la información relativa a las obras que debían quedar terminadas en 2007, a las obras en ejecución y del inicio de la ejecución de las obras de expansión de la red de agua potable en el período 2008/2015. En todos los casos deberían incluirse los plazos de cumplimiento y los presupuestos involucrados. Cfr. CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 17º.VI.

¹³⁰⁵ La ACUMAR debía informar públicamente, de modo detallado, sobre el plan de obras de desagües pluviales, en especial, de las obras que debían quedar terminadas en 2007, de aquellas en ejecución y del inicio de las obras necesarias para expandir la red de desagües pluviales en el período 2008/2015, incluyendo, en todo caso, los plazos de cumplimiento y los presupuestos involucrados. Cfr. CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 17º.VII.

¹³⁰⁶ Respecto de la tarea de saneamiento cloacal prevista en el Plan Integral Matanza-Riachuelo, la Autoridad de Cuenca debía informar públicamente sobre el plan de ampliación de las obras a cargo de AySA, con particular énfasis en la información relativa a las obras que debían ser terminadas en 2007, a las obras en ejecución, y especialmente, sobre las previstas para la construcción de la primera etapa de la planta depuradora Berazategui y sus emisarios, y sobre el inicio de la ejecución de las obras de expansión de la red cloacal en el período 2008/2015, detallando las obras contempladas en la construcción de la planta de tratamiento denominada Capital, Ciudad Autónoma o Riachuelo y sus emisarios. Cfr. CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 17º.VIII.

plazos perentorios. La necesidad de garantizar que la ACUMAR, como organismo competente, cumpliría en tiempo y forma con el total de actividades programadas, condujo a la Corte a establecer un sistema de sanciones vinculadas de forma específica a los posibles incumplimientos y retrasos en la ejecución de estas medidas. De este modo, se arbitró un régimen de multas económicas que serían impuestas al Presidente de la ACUMAR por cada día de retraso y hasta el efectivo cumplimiento de lo ordenado¹³⁰⁹. Si bien, aun cuando la decisión inicial de la Corte Suprema fue limitar el sujeto pasivo de las multas en la figura del Presidente de la Autoridad de Cuenca, los injustificados incumplimientos que tuvieron lugar en los años siguientes al Fallo motivaron el cambio de criterio del Supremo Tribunal, de forma que, a partir del 31 agosto de 2010, los funcionarios involucrados también serían objeto de sanción¹³¹⁰

1311

¹³⁰⁷ En relación a la tarea de limpieza de márgenes del río la ACUMAR quedaba obligada a facilitar información pública y detallada sobre la finalización de la etapa de desratización, limpieza y desmalezado de los cuatro sectores individualizados en el Plan Integral Cuenca Matanza-Riachuelo, incluyendo los plazos de cumplimiento y los presupuestos involucrados, y sobre el avance de las obras previstas para transformar toda la ribera en un área parqueada, incluyendo los plazos de cumplimiento y los presupuestos involucrados. Cfr. CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 17º.V.

¹³⁰⁸ Por lo que se refiere al aspecto sanitario del Plan Integral de la Cuenca Matanza-Riachuelo, la CSJN requirió de la ACUMAR la realización, en un plazo de noventa días, de un mapa sociodemográfico y encuestas de factores ambientales de riesgo. Asimismo, solicitaría la elaboración de un diagnóstico de base para todas las enfermedades que permitiera discriminar patologías producidas por la contaminación del aire, suelo y agua, de otras patologías no dependientes de aquellos factores y un sistema de seguimiento de los casos detectados para verificar la prevalencia y supervivencia de tales patologías; La corte compelió el desarrollo de un Sistema de Registro y Base de Datos de acceso público de las patologías detectadas en la Cuenca, y la especificación de las medidas de vigilancia epidemiológicas adoptadas en la zona de emergencia. Cumplidos estos requerimientos la Autoridad de Cuenca debía poner en ejecución programas sanitarios específicos para satisfacer las necesidades de la población afectada. Cfr. CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 17º.IX.

¹³⁰⁹ El Alto Tribunal dejaría expresamente previsto para cada una de las actividades programadas en el Fallo que, “el incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en cada etapa, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca”. Cfr. CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consids. 17º y 18º. De este modo, el Fallo de 8 de julio de 2008 fija un específico sistema de multas coercitivas diarias -hasta que por parte de la ACUMAR se alcanzara el debido cumplimiento de sus obligaciones-, cuya concreción asumía, como competencia exclusiva, el Juez de Primera Instancia de Quilmes -encargado de la ejecución de la sentencia según se verá a continuación-. Cfr. Sentencia del Juzgado Federal de Quilmes de 31 de agosto de 2010, Resueltos I a V.

¹³¹⁰ En la Sentencia del Juzgado Federal de Quilmes de 31 de agosto de 2010, el Magistrado efectúa un análisis del grado de cumplimiento de los objetivos marcados en la sentencia de 8 de julio de 2008, detectando incumplimientos respecto de 4 aspectos fundamentales: i) En relación con el sistema internacional de medición, el Juez de ejecución puso de manifiesto que hasta la fecha no se había presentado un sistema de

El fundamento de tales multas reside en la obligatoriedad de acatamiento de los mandatos del Alto Tribunal. Fue la propia Corte Suprema la que en su Sentencia de 8 de julio de 2008 recordaba intencionadamente que "...sobre la base de la exigencia institucional de que las sentencias de esta Corte sean lealmente acatadas, está dada porque frente a la naturaleza de las atribuciones reconocidas en este pronunciamiento a la Autoridad de Cuenca, debe evitarse por parte de ella, de todos los sujetos

indicadores que permitiera medir de manera idónea el cumplimiento de los objetivos establecidos privándose a la ciudadanía de poder conocer el verdadero estado de la cuenca. El Juzgador resaltó que, pese a haber transcurrido más de dos años desde que se ordenara la presentación de los mismos, la mayor parte de los indicadores presentados se encontraban todavía en etapa de elaboración, y aquellos terminados demostraban una falta de planificación y discontinuidad de las acciones, Cfr. Juzgado Federal de Quilmes, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Consid. 4º; ii) Respecto a la información, se señala la falta de implementación de un sistema de información pública suficiente para que los ciudadanos pudieran conocer la situación existente (fuentes, causas, planes, medidas en marcha) en relación con la contaminación del Riachuelo. El Juzgador tuvo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Defensor del Pueblo y el órgano colegiado, en orden a señalar que la información obrante en la página web resultaba escasa, dispersa, en ocasiones desactualizada e incompleta, careciendo de sistematización y detalle, motivos para entender que el objetivo se halla incumplido. Cfr. *Ibidem* Consid. 3º; iii) Asimismo, la resolución subraya la insuficiencia de las acciones llevadas a cabo para cumplir con uno de los fines principales del Plan de Saneamiento del Riachuelo, como era el control industrial. En relación con este punto, los números incorporados en la resolución hablan por sí mismos, de un total de 13.000 industrias existentes, a 24 de agosto de 2010, solo habían sido fiscalizadas un total de 5.263, logrando identificar a 1.726 industrias con vertidos de efluentes líquidos, habiéndose declarado como Agentes Contaminantes a 137. De ellas, tan sólo 4 contaban con un Plan de Reconversión aprobado por la ACUMAR. Asimismo, y pese a haberse realizado más de 5.000 inspecciones, no se había dictado hasta la fecha ninguna medida preventiva en los términos de la Ley 26.168. Finalmente, se destaca la ausencia de definición de un plan tendente a la reducción de vertidos contaminantes y el establecimiento de metas progresivas de reducción. Cfr. *Ibidem* Consid. 5º; iv) Respecto a los basurales, se puso de relieve la ausencia de un plan destinado a lograr la Gestión Integrada de Residuos en el territorio de la Cuenca, así como el hecho de que, el cronograma presentado en la causa para dar cumplimiento a la obligación de sanear los 216 basurales a cielo abierto esparcidos en el territorio del Matanza – Riachuelo, resultaba inverosímil y carente de idoneidad para el logro de dicho objetivo. En relación con este punto el Juzgador advierte que la información incorporada al Expediente resulta además inexacta y contraria a la realidad, manifestando que, el personal de Juzgado pudo constatar *in situ* que algunos de los basurales que se anunciaron erradicados continuaban en realidad en el mismo estado, citándose entre tales irregularidades a los Predios denominados: Catalinas A, “Chiriguano” (Partido de Esteban Echeverría); “Hogar Israelita Argentino”, “Arroyo del Rey”, (Partido de Alte. Brown); “Rafael Castillo”, “Basural San Cayetano A”, “Basural San Cayetano B”, “Basural Don Juan A”, y “Basural Don Juan B”, (del Partido de La Matanza). Cfr. *Ibidem*, Consid. 7º.

¹³¹¹ Transcurridos dos años desde el pronunciamiento de 8 de julio de 2008, y a la luz de los incumplimientos supra referidos, la Corte Suprema encomendó al Juzgado de Quilmes, la adopción de las medidas necesarias para el inmediato y eficaz cumplimiento de la Sentencia. Cfr. CSJN, “Mendoza”, sentencia de 10 de agosto de 2010, Consid. 3º. En base a esta decisión de la Corte, el Juzgado Federal de Quilmes acordó, mediante Sentencia de 31 de agosto de 2010, que a partir de ese momento, las sanciones dirigidas a evitar renuencias en el cumplimiento de los mandatos de la Corte serían impuestas no al Presidente de ACUMAR sino también a los funcionarios involucrados. *Vid.* Sentencia del Juzgado Federal de Quilmes de 31 de agosto de 2010, Consid. 16º.

alcanzados por el fallo o de cualquier otra autoridad -nacional o local, judicial o administrativa- cualquier tipo de interferencias o intromisiones que frustren la jurisdicción constitucional ejercida en este pronunciamiento. En el conocido precedente P.95.XXXIX "Ponce, Carlos A. v. Provincia de San Luis s/ acción declarativa de certeza Ver Texto", de fecha 24 de febrero de 2005, (Fallos: 328:175) y a propósito de pronunciamientos adoptados en instancia originaria, el Tribunal estableció que es en esta instancia y en esta causa en que el Tribunal debe juzgar si sus decisiones han sido acatadas, o no, y en su caso debe tomar todas las decisiones apropiadas para lograr el riguroso cumplimiento de sus fallos..."¹³¹².

EL Alto Tribunal ha reforzado este posicionamiento reiterando en ulteriores sentencias lo imperativo de sus mandatos y las consecuencias individuales, sociales y económicas que pueden derivarse de la inobservancia de sus fallos, citando por todas su Sentencia de 20 de octubre de 2009 dictada en los autos S. 2083. XLI, "Sosa, Eduardo E. v. Provincia de Santa Cruz s/ recurso de hecho"¹³¹³. Así pues, la naturaleza jurídica de estas multas no es la de pena-sanción, puesto que no derivan de la comisión de una infracción como tal, sino de la renuencia de la Administración a cumplir el mandato judicial de la Corte. Se trata de meros instrumentos coercitivos cuyo fin, al igual que ocurre en el ordenamiento jurídico español, no es otro que garantizar el cumplimiento del fallo¹³¹⁴. En este sentido se pronuncia el Juzgado

¹³¹² CSJN, "Mendoza", Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 20°.

¹³¹³ CSJN, "Sosa, Eduardo E. v. Provincia de Santa Cruz s/ recurso de hecho", sentencia de 20 de octubre de 2009, Autos S. 2083. XLI, Consid. 8°: "Es menester recordar que la supremacía de la Corte, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, impone a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar sus decisiones (Fallos 270:335). Afirmando en el Considerando 14 que: "La función deferida por la Constitución a la Corte de ser una de las Autoridades del Gobierno Federal en su condición de titular del Poder Judicial de la Nación, le impone asumir delicadas responsabilidades institucionales, cuyo ejercicio exige -con marcado énfasis- el deber indeclinable de sopesar con un grado sumo de prudencia las consecuencias individuales, sociales y económicas que generan sus decisiones (Fallos 320:495)..."

¹³¹⁴ El ordenamiento jurídico español contempla, en identidad de términos, el uso de multas coercitivas destinadas a garantizar el cumplimiento de las decisiones judiciales. Así, por ejemplo, el art. 112 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que bajo la rúbrica "Medidas para el cumplimiento de la sentencia", prevé expresamente que, "*transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado. Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento del Secretario judicial notificado personalmente para formulación de alegaciones, el Juez o la Sala podrán: a) Imponer multas coercitivas de ciento cincuenta a mil quinientos euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan*

Federal de Quilmes en el Considerando 15º de su Sentencia de 31 de agosto de 2010, donde viene a concretar que, “para despejar toda duda al respecto, debe quedar en claro que las sanciones de multas que pudieran imponerse en el presente proceso no guardan las cualidades de una pena, sino que se constituyen como mecanismos coactivos para vencer la resistencia del incumplidor, y es por ello que vencida esa resistencia la condenación conminatoria cesa automáticamente”. Por tanto, nos hallamos ante una medida conminatoria-sancionatoria, presente que desarrolla la doble función de compeler al obligado a hacer efectivo un mandato, por un lado, y de propinarle una sanción por el incumplimiento en sí mismo, por el otro. Además, tienen un carácter provisional puesto que no causan estado ni se convierten en cosa juzgada, lo que permite que las mismas sean revisadas o dejadas sin efecto, pero no sin antes haber cesado el incumplimiento, puesto que de otra forma se estaría despojando al instituto de la provisionalidad apuntada¹³¹⁵.

Estas sanciones encuentran su base normativa en las condenaciones conminatorias de carácter pecuniario previstas por el CC en su art. 666 bis, y en el art. 37 CPCCN, resultando de aplicación por analogía al supuesto objeto de nuestro estudio. Como ilustra FAYT, las astreintes cuentan entre sus requisitos de aplicación, la existencia de una resolución judicial firme y el incumplimiento de la misma por parte del obligado, elementos presentes en el *sub examine*¹³¹⁶. No obstante ello,

los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. A la imposición de estas multas les será aplicable lo previsto en el artículo 48. b) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder”.

¹³¹⁵ Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, Sentencia de 12 de julio de 2012, Consid. 3º.

¹³¹⁶ FAYT, C. S., *El Efectivo Cumplimiento de las Decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –La Fuerza Imperativa de sus Pronunciamientos*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 60. Como señalan, GAMES, y SPENCER, “las astreintes son CONDENACIONES conminatorias de carácter pecuniario, que los jueces pueden aplicar a quien no cumple un deber jurídico impuesto en una resolución judicial, cuya vigencia perdura mientras no cese la inejecución, pudiendo aumentar indefinidamente. Supone la existencia de una obligación que el deudor no satisface deliberadamente, y procura vencer esa resistencia mediante una presión –psicológica y económica– que lo mueva a cumplir la orden judicial. Es una vía de compulsión, un medio legal con el fin de que el deudor le procure al acreedor aquello a que se ha obligado”. GAMES, L. M. / SPENCER, H., “Las Astreintes en el Derecho Civil y Laboral”, *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, II-XLIII-404, 2005. Previstas hoy en los arts. 666 bis del Código Civil y 37 del CPCCN, se trata de un instituto jurídico que, previo a ser recogido en el Código Civil, observó ciertas reticencias en su aplicación por parte de los jueces, al entender estos que se trataba de penas sin Ley, aun cuando podían ser aplicadas con fundamento en el art. 505 del Código Civil que, al reglar el cumplimiento específico

deviene necesario aclarar que, la aplicación por analogía de la regulación legal prevista para las astreintes no puede interpretarse como una identidad entre dicho instituto y la multa establecida por el Alto Tribunal en la causa “Mendoza”. En realidad, aun cuando en ambos casos se procura compeler al obligado al cumplimiento de lo que es debido, imponiendo una sanción en caso de inobservancia, en el presente supuesto nos hallamos ante un instituto de nueva creación diseñado *ex professo* por la Corte. El Supremo Tribunal, dentro de la singular estructura del procedimiento, ha pretendido facilitar un medio específico que permita garantizar el acatamiento del Fallo, y por consiguiente, de las diversas acciones contenidas en el plan remediador socio ambiental, generando, en los diversos funcionarios involucrados, una actitud responsable respecto a la relevancia y necesidad de dar total y tempestivo cumplimiento a sus obligaciones¹³¹⁷.

Analizadas su naturaleza y fundamentación jurídica, resta examinar el destino previsto para la recaudación obtenida de tales multas, teniendo presente que “el fallo en ejecución nada dice sobre el destino final que debe dársele a los mismos”¹³¹⁸. Visto el silencio que sobre este extremo guardó la CSJN, y existiendo ya consignaciones efectuadas en este sentido¹³¹⁹, sería el Juzgador de Quilmes, en virtud de la delegación jurisdiccional expresamente otorgada por la Corte Suprema y de las facultades conferidas por el art. 32 LGA, a través de su Sentencia de 12 de julio de 2012, quien acordaría que los depósitos pecuniarios derivados de estas multas serían puestos a

de la obligación, autorizaba al acreedor a emplear los medios legales a fin de que el deudor le procurase aquello a que se ha obligado. Entre los antecedentes jurisprudenciales, destaca como primer fallo que aplica astreintes los Autos, “Munari, Domingo c/Passerón Julio Santiago”, sentencia de 6 de julio de 1959, dictado por la Cámara Civil.

¹³¹⁷ Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, sentencia de 12 de julio de 2012, Consid. 3º *in fine*, con referencia a CJSN, “Mendoza”, Sentencias de 8 de julio y 10 de agosto de 2008.

¹³¹⁸ Juzgado Federal de Quilmes, Sentencia de 12 de julio de 2012, Consid. 2º.

¹³¹⁹ Ante los incumplimientos de la ACUMAR (Vid. Nota 64), el Juez Federal de Quilmes resolvió, mediante Sentencia de 31 de agosto de 2010, imponer sanciones de multa al Presidente de la Autoridad de Cuenca por un total de 4.000\$ diarios derivados del incumplimiento de cuatro de los objetivos fijados en el Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la CMR, (sanción de multa de \$1.000 diarios por cada uno de los objetivos incumplidos). Las multas impuestas fueron oportunamente satisfechas por el Presidente, alcanzando la suma total de 20.000 \$ que fueron depositados en el Banco de la Nación Argentina a la espera de decidir sobre la utilidad de los mismos. A fecha de 12 de julio de 2012, el abono efectuado se encontraba aun consignado sin que se hubiera decidido su destino, cuestión que quedaría finalmente resuelta mediante decisión del Juzgado Federal de Quilmes de esa misma fecha.

disposición de la ACUMAR¹³²⁰. Nos encontramos por tanto ante una situación paradójica presente que las recaudaciones derivadas del pago de las multas impuestas por los incumplimientos de la ACUMAR tiene como destino final nutrir las arcas del propio organismo incumplidor.

Esta decisión del Juzgador queda justificada por dos motivos diferenciados. De un lado, por la dificultad que comprende la identificación del beneficiario de las multas en los casos de intereses colectivos, y de otro, por la existencia del Fondo de Compensación Ambiental previsto en el art. 9 de la Ley 26.168 de creación de la ACUMAR¹³²¹. Examinamos a continuación ambas cuestiones:

4.4.2.1. Dificultad en la identificación del beneficiario de las multas en los casos de intereses colectivos

En vista del carácter solidario que impera en los procesos ambientales colectivos, y hallándonos en un proceso remediador, las multas previstas se dirigen, sin perjuicio de su ya referida finalidad disuasiva y sancionadora, a mitigar los daños derivados de los incumplimientos. Ello conduce a la necesaria identificación de los perjudicados/beneficiarios, debiendo tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre respecto a las astreintes, -en las que resulta sencillo identificar el sujeto perjudicado por el incumplimiento de la manda judicial, y por ende, al beneficiario de la multa-, en los casos de incumplimiento de órdenes judiciales de carácter ambiental, en las que se defienden intereses colectivos, la afectación recae sobre un número indeterminado de sujetos¹³²².

La falta de concreción en la figura del perjudicado conlleva el riesgo inherente de no alcanzar la satisfacción del total de intereses afectados, obligando en consecuencia

¹³²⁰ Juzgado Federal de Quilmes, Sentencia de 12 de julio de 2012, Consid. 6°.

¹³²¹ Art. 9° de Ley 26.168: “*Créase un Fondo de Compensación Ambiental que será administrado por la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo y será destinado prioritariamente a la protección de los derechos humanos y a la prevención, mitigación y recomposición de los daños ambientales. Este Fondo de Compensación estará integrado por: a) Las asignaciones presupuestarias incluidas en la Ley Anual de Presupuesto que efectúe el Gobierno nacional; b) Los fondos recaudados en concepto de multas, tasas y tributos que establezcan las normas; c) Las indemnizaciones de recomposición fijadas en sede judicial; d) Los subsidios, donaciones o legados; e) Otros recursos que le asigne el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; f) Créditos internacionales*”.

¹³²² Juzgado Federal de Quilmes, Sentencia del de 12 de julio de 2012, Consid. 4°.

a adoptar medidas que solventen la situación con independencia de la persona de los actores. Así, en la causa “Mendoza”, el riesgo señalado quedaría resuelto mediante la vinculación de los réditos derivados de las multas al cumplimiento de los objetivos establecidos en la Sentencia de 8 de julio de 2008. Si bien, a fin de evitar que la función de las multas pudiera quedar desvirtuada por destinarse éstas a objetivos ambientales tan generales como el saneamiento socio ambiental de la Cuenca, el Juzgador de Quilmes entendió ajustado a derecho la asignación de importes concretos a cada uno de los fines previstos en el histórico Fallo¹³²³.

De este modo, las sanciones impuestas no solo operan como un medio para constreñir a los obligados sino que contribuyen a la remediación global de los perjuicios provocados por el incumplimiento¹³²⁴.

4.4.2.2. Fondo de Compensación Ambiental

Como decíamos, el segundo de los motivos que condujeron al Juzgador de Quilmes a tomar la decisión de reintegrar en la ACUMAR las recaudaciones derivadas de sus propios incumplimientos, devino de la existencia del Fondo de Compensación Ambiental previsto en la Ley 26.168. Dicho Fondo, administrado por la Autoridad de Cuenca, tiene con fin la protección de los derechos humanos y la prevención, mitigación y recomposición de los daños ambientales, lo que lo convierte en una herramienta adecuada para la satisfacción de los objetivos pretendidos por el Fallo de 8 de julio de 2008. Si bien, pese a la idoneidad del Fondo de Compensación, la Ley de creación de la ACUMAR no prevé entre sus vías de financiación la utilización del monto derivado de la aplicación de estas multas coercitivas. La razón de ser de esta falta de integración se halla en el hecho de que la Ley 26.168 fue sancionada de forma previa al dictamen del Fallo de 2008, tratándose además, este tipo de multa, de una

¹³²³ La distribución acordada de los 20.000\$ consignados en el Banco Nacional Argentino por el entonces presidente de la ACUMAR, el Dr. Homero M. Bibiloni, según sanción impuesta mediante resolución del Juzgado de Quilmes de 31 de agosto de 2010, fue la siguiente: 2.000\$ a recursos estratégicos relativos al objetivo de "Sistema Internacional de Medición"; 2.000\$ a recursos estratégicos relativos al objetivo de "Información Pública"; 7.000\$ para recursos estratégicos relativos al objetivo de "Contaminación de Origen Industrial" y 9000\$ a recursos estratégicos relativos al objetivo de "Saneamiento de Basurales". Cfr. Juzgado Federal de Quilmes, Sentencia de 12 de julio de 2012, Consid. 4º *in fine*

¹³²⁴ Juzgado Federal de Quilmes, Sentencia de 12 de julio de 2012, Consid. 4º *in fine*.

sanción novedosa creada en el seno de un proceso *sui generis*, motivos ambos que impidieron una previsión anticipada en este sentido. Presente lo anterior, y a fin de garantizar el mejor cumplimiento de los mandatos de la Corte, el Juzgador entendió conforme a derecho llevar a cabo una interpretación extensiva de la norma que permitiera valerse del Fondo de Compensación como herramienta al servicio del Fallo de 8 de julio de 2008¹³²⁵.

Por tanto, a través de la reintegración al Fondo de Compensación de los réditos derivados de la imposición las multas coercitivas, éstas, no solo conservan su naturaleza sancionadora y su ánimo disuasivo, -afectando al patrimonio personal de quien perpetre el incumplimiento-, sino que además, se destinan en favor de quienes resultaban ser beneficiarios de las acciones debidas. Como reconoce el Juzgador de Quilmes “visto el alcance solidario que impera en el derecho colectivo ambiental, los afectados deben compartir, no sólo su detrimento, sino además, todas aquellas medidas que sean conducentes a su remediación”¹³²⁶.

En cualquier caso, debemos señalar que el uso de las multas coercitivas no ha sido en ningún caso excesivo, pues hasta la sentencia de 31 de agosto de 2010, primera sanción a la ACUMAR, se habían dictado un total de 36 resoluciones y 142 intimaciones en las que no se acompañaba sanción alguna¹³²⁷.

4. 4. 3. Control jurisdiccional: especial sistema de ejecución del fallo de 8 de julio de 2008

4. 4. 3. 1. De las competencias exclusivas del Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes

Por último, tal y como reconoce la CSJN, la naturaleza y el contenido de la Sentencia de mérito dictada en la causa “Mendoza”, junto con el hecho de que la misma afectase a toda la CMR, y por ende a diferentes jurisdicciones judiciales, exigía anticiparse de algún modo a las consecuencias que podrían derivarse de la puesta en marcha de sus mandatos. De este modo, a fin de evitar incidentes competenciales, garantizando con ello la inmediatez de la magistratura con los sujetos del caso, el Alto

¹³²⁵ Juzgado Federal de Quilmes, sentencia de 12 de julio de 2012, Consid. 5°.

¹³²⁶ *Ibidem*, Consid. 7°.

¹³²⁷ Juzgado Federal de Quilmes, sentencia de 31 de agosto de 2010, Consid. 15°.

Tribunal entendió necesario arbitrar un sistema especial de ejecución consistente en el reconocimiento en exclusiva de todas las facultades que garantizaran el debido cumplimiento de los mandatos judiciales a favor de un único Juzgado Federal de Primera Instancia¹³²⁸. Visto lo anterior, el Máximo Tribunal otorgaría al Juez Federal de Primera Instancia de Quilmes, Dr. D. Luis Armella, no solo la competencia exclusiva para conocer de la ejecución de la sentencia, sino también, para la revisión judicial de las decisiones de la Autoridad de Cuenca, para imponer las multas derivadas de los incumplimientos de la ACUMAR, y para ordenar la investigación de los delitos derivados de la inobservancia de los mandatos judiciales del Fallo¹³²⁹.

La decisión de la Corte Suprema de atribuir a favor de un único juzgador la competencia exclusiva para la ejecución de la Sentencia de 8 de julio de 2008, halló su fundamento en argumentos de diversa índole. En primer término, el Alto Tribunal reiteraría lo ya expuesto, en su Sentencia de 20 de junio de 2006, sobre la necesidad de garantizar el responsable ejercicio de sus funciones como máximo intérprete de la Constitución, preservando la racionalidad de su agenda, debiendo sentenciar el caso con inmediatez a fin de evitar un excesivo dispendio económico y administrativo¹³³⁰. En segundo lugar, la Corte haría hincapié en la necesidad de impedir cualquier tipo de interferencia o intromisión que, procedente de la ACUMAR, de cualquier otro sujeto alcanzado por el Fallo, o cualquier autoridad nacional o local, judicial o administrativa, pudiera frustrar la jurisdicción constitucional ejercida¹³³¹. Asimismo, el Tribunal Cívero tuvo presente el ya referido criterio de la obligatoriedad de sus fallos y la posibilidad de adoptar cuantas medidas fueran precisas para garantizar el cumplimiento de sus mandatos. En este sentido, el Alto Tribunal reconoce que puede y debe dismantelar las consecuencias derivadas de todo acto por el cual, “sin importar la

¹³²⁸ CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 20°. En el mismo sentido, CSJN, sentencia de 19 de diciembre de 2012, Consid. 2°. Pese a que esta fue la decisión original de la Corte, conviene anticipar que, con posterioridad, y por motivos que exceden del objeto de este estudio, el magistrado Armella fue apartado de la causa, acordándose por la CSJN una división transitoria de la ejecución del pronunciamiento de 8 de julio de 2008 bajo la competencia del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional núm. 2 de Morón, como será examinado más adelante.

¹³²⁹ CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 20° y 21°.

¹³³⁰ *Ibidem*, Consid. 20°. Este mismo argumento, ya fue utilizado por la Corte Suprema en su Sentencia de 20 de junio de 2006, Consid. 14°, a fin de delimitar su competencia originaria.

¹³³¹ CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, Sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 20°.

autoridad local que lo hubiera dictado, en qué condiciones ni bajo qué nomen iuris”, se haya intentado neutralizar, paralizar o desconocer, en todo o en parte, los mandatos contenidos en una o más decisiones dictadas por la Corte en instancia originaria y exclusiva¹³³².

La ponderación de estas circunstancias llevó al Tribunal a considerar apropiado atribuir la competencia para la ejecución de la Sentencia en un único Juzgado Federal de Primera Instancia con jurisdicción en parte del asiento territorial de la cuenca hídrica. Esta atribución se hizo en los términos de lo dispuesto por los arts. 499 y siguientes del CPCCN, teniendo en cuenta tanto la competencia de este Juzgado sobre los partidos de Avellaneda, Berazategui, Florencio Varela y Quilmes¹³³³, como el informe interno elevado por la Secretaría de Administración General acerca de los recursos humanos con que el mismo contaba y el hecho fundamental de que la puesta en funcionamiento del mismo fuera reciente¹³³⁴.

Como señalábamos, junto con la potestad para la ejecución de la Sentencia de 8 de julio de 2008, la Corte Suprema reconoció al magistrado de Quilmes competencia para la revisión judicial de las decisiones de la Autoridad de Cuenca *ex* arts. 18 y 109 CN. Esta competencia, de carácter igualmente exclusivo, se justifica en la necesidad de asegurar la uniformidad en la interpretación de las cuestiones que se pudieran suscitar. Se evitarían así posibles criterios heterogéneos e incluso contradictorios resultado de someter las actuaciones de la ACUMAR al discernimiento de distintos Jueces que podrían frustrar la debida ejecución de la Sentencia estimulando un incremento de litigiosidad que paralizase la actuación de la Autoridad de Cuenca. En este sentido, sería la propia Corte Suprema la que vendría a subrayar que “frente a las ingentes atribuciones que a dicha agencia le reconocen los textos normativos en vigencia y este pronunciamiento, es conveniente concentrar en un único tribunal la competencia para llevar a cabo, agotada dicha instancia administrativa, la revisión judicial amplia y suficiente que corresponde por mandato superior en un estado

¹³³² *Ibidem*, Consid. 20º por remisión al precedente *P.95.XXXIX;Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de certeza, de fecha 24 de febrero de 2005, (Fallos: 328:175)*.

¹³³³ Ley 25.519, B.O. de 19 de diciembre de 2001, por la q se crea el Juzgado Federal de Primera Instancia con asiento en la ciudad de Quilmes, Art. 3: “*Tendrá competencia sobre los partidos de Avellaneda, Berazategui, Florencio Varela y Quilmes*”.

¹³³⁴ CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 20º, *in fine*.

constitucional de derecho, con arreglo a lo decidido por esta Corte desde 1960 en la causa “FERNANDEZ Arias, Elena y otros c/ Poggio, José (sucesión)” de fecha 19 de septiembre que ha marcado un rumbo en la materia (Fallos: 247:646), a fin de que, como enfatiza el voto de los jueces Boffi Boggero y Aberastury, A., siga rigiendo substancialmente el cardinal principio de que la decisión final corresponde al Poder Judicial de la Nación...”¹³³⁵.

Asimismo, como vimos en el apartado “Objetivos y programa de medidas para su consecución”, el Fallo de 8 de julio de 2008 reconocía, a favor del Dr. D. Luis Armella, las facultades necesarias para imponer multas coercitivas al Presidente y funcionarios de la ACUMAR en caso de incumplimiento de sus obligaciones¹³³⁶. El Juzgador resultaba competente para la determinación del incumplimiento y la fijación del importe de las sanciones, las cuales debía tener la suficiente entidad como para servir de disuasivo de conductas reticentes¹³³⁷. Por último, el magistrado de Quilmes quedaba autorizado para ordenar la investigación de los delitos que pudieran derivarse del incumplimiento de los mandatos judiciales ordenados en la Sentencia¹³³⁸.

Sin embargo, pese a la inicial contundencia de las argumentaciones expuestas, en el año 2012 el Alto Tribunal modificaría su criterio. Así, en su Sentencia de 19 de diciembre de 2012, el Tribunal cimero efectuaba la siguiente aclaración: “los avances realizados en el saneamiento de la CMR traían aparejadas nuevas y complejas problemáticas cuyo apropiado abordaje torna inconveniente que la ejecución del pronunciamiento de este Tribunal continúe en manos de un solo magistrado”¹³³⁹. Visto lo anterior la Corte Suprema lleva a cabo una división transitoria de la ejecución del Fallo entre dos magistrados, el Doctor Sergio G. Torres del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 12, y el Doctor Jorge E. RODRIGUEZ, titular del

¹³³⁵ CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, Sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 21°.

¹³³⁶ *Vid.* Nota 63.

¹³³⁷ CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, Sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 21° *in fine*.

¹³³⁸ *Ibidem*, Consid. 21° *in fine*

¹³³⁹ CSJN, “Mendoza”, sentencia de 19 de diciembre de 2012, Consid. 3°.

Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional núm. 2 de Morón, distribuyéndose las causas existentes y por existir en función de distintos criterios materiales¹³⁴⁰.

Fruto de esta decisión se ordenaría al Juez Federal de Quilmes poner a disposición de los nuevos tribunales competentes todas las actuaciones radicadas ante su sede a raíz de la competencia atribuida en la Sentencia de julio de 2008 junto con sus resoluciones complementarias. Decisión que afectaría además a todos los recursos, humanos -funcionarios o empleados- y materiales, de la secretaría especial ante la cual se tramitaron todas las causas que pasarían a disposición de los nuevos magistrados.

En cualquier caso, pese a que la decisión de dividir la competencia para la ejecución de Fallo se muestra más acorde con la realidad práctica¹³⁴¹, la Corte deja patente el riesgo evidente de conflictos competenciales entre las jurisdicciones judiciales concurrentes. De este modo, el motivo principal que condujo al Alto Tribunal a optar inicialmente por la atribución competencial exclusiva a favor de un único juzgador se pone de manifiesto como una posible contingencia que debe ser corregida a través de mecanismos de coordinación entre los nuevos tribunales designados. Así, en el Considerando 5º de la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, la CSJN señala, “Que el tribunal no deja de advertir que el amplio ámbito territorial abarcado por la cuenca, así como la multiplicidad y complejidad de los factores que resulta necesario atender a los efectos de lograr el objetivo propuesto en la sent. del 8/7/2008, determina que ciertos aspectos de la ejecución puedan involucrar la competencia de los dos tribunales designados en este pronunciamiento. Por ello, se

¹³⁴⁰ Presente que uno de los aspectos centrales del plan era la realización de las obras de provisión de agua potable y cloacas y el tratamiento de la basura depositada en la Cuenca, la Corte Suprema entendió conveniente separar la jurisdicción sobre estas materias en el entendido de que las mismas requerían de una especial supervisión en su desarrollo. De este modo, el control de los contratos celebrados o a celebrarse en el marco del plan de obras de provisión de agua potable y cloacas (a cargo de AySA, ABSA y ENHOSA) y del tratamiento de la basura (a cargo de CEAMSE), así como su nivel de ejecución presupuestaria, quedarían transitoriamente bajo la competencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 12, a cargo del doctor Sergio G. Torres. Todas las restantes competencias atribuidas en el Fallo de 8 de julio de 2008, - con las aclaraciones definidas en la Sentencia de 10 de noviembre de 2009- y que comprendían la cuenca baja (Avellaneda, Lanús, Lomas de Zamora y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), media (Almirante Brown, Esteban Echeverría, Ezeiza, La Matanza, Merlo y Morón) y alta (Cañuelas, Presidente Perón, San Vicente, Las Heras y Marcos Paz), quedarían transitoriamente bajo la competencia del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n. 2 de Morón, a cargo del doctor Jorge E. Rodríguez. Cfr. CSJN, “Mendoza”, Sentencia de 19 de diciembre de 2012, Consid. 4º.

¹³⁴¹ En este sentido dejamos referidos, entre otros, los problemas existentes en orden a posibles irregularidades en varias contrataciones de obras de infraestructura para el saneamiento del Riachuelo que han llevado al Dr. D. Luis Armella ante la Justicia.

exhorta a los magistrados a buscar mecanismos eficaces de coordinación de su actuación para evitar tanto los conflictos de competencia como el dictado de pronunciamientos contradictorios o que pudieran obstaculizar el avance del plan de saneamiento, recomposición y prevención de daños en la cuenca”.

4. 4. 3. 2. De las reglas procesales a seguir en los procedimientos relativos a la ejecución de la Sentencia de 8 de julio de 2008

El singular sistema de ejecución diseñado para el Fallo de 8 de julio de 2008 condujo a la Corte a concretar dos reglas procesales por las que regular las cuestiones referidas tanto a la posible acumulación de causas como al específico sistema de recursos previsto frente a las resoluciones dictadas por el Juez de ejecución.

a. De las reglas sobre acumulación de procedimientos

Tal y como señaló la propia Corte en el Fallo de 8 de julio de 2008, “las altas razones en que hacen pie las decisiones precedentes deben ser complementadas instrumentalmente, ordenando la acumulación de todos los litigios relativos a la ejecución del plan por ante el juez encargado de la ejecución, y declarando que este proceso produce litispendencia respecto de las demás acciones colectivas que tengan por objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico, aun cuando sean diferentes el legitimado activo y la causa petendi”¹³⁴². Quedarían así sentadas las bases para llevar a cabo la acumulación de causas ante el Juzgado Federal de Quilmes, como señala ESAIN, “las pautas son las siguientes, en cuanto a la materia: litigios relativos a la ejecución del plan; Sobre los efectos: provocan litispendencia (están obligados los jueces a hacer lugar a esta excepción) siempre que las causas sean por acciones colectivas. El objeto sea el mismo bien jurídico a pesar de que sean diferentes legitimados activos o diferente la causas pretendi”¹³⁴³.

Pese a las pautas marcadas, la ejecución de la Sentencia de mérito dio lugar a distintos incidentes competenciales obligando a la CSJN, a fin de garantizar tanto el

¹³⁴² CSJN, “Mendoza”, Fallos 331:1622, Sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 22°.

¹³⁴³ ESAIN, J., “Comentarios a la resolución del 10 de noviembre de 2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Mendoza Beatriz”. www.farn.org.ar/riachuelo/documentos/nota_ESAIN_riachuelo_nov09.pdf, última vez consultado febrero de 2014.

principio de economía procesal como la inmediatez de los procedimientos, a revisar su pronunciamiento de 8 de julio de 2008, redefiniendo con mayor detalle tanto la extensión de las competencias del Juez de ejecución como las reglas de acumulación de procedimientos¹³⁴⁴. En este sentido deviene fundamental la Sentencia de la CSJN

¹³⁴⁴ Entre los incidentes competenciales derivados de la acumulación de causas podemos destacar, entre otros, el registrado en M. 1569. XL. ORIGINARIO “Mendoza”, - 100 (incidente sobre informes Juzgado Federal de Quilmes). En este caso, el incidente tuvo su origen en el entendimiento por parte del Juzgado Federal de Quilmes de que la acumulación de causas prevista en el Fallo de julio de 2008 incluía también su intervención en las causas penales referidas a delitos ambientales en todo el territorio de la Cuenca. Así, en el marco de la causa 258/02 caratulada “S/ denuncia” radicada ante el Juzgado de ejecución, el magistrado solicitó la intervención de la Corte con el objeto de que se pronunciara acerca de la competencia para conocer en dicho asunto presente los recursos de apelación que los imputados habían interpuesto ante la decisión del juzgador de rechazar la declinatoria promovida por estos. Concretamente solicitaría del Alto Tribunal un pronunciamiento sobre el alcance de la acumulación prevista en los Consids. 21º y 22º de la Sentencia de 8 de julio de 2008, resolviendo sobre la competencia del Juzgado de Quilmes para la persecución de los delitos ambientales que se ejecuten en el ámbito territorial de la cuenca. La CSJN consideró improcedente su intervención en los recursos de apelación interpuestos al no darse una cuestión federal suficiente para que la Corte actuara por recurso extraordinario, como tampoco ninguna otra de las que con carácter general somete el art. 24, inc. 7, del Decreto-Ley 1285/58 a conocimiento del Tribunal. La Corte Suprema resolvería el incidente aclarando que el órgano competente para resolver de la cuestión planteada sería la Alzada ordinaria prevista para los casos que no están alcanzados por la sentencia de mérito de la causa “Mendoza”, y por tanto, este tipo de causas penales no se encuentran afectadas por la acumulación reglada en el Consid. 22º de la Sentencia de mérito. Otro ejemplo, de incidente sobre acumulación viene de la mano de la causa “Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas SA.” (RHE) S.C. M.2695, L.XXXIX y M. 60. XLIII. Sentencia de 13 de mayo de 2008, segundo pronunciamiento de la Corte Suprema sobre la extensión del Consid. 22º del Fallo de 8 de julio de 2008. En esta ocasión, al ser objeto del procedimiento una obra de las que el Gobierno integró en el plan de Saneamiento de la CMR, la Corte decidió acumular la causa a las que se tramitan ante el Juzgado de ejecución. Cfr. CSJN “Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas SA.” (RHE) S.C. M.2695, L.XXXIX, M. 60. XLIII. Sentencia de 13 de mayo de 2008, Consid. 19º. Por último, la causa “Liguoro Y Zvik c/ Municipalidad de Esteban Echeverría s/ Amparo”, tramitada ante la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata y antecedente directo de la Sentencia de la CSJN de 10 de noviembre de 2009, por la que el Alto Tribunal concreta la extensión de las competencias reconocidas al Juzgado Federal de Quilmes y el alcance de las acumulaciones. En este caso, la municipalidad de Esteban Echeverría ordenó el cese de las actividades de un desarrollo inmobiliario hasta la presentación de una póliza de seguro de caución como garantía de la posible ejecución de una remediación ambiental por los daños que pudieran surgir. Los actores presentaron un amparo ante la justicia de la Provincia de Buenos Aires, y el 22 de enero de 2009, el Juzgado correccional n° 5 del Departamento de Lomas de Zamora ordenó a la municipalidad demandada el inmediato levantamiento de la paralización de la obra de construcción. La municipalidad planteó la incompetencia del juzgado provincial con fundamento en lo resuelto por la Corte Suprema en el caso “Mendoza” solicitando la declinatoria a favor del Juez Federal de Quilmes, aceptándose esta por el Juzgado Correccional n° 5 de Lomas de Zamora. Ante esta decisión los actores dedujeron recurso de apelación, elevándose el incidente de competencia a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, que resolvió el 12 de febrero de 2009 afirmando que se trataba de una cuestión a resolver por el Juzgado Federal de Quilmes. Remitido el expediente principal al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, se dictó sentencia con fecha 11 de febrero de 2009 por la que se declara competente, revocando la medida cautelar dispuesta por el juez provincial, y disponiendo la clausura y cese de actividades, con orden de allanamiento, registro y secuestro. Esta resolución fue apelada por los actores ante la Cámara Federal de La Plata,

de 10 de noviembre de 2009 utilizada por el Máximo Tribunal para dar solución a las divergencias interpretativas surgidas entre tribunales de distinta naturaleza, sede y grado, en relación a las reglas establecidas en la Sentencia de 8 de julio de 2008 ¹³⁴⁵.

De este modo, a través de la referida Sentencia de 10 de noviembre de 2009, el Alto Tribunal recordaría que, la competencia reconocida a favor del Juzgado Federal de Quilmes, sobre causas de naturaleza distinta a la penal, se centraba en tres categorías de litigios: los concernientes a la ejecución de la sentencia CONDENATORIA de los mandatos contenidos en el programa establecido en el pronunciamiento sobre la prevención y la recomposición del medio ambiente dañado en la cuenca hídrica; los promovidos con el objeto de obtener la revisión judicial de las decisiones tomadas por la Autoridad de Cuenca y los litigios relativos a la ejecución del plan, por acumulación; y, tras declarar que este proceso produce litispendencia, la radicación de aquellos otros que encaucen acciones colectivas que tengan por objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico, aunque sean diferentes el demandante y la causa petendi¹³⁴⁶.

La última de las tipologías de litigios apuntadas fue la que mayor número de controversias suscitaría originando interpretaciones divergentes entre los órganos judiciales. El Alto Tribunal tuvo que precisar el concreto alcance de la declaración de litispendencia, señalando que, la misma quedaba limitada exclusivamente a los supuestos en los que el bien jurídico ambiental comprometido fuera colectivo, supraindividual, indivisible, impersonal y no fraccionable en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares, es decir, aquellos casos en que los derechos cuya tutela se

que, en base a un interpretación restrictiva de los pronunciamientos del fallo de 8 de julio de 2008 entendió que no correspondía darle la razón al Juzgado Federal de Quilmes sobre la acumulación, acordando poner en conocimiento tanto de la Corte como del Juzgado de Quilmes su decisión. Asimismo, ante el posicionamiento de la Cámara Federal de La Plata en su resolución de 11 de febrero de 2009, el magistrado de Quilmes requeriría expresamente la intervención de la Corte. Esta doble vía de acceso de la controversia competencial ante el Tribunal cimero daría lugar al dictamen de la Sentencia CSJN “Mendoza”, Fallos: 332: 2522, Sentencia de 10 de noviembre de 2009. Cfr. ESAIN, J. “Comentarios a la resolución del 10 de noviembre de 2009 ...” Cit.

¹³⁴⁵ CSJN, “Mendoza”, Fallos: 332: 2522, Sentencia de 10 de noviembre de 2009. A través de este pronunciamiento la CSJN no solo resuelve la controversia suscitada respecto a la competencia del Juzgado Federal de Quilmes en la causa “Liguoro Y Zvik c/ Municipalidad de Esteban Echeverría s/ Amparo”, supra analizada, sino que vistas las reiteradas situaciones de duda y a fin de evitar nuevos incidentes competenciales, el Alto Tribunal lleva a cabo una revisión detallada tanto de la extensión de las competencias del Juez de ejecución como de las reglas de acumulación de procedimientos.

¹³⁴⁶ CSJN, “Mendoza”, Fallos: 332:2522, Sentencia de 10 de noviembre de 2009, Consid. 3º.

persigue corresponden a un bien que pertenece a la esfera social y transindividual¹³⁴⁷. Dicho razonamiento se extiende también respecto de aquellas cuestiones que, pese a haber sido introducidas -por vía de pretensiones accesorias, cautelares, de medidas informativas o probatorias de carácter preliminar, o bajo cualquier otro *nomen iuris*- en procesos que, por su objeto principal, quedarían excluidos de su radicación ante el Juzgado Federal de Quilmes, exhibían sin embargo un contenido comprendido dentro de los mandatos impuestos a la Autoridad de Cuenca y, por tanto, cuya ejecución quedaba encomendada al juzgado de ejecución. En estos casos, la tramitación de la causa principal debía continuarse ante el tribunal competente -federal o provincial-, con la única exclusión de la reclamación o medida que guardase conexión con la causa "Mendoza" la cual interfería en la jurisdicción federal de naturaleza originaria delegada por el Alto Tribunal en el Juzgado de Quilmes para la ejecución del Fallo del 8 de julio de 2008¹³⁴⁸.

De este modo quedaban fuera de la declaración de litispendencia y, por ende, de su radicación ante el Juzgado Federal de Quilmes, todos aquellos asuntos en los que el objeto de la reclamación no fuera la tutela de un bien colectivo¹³⁴⁹. Estos asuntos debían tramitarse ante el tribunal que resultara competente, provincial o federal, según las normas generales establecidas en las leyes, con el alcance sentado en las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte para discernir la competencia federal y provincial en asuntos de naturaleza ambiental¹³⁵⁰.

¹³⁴⁷ En el sentido definido por la Corte en la causa "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04" (sentencia del 24 de febrero de 2009, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni) (LA LEY, 2009-B, 259 y en causa M.2965.XXXIX "Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas S.A.", sentencia del 28 de julio de 2009, considerando 17), Cfr. CSJN, "Mendoza", Fallos: 332: 2522, sentencia de 10 de noviembre de 2009, Consid. 4°.

¹³⁴⁸ CSJN, "Mendoza", Fallos: 332: 2522, sentencia de 10 de noviembre de 2009, Consid. 5°.

¹³⁴⁹ En este sentido, deben recordarse los argumentos dados por el Alto Tribunal en CSJN "Mendoza", Fallos 329:2316, Sentencia de 20 de junio de 2006, a fin de declinar su competencia en el ámbito de los intereses individuales afectados.

¹³⁵⁰ CSJN, "Mendoza", Fallos 332: 2522, Sentencia de 10 de noviembre de 2009, Consid. 6°. Este criterio encuentra su precedente en Fallos: 318:992, siendo ulteriormente ratificado en la causa "Verga, Ángela y otros", Fallos: 329:2280, sentencias del 20 de junio de 2006; "Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Cuidado del Medio Ambiente y Calidad de Vida c/ San Luis, provincia de y otros", Fallos 329:2469, sentencia de 4 de julio de 2006; "ASSUPA c/ San Juan, provincia de y otros", Fallos 330:4234, sentencia de 25 de septiembre de 2007; "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/ Buenos Aires, provincia de y otros", Fallos: 331:699, sentencia de 8 de abril de 2008; "Altube, Fernanda Beatriz y otros c/ Buenos Aires, provincia de y otros", Fallos: 331:1312, sentencia de 28 de mayo de 2008; "Vecinos por un Brandsen Ecológico Soc. Civil c/

Por último, a fin de simplificar la resolución de los conflictos competenciales que pudieran surgir como consecuencia de la intervención del Juzgado Federal de Quilmes en cuestiones no penales, el Alto Tribunal reconoce su propia competencia en esta materia. Se fija como criterio que los conflictos y cuestiones de competencia que se susciten entre tribunales a raíz de la intervención asumida por el Juzgado Federal de Quilmes serán decididos en todo caso por la Corte, desplazando así, para este proceso genuinamente de excepción, la regla que para los procedimientos ordinarios sólo da intervención al Tribunal cuando los órganos carecen de un superior jerárquico común¹³⁵¹.

b. De los recursos previstos ante las decisiones del Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes

En cuanto a la revisión de los pronunciamientos del Juez Federal de Quilmes, la Corte estableció, con apoyo en las singulares características de las competencias asignadas, un doble sistema de recursos. En primer término, respecto a las decisiones adoptadas por el Juzgador en la ejecución de la Sentencia y/o la revisión judicial de las decisiones de la ACUMAR, el Alto Tribunal reconoce la superioridad del Juzgado Federal de Quilmes, declinando la intervención de cualquier otra sede judicial. De este modo, sus decisiones debían ser impugnadas directamente ante la Corte Suprema, eliminando cualquier actuación de un tribunal intermedio¹³⁵². Como reconoce la propia Corte corresponde "...declinar la intervención de toda otra sede, de manera que las decisiones finales que tomare el magistrado cuya intervención se ha ordenado serán consideradas como dictadas por el superior tribunal de la causa a fin de permitir su impugnación por ante esta Corte...en la instancia del art. 14 de la ley 48, sustrayendo así de toda actuación a cualquier tribunal intermedio"¹³⁵³. Así pues, el

Buenos Aires, provincia de y otros", Fallos 331:2784, sentencia de 16 de diciembre de 2008; y A.1284.XLIV "Ávila, Clara Rosa y otros c/ Neuquén, provincia del y otros", sentencia de 18 de agosto de 2009.

¹³⁵¹ CSJN, "Mendoza", Fallos: 332: 2522, sentencia de 10 de noviembre de 2009, Consid. 8°

¹³⁵² *Ibidem*, Consid. 7°, en relación con CSJN, "Mendoza", Fallos 331:1622, Sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 21°.

¹³⁵³ CSJN, "Mendoza", Fallos 331:1622, Sentencia de 8 de julio de 2008, Consid. 21° *in fine*. En el mismo sentido, CSJN, "Mendoza", Fallos: 332: 2522, Sentencia de 10 de noviembre de 2009, Consid. 3°.

Tribunal contempló el recurso previsto en el art. 14 de la Ley 48 por ante la Corte como única instancia revisora de las resoluciones que dictase el Juzgado Federal de Quilmes en el marco exclusivo de las causas comprendidas dentro de las categorías de litigio señaladas. Se sortea de este modo, para esa clase de actuaciones, la intervención de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, tribunal natural de alzada según lo dispuesto en el art. 41 de la Ley 25.519¹³⁵⁴.

En segundo lugar, para las decisiones adoptadas en procesos acumulados o radicados ante el Juzgado Federal de Quilmes fruto de la litispendencia propia del Fallo, la Corte acordó que su revisión quedaría sujeta a las normas procesales en vigor para la clase concreta de actuación de que se tratase. De este modo, el Juzgado de ejecución debía estarse al trámite que correspondiese dentro del régimen ordinario de recursos vigente según el tipo de proceso -cautelar, amparo, sumarísimo, ordinario- que se asigne, comprendiendo esta regla la apelación por ante la Cámara Federal de La Plata cuando estuviera expresamente habilitada¹³⁵⁵.

4. 4. 4. El posterior seguimiento efectuado por la Corte Suprema. El último Informe del Defensor del Pueblo.

El relevante interés que para el Alto Tribunal tiene el íntegro cumplimiento de la Sentencia de 8 de julio de 2008 ha llevado a la Corte Suprema a continuar, una vez dictado el Fallo de mérito, con el desempeño de labores de control y seguimiento materializadas a través de sucesivos requerimientos de información sobre los avances en el cumplimiento de los objetivos marcados y en el señalamiento y celebración de diversas audiencias públicas para su justificación¹³⁵⁶.

De este modo, mediante resolución de 6 de abril de 2010, el Alto Tribunal requirió a la Autoridad de Cuenca, al Estado Nacional, a la provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en forma conjunta, la presentación de un informe circunstanciado sobre el grado de cumplimiento alcanzado a 31 de marzo de

¹³⁵⁴ CSJN, “Mendoza”, Fallos: 332: 2522, sentencia de 10 de noviembre de 2009, Consid. 7°.

¹³⁵⁵ *Ibidem*, Consid. 7° *in fine*.

¹³⁵⁶ En este sentido, *Vid.* CSJN, “Mendoza”, sentencias de 6 de abril, 24 de mayo y 10 de agosto de 2010; Sentencias de 17 y 22 de febrero, 19 de abril de 2011; Sentencias de 14 de agosto y 18 y 26 de septiembre y 19 de diciembre de 2012 y Sentencia de 15 de abril de 2014.

2010, de todos los mandatos impuestos en la Sentencia de 8 de julio de 2008¹³⁵⁷. La falta de adecuación de la presentación efectuada por la ACUMAR a las exigencias formuladas por la Corte, derivó en una nueva intimación a los obligados a través de la resolución de la CSJN de 26 de mayo de 2010¹³⁵⁸.

En una línea continuista el 14 de agosto de 2012 el Alto Tribunal reiteraría la necesidad de que el mismo tomara conocimiento inmediato sobre los niveles de cumplimiento de los objetivos del Fallo de 8 de julio de 2008. Así, se requirió nuevamente a la ACUMAR y al resto de obligados la presentación conjunta de un nuevo informe en el que quedarán recogidos -con arreglo a las exigencias señaladas en el pronunciamiento de 6 de abril de 2010- los resultados conseguidos a fecha de 30 de junio de 2012. A la vista de la presentación formulada por la Autoridad de Cuenca la Corte acordaría, mediante resolución de 18 de septiembre de 2012, celebrar una audiencia pública por la que, además de garantizar la participación ciudadana, se cumpliera con el propósito de difundir públicamente el modo en que el Tribunal conoce de un causa en la que ejerce la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional¹³⁵⁹.

Visto lo anterior, con fecha 26 de septiembre de 2012, el Alto Tribunal aprobaría el reglamento que reunía las normas concernientes al desarrollo y concurrencia de la audiencia pública. Asimismo, mediante resolución de 2 de octubre de 2012, la Corte entendió oportuno ampliar la convocatoria, disponiendo que debían concurrir a la misma las representaciones de la Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) y de Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA),

¹³⁵⁷ De acuerdo con las precisiones recogidas en la resolución de 6 de abril de 2010, posteriormente reiteradas en los pronunciamientos de 14 de agosto de 2012 y 15 de abril de 2014, el informe circunstanciado sobre el íntegro cumplimiento llevado a cabo de todos los mandatos impuestos en la Sentencia de 8 de julio de 2008 debe señalar, separadamente para cada uno de los objetivos y resultados establecidos, en forma sinóptica, con rigurosa precisión y mediante la utilización de pautas cuantitativas expresando porcentajes concretos, el grado de cumplimiento de cada uno de los objetivos y resultados que integraron el programa de ejecución obligatoria impuesto en el fallo.

¹³⁵⁸ La CSJN puso de manifiesto que la presentación efectuada por la Autoridad de Cuenca no daba cumplida respuesta a lo requerido al no establecer, respecto de todos los objetivos y resultados, las pautas cuantitativas exigidas, ni el grado en que había sido alcanzado mediante el concreto porcentaje correspondiente a cada uno de los contenidos. Visto lo anterior, mediante resolución de 26 de mayo de 2010, el Alto Tribunal intimó nuevamente a los requeridos al cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de 6 de abril de 2010. Cfr. CSJN, “Mendoza”, Sentencia de 26 de mayo de 2010.

¹³⁵⁹ Vid. Acordada núm. 30/2007; Sentencias de la CSJN de 6 de abril de 2010 y 17 de febrero de 2011.

a fin de informar sobre los actos cumplidos en el marco de la ejecución del plan de saneamiento y de las contrataciones efectuadas por indicación de la ACUMAR. La audiencia señalada se llevaría a cabo los días 11 y 25 de octubre y 1 de noviembre de 2012, cuyas conclusiones quedarían recogidas en la ya examinada Sentencia de la CSJN de 19 de diciembre de 2012¹³⁶⁰.

El pasado mes de abril tuvo lugar la última de las actuaciones llevadas a cabo por la Corte Suprema en este sentido. Así, mediante resolución de 15 de abril de 2014, el Alto Tribunal ha vuelto a poner de manifiesto su interés en la causa, requiriendo la presentación de un nuevo informe por parte de los obligados en el que se detalle el fiel cumplimiento de los mandatos de la Sentencia de julio de 2008 a fecha de 28 de febrero de 2014. En esta ocasión, el Tribunal cimero ha especificado que el informe a presentar deberá señalar separadamente para cada objetivo y resultado, de forma sinóptica, con rigurosa previsión y mediante la utilización de pautas cuantitativas expresando porcentajes concretos, el grado en que ha sido alcanzado – a 28 de febrero de 2014- cada uno de los objetivos y resultados que integran el programa de ejecución impuesto por el Fallo de mérito. Asimismo prevé la necesidad de incorporar un capítulo separado destinado a un específico cuadro comparativo sobre la situación existente a fecha 30 de junio de 2012 – fecha del último informe- y la que cabe apreciar a fecha de 28 de febrero de 2014. Incorporando por último un capítulo con un informe específico sobre cada uno de los nueve objetivos detallados en la Sentencia de 19 de diciembre de 2012¹³⁶¹.

Con independencia de los seguimos llevados a cabo por la Corte, el Defensor del

¹³⁶⁰ A la luz de los informes brindados por la ACUMAR, las autoridades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires, los intendentes de varios de los municipios involucrados y el Defensor del Pueblo de la Nación en las audiencias de 11 y 25 de octubre y 1 de noviembre de 2012, la Corte dictaría la Sentencia de 19 de diciembre de 2012 por la que el Alto Tribunal entendió contraproducente mantener la ejecución del Fallo en manos de un único Juez, declarando la necesaria la división transitoria de la ejecución entre dos magistrados.

¹³⁶¹ CSJN “Mendoza”, Sentencia de 19 de diciembre de 2012, Consid. 6 puntos a) al i): “a) Relocalización de establecimientos industriales; b) Sistemas de medición de calidad de aire y de agua; c) Detección de conexiones clandestinas de origen industrial, domiciliario y cloacal a conductos pluviales para vuelco de sustancias contaminantes en los cursos hídricos de la cuenca; d) Erradicación y relocalización de barrios de emergencia y asentamientos poblacionales precarios; e) Planta Depuradora del Bicentenario de Berazategui; f) Planta de Tratamiento Dock Sud; g) Sistema de Vigilancia Epidemiológica Ambiental; h) Red de Servicios de Salud; i) Plan de Reconversión Industrial.

pueblo con fecha 8 de julio de 2014¹³⁶², y con motivo del del aniversario del fallo, la Defensoría del Pueblo de la Nación ratifica la importancia de profundizar las acciones para alcanzar sus objetivos, resaltando la necesidad de atender decididamente a las principales fuentes de contaminación (establecimientos industriales y de servicios, residuos domiciliarios y efluentes cloacales) y acrecentar el acceso a bienes y servicios que hacen a la justicia ambiental (agua potable, salud y vivienda adecuada). En tal sentido, se destaca la actuación que hasta ahora ha llevado la ACUMAR y en ese sentido señala que:

“ACUMAR registró a 23.523 establecimientos industriales y de servicios en la cuenca, inspeccionó a 19.425, determinó que 1.691 de ellos son “agentes contaminantes”, de los cuales 478 se “reconvirtieron” bajo su supervisión y se mantienen clausurados 331. Con un 47,8% de los “agentes contaminantes” “reconvertidos” o clausurados aún no es posible acreditar mejoras sostenidas en la calidad del agua de la cuenca. Tampoco pudo establecerse el aporte de la reorganización del polo petroquímico Dock Sud y el proyecto ACUBA a la reducción de las cargas contaminantes.

La Autoridad de Cuenca relevó 447 basurales irregulares y planificó la remoción de residuos en 269 de ellos, meta cumplida en un 69%, quedando pendientes de limpieza 83 desde el cuarto trimestre de 2012. De los 186 sitios intervenidos, cuya custodia fue asignada a las autoridades locales, en un 57% se detectaron procesos de reinsertión (presencia de residuos en cuatro inspecciones). Asimismo, de los 15 Ecopuntos planificados para tratar el 25% de los residuos que se generan en la cuenca se encuentran en funcionamiento 2.

ACUMAR supervisó los planes de AySA y ABSA para extender sus redes de agua potable y saneamiento cloacal al 100% de la población de la cuenca y acompañó el proceso de puesta a punto de las plantas de tratamiento cloacal, para lo cual se cuenta con un importante financiamiento del Banco Mundial. El inicio de las obras en algunos casos

¹³⁶² Defensor del Pueblo de la Nación, Informe de fecha 8 de julio de 2014, “Acumar sobre control industrial”, el documento nos ha sido facilitado por CAFFERATTA, N.A.

está demorado (Colector Margen Izquierda, Planta y emisario Riachuelo, emisario Berazategui, Plan director ABSA), en otros en ejecución (Colectores ACUBA, Pta. Fiorito) y algunas ya fueron terminadas (Ptas. Berazategui, El Jagüel y Sudoeste).

Además realizó 9 estudios integrales de salud en áreas de riesgo y reforzó la atención sanitaria mediante 13 Unidades de Salud Ambiental. A su vez, planificó 17.771 soluciones habitacionales, de las cuales terminó 2.163 para relocalizar principalmente a personas que habitan en las márgenes del Riachuelo”

Expuesto lo anterior, el Defensor del pueblo continua señalando que: “A efectos de consolidar los avances alcanzados y complementar las actividades que se llevan a cabo, el Cuerpo Colegiado, coordinado por la Defensoría del Pueblo de la Nación, realizó más de cien presentaciones en sede judicial en las cuales instó a: i) Formular una política industrial que modifique la reglamentación sectorial y reduzca progresivamente las cargas contaminantes que se emiten, disponen y vierten en la cuenca; ii) Implementar una gestión integral de los residuos que aborde las etapas de generación, separación en origen, recolección diferenciada, tratamiento y adecuada disposición final, a la vez que sanear los pasivos ambientales existentes; iii) Llevar a cabo las obras de infraestructura necesarias para garantizar el acceso a los servicios de agua potable y saneamiento cloacal por parte de la totalidad de la población de la cuenca, comenzando por los barrios expuestos a mayor riesgo sanitario y garantizando un tratamiento adecuado a los efluentes. A) Identificar los grupos poblacionales en mayor riesgo ambiental, incrementando el acceso a servicios para atender sus afectaciones a la salud y reduciendo la exposición a peligros ambientales. B) Brindar soluciones habitacionales a todas las personas que viven en zonas de riesgo, garantizando el acceso a una vivienda adecuada”.

Por tanto, y como ya habíamos expuesto, ACUMAR tiene la responsabilidad de liderar y coordinar una política ambiental, de escala metropolitana, mediante la implementación de los instrumentos establecidos en la normativa vigente, cuyos resultados deben evaluar las autoridades designadas por la CSJN para verificar el cumplimiento de los objetivos establecidos en la sentencia del 8 de julio de 2008, a los

fines de propender al más pronto y eficaz cumplimiento de lo resuelto en dicho pronunciamiento judicial.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- LA DISPUTA DE PODERES EN RELACIÓN CON EL AGUA COMO RECURSO AMBIENTAL: UN PROBLEMA COMÚN

A lo largo del presente estudio se ha podido comprobar que la convergencia sobre un mismo espacio físico de la acción de diferentes entes públicos –estatal y autonómicos, en el caso de España y provinciales y nacional, en el caso de Argentina– que, a su vez, tienen atribuidas competencias funcionales distintas sobre materias diversas que afectan al mismo espacio, constituye a menudo un foco de conflicto y plantea siempre problemas de articulación y encaje. Especialmente significativa resulta la confrontación derivada de la articulación de competencias en materia de aguas y de medio ambiente.

Tanto en el ordenamiento jurídico español como en el argentino, el agua se reconoce como un sector material autónomo sujeto a su específico diseño constitucional de distribución competencias, sin perjuicio de que en su condición de recurso natural quede integrada dentro del supra-concepto medio ambiente, que, a su vez se encuentra sujeto igualmente a su específico sistema competencial.

Pese al disímil sistema de distribución competencial adoptado en materia de aguas –siendo incuestionable la superioridad del techo competencial que corresponde a las provincias respecto a las CCAA–, los problemas derivados de la concurrencia competencial de los títulos agua y medio ambiente son, sin embargo, similares. Nada nuevo apuntamos cuando decimos que la competencia sobre el medio ambiente tiene un carácter transversal y polifacético por la incidencia que la misma tiene sobre otros sectores del ordenamiento jurídico como es en materia de aguas. Se trata de una competencia que atraviesa las demás y se proyecta, con diferente intensidad, sobre otros ámbitos materiales. Por sus especiales características la materia ambiental provoca una correlativa complejidad en el reparto de competencias entre los distintos niveles de poder puesto que de la misma se derivan competencias, tanto estatales/nacionales como autonómicas/provinciales con un carácter metafóricamente transversal por incidir en otras materias incluidas también, cada una a su manera, en el esquema constitucional de competencias en cuanto tales materias tienen como objeto los elementos integrantes del medio (las aguas, la atmósfera, la fauna y la flora, los minerales) o ciertas actividades humanas sobre ellos (agricultura, industria, minería,

urbanismo, transportes) que a su vez generan agresiones al ambiente o riesgos potenciales para él.

Ya hemos afirmado que la *vis expansiva* del medio ambiente, llevada al extremo, podría absorber las demás competencias que inciden sobre el territorio, el entorno y los recursos naturales y, concretamente en este caso, podría vaciar de contenido las competencias bien estatales/nacionales bien autonómicas/provinciales en materia de aguas. Ahora bien, del mismo modo, el ejercicio de la competencia exclusiva sobre aguas continentales no puede originar un vacío de las competencias en materia de medio ambiente que dificulte la protección del recurso natural agua.

Esta especial situación de concurrencia de competencias compartidas sobre un mismo espacio físico y los conflictos competenciales derivados de ello aconseja que sean los Altos Tribunales, Tribunal Constitucional en el caso de España y Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Argentina quienes al resolver los conflictos planteados sienten las bases que aclaren con cautela la controversia.

SEGUNDA.- UNA DIFERENTE CONCEPCIÓN DEL DOMINIO SOBRE LAS AGUAS: LA OBLIGADA REVISIÓN DE LA TEORÍA DEL DOMINIO PÚBLICO ARGENTINO

El art. 132 CE reserva a la ley la regulación del régimen jurídico de los bienes públicos sobre la base de “*los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad*”, y dispone que “*son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental*”. Como puede observarse, el art. 132 CE demanializa categorías genéricas de bienes definidas según sus características naturales homogéneas, y dispone así que algunos de los tipos de bienes que doctrinalmente se han definido como pertenecientes al demanio natural formen parte del dominio público del Estado.

En la determinación constitucional del llamado dominio público natural subyacen fines constitucionalmente legítimos vinculados, en última instancia, a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, –como, por ejemplo, la que garantiza el art. 45 CE–, o a la defensa y utilización racional de la “riqueza del país”, que en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general (art.

128.1 CE). Ahora bien, el constituyente no agota la enumeración de los géneros de bienes que, en virtud de sus caracteres naturales, integran el demanio natural estatal. El TC fija una pauta interpretativa para determinar los tipos de bienes que el legislador estatal corresponde en todo caso demanializar, incluyéndolos en el dominio público estatal, si así lo estima oportuno en atención a los intereses generales. Dicha pauta se deduce de una lectura sistemática del art. 132 CE, puesto en relación tanto el significado y alcance de la institución del dominio público como con los preceptos constitucionales relativos a la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA que guardan directa relación con el régimen jurídico de la titularidad de los bienes, (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14).

Pero lo anterior no significa que corresponda en exclusiva al Estado la incorporación de cualquier bien al dominio público, ni que todo bien que se integre en el demanio deba considerarse, por esta misma razón, de la titularidad del Estado. Como el propio TC reconoce “la Constitución ha dispuesto así que *algunos* de los tipos de bienes que doctrinalmente se han definido como pertenecientes al demanio «natural» formen parte del dominio público del Estado”. Se reserva al legislador estatal la competencia exclusiva para determinar las categorías de bienes que integran el dominio público estatal pero no se pronuncia sobre el dominio público autonómico. Así, podría interpretarse que el TC reconoce la posibilidad de que las CCAA demanialicen, vía afectación singular, bienes concretos, que en este caso, podrían integrar el dominio público natural autonómico.

No se pretende obviar el tajante pronunciamiento del TC al afirmar que “tratándose del «demanio natural», es lógico que la potestad de demanializar se reserve al Estado en exclusiva y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan, asimismo, como unidad indivisible en el dominio público estatal” (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14). Pero sí se plantea la duda sobre las competencias autonómicas para la demanialización de aquellos bienes que, pudiendo integrar el dominio público natural, no son reconocidos como tales por el legislador estatal quedando entonces desprotegidos.

En relación con las aguas, no obstante, en la actualidad no se plantea esta problemática, pues el legislador estatal ha procedido a demanializar gradualmente las distintas masas de agua. Ahora bien, reconocida la titularidad estatal del DPH, ello no resuelve la cuestión del ejercicio de competencias que el Estado y las CCAA tienen

atribuidas respecto al agua. En España la titularidad dominical no es un criterio de delimitación competencial, siendo separables la propiedad pública de un bien y el ejercicio de competencias públicas que lo utilizan como soporte natural (STC 227/1988, de 29 noviembre, FJ 15). Por tanto, la titularidad estatal de las aguas es compatible con el ejercicio de competencias de otras Administraciones Públicas sobre las mismas (STC 247/2007, de 12 diciembre, AJ 8º y STC 227/1988, de 29 noviembre, FJ 14). La declaración de demanialidad de las aguas continentales no las convierte en espacio físico ajeno al ejercicio de las competencias de los diferentes entes territoriales aun cuando estos no sean titulares presente que, como hemos dicho, la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial (SSTC 77/1984, FJ 3; 227/1988, FJ 14; y 103/1989, FJ 6).

Por tanto, a los efectos de determinar las concretas competencias que sobre el agua detentan los entes públicos, con independencia de su titularidad, deben ser analizados los preceptos constitucionales y estatutarios que regulan la distribución de competencias en esta materia: el art. 149.1.22ª CE, que reserva en exclusiva al Estado la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una CA, y el art. 148.1.10ª CE que dispone que las CCAA podrán asumir competencias en los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la CA. En relación a estos debe señalarse que del mismo modo que la titularidad no determina competencias, a sensu contrario, el ejercicio de competencias de un bien no prejuzgan titularidad (STC 227/1988, de 29 noviembre, FJ 14).

No obstante, a la luz de cuanto se ha expuesto se advierte que la titularidad estatal del DPH que reconoce el Estado español, aunque contrapuesto a la titularidad provincial del dominio público hidráulico característico del Estado federal argentino, no simplifica la conflictividad y los términos de las disputas en torno a la competencia sobre la regulación y el uso del agua.

En relación a Argentina, el reconocimiento expreso del dominio originario sobre los recursos naturales, entre los que se incluye el agua, a favor de las provincias pone fin, sin ambigüedades, a la tradicional controversia referida al sujeto titular – Nación o provincia– de los mismos. Quedan por tanto, dentro del marco brindado por la Constitución, bajo la tutela de las provincias. Se proporciona el enraizamiento constitucional del régimen de los recursos naturales que impide cualquier tipo de

alteración del mismo desde niveles normativos infraconstitucionales. El contenido del art. 124 *in fine* responde a la necesidad objetiva de evitar intromisiones competenciales. Pese a que con anterioridad a la reforma constitucional la potestad de las provincias sobre los recursos naturales era incuestionable –presente la inexistencia de delegación alguna en este sentido a favor de la Nación– se constata una invasión recurrente de las competencias provinciales por parte de la Nación, auto-adjudicándose el ejercicio de funciones sobre los recursos naturales con el consiguiente vaciamiento del dominio provincial sobre los mismos. Por ello, cabría entender que el reconocimiento expreso del dominio originario a favor de las provincias responde a la necesidad de evitar esa intromisión.

Lo anterior conlleva una revisión de los confundidos términos dominio originario, dominio público, dominio eminente y jurisdicción. De acuerdo con lo expuesto, el dominio público hace referencia a un conjunto de bienes que, por sus especiales características y por la función que cumplen, quedan sujetos a un régimen jurídico específico. Las provincias detentan la titularidad del dominio público pero este no es un criterio de distribución constitucional de competencias. Dicha distribución quedaría determinada, en materia de recursos naturales, por el art. 124 CN y el reconocimiento del dominio originario (sin perjuicio de la regla general de atribución de competencias ex art. 121 y 126 CN). Este podría ser entendido como un ámbito que se extiende sobre todos los recursos naturales, cualquiera sea su característica, siendo su principal efecto la titularidad de los Estados provinciales en cuanto a su capacidad para regular intensamente el uso y disposición eventual de esos bienes públicos en beneficio de toda la sociedad. Esto es, un concepto que englobaría el dominio eminente como *potestas*. De esta manera el dominio implicaría la jurisdicción, entendida como competencia, y su ejercicio se atribuiría a quien es su titular, salvo que la Ley establezca lo contrario para casos particulares, y con carácter excepcional, cuando la CN lo autorice.

Esta cuestión debe ser puesta en relación directa con la delegación a favor de la Nación en lo que hace a la determinación de los presupuestos mínimos para la protección ambiental que deberán ser necesariamente aplicados en relación con el uso de los recursos naturales. Ahora bien, la combinación de ambas disposiciones, (art. 41 y 124 CN), induce a pensar que la delegación se efectuó bajo la condición de que su ejercicio no importara el vaciamiento del dominio que ostentan las provincias sobre

esos mismos recursos, pues de otro modo no se entendería la mención expresa “*corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*”, que contempla el art. 124 *in fine* CN. Sin embargo, esta conclusión alcanzada respecto a los recursos hídricos no es extensible a otros recursos naturales respecto de los cuales la discusión sobre su dominio y jurisdicción sigue ocupando un lugar fundamental como es el caso de los hidrocarburos.

Expuesto que el dominio público argentino no es un criterio delimitador de competencias y que éste pertenece a las provincias como titular, deben advertirse las matizaciones que a partir de la reforma constitucional se observan en relación con la teoría del dominio público argentino. La doctrina contemporánea propone una concepción funcionalista del dominio público como matización a la tradicional teoría patrimonialista. La adopción de una u otra visión sobre la demanialidad tiene efectos trascendentes para la organización constitucional argentina, en particular en el reparto de competencias entre la Nación y las provincias. Mientras que para la dogmática tradicional, la determinación de qué bienes revisten carácter público y cuáles privado implica una cuestión de carácter civil, pues significa establecer la distinción o clasificación básica en la condición legal o naturaleza jurídica de las cosas, y por tanto, la facultad de efectuar tal distinción corresponde al Congreso Nacional, la postura funcionalista sostiene que el fundamento del sistema jurídico referido al régimen de los bienes de dominio público y privado no debe buscarse en el CC sino en la CN, en tanto determina su naturaleza de título de intervención, (arts. 4, 75 inc. 5 y 18 CC y 124 y 125 CN). Esta postura afirma que tanto la determinación de los elementos que integran el dominio público como la regulación de los fines y usos del mismo, por responder a un conjunto de facultades relativas al ejercicio de la jurisdicción, debe ser regulado únicamente por el derecho administrativo, esto es, por las autoridades provinciales y locales. El CC importaría, en el mejor de los casos, una norma de alcance exclusivamente federal, aplicable sólo a la Nación, no así a los territorios provinciales. Se pone por tanto en tela de juicio la opinión tradicional y mayoritaria de que la competencia para la clasificación de los bienes públicos corresponde a la Nación. De lo anterior se desprende que pertenece a las provincias el dominio originario y, por ende, la jurisdicción y el dominio público. Es más, la doctrina llega a advertir su posible competencia para la determinación de los elementos que lo integran. Por ello, el régimen jurídico de las aguas deberá construirse

sobre los pilares de la legislación provincial tanto en materia de aguas como en las normas de desarrollo de la legislación de protección ambiental. Un nuevo régimen que desplazaría definitivamente el CC (de la época de la sistematización) como norma fundamental.

A la vista de lo anterior, consideramos que debe armonizarse y hacerse compatible el contenido del art. 124 CN, por el que se reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales y del art. 41 CN, que atribuye a la Nación la competencia para establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental. Para ello debe tenerse en cuenta que si la norma tiene como cometido la regulación de los recursos naturales en cuanto su uso y aprovechamiento, se tratará a todas luces de una competencia provincial exclusiva. Ahora bien, si el fin perseguido por la norma es de protección, entonces resultará de aplicación el art. 41.3 CN. Este criterio finalista ha sido invocado por el TC a la hora deslindar la materia ambiental de otras conexas. Así, por ejemplo, en materia de espacio naturales protegidos (sobre los que no existe previsión constitucional expresa en el art. 149.1. CE y sobre los que las CCAA procedieron a asumir competencias exclusivas en toda su extensión funcional), el Estado podrá incidir en su regulación, siempre que se identifique el propósito de tutivo. Por este motivo, la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad se dicta en ejercicio de las competencias exclusivas del Estado para el establecimiento de las bases, a pesar de que las CCAA ostentan competencias exclusivas sobre espacios naturales protegidos.

Del mismo modo, en Argentina, los presupuestos mínimos de protección ambiental deberán, dentro del marco dado por el art. 41.3 CN, fijar un mínimo común denominador para toda la Nación, una legislación de bases por la que se garantice una protección ambiental elemental e irrenunciable que, garantizando la igualdad, deberá ser integrada como propia en el derecho provincial. Esta legislación de mínimos quedará sujeta a dos límites cardinales *ex arts.* 41.3 CN y 124 CN. De un lado, la actividad legislativa de la Nación no podrá agotar la protección ambiental, debiendo respetar el límite regulatorio impuesto desde el texto constitucional que reconoce a las provincias la legislación de complemento que permitirá a éstas adecuar la regulación global a la idiosincrasia de su territorio. Y, de otro, la Nación no podrá valerse de la *vis expansiva* de la materia medioambiental para invadir competencias provinciales, respetando siempre y en todo caso el dominio y la jurisdicción que las provincias

detentan sobre sus recursos naturales. Como se expuso *supra*, la combinación de los arts. 41 y 124 CN induce a pensar que la delegación a favor de la Nación en materia ambiental se efectuó bajo la condición de que su ejercicio no conllevará el vaciamiento del dominio que ostentan las provincias sobre esos mismos recursos.

TERCERA.- EL DISÍMIL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE AGUA EN AMBOS ORDENAMIENTOS

El sistema de distribución constitucional de competencias en materia de aguas previsto en la CE dista de ser fácil y claro. Nos hallamos ante un concreto sector material cuya principal singularidad pasa por el hecho de que tanto el Estado como las CCAA tienen reconocidas similares competencias cuya atribución depende de criterios poco claros de muy distinta naturaleza, lo que origina una gran cantidad de situaciones de extralimitación de funciones que ha derivado en lo que actualmente se conoce como “la guerra del agua” que se materializa en constantes recursos de inconstitucionalidad. Los arts. 148.1.10ª y art. 149.1.22ª no son ni coincidentes ni complementarios, ni desde el punto de vista de la materia –pues el art. 148.1.10ª CE alude a competencias sobre proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, mientras que el art. 149.1.22ª CE se refiere a competencias sobre legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos–, ni mucho menos en relación al criterio utilizado por nuestro legislador para distribuir las competencias –pues mientras que el criterio utilizado en el art. 148.1.10ª CE se refiere al interés de las CCAA, el art. 149.1.22ª CE hace uso de un criterio puramente geográfico–. Dicha incongruencia impide tener una visión general y exacta de la distribución de competencias que nuestro Texto Constitucional contempla en un sector tan fundamental como es el agua. Ello obliga, como tiene reconocido el TC (STC 277/1988, de 29 de noviembre), a recurrir a la cláusula de distribución residual de competencias del art.149.1.3 CE a fin de suplir las lagunas de dos preceptos que se manifiestan incompletos. Nada nuevo añade la afirmación efectuada cuando la falta de claridad expuesta ha sido reconocida, no solo por la doctrina, sino por el propio TC. Si bien, en el momento actual, vista la conflictividad generada tras las últimas reformas estatutarias iniciadas en el 2005, las soluciones que se adoptan no parecen ser las más adecuadas. La asunción por parte de

las Autonomías de nuevas competencias sobre el agua reabre un debate interno que, dejando de lado la constitucionalidad de los EEAA, reincide en la cuestión del propio modelo de Estado, abriendo las puertas al federalismo.

No han sido pocos los EEAA que se han visto envueltos en procesos de inconstitucionalidad. Muchos de ellos introducen preceptos que han obligado al TC a llevar a cabo interpretaciones ciertamente forzadas a fin de reconocer su constitucionalidad. Ha sido necesario que el Alto Tribunal reinterprete de nuevo elementos esenciales de nuestro modelo de Estado a la vista de la tendencia rupturista de ciertas CCAA. Vista la situación actual, hubiera sido mucho más lógico llevar a cabo una reforma consensuada de nuestro Texto Constitucional que permitiera, sobre nuevos pilares, reformar los EEAA. Se habría evitado con ello una lucha abierta entre las CCAA que bien parecen avanzar hacia una, cada vez mayor, tendencia federalista.

El sistema de distribución constitucional de competencias en Argentina muestra notables diferencias respecto del español. A partir de la comprensión de las provincias como entidades políticas anteriores a la Nación, serán estas, de acuerdo con el art. 121 CN, las que conserven todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación. Se trata de una cláusula de distribución residual que ha de ser complementada en sentido negativo por el art. 126 CN, que prohíbe expresamente a las provincias el ejercicio del poder delegado a la Nación. Se parte por tanto de la premisa de que el régimen federal de gobierno reposa en las facultades y derechos de las provincias, como entes autónomos preexistentes a la Nación, que han delegado en ésta las facultades necesarias para el funcionamiento del poder y la Administración centrales.

Del régimen competencial referido, cabe concluir que las provincias ostentan respecto al agua el total de las potestades propias de su regulación con la salvedad de aquellas competencias que han resultado delegadas al Estado nacional. Esto es, sobre el agua la Nación detenta competencias como la navegación art. 75 inc. 10 CN, el comercio interprovincial por vía fluvial art. 75 inc. 13 CN; las causas de almirantazgo o jurisdicción marítima y fluvial art. 116 CN, y otras como la competencia para el dictado de la legislación de fondo art. 71 inc. 12 CN, la jurisdicción sobre los territorios y lugares adquiridos por la Nación mediante compra o cesión *ex* art. 75 inc. 30, y los denominados establecimientos de utilidad nacional; competencia judicial

federal para conocer de los casos de contaminación o degradación de las aguas interjurisdiccionales y en especial la regulación de los presupuestos mínimos de protección ambiental ex art. 41CN. Por tanto, salvando las anteriores, las provincias ostentan competencia exclusiva en materia de aguas.

Este régimen de exclusividad competencial debe ser puesto en relación con el hecho fundamental de que en Argentina el 90% de los recursos hídricos resultan interprovinciales. De acuerdo con este sistema competencial las tareas de planificación y gestión de los recursos interprovinciales deben ser compartidas por las provincias involucradas a través de acuerdos de voluntades entre iguales. Surge así el derecho de los Tratados sobre ríos provinciales entendido como los acuerdos celebrados entre dos o más provincias por los que se regulan intereses comunes, –en este caso el agua–, con conocimiento, que no aprobación, del Congreso federal. La importancia fundamental de estos Tratados, en muchos de los cuales participa la Nación, es incuestionable de cara a la simplificación de las disputas competenciales sobre el agua.

Comparados ambos sistemas de distribución de competencias en materia de agua, y advertida la tendencia rupturista de los nuevos EEAA en España, cabría preguntarse si podrían tener acogida en nuestro sistema los Tratados interprovinciales argentinos. En este sentido, se observa una incipiente acogida. Sirva de ejemplo el EAAr. que en materia de aguas deja expresamente previsto que el Gobierno de España deberá propiciar de forma efectiva el acuerdo entre todas las CCAA que puedan resultar afectadas por obras hidráulicas o de transferencia de aguas que afecte a su territorio (art. 72. 3). La referencia a estos acuerdos entre las CCAA no deja de ser genérica, si bien puede ser interpretada como una aproximación a un modelo basado en acuerdos interautonómicos.

CUARTA.- EL SIMILAR ESQUEMA DE DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA AMBIENTAL EN EL DERECHO ESPAÑOL Y ARGENTINO

Los ordenamientos jurídicos español y argentino han optado por un sistema de distribución constitucional de competencias en materia ambiental de características comunes, construido sobre la base de un título competencial compartido. El Estado español y la Nación argentina asumirán las competencias sobre la legislación básica y

los presupuestos mínimos de protección medio ambiental respectivamente, correspondiendo a las CCAA y las provincias las normas de desarrollo y normas adicionales y así como la competencia de gestión ambiental.

La distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia medio ambiental se articula en dos preceptos. Atendiendo al tenor literal del art. 149.1.23^a CE, las funciones normativas en esta materia son diversas, recogándose distintas posibilidades, legislación básica, legislación de desarrollo y normas adicionales de protección, mientras que las competencias de gestión no presentan mayor complicación en este sentido, al corresponder a día de hoy y en exclusiva a las CCAA. Corresponde al Estado establecer la legislación básica, pudiendo asumir las CCAA las funciones de gestión y las funciones normativas tendentes al desarrollo de las bases más el dictamen de normas dirigidas a incrementar la protección dada por la legislación básica.

De un modo similar, en Argentina, de la literalidad del art. 41.3 CN se desprende un desdoblamiento de la función normativa. Así, corresponde a la Nación el dictado de las normas de presupuestos mínimos de protección y a las provincias la competencia para dictar las normas necesarias para complementar las anteriores. Por otra parte, y respecto de la función ejecutiva, puede entenderse que cuando el art. 41.3 CN señala “*sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales*”, está atribuyendo en todo caso la gestión ambiental a las provincias. La competencia de gestión ambiental es entonces una competencia netamente local y sólo en contadas excepciones se reconoce la competencia de la Nación cuando se exceden los intereses puramente locales, casos entre los que no se encuentra la gestión de cursos de agua interprovinciales. Este esquema, según el cual las potestades aglutinadas en la competencia ambiental se refieren tanto a las normativas, –y dentro de estas los presupuestos mínimos de protección ambiental reconocidas a la Nación y las normas complementarias reservadas por las provincias–, y las ejecutivas o competencias de gestión destinadas a la puesta en marcha de cuanto ha sido regulado a nivel normativo atribuidas por regla general a las provincias resulta similar al caso español en el que la competencia ejecutiva o de “gestión ambiental” se encuentra contemplada en el art. 148.1.9^a CE. No obstante, a diferencia del sistema argentino, el ordenamiento español sí contempla diversos supuestos en los que, por concurrir un interés supraautonómico, se reconoce la constitucionalidad de reservar al Estado ciertas competencias de gestión

ambiental, por ejemplo en relación con la declaración de Parques Nacionales, evaluaciones ambientales de obras públicas que excedan del ámbito territorial de una CCAA, gestión de cursos de agua intercomunitarios o declaración de áreas marinas protegidas.

QUINTA.- UNA COMÚN INDEFINICIÓN DEL ELEMENTO MATERIAL Y FORMAL DEL MINIMO COMUN DENOMINADOR AMBIENTAL

Los ordenamientos español y argentino han optado por un sistema de distribución constitucional de competencias en materia ambiental de características comunes, en los que el Estado español y la Nación argentina asumen las competencias sobre la legislación básica y los presupuestos mínimos de protección medio ambiental respectivamente. A través del ejercicio de sus competencias ambas instancias de poder establecen un mínimo común denominador ambiental que será aplicado en la totalidad de su territorio como expresión de los intereses generales que deberán regir en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos, y en cuya defensa deben participar las CCAA y las provincias a través de la legislación de desarrollo y complemento. Por este motivo, el establecimiento del mínimo común denominador no puede agotar la materia ambiental, debiendo reservar un ámbito sustancial para que las CCAA y las provincias puedan ejercer sus propias competencias normativas. Del estudio efectuado se concluye que ambos ordenamientos jurídicos comparten similares problemas derivados de la falta de concreción que acompaña a los conceptos de legislación básica y presupuestos mínimos de protección ambiental, materializados en continuos conflictos competenciales. La solución pasa por la debida definición de los límites materiales y formales del mínimo común denominador ambiental que debe ser proporcionada en cada caso concreto por los Altos Tribunales.

En el caso de España, el propio TC ha reconocido la imposibilidad de facilitar en puridad un concepto claro de qué es lo básico. Se trata de un concepto jurídicamente indeterminado que fija el TC y que variará en relación a cada sector material concreto. Del estudio de la Jurisprudencia constitucional se observa una evolución en la determinación de la extensión de lo básico, desde un posicionamiento amplio, –llegando incluso a eliminar la posibilidad de desarrollo de las CCAA–, hasta uno más restrictivo en el que el TC mantiene que el Estado no puede agotar la materia mediante las bases, debiendo reservar un ámbito sustancial para que las CCAA puedan

ejercer sus propias competencias normativas, siendo inviable jurídicamente dejar vacías de contenido las competencias autonómicas.

Por tanto, desde un punto de vista material, lo básico está impregnado por esos principios generales que constituyen un marco de unión para todo el territorio nacional que debe ser consagrado y respetado por todas las CCAA. La legislación básica establece el límite preciso a partir del cual las CCAA pueden ejercitar legítimamente sus competencias normativas, esto es, funciona como canon en el control de constitucionalidad de las leyes autonómicas. El límite mínimo vendría marcado por el denominador común que ha de estar vigente en todo el territorio nacional y el máximo lo representa el debido respeto a las competencias autonómicas, no pudiendo el Estado agotar la regulación de la materia.

En Argentina se detecta un problema similar en orden a determinar qué son exactamente desde el punto de vista material los presupuestos mínimos de protección ambiental. Esta cuestión debe ser resuelta por la CSJN, que deberá determinar la extensión material y los límites de los presupuestos mínimos de protección ambiental en cada caso concreto. A falta de un pronunciamiento decisivo del Alto Tribunal, la doctrina que se posiciona simultáneamente bajo dos concepciones, la amplia y la restrictiva.

La doctrina a favor de la concepción amplia defiende que a fin de cumplir con la función que se les asigna, la de protección, evitando además una atomización del derecho ambiental, los presupuestos mínimos contendrán reglas y técnicas jurídicas de fondo o sustantivas, como asimismo normas de forma, rituales o de proceso, e inclusive administrativas. Ello abarcaría instrumentos jurídico-ambientales transversales como la EIA, la participación y el acceso a la información ambiental, instituciones procesales e incluso normas sobre gestión de los recursos naturales, en la medida en que tratándose de presupuestos mínimos de protección del ambiente, resulten razonablemente necesarias para cumplir con este objetivo. Esta amplitud encontraría su confirmación en el art. 6 LGA, cuando define los presupuestos mínimos como “toda norma que concede una tutela ambiental. De acuerdo con esta perspectiva, los presupuestos mínimos no pueden reducir su contenido a normas de calidad ambiental que establezcan umbrales mínimos. En este sentido debe apuntarse, que en España, también el TC configura la irrazonabilidad, esto es la desproporción, como un límite al ejercicio de las competencias estatales que no puede implicar un vaciamiento

desmedido del contenido de las correspondientes competencias autonómicas (STC 103/ 1989, de 8 de junio, FJ 9). De forma enfrentada, la tesis restrictiva entiende que mientras que el art. 41.3 CN fija un mínimo común denominador para toda la Nación, sujeto a su posterior complemento y elevación por parte de las provincias de acuerdo con sus propias necesidades, el art. 6 LGA crearía un “techo uniforme” que excedería de lo preceptuado por la CN y que, a modo de regulación completa, excedería de las competencias reconocidas a la Nación, al limitar la posibilidad de que las provincias pudieran, mediante el ejercicio de su competencia normativa reconocida constitucionalmente, destruir dicha homogeneidad estableciendo normas más garantistas desde el punto de vista ambiental. Desde este punto de vista, a fin de evitar el riesgo que entraña la vis expansiva del medio ambiente, los presupuestos mínimos de protección ambiental deben limitarse a fijar un piso uniforme de umbrales mínimos de protección ambiental medibles y cuantificables, parámetros o estándares objetivamente verificables.

A la luz de lo expuesto cabe afirmar que, si bien la postura expansiva podría garantizar la uniformidad, no puede desconocerse que la misma genera una manifiesta indeterminación sobre el contenido de los presupuestos mínimos de protección ambiental. El hecho de garantizar el objetivo previsto para las normas de presupuestos mínimos no puede justificar una regulación completa y detallada que agote la función normativa que corresponde a las provincias. Esta situación puede conducir, no solo a la desnaturalización de las competencias provinciales, sino a la imposibilidad manifiesta de que por parte de las provincias se pueda accionar frente a extralimitaciones del Estado Nacional, cuyos parámetros no quedan definidos, cuestión de fundamental importancia a la luz de los conflictos que han generado entre otras la Ley de 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas.

Otro de los problemas comunes detectados en el ámbito de la distribución de competencias en materia ambiental es el relativo a la determinación del vehículo formal en el que puede establecerse ese mínimo común denominador ambiental. La amplitud de los instrumentos estatales y nacionales es directamente proporcional a la extensión de las funciones del Estado o de la Nación en orden a regular lo básico o lo mínimo. En ambos casos es posible dar prioridad a la concepción formal en atención al órgano del que emanan, o bien a la concepción material en razón de su contenido.

En el caso concreto del ordenamiento jurídico español existe una vacilante evolución de la doctrina del TC sobre este extremo. En recientes pronunciamientos, pese a haber consolidado la exigencia de un vehículo normativo inequívoco (como es una Ley votada en Cortes) para determinar “lo básico”, se deja abierta la posibilidad, de que el Estado concrete las bases mediante normas reglamentarias, lo cual puede verse como foco inagotable de conflictos. Esta postura del TC precisa una interpretación caso por caso a fin de comprobar si se cumplen o no los requisitos para excepcionar la exigencia de una Ley formal. Puede añadirse, no obstante, que la problemática apuntada se encuentra matizada como consecuencia de la incorporación del Derecho comunitario al Derecho interno, lo que provoca un nivel de detalle impropio de las normas con rango legal dejando, no obstante, en un segundo plano esta discusión.

Esta problemática es igualmente apreciable en el ordenamiento jurídico argentino dada la ambigüedad del art. 41.3 CN, que se refiere de modo genérico a *normas que contengan los presupuestos mínimos de protección*. Ello también ha propiciado la conformación de opiniones doctrinales dispares entre quienes consideran que los presupuestos mínimos deberán contenerse únicamente en leyes formales y aquellos que admiten que puedan formularse también en disposiciones reglamentarias dictadas por el Ejecutivo Nacional.

La concepción material entiende que, si bien en principio los instrumentos que naturalmente contengan los presupuestos mínimos deben ser las leyes formales, nada impide que éstas puedan ser objeto de un desarrollo reglamentario. De acuerdo con ello, cabría considerar que, siempre que resulte necesario para garantizar el fin último de las competencias nacionales, y siempre que no se altere el espíritu de la ley, puede entrar en juego el reglamento. Ahora bien, debe existir una ley formal que no podrá ser transgredida por el reglamento y su vigencia dependerá igualmente de esta en cuanto constituye una norma secundaria sub-legal que, junto con la Ley, será de aplicación a toda la Nación.

La concepción formal, por su parte, es contraria a la posibilidad del dictado de reglamentos por el Ejecutivo Nacional, en la medida en que los presupuestos mínimos de protección ambiental deben ser creados única y exclusivamente por la ley del Congreso de la Nación. Se parte de la comprensión de que el art. 41 CN se remite únicamente al Congreso, único poder con competencias legislativas, y no al Ejecutivo, por lo que nos encontramos ante una exigencia de ley formal. Además, el mecanismo

previsto en este caso es justamente una delegación legislativa y, por ello, no puede ser objeto de nueva delegación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 76 CN.

A nuestro juicio la posibilidad de dictar reglamentos por parte del ejecutivo pone en grave peligro el equilibrio del sistema complementario previsto en el art. 41.3 CN. La posibilidad de entender como regla general el establecimiento de los presupuestos mínimos de protección ambiental en una ley formal nacida del Congreso, y como una excepción puntual la posibilidad de recurrir a la potestad reglamentaria del ejecutivo, puede constituirse como una fuente inagotable de conflictos competenciales entre la Nación y las provincias, las cuales podrían ver amenazadas sus competencias ante posibles extralimitaciones del Ejecutivo Nacional. Además, no existe una determinación concreta de supuestos que justificaría un puntual ejercicio de la potestad reglamentaria.

Pese a lo expuesto, prevalece la concepción material puesto que no sólo una aparente mayoría de la doctrina parece entender que el Poder Ejecutivo Nacional, en caso de existir una remisión expresa en las leyes de presupuestos mínimos, puede desarrollar determinados aspectos de dichas leyes a fin de conferir autosuficiencia a la tutela ambiental común, sino que además las primeras normas de presupuestos mínimos de protección ambiental dictadas por el Congreso Nacional contienen numerosos artículos en los que el órgano legislativo encomendó, autorizó, delegó o confirió su desarrollo al ejecutivo (Ley 26.331, de Presupuestos Mínimos de protección ambiental de los bosques nativos; Ley de Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de PCBs, entre otras).

SEXTA.- NUEVAS TENDENCIAS EN LA DISPUTA DE PODERES EN DERECHO ESPAÑOL COMO CONSECUENCIA DE LA INCORPORACION DE LA VARIABLE AMBIENTAL REFORZADA POR LA DMA

La DMA vino a fijar un nuevo marco de protección de todas las aguas en los Estados Miembros de la Unión Europea. La transposición de la DMA al Derecho interno español ha supuesto un transformación sustancial en el tratamiento jurídico del agua y un expreso reconocimiento de la variable ambiental en la gestión de los recursos hídricos aparece reconocida como una cuestión incontestable. El agua pasa a concebirse como un elemento del medio ambiente a preservar, integrando tanto los

aspectos cuantitativos como cualitativos de la gestión de los recursos hídricos, además de emprender acciones para el uso racional del agua. Su gestión debe amoldarse a las nuevas necesidades y prevenciones, debiendo tenerse en cuenta la diversidad de usos del agua y la evidente repercusión que los mismos puede llegar a alcanzar. Por ello, la DMA incorpora los principios fundamentales de la gestión moderna de los recursos hídricos y, por primera vez, integra todas las aguas, incluyendo las aguas superficiales continentales, las aguas subterráneas, las aguas de transición y las aguas costeras. La DMA marca como objetivo alcanzar un buen estado ecológico de estas masas de agua para el 2015 y, para ello, entre sus grandes aportaciones, pueden referirse: la protección de todos los ecosistemas ligados al agua; la consagración del concepto de “estado ecológico” (adelantado en nuestra normativa a través de la Ley 46/1999 de 13 de diciembre, de modificación de la LA de 1985); la fijación del año 2015 como plazo para alcanzar el buen estado de todas las aguas; la organización de la Administración por razones hidrográficas; la cooperación internacional o la participación pública.

La DMA se centra única y exclusivamente en la regulación de aspectos ambientales del agua, dejando de lado cuestiones tales como la regulación del DPH, la titularidad pública o privada de las aguas, usos, registros, concesiones y demás cuestiones que sí son abordados y regulados detenidamente por el tradicional Derecho de aguas. El hecho de que la norma comunitaria se centre única y exclusivamente en la preservación, correcta gestión y planificación de un elemento del medio ambiente, con total independencia de su titularidad, obliga a reflexionar sobre la primacía de los objetivos ambientales respecto de las facultades inherentes al eventual derecho de propiedad sobre el mismo o a las facultades derivadas del dominio público. La autoridad competente, sea cual sea, estará obligada a cumplir con los mandatos ambientales de la Directiva.

Se observa que los conflictos competenciales se agravan a la luz del incumplimiento del Derecho comunitario. El TC se detiene en una cuestión fundamental para nuestro estudio, al examinar la vulneración de la distribución constitucional de competencias bajo el prisma del Derecho comunitario. Se trata de una cuestión de fundamental importancia puesto que pese a negar que exista vulneración del principio de jerarquía normativa, los argumentos a los que nuestro constitucional apela evidencian una posible aplicación inadecuada de la DMA, que finalmente no resuelve el TC por no ser el órgano competente para ello y no por el

hecho que la infracción del Derecho comunitario no haya tenido lugar. Así, nuestro Alto Tribunal concreta que el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) no puede entenderse vulnerado si se tiene presente que el mismo no preside las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, que se rigen por el principio de primacía (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5). Por otra parte, tampoco se aprecia vulneración del art. 9.1 CE, puesto que “no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, o dicho de otro modo, la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es una cuestión de carácter infraconstitucional (STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 2). En consecuencia, mientras que en reiteradísima jurisprudencia el TC se ha confirmado como máximo intérprete de la CE, en cuestiones relativas al cumplimiento del Derecho comunitario por los poderes públicos, el TC reconoce que no es el órgano competente, al corresponder su solución a la justicia ordinaria, motivo más que suficiente como para afirmar que, si bien no puede hablarse de vulneración del principio de jerarquía, sí cabría detectar un posible incumplimiento del principio de especialidad de las normas. No se descarta que dicha cuestión pueda plantearse frente al órgano debidamente competente, con lo que nos hallaríamos ante un nuevo tipo de conflicto derivado del incumplimiento del Derecho comunitario. Así el TC señala que “cuando los procesos constitucionales tienen por objeto disputas competenciales que tengan su origen en la transposición al Derecho interno de una Directiva comunitaria no corresponde a este Tribunal decidir si la Directiva ha sido o no correctamente incorporada al ordenamiento interno ni, en su caso, si está siendo correctamente aplicada” (STC 13/1998, de 22 de enero, FJ 3, y STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9, remitiéndose el TC a las SSTC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 y 147/1996, de 19 de septiembre, FJ 3).

A la luz de lo anterior, cabe afirmar que es muy posible que nos hallemos ante el inicio de un nuevo canal de conflicto más allá de las cuestiones de constitucionalidad pues, como ha quedado expuesto, no siendo el TC el órgano competente para juzgar la adecuación de los poderes públicos respecto al cumplimiento del Derecho comunitario, es probable que las CCAA recurran a la

jurisdicción ordinaria para plantear posibles incumplimientos de las Directivas transpuestas como cuestión “infraconstitucional”.

SÉPTIMA.- LA INCORPORACIÓN DE LA VARIABLE AMBIENTAL A LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES EN MATERIA DE AGUAS EN DERECHO ARGENTINO

La concurrencia de los títulos competenciales agua y medioambiente en Argentina también pone de manifiesto una nueva manifestación de los conflictos competenciales. La lucha de poderes entre las provincias y la Nación ha experimentado una línea evolutiva que traslada el conflicto tradicionalmente situado en el dominio de las aguas hacia su jurisdicción (o competencia) y desde ésta a las cuestiones ambientales. La discusión, pues, se renueva en la medida que se ha ido innovando en las líneas argumentales de cada postura. Aun cuando hoy podemos entender que la CN recoge entre sus principios la tesis federal, *ex art.* 121, 122, 124, 117, y 127 CN, no existiendo dudas sobre las competencias exclusivas de las provincias en materia de agua, no puede obviarse la evolución hacia nuevos conflictos competenciales cuyo fundamento reside hoy en la protección ambiental del recurso.

Las provincias, excluidas las competencias expresamente atribuidas a favor del Estado Nacional, detentan el dominio y la jurisdicción (titularidad y competencia) sobre las aguas y ejercen de forma exclusiva todos los derechos que de ello se derivan –disponen y administran los recursos hídricos de acuerdo con sus políticas, estableciendo para ello sus propias instituciones y asumiendo la regulación de su aprovechamiento–.

Además, el hecho fundamental de que las provincias se definan como unidades políticas iguales, indestructibles, autocéfalas y autónomas, y que el 90% de los recursos hídricos argentinos resulten interprovinciales, determina, como hemos visto, que las tareas de planificación y gestión del recurso deban ser compartidas por las provincias involucradas a través del denominado derecho de los Tratados sobre ríos provinciales o derecho interestadual, fundamental en la utilización de los cursos de agua. Si bien ya no es objeto de discusión ni el dominio ni la jurisdicción, la *vis expansiva* del medio ambiente ha proporcionado un nuevo camino a la Nación para ver acrecentadas sus potestades respecto al agua. La dificultad a la hora de diferenciar

las normas propias del derecho de los recursos naturales, que sería en nuestro caso el Derecho de aguas, y las pertenecientes al estricto ámbito del Derecho ambiental puede ser invocado por la Nación para avanzar sobre las competencias provinciales. Así se ha puesto de manifiesto en los conflictos derivados de la Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (BO núm. 30060, de 3 de enero de 2003).

La Ley de presupuestos mínimos, debe limitar su contenido única y exclusivamente a la regulación de los aspectos ambientales del agua y las cuestiones que sobre estos puedan derivarse, en orden a la preservación, correcta gestión y planificación de un medio ambiente pero no abarcando la totalidad de aspectos implicados en la gestión del agua, sino sólo los relativos a las exigencias y condiciones a imponer a la utilización del recurso por razones ambientales, sin incidir en otros aspectos esenciales como la ordenación de los usos del agua y su aprovechamiento. Esta cuestión podría conducir a entender que se sobrepasan los límites propios de una comprensión restrictiva del contenido de los presupuestos mínimos. En este caso, y de acuerdo con el federalismo de concertación ambiental que se ha propugnado desde la reforma constitucional, podría ser válida la elaboración de un pacto interjurisdiccional que, a modo de Directiva Marco, regule estos aspectos, pacto aceptado y válido por todas las partes implicadas y cuya aplicación debería respetar la distribución constitucional de competencias, limitando los presupuestos mínimos a la fijación de estándares que se ajusten a la concepción restrictiva que hemos defendido.

OCTAVA.- LA NECESARIA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE COLABORACIÓN, COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES EN MATERIA DE AGUAS EN DERECHO ESPAÑOL

Constatada la posible concurrencia de los títulos competenciales agua-medioambiente y advertidos los continuos conflictos que de la misma se suceden interesa añadir que el ensamblaje de los mismos, a fin de resolver las controversias planteadas, puede revestir diversas formas. Como se ha comprobado, la postura del TC en la resolución de los recursos de inconstitucionalidad analizados se fundamenta en una llamada directa a la *colaboración* junto a la *lealtad constitucional* que ha de presidir la actuación de las Administraciones, y que constituye un principio ligado al modelo de organización territorial del Estado implantado por la CE. Las relaciones

entre las Administraciones deben asentarse sobre los principios de colaboración y cooperación, *ex arts.* 3.2 y 4.5 LRJAP y PAC. Igualmente, el TC reafirma la *coordinación* que ha de presidir la actuación de los diversos órganos de la Administración en sus relaciones intra e interadministrativas, *ex arts.* 3.1 y 18.1 LRJAP y PAC.

Por tanto, la cooperación y la coordinación, en nuestra opinión, y tal y como reconoce el TC en la STC 76/1983, y ratifica en la STC 102/1995, “constituyen tanto una aspiración o un objetivo deseable a conseguir para prevenir interferencias como un resultado en la parte en que tengan éxito”. El principio de cooperación, que debe preceder al ejercicio respectivo de competencias compartidas por el Estado y las CCAA permite arbitrar mecanismos o cauces de colaboración entre ambos a fin de evitar interferencias y, en su caso, dispersión de esfuerzos e iniciativas perjudiciales para la finalidad prioritaria. A su vez, y como señala el TC, “la coordinación, como competencia estatal inherente, persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente la realidad misma del sistema y, por ello, su presupuesto lógico es la existencia de competencias autonómicas que deban ser coordinadas, pero con respeto absoluto a su contenido y evitando que la coordinación estatal se expanda hasta dejarlas vacías de contenido” (STC 102/1995, de 26 de junio).

Esta función instrumental consiste, como señalaba el TC en sus SSTC 32/1983 y 144/1985 en fijar “medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en muchos aspectos y la acción conjunta de las autoridades... estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales” un conjunto unitario y operativo lo cual se conseguirá adoptando de las medidas necesarias y suficientes a tal fin (STC 111/1984, de 28 de noviembre), en general con carácter preventivo, entre las cuales cuentan aquellas donde se establezcan “formas de relación entre las diversas Administraciones, a veces mediante un órgano cuya composición mixta las haga permanentes en torno a una mesa y otras por el mecanismo de normas básicas, vinculadas a la previsión de directrices comunes que hagan posible la actuación conjunta de las diversas Administraciones comprometidas” (STC 133/1990, de 19 de julio / STC 45/1991, de 28 de febrero).

Es cierto que la efectividad de estos principios depende, en gran medida, del grado de responsabilidad y compromiso de los poderes públicos. Pero en este contexto surgen técnicas que permiten hacer efectiva la necesidad de oír y hacerse oír, intercambiando información y puntos de vista entre las diferentes perspectivas que proporciona cada Administración. Lo anterior nos conduce a una de las fórmulas más frecuentemente utilizadas al respecto, que es la emisión de *informes*, hecho que queda claro a través de las posturas mostradas por el TC ante los nuevos EEAA. Se propicia así la participación, por esta vía de informe y de los convenios de colaboración, de otra Administración distinta de aquella que sustancia el procedimiento administrativo, cuando concurre la acción de ambas sobre el mismo objeto, siempre que estos no resulten contrarios a la Constitución.

Por tanto, en los casos en que sobre un mismo espacio concurren competencias de distintas Administraciones, como es el caso en el que las competencias sobre en materia de agua y medio ambiente, el TC tiene declarado a efectos teórico-prácticos la prevalencia de los principios de cooperación y coordinación, que constituyen tanto una aspiración o un objetivo deseable a conseguir para prevenir interferencias como un resultado (STC 76/1983, de 5 de agosto). El principio de cooperación, que debe preceder al ejercicio respectivo de competencias compartidas por el Estado y las CCAA, permite que aquél arbitre mecanismos o cauces de colaboración mutua a fin de evitar interferencias y, en su caso, dispersión de esfuerzos e iniciativas perjudiciales para la finalidad prioritaria (STC 13/1988, de 4 de febrero). A su vez, la coordinación, como competencia estatal inherente, persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente la realidad misma del sistema y, por ello, su presupuesto lógico es la existencia de competencias autonómicas que deban ser coordinadas, pero con respeto absoluto a su contenido y evitando que la coordinación estatal se expanda hasta dejarlas vacías de contenido. Esta función instrumental, tal y como señala el Tribunal consiste en fijar medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en muchos aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales, un conjunto unitario y operativo (STC 32/1983, de 28 de abril y 144/1985, de 25 de octubre), lo cual se conseguirá adoptando las medidas

necesarias y suficientes a tal fin con carácter preventivo (STC111/1984, de 28 de noviembre, entre las cuales se encuentran aquellas que establezcan formas de relación entre las diversas Administraciones, bien mediante un órgano cuya composición mixta las haga permanentes en torno a una mesa, bien mediante el mecanismo de la legislación básica, que prevea directrices comunes que hagan posible la actuación conjunta de las diversas Administraciones comprometidas (STC 133/1990, de 19 de julio, que transcribe en extracto la STC 45/199, de 28 de febrero) .

Sentado lo anterior, podemos afirmar la imperiosa necesidad de articular instrumentos de cooperación y colaboración entre las Administraciones cuyos intereses y competencias concurren. Los convenios de colaboración se manifiestan como el instrumento de mayor eficacia, ello sin perjuicio de los informes preceptivos reiterados en las nuevas fórmulas de colaboración sobre los que sí conviene precisar que se entenderán constitucionales cuando no condicionen las competencias exclusivas de la Administración correspondiente (SSTC 36/94, de 10 de febrero; 149/1991, de 4 de julio; 31/2010, de 28 de junio). Esta conclusión aparece avalada por la más reciente jurisprudencia del TC, en la que se parte de la necesaria cooperación y colaboración entre Administraciones en aquellas situaciones de concurrencia de competencias, en especial agua y medioambiente, introduciendo el Alto Tribunal su posicionamiento ante la interpretación y cumplimiento de la DMA por los poderes públicos y su falta de competencia, (SSTC 195/2012, de 31 de octubre de 2012, y 239/2012, de 13 de diciembre, en las que además de reconocer que la cooperación es la fórmula adecuada para alcanzar la acomodación e integración entre dos competencias concurrentes en el espacio físico, el TC señala que la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es una cuestión de carácter infraconstitucional).

NOVENA.- EL FEDERALISMO DE CONCERTACIÓN COMO SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES DERIVADOS DE LA COMPRESIÓN DEL AGUA COMO ELEMENTO DEL MEDIO AMBIENTE

La *vis* atractiva del medio ambiente obliga a precisar la extensión de la materia comprendida en el art. 41 CN, lo cual nos sitúa, de nuevo, ante dos posturas doctrinales encontradas. De un lado, una concepción amplia que encuentra en el art. 41.3 CN un soporte o título competencial exclusivo y comprensivo de todas las

normas reguladoras que tengan contenido ambiental, independientemente de su carácter tuitivo o no, que impide ejercitar una competencia ambiental bajo otro título constitucional distinto; de otro, una concepción restrictiva que entiende que el precepto alberga un título residual relativo en exclusiva a la concreta función tuitiva del ambiente. En dicha lógica la Nación podrá dictar normas con contenido ambiental a través de otros soportes competenciales específicos.

Debe tenerse presente que, de la literalidad del referido precepto constitucional se desprende la primacía del elemento teleológico sobre el axiológico, en la medida en que alude expresamente a “normas de protección”, delimitando de una forma inequívoca la función respecto de la materia. En consecuencia, quedarán amparadas por dicho precepto exclusivamente las regulaciones ambientales con un evidente carácter tuitivo. El resto de funciones no tuitivas respecto del medio ambiente se articulará, consecuentemente de conformidad con el diseño competencial previsto para el concreto sector material de que se trate.

Deviene entonces fundamental establecer la diferencia entre el agua como recurso natural y el agua como elemento componente del medio ambiente, que pese a su indiscutible interrelación su regulación queda sujeta a títulos competenciales distintos evitando la extralimitación competencial. El Derecho de los recursos naturales tiene por fin exclusivo maximizar el rendimiento de los recursos naturales con el objeto de satisfacer las necesidades del hombre. El agua se concibe como un recurso natural útil para el consumo humano, la recreación, la navegación, la explotación agrícola y la hidroelectricidad, para lo cual el derecho de aguas regula su titularidad, su manejo productivo, modos de determinación de prioridades de uso como una competencia exclusiva de las provincias. El Derecho medio ambiental vela por preservar las características intrínsecas del agua como elemento ambiental para que pueda seguir respondiendo a las reglas propias de la naturaleza y satisfaciendo necesidades humanas, sujeto al régimen competencial del art. 41 CN. Por tanto, partiendo de una noción funcional del medio ambiente y de la distinción entre el derecho de los recursos naturales y del derecho ambiental, podemos concluir que nos hallamos ante una norma que desarrolla el título constitucional contemplado por el art. 41 CN cuando su principal finalidad sea la tutela ambiental o cuando tenga por objeto el mantenimiento de un alto nivel de protección del ciclo de la vida del recurso. Prevalece por tanto una interpretación restrictiva respecto del contenido de protección

ambiental, lo que implica que su objetivo debe mantener una relación directa y concreta con la finalidad de protección ambiental sin desvirtuar las competencias reservadas a las provincias, vaciando de contenido los art. 122 y 124 CN.

Este enfoque nos recuerda aquella problemática que en derecho español se deriva de la concurrencia de títulos competenciales distintos del ambiental que sirven para modular el alcance de las competencias del Estado para el establecimiento de las normas básicas sobre protección del medio ambiente y que el TC se ha ocupado de resolver, apelando, según los casos, a distintos criterios como la finalidad o interés tutelado por la norma, el interés prevalente de las normas en conflicto, el interés general o supra-autonómico, los títulos competenciales excluyentes, la razonabilidad, proporcionalidad y el tratamiento uniforme, la competencia ambiental residual y el dominio público.

La incorporación del art. 41 CN por el que se introduce el concepto de “presupuestos mínimos de protección” obedeció a la necesidad de establecer un modelo funcional de distribución de competencias entre la Nación y las provincias, atento al requerimiento, por un lado, de incorporar el derecho al ambiente sano como uno de los “nuevos derechos” en los términos de la Ley 24.309, y por otro, la de preservar el sentido de reivindicación y fortalecimiento del federalismo como valor político y jurídico, que ha constituido uno de los rasgos característicos de la reforma de 1994. La voluntad constituyente no fue otra que reconocer a la Nación la competencia para legislar sobre los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias la de *legislar* por encima de ese mínimo adaptándose a la idiosincrasia de sus respectivas necesidades conservando la aplicación de las mismas. Todo ello con respeto absoluto a las competencias correspondientes y diferenciadas de cada una de las Administraciones que se deberá alcanzar a través del federalismo de concertación al que la reforma constitucional conduce. Por tanto, uno de los pilares fundamentales de la reforma fue la voluntad de fortalecer y profundizar el modelo de “federalismo concertado”, de igual cabida en el ámbito ambiental que en el resto de sectores materiales. Se busca una fórmula específica y propia para la elaboración de la legislación ambiental, donde la Nación y las provincias pudiesen acordar, consensuar o concertar las políticas ambientales y las normas dictadas en consecuencia, con mutuo respeto a las competencias correspondientes.

La necesaria cooperación y coordinación de la Nación y las provincias, a fin de alcanzar el uso equitativo y racional de los recursos naturales y los sistemas ecológicos, se articula a través de instrumentos interadministrativos como los convenios interjurisdiccionales, –participando la Nación directamente en los Pactos provinciales– o las “Leyes-convenio”, Leyes de adhesión o Leyes contrato. Este tipo de norma surge sobre la base de acuerdos de voluntades entre la Nación y las provincias expresado –normalmente– a través de la adhesión de las provincias al régimen fijado por el Estado. A partir de este momento, la Ley convenio pasa a integrar el derecho provincial prevaleciendo sobre el mismo como expresión del derecho intrafederal no pudiendo ser ignorado. Con ello, aunque no existe propiamente un procedimiento de suscripción de un convenio para su posterior ratificación legislativa, existe un acuerdo de voluntades aprobado legalmente por los Estados interesados encuadrado en el llamado Federalismo de Concertación. Existen plurales ejemplos de la utilización de leyes convenio en el marco del derecho ambiental argentino –Ley 24.051, de Residuos peligrosos o la Ley Federal de pesca 24.922. Si bien, aunque de conformidad con los art. 124 y 125 CN, el mecanismo común para la creación de las autoridades de cuenca es el tratado interprovincial no existe, impedimento para que estos puedan constituirse mediante una ley nacional a la que se adhieran debidamente las provincias, tal y como ocurrió por ejemplo con la ACUMAR. Las leyes convenio se evidencian así como un mecanismo útil al servicio del federalismo de concertación señalándose que no existe en este ámbito una relación de dependencia pese al origen central de la mayoría de este tipo de normas pues en realidad esta participación nacional responde a la búsqueda de equilibrio entre las provincias.

Fruto de uno de estos tratados interjurisdiccionales surge el COFEMA destinado a la concertación y elaboración de una política ambiental coordinada entre los Estados miembros. Con independencia de las actuales dudas sobre su eficacia práctica, o sobre el rol que el mismo desempeña en la adecuada vigencia y operatividad de las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, cabría la posibilidad de entender que la referencia efectuada en el art. 24 LGA a la *adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos* no sea tanto un condicionante a la operatividad de las normas de presupuestos mínimos –dictada por la Nación en el ejercicio de las competencias que la CN les reconoce vía 41.3 CN–

sino un llamamiento a la resolución de conflictos a través de un órgano consultivo y de control. Si se concibiera el COFEMA como un organismo con participación paritaria de los integrantes, nacido del derecho intrafederal, éste podría desempeñar las funciones de coordinación señaladas. Así, desde un punto de vista teórico, el COFEMA constituiría el foro adecuado para que Nación y provincias, de forma previa al ejercicio de sus facultades normativas –presupuestos mínimos de protección ambiental y complemento– discutieran y concertaran sus contenidos con carácter previo al ejercicio competencial. De este modo, se garantizaría el control a priori de posibles injerencias competenciales fortaleciendo el federalismo de cooperación al que aspira la reforma constitucional pero respetando la potestad normativa de cada esfera territorial. Pero además, el Consejo podría igualmente ser un organismo útil para la resolución de conflictos previos a la vía judicial ante la CSJN, cuyos pronunciamientos podrían dirimir controversias permitiendo ajustar a la práctica las normas mediante medidas de política ambiental concertada. Esta nueva reconfiguración del COFEMA permitiría una materialización del federalismo concertado a priori y a posteriori, para lo cual deviene imprescindible, entre otras muchas cuestiones, que el total de provincias ratificaran el acuerdo, tal y como parece ser que en un futuro cercano tendrá lugar. Hasta que ello no ocurra el COFEMA seguirá siendo un organismo de eficacia limitada, cuyas resoluciones no cuentan con una eficacia plena por no vincular a todos los poderes territoriales con competencia normativa en materia ambiental.

DÉCIMA.- LA NECESARIA ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN PROGRESIVA DEL DERECHO DE AGUAS DERIVADA DE LA INCORPORACIÓN DE LA VARIABLE AMBIENTAL

El medio ambiente se identifica como motor de la similar evolución del Derecho de aguas argentino y español. Se deja atrás una concepción productivista decimonónica construido sobre los paradigmas del dominio y el aprovechamiento en la que el agua se concibe como un recurso eminentemente patrimonial hasta alcanzar un derecho completamente impregnado por preocupaciones de conservación del recurso y de mejora de su calidad.

En el caso de España, la demanda social y jurídica de un agua de calidad ha convertido la protección del recurso en el actual núcleo del Derecho de aguas,

elevando la calidad del recurso a la categoría de valor con sustantividad propia. Aunque con carácter previo a la transposición de la DMA nuestro derecho interno ya se había hecho eco de la necesaria protección ambiental de las aguas, llegando incluso a anticipar como objetivos de la protección del DPH determinados fines ambientales, la integración de la DMA está acentuando la sustancial modificación del régimen jurídico del agua. La norma comunitaria, centrada única y exclusivamente en la preservación, correcta gestión y planificación del medio ambiente, determina cambios medulares en el Derecho de aguas español, fijando nuevos fines y objetivos generales de protección, metas ambientales a alcanzar y los medios para su logro, Puede afirmarse que el Derecho español de aguas, dentro del marco del Derecho comunitario, consolida la variable ambiental como elemento fundamental, imponiéndose la variable ambiental sobre el dominio y superando el antes cuestionado vaciamiento de las facultades que le son inherentes.

Por su parte, la reforma constitucional argentina de 1994 introdujo una amplia tutela ambiental que afecta directamente al Derecho de aguas. La repercusión de la cláusula ambiental en la distribución de competencias en materia de agua y medio ambiente a través de las normas de presupuestos mínimos (art. 41 CN), el dominio originario de los recursos naturales (124 CN), la consolidación de los derechos de tercera generación (*ex art.* 42 y 43) y el reconocimiento de una jerarquía supra-legal a ciertos tratados internacionales de los derechos humanos relativos a la cuestión ambiental como no podía ser de otra manera (art. 75, inc. 22 CN), se erigen como manifestaciones directas del gran cambio de paradigma que sufre el Derecho de Aguas. A partir de este momento el contenido ambiental resulta obligado en la regulación de las aguas, y los principios de como la utilización racional y sustentable de los recursos naturales o la prevención y restauración del medio ambiente (art. 41 y art. 124 CN) devienen ahora irrenunciables. Se afirma por ello que Argentina se integra en el denominado “constitucionalismo verde”, en el que las aguas pasan a ser consideradas de forma indiscutible como un componente ambiental y patrimonio natural. La Norma suprema incorpora diversas referencias expresas de relevante importancia desde la óptica ambiental, como el reconocimiento a las provincias del dominio originario sobre los recursos naturales *ex art.* 124.2 CN o el reconocimiento de una jerarquía supra-legal de ciertos Tratados internacionales relativos a la cuestión ambiental (art. 75, inc. 22 CN). Este sustancial avance de la tutela ambiental a partir

de la reforma constitucional de 1994 ha permitido defender la existencia actual de un “Estado Ecológico de Derecho”.

Superar los horizontes de un ordenamiento jurídico individual permite percibir la globalidad que subyace en las dificultades jurídicas asociadas a las aguas y al medio ambiente. A tal fin, escogidos los ordenamientos jurídicos de España y Argentina, cuyos paralelismos y diferencias han permitido y facilitado el mutuo intercambio de conocimientos

Partiendo de circunstancias naturales y geográficas comunes, por tratarse, Argentina, al igual que España, de naciones predominantemente áridas y semiáridas, que sufren en algunas zonas la escasez del recurso, la gestión del agua y los problemas a ella asociados devienen por tanto fundamentales en ambos casos. La compleja estructura de los modelos de Estado federal y autonómico, con el reconocimiento de distintos niveles de poder coexistentes, nos ha permitido comprobar cómo los problemas de distribución competencial entre las Administraciones competentes devienen similares en importancia pese a los diferentes criterios seguidos para su distribución. Ni la diferente titularidad del DPH –titularidad provincial en el caso de Argentina, estatal en el ordenamiento español–, ni el similar binomio “bases más desarrollo” adoptado en ambos ordenamientos como criterio de distribución competencial en materia ambiental han servido para evitar los conflictos competenciales estudiados a lo largo del estudio.

Sostenemos que un acercamiento de ambos sistemas, en aras a una armonización y unificación progresiva del Derecho de Aguas como se ha defendido a lo largo del presente estudio, de la mano de la incorporación de la variable ambiental, puede atemperar los conflictos en materia de aguas en ambos ordenamientos.

ANEXO I. COMPETENCIAS ASUMIDAS EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA EN MATERIA DE AGUAS

Las normas que a continuación se refieren han sido modificadas por sus correspondientes Leyes Orgánicas de reforma de los Estatutos de Autonomía examinadas a lo largo del cuerpo de este trabajo. Se hace referencia aquí al artículo según la última versión de la norma vigente una vez incorporadas las modificaciones,

- CA del País Vasco, L.O. 3/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Gernika, art. 10.11 sobre las competencias exclusivas de la CA en aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurren íntegramente dentro del País Vasco; instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando este transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra provincia o Comunidad Autónoma; aguas minerales, termales y subterráneas.
- CA de Galicia, L.O. 1/1981, de 6 de abril, Estatuto de Autonomía, art. 27.12 sobre competencias exclusivas de la CA en materia de aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de la Comunidad; art. 27.14 en relación a las competencias exclusivas sobre las aguas minerales y termales. Las aguas subterráneas.
- Principado de Asturias, L.O. 7/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía, art. 10.1.12 sobre las competencias autonómicas en proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, incluidos los hidroeléctricos, canales y regadíos de interés para la Región. Aguas minerales y termales. Aguas subterráneas cuando discurren íntegramente por el ámbito territorial de la CA y ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente por su exclusivo ámbito territorial.
- CA de Cantabria, L.O. 8/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía, art. 24.11 sobre las competencias exclusivas de la CA en proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales, regadíos de interés para la Comunidad Autónoma, y las aguas minerales, termales y subterráneas, cuando éstas discurren íntegramente por Cantabria. Ordenación y concesión de recursos y

aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

- CA de La Rioja, L.O. 3/1982, de 9 de junio, Estatuto de Autonomía, art. 8.1.17 sobre las competencias exclusivas de la CA en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, hidroeléctricos, canales y regadíos de interés para La Rioja. Aguas minerales y termales; aguas subterráneas cuando discurren íntegramente por el ámbito territorial de la CA. Y competencias para la ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente por su ámbito territorial.

- CA de la Reg. de Murcia, L.O. 4/1982, de 9 de junio, Estatuto de Autonomía, art. 8 sobre el derecho consuetudinario de la Región con particular referencia a los tribunales consuetudinarios y tradicionales en materia de aguas; art. 10.7 sobre las competencias exclusivas de la CA en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés para la CA, cuando el cauce integral de las aguas se halle dentro de su territorio. Aguas minerales y termales; art. 10.8 sobre las competencias exclusivas en la ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, aguas superficiales y subterráneas cuando discurren o se hallen íntegramente en el ámbito territorial de la CA.

- CA de Valencia, L.O. 5/1982 de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía, art. 17.1 sobre el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad; el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias; el derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales. Art. 36 sobre las competencias de la Generalitat para coadyuvar en la organización de del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia; art. 49.16 sobre las competencias exclusivas de la CA en aprovechamientos hidráulicos, canales y riegos, cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de la Comunitat Valenciana, instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, siempre que este transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra Comunidad Autónoma; aguas minerales, termales y subterráneas.

- CA de Castilla-La Mancha, L.O. 9/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía, art. 31.8 sobre competencias exclusivas de la CA en proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés para la región; aguas minerales y termales; aguas subterráneas cuando discurren íntegramente por su ámbito territorial. Así como sobre la ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente por el ámbito territorial de la CA.

- CA de Canarias, L.O. 10/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía, art. 30.6 sobre las competencias exclusivas de la CA en aguas, y su captación, alumbramiento, explotación, transformación y fabricación, distribución y consumo para fines agrícolas, urbanos e industriales; aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos; regulación de recursos hidráulicos de acuerdo con las peculiaridades tradicionales canarias; art. 40 sobre el ámbito territorial de las competencias.

- C. Foral de Navarra, L. O. 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, Estatuto de Autonomía, art. 44.5 sobre las competencias exclusivas de la CA en materia de aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, cuando las aguas discurren íntegramente dentro de Navarra y su aprovechamiento no afecte a otro territorio del Estado; art. 44.6 sobre las competencias exclusivas de la CA en relación con las aguas minerales, termales y subterráneas.

- CA de Extremadura, L.O. 1/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía, art. 7.8 sobre el uso racional del agua y su distribución solidaria entre los ciudadanos como principio rector de los poderes públicos extremeños; art. 9.36 sobre las competencias exclusivas de la CA en materia de aguas que discurren íntegramente por su territorio.

- CA de Illes Balears, L.O. 2/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía, art. 30.8 sobre las competencias exclusivas de la CA sobre el régimen de aguas y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos. Aguas minerales y termales. Ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos. Medidas ordinarias y extraordinarias para garantizar el suministro. Participación de los usuarios; art. 71 sobre la función ejecutiva de las competencias sobre los recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, régimen general de aguas. Aguas minerales, termales y subterráneas.

- CA de Madrid, L.O. 3/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía, art. 26.1.8. sobre competencias exclusivas en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad. Aguas nacientes, superficiales, subterráneas, minerales y termales, cuando discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. Ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.
- CA de Castilla y León, L.O. 4/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía, art. 75 sobre las competencias de la CA en la Cuenca del Duero y las aguas de la Comunidad.
- Ciudad de Ceuta, L.O. 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía, art. 21.1.7 sobre las facultades de Ceuta para la administración, inspección y sanción, y, en los términos que establezca la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria en materia de proyectos, construcción y explotación de aprovechamientos hidráulicos.
- Ciudad de Melilla, L. O. 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía, art. 21.1.7 sobre las facultades de Melilla para la administración, inspección y sanción, y, en los términos que establezca la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria en materia de proyectos, construcción y explotación de aprovechamientos hidráulicos.
- CA de Cataluña, L.O. 6/2006, de 19 de julio, Estatuto de Autonomía, art. 117 sobre las competencias exclusivas de la Generalitat en materia de obras hidráulicas y aguas que pertenezcan a cuencas hidrográficas intracomunitarias.
- CA de Andalucía, L.O. 2/ 2007, de 19 de marzo de reforma del Estatuto de Autonomía, art. 10.7 sobre la mejora de la calidad de vida de los andaluces y andaluzas, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, la adecuada gestión del agua y la solidaridad interterritorial en su uso y distribución como objetivos básicos de la CA; art. 50 sobre competencias exclusivas en materia de aguas que transcurran íntegramente por Andalucía y competencia sobre la participación en la planificación y gestión hidrológica de aprovechamientos hidráulicos intercomunitarios, y la competencia ejecutiva, dentro de su ámbito

territorial, sobre adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos, ejecución y explotación de obras de titularidad estatal, y facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal; art 51 sobre las competencias exclusivas de la CA sobre las aguas de la Cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio.

- CA de Aragón, L.O. 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía, art. 19 sobre los derechos de los aragoneses en relación con el agua; art. 72 sobre las competencias exclusivas de la CA en materia de aguas que discurren íntegramente sobre su territorio.

ANEXO II. COMPETENCIAS ASUMIDAS EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE

La normas que a continuación se refieren han sido modificadas por sus correspondientes Leyes Orgánicas de reforma de los Estatutos de Autonomía examinadas a lo largo del cuerpo de este trabajo. Se hace referencia aquí al artículo según la última versión de la norma vigente una vez incorporadas las modificaciones,

- CA del País Vasco, L.O. 3/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Gernika, art. 11.1.a) sobre las competencia del País Vasco para el desarrollo legislativo y la ejecución dentro de su territorio de la legislación básica del Estado en materia de medio ambiente y ecología.

- CA de Galicia, L.O. 1/1981, de 6 de abril, Estatuto de Autonomía, art. 27.30 sobre competencias exclusivas de la CA en materia de normas adicionales sobre protección del medio ambiente y del paisaje.

- Ppdo. Asturias, L.O. 7/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía, art. 11.5 sobre protección del medio ambiente, incluidos los vertidos industriales y contaminantes en ríos, lagos y aguas interiores y normas adicionales de protección del medio ambiente.

- CA de Cantabria, L.O. 8/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía, art. 25.7 sobre las competencias para el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de protección del medio ambiente y de los ecosistemas.

- CA de La Rioja, L.O. 3/82, de 9 de junio, Estatuto de Autonomía, art. 9.1 sobre las competencias de la CA en el desarrollo legislativo y la ejecución de la protección del medio ambiente, normas adicionales de protección del medio ambiente y del paisaje. Espacios naturales protegidos. Protección de los ecosistemas.

- CA de la Reg. de Murcia, L.O. 4/1982, de 9 de junio, Estatuto de Autonomía, art. 11.3 sobre las competencias autonómicas para el desarrollo legislativo y la ejecución de la protección del medio ambiente y las normas adicionales de protección.

- CA de Valencia, L.O. 5/1982 de 1 de julio, Estatuto de Autonomía, art. 17. 2 sobre el derecho de los ciudadanos a gozar de una vida y un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado y la obligación de la Generalitat de proteger el medio ambiente, la diversidad biológica, los procesos ecológicos y otras áreas de

especial importancia ecológica; art. 50.6 sobre las competencias de la Generalitat en el desarrollo legislativo y la ejecución de la protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de la CA para establecer normas adicionales de protección.

- CA de Castilla-La Mancha, L.O. 9/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía, art. 32.7 sobre las competencia de la Junta de Comunidades en el desarrollo legislativo y la ejecución de la protección del medio ambiente y de los ecosistemas. Normas adicionales de protección.

- CA de Canarias, L.O. 10/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Canarias, art. 5. e) sobre la defensa y protección de la naturaleza y del medio ambiente como principio rector de la política de los poderes públicos canarios; art. 32.21 sobre las competencias autonómicas para el desarrollo legislativo y la ejecución de la protección del medio ambiente, incluidos los vertidos en el ámbito territorial de la CA.

- C. Foral de Navarra, L.O. 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, Estatuto de Autonomía, art. 57. c) sobre las competencias de Navarra respecto al desarrollo legislativo y la ejecución en materia de medio ambiente y ecología.

- CA de Extremadura, L.O. 1/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía, art. 10 sobre las competencias autonómicas de desarrollo normativo y ejecución en materia de medio ambiente, regulación y protección de la flora, la fauna y la biodiversidad. Prevención y corrección de la generación de residuos y vertidos y de la contaminación acústica, atmosférica, lumínica, del suelo y del subsuelo. Regulación del abastecimiento, saneamiento y depuración de las aguas. Montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.

- CA de Illes Balears, L.O. 2/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía, art. 23 sobre el derecho a un medio ambiente seguro y sano, y las competencias autonómicas para su protección y defensa.

- CA de Madrid, L.O. 3/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía, art. 27.7 sobre las competencias autonómicas para el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de la protección del medio ambiente, la facultad de establecer normas adicionales de protección; la contaminación biótica y abiótica; y los vertidos en el ámbito territorial de la Comunidad.

- CA de Castilla y León, L.O. 4/1983, de 25 de febrero, art. 70.35 sobre las competencias exclusivas de la Comunidad para el dictado de normas adicionales sobre protección del medio ambiente y del paisaje, con especial atención al desarrollo de políticas que contribuyan a mitigar el cambio climático; art. 71.7 sobre competencias de desarrollo normativo y de ejecución en materia de protección del medio ambiente y de los ecosistemas. Prevención ambiental. Vertidos a la atmósfera y a las aguas superficiales y subterráneas.

- Ciudad de Ceuta, L.O. 1/1995, de 13 de marzo, Estatuto de Autonomía, art. 5. 2.e) sobre el fomento de la calidad de vida, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente como objetivo básico de las instituciones de la ciudad de Ceuta; art. 22.1.1 sobre la competencia de gestión en materia de protección del medio ambiente, incluidos los vertidos industriales y contaminantes.

- Ciudad de Melilla, L.O. 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía, art. 5.2.e) sobre el fomento de la calidad de vida, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente como objetivo básico de las instituciones de la ciudad de Ceuta; art. 22.1.1. sobre la competencia de gestión en materia de protección del medio ambiente, incluidos los vertidos industriales y contaminantes.

- CA. de Cataluña, L.O. 6/2006, de 19 de julio, Estatuto de Autonomía, art. 46 sobre el deber de las autoridades públicas de velar por el medio ambiente, el desarrollo sostenible y el equilibrio territorial; art. 84.j) relativo a las competencias locales para la formulación y la gestión de políticas para la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible; art. 144 sobre la competencia compartida de la Generalitat en materia de medio ambiente y la competencia para el establecimiento de normas adicionales de protección.

- CA de Andalucía, L.O. 2/ 2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía, art. 57 sobre las competencias exclusivas de la CA en materia de medio ambiente, espacios protegidos y sostenibilidad.

- CA de Aragón, L.O. 5/2007, de 20 de abril, Estatuto de Autonomía, art. 18 sobre los derechos y deberes en relación con el medio ambiente; art. 71.22, sobre normas adicionales de la legislación básica sobre protección del medio ambiente y del paisaje; art. 75.3 sobre protección del medio ambiente.

ANEXO III. EL AGUA EN LAS CONSTITUCIONES DE LAS PROVINCIAS ARGENTINAS

- Constitución de Mendoza (1916, reformada en 1991), provincia pionera en la regulación de las aguas, tras reconocer el dominio público provincial de parte de los recursos hidráulicos, se centra de forma prácticamente exclusiva en su ordenación desde un punto de vista patrimonial. Dentro de los principios que informan el texto constitucional destacan, entre otros, el de inherencia del agua al predio (art. 186), o la administración autárquica y descentralizada del recurso. Se contempla la figura del Departamento General de Irrigación al que se le reconocen competencias exclusivas para todo asunto referido a la administración hídrica (art 188). Otorga la posibilidad de dirección autónoma de los ríos de la provincia sin perjuicio de su dependencia del Departamento General de Irrigación (art. 193). Asimismo la norma contempla un sistema de concesiones de agua por Ley (art. 194)¹³⁶³.

- Constitución de Misiones (1958), no incluye ninguna referencia a las aguas más allá de la declaración de plenitud del dominio provincial, imprescindible e inalienable, sobre las fuentes naturales de energía existentes en el territorio (art. 58) y del derecho de participación plena, a través de sus representantes, en la gestión de sus recursos naturales (art. 9)¹³⁶⁴.

¹³⁶³ Constitución de la provincia de Mendoza, emitida el 11 de febrero de 1916, publicada el 28 de diciembre de 1916; art. 186: “*el uso del agua del dominio público de la provincia es un derecho inherente a los predios, a los cuales se concede en la medida y condiciones determinadas por el Código Civil y las leyes locales*”; art. 188: “*Todos los asuntos que se refieran a la irrigación en la provincia, que no sean de competencia de la justicia ordinaria, estarán exclusivamente a cargo de un Departamento General de Irrigación, compuesto de un superintendente nombrado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, de un consejo compuesto de cinco miembros designados en la misma forma, y de las demás autoridades que determine la ley*”; art. 193: “*la ley de irrigación, al reglamentar el gobierno y administración del agua de los ríos de la provincia, podrá dar a cada uno de aquéllos su dirección autónoma, sin perjuicio de su dependencia del Departamento General de Irrigación con arreglo a la misma*”; art. 194: “*mientras no se haga el aforo de los ríos de la provincia y sus afluentes, no podrá acordarse ninguna nueva concesión de agua sin una ley especial e informe previo del Departamento de Irrigación requiriéndose para su sanción el voto favorable de los dos tercios de los miembros que componen cada Cámara. Una vez efectuado el aforo, las concesiones de agua sólo necesitarán el voto de la mitad más uno de los miembros que componen cada Cámara. Las concesiones que se acuerden mientras no se realice el aforo, tendrán forzosamente carácter eventual*”.

¹³⁶⁴ Constitución de la provincia de Misiones, emitida y publicada el 21 de abril de 1958. Art. 9 modificado por Ley 4.000, sancionada el 6 de noviembre de 2003, promulgada el 21 de noviembre de 2003 y publicada el 25 de noviembre de 2003: “*(...)reconoce y garantiza la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones y, asimismo, el derecho de participación plena, a través de sus representantes, en la gestión de sus recursos naturales, el derecho a usar, mantener, desarrollar y administrar servicios*”.

- Constitución de Santa Fe (1962), no incluye disposición alguna en relación con el agua o los recursos naturales, recoge únicamente una incidental referencia a la competencia de la legislatura provincial para dictar leyes de protección y fomento de las riquezas naturales (art. 55. inc. 17); reconoce la salud (entendido aquí en relación directa con el derecho al agua), como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad (art. 19)¹³⁶⁵.

- Constitución de San Juan (1986), reconoce el dominio imprescriptible e inalienable de sus recursos naturales (art. 113), así como el derecho natural a usar el agua para bebida de las personas, necesidades domésticas o abrevaderas, señalando que corresponde a la provincia reglar el uso y aprovechamiento de todas las aguas del dominio público existente en su territorio (art. 117), estando todos los asuntos que se refieran al uso de las aguas públicas, superficiales o subterráneas, a cargo del Estado provincial (art. 118)¹³⁶⁶.

propios de salud y demás intereses que los afecten. (...)"; art. 58: *"La provincia tiene la plenitud del dominio, imprescindible e inalienable, sobre las fuentes naturales de energía existentes en el territorio. Es facultad de la provincia realizar por sí o convenir con la Nación o con otras provincias su explotación, cateo y extracción, así como su explotación, industrialización, distribución y comercialización, fijando de común acuerdo el monto de la regalía o contribución por percibir"*.

¹³⁶⁵ Constitución de Santa Fe, emitida el 14 de abril de 1962, publicada el 18 de abril de 1962, art. 19: *"la provincia tutela la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad. Con tal fin establece los derechos y deberes de la comunidad y del individuo en materia sanitaria y crea la organización técnica adecuada para la promoción, protección y reparación de la salud, en colaboración con la Nación, otras provincias y asociaciones privadas nacionales o internacionales"*.

¹³⁶⁶ Constitución de la Provincia de San Juan, emitida el 23 de abril de 1986, publicada el 7 de mayo de 1986, art. 113: *"la provincia tiene la plenitud del dominio imprescriptible e inalienable sobre todas las sustancias minerales, sin excluir hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, las fuentes naturales de energía hidroeléctrica, solar, geotérmica o de cualquier otra naturaleza que se encuentren dentro de su territorio. (...)"; art. 117: "corresponde a la provincia reglar el uso y aprovechamiento de todas las aguas del dominio público existente en su territorio. La provincia puede conceder en la forma que determine una ley, el uso de las aguas para la agricultura y otros fines especiales. Tales concesiones no podrán limitar el derecho de la provincia de usar esas aguas para sus fines de interés general. El derecho natural de usar el agua para bebida de las personas, necesidades domésticas o abrevaderas, queda sujeto a los reglamentos generales que dicte la autoridad competente. La concesión de uso y goce del agua para beneficio y cultivo de un predio, constituye un derecho inherente e inseparable del inmueble y pasa a los adquirentes del dominio, ya sea a título universal o singular"; art. 118: "todos los asuntos que se refieran al uso de las aguas públicas, superficiales o subterráneas, están a cargo del Estado provincial en la forma que determine la ley"*.

- Constitución de Jujuy (1986), reconoce el derecho de sus habitantes a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, promoviendo el aprovechamiento racional de los recursos naturales (art. 22)¹³⁶⁷.

- Constitución de San Luis (1987), reconoce de dominio imprescriptible e inalienable los recursos naturales de su territorio, declarando de interés público general el patrimonio acuífero de la provincia, reivindicando su dominio dentro de su territorio, declarando incuestionables sus derechos sobre los ríos interprovinciales y limítrofes¹³⁶⁸.

- Constitución de Catamarca (1988), declara del dominio público de la provincia los ríos y sus cauces y todas las aguas que corran por cauces naturales, trascendiendo los límites del inmueble en que nacen (art. 61); reconoce la competencia provincial

¹³⁶⁷ Constitución de la Provincia de Jujuy, emitida el 22 de octubre de 1986, publicada el 17 de noviembre de 1986, art. 22: *“todos los habitantes de la provincia tienen el derecho a gozar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como el deber de defenderlo. 2. Incumbe a la provincia, en colaboración con los respectivos organismos o con la cooperación de las instituciones y asociaciones dedicadas a la materia: 1) Prevenir, vigilar, contener y prohibir las fuentes de polución evitando sus efectos, así como los perjuicios que la erosión ocasiona; 2) Eliminar o evitar, ejerciendo una efectiva vigilancia y fiscalización, todos los elementos que puedan ser causa de contaminación del aire, el agua, el suelo y, en general, todo aquello que de algún modo afecte o pudiere afectar el entorno de sus pobladores y de la comunidad; 3) Promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica. 3. Se declaran de interés público, a los fines de su preservación, conservación, defensa y mejoramiento, los lugares con todos sus elementos constitutivos que por su función o características mantienen o contribuyen a mantener la organización ecológica del modo más conveniente. 4. La provincia debe propender, de manera perseverante y progresiva, a mejorar la calidad de vida de todos sus habitantes”*.

¹³⁶⁸ Constitución de la Provincia de San Luis, emitida el 14 de marzo 1987, publicada el 8 de abril de 1987, art. 88: *“la provincia tiene la plenitud del dominio imprescriptible e inalienable sobre todas las sustancias minerales, sin excluir hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, las fuentes naturales de energía hidráulica, geotérmica, o de cualquier otra naturaleza que se encuentren dentro de su territorio. Su aprovechamiento puede realizarlo por sí o por convenios con la Nación, con otras provincias o con terceros, nacionales o internacionales, para su prospección, exploración y/o explotación, como también su industrialización, distribución y comercialización, fijando de común acuerdo el monto de las regalías o retribuciones a percibir. El Estado nacional no puede disponer sobre estos recursos de la provincia sin el previo acuerdo de ésta, expresado por ley. Se declara de interés público general el patrimonio acuífero de la provincia, reivindicándose su dominio dentro de su territorio, siendo incuestionables sus derechos sobre los ríos interprovinciales y limítrofes. El Estado debe procurar el aprovechamiento integral y el uso racional del agua, respetando las prioridades que derivan de las necesidades de la población y su desarrollo agroindustrial y minero. Todo lo referido al uso de las aguas públicas superficiales o subterráneas, está a cargo del Estado provincial en la forma que determina la ley”*.

para la regulación del aprovechamiento de las aguas de los ríos interprovinciales que atraviesan su territorio mediante tratados con las provincias vecinas (art. 62)¹³⁶⁹.

- Constitución de Río Negro (1988), alude a la propiedad originaria provincial de los recursos naturales, remitiéndose al Código de Aguas de la provincia para la regulación de su régimen (arts. 70 y 71)¹³⁷⁰.

- Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (1991) además de reconocer el agua como un elemento vital para el hombre que precisa especial protección (art. 54), declara del dominio exclusivo, inalienable e imprescriptible de la provincia los recursos naturales (art. 81), entre los que reconoce expresamente al agua, sujetando la regulación de su uso racional y de las medidas conducentes a evitar su contaminación y agotamiento al dictado de una L.O. (art. 83)¹³⁷¹.

¹³⁶⁹ Constitución de Catamarca, emitida el 3 de septiembre de 1988, publicada el 7 de septiembre de 1988, art. 61: *“los ríos y sus cauces y todas las aguas que corran por cauces naturales, trascendiendo los límites del inmueble en que nacen, son del dominio público de la provincia, y las concesiones que ésta hiciera del goce y uso de esas aguas no podrán ser cedidas, transferidas o arrendadas sino con el fundo a que fueran adjudicadas y serán válidas mientras y en tanto el concesionario haga uso útil de las mismas, a juicio de la concedente. La ley reglamentará esta disposición y creará el organismo de aplicación”*; art. 62: *“compete a la provincia reglar el aprovechamiento de las aguas de los ríos interprovinciales que atraviesan su territorio mediante tratados con las provincias vecinas”*.

¹³⁷⁰ Constitución de la Provincia de Río Negro, emitida el 3 de junio de 1988, publicada el 13 de junio de 1988, art. 70: *“la provincia tiene la propiedad originaria de los recursos naturales existentes en el territorio, su subsuelo, espacio aéreo y mar adyacente a sus costas, y la ejercita con las particularidades que establece para cada uno. La ley preserva su conservación y aprovechamiento racional e integral, por sí o mediante acuerdo con la Nación, con otras provincias o con terceros, preferentemente en la zona de origen. La Nación no puede disponer de los recursos naturales de la provincia sin previo acuerdo mediante leyes convenio que contemplen el uso racional del mismo, las necesidades locales y la preservación del recurso y de la ecología”*; art. 71: *“son de dominio del Estado las aguas públicas ubicadas en su jurisdicción, que tengan o adquieran aptitud para satisfacer usos de interés general. El uso y goce de éstas debe ser otorgado por autoridad competente. El Código de Aguas regla el Gobierno, administración, manejo unificado e integral del recurso, la participación directa de los interesados y el fomento de aquellos emprendimientos y actividades calificados como interés social. La provincia concerta con las restantes jurisdicciones el uso y aprovechamiento de las cuencas hídricas comunes”*.

¹³⁷¹ Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, emitida el 17 de mayo de 1991, publicada el 28 de mayo de 1991, art. 54: *“el agua, el suelo y el aire, como elementos vitales para el hombre, son materia de especial protección por parte del Estado provincial”*; art. 81: *“son de dominio exclusivo, inalienable e imprescriptible de la provincia el espacio aéreo, los recursos naturales, superficiales y subyacentes, renovables y no renovables y los contenidos en el mar adyacente y su lecho, extendiendo su jurisdicción en materia de explotación económica hasta donde la República ejerce su jurisdicción, inclusive los que hasta la fecha fueron administrados y regulados por el Estado nacional(...)”*; art. 83: *“las aguas que sean de dominio público y su*

- Constitución de la provincia de Buenos Aires (1994), reconoce tanto el derecho de sus habitantes a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras, como el dominio eminente de la provincia sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio (art. 28)¹³⁷².

- Constitución de Chaco (1994), fija el uso integral racional de los recursos hídricos de dominio público destinados a satisfacer las necesidades de consumo y producción (art. 50)¹³⁷³.

- Constitución de Chubut (1994), se refiere expresamente al agua como recurso natural regulando su dominio y aprovechamiento (art. 101)¹³⁷⁴.

aprovechamiento están sujetas al interés general. El Estado, mediante una ley orgánica, reglamenta el uso racional de las aguas superficiales y subterráneas y adopta las medidas conducentes a evitar su contaminación y el agotamiento de las fuentes”.

¹³⁷² Constitución de la provincia de Buenos Aires, emitida el 13 de septiembre de 1994, publicada el 14 de septiembre de 1994, art. 28: *“los habitantes de la provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras. La provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada. En materia ecológica deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la provincia, planificar el aprovechamiento racional de los mismos, controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema, promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo, prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos, y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales. Asimismo, asegurará políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna. Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo”.*

¹³⁷³ Constitución de Chaco, emitida el 27 de octubre de 1994, publicada el 7 de diciembre de 1994, art. 50: *“la provincia protege el uso integral racional de los recursos hídricos de dominio público destinados a satisfacer las necesidades de consumo y producción, preservando su calidad, ratifica los derechos de condominio público sobre los ríos limítrofes a su territorio, podrá concertar tratados con la Nación, las provincias, otros países y organismos internacionales sobre el aprovechamiento de las aguas de dichos ríos. Regula, proyecta, ejecuta planes generales de obras hidráulicas, riego, canalización y defensa, y centraliza el manejo unificado, racional, participativo e integral del recurso en un organismo ejecutor. La fiscalización y control serán ejercidos en forma independiente”.*

¹³⁷⁴ Constitución de la Provincia de Chubut, emitida el 11 de octubre de 1994 y publicada el 14 de octubre de 1994, art. 101: *“son de dominio del Estado las aguas públicas ubicadas en su jurisdicción que tengan o adquieran aptitud para satisfacer usos de interés general. La ley regla el Gobierno, administración, manejo unificado e integral de las aguas superficiales y subterráneas, la participación directa de los interesados y el fomento de aquellos emprendimientos y actividades calificadas como de interés social. La provincia concierta con las restantes jurisdicciones el uso y el aprovechamiento de las cuencas hídricas comunes”.*

- Constitución de la Pampa (1994), reconoce expresamente el derecho de sus habitantes a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y el deber de preservarlo. Fija para ello la obligación del Estado y de toda la comunidad de proteger el ambiente y los recursos naturales, promoviendo su utilización racional y el mejoramiento de la calidad de vida, dictándose por el poder público normas que aseguren el adecuado manejo y utilización de las aguas superficiales y subterráneas (art. 18). Asimismo, queda prevista la regulación del aprovechamiento de las aguas públicas superficiales y subterráneas por ley especial, celebrándose convenios interprovinciales para los cursos de aguas comunes que deben ser considerados en su unidad de cuenca (art. 41). Se reconoce competencia a la Cámara de diputados para el dictado de Códigos de Aguas (art. 68)¹³⁷⁵.

- Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996), confiere a la ciudad el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales (art. 8)¹³⁷⁶.

- Constitución de Salta (1998), contempla el agua como un recurso natural, regulando el uso y aprovechamiento de las aguas superficiales o subterráneas que integran el dominio de la provincia. Reconoce el derecho de la población al uso del agua de dominio público destinada a las necesidades de consumo (art. 83), y declara del dominio originario provincial los recursos naturales de su territorio (art 85)¹³⁷⁷.

¹³⁷⁵ Constitución de la Pampa, emitida el 6 de octubre de 1994, publicada el 14 de octubre de 1994, art. 18: *“todos los habitantes tienen derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y el deber de preservarlo. Es obligación del Estado y de toda la comunidad proteger el ambiente y los recursos naturales, promoviendo su utilización racional y el mejoramiento de la calidad de vida. Los Poderes Públicos dictarán normas que aseguren: b) Un adecuado manejo y utilización de las aguas superficiales y subterráneas (...)”*; art. 41: *“el aprovechamiento de las aguas públicas superficiales y las corrientes subterráneas, será reglado por ley especial y el Poder Ejecutivo promoverá la celebración de convenios con otras provincias y la Nación, para el aprovechamiento de los cursos de aguas comunes, los que deben ser considerados en su unidad de cuenca”*; art. 68 inc. 16: *“son atribuciones y deberes de la Cámara de Diputados: Dictar Los Códigos Rural, Fiscal, de Procedimientos, de Aguas y demás necesarios y leyes de organización judicial, registro civil, contabilidad y vial”*.

¹³⁷⁶ Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, fecha emitida el 1 de octubre de 1996, publicada el 10 de octubre de 1996, art. 8: *“(...) La ciudad tiene el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales y acuerda con otras jurisdicciones el aprovechamiento racional de todos los que fueran compartidos”*.

¹³⁷⁷ Constitución de la Provincia de Salta, emitida el 7 de abril de 1998, publicada el 22 de abril de 1998, art. 83: *“las aguas de dominio público de la provincia están destinadas a satisfacer las necesidades de consumo y producción. Los poderes públicos preservan la calidad y reglan el uso y aprovechamiento de las aguas superficiales o subterráneas que integran el dominio de la provincia. El uso de las aguas del dominio público destinadas a las necesidades de consumo de la población es un derecho de ésta y no puede ser objeto de concesiones a favor de personas privadas. El uso de las aguas del*

- Constitución de Santa Cruz (1998), declara del dominio originario de la provincia sus recursos naturales (art.52). Reconoce expresamente el derecho de toda persona a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo personal, fijando la obligación general del cuidado y la preservación del medio ambiente, así como a una explotación racional de los recursos naturales, para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (art. 73)¹³⁷⁸.

- Constitución de Córdoba (2001), si bien no contiene disposición alguna sobre el dominio de los recursos naturales en general, contiene prescripciones sobre la regulación y protección del agua reconociendo el derecho de sus ciudadanos a un ambiente sano (art. 66)¹³⁷⁹.

dominio público destinadas al riego es un derecho inherente a los predios, en beneficio de los cuales se concede en la medida y condiciones determinadas por la ley y en atención a su función social y económica. Los poderes públicos estimulan la expansión de las zonas bajo riego y la constitución de consorcios de regantes. Los usuarios del agua pública tienen participación en todo lo concerniente al aprovechamiento de aquélla. La provincia regula el aprovechamiento de los ríos interprovinciales que nacen o atraviesan su territorio, mediante leyes o tratados con las otras provincias ribereñas”; art. 85: “corresponde a la provincia el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, la que ejerce las facultades que derivan del mismo (...)”.

¹³⁷⁸ Constitución de Santa Cruz, emitida y publicada el 27 de noviembre de 1998, art. 52: “la provincia tiene el dominio originario de los recursos naturales, renovables o no, existentes en su territorio, comprendiendo el suelo, el subsuelo, el mar adyacente a sus costas, su lecho, la plataforma continental y el espacio aéreo y de las sustancias minerales y fósiles; y lo ejercita con las particularidades que establece para cada uno, sin perjuicio de las facultades delegadas. Serán considerados en especial del dominio originario provincial: los yacimientos hidrocarburíferos, los recursos ictícolas y las fuentes de energía. (...)”; art. 73: “toda persona tendrá derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo personal. El Estado y los particulares estarán obligados al cuidado y a la preservación del medio ambiente, así como a una explotación racional de los recursos naturales, para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. (...)”

¹³⁷⁹ Constitución de Córdoba, emitida y publicada el 14 de septiembre de 2001, art. 66 : “toda persona tiene derecho a gozar de un medio ambiente sano. Este derecho comprende el de vivir en un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud, a la conservación de los recursos naturales y culturales y a los valores estéticos que permitan asentamientos humanos dignos, y la preservación de la flora y la fauna. El agua, el suelo y el aire como elementos vitales para el hombre, son materia de especial protección en la provincia. El Estado provincial protege el medio ambiente, preserva los recursos naturales ordenando su uso y explotación, y resguarda el equilibrio del sistema ecológico, sin discriminación de individuos o regiones. Para ello, dicta normas que aseguren: 1. La eficacia de los principios de armonía de los ecosistemas y la integración, diversidad, mantenimiento y recuperación de recursos. 2. La compatibilidad de la programación física, económica y social de la provincia, con la preservación y mejoramiento del ambiente. 3. Una distribución equilibrada de la urbanización en el territorio. 4. La asignación prioritaria de medios suficientes para la elevación de la calidad de vida en los asentamientos humanos”.

- Constitución de Formosa (2003), establece el aprovechamiento integral y el uso racional del agua, respetando las prioridades que derivan de las necesidades de consumo de la población y el desarrollo del sector primario e industrial, remitiéndose para su regulación al Código de Aguas (art. 53)¹³⁸⁰.
- Constitución de la Provincia de Santiago del Estero (2005), señala el destino de las aguas de dominio público de la provincia a satisfacer las necesidades de consumo y producción, declarando el derecho natural de usar el agua para bebida de las personas y para las necesidades domésticas de la familia (art. 111). Hace mención expresa a la regulación de las aguas interprovinciales a través de tratados interprovinciales (art. 112)¹³⁸¹.
- Constitución de Tucumán (2006), no recoge ninguna referencia particular a las aguas, reconoce la necesaria preservación de los recursos naturales y declara el derecho a la salud como un derecho fundamental (arts. 41 y 146)¹³⁸².
- Constitución de Neuquén (2006), reivindica el dominio y jurisdicción provincial sobre los recursos naturales (art. 94). Fija como obligaciones del Estado Local el uso y administración racional de los recursos naturales, planificando su

¹³⁸⁰ Constitución de Formosa, emitida el 7 de julio de 2003, publicada el 8 de julio de 2003, art. 53: *“la provincia debe procurar el aprovechamiento integral y el uso racional del agua, respetando las prioridades que derivan de las necesidades de consumo de la población y el desarrollo del sector primario e industrial. Un código de aguas reglamentará todo lo atinente a este recurso”*.

¹³⁸¹ Constitución de Santiago del Estero, emitida el 25 de noviembre de 2005, art 111: *“las aguas de dominio público de la provincia están destinadas a satisfacer las necesidades de consumo y producción. Declárase que el derecho natural de usar el agua para bebida de las personas y para las necesidades domésticas de la familia, queda sujeto a los reglamentos generales que dicte la autoridad competente. Los poderes públicos preservan la calidad y reglan el uso y aprovechamiento de las aguas superficiales, subterráneas y termales que integran el dominio de la provincia. El uso de las aguas del dominio público destinadas al riego es un derecho inherente a los predios, en beneficio de los cuales se concede en la medida y condiciones determinadas por la ley y en atención a su función social y económica. Los poderes públicos estimulan la expansión de las zonas bajo riego y la constitución de consorcios de regantes. Los usuarios del agua pública tienen participación en todo lo concerniente al aprovechamiento de aquella”*; art. 112: *“la provincia regula el uso y aprovechamiento de los ríos interprovinciales que atraviesan su territorio, mediante tratados con las otras provincias en base a la participación equitativa y razonable, priorizando los usos consuntivos de las aguas de la cuenca, evitando la contaminación y agotamiento de las fuentes”*.

¹³⁸² Constitución de Tucumán emitida el 6 de junio de 2006, publicada el 7 de junio de 2006, art. 41: *“la provincia de Tucumán adopta como política prioritaria de Estado la preservación del medio ambiente. Dentro de la esfera de sus atribuciones la provincia:1) Arbitrará los medios legales para proteger la pureza del ambiente preservando los recursos naturales, culturales y los valores estéticos que hagan a la mejor calidad de vida (...)”*; art. 146: *“El Estado reconoce la salud como derecho fundamental de la persona”*.

aprovechamiento racional (art. 90). Reconoce la competencia de la Cámara de diputados para dictar Códigos de Aguas, (art. 189. inc. 16), estableciendo como obligación ineludible de la provincia el velar por la salud e higiene públicas, especialmente a lo que se refiere a la prevención de enfermedades (art. 134)¹³⁸³.

- Constitución de Corrientes (2007), reconoce el dominio originario provincial de los recursos naturales existentes en su territorio con expresa mención a las aguas de uso público y/o que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general y sus corrientes, incluidas las aguas subterráneas que tengan tales cualidades. Declara de dominio público el Acuífero Guaraní y las tierras fiscales ubicadas en el ecosistema del Iberá (art. 58). Reconoce expresamente el agua como un bien social esencial para la vida debiendo quedar garantizado el acceso al agua saludable (art. 59)¹³⁸⁴.

¹³⁸³ Constitución de la Provincia del Neuquén, emitida el 17 de febrero de 2006, publicada el 3 de marzo de 2006, art. 90: *“el Estado atiende en forma prioritaria e integrada las causas y las fuentes de los problemas ambientales; establece estándares ambientales y realiza estudios de soportes de cargas; protege y preserva la integridad del ambiente, el patrimonio cultural y genético, la biodiversidad, la biomasa, el uso y administración racional de los recursos naturales; planifica el aprovechamiento racional de los mismos, y dicta la legislación destinada a prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental imponiendo las sanciones correspondientes. La provincia garantiza la educación ambiental en todas las modalidades y niveles de enseñanza”*; art. 94: *“(…) Se reivindicán los derechos de dominio y jurisdicción de la provincia sobre las áreas de su territorio afectadas por parques y reservas nacionales en orden a lo dispuesto por la Constitución Nacional y, en particular, sobre el ambiente y los recursos naturales contenidos en la misma, sin perjuicio de coordinar con el Estado nacional su administración y manejo”*.

¹³⁸⁴ Constitución de Corrientes, emitida el 8 de junio de 2007, publicada el 13 de junio de 2007, art. 58: *“los recursos naturales existentes en el territorio provincial constituyen dominio originario del Estado provincial: El suelo, el subsuelo, las islas provinciales, las aguas de uso público y/o que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general y sus corrientes, incluidas las aguas subterráneas que tengan tales cualidades, y la energía. En el marco de lo preceptuado por la Constitución Nacional y las leyes reglamentarias, los ríos, sus cauces y riberas internas, el aire, las ruinas arqueológicas y paleontológicas de interés científico que existen en el territorio, los recursos minerales, los hidrocarburos, la biodiversidad ambiental, el acuífero guaraní en la extensión comprendida dentro del territorio de la provincia de Corrientes y las tierras fiscales ubicadas en el ecosistema del Iberá son de dominio público del Estado provincial. La ley asegura su conservación y aprovechamiento racional e integral, por sí o mediante acuerdo con la Nación, otras provincias y municipios, preferentemente en la zona de origen. La Nación no puede disponer de los recursos naturales de la provincia sin acuerdo previo instrumentado mediante leyes convenio que contemplen el uso racional de los mismos, las necesidades locales y la preservación del recurso y el ambiente”*; Art. 59: *“el agua es un bien social esencial para la vida. El Estado provincial debe garantizar el acceso al agua saludable y la existencia de control y cogestión social a través del mecanismo que establece la ley. El código de aguas regla el gobierno, la administración, el manejo unificado e integral del recurso, la participación de los interesados y los emprendimientos y actividades calificados como de interés social. La provincia concerta*

- Constitución de Entre Ríos (2008), declara de dominio originario provincial los recursos naturales de su territorio asegurando su uso racional. Reconoce expresamente tanto la condición del agua como recurso natural colectivo y esencial para el desarrollo integral de las personas, como el derecho humano al acceso al agua saludable. Se refiere por último a las cuencas hidrográficas comunes (art. 85)¹³⁸⁵.

- Constitución de La Rioja (2008) establece que son de dominio público de la provincia los lagos, los ríos y sus afluentes, y todas las aguas públicas existentes en su jurisdicción, reconociendo además el derecho de sus habitantes a disfrutar de un ambiente sano y equilibrado promoviendo el uso racional de los recursos naturales (arts.65 y 68)¹³⁸⁶.

con las restantes jurisdicciones el uso y aprovechamiento de las cuencas hídricas comunes”.

¹³⁸⁵ Constitución de Entre Ríos, emitida el 3 de octubre de 2008, publicada el 15 de octubre de 2008, art. 85: *“los recursos naturales existentes en el territorio provincial corresponden al dominio originario del Estado entrerriano, que ejerce el control y potestad para su aprovechamiento, preservación, conservación y defensa. Las leyes que establezcan su disposición deben asegurar su uso racional y sustentable y atender las necesidades locales. (...) El agua es un recurso natural, colectivo y esencial para el desarrollo integral de las personas y la perdurabilidad de los ecosistemas. El acceso al agua saludable, potable y su saneamiento es un derecho humano fundamental. Se asegura a todos los habitantes la continua disponibilidad del recurso. El servicio público de suministro de agua potable no podrá ser privatizado, a excepción del que presten las cooperativas y consorcios vecinales en forma individual o conjunta con el Estado provincial, los municipios, las comunas, los entes autárquicos y descentralizados, las empresas y sociedades del Estado. Los usuarios tendrán participación necesaria en la gestión. La provincia concertará con las restantes jurisdicciones el uso y aprovechamiento de las cuencas hídricas comunes. Tendrá a su cargo la gestión y uso sustentable de las mismas, y de los sistemas de humedales, que se declaren libres de construcción de obras de infraestructura a gran escala que puedan interrumpir o degradar la libertad de sus aguas y el desarrollo natural de sus ecosistemas asociados. (...)”.*

¹³⁸⁶ Constitución de la Rioja, emitida el 14 de mayo de 2008, publicada el 20 de mayo de 2008, art. 65: *“son de dominio público de la provincia los lagos, ríos y sus afluentes y todas las aguas públicas existentes en su jurisdicción. La ley que reglamente su uso deberá establecer que toda concesión de uso y goce de aguas del dominio público es inseparable y se atribuye como derecho inherente al predio”;* art. 68: *“todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, como así también a la información y educación ambiental, a la población en general y en particular a los educandos en sus distintos niveles”.*

ANEXO IV. JURISPRUDENCIA CITADA

I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

- STJCE, de 11 de julio de 1974, asunto 8/74, «Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville»
- STJCE, de 20 de febrero de 1979, asunto 120/78, «Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein»
- STJCE, de 7 de febrero de 1985, asunto C-240/83, «Proceur de la república. Association de Defense de Brûleurs»,
- STJCE, de 30 de enero de 2001, asunto C-36/98, «Reino de España c/ Consejo de la UE»
- STJCE, de 15 de noviembre de 2005, asunto C-320/03, «Comisión de las Comunidades Europeas c/ República de Austria»

II. TRIBUNALES ESPAÑOLES: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

II. 1. Sobre el concepto de agua

- STC 227/1988, de 29 de noviembre

II. 2. Sobre el modelo de Estado Autonómico y los Estatutos de Autonomía

- STC 4/1981, de 2 de febrero
- STC 25/1981, de 4 de julio
- STC 32/ 1981, de 28 de julio
- STC 37/1981, de 28 de noviembre
- STC 1/1982, de 28 de enero
- STC 18/1982, de 4 de mayo
- STC 35/1982, de 14 de junio
- STC 39/1982, de 30 de junio
- STC 27/1983, de 20 de abril
- STC 76/1983, de 5 de agosto

- STC 16/1984, de 6 de febrero
- STC 82/1984, de 20 de julio
- STC 110/1984, de 8 de noviembre
- STC 96/1986, de 10 de julio
- STC 37/1987, de 26 de marzo
- STC 15/1989, de 26 de enero
- STC 103/1989, de 8 de junio
- STC 64/1990, de 5 de abril
- SCT 147/1991, de 4 de julio
- STC 13/1992, de 6 de febrero
- STC 17/1992, 28 de mayo
- STC 13/2007, de 18 de marzo
- STC 247/2007, de 12 de diciembre
- STC 103/2008, de 11 de septiembre
- STC 31/2010, de 28 de junio

II. 3. Sobre el Sistema de distribución de competencias en materia de aguas y principio de unidad de gestión

- STC 76/1983, de 5 de agosto
- STC 77/1984, de 3 de julio
- STC 227/1988, de 26 de noviembre
- STC 277/1988, de 29 de noviembre
- STC 161/1996, de 27 de octubre
- STC 11/1998, de 13 de enero
- STC 118/1998, de 4 de junio
- STC 166/2000, de 15 de junio
- STC 9/2001, de 18 de enero
- STC 61/2007, de 26 de marzo
- STC 247/2007, de 12 de diciembre
- STC 248/2007, de 13 de diciembre
- STC 31/2010, de 28 de junio
- STC 46/2010, de 8 de septiembre
- STC 47/2010, de 8 de septiembre

- STC 48/2010, de 9 de septiembre
- STC 49/2010, de 29 de septiembre
- STC 137/2010, de 16 de diciembre
- STC 138/2010, de 16 de diciembre
- STC 30/2011, de 16 de marzo
- STC 32/2011, de 17 de marzo
- STC 110/2011, de 22 de junio

II. 4. Sobre el concepto jurídico de medio ambiente

- STC 64/1982, de 4 de noviembre
- STC 227/1988, de 26 de noviembre
- STC 102/1995, de 26 de junio
- STC 34/2012, de 15 de marzo

II. 5. Sobre los recursos naturales

- STC 144/1985, de 25 de octubre
- STC 40/1998, de 19 de febrero
- STC 227/1988, de 29 de noviembre
- STC 25/1989, de 3 de febrero
- STC 147/1991, de 4 de julio
- STC 243/1993, de 15 de julio
- STC 102/1995, de 26 de junio
- STC 306/2000, de 12 diciembre

II. 6. Sobre espacios naturales

- STC 195/1998, de 1 de octubre

II. 7. Sobre la distribución de competencias en materia de Medio Ambiente

II. 7. 1. Normas básicas del Estado en materia de medio ambiente

- STC 32/1981, de 28 de julio
- STC 64/1981, de 4 de noviembre

- STC 1/1982, de 28 de enero
- STC 5/1982, de 8 de febrero
- STC69/1982, de 23 de noviembre
- STC 25/1983, de 7 de abril
- STC 84/1986, de 26 de junio
- STC 137/1986, de 6 de noviembre
- STC 27/1987, de 27 de febrero
- STC 48/1988, de 2 de marzo
- STC 69/1988, de 19 de abril
- STC 227/1988, de 29 de noviembre
- STC 170/1989, de 19 de octubre
- STC 148/1991, de 4 de julio
- STC 149/1991, de 4 de julio
- STC 156/1995, de 26 de octubre
- STC 163/1995, de 8 de noviembre
- STC 16/1997, de 30 de enero
- STC 28/1997, de 13 de febrero
- STC 13/1998, de 22 de enero
- STC 14/1998, de 22 de enero
- STC 15/1998, de 22 de enero
- STC 115/1998, de 1 de junio
- STC 101/2005, de 20 de abril
- STC 101/2006, de 30 de marzo
- STC 31/2010 de 28 de junio
- STC 65/2010, de 18 de octubre
- STC 1/2012, de 13 de enero
- STC 24/2012, de 15 de marzo

II. 7. 2. Competencias de las CCAA en materia de medio ambiente

- STC 45/1991, de 28 de febrero
- STC 141/1991, de 20 de junio
- STC 329/1993, de 10 de diciembre
- STC 102/1995, de 26 de junio

- STC 196/1996, de 28 de noviembre
- STC 16/1997, de 30 de enero
- STC 13/1998, de 22 de enero
- STC 116/2002, de 18 de septiembre
- STC 101/2006, de 30 de marzo
- STC 31/2010, de 28 de junio
- STC 1/2012, de 13 de enero
- STC 24/2012, de 15 de marzo

II. 8. De la solución de conflictos ante la concurrencia de competencias en materia de aguas y medio ambiente

- STC 64/1982, de 4 de noviembre
- STC 32/1983, de 28 de abril
- STC 76/1983, de 5 de agosto
- STC 111/1984, de 28 de noviembre
- STC 13/1988, de 4 de febrero
- STC 133/1990, de 19 de julio
- STC 64/1991, de 22 de marzo
- STC 149/1991, de 4 de julio
- STC 36/1994, de 10 de febrero
- STC 102/1995, de 26 de junio
- STC 156/1995, de 26 de octubre
- STC 102/1995, de 26 de junio
- STC 163/1995, de 8 de noviembre
- STC 147/1996, de 19 de septiembre
- STC 110/1998, de 21 de mayo
- STC 118/1998, de 4 de junio
- STC 166/2002, de 18 de septiembre
- STC 123/2003, de 19 de junio
- STC 145/2012, de 2 de julio
- STC 195/2012, de 31 de octubre
- STC 239/2012, de 13 de diciembre

II. 9. Control de comunitariedad del derecho español

- STC 13/1998, de 22 de enero
- STC 1/2012, de 13 de enero
- STC 120/2012 de 4 de junio

III. MERCOSUR: TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN/ TRIBUNAL AD HOC

- TPR, Laudo 1/2005, 20 de diciembre
- TAH 2/05, laudo de 25 de octubre de 2005, la prohibición de neumáticos remodelados asunto

IV. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA

- SCSJN, de 10 de noviembre de 1868, Fallos 6:402, “Incidente sobre competencia entre el Juez de Comercio de la Provincia de Buenos Aires y el Seccional de la misma”
- SCSJN, de 5 de septiembre de 1871, Fallos 12:239, “D. Figari contra Palma y Montaña, por cobro de lancheges”
- SCSJN, de 14 de mayo de 1887, Fallos: 170:273, CXVIII.278 y XXXI.23, “Saladeristas Podestás, Bertram, Anderson, Ferrer y otros c/ Provincia de Buenos Aires”
- SCSJN, de 6 de septiembre de 1900, Fallos 87:157, “Florit, Flyn y Ca. contra Shaw Hnos. por cobro de pesos; sobre competencia”
- SCSJN, de 1904, Fallos 99:289, “Lozano y Ballester contra Molfino A. y Hnos., sobre competencia”
- SCSJN, de 1909, Fallos 111:181, “Gov. Nac. y Soc. del Pto. de Rosario v. Prov. De Sta. Fe”
- SCSJN, de 1909, Fallos 111:197, “Soc. del Pto. de Rosario v. Emp. Muelle y Dep. de Comas”

- SCSJN, de 1 de junio de 1911, Fallos 114:282, “Municipalidad de la Playa c. Ferrocarril del Sud”
- SCSJN, de 17 de agosto de 1923, Fallos 138:303, “Frederking, Gustavo c/ Pcia. De Buenos Aires s/uso y goce de la laguna Mar Chiquita”
- SCSJN, de 12 de mayo de 1924, Fallos 140:282, “Provincia de Mendoza c/Compañía de ferrocarriles Gran Oeste Argentino y Bs. As. al Pacífico p/ expropiación”
- SCSJN, de 16 de febrero de 1925, Fallos 142:398, “Sociedad Anónima Bunge y Born contra Moring Fried y Cía. por cobro de pesos; sobre competencia”
- SCSJN, de 29 de mayo de 1929, Fallos 154:312, “Marconetti, Blogione y Cía. v. Municipalidad de Santa Fe”
- SCSJN, 15 de julio de 1931, Fallos 161:197, “Ricardo Malugani y Antonio Ricupero contra Sociedad Anónima Unión Telefónica por cobro de pesos”
- SCSJN, de 15 de junio de 1936, Fallos 175: 183, “Provincia de Buenos Aires c. Crédito Ferrocarrilero e Inmobiliario S.A”
- SCSJN, de 2 de junio de 1937, Fallos, 178:9, “Bressani Carlos H y otros. C. Provincia de Mendoza”
- SCSJN, de 3 de marzo de 1952, “Ruiz de Correa Edith Y Otros En J: Ruiz de Correa Edith Y Otros / Sucesión de Antonio Olguín”
- SCSJN, de 3 de mayo de 1979, Fallos 301:341, “YPF c/ provincia de Mendoza y Mina Cacheuta SRL s/ nulidad de concesión minera”
- SCSJN, de 31 de mayo de 1984, Fallos 306:516, “Transportes Vidal SA v. Provincia de Mendoza”
- SCSJN, de 6 de diciembre de 1984, Fallos 306:1983, “BJ service argentina SA v. Provincia de Mendoza S/repeticón de impuestos”
- SCSJN, de 1 de abril de 1986, Fallos 308:403, “Ambros Palmegiani S. A. y Gennaro y Fernández S. A. Empresas Asociadas”
- SCSJN, de 8 de diciembre de 1987, Fallos 310:2478, B.134.XX, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos”

- SCSJN, de 21 de marzo de 1989, Fallos 312:326, “Rivademar c. Municipalidad del Rosario”
- SCSJN, de 24 de agosto de 1989, Fallos 312:1394, “Promenade SRLC. Municipalidad de San Isidro”
- SCSJN, de 4 de junio de 1991, Fallos 314:495, “Municipalidad de Rosario c. Provincia de Santa fe”
- SCSJN, de 2 de diciembre de 1993, Fallos: 316:2624, “Cocchia, Jorge D. c. Estado nacional y otro”
- SCSJN, de 6 de mayo de 1997, Fallos 320:786, B-26. XXVI-R.H, “Boto, Armando c. Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros”
- SCSJN, de 7 de mayo de 1997, Fallos 320:875, “Gauna, Juan O. s/recurso extraordinario”
- SCSJN, de 23 de marzo de 1999, Dictamen n° C. 159. XXXV, “Cincunegui Juan Bautista c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad
- SCSJN, de 18 de noviembre de 1999, Fallos 322:2862, “LITSA líneas de Transmisión del Litoral c. Corrientes, Provincia de s/ acción meramente declarativa”
- SCSJN, 16 de mayo de 2000, Fallos 323:1199, 103. XXXVI. ORI, “Fisco Nacional (A.F.I.P.-D.G.I.)”
- SCSJN, de 13 de julio de 2000, Fallos 323:1877, B. 528.XXXVI, “Provincia de Buenos Aires c. Provincia de Santa Fe sumarísimo- derivación de aguas”
- SCSJN, de 5 de diciembre de 2000, Fallos: 323:3991, “Héctor Rodríguez y Otros v. Provincia de Buenos Aires y Otros”
- SCSJN, de 17 de abril de 2001, Fallos 324:1276, “Cencosud S.A. c. S.I.y C”
- SCSJN, de 9 de agosto de 2001, Fallos M. 1100. XXXVI. ORI, “Municipalidad de la ciudad de San Luis c/ Provincia de San Luis y otro”
- SCSJN, de 24 de febrero de 2005, Fallos P. 95. XXXIX, “Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/acción declarativa de certeza”

- SCSJN, de 28 de julio de 2005, Fallos 328:2671, “Banco de la Nación Argentina c. Programa de Defensa de Consumidor Comercio y Cooperativas de la Provincia de San Luis”
- SCSJN, de 20 de junio de 2006, Fallos 329:2316, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”
- SCSJN, de 24 de agosto de 2006, Fallos 329: 3445, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”
- SCSJN, de 30 de agosto de 2006, Fallos 329:3528, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”
- SCSJN, de 20 de marzo de 2007, Fallos 330:1158, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”
- SCSJN, de 22 de agosto de 2007, Fallos 330:3663, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”
- SCSJN, de 27 de noviembre de 2007, Fallos A. 827.XLIII., “Asociación Civil para la Defensa Ciudadana c/ Estado Nacional y otro (Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ acción de amparo”
- SCSJN, de 18 de diciembre de 2007, Fallos G.2426.XLI, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Chaco, Provincia del (Ministerio de Salud) s/ cobro de sumas de dinero”
- SCSJN, de 18 de diciembre de 2007, Fallos G. 2462. XLI, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del Fuego, Provincia del s/ cumplimiento de contrato y cobro de pesos”
- SCSJN, de 13 de mayo de 2008, Fallos S.C. M.2695, L.XXXIX y M. 60. XLIII. RHE “Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas SA.”
- SCSJN, de 8 de julio de 2008, Fallos 331:1622, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”
- SCSJN, de 10 de agosto de 2008, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”

- SCSJN, de 26 de marzo de 2009, Fallos M. 391. XXXIX. ORI, “Mendoza, Provincia c/ Estado Nacional s/ acción de inconstitucionalidad”
- SCSJN, de 4 de agosto de 2009, Fallos 332:1704, “Las Mañanitas S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza”
- SCSJN, de 20 de octubre de 2009, Fallos S. 2083. XLI, “Sosa, Eduardo E. v. Provincia de Santa Cruz s/ recurso de hecho”
- SCSJN, de 10 de noviembre de 2009, Fallos: 332: 2522, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”
- SCSJN, de 6 de abril de 2010, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”
- SCSJN, de 10 de agosto de 2010, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”
- SCSJN, de 31 de agosto de 2010, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”
- SCSJN, de 17 de febrero de 2011, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”
- SCSJN, de 24 de mayo de 2011, Fallos 334:565, C. 1389. XLIII, “Campo del Cielo S.R.L. c. Provincia del Chaco”
- SCSJN, de 26 de mayo de 2010, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”
- SCSJN, de 18 de septiembre de 2012, Fallos 335:1739, “Antonio Barillari SA v. Provincia de Buenos Aires”
- SCSJN, de 19 de diciembre de 2012, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”
- SCSJN, de 27 de diciembre de 2012, Fallos M.356.XLVII, “Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental”
- SCSJN de 27 de diciembre de 2012, Acordada 116 XLVII, “Recurso de hecho ACUMAR s/ordenamiento territorial”

- SCSJN, de 24 de junio de 2014, Fallos C. 1074. XLVI, “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario”
- SCSJN, de 24 de junio de 2014, C. 519. XLVIII, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. si ordinario”
- SCSJN, de 23 de septiembre de 2014, Fallos M. 1145. XLIX, “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S .A. s/ amparo”

V. JURISPRUDENCIA DE OTROS TRIBUNALES ARGENTINOS

V. 1. Cámara Nacional (SCN)

- SCN, Contencioso administrativa Federal, Sala III, sentencia de 8 de septiembre de 1994, “Schroder, Juan c/ Estado Nacional”
- SCN, Civil, Sala D, sentencia de 22 de agosto de 1990, “Quesada, Ricardo c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”

V. 2. Juzgado Nacional Federal (SJNF)

- SJNF, Contencioso administrativo de 1ª Instancia Núm. 2, de 10 de mayo de 1983, “Kattan c/ Gobierno Nacional”

V. 3. Suprema Corte de Justicia (SSCJ)

- SSCJ (S.C.B.A) de la Provincia de Buenos Aires, de 29 de mayo de 1984, Fallos L 33.196, “Redon, Lucas Enrique c/ Vazquez Hnos y Bertolini S.A.C.I.F.y A s/ Indemnización por despido”
- SSCJ S.C.B.A de la provincia de la provincia de Buenos Aires, de 23 de octubre de 2002, L 78192, “Juairi, Alfredo c/ Velayos Hermanos SRL s/ Enfermedad”
- SSCJ de la provincia de Santa Fe, de 22 de marzo de 1995, “Candia, Ramón A. c/ Provincia de Santa Fe”

- SSCJ, de la provincia de Mendoza, Sala Primera, de 22 de noviembre de 2013, “P. P. A. en J: 1885-09-4F/711/10 N.N. Recién nacida p/Medida de Protección de Derechos S/INC.CAS.”

V. 4. Tribunales Superiores de Justicia (STSJ)

- STSJ, de la Provincia de Neuquén sentencia de 23 de mayo de 2002, Acuerdo núm. 4/2002, “Guzman, Alfredo s/Homicidio”
- STSJ, de la provincia de Chaco, Sala Primera Civil, Comercial y Laboral sentencia de 28 de mayo de 2007 “Campos del cielo SRL v. Provincia de Chaco”
- STSJ de la Ciudad de Buenos Aires, de 20 de diciembre de 2006, “Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ inf. falta de habilitación y otros.”
- STSJ, de la provincia de Neuquén, de 25 de agosto de 2008, Fallos 327:1051 “Etcheverry Ruben A. Y otros C/Provincia del Neuquén”
- STSJ, de la provincia de Río Negro, sentencia de 7 de febrero de 2012, “C.; A. C. c/ G.; M. A. y Otro s/ Accidente de trabajo s/ Inaplicabilidad de Ley ”

V. 5. Cámara de Apelaciones (SCA)

- SCA de Familia de Mendoza, de 31 de marzo de 2014, “D. A. F. c/ Z. F. A. por separación de bienes”
- SCA en lo Civil, Comercial, Familia y Contencioso Administrativo de Segunda Nominación de Río Cuarto (Córdoba), de 14 de agosto de 2013, “O. I. D. c/ F. A. A. como representante del menor A. O. F. – Acciones de filiación – Contencioso – Cuerpo de Copias”

V. 6. Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes (SJFQ)

- SJFQ, de 22 de mayo de 2009, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Ejecución de sentencia”

- SJFQ, de 3 de agosto de 2010, “Curtiembre Pelicce S.A. c/ Acumar s/ Revisión Judicial del Acto Administrativo”
- SJFQ, de 31 de agosto de 2010, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Ejecución de sentencia”
- SJFQ, de 28 de diciembre de 2010, “ACUMAR s/ Ordenamiento Territorial”,
- SJFQ, de 12 de julio de 2012, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Ejecución de sentencia”

V. 7. Cámara Civil y Comercial y de Familia (SC)

- SC de Familia de 2ª Nominación de Córdoba, de 15 de febrero de 2013, “G., C. R. – Adopción plena.”
- SC Primera en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala III, de 15 de noviembre de 1994 “Sagarduy, Alberto”
- SC Primera en lo Civil de la Capital, de 23 de diciembre de 1941, “Obras Sanitarias de la Nación c. Sierburger Hnos.”

V. 8. Juzgado de lo Contencioso Administrativo y Tributario (SJCAT)

- SJCAT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala nº 13, de 1 de junio de 2011, “Unión de Kiosqueros de la República Argentina c/ GCBA”

ANEXO IV. NORMAS Y DOCUMENTOS INTERNACIONALES, COMUNITARIOS Y NACIONALES

I. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, de 29 de abril de 1958
- La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Conferencia de Estocolmo, del 5 al 16 de junio de 1972
- II Conferencia de la Asociación Internacional de Derecho de Aguas (AIDA), Caracas, Venezuela, 1976
- Conferencia del Agua de Naciones Unidas , Mar del Plata, Argentina, en 1977
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, Nueva York, 21 mayo de 1977
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, aprobada el 30 de abril de 1982 en Nueva York, y abierta a su firma por parte de los Estados el 10 de diciembre de 1982 en Bahía Montego, Jamaica
- Acta Única Europea. Firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en la Haya el 28 de febrero de 1986
- Comisión Mundial sobre el Medio y el Desarrollo: Declaración de Tokio de 27 de febrero 1987
- Resolución AGNU A/42/427, de 4 de agosto de 1987 Comisión Mundial sobre el Medio y el Desarrollo, Anexo Informe Brundtland, sobre el futuro del planeta y la relación entre medio ambiente y desarrollo
- Seminario Ministerial sobre aguas subterráneas, celebrado en La Haya en 1991
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo –CNUMAD o Cumbre de la Tierra–, Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 14 de

junio de 1992, “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” y “Programa 21”

- Resolución A/RES/51/229, AGNU de 8 de julio de 1997, por la que se aprueba La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación
- Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas, hecho ad referendum en Albufeira el 30 de noviembre de 1998
- Informe núm. 20729-AR, Argentina - Gestión de los recursos hídricos: Elementos de política para su desarrollo sustentable en el siglo XXI - Informe principal, Banco Mundial, 2000

II. INSTRUMENTOS COMUNITARIOS

- Programa de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, Comunicación de la Comisión al Consejo, BOCE núm. C 52/3, de 26 mayo 1972
- Directiva 76/464/CEE del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la comunidad
- Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres modificada por última vez por la directiva 97/49/CE
- Directiva 80/68/CEE del Consejo, del 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas
- Directiva Comunitaria 80/777/CEE, de 15 de julio de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros sobre explotación y comercialización de aguas minerales naturales

- Directiva 82/176/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1982, relativa a los valores límite y a los objetivos de calidad para los vertidos de mercurio del sector de la electrólisis de los cloruros alcalinos
- Directiva 83/513/CEE del Consejo, de 26 de septiembre de 1983, relativa a los valores límite y a los objetivos de calidad para los vertidos de cadmio
- Directiva 84/491/CEE, de 9 de octubre de 1984, relativa a los valores límite y a los objetivos de calidad para los vertidos de hexaclorociclohexano
- Directiva 86/280/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1986, relativa a los valores límite y los objetivos de calidad para los residuos de determinadas sustancias peligrosas comprendidas en la lista I del anexo de la directiva 76/464/CEE
- Directiva 2011/1992, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente
- Resolución del Consejo de la Unión Europea de 25 de febrero de 1992 relativa a la futura política comunitaria en materia de aguas subterráneas
- Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, modificada por la Directiva 97/62/CEE
- Resolución del Consejo, de 20 de febrero de 1995, relativa a la protección de las aguas subterráneas. Diario Oficial nº C049 de 28 de febrero de 1995
- Directiva 2000/60/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas
- Decisión núm. 2455/2001/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2001, por la que se aprueba la lista de sustancias prioritarias en el ámbito de la política de aguas, y por la que se modifica la directiva 2000/60/CEE (actualmente integrada en el anexo X de la directiva marco de aguas)

- Directiva 2004/35/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales
- Directiva 2004/35/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales
- Directiva 2006/118/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro
- Reglamento (CE) núm. 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH)

III. INSTRUMENTOS ESPAÑOLES

- Ley de 3 de Agosto de 1866 sobre dominio y aprovechamiento de agua
- Ley de 13 de junio de 1879, de Aguas
- Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma, publicado mediante Decreto de 6 de octubre de 1888 por el que se dispone la publicación del Código Civil en la “Gaceta de Madrid”, de 8 de octubre de 1888
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
- Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas
- Decreto 2107/1968, de 16 de agosto, sobre el régimen de poblaciones con altos niveles de contaminación atmosférica o de perturbaciones por ruidos y vibraciones
- Decreto 2861/1968, de 7 de noviembre, sobre medidas para evitar la contaminación atmosférica producida por partículas sólidas en suspensión en los gases vertidos al exterior por fábricas de cemento

- Orden del Ministerio de Industria de 17 de enero de 1969, por la que se crea la Comisión Técnica Asesora de Problemas de la Contaminación Atmosférica de Origen Industrial
- Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas
- Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico
- Ley 15/1975, de 15 de mayo, sobre espacios naturales protegidos
- Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana
- Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana
- Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial
- Real Decreto 2510/1977, de 5 de agosto, sobre trazado de líneas de base rectas
- Real Decreto 2510/1977, de 5 de agosto, de aguas jurisdiccionales, líneas de base rectas para su delimitación, en desarrollo de la ley 20/1967, de 8 de abril, sobre extensión de las aguas jurisdiccionales españolas a 12 millas, a efectos de pesca
- Constitución Española de 6 de diciembre de 1978
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
- Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía del País Vasco
- Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía de Cataluña
- Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, Estatuto de Autonomía de Galicia
- Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico de 30 de julio de 1982
- Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía de Andalucía

- Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias
- Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía de Cantabria
- Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, Estatuto de Autonomía de La Rioja
- Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia
- Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana
- Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Aragón
- Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha
- Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, Estatuto de autonomía de Canarias
- Ley Orgánica 11/1982, de 10 de agosto, de transferencias complementarias a Canarias
- Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, de transferencia a la Comunidad Valenciana de competencias en materia de titularidad estatal
- Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra
- Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de Extremadura
- Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de Illes Balears
- Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid
- Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de Castilla y León
- Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, de 8 de agosto de 1985

- Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, por el que se desarrolla los títulos preliminar, I, IV, V, VI, VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas
- Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental
- Ley Orgánica 4/1986, de 26 de noviembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986
- Real Decreto 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los organismos de cuenca y de los planes hidrológicos en la redacción dada a este precepto por la disposición final primera del Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero
- Instrumento de ratificación del Acta Única Europea. Firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986
- Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del estado en las comunidades autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable
- Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas
- Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la administración pública del agua y de la planificación hidrológica, en desarrollo de los títulos ii y iii de la ley de aguas
- Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común
- Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a comunidades autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la constitución

- Ley Orgánica 12/1994, de 24 de marzo, por la cual se deroga la ley orgánica 12/1982, de 10 de agosto, de transferencias a la comunidad autónoma valenciana de competencias de titularidad estatal
- Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, Estatuto de autonomía de Ceuta
- Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, Estatuto de Autonomía de Melilla
- Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
- Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas
- Real Decreto Ley 9/2000, de 6 de octubre, de modificación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental
- Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental
- Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional
- Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001
- Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social
- Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional
- Decreto 187/2005, de 26 de septiembre, del gobierno de Aragón, por el que se establece un régimen de protección para la *margaritifera auricularia* y se aprueba el plan de recuperación
- Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de estatuto de autonomía de la comunidad valenciana

- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.
- Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas.
- Real Decreto 126/2007, de 2 de febrero, por el que se regulan la composición, funcionamiento y atribuciones de los comités de autoridades competentes de las demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias.
- Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del estatuto de autonomía para Andalucía.
- Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón
- ORDEN MAM/698/2007, de 21 de marzo, por la que se aprueban los planes especiales de actuación en situaciones de alerta y eventual sequía en los ámbitos de los planes hidrológicos de cuencas intercomunitarias en aplicación de lo dispuesto en el art. 27.2 de la Ley 10/2001.
- Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la planificación hidrológica.
- Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental.
- Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera.
- Estrategia Española de Desarrollo Sostenible, enmarcada dentro de la Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea renovada en 2006, aprobada por el Consejo de Ministros el 23 de noviembre de 2007
- Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León
- Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad
- Autorización para la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007

- Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos
- Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política
- Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la administración del estado a la comunidad autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la comunidad autónoma
- Ley 6/2010, de 24 de marzo Modificación del texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, BOE núm. 73 de 25 marzo 2010
- Ley 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía.
- Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino
- Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral
- Decreto 129/2014, de 27 de septiembre de convocatoria de la consulta popular no refrendaria sobre el futuro político de Cataluña
- Ley 10/2014, de 26 de septiembre de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana en la que se ampara
- Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas

IV. INSTRUMENTOS ARGENTINOS

- Constitución Nacional de 1853/60, de 1 de mayo de 1853
- Constitución de la Provincia de Buenos Aires, de 11 de abril de 1854
- Pacto San José de Flores, de 11 de noviembre de 1859

- Ley Nacional 48, Jurisdicción y competencia de los Tribunales Nacionales, sancionada el 25 de agosto de 1863, promulgada el 14 de septiembre de 1863
- Ley 340, por la que se aprueba el Código Civil de 1869, sancionada el 25 de septiembre de 1869, promulgada el 29 de septiembre de 1869
- Ley General de Aguas de Mendoza, sancionada el 20 de noviembre de 1884, promulgada el 16 de diciembre de 1884
- Ley 1.893, de Organización de los Tribunales de la Capital, sancionada el 2 de noviembre de 1886, promulgada 12 de noviembre de 1886, publicada el 2 de diciembre de 1886
- Ley Nacional 6.546, de Irrigación, sancionada el 6 de octubre de 1909
- Constitución de la provincia de Mendoza, emitida el 11 de febrero de 1916, publicada el 28 de diciembre de 1916, modificada en sus arts. 1 y 198 mediante Decreto 3133/91, de 31 de octubre
- IV Conferencia Nacional de Abogados sobre la demanialización de las aguas de 1936
- Decreto 6767/1945, de 19 de abril, regulación de los usos y consumos de las aguas
- Ley Nacional 13.030, sobre jurisdicción nacional en aguas interprovinciales sancionada el 26 de septiembre y promulgada el 7 de octubre de 1947, publicada el 5 de diciembre de 1947
- Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1949, sesión del 11 de marzo de 1949
- Constitución Nacional de 1949, de 11 de marzo de 1949
- Constitución de la provincia de Misiones, emitida y publicada el 21 de abril de 1958, modificada en su art. 9 por Ley 4000/2003, de 6 de noviembre
- Decreto Ley 6.769/1958, Ley Orgánica de Municipalidades de la provincia de Buenos Aires, emitida el 29 de abril de 1958 y publicada el 30 de abril de 1958
- Constitución de la provincia de Santa Fe, emitida el 14 de abril de 1962, publicada el 18 de abril de 1962

- Ley 17.094 de Espacios Marítimos, sancionada y promulgada el 29 de diciembre de 1966, publicada el 10 de enero de 1967
- Ley 17.500, de Pesca, sancionada y promulgada el 25 de octubre de 1967, publicada el 31 de octubre de 1967
- Ley 17.711, de reforma del Código Civil, sancionada y promulgada el 22 de abril de 1968, publicada el 26 de abril de 1968
- Ley 18.502, de la jurisdicción provincial del mar territorial argentino, sancionada el 24 de diciembre de 1969, publicada el 7 de enero de 1970
- Ley 3.066/1972, Código de Aguas de la provincia de Corrientes, sancionada y promulgada el 19 de septiembre de 1972, publicada el 3 de octubre de 1972
- Ley Nacional 20.094, de Navegación, sancionada el 15 de enero de 1973, publicada el 2 de marzo de 1973
- Ley 5.589, Código de Aguas de la Provincia de Córdoba, sancionada y promulgada el 19 de septiembre de 1972, publicada el 25 de mayo de 1973
- Ley 2.577, Código de Aguas de la provincia de Catamarca, sancionada y promulgada el 22 de mayo de 1973, publicada el 5 de octubre de 1973
- Ley 607, Código de Aguas de la provincia de la Pampa, sancionada el 5 de septiembre de 1974, promulgada el 22 de octubre de 1974, publicada el 31 de octubre de 1974
- Ley 899, Código de Aguas de la provincia de Neuquén, sancionada el 11 de septiembre de 1975, promulgada el 26 de septiembre de 1975, publicada el 24 de octubre de 1975
- Ley 4.392, Código de Aguas de la provincia de San Juan, sancionada el 21 de febrero de 1978, promulgada el 21 de febrero de 1978, publicada el 12 de abril de 1978
- Ley 4.869, Código de Aguas de Santiago del Estero, sancionada y promulgada el 21 de abril de 1980, publicada el 22 de mayo de 1980
- Ley. 1.451, de Aguas públicas provinciales no marítimas. Estudio, uso y preservación de la provincia de Santa Cruz, sancionada y promulgada el 17 de mayo de 1982, publicada el 27 de mayo de 1982

- Ley 4.295, Código de Aguas de la provincia de la Rioja, sancionada el 5 de diciembre de 1983, promulgada y publicada el 27 de marzo de 1984
- Ley 7.343 de Defensa, conservación y mejoramiento ambiental de la provincia de Córdoba, sancionada el 29 de agosto de 1985, promulgada el 18 de septiembre de 1985, publicada el 27 de septiembre de 1985
- Constitución de la provincia de San Juan, emitida el 23 de abril de 1986, publicada el 7 de mayo de 1986
- Constitución de la provincia de Jujuy, emitida el 22 de octubre de 1986, publicada el 17 de noviembre de 1986
- Ley 3.230, Código de Aguas de la provincia de Chaco, sancionada el 2 de diciembre de 1986, promulgada el 30 de diciembre de 1986, publicada el 12 de enero de 1987
- Constitución de la provincia de San Luis, emitida el 14 de marzo 1987, publicada el 8 de abril de 1987
- Constitución de la provincia de Río Negro, emitida el 3 de junio de 1988, publicada el 13 de junio de 1988
- Ley 3.098, Orgánica de las Corporaciones Municipales de la Provincia de Chubut, texto ordenado por Decreto 1130/1995 de 8 de agosto de 1995, sancionada el 19 de julio de 1988, promulgada el 20 de julio de 1988 y publicada el 27 de julio de 1988. Esta norma ha sido consolidada por ley 5688 como Ley XVI-46
- Constitución de la provincia de Catamarca, emitida el 3 de septiembre de 1988, publicada el 7 de septiembre de 1988
- Ley. 4.396, Código de Aguas de Jujuy, sancionada el 17 de noviembre de 1988, promulgada el 24 de febrero de 1989, publicada el 30 de junio de 1989
- Ley 4.466, Orgánica de Municipios de la Provincia de Jujuy, sancionada y promulgada el 25 de octubre de 1989
- Acta Constitutiva del Consejo Federal del Medio Ambiente, suscripta en la ciudad de La Rioja el 31 de agosto de 1990

- Ley 1.875 de preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente de la provincia de Neuquén, sancionada el 21 de diciembre de 1990, promulgada el 22 de diciembre de 1990 y publicada el 1 de febrero de 1991, modificada por la Ley 2.267, sancionada el 27 de noviembre de 1998, promulgada el 16 de diciembre de 1998, publicada el 23 de diciembre de 1998
- Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur emitida el 17 de mayo de 1991, publicada el 28 de mayo de 1991
- Ley 23.968 de Espacios Marítimos Argentinos, sancionada el 14 de agosto de 1991, promulgada el 10 de septiembre de 1991, publicada el 5 de diciembre de 1991
- Ley 6.253 sobre Normas Generales y metodología de aplicación para la defensa, conservación y mejoramiento del ambiente de la provincia de Tucumán, sancionada y promulgada el 16 de septiembre de 1991, publicada el 15 de octubre de 1991, modificada por Ley 8.517, sancionada el 10 de mayo de 2012, promulgada el 7 de agosto de 2012 y publicada el 15 de agosto de 2012
- Ley 24.051 de Residuos peligrosos, sancionada el 17 de diciembre de 1991, promulgada el 8 de enero de 1992, publicada el 17 de enero de 1992
- Ley 5.961, de Preservación del ambiente de la provincia de Mendoza, sancionada el 26 de noviembre de 1992, promulgada el 11 de diciembre de 1992, publicada el 25 de febrero de 1993
- Ley 55, de Preservación, conservación y defensa del medio ambiente de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, sancionada el 2 de diciembre de 1992, promulgada el 21 de diciembre de 1992, publicada el 30 de diciembre de 1992
- Decreto Nacional 1.093/93, de 24 de mayo de 1993, de creación del Comité Ejecutivo para el Saneamiento de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, publicado el 9 de junio de 1993

- Pacto Federal Ambiente, suscripto en la ciudad de Buenos Aires el 5 de julio de 1993
- Ley 2.631 de Protección integral del medio ambiente de la provincia de Río Negro, sancionada el 6 de julio de 1993, promulgada el 16 de julio de 1993, publicada el 22 de julio de 1993, esta norma ha sido consolidada por Ley 4.270, sancionada el 29 de noviembre de 2007, promulgada el 21 de diciembre de 2007, publicada el 10 de enero de 2008
- Ley 4.731, de Preservación, conservación y defensa del medio ambiente de la provincia de Corrientes, sancionada el 9 de septiembre de 1993, promulgada el 4 de octubre de 1993
- Decreto Nacional 20.094/1993, de Buques y artefactos navales inscriptos en la matrícula nacional. Navegación comercial, emitido el 13 de octubre 1993, publicado el 19 de octubre de 1993
- Ley 1.060, de Política ecológica y ambiental, de la provincia de Formosa, sancionada el 28 de octubre de 1993, promulgada el 26 de noviembre de 1993, publicada el 29 de diciembre de 1993
- Ley 24.309, Declaración de necesidad de reforma de la Constitución basada en el Pacto de Olivos, sancionada y promulgada el 29 de diciembre de 1993, publicada el 31 de diciembre de 1993
- Ley 3.964 de Preservación, recuperación, conservación y defensa del medio ambiente de la provincia de Chaco, sancionada el 15 de diciembre de 1993, promulgada el 26 de julio de 1994, publicada el 3 de agosto de 1994
- Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, Reunión 28ª, sesión 3ª, de 10 y 11 de agosto de 1994
- Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 13ª, Sesión Ordinaria 3ª, de 20 de julio de 1994
- Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 19ª, Sesión Ordinaria 3ª (continuación), de 28 de julio de 1994
- Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 14ª, sesión 3ª, de 21 de julio de 1994

- Constitución de la provincia de Buenos Aires, emitida el 13 de septiembre de 1994, publicada el 14 de septiembre de 1994
- Constitución de la provincia de la Pampa, emitida el 6 de octubre de 1994, publicada el 14 de octubre de 1994
- Constitución de la provincia de Chubut, emitida el 11 de octubre de 1994, publicada el 14 de octubre de 1994
- Constitución de la provincia de Chaco, emitida el 27 de octubre de 1994, publicada el 7 de diciembre de 1994
- Constitución Nacional de 1994, sancionada el 15 de diciembre de 1994, promulgada el 3 de enero de 1995
- Ley 6.634, de Preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente de la provincia de San Juan, sancionada el 14 de septiembre de 1995, promulgada el 20 de octubre de 1995, publicada el 28 de noviembre de 1995
- Decreto Nacional 482/95, de 20 de septiembre de 1995, Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza - Riachuelo. Comité Ejecutor. Creación. Integración, publicado 27 del septiembre de 1995
- Ley 11.720, de Residuos Especiales. Generación, manipulación, almacenamiento, transporte de la provincia de Provincia de Buenos Aires, sancionada el 2 de noviembre de 1995, promulgada el 28 de noviembre de 1995 y publicada el 13 de diciembre de 1995.
- Ley 11.723, del Medio Ambiente de la provincia de Buenos Aires, sancionada el 9 de noviembre de 1995, promulgada el 6 de diciembre de 1995, publicada el 22 de diciembre de 1995
- Ley 4.148, Código de Aguas de la provincia de Chubut, sancionada el 7 de diciembre de 1995, promulgada el 28 de diciembre de 1995, publicada el 9 de enero de 1996
- Ley 2.952, Código de Aguas de la provincia de Rio Negro, sancionada el 28 de diciembre de 1995, promulgada el 5 de febrero de 1996, publicada el 18 de marzo de 1996

- Ley 6.321 de Defensa, conservación y mejoramiento del medio ambiente de la provincia de Santiago del Estero, sancionada el 3 de septiembre de 1996, promulgada el 6 de noviembre de 1996, publicada el 8 de noviembre de 1996
- Decreto Nacional 1.094/96, de 26 de septiembre de 1996, de Supresión del Comité Ejecutivo para el Saneamiento de la Cuenca Hídrica Matanza – Riachuelo, publicado el 3 de octubre de 1996
- Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, emitida el 1 de octubre de 1996, publicada el 10 de octubre de 1996
- Ley Nacional 1.919, Código de Minería, texto ordenado por Decreto 456/1997, de 30 de mayo de 1997
- Ley 1.246, Código de Aguas de la provincia de Formosa, sancionada el 4 de septiembre de 1997, promulgada el 12 de noviembre de 1997
- Ley 5.122, Código de Aguas de la provincia de San Luis, sancionada el 17 de septiembre de 1997, promulgada el 25 de septiembre de 1997, publicada el 3 de octubre de 1997
- Ley 24.922, de Régimen federal de pesca, sancionada el 9 de diciembre de 1997, promulgada el 6 de enero de 1998, publicada el 12 de enero de 1998, (por la que se derogan la Ley 20.136 de Explotación de recursos pesqueros. Embarcaciones de bandera argentina, sancionada y promulgada el 5 de febrero de 1973, publicada el 15 de febrero de 1973)
- Decreto Nacional 145/98, de 30 de enero de 1998, por el que se aprueba el modelo de Contrato de Préstamo destinado al Programa de Gestión Ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo, para ser suscripto con el Banco Interamericano de Desarrollo, publicado el 4 de febrero de 1998
- Constitución de la provincia de Salta, emitida el 7 de abril de 1998, publicada el 22 de abril de 1998
- Ley 5.063, de Protección, preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente de la provincia de Jujuy, sancionada el 14 de julio de 1998, promulgada el 20 de agosto de 1998, publicada el 4 de septiembre de 1998

- Ley 9.172 de Uso y aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas de la provincia de Entre Ríos, sancionada el 16 de septiembre, promulgada el 30 de septiembre y publicada el 10 de noviembre de 1998.
- Constitución de la provincia de Santa Cruz, emitida y publicada el 27 de noviembre de 1998
- Ley 12.257, Código de Aguas de la provincia de Buenos Aires, sancionada el 9 de diciembre de 1998, promulgada el 26 de enero de 1999, publicada el 9 de febrero de 1999
- Ley 7.017, Código de Aguas de la provincia de Salta, sancionada el 21 de diciembre de 1998, publicada el 11 de enero de 1999
- Ley 11.717, de Preservación, conservación y mejora del medio ambiente de la provincia de Santa Fe, sancionada el 18 de noviembre de 1999, promulgada el 28 de marzo de 2000, publicada el 11 de abril de 2000
- Decreto 20/99, de 13 de diciembre de 1999, de Conformación Organizativa y Objetivos de las Secretarías y Subsecretarías de la Presidencia de la Nación, de la Jefatura de Gabinete de Ministros y de los Ministerios, publicado el 15 de diciembre de 1999
- Ley 4.563, General del Ambiente de la provincia de Chubut, sancionada el 7 de diciembre de 1999, promulgada el 23 de diciembre de 1999, publicada el 3 de enero de 2000
- Ley 7.070, de Protección y política ambiental de la provincia de Salta, sancionada el 21 de diciembre de 1999, promulgada el 17 de enero de 2000, publicada el 27 de enero de 2000
- Ley 1.914, de Protección, conservación, defensa y mejoramiento de los recursos naturales y del ambiente. Política ambiental de la provincia de la Pampa, sancionada el 21 de diciembre de 2000, promulgada el 11 de enero de 2001, y publicada el 2 de febrero de 2001
- Decreto-Ley 191/2001, Código de Aguas de la provincia de Corrientes, emitido el 28 de noviembre de 2001, publicado el 3 de diciembre de 2001 (deroga la anterior Ley 3.066)

- Ley 7.139, de Aguas de la provincia de Tucumán, sancionada el 17 de mayo de 2001, promulgada el 13 de junio de 2001, publicada el 27 de junio de 2001
- Constitución de la provincia de Córdoba, emitida y publicada de 14 de septiembre de 2001
- Protocolo de Olivos, para la solución de controversias en el MERCOSUR firmado el 18 de febrero de 2002 y vigente desde el 1 de enero de 2004
- Ley Nacional 25.626, de Prohibición de importación de determinadas mercaderías incluidas en la Nomenclatura Común del Mercosur e individualizadas y clasificadas en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, sancionada el 17 de Julio de 2002, promulgada el 8 de agosto de 2002, publicada el 9 de agosto de 2002
- Ley Nacional 25.675, de Política ambiental general, sancionada el 6 de noviembre de 2002, promulgada el 27 de noviembre de 2002, publicada el 28 de noviembre de 2002
- Ley 7.371 de Patrimonio ambiental. Conservación y mejoramiento. Protección de la dinámica ecológica. Uso sustentable de los recursos naturales. Conservación de la diversidad biológica de la provincia de La Rioja, sancionada el 12 de septiembre de 2002, promulgada el 3 de octubre de 2002, publicada el 5 de noviembre de 2002
- Ley Nacional 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, sancionada el 28 de noviembre de 2002, promulgada el 30 de diciembre de 2002 y publicada el 3 de enero de 2003
- Constitución de la provincia de Formosa, emitida el 7 de julio de 2003, publicada el 8 de julio de 2003
- Acuerdo Federal del Agua - Principios Rectores la Política Hídrica de la República Argentina, de 17 de septiembre de 2003
- Decreto 1142/03, de 26 de noviembre, de Estructura Organizativa del Primer Nivel Operativo del Ministerio, publicado el 28 de noviembre de 2003
- Dictamen núm. 232/04, Administración Portuaria Bonaerense, expte. núm. 2422-1649/1998, de 15 de junio de 2004

- Acordada CSJN núm. 28/2004, de 20 de julio de 2004, por la que se autoriza a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes con reconocida competencia sobre la cuestión y sin interés en la resolución final del caso
- Resolución COFEMA, núm. 92/04, de 17 de septiembre de 2004, sobre los presupuestos mínimos de protección ambiental
- Constitución de la provincia de Santiago del Estero, emitida el 25 de noviembre de 2005
- Constitución de la provincia del Neuquén, emitida el 17 de febrero de 2006, publicada el 3 de marzo de 2006
- Constitución de la provincia de Tucumán, emitida el 6 de junio de 2006, publicada el 7 de junio de 2006
- Ley Nacional 26.168, de creación de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo, sancionada el 15 de noviembre de 2006, promulgada el 4 de diciembre 2006, publicada el 5 de diciembre de 2006
- Ley 2.217, de adhesión a la Ley 26.168 de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada el 7 de diciembre de 2006, promulgada el 18 de enero de 2007, publicada el 26 de enero de 2007
- Ley 13.646, de adhesión a la Ley 26.168 de la provincia de Buenos Aires, sancionada el 21 de febrero de 2007, promulgada el 16 de marzo de 2007, publicada el 27 de marzo de 2007
- Resolución ACUMAR n° 8/2007 de 22 de noviembre de 2007, por la que se aprueba el Resumen Ejecutivo del Plan Integral de Saneamiento Ambiental (PISA) de la CMR de 6 de agosto de 2006
- Constitución de la provincia de Corrientes, emitida el 8 de junio de 2007, publicada el 13 de junio de 2007
- Ley 26.331, de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, sancionada el 28 de noviembre de 2007, promulgada el 19 de diciembre de 2007, publicada el 26 de diciembre de 2007

- Decreto 3511/07, de Reglamentación del Código de Aguas de la provincia de Buenos Aires, emitido el 27 de noviembre de 2007, publicado el 2 de enero de 2008
- Constitución de la provincia de La Rioja, emitida el 14 de mayo de 2008, publicada el 20 de mayo de 2008
- Constitución de la provincia de Entre Ríos, emitida el 3 de octubre de 2008, publicada el 15 de octubre de 2008
- Decreto PEN 997 /2009, por el que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la empresa Sociedad Anónima la Hispano Argentina, Curtiembre y Charolería contra la Resolución núm. 24, de 11 de junio de 2007 emanada de la ACUMAR, sancionado el 28 de julio de 2009, y publicado el 31 de julio de 2009
- Ley 3.295, de Gestión Ambiental del Agua de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 26 de noviembre de 2009, promulgada el 11 de enero de 2009, publicada el 9 de febrero de 2010
- Ley 26.639, de Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, sancionada el 30 de septiembre de 2010, promulgada el 28 de octubre de 2010, publicada el 28 de octubre de 2010
- Decreto Nacional 191/2011, por el que se crea la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, emitido el 23 de febrero de 2011, publicado el 28 de febrero de 2011
- Resolución núm. 271/2013 COFEMA, de 14 de noviembre de 2013, por la que se aprueba la propuesta de actualización del Pacto Federal Ambiental de 1993
- Proyecto de Ley Nacional, expediente núm. 0192-D-2014, para instituir el 20 de noviembre de cada año como el “Día Nacional de la preservación y cuidado de los recursos Hídricos”, y su incorporación al calendario escolar, publicado en trámite parlamentario núm. 2, de 6 de marzo de 2014

- Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, presentado al Congreso de la Nación el pasado 7 de junio de 2012, fue sancionado el pasado mes de octubre de 2014, quedando prevista su entrada en vigor para el año 2016
- Acordada CSJN núm. 32/2014, de 1 de octubre 2014, Expediente N° 5673/2014 de la CSJN, Sobre la creación del Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los Tribunales del Poder Judicial de la Nación.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA

AGUDO ZAMORA, M. (coord.), *La evolución del Estado autonómico y el papel de las Comunidades Autónomas en la segunda década del siglo XXI*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2013.

AJA, E., *El Estado Autonómico: federalismo y hechos diferenciales*, 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2007.

_ “Los principales periodos del desarrollo del Estado Autonómico”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 2, 1996.

_ “El parlamentarismo en la democracia (1979-1994)”, *Hispania Revista Española de Historia*, LV/189, 1995.

ALONSO DE ANTONIO, J. A., “Artículo: 149.1.1.ª, 4.ª, 5.ª, 7.ª, 10.ª a 32.ª, 2 y 3: Sistema de distribución de competencias”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo XI, Edersa, Madrid, 1999.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *La propiedad en la formación del derecho administrativo (Ensayo sobre la concepción liberal de la propiedad privada como origen y fundamento del derecho público)*, Edición privada, Pamplona, 1983.

ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., “Actividad agrícola y contaminación de aguas subterráneas: régimen jurídico”, en EMBID IRUJO, A., (dir.), *Agua y Agricultura*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

_ “Los derechos privados sobre el agua en países de common law: reflexiones sobre su evolución y adaptación a las necesidades de cambio”, *RDGA*, núm. 25, 2010.

_ “Las aguas minerales y termales en el contexto de la Directiva Marco de Aguas”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A. (coord.), *Titularidad, Competencias y Fiscalidad de las Aguas Minerales y Termales. Marco Comunitario de Protección Ambiental*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009.

_ “Buen estado ecológico del agua”, en EMBID IRUJO, A., (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid, 2007.

_ “La reforma de la legislación de aguas en España: reflexiones sobre su necesidad y alcance”, en IBÁÑEZ MARTÍ C. / PRAT FORNELLS, N. (coords.), *Ciencia, Técnica y Ciudadanía, Claves para una gestión sostenible del Agua*, Fundación Nueva Cultura del Agua, Zaragoza, 2006.

_ “La Administración Hidráulica de las Comunidades Autónomas”, en VV.AA., *Tratado de Derecho de Aguas*, IEA –Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua-, Madrid, 2006.

_ “El estado ecológico del agua como concepto jurídico” en VV. AA., *Tratado de Derecho de Aguas*, IEA –Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua-, Madrid, 2006.

_ “La calidad ambiental de las aguas como eje vertebrador de la nueva normativa comunitaria”, en PÉREZ PÉREZ, E., (coord.) *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*, Ecoiuris, Madrid, 2003.

_ *El régimen jurídico de la depuración de las aguas residuales urbanas*, Montecorvo, Madrid, 2002

ÁLVAREZ CONDE, E., “La legislación básica del estado como parámetro de validez de la normativa autonómica”. Ponencia presentada en las VI Jornadas sobre la Función Consultiva celebradas en Valencia noviembre de 2004, *REFC*, núm. 2, 2004.

_ “El ejercicio del derecho a la autonomía y la configuración del Estado Autonómico”, en HERNÁNDEZ LAFUENTE, A. (coord.), *El funcionamiento del Estado Autonómico*, MAP, Madrid, 1999.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “El nuevo enfoque estatutario sobre la distribución de competencias en materia de aguas”, *RAP*, núm. 173, 2007.

ARIÑO ORTIZ, G., “El Estado de las Autonomías: una intervención jurídica”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., (coord.), *La España de las Autonomías*, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.

AUBY, J. B., *La globalisation, le droit et l'Etat*, 2ª ed., LGDJ, Paris, 2010.

- AURA LARIOS DE MEDRANO, A., (coord.) *La política comunitaria de aguas: Marco de la acción estatal y autonómica*, Dykinson, Madrid, 2012.
- _ “La regulación de los nuevos Estatutos de Autonomía en materia de aguas (desde un prisma jurídico-internacional)”, en AURA LARIOS DE MEDRANO, A., (coord.) *La política comunitaria de aguas: Marco de la acción estatal y autonómica*, Dykinson, Madrid, 2012.
- _ *La regulación Internacional del Agua Dulce. Práctica Española*, Aranzadi, Navarra, 2008.
- BARRETT, A. S., *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- BARRIOBERO MARTÍNEZ, I., *El régimen jurídico de las Aguas Minerales y Termales*, Fundación Instituto Euromediterráneo de Hidrotecnia, IEH, Murcia, 2006.
- BERENGUER URRUTIA, J. L., *Comentarios a la Ley de aguas. Ley 29/1985, de 2 de agosto*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1985.
- BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Derecho ambiental*, La Ley, Madrid, 2014.
- BILBAO UBILLOS, J. M., “Leyes orgánicas de transferencia o delegación (artículo 150.2 CE) y reforma de los Estatutos de Autonomía”, en VV.AA., *La reforma de los Estatutos de autonomía*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2005.
- BUKOWSKI, J. J., “Sharing Water on the Iberian Peninsula: A Europeanisation Approach to Explaining Transboundary Cooperation”, *Water Alternatives*, Vol. 4, Issue 2, 2011.
- BURCHI, S., “Acuerdos sobre recursos hídricos entre estados y provincias de países federales una visión comparativa”, en EMBID IRUJO, A. (dir.) / KOLLING, M. (coord.), *Gestión del agua y descentralización política. Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y Semejantes a los Federales, Zaragoza 9-11 de julio de 2008*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

- CABEZAS CALVO-RUBIO, F., “El agua como recurso y su marco jurídico-administrativo”, II Conferencia, en MATEOS, C. (dir.), *El agua en España*, Curso impartido por el Colegio Libre de Eméritos Universitarios, Madrid, 2012.
- CANOSA USERA, R., *Constitución y medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 2000.
- CASTELAO, J., “Sinopsis del art. 137 CE”, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003, actualizada por SIEIRA, S., Congreso de los Diputados, Madrid, 2011.
- CATENA, V./ CORTES DOMÍNGUEZ, V. / GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 4ª ed., COLEX, Constitución y Leyes, Madrid, 2003.
- CIRONE, M. “La problemática del agua en España, aspectos jurídicos sobresalientes de su realidad actual”, *Revista de Derecho Ambiental (Argentina)*, núm. 34, 2013.
- COLOM PIAZUELO, E., “La intervención de los organismos de cuenca en el dominio público hidráulico”, en EMBID IRUJO, A. / MATHUS ESCORIHUELA, M. (dirs.) *Organismos de cuenca en España y Argentina*, Dunken, Buenos Aires, 2010.
- CRUZ VILLALÓN, P., “La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. monográfico 4, 1981.
- DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T., “El Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución. El mantenimiento del modelo competencial en la STC 31/ 2010, sobre el Estatuto de Cataluña”, *REDC*, núm. 90, 2010.
- DE MARCO FERNÁNDEZ, A. I., “Implicaciones constitucionales del principio de unidad de cuenca”, en MENÉNDEZ REXACH, A. (dir.), *Planificación y gestión del agua ante el cambio climático. Experiencias comparadas y el caso de Madrid*, La Ley, Madrid, 2013.
- DELGADO PIQUERAS, F., “El proceso de aplicación de la Ley de Aguas de 1985 y las nuevas exigencias de protección del dominio hidráulico que plantea la Directiva Marco del Agua”, *RADA*, núm.10, 2006.
- _ “La transposición de la Directiva Marco de Aguas en España”, *RAP*, núm.165, 2004.

_ “La planificación hidrológica en la Directiva Marco”, en PÉREZ PÉREZ, E. (coord.), *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*, Ecoiuris 2003.

_ *Derecho de aguas y medio ambiente. Paradigma de la protección de los humedales*, Tecnos, Madrid, 1992.

_ “La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de aguas: La Sentencia del Tribunal constitucional de 29 de noviembre de 1988”, *RAP*, núm. 118, 1989.

EMBID IRUJO, A., (dir.), *Agua y Ciudades*, Civitas, Cizu Menor, Navarra, 2012.

-(dir.), *Agua y agricultura*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011.

-“Marco constitucional y estatutario del agua en España”, en EMBID IRUJO, A. / MATHUS ESCORIHUELA, M., (dirs.) *Organismos de cuenca en España y Argentina*, Dunken, Buenos Aires, 2010.

_ Prólogo en MARTÍN, L., *Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y el dominio de las aguas públicas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.

_ “Cambio climático y recursos hídricos. Aspectos jurídicos”, en GARCÍA PACHÓN, M. P. / AMAYA NAVAS, O. D. (comp.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

_ (dir.), *Gestión del Agua y Descentralización Política*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

_ “Informe de España”, en EMBID IRUJO, A. (dir.) / KOLLING, M. (coord.), *Gestión del agua y descentralización política. Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y Semejantes a los Federales, Zaragoza 9-11 de julio de 2008*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

_ (dir.), *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Iustel, Madrid, 2008.

_ “Problemática de la gestión del agua en regímenes descentralizados políticamente: el caso de España” en la Semana temática: Agua, Recurso único: aguas compartidas, gobernanza, geopolítica del Agua y Cuencas, Expo de Zaragoza de 2008.

_ “Agua y territorio. Nuevas reflexiones jurídicas”, *RAAP*, núm. 71-72, 2008.

- _ *Diccionario de Derecho de aguas*, Iustel, Madrid, 2007.
 - _ *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, CGPJ, Colección Estudios de Derecho Judicial, núm. 97, Madrid.
 - _ “Evolución y rasgos característicos del derecho de Aguas en España”, en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, Mendoza, 2007.
 - _ (dir.), *Agua y territorio. (Consideración especial de la Reforma de los Estatutos de Autonomía)*, Thomson Civitas, Madrid, 2007.
 - (dir.), *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización e el inicio del tercer milenio*, T. I y II, Civitas, Madrid, 2002.
 - _ “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Título jurídico de intervención normativa de la Comunidad sobre aguas. Incumplimientos de Estado en Directivas sobre aguas”, *Justicia Administrativa*, núm. 12, 2001.
 - “El papel del Estado en el medio ambiente. ¿Vigilante o gestor?”, en SOSA WAGNER, F., (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
 - (dir.), *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, Civitas, Madrid, 2000.
 - _ *Gestión del agua y medio ambiente*, Civitas, Madrid, 1997.
 - _ “Los medios de una política hidráulica finisecular”, *REDA*, núm. 79, 1993.
- ERICE BAEZA, V., *La protección de las aguas subterráneas en el Derecho español*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2013.
- ESCUPÍN PALOP, C., *Presente y futuro del derecho de aguas en España*, Tirant monografías, Valencia, 2007.
- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- _ “Bases Estatales y competencias de ejecución”, *REDA*, núm. 39, 1983.

- EZQUERRA HUERVA, A., “Principio de Unidad de Cuenca y competencias autonómicas en materia de aguas (STC 161/1996, de 17 de octubre)”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 10, 1997.
- FANLO LORAS, A., “Las competencias del Estado y el principio de unidad de gestión de cuenca a través de las confederaciones hidrográficas”, *RAP*, núm. 183, 2010.
- _ “El derecho de aguas en el 25 aniversario de la Constitución Española”, *REDUR*, núm. 2, 2004.
- _ “La adaptación de la Administración pública española a la Directiva Marco Comunitaria del Agua”, en PÉREZ PÉREZ, E., (coord.), *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*, Ecoiuris, Madrid, 2003.
- _ “Competencias en materia de aguas de las Comunidades Autónomas que pertenecen a cuencas intercomunitarias (El caso de Aragón, La Rioja, Cantabria y Navarra)”, *REALA*, núm. 255-256, 1992.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del estado autonómico? (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Cizur Menor, Civitas, 2008.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial”, Cuadernos de Derecho Judicial (Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. A., “Protección de las aguas subterráneas en el desarrollo del territorio”, en SÁNCHEZ VILA, X. / IRIBAR SORAZU, V. / GRIMA OLMEDO, J. (coords.), *Las aguas subterráneas en el Plan Hidrológico Nacional*, Mundi Prensa Libros, Madrid 2001.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Derecho Constitucional. Método de resolución de prácticas*, Bubok Ediciones, Madrid, 2010.

- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Distribución de competencias en la Constitución española”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. V, 1994, Valdivia, Chile.
- FERNÁNDEZ, T. R., “Las obras públicas”, *RAP*, núms. 100-102, 1983.
- FRANQUET, C., “Memoria sobre la necesidad de un Código general de Aguas”, en MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *La Ley de Aguas de 1866: antecedentes y elaboración*, Centro de Estudios Hidrográficos, Madrid, 1963.
- GALLEGO ANABITARTE, A. / MENÉNDEZ REXACH, A. / DÍAZ LEMA, J. M., *El derecho de aguas en España*, T. I., Centro de Publicaciones Secretaría General Técnica, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1986.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Civitas, Madrid, 2011.
- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2006.
- GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1993.
- GARCÍA ROCA, J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 1987.
- GARMENDIA MADARIAGA, A., *La posible plasmación de la Teoría del tercer miembro del Estado federal en el ordenamiento jurídico español*, CEPC, Madrid, España 2010.
- GARRIDO, A., “La coordinación de planeas de cuencas transfronterizas”, en EMBID IRUJO, A. (dir.) / KOLLING (coord.), *Gestión del agua y descentralización política. Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y Semejantes a los Federales, Zaragoza 9-11 de julio de 2008*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- GIANNINI, M. S., “Ambiente: Saggio sui diversi as peti giuridici”, *Revista trimestral de Diritto Pubblico*, año XXIII, núm. 1, Italia, 1973.
- GILARDONI, A., *Acque pubbliche e impianti elettrici*, T. II, SEDFI, Roma, 1936.
- GÓMEZ GARCÍA, J. A., “Los llamados derecho humanos de tercera generación”, en MUINELO COBO, J. C / MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, J. L., (coords.), *Filosofía del Derecho*, UNED, Madrid, 2014.

- GÓMEZ MONTORO, A., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M., “Las competencias estatutarias sobre aguas: las cuencas hidrográficas como criterio competencial. (Comentario a las Sentencias 32/2011 y 30/2011 del Tribunal Constitucional)”, *RADA*, núm. 20, 2011.
- GONZÁLEZ DEL RÍO, J. / RODILLA, M., “Dinámica de las plumas de dos ríos en las costas del mar Mediterráneo Español. Implicaciones para la gestión costera”, Producción científica de la UPC en IBÁÑEZ MARTÍ C., / PRAT FORNELLS, N., (coords.) *Ciencia, técnica y ciudadanía. Claves para la gestión sostenible del agua*, Fundación Nueva Cultura del Agua, Zaragoza, 2006.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M., “Las competencias estatutarias sobre aguas: las cuencas hidrográficas como criterio competencial”, *RADA*, núm. 20, 2011.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L., *Comentarios a la Ley de aguas. Ley 29/1985, de 2 de agosto*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1985.
- GUTIÉRREZ LLAMAS, A., *La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. Estudio jurisprudencial de la técnica bases más desarrollo*, Bosch, Barcelona, 1994.
- HORGUÉ BAENA, C., “Los objetivos medioambientales en el Derecho de Agua”, *RADA*, núm. 10, 2006.
- IHERING, R., “Theorie der juristischen Technik”, en *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, T. II, 1858, Scientia Verlag, Aalen, Baden-Wurtenbeng, 1968, (Traducción al castellano de SANJOSÉ, S.).
- JIMÉNEZ HERRERO, L. M., *Desarrollo Sostenible y Economía Ecológica*, Síntesis, Madrid, 1996.
- JORDANO FRAGA, J., “El futuro del derecho ambiental”, *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 24, 2013.
- _ “Un desafío para los ordenamientos en el siglo XXI: el desarrollo sostenible”, *Cuaderno de derecho local*, núm. 16, 2008.
- “Medio ambiente y el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía: una visión preliminar”, *RAAP*, núm. 65, 2007.

- “La Administración en el Estado ambiental de Derecho”, *RAP*, núm. 173, 2007.
 - “Medio ambiente, veinte años después del Estatuto”, *RAAP*, núm. extra 2, 2, 2003.
 - “El Derecho ambiental del siglo XXI”, *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 9, 2003.
 - La aplicación del Derecho ambiental de la Unión Europea en España. Perspectivas de evolución y desafíos del *ius commune* ambiental europeo, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 207, 2002.
 - *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995.
- KAUL, I. / GRUNBERG, I. / STERN, M. A., (eds.), *Providing Public Global Goods: International Cooperation in the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- KAUL, I., / CONCEICAO, P. (eds.), *Providing Global Goods: Managing Globalisation*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- LAURENT, F., *Principes De Droit Civil*, Tomo VI, co-publicado por Bruylant (Bruselas) y Pédone Paris, Bruxelles-Paris, 1878.
- LÓPEZ BOFILL, H., “Estatutos y competencias después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/ 2010, de 28 de junio”, *RVPA*, núm. 90, 2011.
- LÓPEZ GUERRA, L., “La segunda fase de construcción del Estado de Autonomías (1983-1993)”, *RPVA*, núm.36, 1993.
- LÓPEZ PRECIOSO, B., “La Directiva Marco de Aguas y la protección de los Recursos Naturales”, en PÉREZ PÉREZ, E., (coord.), *Aplicación de la Directiva Marco Europea de Aguas*, Ecoiuris, Madrid, 2003.
- LÓPEZ RAMÓN, F., “La planificación hidrológica en los Estados Miembros de la Unión Europea tras la Directiva Marco del Agua”, *REDA*, núm. 147, 2010.
- LUCAS VERDÚ, P. / LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “Comentarios al Art. 137. La Organización Territorial del Estado”, en ALZAGA VILLAAMIL O., (dir.),

- Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo XI, Edersa, Madrid, 1999.
- LLAMAS MADURGA, M. R. / CUSTODIO GIMENA, E. / ARIÑO ORTIZ, G., El proyecto de la Ley de aguas, Instituto de estudios Económicos, Madrid, 1985.
- LINZ, J. J., “ De la crisis de un Estado Unitario al Estado de Autonomías”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., (coord.), *La España de las Autonomías*, MAP, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.
- MACERA, B. F., *El deber industrial de respetar el ambiente: análisis de una situación pasiva de derecho público*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1998.
- MARTÍN ALONSO, G., “La jurisprudencia constitucional sobre la organización territorial del Estado Autonómico y bibliografía sobre la incidencia de esta jurisprudencia”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 43, 2011.
- MARTÍN MATEO, R., “El derecho ambiental”, *RADA*, núm. 28, 2014.
- *Manual de Derecho Ambiental*, 3ª ed., Aranzadi, Madrid, 2003.
 - “Evolución del régimen de tutela ambiental de las aguas continentales”, en EMBID IRUJO, A., (dir.), *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización e el inicio del tercer milenio*, T. I y II, Civitas, Madrid, 2002.
 - “El agua como mercancía”, *RAP*, núm. 152, 2000.
 - “Aportaciones legislativas en la resolución de conflictos hídricos”, *RAP*, núm. 149, 1999.
 - “Bases y características del Derecho ambiental comunitario”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 153, 1997.
 - “La constitucionalización positiva del Derecho ambiental”, *Humana Iura: suplemento de derecho humanos*, núm. 6, 1996.
 - “Elementos del derecho ambiental”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 104-105, 1991.
 - “Administración de los recursos hídricos: aspectos institucionales y modalidades gestoras”, *RAP*, núm. 124, 1991.
 - “El ambiente y el Acta Única Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 51, 1989.
 - “El agua: bases institucionales”, *Revista valenciana d’estudis autonòmics*, núm. 1, 1985.

- “El sistema estatutario”, *RAP*, num.100-102, 1983.
- “Los Estados de las autonomías”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., (coord.), *La España de las Autonomías*, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.
- *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, II y III, Trivium, Madrid, 1991-1997.

MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de Aguas*, Civitas, Madrid, 1997.

_ “Reflexiones sobre la problemática actual de la gestión de aguas”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Gestión del agua y medio ambiente*, Civitas, Madrid, 1997.

_ *Titularidad y aprovechamiento de las aguas: discurso leído el día 20 de mayo de 1995 en el acto de su recepción como académico de número por el Excmo. Sr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer y contestación del Excmo. Sr. D. Eduardo García de Enterría*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1995.

_ “Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas”, *RAP*, núm. 128, Madrid, 1992.

_ *La Ley de Aguas de 1866: antecedentes y elaboración*, Centro de Estudios Hidrográficos, Madrid, 1963.

_ “La elaboración de la Ley de Aguas de 1866”, *RAP*, núm. 32, 1960.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., “Agua: competencias estatales y autonómicas”, en AURA LARIOS DE MEDRANO, A., (coord.) *La política comunitaria de aguas: Marco de la acción estatal y autonómica*, Dykinson, Madrid, 2012.

MCINTYRE, O., “The World Court’s Ongoing Contribution to International Water Law: The Pulp Mills Case between Argentina and Uruguay”, *Water Alternatives*, Vol. 4, Issue 2, 2011.

MELGAREJO MORENO, J. / MOLINA GIMÉNEZ, A., “La gestión territorial de los recursos hídricos españoles: tensiones en las fronteras físicas y administrativas”, *RADA*, núm. 21, 2012.

MELLADO RUIZ, L., “El sistema competencial sobre las aguas continentales tras la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el nuevo Estatuto Catalán”. *RAAP*, núm. 38, 2011

- _ *Aguas y ordenación del territorio en el contexto de la reforma estatutaria*, Comares, Granada, 2010.
- MENÉNDEZ REXACH, A., (dir.), *Planificación y gestión del agua ante el cambio climático. Experiencias comparadas y el caso de Madrid*, La Ley, Madrid, 2013.
- _ “El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua”, *AFDUAM*, núm. 16, 2012.
- _ “El dominio publico como institución jurídica: configuración histórica y significado actual en el derecho público español”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2004.
- MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Programa Agua. Síntesis de los estudios generales de las Demarcaciones Hidrográficas en España*, Madrid, 2007
- *Análisis de la transposición y procedimientos de desarrollo de la Directiva 2000/60/CEE*, Madrid, 2003.
- Revista “Ambienta”, núm. 5, noviembre 2001.
- _ *Libro Blanco del Agua en España*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2000.
- *Actuaciones Públicas en Materia de Medio Ambiente. Aguas continentales y subterráneas*, Documento facilitado por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Zaragoza.
- MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO, Secretaría General del Mar, Dirección General de sostenibilidad de la Costa y del Mar, *Informe técnico “Apoyo técnico para la redacción de los planes de cuenca en relación con la directiva marco del agua” avance “Guía técnica para la caracterización de las medidas orientadas a la mejora del estado de las aguas costeras y de transición”*, T. único, Centro de estudios de puertos y costas, Madrid, 2009.
- MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *El funcionamiento del Estado autonómico*, Colección de informes y documentos, Madrid, 1999.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE / MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE RURAL Y MARINO, *Libro Digital del Agua*, (en continuo proceso de actualización).

- MONGE GARCÍA-MORENO, C., “La naturaleza del agua como recurso. Perspectiva social, económica e institucional de la gestión integral”, *Congreso ibérico sobre gestión y planificación del agua*, Tortosa, 2004.
- MORÁN, G. M., “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, *Anuario de la Facultad de Derecho da la Universidade da Coruña*, núm. 6, 2002.
- MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M., “Sinopsis del artículo 132 de la Constitución Española”, Congreso de los Diputados, Madrid, 2008.
- MOREU BALLONGA, J. L. “El marco jurídico de la política hidráulica: claves históricas y diagnóstico”, en ARROJO AGUDO, P. / MARTÍNEZ GIL, J. (coord.), *El agua a debate desde la Universidad. Hacia una nueva cultura del agua*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1999.
- *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1990.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, vol. I y II, Civitas, Madrid, 1982-1984; y la 2ª ed. Iustel, Madrid, 2007.
- NAVARRO CABALLERO, T., *Los instrumentos de gestión del Dominio Público Hidráulico*, Tirant monografías, Valencia, 2007.
- ORTEU BERROCAL, E., “Ámbito de aplicación de la Ley”, en LOZANO CUTANDA, B., (coord.), *Comentarios a la Ley de responsabilidad medioambiental. Ley 26/2007, de 23 de octubre*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- ORTEGA ÁLVAREZ, *Lecciones de Derecho del Medio ambiente*, 4ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2005.
- PALOMAR OLMEDA, A., *La organización administrativa: tendencias y situación actual*, Comares, Granada, 1998.
- PALLARÉS SERRANO, A., *La planificación Hidrológica de cuenca como instrumentos de ordenación ambiental sobre el territorio*, Tirant monografías, Valencia, 2007.
- PÉREZ GABALDÓN, M., “La política comunitaria del medio ambiente: el origen de la política de aguas de la Unión Europea”, en AURA LARIOS DE MEDRANO, A.,

- (coord.) *La política comunitaria de aguas: Marco de la acción estatal y autonómica*, Dykinson, Madrid, 2012.
- PÉREZ PÉREZ, E., (coord.) / ÁLVAREZ CARREÑO, S. M./, FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. / SORO MATEO, B., *La nueva Administración del Agua. Informe sobre los efectos de la aplicación en España de la Directiva Marco de Aguas*, Caja de Ahorros del Mediterráneo, Murcia, 2003.
- PÉREZ PÉREZ, E. / REVERTE NAVARRO, A., “art. 407 a 427 del Código Civil y Ley de Aguas”, en ALBALADEJO, M., (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol. III, 2ª ed., Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.
- PÉREZ PÉREZ, E., “Registro de Aguas y Registro de la Propiedad”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, año 67, núm. 604, 1991.
- PÉREZ ROYO, J., “Reflexiones sobre la contribución de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 49, 1986.
- _ “Desarrollo y evolución del Estado autonómico: el proceso estatuyente y el consenso constitucional”, en HERNÁNDEZ LAFUENTE, A. (coord.), *El funcionamiento del Estado Autonómico*, MAP, Madrid, 1999.
- PÉREZ TREMP, P., “Legislación autonómica de desarrollo” en HERNÁNDEZ LAFUENTE, A., (coord.), *El funcionamiento del Estado Autonómico*, MAP, Madrid, 1999.
- PETERS, A., “Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado”, *AFDUAM*, núm. 16, 2012.
- PIGRAU SOLÉ A., / CASADO CASADO, L., (dirs.), PALLARÉS SERRANO, A., (coord.), *Derecho ambiental y transformaciones de actividad*, Atelier, Barcelona, 2011.
- QUINTANA PETRÚS, J. M., *Derecho de Aguas. La Ley de 1985 y sus Reglamentos*, Bosch, Barcelona, 1989.
- RAMÓN LLAMAS, M. / CUSTODIO, E., *El proyecto de Ley de Aguas*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1985.

- REVENGA SÁNCHEZ, M., “La evolución del Estado Autonómico hasta la STC 31/2010” en AGUDO ZAMORA, M., (coord.), *La evolución del Estado autonómico y el papel de las Comunidades Autónomas en la segunda década del siglo XXI*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2013.
- RODRÍGUEZ DE CEPEDA, A., Informe General del ponente de la Comisión para la redacción de la Ley de Aguas de 1866, en MARTIN RETORTILLO BAQUER, S., *La Ley de Aguas de 1866: antecedentes y elaboración*, Centro de Estudios Hidrográficos, Madrid, 1963.
- RODRÍGUEZ, G., *Agua y metrópoli: Logrando la sostenibilidad*, PUEC, UNAM, México, 2003.
- RUBIO LLORENTE, F., “El bloque de constitucionalidad”, *REDC*, núm. 27, 1989.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J., “La división de competencias en el llamado «Estado de las Autonomías»”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, 1988.
- SALAT UMBERT, J. “Aguas costeras y de transición”, *Panel Científico-Técnico de Seguimiento de la Política del Agua*, FNCA, U. de Sevilla y MMA, Sevilla, 2008.
- SALINAS ALCEGA, S., “Organismos de gestión de cuencas hidrográficas transfronterizas. El caso de las cuencas hispano- portuguesas”, en EMBID IRUJO, A. / MATHUS ESCORIHUELA, M. (dirs.), *Organismos de cuenca en España y Argentina*, Dunken, Buenos Aires, 2010.
- “La cuenca hidrográfica en la convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 21 de mayo de 1997”, en EMBID IRUJO, A. (dir.) / KOLLING, M. (coord.), *Gestión del agua y descentralización política. Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y Semejantes a los Federales, Zaragoza 9-11 de julio de 2008*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- “Las aguas no marítimas internacionales”, en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, Mendoza, 2007.
- SÁNCHEZ GONZALEZ, A., “Perímetros de protección de las captaciones de agua potable” en FERNÁNDEZ RUBIO, R. / FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. A. / LÓPEZ CAMACHO, B., /

- LÓPEZ GETA, J. A.,(eds.), *Aguas Subterráneas y Abastecimiento Urbano*, ITGE, Madrid, 2000.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.
- SANZ LARRUGA, F. J., “Ordenamiento jurídico para la regulación de las aguas y la ordenación de usos y aprovechamientos”, en *Río Mandeo, cuenca fluvial y desarrollo sostenible*, A Coruña: Diputación de A Coruña, 2012.
- _ La “Constitución Europea” y el medio ambiente. ¿Una reforma insuficiente?, *Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2005.
- SERENO ROSADO, A., *Ríos que nos unen, aguas que nos separan. Análisis jurídico de los Convenios Hispano Lusos sobre aguas internacionales*, Fundación Lex Nova, Valladolid, 2011.
- SETUÁIN MENDÍA, B. “Consideraciones actuales sobre la organización y las competencias de los organismos de cuenca en España”, en EMBID IRUJO, A. / MATHUS ESCORIHUELA, M. (dirs.), *Organismos de cuenca en España y Argentina*, Dunken, Buenos Aires, 2010.
- SEVERA GONZÁLEZ, J., *Código de Aguas*, Cuadernos de Documentación, núm. 29, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Documentación, Madrid, 1980.
- SHAFFER, G., “International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World”, *CIRDE*, European Journal of International Law, Vol. 23, 3/213.
- SIERRA, V. D., *Así se hizo América*, Cultura Hispánica, Madrid, 1955.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L., “Reflexiones sobre la vinculación entre la Historia del Derecho y el Derecho Comparado”, en *Estudios en homenaje al Doctor Hector Fix-Zambudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, T. II, Derecho comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie E, núm. 42, UNAM, México 1988.
- SORO MATEO, B. / FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La articulación del Ordenamiento Jurídico Ambiental en el Estado autonómico*, Atelier, Barcelona, 2001.
- SORO MATEO, B. / ÁLVAREZ CARREÑO, S. / FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., “Los nuevos ámbitos objetivo y organizativo adoptados por la DMA”, en PÉREZ CRESPO, A. /

PÉREZ PÉREZ, E., (coords.), *Foro del agua II. La nueva administración del agua*. Informe sobre los efectos de la aplicación en España de la Directiva Marco de Aguas , 2003.

SORO MATEO, B., “Consideraciones críticas sobre el ámbito de aplicación de la Ley de responsabilidad ambiental”, *RAAP*, núm. 35, 2009.

_ “Ámbitos objetivo y organizativo de las nuevas demarcaciones hidrográficas”, en VV.AA., *Derecho de Aguas*. IEA, 2006

TEROL BECERRA, M. J., “Conservación de la naturaleza versus derecho al medio ambiente” en PIGRAU SOLÉ A., / CASADO CASADO, L., (dirs.), PALLARÉS SERRANO, A., (coord.), *Derecho ambiental y transformaciones de actividad*, Atelier, Barcelona, 2011.

TIRADO ROBLES, C., “La directiva Marco de Aguas y los problemas de su transposición en los Estados miembros”, en AURA LARIOS DE MEDRANO, A., (coord.) *La política comunitaria de aguas: Marco de la acción estatal y autonómica*, Dykinson, Madrid, 2012.

–“Organismos de cuenca en la Unión Europea: El artículo 3 de la Directiva Marco de Aguas”, en EMBID IRUJO, A. / MATHUS ESCORIHUELA, M. (dirs.), *Organismos de cuenca en España y Argentina*, Dunken, Buenos Aires, 2010.

_ “Consideraciones generales sobre la política medioambiental y de aguas en la Unión Europea” en EMBID IRUJO, A. (dir.) / KOLLING, M., (coord.), *Gestión del agua y descentralización política. Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y Semejantes a los Federales, Zaragoza 9-11 de julio de 2008*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

_ “La directiva europea que establece un marco comunitario de aguas como modelo regional de gestión”, en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, Mendoza, 2007.

_ *La Política del Agua en el Marco Comunitario y su Integración en España*, Thomson, Aranzadi, 2004.

TOMAS Y VALIENTE, V., “La primera fase de construcción del Estado de Autonomías 1978-1983”, *RVAP*, núm. 36, 1993.

- _ “Informe a la VI Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, 1984”, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Autonomías Territoriales*, CEC-Tribunal Constitucional, Madrid, 1985.
- TORNOS, J. / AJA, E. / FONT, T. / PERULLES, J. M. / ALBERTI, E., *Informe sobre las autonomías*, Civitas, Madrid, 1988.
- TORNOS MAS, J., “La sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 y el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, *REAF*, núm. 7, 2008.
- _ “La delimitación constitucional de las competencias. Legislación básica, bases, legislación de desarrollo y ejecución”, en HERNÁNDEZ LAFUENTE, A. (coord.), *El funcionamiento del Estado Autonómico*, MAP, Madrid, 1999.
- TOSCANO PANIAGUA, M. L., *El estudio del derecho comparado en las currícula de las Universidades*, Coordinación de Innovación Educativa Q.F.B. /UMSNH, Michoacán, México, 2010.
- TRUJILLO, G., “El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual”, *REDC*, núm. 2 ,1981.
- _ “Federalismo y regionalismo en la Constitución española de 1978: El Estado «federal-regional»”, en TRUJILLO, G., (coord.), *Federalismo y regionalismo*, CEC, Madrid, 1979.
- VALENCIA MARTÍN, G. / ALEGRE ÁVILA, J. M., “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos competenciales”, en *La sentencia en los conflictos constitucionales de competencia : actas de las III jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Tribunal Constitucional*, 1998
- VALENCIA MARTÍN, G., “Jurisprudencia Constitucional: agua, ruido y cautelares”, en LÓPEZ RAMÓN, F. / ALENZA GARCÍA, J. F., (coords.), *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2012.
- _ “El problema de las cuencas internas”, *RADA*, núm. 21, 2012.
- VALLADAO, A., *Direito de Aguas*, s. e., Sao Paulo, 1931.
- _ Exposición de motivos del Código del Código de Aguas de Brasil de 1934.

VAN KELSEN, J. J. H., “Obligaciones de máximo esfuerzo y obligaciones de resultado en el derecho medioambiental de la Unión Europea. Un modelo para abordar la imprecisión de las obligaciones europeas, aplicado al artículo 4 de la Directiva Marco sobre Aguas”, en MENÉNDEZ REXACH, A., (dir.), *Planificación y gestión del agua ante el cambio climático. Experiencias comparadas y el caso de Madrid*, La Ley, Madrid, 2013.

VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1964.

BIBLIOGRAFÍA ARGENTINA

- ÁBALOS, M. G., El régimen municipal argentino después de la reforma nacional de 1994”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 8, 2003.
- _ “La Ciudad de Buenos Aires luego de la reforma de 1994: ¿Nuevo sujeto del Federalismo Argentino?”, en BIDART CAMPOS, G., / GIL DOMÍNGUEZ, A., (dirs.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- ACUMAR, *Cuenca Matanza Riachuelo. Manual para inspectores*, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- AGUILAR, G. / IZA, A., *Gobernanza de Aguas Compartidas. Aspectos Jurídicos e Institucionales*, IUCN, Gland, Suiza, 2009.
- ALBERDI, J. B., *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Tratado de Derecho Público editado por la imprenta del periódico El Mercurio de Valparaíso, 1852.
- ALLENDE, G. L., *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, UBA, Buenos Aires, 1971.
- ALSINA, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, T. II, Ediar, Buenos Aires, 1957.
- ÁLVAREZ, J., *Las guerras civiles argentinas y el problema de Buenos Aires en la República*, Taurus, Buenos Aires, 2001.
- ANDINO, M., “Mecanismos de solución de controversias entre partes de un organismo de cuenca” en EMBID IRUJO, A. / MATHUS ESCORIHUELA, M., (dirs.), *Organismos de cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiación*, Dunken, Buenos Aires, 2010.
- ANDORNO, L. O., “Aspectos constitucionales de la protección del medio ambiente”, *JA*, T. IV, 1998.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., / BRUZÓN VILTRES, C., “Una mirada a los derechos humanos desde la óptica del derecho ambiental internacional. Resultados de la primera década del siglo XXI”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 34, 2013.

- ARMAGNAGUE, J. F., "Facultades de la Nación y de las provincias en materia de medio ambiente", en CAFFERATTA, N. A., (dir.), *Summa Ambiental*, T. I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011.
- _ *Constitución de la Provincia de Mendoza, Anotada, concordada y comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- ASSADOURIAN, C. S./ BEATO C./ CHIARAMONTE, J. C., *Argentina: De la conquista a la independencia*, Hyspamérica, Buenos Aires, 1986.
- AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Informe sobre Cuenca Matanza-Riachuelo, Documento de difusión*, 2006.
- BADENI, G., *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.
- BAISTROCCHI, E., "La autonomía de los municipios de provincia: sus posibles consecuencias tributarias", *LL*, Año LX, núm. 160, 1996.
- BANCO MUNDIAL, *Informe n° 20729-Ar, Argentina, gestión de los Recursos Hídricos. Elementos de política para su Desarrollo sustentable en el Siglo XXI. Oficina Regional de América Latina y el Caribe, Unidad departamental de Argentina y los grupos de Finanzas, sector privado e infraestructura, y Medio ambiente y Desarrollo Social sustentable*, Buenos Aires, 2000.
- BAZÁN, V. "Una mirada al federalismo argentino: discurso y realidad", *UNED, Revista de Derecho político*, núm. 90, 2014.
- BEC, E., / FRANCO, H. J., *Presupuestos mínimos de protección ambiental: Tratamiento completo de su problemática jurídica*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2010.
- _ "El derecho ambiental no es tan hereje como lo pintan. Una interpretación extralimitada de las reglas procesales establecidas por la Ley General del Ambiente 25.675", *ED*, Suplemento de Derecho Ambiental, 2005.
- _ "La mala definición de presupuestos mínimos de la Ley General del Ambiente", *JA*, T. IV, 2005.
- BELLORIO CLABOT, D., *Tratado de Derecho Ambiental*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.
- BENGOLEA ZAPATA, J., "Federalismo, ríos provinciales y reforma constitucional", *LL*, T. B, 1975.

- _ *Ríos Interprovinciales no navegables en la República Argentina* (Tesis doctoral), Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1942.
- BERROS, M. V., “Relatos sobre el río, el derecho de la Cuenca Matanza-Riachuelo”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, Año I, núm. 1, 2012.
- BIBILONI, J. A., “*Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*”, T. III, Derechos reales, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1930.
- BIDART CAMPOS, G. J., *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*, T. I-A y B, Ediar, Buenos Aires, 2000- 2001.
- _ *Manual de la Constitución Reformada*, T. III, Ediar, 1997, (3ª reimpresión 2008-2010)
- _ *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. VI, La reforma constitucional de 1994, Ediar, Buenos Aires, 1995.
- BLISS, H. W., *Del Virreinato a Rosas: Ensayo de historia económica argentina*, Richardet, Tucumán, 1958.
- BORDA, G., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Perrot, Buenos Aires, 1971.
- BOSCH, J., “Las provincias y el poder de policía medioambiental”, *ED*, T. 185, 1999.
- BOTASSI, C., “Dominio y jurisdicción. Competencia Nacional, provincial y municipal”, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, VV.AA., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, RAP, Buenos Aires, 2005.
- BRAÑES, R., *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, PNUMA/ ORPALC, México D. F., México, 2001.
- _ *El acceso a la Justicia Ambiental en América Latina*, Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental núm. 9, PNUMA/ ORPALC/ SEMARNAT/ PROFEPA, México, 2000.
- BUERES, A. J. / HIGHTON, E., *Código Civil y Normas Complementarias*, T. V, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

- BUJ MONTERO, M., “Las provincias y los convenios internacionales”, en PÉREZ GUILHOU, D., *et. al.*, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires – Mendoza, 1995.
- BURGIN, M., *Aspectos económicos del federalismo argentino*, Solar Hachette, Buenos Aires, 1969.
- CACACE, A., *El federalismo argentino: de Alberdi hasta la actualidad*, Premio Foro de Córdoba, 2007.
- CAFFERATA, N. A., (dir.), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho ambiental: Textos completos*, T. I, II A y B, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- _ “Derecho ambiental. Instituciones básicas”, en CAFFERATA, N. A. (dir.), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho ambiental: Textos completos*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- (dir.), *Summa Ambiental*, T. I, II, III, IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- _ “Ley 26.168 de la Cuenca Matanza Riachuelo, anotada, comentada y concordada”, en CAFFERATA, N.A., (dir.), *Summa Ambiental*, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- _ “Naturaleza jurídica de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Agua y Ciudades*, Civitas, 2012.
- _ “Sentencia colectiva ambiental en el caso “Riachuelo”, en CAFFERATA, N. A., *Summa Ambiental*, T. II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011.
- _ “El tiempo de las Cortes Verdes”, *LL*, T. B, 2007.
- CAMPS, C. E., “Aspectos destacables de la causa “Mendoza”: más pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el trámite de procesos colectivos”, en CAFFERATA, N. A., *Summa Ambiental*, T. II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011.
- CANO, G. J., “De lleno una República unitaria”, *LL*, T. C, 1989.
- *Política y legislación provincial. Medio ambiente y los recursos naturales*, Academia de ciencias Morales, Buenos aires, 1987.
- _ “Administración Ambiental”, *Revista Ambiente y Recursos Naturales*, Vol. 1, núm. 4, 1984.

_ “Aplicabilidad de los principios del derecho internacional a las relaciones interprovinciales en la Argentina”, *LL*, T. C, 1984.

_ “Hacia una Republica unitaria”, *LL*, T. C. 1979

_ *Derecho, Política y Administración Ambientales*, Depalma, Buenos Aires, 1978.

_ “Reforma de la administración hídrica mendocina”, en el Congreso *El Agua y el futuro de la economía regional*, documento de trabajo sobre aspectos jurídicos e institucionales, Mendoza, del 8 al 14 de febrero de 1976.

_ *La demanda de aguas en la Argentina*, Vol. I, II, III, y IV, Incyth, Mendoza, 1976.

_ *Derecho, política y administración de aguas*, Vol. I, II y III, Incyth, Mendoza, 1976.

_ “Concepto y fuentes del Derecho argentino de aguas”, *JA*, doctrina, serie contemporánea, 1974.

_ “Introducción al derecho ambiental argentino”, *LL*, T. 154, 1974.

_ *Estudios de Derecho de Aguas*, Valerio Abeledo, Mendoza, 1943.

_ “Sobre Ríos Interprovinciales. Discurso como miembro informante de la minoría de la Comisión que dictaminó sobre el tema en la IV Conferencia Nacional de Abogados”, en CANO, G., *Estudios de Derecho de Aguas*, Valerio Abeledo, Mendoza / Buenos Aires, 1943.

_ *Bosquejo del derecho mendocino intermedio de aguas*, Instituto de Historia del Derecho Argentino (UBA), Conferencia y comunicación VII, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1943.

_ *Régimen jurídico económico de las aguas en Mendoza durante el periodo intermedio (1810-1884)*, Librería de la Universidad, Mendoza, 1941.

_ “La materia impositiva ante el Derecho Público Provincial”, *El Siglo Ilustrado*, Mendoza, 1935.

CAPALDO, G., “Las aguas marítimas y la gestión de las cuencas hidrográficas en los países descentralizados políticamente”, en EMBID IRUJO, A. (dir.)/ KOLLING, M., (coord.), *Gestión del agua y descentralización política. Conferencia*

Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y Semejantes a los Federales, Zaragoza 9-11 de julio de 2008, Aranzadi, Navarra, 2009.

CAPPAGLI, A. C., “La autonomía del Derecho a la Navegación en la legislación y en la jurisprudencia argentinas”, en CHAMI, D. E., (coord.), *Estudios de Derecho Marítimo Homenaje al Dr. José Domingo Ray*, Lex Nexix, Buenos Aires, 2005.

CARBAJALES J. J. / GASOL, C., “La gestión internacional de las provincias en el marco del sistema federal argentino y a la luz de sus propias constituciones”, en IGLESIAS, E. (dir.), *Las provincias Argentinas en el escenario internacional: Desafíos y obstáculos de un sistema federal*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, 2008.

CASAZA, J., *Informe Nacional. La situación del manejo de cuencas en la República Argentina*, Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe Preparación del III Congreso Latinoamericano de Manejo de Cuencas, 2002.

CASSAGNE, J. C., “El artículo 124 de la Constitución y el dominio originario”, Comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 26 de abril de 2007, *Anales*, Segunda Época, año LII, núm. 45, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2007.

CASTELLO, M. F., *Legislación de Aguas* (Tesis doctoral), Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1921.

CAUBET, A. B. / FERNÁNDEZ MADRID, J., *La Constitución su jurisprudencia y los tratados concordados*, Errepar, Buenos Aires, 1995.

CAVALLI, A., *Derecho de Aguas*, Documento de trabajo nº 168, Departamento de Investigaciones de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 2007.

CHIARAMONTE, J. C., “El federalismo Argentino en la primera mitad del siglo XIX” en CARMAGNANI, M., (coord.), *Federalismos Latinoamericanos: México, Brasil, Argentina*, El Colegio de México, Fideocomiso Historia de las Américas, Fondo de Cultura Económica, México 1993.

CONGRESO NACIONAL - CÁMARA DE SENADORES, *Digesto Jurídico Argentino consolidado a fecha 31 de marzo de 2013*, publicado por orden del día núm. 947 de la Cámara de Senadores, 18 de febrero de 2014.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Derecho Ambiental*, Secretaría de Jurisprudencia, Buenos Aires, 2012.
- CORTI VIDELA, A., “Calificación del dominio de las aguas”, *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo*, año 2, núm. 33, Mendoza 1959.
- DALLA VÍA, A. R., “Actualidad del federalismo argentino”, en SERNA DE LA GARZA, J. M., (coord.) *Federalismo y Regionalismo: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002.
- _ *Derecho constitucional económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- DE BARRENECHEA, M. E., “Presupuestos mínimos ambientales”, *OIDLES*, Vol. II, núm. 5, 2008.
- DE BENEDICTIS, L., “¿Qué son los «presupuestos mínimos» de protección ambiental?”, *LL*, 2004.
- _ “Comentarios acerca de la ley general del ambiente (ley nacional 25.675)”, *DJ*, T. IV, 2003.
- DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN, Informe, “Acumar sobre control industrial”, 2014.
- DEL CAMPO, C., “Dominio público . La razón de lo público en el marco de las no propiedad de las aguas”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 37, 2014.
- _ “Las aguas en el sistema jurídico Argentino. Un repaso por la regulación de base sobre las aguas”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 30, 2012.
- DEL RÍO, M., / SANAHUJA, J. C., “El Código Civil: el debate en el Senado”, *Notivida*, Año XIII, Núm. 908, 2013, disponible en: <http://www.notivida.com.ar>, Sección de boletines.
- DI PAOLA, M. E., (coord.), *Presupuestos mínimos de protección ambiental II. Recomendaciones para su implementación y reglamentación*, Fundación Ambiente y Recursos naturales en cooperación con el Centro de Derecho Ambiental de la UICN en el marco de su programa de Derecho Ambiental, Buenos Aires, 2006.

- DÍAZ ARAUJO, E., en su Prólogo a Augusto Juan Menéndez, *La Constitución Nacional y el medio ambiente*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000.
- DÍAZ ARAUJO, M., “El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental”, en CAFFERATTA, N. A., (dir.), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental: Textos completos*, T.II, Vol. B, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- DOUROJEANNI, A. “La dinámica del desarrollo sustentable y sostenible”, XV Congreso Venezolano de la Ciencia del Suelo, Barquisimeto, Venezuela, 1999.
- DROMI, R. / MENEM, E., *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.
- DURAND, J. C., “Breve glosario de términos usuales en materia de dominio público”, disponible en: www.cassagne.com.ar
- ECHAIDE, J., “El derecho humano al agua potable y al saneamiento. Su recepción constitucional en la región y su vinculación con la protección de las inversiones extranjeras” en *Derecho Público*, núm. 2, Ministerio de Justicia y Derechos humanos de la Nación, Ciudad de Buenos Aires, 2012.
- ECHVARRIA MEJÍA, J. I., “El sistema nacional ambiental y las transferencias al sector eléctrico”, TEMAS, Corporación Universitaria Remington, núm. 2, 2009.
- EKMEKDJIAN M. A, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo V, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- ESAIN, J., “Competencias ambientales y federalismo. La complementariedad maximizante ha llegado a la justicia”, en CAFFERATTA, N. A., (dir.), *Summa Ambiental*, T. I., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
- _ “Comentarios a la resolución del 10 de noviembre de 2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Mendoza Beatriz”, *FARN Documentos*, 2009.
- _ *Competencias ambientales. Fuentes. Distribución y alcance de las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales. Presupuestos mínimos de protección*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008

- _ “Causa por el Riachuelo. Monumento Nacional a la Contaminación”, de 5 de octubre de 2006, disponible en <http://www.jose-esain.com.ar>.
- _ “El Federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25675”, *JA*, T. I, 2004.
- _ “El desarrollo sostenible aplicado a un problema de vista paisajística de un ecosistema natural”, *LL*, núm. 9, 2000.
- FALBO A. J., “La información ambiental como principio rector de la protección del ambiente”, en prensa, *JA*, T. III, núm. especial, 2003.
- FAYT, C. S., *El Efectivo Cumplimiento de las Decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –La Fuerza Imperativa de sus Pronunciamientos*, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- FERREYRA, R. G., *La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- FIORINI, B., *Derecho Administrativo*, T. I y II, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976. (reimpresión 1995-1997).
- FRÍAS, P., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- _ “Dominio y jurisdicción de la Nación y las provincias”, en FRÍAS, P., (ed.), *et. al.*, *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- FUDERS, F., “La protección del medio ambiente como justificación de una restricción del libre comercio. ¿Que puede Aprender Europa del Mercosur?”, *Revista electrónica Iberoamericana*, Vol. 4, núm. 2, 2010.
- _ “Cuatro años de vigencia del Protocolo de Olivos: Cómo cambió el sistema de solución de controversias en el Mercosur”, *Lateinamerika-Analysen*, núm. 20, 2/2008.
- GAMBIER, B., / LAGO, D. H., “El medio ambiente y su reciente recepción constitucional”, *ED*, T. 163, 1995.
- GAMES, L. M. / SPENCER, H., “Las Astreintes en el Derecho Civil y Laboral”, *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, IJ-XLIII-404, 2005.

- GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, T.II, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008.
- GOLDENRBEG, I. H., “El régimen jurídico de las aguas como bienes públicos”, *ED*, T. D, 1990.
- GONZÁLEZ ARZAC, F., “Sobre el uso racional del agua dulce”, en CAFFERATTA, N. A., (dir.) *Summa Ambiental*, T. III, Abaledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, J. A., *La personalidad histórica y constitucional de las provincias*, Lajouane, Buenos Aires, 1927
- _ *Derecho constitucional argentino, historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, T. I, II y III, 2ª ed., Lajouane, Buenos aires, 1923-1926
- GONZÁLEZ DEL SOLAR, N., “La demarcación territorial de la Cuenca Hidrográfica en el derecho público argentino” en EMBID IRUJO, A. / MATHUS ESCORIHUELA, M. (dirs.), *Organismos de cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiación*, Dunken, Buenos Aires, 2010.
- _ “La gestión del recurso hídrico en Argentina: situación de las reservas de agua dulce”, *TEMAS*, Corporación Universitaria Remington, núm. 2, junio de 2009.
- _ “Las clases de agua y su regulación: las aguas marítimas”, en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, Mendoza, 2007.
- GONZÁLEZ, J. V., *Manual de la Constitución Argentina*, Ángel Estrada, Buenos Aires, 1971
- _ *Legislación de Minas*, Librería e Imprenta de Mayo, 2ª ed., Buenos Aires, 1905.
- GORDILLO, A., *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, F.D.A, Buenos Aires, 2011.
- GRASSETTI, E., *Estudios ambientales*, Heliasta, Buenos Aires, 1998.
- _ *Alcance y significado del artículo 41 de la Constitución Nacional: presupuestos mínimos de protección ambiental*, Fundación Novum Millenium, Buenos Aires, 1998.
- GREENPEACE, *Plan de Rescate para el Riachuelo*. Campaña de tóxicos/Riachuelo, 2009.

- _ *Riachuelo, 200 años de contaminación*, Campaña de Tóxicos/Riachuelo, 2010.
- GUARINO ARIAS, A., “El agua, principal elemento del medio ambiente. una polémica ley argentina: la ley 25.688 de gestión ambiental del agua y su posible incidencia sobre el Acuerdo del Colorado y el COIRCO”, VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Academia Colombiana de jurisprudencia, 2007.
- GUERRERO, S., “Sobre el libre acceso a lagos y ríos de la región”, *Laangosturadigital*, Diario de la Villa La Angostura y Región de los Lagos, 2014.
- HARO, R., *La competencia federal*, Depalma, Buenos Aires, 1989.
- HERNÁNDEZ, A. M., *Derecho constitucional*, T. I y II, La Ley, Buenos Aires, 2013.
- _ “Balance de la reforma constitucional de 1994”, *LL*, T. E, 2009.
- _ “Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario”, en ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *A diez años de la reforma de la Constitución Nacional*, Advocatus, Buenos Aires, 2005.
- _ “Argentina”, en *Estudios comparados sobre los techos competenciales*, OBSEI, Universidad Pompeu Fabra, en el marco del Proyecto Sostres (2003-2004).
- _ *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- _ *Derecho municipal*, Vol. I, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997.
- _ *Reforma Constitucional de 1994 - Labor del Convencional Constituyente Antonio María Hernández (h.)*, H. Congreso de la Nación, Buenos Aires. 1995.
- HERNÁNDEZ, V. G., / PINTO, M., “Efectos dañosos y contaminación del agua”, en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, Mendoza, 2007.
- IRIARTE, L., “La reconstrucción del federalismo argentino”, *LL*, T. C, Supl. Constitucional, 2010.
- IRIBARREN, F. J., “Acerca del dominio originario de los recursos naturales”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 5, Lexis Nexis, 2006.
- ISOLA, A. E., *Contaminación del agua y medio ambiente*, 2ª ed., AD-Hoc, Buenos Aires, 2012.

- ITURBURU, M. S., *Municipios Argentinos: Potestades y Restricciones Constitucionales para un Nuevo Modelo de Gestión Local*, 2ª ed., Instituto Nacional de Estudios y documentación, Dirección de estudios e investigaciones, Buenos Aires, 2001.
- ITURREZ, A. H., “La Provincia en la Nación”, en FRÍAS, P. (ed.) et. al., *Derecho Público Provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- IZA, A. / ROVERE, M. B., *Gobernanza del agua en América del Sur: dimensión ambiental*, UICN, Gland, Suiza y Cambridge, Reino Unido, 2006.
- JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, traducido por DE LOS RÍOS URRUTI, F., Albatros, Buenos Aires, 1943.
- JULIÁ, M. S., “El complejo camino de la formulación a la ejecución de políticas ambientales en la Argentina”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 34, 2013. (Abeledoperrot)
- _ “La discusión del concepto de presupuesto mínimo en el marco de un nuevo orden político, jurídico e institucional”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 1, Lex Nexis, 2005.
- KOZAK, V., / VALDÉS, G. J., “Ausencia de fijación administrativa de la línea de ribera de un río. ¿Existe ministerio legis o es necesario que sea delimitada por la Administración Pública?”, *LLGC*, 2014.
- LAFAILLE, H., *Curso de Derecho Reales*, T. I-II, s. e., Buenos Aires, 1923.
- _ Prólogo en LYNCH, A. M. (Hijo), *Propiedad y jurisdicción en las riberas de los ríos navegables*, Restov & Doeste, Buenos Aires, 1927.
- LAGO, D. H., "ASUPE c. YPF: una batalla judicial ambiental inédita", *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 2, Lexis Nexis, 2005.
- _ “La Ley General del Ambiente (ley 25.675) y sus reglas procesales. Reflexiones sobre su constitucionalidad”, *JA*, T. III, fascículo núm. 12, 2003.
- LEJARZA, J / LEJARZA, F. “Dominio de las Riberas. Informe y Sentencia pronunciada por la Suprema Corte Nacional en el juicio seguido por la Empresa del Puerto del Rosario contra la Sociedad «Muelles y Depósitos de Comas», s.n.,1908.
- LLAMBÍAS, J. J. / ALTERINI, J. H., *Código Civil Anotado*, T. IV-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.

- LLERENA, B., *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, T. 4, Casavalle, Buenos Aires, 1889.
- LOBOS, E., “Legislación de aguas”, *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, T. II, Buenos Aires, 1902.
- LÓPEZ M. J., *Introducción a los estudios políticos: Formas y fuerzas políticas*, Volumen I, Depalma, Buenos Aires, 1983.
- LÓPEZ, J., *Estudios de Derecho Ambiental y de Aguas*, Homenaje, Edium, Mendoza, 2005.
- _ “Normas ambientales”, en LÓPEZ, J., *Estudios de derecho ambiental y de aguas*, Homenaje, Edium, Mendoza, 2005.
- _ “Los recursos naturales, la energía y el ambiente en las constituciones de las provincias argentinas”, en PÉREZ GUILHOU, D., *et al.*, *Derecho Público Provincial III*, Depalma, Buenos Aires, 1993.
- _ “El derecho de aguas en la legislación argentina”, *Separata del tomo XXVI de Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1987.
- _ “Mejoras de la legislación a corto plazo”, en Congreso *El Agua y el futuro de la economía regional*, documento de trabajo sobre aspectos jurídicos e institucionales, Mendoza, 1976.
- _ “El Derecho y la administración de aguas en Iberoamérica”, *Internacional Conference on Global Water Law Systems*, Valencia, España, 1975.
- _ “Problemas generados por el aprovechamiento de los ríos interprovinciales”, *LL*, T. A, 1975.
- _ El Derecho y la administración de aguas en Iberoamérica”, *Internacional Conference on Global Water Law Systems*, Valencia, 1975.
- _ *Código de Aguas de la Provincia de Córdoba*, Secretaría de Estado de Obras y Servicios Públicos, Santiago, 1973.
- _ “El art. 27 de la Ley de Aguas”, *Revista Agua*, núms. 3 y 4, DGI, Mendoza, 1969.

LORENZETTI, R. L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de código civil y comercial de la nación”, Código Civil y Comercial de la Nación sitio de consulta y debate sobre el proyecto elaborado por la Comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti, 2013, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/>,

_ *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

_ “Derechos reales y Derecho ambiental. ¿Qué fue; que es y que será el agua para el derecho?”, *LL*, Suplem. Derecho Ambiental, núm. 3, 2003.

_ “La protección jurídica del ambiente”, *LL*, T. E, 1997.

LOSA, N. O., “Reformas constitucionales y municipios”, *LL*, T. A., 1995.

MACHADO, J. O., *Exposición y comentarios al Código Civil Argentino*, T. VI, Lajouanne, Buenos Aires, 1900.

MALPARTIDA A. R., “La Cuenca Matanza-Riachuelo, Revisión de Antecedentes: Recursos Naturales. Compuestos xenobióticos y otros contaminantes de la Cuenca”. *Primeras Jornadas en Salud Ambiental*, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 2006.

MANILI, P. L., “Los establecimientos de utilidad nacional”, en MANILI, P. L. (dir.), *Máximos Precedentes. Corte Suprema de la Nación. Derecho Constitucional*, Tomo IV, La Ley, Buenos Aires, 2013.

MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V, Dominio público, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

_ *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

_ “Expropiación y urbanismo”, *LL*, T. C, 1981.

_ “Acerca de la reforma del Código Civil en materia de aguas”, *JA*, Serie contemporánea, Doctrina, 1974.

_ *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

_ “La reciente reforma del Código Civil en materia de aguas”, *JA*, 1970.

_ *Tratado de dominio público*, TEA, Buenos Aires, 1960.

_ *La cláusula “sin perjuicio de terceros” en las concesiones de uso del agua pública*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1942.

_ *Legislación de aguas: contribución al primer congreso argentino del agua*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1941.

_ *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, (tesis doctoral), TEA, Buenos Aires, 1939.

_ *Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del Doctor Bibiloni en materia de Derecho de Aguas*, UBA, 1936.

MARTÍN, L. / PINTO, M., (dirs.), *La evaluación de impacto ambiental y su régimen jurídico. Análisis del nuevo paradigma*, Lajouane, Buenos Aires, 2012.

MARTÍN, L. *Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y el dominio de las aguas públicas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

_ “Organismos de Cuencas y repartos de competencias”, en EMBID IRUJO, A. / MATHUS ESCORIHUELA, M. (dirs.), *Organismos de cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiación*, Dunken, Buenos Aires, 2010.

_ “Cuando el río suena... el establecimiento de una nueva matriz disciplinar para el derecho argentino de aguas”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* - Año IV, núm. 5, 2010.

_ “Jurisdicción para reglar el uso y aprovechamiento de las aguas” en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, Mendoza, 2007.

MATHUS ESCORIHUELA, M. / MOYANO, A., “La aptitud de las aguas para satisfacer usos de interés general como fundamento de su carácter de bienes públicos”, *Idearium*, núm. 8 y 9, Mendoza, 1983.

MATHUS ESCORIHUELA, M. / MAGNANI, C., “Agua y Derecho”, en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, Mendoza, 2007.

MATHUS ESCORIHUELA, M., “Los organismos de Cuenca en Argentina. Análisis crítico de su evolución, organización institucional y gestión”, en EMBID IRUJO, A. /

MATHUS ESCORIHUELA, M. (dirs.), *Organismos de cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiación*, Dunken, Buenos Aires, 2010.

_ “Las clases de agua y su regulación” en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, Mendoza, 2007.

_ “Dominio de las aguas”, en MATHUS ESCORIHUELA, M. (dir.), *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, Mendoza, 2007.

_ “La cultura del agua en Mendoza”, Discurso de incorporación como Académico de Número, Academia de Ciencias Sociales de Mendoza, Argentina, 2007.

_ “La situación en Argentina”, en EMBID IRUJO, A. (dir.) / KOLLING, M., (coord.), *Gestión del agua y descentralización política. Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y Semejantes a los Federales, Zaragoza 9-11 de julio de 2008*, Aranzadi, Navarra, 2009.

_ “Derecho de aguas y ambiente. A propósito de las leyes 26.675 y 25. 688”, *Revista de Derecho Público- Derecho ambiental II*, Rubinzal- Culzoni, 2009.

_ (dir.), *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, Mendoza, 2007.

_ “Los conflictos de competencias sobre las aguas en países federales. La situación en Argentina”, en EMBID IRUJO, A., (dir.), *Agua y Territorio*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.

_ (dir.), *Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales*, Zeta editores, Mendoza, 2006.

_ (dir.), *El ambiente en el Orden Internacional*, Cuadernos de legislación y administración ambiental, 2ª ed., Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina 2006.

_ “La legislación y la administración del agua en la actualidad entre la utopía y la realidad”, Actas XX Congreso Nacional del Agua, Mendoza, 2005.

_ *La Administración Hídrica*, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2002.

- _ “Reseña del aporte argentino a la ciencia del Derecho de Aguas”, (1853-1975), en *Anales Iuris Aquarum*, Vol. II, T. III, AIDA, Caracas, 1976.
- MATIENZO, J. N., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo I, (Versión taquigráfica de sus clases), La Plata, 1926.
- _ *Cuestiones de Derecho Público Argentino*, T. I, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1924.
- MEREA CANELO, A., *Informe sobre las modalidades utilizadas por los países de la zona templada sudamericana para el cobro a los usuarios de los servicios de administración, operación y conservación de riego*, II Reunión de la Comisión de Asesores del Programa de Riego IICA, serie de publicaciones misceláneas núm. 119, IICA, Buenos Aires, 1974.
- MIDÓN, M. A., *Manual de derecho constitucional argentino*, Plus ultra, Buenos Aires, 1997.
- MILLER, J. M. / GELLI, M. A. / CAYUSO, S., *Constitución y poder político*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- MOISSET DE ESPANES, L. / LÓPEZ, J., *Derecho de Aguas. Régimen transitorio y normas de conflicto*, Universidad Nacional de Córdoba, 1980.
- MORALEJO, D. B., “El agua: el oro azul”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 34, 2013.
- MORELLO, A. M. / CAFFERATTA, N. A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.
- MOSSET ITURRASPE, J., “El ambiente”, en MOSSET ITURRASPE, J. / HUTCHINSON, T. / DONNA, E. A., *Daño ambiental*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.
- MOYANO, A., “Apostillas a la Ley general del ambiente 25.675. Conjetura sobre su validez”, *LLGC*, 2007.
- _ Ley General del Ambiente 25.675. Conjetura sobre su validez, *LLGC*, 2006.
- _ “Preservación de las aguas privadas frente a la crisis del Estado (subterráneas, surgentes y vertientes)”, *LLGC*, 2005.
- _ “Leyes de presupuesto mínimo ambiental”, *LLGC*, 2004.

- _ *Aplicabilidad de las normas ambientales que se sancionan en cumplimiento de los mandatos contenidos en el artículo 41 de la Constitución Nacional*. Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial creada por la Resolución 68/03 del COFEMA, Diciembre 2003.
- _ “El traspaso de los recursos naturales compartidos de agua, energía eléctrica, petróleo y pendiente topográfica en la Argentina: bajo el imperio de la ley”, *ED*, T. 151, 1992.
- _ “Derecho y Legislación Ambientales Infranacionales”, Encuentro de los Andes, FARN, Vol. II, 1991.
- _ *El valor actual o potencial de las aguas o de las aguas consideradas en si mismas como recursos*, CELA-INCYTH, Mendoza, 1985.
- MÜLLER, M., “Gestión ambiental de aguas: una estrategia de uso sustentable”, *LL*, Suplemento de Derecho Ambiental, 2005.
- MUÑOZ, G. A., "Policía Sanitaria", en MUÑOZ, G. A. / GRECCO, C. M., *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.
- MUSTO, N. J., *Derechos Reales*, T. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1983.
- NÁPOLI, A., / ESAIN, J., “Riachuelo: Habemus sentencia”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 16, 2008.
- NATALE, A., *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- _ “Protección del medio ambiente en la Reforma constitucional”, *LL*, T. E, 1994.
- OJEDA MESTRE, R., “El Derecho ambiental del siglo XXI”, *Medio ambiente y Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*, 2003.
- PANCALLO D’ AGOSTINO, M. R., “Federalismo de concertación hacia una regionalización”, *LL*, T. C, 2010.
- PÉREZ HUALDE, A., “La reforma constitucional de 1994 y la falta de vocación federal de las provincias”, *LL*, T. A, 2010.
- PERRINO, P. E., “Alcance actual de las competencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas en que son partes las Provincias”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, *Cuestiones de Control de la*

Administración Pública, RAP, Buenos Aires, 2010.

PETRI, D. / ROHRMANN, H. / PILAR, J., “Posición del COHIFE sobre la Ley 25.688 Régimen de Gestión ambiental de Aguas”, *LL*, Suplemento de Derecho Ambiental, Año XII, núm.1, 2005.

PIGRETTI, E. A ., *Derecho ambiental Profundizado*, La Ley, Buenos Aires, 2004.

_ “Gestión Ambiental de Aguas”, *Anales de la legislación Argentina*, Vol. 1/2003. (LXIII-A-1417).

_ *Teoría jurídica de los recursos naturales. Con especial referencia a la legislación de aguas*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1965.

PINTO, M., (coord.), ROGERO, G. E., ANDINO, M., *Ley de Aguas de 1884 comentada y concordada*, Irrigación Edita, Mendoza, 2006.

PINTO, M., *El régimen jurídico de los ríos interprovinciales en Argentina*, Lajouane, Buenos Aires, 2014.

_ “Competencias locales conexas a la gestión ambiental en Argentina”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2009*, IFC, 2010.

_ “Caracterización de los organismos de cuenca en el derecho argentino”, en EMBID IRUJO, A. / MATHUS ESCORIHUELA, M. (dirs.), *Organismos de cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiación*, Dunken, Buenos Aires, 2010.

_ “Línea de ribera: perspectivas sobre el régimen jurídico”, *HYDRIA*, núm. 20, 2008.

_ “Limitaciones al dominio privado establecidas en interés del uso y protección de las aguas” en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.) “*Derecho y administración de aguas*”, Zeta Editores, Mendoza, 2007.

_ “La Ley 25.688: una ilegítima y unitaria norma de preservación de las aguas”, en SCOONES, A., / SOSA, E., (comp.), *Conflictos socio-ambientales y políticas públicas en la provincia de Mendoza*, Observatorio Regional de Conflictos Ambientales, Oikos, Mendoza, 2005.

- _ “Consideraciones sobre la pretendida norma de presupuestos mínimos ambientales en materia hídrica. A propósito de la ley 25. 688”, *LL*, Supl. Derecho Ambiental, Año X, núm.2, 2003.
- _ “Ley de presupuestos ambientales hídricos”, *LLGC*, 2003.
- POCHAT, V., *Entidades de gestión del agua a nivel de cuencas: experiencia de Argentina*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Serie Recursos naturales e infraestructura núm. 96, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2005.
- POSSE, N. P., / SIERRA, J. L., “¿Qué son normas que contengan presupuestos mínimos? ¿Qué alcances tienen?”, *LLGC*, 2004.
- PRACK, H. “Derecho Ambiental ¿una alternativa meramente simbólica?”, *JA*, Lexis Nexis, número especial de derecho ambiental, 1997.
- PREUSS, F. / WALSH, J. R., “Los presupuestos mínimos y las competencias ambientales”, *LL, Doctrina Judicial*, T. II, 1997.
- PUJADAS, C., “¿Desarrollo sostenible o sustentable?”, *Revista ADN, agua y medioambiente*, año 2, núm. 6, 2011.
- PUJOL DE ZIZZIAS, I., “Un interesante caso de aluvión”, *LLGC*, 2008.
- QUIROGA LAVIÉ, H. / BENEDETTI, M. A. / CENICACELAYA, M., *Derecho Constitucional Argentino*, T. I y II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- QUIROGA LAVIÉ, H., “Estado ecológico de derecho en la constitución nacional”, en CAFFERATTA, N. A. (Dir.), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental: Textos Completos*, T. II, Vol. A, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- _ “Las nuevas circunstancias del amparo colectivo. Protección del medio ambiente”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 6, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, 2012.
- _ *Constitución argentina comentada*, Zavalía, Buenos Aires, 1996.
- _ “El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional”, *LL*, T. B, 1996.
- _ “La protección del medio ambiente en la reforma de la Constitución Nacional”, *LL*, 1996.
- _ “Los ríos interprovinciales en el sistema federal argentino”, *LL*, T. E, 1989.

- RAMÓN LORENZO, C., *Manual de Historia Constitucional Argentina*, Vol. I, II y III, Juris, Santa Fe, Argentina, 1994, 1997 y 1999.
- REBASA, M. / CARBAJALES, J. J., “Los recursos naturales en la Reforma del 94: aportes para una interpretación constitucional. (El caso de los hidrocarburos)”, *LL*, T. C, 2011.
- RODRÍGUEZ, C. A., “ El derecho humano a la información ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 34, 2013.
- _ “La causa “Mendoza” y la instrumentalización del nuevo paradigma ambiental”, en CAFFERATTA, N. A., (dir.), *Summa Ambiental*, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
- _ “La defensa de los bienes públicos ambientales por Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *DJ*, T. II, 2006.
- RODRÍGUEZ, G., *Agua y metrópoli: Logrando la sostenibilidad*, PUEC, UNAM, México 2003
- RODRÍGUEZ SALAS, A., “El fin del federalismo Discrecional”, en CAFFERATTA, N. A., (dir.), *Summa Ambiental*, T. I., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- _ “Vigencia y operatividad de la normativa ambiental. El sistema federal ambiental”, *Revista del Foro de Cuyo*, T. 62, 2004.
- _ "Consideraciones sobre la vigencia de las nuevas normas ambientales", *Revista del Foro de Cuyo*, T. 36, 1999.
- ROSATTI, H. D., “La regulación constitucional del ambiente y los recursos naturales”, Comunicación en Encuentro de profesores de Derecho constitucional, Mendoza, 2011.
- _ *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.
- _ “Los bienes del dominio público reivindicados desde el derecho público: el caso "Meteorito Chaco”, *LL*, T. B, 2008.
- _ *Derecho Ambiental Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007,
- _ "El federalismo en la reforma", en ROSATTI, H. D., *et al.*, *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
- ROSSI, A., “Los presupuestos mínimos de protección ambiental y la lógica

- constitucional. Apuntes para una interpretación funcional”, *JA*, T. II, 2000.
- ROUGES, C., "La ley de residuos industriales y actividades de servicios: las causas de su inoperatividad", *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 2, Lexis Nexis, 2005.
- ROVERE, M. B., “El agua como valor ambiental, social y económico: gestión, planificación y protección de los recursos hídricos de conformidad al concepto de desarrollo sustentable”, en WALSH, J. R., (ed.), *et. al, Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*, La ley, Buenos Aires, 2000.
- RUIZ FREITES, S. J. “Régimen legal de las cuencas internacionales: la cuenca del Plata en las relaciones bilaterales y multilaterales de la republica argentina. Las comisiones administradoras y las entidades binacionales”, en EMBID IRUJO, A. / MATHUS ESCORIHUELA, M. (dirs.), *Organismos de cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiación*, Dunken, Buenos Aires, 2010.
- _ “Legislación y Administración de Aguas en Mendoza”, en MATHUS ESCORIHUELA, M. (dir.), *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, Mendoza, 2007.
- SABSAY, D. A. (dir. ejecutivo) / DI PAOLA, M. E., (dir. Área de investigación y capacitación), *Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental: premio de monografía Adriana Schiffrin 2004*, FARN, Buenos Aires, 2005.
- SABSAY, D. A. / DI PAOLA, M. E., “Ley 25.675: El Federalismo y La Nueva Ley General del Ambiente”, *Anales de la Legislación Argentina, LL*, Boletín informativo núm. 32, doctrina, 2002.
- SABSAY, D. A., “El federalismo y la incorporación de la noción de región en la reforma constitucional de 1994”, *LL*, T. C, 2013.
- _ *Manual de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- _ “Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, en WALSH, J. R., (ed.), *et al., Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
- _ “El nuevo art. 41 de la Constitución Nacional u la distribución de competencias Nación Provincias”, *DJ*, T. II. 1997.

- _ “La protección del medio ambiente a través del llamado amparo colectivo a propósito de un Fallo de la justicia entreterriana”, *ED*, 1996.
- _ “La ciudad de Buenos Aires y la reforma constitucional”, *LL*, 1995.
- SAGÜES, N. P., *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2004
- _ *Elementos de Derecho Constitucional*, T. II, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003.
- SALOMONI, J. L., "El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática", *Actualidad en Derecho Público* núm. 14, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- _ *Teoría general de los servicios públicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999. (reimpresión 2004)
- SALVAT, R., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, T. II, 8ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1947.
- SALVIOLO, M. A., *Provincias y Convenios Internacionales. Una propuesta desde el Federalismo de Concertación*, ISEN, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 2005.
- SÁNCHEZ VIAMONTE C., *Manual de Derecho Constitucional*, 4ª ed., Kapelusz, Buenos Aires, 1944.
- SARMIENTO GARCÍA, J., (dir.), *et al.*, *Derecho Público*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- SAURINA, S., *et al.*, *Historia de la irrigación. Periodos prehispánico e hispánico (hasta 1810)*, INA-CELA, Mendoza, 2003.
- SAVINO, A. / NONNA, S., / ROSA ALVES, E., “Postura de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación sobre los presupuestos mínimos de protección ambiental”, en CAFFERATTA, N. A., (dir.), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental: Textos completos*, T II, Vol. A, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- SILVEYRA, C., *Derechos del Gobierno Nacional sobre las Riberas de los Ríos Navegables. Deslinde del dominio público. Obras practicas en las Riberas*, M. A. Rosas, Buenos Aires, 1903.

- _ *Dominio público Nacional: Antecedentes Constitucionales*, M. A. Rosas, Buenos Aires, 1903.
- SOLA, J. V., *El control judicial de constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001
- _ *El manejo de las relaciones exteriores. La Constitución y la política exterior*, Belgrano, Buenos Aires, 1997.
- SPOTA, A., “Desafectación y venta de las islas. La usucapión de las mismas”, *JA*, T. I, 1942.
- _ “El dominio público sobre las aguas que corren por cauces naturales y sobre estos últimos”, nota al fallo de la Cámara Civil 1° de la Capital Federal, *in re “Obras Sanitarias de la Nación v. Sierburger Hnos.”*, sentencia de 23 de diciembre de 1941, *JA*, T. I, 1942.
- _ *Tratado de derecho de aguas*, T. I y II, Jesús Menedez, Buenos Aires, 1941.
- _ “De nuevo sobre los ríos interestatales”, *LL*, T. 3, Sección doctrina, 1936.
- _ “Los ríos interestatales”, *LL*, T. 3, 1936.
- TARAK, P., “La política y la legislación ambiental: una respuesta al desafío del siglo”, FARN, Buenos Aires, 1993.
- TAWIL, G. S., “La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”, *LL*, T. B, 1995.
- TORCHIA, N., “Las clases de agua y su regulación: régimen legal de las aguas subterráneas”, en MATHUS ESCORIHUELA, M., (dir.), *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, Mendoza, 2007.
- VALLS, M. F., *Presupuestos mínimos ambientales*, Astrea, Buenos Aires 2012.
- _ “Presupuestos mínimos ambientales. Comentario de López Alfonsín, Marcelo Alberto”, *LL*, T. C, 212.
- _ “La enseñanza de un Fallo histórico: contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo”, en CAFFERATTA, N. A., (dir.), *Summa Ambiental*, T. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
- _ “La Corte Suprema de Justicia de la Nación marca pautas sobre su criterio en materia ambiental”, *Equipo Federal de Trabajo*, sección Jurisprudencia Corte Suprema, núm. 45, febrero de 2009.

- _ “Ley 25688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas ¿Presupuestos mínimos ambientales o policía federal de actividades que causen impacto ambiental significativo sobre otras jurisdicciones”, *JA*, T. II, 2003.
- _ “El congreso de la Nación debe sancionar una ley general del ambiente”, *JA*, T. III, fascículo núm. 4, número especial de Derecho Ambiental, 2002.
- _ *Derecho ambiental*, 5ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1997.
- VANOSI, J. R., *Teoría constitucional*, T. I, II y III, 3ª ed., La ley, Buenos Aires, 2013.
- _ *La Reforma constitucional de 1994*, Circulo de legisladores de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2004.
- VERA RODRIGO, E., "El impacto del Artículo 124 de la Constitución Nacional en la dogmática del dominio público en la Argentina", *Revista Argentina del Régimen de la Administración pública*, año 31, núm. 363, 2008.
- VILLEGAS BASAVILBASO, B., “Carta dirigida al autor, con motivo de su libro Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni en materia de derecho de aguas”, 1936, en MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
- _ “*Un debate parlamentario histórico, Mitre vs Vélez Sarsfield*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.
- _ *Derecho administrativo*, T. IV, Dominio público, TEA, Buenos Aires, 1952.
- VILLODAS, A. R. / PINTO, M. / RODRÍGUEZ, F. / MERLO, A., “Líneas de ribera del cañón del Atuel –Río Atuel”, en FARIAS, H. D. / BREA J. D. / CAZENEUVE, R. (Edits), *RIOS 2005: Principios y Aplicaciones en Hidráulica de Ríos*. Segundo Simposio Regional sobre Hidráulica de Ríos, Neuquén, Argentina, 2005.
- WALSH, J. R., “Ambiente y Constitución en la Republica Argentina, la reforma de 1994 y los presupuestos mínimos de protección ambiental”, en Universidad Externado de Colombia, et al., *15 años de la Constitución Ecológica de Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- _ *Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial creada por la Resolución 68/03 del COFEMA en el marco del Convenio suscripto con la*

Fundación para el Desarrollo Forestal Ambiental y del Ecoturismo Patagónico, 2003.

_ “El medio ambiente en la nueva Constitución argentina”, *LL*, Suplemento de derecho ambiental, núm. 1, 1994.

WASSERMAN, F., / SOUTO, N., “Nación” en GOLDMAN, N., (edit.), *Lenguaje y Revolución, Conceptos políticos claves en el Río de la Plata, 1780-1850*, Prometeo libros, Buenos Aires, 2008.

WOLF, P., “¿La irresponsabilidad organizada? Comentarios sobre la función simbólica del derecho ecológico”, *ED*, T. 136, 1990.

ZAVALÍA, C., *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina: en relación con su modelo americano, con biografías de sus miembros*, Peuser, Buenos Aires, 1920.

ZEBALLOS E. S., “Derecho de Ribera”, *Revista de Derecho Historia y Letras*, Tomo XVI, Buenos Aires 1908.

ZUCCHERINO, R., M. / MORENO RITHNER, M. J., *Tratado de Derecho Federal, Estadual, Estatuyente y Municipal: Argentino y comparado*, T.I, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.