



## Las asambleas en el régimen de propiedad horizontal según el Código Civil y Comercial

Gabriela A. Iturbide

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Clases de asambleas.— III. Facultades de la asamblea.— IV. ¿Quiénes pueden participar en las asambleas?— V. Convocatoria.— VI. Orden del día.— VII. Autoconvocatoria.— VIII. Decisiones tomadas sin necesidad de reunión de la asamblea.— IX. Quórum y mayorías.— X. Registro de actas.— XI. Nulidad de la asamblea. Caducidad.— XII. La sub asamblea.— XIII. Asamblea judicial.— XIV. Los conjuntos inmobiliarios y la asamblea.— XV. Palabras finales.

➔ Los conjuntos inmobiliarios, en aquellas cuestiones que excedan del marco del Título VI que los regula, quedan sujetos al régimen típico y general de la propiedad horizontal. Y como no aparecen en el citado Título VI normas particulares con relación al procedimiento específico de la asamblea de propietarios en el conjunto inmobiliario, debe concluirse en que la asamblea como órgano fundamental para la deliberación y resolución de asuntos de interés común resultará de aplicación en tanto respete las pautas de la ley de fondo y del propio reglamento de propiedad horizontal.

tante legal), y el *consejo de propietarios*, si lo hay (art. 2044).

Esencialmente la asamblea es deliberativa, ya que comienza diciendo el art. 2058 del Código Civil y Comercial que “la asamblea es la reunión de propietarios”.

Como sostiene Gabás, la asamblea es el ente supremo, soberano e idóneo, apto para resolver todas las cuestiones de interés común, previa deliberación de los consorcistas, convocados a tales efectos, siguiendo pautas legales y reglamentarias, en cuanto a la convocatoria, deliberación y decisión (1). Es decir que la asamblea, como el órgano máximo de la voluntad del consorcio de propietarios, tiene un amplísimo marco de decisión, el que encuentra su límite en el Código, el Reglamento de propiedad horizontal, y el orden público (2).

Dice el nuevo Código en el art. 2058: “La asamblea es la reunión de propietarios facultada para resolver:

“a) las cuestiones que le son atribuidas especialmente por la ley o por el reglamento de propiedad horizontal;

“b) las cuestiones atribuidas al administrador o al consejo de propietarios cuando le son sometidas por cualquiera de éstos o por quien representa el cinco por ciento de las partes proporcionales indivisas con relación al conjunto;

“c) las cuestiones sobre la conformidad con el nombramiento y despido del personal del consorcio;

“d) las cuestiones no contempladas como atribuciones del administrador o del consejo de propietarios, si lo hubiere” (3).

Por otra parte, el art. 2056, inc. l), dice que el Reglamento debe contener, entre otras cuestiones, las “facultades especiales de las asambleas de propietarios”.

El art. 2058 le asigna a la asamblea competencia sobre determinadas cuestiones. Así, por ejemplo, el inc. b) dice que está habilitada para resolver “las cuestiones atribuidas al administrador o al consejo de propietarios cuando le son sometidas por cualquiera de éstos o por quien representa el cinco por ciento de las partes proporcionales indivisas con relación al conjunto”.

Pareciera entonces que, como señala Kiper, no es tan soberana, ya que no podría inmiscuirse en las cuestiones que le competen al consejo o al administrador, si no le son sometidas por los legitimados. Sin embargo, cabe interpretar que no es así, sino que puede resolver tales cuestiones, y otras, aun cuando no les sean sometidas por los involucrados (4).

En esa inteligencia, habrá que apreciar qué prevé el propio reglamento, que es ley para los titulares de unidades. De no existir en el estatuto limitaciones especiales, hay que inferir que la competencia de la asamblea es sumamente amplia. De no ser así, cuestiones delicadas podrían ser resorte exclusivo del administrador y habría que acatarlas siempre, aun cuando la mayoría no las comparta.

No puede ignorarse que la asamblea está facultada para remover al administrador (art. 2066) y al consejo de propietarios (arg. art. 2064); y que el administrador debe “ejecutar las decisiones de la asamblea” (art. 2067, inc. b). Por lo tanto no es posible aceptar que quien tiene la potestad de remover y de tomar decisiones para que sean cumplidas por el administrador, no pueda resolver temas que sean propios del dicho representante (5).

Las resoluciones que toma la asamblea, cuando ha sido válidamente constituida y se ha ajustado a las prescripciones estatutarias y legales, obligan incluso a los ausentes y disidentes.

### II. Clases de asambleas

Se las suele clasificar en *ordinarias* y *extraordinarias*. En las ordinarias, que son las que se celebran con periodicidad, está fijado en el reglamento el plazo para tratar temas que hacen al funcionamiento normal y habitual del consorcio, como la rendición de cuentas del administrador, la aprobación del presupuesto de gastos para el próximo ejercicio, la renovación de los miembros del consejo de administración, etc.

Las asambleas *extraordinarias*, en cambio, están destinadas a solucionar asuntos de interés común que surjan en cada caso. Se citan ante situaciones imprevistas. Son temas de especial importancia o urgencia, como la remoción del administrador, la necesidad de hacer una reparación que importe una erogación muy grande, etc. (6).

También se las puede clasificar en convocadas o autoconvocadas; o en no judiciales o judiciales.

### III. Facultades de la asamblea (7)

*III.1. Cuestiones atribuidas por la ley o el reglamento*

Hay cuestiones concretas que el Código atribuye directamente a la asamblea. Así, por ejemplo, la aprobación de una obra nueva (art. 2051); la decisión de demoler el edificio y vender los materiales en caso de grave deterioro (art. 2055); o designar el consejo de propietarios (art. 2064). En caso de conflictos entre los distintos sectores con independencia funcional o administrativa en un mismo consorcio (subconsorcios), el art. 2068 le encomienda la función de resolver “en definitiva”.

El art. 2058, inc. a) se refiere a “la ley”, esto es, que puede haber otras normas, además del Código Civil y Comercial, que atri-

### I. Introducción

Muchas veces se ha dicho que una fisonomía urbana diversa a la existente al tiempo de entrar en vigencia la ley 13.512, así como también el creciente auge constructivo y la evolución tecnológica, entre otros factores variados, imponían modificaciones en ese ordenamiento legal. En esta ocasión nos dedicaremos a analizar uno de los institutos más relevantes en el régimen de la propiedad horizontal a la luz del nuevo Código Civil y Comercial. Nos referimos a la *asamblea de copropietarios*.

Para comenzar, diremos que en la propiedad horizontal, consagrada como derecho real en el art. 1887 inc. c) del Libro cuarto Cód. Civ. y Com., y regulada específicamente en el Título V de ese Libro, el *consorcio* es una persona jurídica distinta de sus integrantes que actúa a través de órganos (art. 2044). La *asamblea* es uno de ellos, junto al administrador (representante legal), y el *consejo de propietarios*, si lo hay (art. 2044).

**DOCTRINA.** Las asambleas en el régimen de propiedad horizontal según el Código Civil y Comercial

Gabriela A. Iturbide..... 1

**NOTA A FALLO.** Fallo por el río Atuel. Federalismo ambiental y derecho ambiental de aguas

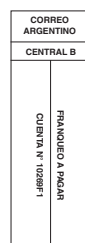
José Alberto Esain..... 5

### JURISPRUDENCIA

CONFLICTO AMBIENTAL INTERPROVINCIAL. Uso de río interjurisdiccional. Subsistencia del ecosistema. Derecho al agua. Acceso al agua potable. Desertificación. Daño ambiental.

Derechos de incidencia colectiva. Micro bien ambiental colectivo. Enfoque constitucional del ambiente. Federalismo de concertación. Función de la Corte Suprema. Cooperación, control y monitoreo. Facultades previstas en la ley General del Ambiente. Disidencia. Facultades de la Corte Suprema de carácter conciliatorio (CS)..... 4

TENENCIA ILEGÍTIMA DE ARMAS DE FUEGO. Legítimo usuario (CNFed. Crim. y Correc.)..... 10



CORREO ARGENTINO

CENTRAL B

FRANQUEO A PAGAR CUENTA N.º 1026611

buyan temas para la decisión de la asamblea. El concepto de “ley” es amplio, puede tratarse de un decreto, una ordenanza municipal, etc.

Además, como se dijo anteriormente, pueden surgir del reglamento cuestiones para ser tratadas por la asamblea.

### III.2. Cuestiones que someta el administrador, el consejo, o una mayoría mínima

Según el art. 2058, inc. b), la asamblea puede tratar cuestiones de competencias del administrador, o del consejo, cuando sean sometidas por éstos. Sin embargo, no hay que olvidar que la asamblea es soberana y que es el órgano máximo del consorcio, ya que expresa la voluntad de los titulares del derecho real. Además, es la asamblea la que designa a los otros órganos. Por ende, cabe sugerir una interpretación elástica de la asamblea, que no limite su competencia.

El inc. b) también permite tratar dichas cuestiones cuando son pedidas por “quien representa el cinco por ciento”. ¿Qué pasa si nadie tiene ese porcentaje pero se juntan varios? Cabe entender que el vocablo “quien” admite también que sean más de uno los que obtengan ese porcentaje. No pide el doble cómputo de valor y unidades, como sí lo hace el art. 2060, de modo que ese 5% se calcula sobre valores porcentuales.

Ahora bien, por la forma en que fue redactado el artículo, pareciera que si la cuestión es de competencia del administrador o del consejo, no puede ser tratada por la asamblea si estos no someten la cuestión o no es planteado por quienes superen el 5% del valor; pero no es así. De todos modos, si un asunto no interesa a una mayoría que pueda superar el 5%, es porque no tiene interés para los demás y, probablemente, no merezca ser tratado(8).

### III.3. Designación y remoción del personal de consorcio

El art. 2067, inc. f), dispone que le compete al administrador “nombrar y despedir al personal del consorcio, con acuerdo de la asamblea convocada al efecto”. Durante la vigencia de la ley 13.512, era una facultad que ejercía el administrador, muchas veces de manera inconsulta, lo que trajo problemas en varios consorcios que luego se veían enfrentados a demandas cuantiosas de indemnización por despido.

Lo mismo se puede decir del nombramiento, especialmente, del encargado del edificio, quien debe tratar diariamente con los propietarios. El Código, para evitar estos inconvenientes, con buen criterio limita el poder del administrador en forma expresa, imponiendo que esa decisión debe ser consentida por la asamblea.

### III.4. Cuestiones no atribuidas al administrador o al consejo de propietarios

Aquí se presenta nuevamente la cuestión, tratada anteriormente, sobre si la asamblea sólo puede resolver, además de lo que la ley le atribuya, únicamente los temas que no sean de competencia del administrador o del consejo (si lo hay). En nuestra opinión, ello no es así, ya que la asamblea al ser soberana, es competente en todos los temas, incluso en aquellos que el Código asigna a los otros órganos.

### IV. ¿Quiénes pueden participar en las asambleas?

Están habilitados para intervenir y decidir en la asamblea los propietarios de las unidades funcionales. El Código advierte que las mayorías se calculan sobre la “totalidad de los propietarios” (arts. 2059 a 2061). Además, el art. 2056, inc. m) se refiere a la “reunión de propietarios”. Podrán hacerlo también los titulares de unidades complementarias, si el reglamento permite su adquisición por quienes no cuentan con una unidad funcional y les confiere derecho a intervenir en la reunión (art. 2056, inc. q).

Si la unidad pertenece a más de una persona en copropiedad, todos ellos sólo tienen un voto. Si hay desacuerdo entre ellos, deberá aplicarse lo previsto en el art. 1994.

No es necesario que los propietarios concurren personalmente, ya que pueden hacerlo a través un apoderado, o bien ser representados por otro titular a través de una “carta poder”. El reglamento debe especificar las “limitaciones a la cantidad de cartas poderes que puede detentar cada titular de unidad funcional para representar a otros en asambleas” (art. 2056, inc. n). La *carta poder* suele llevar la firma certificada por escribano público, banco, policía o incluso, por el propio administrador. Muchas veces, los recaudos que se exigen para su validez se encuentran en el Reglamento.

El Código no limita la cantidad de cartas poderes, sino que deja librada la cuestión a lo que decida el reglamento. Algunas legislaciones extranjeras ponen límites (la ley francesa impide más de tres), para evitar la deserción de los propietarios y la excesiva concentración de poder en pocas manos.

Los poseedores por cualquier título, si bien están obligados al pago de las expensas (art. 2050), no tienen derecho a votar en la asamblea. Menos aún los tenedores.

El hecho de que el propietario se encuentre en mora en el pago de las expensas o de cualquier otra obligación que emane del reglamento no constituye un impedimento a su derecho a deliberar y votar en las asambleas, a menos que el reglamento lo establezca expresamente.

### V. Convocatoria

Toda decisión colectiva que vincule al consorcio y a sus miembros, para reputarse válida debe emanar del órgano asambleario. El primer paso para que pueda reunirse válidamente la asamblea es la convocatoria. Dice el art. 2059 que “Los propietarios deben ser convocados a la asamblea en la forma prevista en el reglamento de propiedad horizontal, con transcripción del orden del día, el que debe redactarse en forma precisa y completa; es nulo el tratamiento de otros temas, excepto si están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema”(9).

La convocatoria consiste en citar a todos los propietarios a la asamblea, indicando el día, la hora y el lugar en los que se realizará. Todo esto debe ser razonable, es decir, un día y una hora que sean accesibles a casi todos, y en un lugar que también sea conveniente(10).

La convocatoria la debe realizar el administrador (art. 2067, inc. a) y, en su defecto, el Consejo de Propietarios si lo hay (art. 2064, inc. a). Si estos omiten hacerlo, y no se da un supuesto de autoconvocatoria (art. 2059, segundo párrafo), se puede promover la asamblea judicial prevista en el art. 2063, salvo que el reglamento prevea otras alternativas.

Se requiere la forma escrita, ya que debe contener una serie de recaudos de difícil satisfacción por la vía verbal, entre ellos el “orden del día”. Debe ser hecha a través de un medio fehaciente, para impedir que algún titular alegue no haberse enterado; es necesario procurar que quede constancia de la recepción. Es ideal una carta-documento, un telegrama o una notificación notarial, pero se trata de medios un tanto costosos. Se suele utilizar el método del aviso individual que se reparte en cada unidad, y se pide la firma de haber recibido la citación.

No obstante, la cuestión debe estar prevista en el reglamento. El art. 2056, inc. m), dice que el estatuto debe prever la forma de convocar a la reunión, así como la forma de notificación. Pueden preverse sistemas más modernos, como la *notificación electrónica*, procurado un sistema que asegure la recepción, sin posibles cuestionamientos. También hay que tener en cuenta el domicilio que cada propietario haya constituido, ya que tienen obligación de hacerlo cuando se trate de uno diferente al de la unidad funcional (art. 2046, inc. f). Si no lo hicieron, se notifican en la unidad funcional. La prueba de haberse realizado la notificación le incumbe al administrador.

Las irregularidades acerca de la citación para la asamblea quedan convalidadas con la concurrencia de los propietarios sin objetar la forma y modo en que fueron convocados.

Si no se alcanzara una decisión por falta de tiempo y se decidiera que la reunión continúe en otra fecha, cabe entender que no es neces-

ria una nueva notificación, al estar todos enterados de lo que se decidió; o por haber debido tomar las precauciones para enterarse quien se retiró antes de tiempo.

### VI. Orden del día(11)

Dice el art. 2059 que la convocatoria debe ser confeccionada “con transcripción del orden del día, el que debe redactarse en forma precisa y completa”. Es una cuestión muy importante, para evitar que los asistentes se vean sorprendidos con temas suscitados durante el transcurso de la asamblea, sin haber tenido tiempo para reflexionar sobre ellos. También para proteger a los ausentes, que quizás decidieron no asistir por no estar interesados en los temas a tratar, para luego enterarse de que se adoptaron decisiones sobre otros asuntos.

El orden del día consiste en la enumeración “precisa y completa” de los temas que serán objeto de tratamiento y debate en la asamblea(12). La asamblea, por regla, sólo puede tratar esos temas y no otros, bajo pena de nulidad. La decisión de los temas a tratar, en principio, la adopta el administrador al formular la convocatoria (en su defecto el consejo de propietarios), aunque ciertas cuestiones son obligatorias, como su rendición de cuentas, su ratificación, entre otras. Además, quien o quienes representen más del 5% del valor también pueden pedir la inclusión de determinados temas (art. 2058, inc. b).

Finalmente, culmina el último párrafo del art. 2059 advirtiendo que “es nulo el tratamiento de otros temas, excepto si están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema”.

No es válido el tratamiento de temas no previstos en el orden del día, ni siquiera por tener la mayoría necesaria. Ello se debe a que muchos pueden haber votado el tema sin haberse preparado o informado suficientemente, y porque algún consorcista puede haber dejado de ir sin saber que el tema se trataría. Quizás, de haber asistido, hubiera influido en la decisión que tomaron los demás.

Hay una excepción que permite tratar temas no incluidos en el orden del día si a la reunión asisten todos y por unanimidad aceptan tratar el tema. Si no asistieron todos, y si estando todos uno solo se opone, ya no sería válida la decisión.

Se puede tratar un tema no previsto en el orden del día, si están todos y hay acuerdo unánime. Esta novedad apunta a la mayor agilidad y eficiencia en el funcionamiento del edificio.

### VII. Autoconvocatoria(13)

El segundo párrafo del art. 2059 prevé la autoconvocatoria (sin citación previa)(14). Dice que “la asamblea puede autoconvocarse para deliberar. Las decisiones que se adopten son válidas si la autoconvocatoria y el temario

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) GABÁS, Alberto A., “Manual teórico-práctico de propiedad horizontal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 325. En igual sentido, ver SICILIANO, Daiana, en CLERC, Carlos (dir.), “Derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial”, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2016, p. 207.

(2) Para profundizar la noción de asamblea, pude consultarse in extenso, CHIESA, Federico, “La asamblea en el derecho de propiedad horizontal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 24/30. Este autor entiende que en el escenario concreto de la asamblea de propietarios, y ante divergencias entre grupos de copropietarios y el representante legal del consorcio, es moneda corriente la discusión acerca de los deberes y facultades de los distintos órganos así como qué órgano prima sobre el otro; y concluye en que la asamblea prevalece sobre el administrador.

(3) Es una norma similar a la del art. 1999 del Pro-

yecto de 1998, con el agregado del inc. c), que le atribuye facultades para decidir el nombramiento y despido del personal de consorcio. Este inciso no figuraba en aquel Proyecto. Al respecto señala Chiesa (ob. cit., p. 53) que la nueva norma, no obstante alguna observación menor, resulta un acierto del legislador desde el comienzo, al determinar que la asamblea es, básicamente, una reunión de propietarios que tiene una serie de facultades, aunque por supuesto, también obligaciones.

(4) KIPER, Claudio, “Tratado de Derechos Reales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, t. I, p. 659.

(5) KIPER, ob. cit., p. 660.

(6) SICILIANO, Daiana, ob. cit., p. 210; MOLINA QUIROGA, E., “Manual de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 297. Este último autor destaca que las asambleas extraordinarias son todas aquellas que se convocan por una causa especial; y fuera de los términos o plazos previstos en el reglamento. A veces se estipula el plazo para su convocatoria, y en otros ca-

sos, deben aplicarse los usos y costumbres o la razonabilidad. Lo razonable es que la citación haya podido ser conocida y otorgue un tiempo mínimo para poder concurrir. No sería razonable exigir, por ejemplo, una semana de anticipación, ni tampoco cuatro horas. Sin embargo, advierte Molina Quiroga que debe ser tenido en cuenta el motivo de la convocatoria, ya que en muchos casos es el tenor del asunto a considerar; y su gravedad o urgencia lo que justificarán la brevedad de los plazos.

(7) Para el desarrollo de este tema seguimos a KIPER, ob. cit., ps. 660/662.

(8) Pueden presentarse situaciones injustas que habrá que examinar con cuidado. Así, por ejemplo, podría ocurrir que en un edificio de 2 unidades, uno tenga el 96% y el otro el 4%. No tiene chance de ser oído a pesar de representar la mitad de las unidades, pero la situación podría ser abusiva (KIPER, ob. cit., p. 661).

(9) Esta norma está inspirada en el art. 2000 del Proyecto de 1998.

(10) ABREUT de BEGHER, Liliana, “Derechos reales”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, ps. 236/237.

(11) Chiesa señala que los puntos del orden del día pueden distinguirse en formales, electivos e informativos (ob. cit., p. 73).

(12) Se ha juzgado que no es admisible que con la indeterminada denominación de “varios”, incluida como punto del orden del día a considerar en la asamblea de copropietarios, se delibere y resuelva sobre cuestiones de fundamental importancia para los integrantes del consorcio (CNCiv., sala D, LA LEY, 105-819) y, “la omisión de indicar en ésta (la convocatoria) el ‘orden del día’, o el tratamiento en la asamblea de asuntos no incluidos en él, vicia de anulabilidad del acto, únicamente con respecto a dichos asuntos y no con respecto a los restantes que reúnan todos los requisitos de validez exigibles” (CNCiv., sala D, LA LEY, 106-259).

(13) Chiesa se pronuncia en contra de la idea de la autoconvocatoria y de las decisiones “votadas” fuera de la

a tratar se aprueban por una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios”. La decisión, para ser válida, requiere de los dos tercios (15), en cuanto al temario a tratar, mientras que parece que bastaría la mayoría absoluta (o la que requieran la ley o el reglamento) para el fondo.

La norma exige dos tercios para aprobar el temario, por lo que se puede inferir que esa mayoría especial no es requerida para el momento de votar y decidir.

Esta mayoría debe integrarse con los propietarios de las unidades afectadas, si la decisión consiste en la limitación o supresión de derechos otorgados previamente a esas unidades (art. 2061).

### VIII. Decisiones tomadas sin necesidad de reunión de la asamblea

El art. 2059 finaliza estableciendo que “son igualmente válidas las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios aunque no lo hagan en asamblea”.

Este sistema es muy útil cuando se trata de aquellos edificios de pocas unidades, que no tienen por costumbre funcionar a través de asambleas.

### IX. Quórum y mayorías (16)

Para que una asamblea sea válida, deben concurrir varios requisitos, entre ellos —además de la convocatoria realizada en legal forma—: el quórum y la mayoría necesarios para adoptar la decisión. El *quórum* es la cantidad mínima de personas que deben estar presentes para que la asamblea pueda sesionar válidamente (17). Teniendo en cuenta que los votos se cuentan sobre el total y no sobre los presentes, el quórum mínimo coincide con la mayoría necesaria para la decisión que se pretende tomar. Una vez reunido el quórum, es necesario que se vote y que la decisión cuente con la mayoría suficiente. Sin perjuicio de otras que pueden ser previstas en el Reglamento, surgen de la ley tres mayorías posibles: absoluta (más de la mitad), dos tercios, y unanimidad. El reglamento puede agravarlas —art. 2056, incs. ñ) y o)— (18).

El Código no contempla grandes novedades en cuanto a las mayorías necesarias. Así, por ejemplo, para las obras nuevas o mejoras se requiere por regla la mayoría absoluta, pero excepcionalmente se precisaría la unanimidad: a) cuando la obra beneficie a uno solo de los propietarios; b) cuando importe elevar nuevos pisos o construcciones, o bien “gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial” (art. 2052).

Para otras decisiones, también se establece que la regla general es la mayoría absoluta (art. 2060), la que cederá cuando se exija una mayoría especial (19). La novedad está en el

cálculo de dicha mayoría absoluta: “computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto” (art. 2060). Esta doble exigencia no estaba impuesta como regla por la ley 13.512, la que sólo la preveía para el caso de vetustez del edificio (art. 16).

Por lo demás, “para la supresión o limitación de derechos acordados a las unidades que excedan de meras cuestiones de funcionamiento cotidiano, la mayoría debe integrarse con la conformidad expresa de sus titulares” (art. 2061). La solución puede implicar que en tales supuestos la mayoría a veces deba ser superior a la absoluta prevista, como regla general en el art. 2060, e incluso que se requiera la unanimidad.

También el Código apunta a solucionar un problema que se presenta con frecuencia en casi todas las asambleas. Generalmente, la mayor parte de los consorcistas no suele asistir a estas reuniones, las que se terminan realizando igual pero sin quórum (20). Al ser así, se corre el riesgo de que algún ausente pida la nulidad de la decisión, pero la otra alternativa es no hacer nada y que quede paralizado el edificio, a menos que se den supuestos que permitan la convocatoria a una asamblea judicial.

Para afrontar este problema, el Código prevé en el segundo párrafo del art. 2060 que “la mayoría de los presentes puede proponer decisiones, las que deben comunicarse por medio fehaciente a los propietarios ausentes y se tienen por aprobadas a los quince días de notificados, excepto que éstos se opongan antes por igual medio, con mayoría suficiente” (21).

Sin embargo, no aclara esta norma si para que comience a funcionar la asamblea al menos debe haber quórum. Cabe entender que debe coincidir con la mayoría necesaria para la decisión, como era anteriormente, ya que no se copió el último párrafo del art. 2000 del Proyecto de 1998, que decía que había quórum cualquiera sea el número de presentes.

Entonces, si hay quórum, pero no mayoría absoluta, porque no todos coinciden a la hora de votar, la mayoría de los presentes (mayoría relativa) propondrá una decisión y la comunicará a los ausentes por un medio fehaciente. Luego se aprueba, salvo que estos —antes de 15 días—, se opongan con una “mayoría suficiente”. Cabe entender que son más los que se oponen que los que propusieron la decisión. Entre los opositores se puede contar también a los que asistieron a la asamblea y votaron en contra, pues de no ser así, a pesar de haber asistido, tendrían menos poder que aquellos que ni siquiera concurren.

Así, por ejemplo, asisten a la reunión 50 personas y hay quórum. Una mayoría de 26 personas propone una decisión, pero no alcan-

za la mayoría absoluta, teniendo en cuenta el doble cómputo que exige el art. 2060, primer párrafo. Hubo 24 propietarios que votaron en contra. Dicha decisión es comunicada a los ausentes. Si sólo 3 se oponen, ya no se podrá hacer, dado que sumados a los 24 que ya se opusieron, parecen representar la “mayoría suficiente” para oponerse. Ello, claro está, en tanto coincidan con la mayoría de valor, ya que se exige el doble cómputo. Si nadie se opone, la decisión se aprueba (22).

Habrà que ver, entonces, cuántos ausentes no dicen nada. Si se trata de un número importante de ausentes que guarda silencio, cabe inferir que tácitamente aprueban lo que decidió la mayoría de presentes (23). Por ende, para determinar si hay una “mayoría suficiente” de opositores, además de contar a los que votaron en contra en la asamblea, también habrá que contar a los que se opongan posteriormente y a los que guarden silencio, para hacer la cuenta final y ver quiénes tuvieron mayoría.

El art. 2060 exige que la decisión de la mayoría de presentes se comunique de manera fehaciente a los ausentes, pero no queda claro si este sistema también es aplicable, cuando ni siquiera hay quórum. Pareciera que no. Como la gente no suele participar en las asambleas, es probable que se sigan realizando reuniones viciadas, pero donde el breve plazo de caducidad para impugnar (30 días) las termine convalidando.

### X. Registro de actas (24)

El art. 2062 del nuevo Código prevé que: “Sin perjuicio de los restantes libros referidos a la administración del consorcio, es obligatorio llevar un Libro de Actas de Asamblea y un Libro de Registro de firmas de los propietarios.

Debe labrarse acta de cada asamblea en el libro respectivo, en el que los presentes deben firmar como constancia de su asistencia. Las firmas que suscriben cada asamblea deben ser cotejadas por el administrador con las firmas originales registradas.

Las actas deben confeccionarse por un secretario de actas elegido por los propietarios; éstas deben contener el resumen de lo deliberado y la transcripción de las decisiones adoptadas o, en su caso, propuestas por la mayoría de los presentes, y ser firmadas por el presidente de la asamblea y dos propietarios. Al pie de cada acta, el administrador debe dejar constancia de las comunicaciones enviadas a los ausentes, de las oposiciones recibidas y de las eventuales conformidades expresas”.

Como puede verse, esta norma exige dos libros, que deben ser llevados por los administradores en relación con las asambleas; y está inspirada en el art. 2004 del Proyecto de 1998. No había en la ley 13.512 una norma similar, pero sí en su decreto reglamentario (25).

El primero de ellos (Libro de Registro de Firmas) tiene la función de archivar las firmas de los propietarios, las que deben ser cotejadas por el administrador para confirmar la identidad de firmas de los presentes con las registradas, con el fin de asegurar que sean los propietarios quienes se han presentado a la asamblea.

Ahora bien, en cuanto al Libro de Actas, cabe señalar que, como generalmente las actas no se extienden en el momento de realización de la asamblea, es costumbre que se designe en la asamblea (el punto debe figurar en el orden del día) a dos propietarios para que suscriban el acta una vez confeccionada y que los asistentes firmen al margen del Libro de Actas, para que quede constancia de su asistencia.

La última parte dice que el administrador debe dejar constancia de las “comunicaciones enviadas a los ausentes”, “de las oposiciones recibidas”, y de “las eventuales conformidades expresas”. Ocurre que hay comunicaciones antes de la asamblea, lo que no armoniza con el segundo párrafo del art. 2060, pero que también tiende a agilizar la toma de decisiones, máxime teniendo en cuenta que puede una mayoría de presentes proponer decisiones (art. 2060).

Aun teniendo en cuenta que el art. 2062 dispone que debe labrarse acta “de cada asamblea” en el “Libro de Actas de Asamblea”, dado que, como se dijo, está prevista la transcripción de la consulta individual posterior como manifestación de voluntad consorcial no asamblearia, no hay razones para dejar de exigir que las decisiones unánimes de los propietarios no reunidos en asamblea (art. 2059) también deban constar en el Libro de Actas (26).

### XI. Nulidad de la asamblea. Caducidad

La calidad de consorcista brinda un derecho fundamental: el de impugnar parcial o totalmente el acto asambleario; y aunque ese derecho no aparecía expresamente consagrado en la letra de la ley anterior, obviamente existía, resultando en aquel momento aplicable la normativa que el Código Civil consagraba respecto del instituto de la nulidad de los actos jurídicos. Ocurre que la asamblea como todo acto jurídico persigue producir efectos entre los diversos actores del sistema: propietarios, ocupantes, empleados, representante, etc. Como tal, requiere el cumplimiento de una serie de requisitos de forma y de fondo, desde su origen o inicio hasta su finalización. Así la asamblea producirá una decisión válida que significará, lisa y llanamente, la voluntad consorcial obligatoria para todos sus miembros, hayan votado en un sentido u otro, en tanto y en cuanto se haya respetado el sistema de mayorías en ese caso en particular (27).

Ahora bien, en los supuestos en que se realiza la asamblea sin una debida convocatoria, o si se tratan temas no incluidos en el orden del

### { NOTAS }

asamblea porque conspira contra el derecho que posee cada uno de los propietarios de conocer con antelación los temas a tratar así como el lugar y la fecha exacta de la reunión, de exponer su postura y de deliberar (ob. cit., ps. 77/79). El autor considera que esta posibilidad de autoconvocarse aumentaría la litigiosidad.

(14) El Proyecto de la Comisión exigía para esto la unanimidad, pero fue modificado en el Congreso. La solución reproduce la posibilidad que brinda el art. 158, inc. b), para todas las personas jurídicas privadas en ausencia de previsión específica, aunque aquí se exige la unanimidad para la aprobación del temario a tratar.

(15) La solución difiere de la posibilidad de la autoconvocatoria que brinda el art. 158, inc. b), para todas las personas jurídicas privadas ante ausencia de previsión específica, en la cual se exige la unanimidad. El art. 2000 del Proyecto de 1998 también exigía unanimidad en este supuesto.

(16) Sobre estos temas, puede consultarse *in extenso* CHIESA, Federico, ob. cit., ps. 82/89.

(17) MARIANI DE VIDAL, M. - ABELLA, A., “Derechos

reales en el Código Civil y Comercial”, Ed. Zavallá, Buenos Aires, 2016, p. 293.

(18) KIPER, ob. cit., p. 668; ABREUT de BEGHER, ob. cit., p. 237. La autora señala que debe distinguirse claramente en el desarrollo de la asamblea la mayoría necesaria para deliberar, del quórum que es la mayoría necesaria para decidir. Agrega que las mayorías legales pueden ser agravadas en el reglamento, pero las que fija el legislador nunca pueden ser disminuidas.

(19) Puede haber otras mayorías previstas en el Reglamento, y otras formas de computarlas —ver arts. 2056, incs. ñ), o), p) y 2057—. Al respecto, Siciliano distingue la mayoría absoluta (para la generalidad de las cuestiones), de las especiales (unanimidad, dos tercios de la totalidad de los propietarios y mayoría superior a la mitad del valor para el supuesto de gran deterioro o vetustez) (ver CLERC, ob. cit., ps. 210/211). Por su parte, Mariani de Vidal y Abella clasifican las mayorías en absoluta, dos tercios, unanimidad, y mayoría simple de presentes (caso de la asamblea judicial) (ob. cit., ps. 294/295).

(20) Algunos reglamentos contemplaron la posibilidad de que la asamblea pueda celebrarse en segunda convocatoria con los propietarios presentes, prescindiendo del número mínimo, pasada una breve extensión horaria de la primera; sin embargo, ni la ley 13.512 ni su decreto reglamentario habían previsto este remedio, razón que se volvía suficiente para permitir fulminar de nulidad por falta de quórum las decisiones que se tomaban en esta segunda convocatoria.

(21) La exigencia de un medio fidedigno e indudable representa un imperativo del propio interés del órgano facultado a convocar a la asamblea (el administrador o el consejo de propietarios) para hacerse de un instrumento que facilite la prueba en caso del desconocimiento de la citación o de su fecha, por parte de un propietario.

(22) Se trata de un ejemplo citado por KIPER, ob. cit., p. 670.

(23) El silencio implica manifestación de voluntad por existir un deber de expedirse que resulta de la ley (art. 263).

(24) Para la cuestión concerniente a los libros del consorcio y a las actas de las asambleas, sugerimos al lector ver CHIESA, ob. cit., ps. 113/123.

(25) Art. 5º, decreto ley 18.734/49: “Las decisiones que tome el consorcio de propietarios conforme al art. 10 de la ley 13.512, se harán constar en actas que firmarán todos los presentes. El libro de actas será rubricado, en la Capital Federal y Territorios Nacionales, por el Registro de la Propiedad, y en las provincias por la autoridad que los respectivos gobiernos determinen. Todo propietario podrá imponerse del contenido del libro y hacerse expedir copia de las actas, la que será certificada por el representante de los propietarios o por las personas que éstos designen. Las actas podrán ser protocolizadas. Será también rubricado por la misma autoridad el libro de administración del inmueble”.

(26) KIPER, ob. cit., p. 672.

(27) CHIESA, ob. cit., p. 90. Ese autor distingue las distintas fases de la asamblea: fase de convocatoria, fase de constitución formal del acto, fase de deliberación,

día, o se realiza la autoconvocatoria sin supe- rar la cantidad de dos tercios, o se aprueban decisiones sin quórum y/o sin mayoría, o se suprime el derecho de un titular sin su conformidad, o se adoptan decisiones ilegales o antirreglamentarias, o irrazonables, abusivas o arbitrarias, o ajenas a la competencia de la asamblea, o de objeto ilícito o imposible, o contrarias al orden público o a las buenas costum- bres, quien no haya asistido o haya votado en contra y que no la haya consentido expresa o tácitamente, puede pedir su nulidad (28). Tam- bién se puede impugnar la decisión tomada fuera de la asamblea si no hubo unanimidad o medió algún vicio.

Se trata en estos casos de una nulidad rela- tiva (art. 386), susceptible de confirmación (art. 393). Se aplican las normas sobre nulidad de los actos jurídicos. La demanda debe diri- girse contra el consorcio, no contra los que participaron en la asamblea (29).

Dispone el art. 2060, último párrafo, que “el derecho a promover acción judicial de nulidad de la asamblea caduca a los treinta días conta- dos desde la fecha de la asamblea”. Esta es una novedad, que no preveía la derogada ley 13.512.

El término no debe ser extenso, pues ello conspira contra el desenvolvimiento del sis- tema, toda vez que generaría dilatada incer- tidumbre acerca de la estabilidad de las deci- siones asamblearias, lo que no se compadece con el ritmo dinámico de la vida consorcial y conspira contra la seguridad jurídica. Pero el plazo fijado por el Código parece ser demasia- do breve, si se piensa que algún afectado, en especial si es lego, debe empaparse de la situa- ción, consultar un profesional, o a más de uno, y finalmente tomar la decisión de promover una acción judicial, hecho de relevancia y de importantes efectos. Se ha sugerido el de tres meses, tomando por analogía lo dispuesto por el art. 251 de la ley 19.550 (30).

El plazo se cuenta “desde la fecha de la asamblea”. Esto también es criticable, ya que generalmente los plazos (de prescripción) se cuentan desde que el afectado conoció o pudo conocer el vicio. Basta pensar en la realiza- ción de una asamblea que no fue debidamen-

te notificada a todos, lo que supone que los omitidos tendrán dificultades para enterarse de lo ocurrido. Además, como se advirtió en el punto anterior, las actas no suelen confec- cionarse el mismo día de realización de la asamblea (31).

## XII. La sub asamblea

Este órgano especial no estaba previsto en la legislación anterior. Sin embargo, en el nuevo Código, el art. 2068 dispone que en los edificios cuya estructura o naturaleza lo haga conveniente, el reglamento de propiedad hori- zontal puede prever la existencia de sectores con independencia funcional o administrativa en todo aquello que no gravita sobre el edificio en general. Cada sector puede tener una *sub asamblea*, cuyo funcionamiento y atribuciones deben regularse especialmente y puede desig- narse a un subadministrador del sector. En caso de conflicto entre los diversos sectores, la asamblea general resuelve en definitiva.

## XIII. Asamblea judicial (32)

El art. 10 de la ley 13.512 disponía que “Cuan- do no fuere posible lograr la reunión de la ma- yoría necesaria de propietarios, se solicitará al juez que convoque a la reunión, que se llevará a cabo en presencia suya y quedará autoriza- do a tomar medidas urgentes. El juez deberá resolver en forma sumarísima, sin más procedi- miento que una audiencia y deberá citar a los propietarios en la forma que procesalmen- te corresponda a fin de escucharlos”.

En la actualidad, el art. 2063 del nuevo Có- digo dice: “Asamblea judicial. Si el adminis- trador o el consejo de propietarios, en subsi- dio, omiten convocar a la asamblea, los pro- pietarios que representan el diez por ciento del total pueden solicitar al juez la convoca- toria de una asamblea judicial. El juez debe fijar una audiencia a realizarse en su presen- cia a la que debe convocar a los propietarios. La asamblea judicial puede resolver con ma- yoría simple de presentes. Si no llega a una decisión, decide el juez en forma sumarísima. Asimismo, y si corresponde, el juez puede disponer medidas cautelares para regulari- zar la situación del consorcio”.

Este último artículo está inspirado en art. 2005 del Proyecto de 1998 y es distinto al derogado art. 10, que se refería a la falta de quórum y/o de mayoría. Esto también puede ocurrir si se autoconvocan, pero no hay una mayoría de dos tercios para tratar el tema- rio, o para tomar la decisión fuera de la reu- nión (ver art. 2059), ya que en otros casos la mayoría de presentes puede proponer deci- siones (art. 2060). Pero ahora este problema no habilitaría la asamblea judicial. Lo que la justificaría es la falta de convocatoria por parte de quienes deben hacerlo: el adminis- trador o el Consejo de Propietarios (33).

Los propietarios pueden pedirle al juez que la convoque, si superan el 10%. No exige do- ble cómputo, aunque puede entenderse que es necesario por analogía. No obstante, pue- den surgir dudas teniendo en cuenta que el art. 2058, inc. b), sólo alude al 5% del valor, mientras que aquí se alude al 10% “del total”. El art. 2005 del Proyecto de 1998 decía que la podía solicitar “cualquiera de los propieta- rios”.

La citación a la asamblea la hará el juez de acuerdo a lo que prevea el Código Procesal aplicable. Otra novedad es que la resolución puede ser tomada por la mayoría simple de presentes (mayoría relativa) o, en su defecto, por el juez. No exige la norma que se trate de medidas urgentes, como preveía el derogado art. 10, pero se puede inferir que la asamblea judicial debe estar reservada para cuestiones de cierta importancia.

Se aclara expresamente que el juez puede dictar medidas cautelares (v.gr., designación de un administrador provisorio, suspensión de una obra nueva, etc.), aunque ello sería así aunque nada dijera la norma.

Los interesados deberán demostrar la omi- sión de los órganos encargados de convocar a la asamblea, su titularidad superior al 10%, y aunque la norma no lo exija —como tampoco lo hacía el art. 10 de la ley 13.512— deberán acreditar la urgencia o gravedad de las cues- tiones a decidir, ya que no ha variado el ca- rácter de remedio de excepción de la asam- blea judicial.

## XIV. Los conjuntos inmobiliarios y la asamblea

De conformidad con lo dispuesto en el art. 2075 del nuevo Código, todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal esta- blecida en el Título V del Libro cuarto, con las modificaciones establecidas en el Título VI, a los fines de conformar un derecho de propie- dad horizontal especial.

Al ser ello así, cabe interpretar que los con- juntos inmobiliarios, si bien conforman un de- recho real nuevo y autónomo que se determina en su propia normativa específica, en aquellas cuestiones que excedan del marco del Título VI que los regula quedan sujetos al régimen típico y general de la propiedad horizontal. Y como no aparecen en el citado Título VI nor- mas particulares con relación al procedimien- to específico de la asamblea de propietarios en el conjunto inmobiliario, debe concluirse en que la asamblea como órgano fundamental para la deliberación y resolución de asuntos de interés común resultará de aplicación en tan- to respete las pautas de la ley de fondo y del propio reglamento de propiedad horizontal, respecto del cual (al igual que en la propiedad horizontal común) ningún propietario ni ocu- pante podría desconocer su obligatoriedad.

## XV. Palabras finales

Al elaborar este artículo, intentamos acer- car al lector a los aspectos más relevantes y novedosos de uno de los institutos que resultan trascendentes en el adecuado funcionamiento del régimen de propiedad horizontal: las asam- bleas. Así vimos los legitimados para partici- par en ellas, cuáles son los asuntos que deben ser decididos por los copropietarios, las carac- terísticas de la convocatoria, el orden del día, el quórum, las mayorías, las clases de asambleas, la posibilidad de sugerir decisiones a los ausen- tes y de adoptar decisiones sin necesidad de reunirse, la vía prevista para denunciar ir- regularidades, y finalmente las exigencias para que pueda convocarse a una asamblea judicial. Esperamos haber logrado nuestro objetivo. ●

Cita on line: AR/DOC/446/2018

## { NOTAS }

fase de votación o resolución, y fase de documentación de la deliberación y resolución de los puntos tratados.

(28) CHIESA, ob. cit., p. 92. El autor se refiere a los legitimados para pedir la nulidad y así alude al prope- tario ausente, al presente que no haya votado a favor de la decisión que impugna o que se abstiene de votar, y al consejo de propietarios. En cuanto al representante legal, Chiesa advierte que en su mayoría, los autores y los fallos jurisprudenciales niegan al administrador la legitimación para plantear la nulidad de las decisiones tomadas por los propietarios reunidos en asamblea. Sin embargo, podrían darse, en el terreno de los hechos,

ciertos casos en los cuales por vía de excepción se ad- mita la actividad jurisdiccional desplegada por el admin- istrador, sea que hubiera participado o no del acto de la asamblea en cuestión. Por último, respecto del tema de los terceros (por ejemplo, un inquilino), el autor se opone categóricamente a la posibilidad de impugnación de las asambleas.

(29) CHIESA, ob. cit., p. 97.

(30) MARIANI de VIDAL, Marina, “Propiedad ho- rizontal. Asambleas. Nulidad. Plazo para deducirla”, LA LEY, 2014-B, 485. CHIESA, ob. cit., ps. 100/105. El Código Civil y Comercial Italiano de 1942 establece un

plazo de treinta días (art. 1137). La ley francesa de 1965 lo fija en dos meses (art. 42). Racciatti había sugerido el término de 60 días, a contar de la notificación de la resolución (“La propiedad horizontal en el proyecto de unificación de Códigos de la Cámara de Diputados”, y el proyecto allí transcripto, LA LEY, 1994-C, 825). Este fue también, el criterio del dictamen de la mayoría de la comisión que estudió el tema en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Actas publicadas por la Uni- versidad Nacional de Córdoba en 1961, ps. 222) y de las XIV Jornadas de Derecho Civil celebrados en Tucumán en 1993.

(31) En cuanto a los efectos de la nulidad de la asam- blea, ver CHIESA, ob. cit., ps. 106/108.

(32) Chiesa sostiene que este tipo de asamblea resul- ta ser la reunión de propietarios que por determinada imposibilidad, sesiona y resuelve en el escenario judicial (ob. cit., p. 151). El autor desarrolla *in extenso* esta figura en el Capítulo III, ps. 151/172.

(33) La doctrina ha señalado que debe distinguirse entre el derecho a solicitar la asamblea y el derecho de convocarla, considerándose que el primero le corres- ponde a los copropietarios y el segundo al administra- dor. Ver MOLINA QUIROGA, ob. cit., p. 305.

## NOTA A FALLO

### Conflicto ambiental interprovincial

**Uso de río interjurisdiccional. Subsistencia del ecosistema. Derecho al agua. Acceso al agua potable. Desertificación. Daño ambiental. Derechos de incidencia colectiva. Micro bien ambiental colectivo. Enfoque constitucional del ambiente. Federalismo de concertación. Función de la Corte Suprema. Cooperación, control y monitoreo. Facultades previstas en la ley General del Ambiente. Disidencia. Facultades de la Corte Suprema de carácter conciliatorio.**

Véase en página 5, Nota a Fallo

**Hechos:** Se suscitó un conflicto entre las provincias de La Pampa y Mendoza por el uso del río Atuel. La Pampa denuncia incumplimientos de parte de la Provincia de Mendoza con relación a lo decidido por la Corte Suprema en 1987 que habría afectado el medio ambiente pampeano, el acceso al agua potable de los habitantes, al cortar el cauce del río que ingresaba al territorio de la Provincia de La Pampa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó, en uso de su competencia dirimente, el plan de acción para dar por finalizado el conflicto.

- 1.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de dirimir el conflicto suscita- do por el uso del río Atuel entre las Pro- vincias de La Pampa y Mendoza ordena a estas que fijen un caudal hídrico apto en

el plazo de 30 días para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa; deben elaborar, en forma conjunta con el Estado Nacional, por intermedio de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, un programa de ejecución de obras que contemple diver- sas alternativas de solución técnica de las previstas con relación a la problemática del río, como así también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución; el programa deberá ser sometido a la aprobación de la Corte Suprema dentro del plazo de 120 días.

- 2.- La competencia dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación revis- te diversa naturaleza de la jurisdiccional y reconoce las siguientes pautas para su

ejercicio: es una función de naturaleza prudencial; deben ejercerse las potesta- des necesarias para arribar a la resolu- ción del conflicto, lo que implica recono- cerle “amplias facultades para determi- nar el derecho aplicable al litigio” y mo- dular la estructura procesal de su ejerci- cio, de acuerdo a las características de la situación; la discrecionalidad propia de la naturaleza prudencial no debe conducir a la arbitrariedad; se deben utilizar las he- rramientas necesarias para arribar a una solución de modo gradual y las decisio- nes tomadas por el tribunal deberán ser aplicadas por las partes conforme al cri- terio de “buena fe”, siendo este estándar un factor relevante al momento de pon- derar las responsabilidades que pueden emerger en caso de incumplimiento.

- 3.- La solución de un conflicto interprovincial por el uso del agua de un río requiere conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales; debe tenerse en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial, para que mantenga su sustentabilidad, considerando el interés de las generaciones futuras, ello con una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados; no debe limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura.
- 4.- La intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un conflicto interprovincial entre la Provincia de La Pampa y Mendoza, por el uso del Río Atuel, encuentra fundamento en el art. 127 de la Constitución Nacional, que supone conferir al más alto tribunal de la República la trascendente misión de dirimirlos máxime cuando el desentendimiento se ha mantenido durante décadas, siendo necesario encontrar una eficaz canalización racional de la disputa que evite escenarios de ahondamiento de las desavenencias y cuando en la causa se dirime una cuestión constitucional de la mayor relevancia, como la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional —art. 41 de la Constitución Nacional—, en el que se halla comprometido el interés general—art. 32 de la ley 25.675—.
- 5.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación, frente a la existencia de tensiones en las relaciones interjurisdiccionales, debe asumir una percepción conjunta o cooperativa, propia de un federalismo de concertación, que supere los enfoques disyuntivos o separatistas, ello porque es un inevitable surgimiento de desentendimientos e incluso hostilidades entre las provincias en el ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía, en los cuales ninguna de ellas podría erigirse en juez de su propia causa; la Constitución Nacional en su art. 127 ha previsto un mecanismo de solución de conflictos, una “competencia dirimente” del Máximo Tribunal.
- 6.- La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado; esta visión ha cambiado: ahora el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente.
- 7.- El ambiente no es un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, ello surge del art. 41 de la Constitución Nacional, que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente, deberes que en el derecho infraconstitucional se desarrollan en la Ley General del Ambiente y en el Cód. Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado.
- 8.- La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de “compatibilización”, que no es una tarea “natural” (porque ello significaría, “obligar” a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente “cultural”; la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales, como el que demarca la extensión de la cuenca de un río, debe ser conjugada con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural, esto es aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino.
- 9.- Cuando el art. 127 de la Constitución Nacional menciona el término “guerra”, debe ser interpretado no sólo limitado a situaciones bélicas propiamente dichas, sino a conflictos entre las provincias en los que la persistencia temporal y tensión del vínculo federativo no ha sido superada por la interacción de los respectivos Estados locales.
- 10.- El derecho al agua potable —micro bien ambiental colectivo— tiene una especificidad en el derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema.
- 11.- La obligación del Estado Nacional con relación a la lucha contra la desertificación es destinar recursos para combatir la sequía grave o desertificación, con una visión que excede el ámbito de un río interjurisdiccional, para comprender toda la cuenca y la región; implica un enfoque en la oferta de agua, y no sólo en el derecho al agua como demanda.
- 12.- La solución de un conflicto ambiental interprovincial por el uso de un río requiere la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales, porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales; la importancia de la ausencia de agua y la desertificación en esas áreas excede el interés de las provincias para implicar a una amplia región.
- 13.- Se entiende por cuenca hidrográfica el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común; la cuenca hidrográfica es el eje de la acción a cargo del Organismo de Cuenca; comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular y deben ser usados y conservados de manera integrada.
- 14.- La competencia dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no debe verse como una actividad arbitral discrecional ni como un juicio de equidad, pues ella, a diferencia de estas últimas, está claramente enmarcada por el derecho vigente; es una actividad que comprende atribuciones de carácter conciliatorio en la cual el tribunal cuenta con amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio, el que, en principio y como ella lo ha dispuesto, 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” (del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).
- 15.- El ejercicio de la competencia dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un conflicto ambiental interprovincial, en uso de las facultades conciliatorias asignadas por el art. 127 de la Constitución Nacional no obsta a que en una etapa posterior pueda resultar procedente ejercer la jurisdicción propiamente judicial en el marco de los arts. 116 y 117 de la Carta Magna (del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).
- 16.- La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la etapa preliminar de la solución al conflicto ambiental interprovincial por el uso de un río, tiene un objetivo ordenatorio y consiste en generar las condiciones que hagan posible la apertura de una instancia de trabajo cooperativo conjunto entre las provincias involucradas —La Pampa y Mendoza— y el Estado Nacional con el propósito de trazar un plan general que proporcione una solución definitiva a los reclamos de recomposición ambiental levantados por la Provincia de La Pampa; a esos fines, deben tener absoluta libertad para desarrollar el trabajo cooperativo en el ámbito en que lo consideren más propicio (del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).
- 17.- El Estado Nacional tiene deberes propios y directos en el combate contra la sequía grave o desertificación, aun así se requerirá su participación en la solución del conflicto ambiental interprovincial suscitado por el uso de un río, en la búsqueda de una conciliación de los intereses de las partes, en virtud de su mayor capacidad técnica y financiera para hacer efectivas las acciones que se acuerde llevar a cabo en relación con la problemática ambiental invocada, rol que no debe verse como un avasallamiento de las facultades reservadas por las provincias —arts. 121, 122, 124 y 125 de la Constitución Nacional—, puesto que no se trata de la creación de una unidad burocrática de carácter permanente que se imponga a las provincias, sino de su eventual aporte técnico y financiero a la solución del problema que involucre necesariamente a más de una jurisdicción (del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).

120.892 — CS, 01/12/2017. - Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza s/ uso de aguas.

[Cita on line: AR/JUR/84781/2017]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar) o en Preview]

# Fallo por el río Atuel

## FEDERALISMO AMBIENTAL Y DERECHO AMBIENTAL DE AGUAS

José Alberto Esain

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Antecedentes del caso en la Corte.— III. La jurisdicción dirimente de la Corte. Su versión aplicada a temas ambientales y la conjunción de los arts. 127, CN, y 7º, LGA.— IV. Sentencia atípica y anticipatoria.— V. La conflictividad ambiental y el proceso colectivo.— VI. El ambiente como bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible.— VII. Ambiente como bien colectivo y complejo.— VIII. Enfoque ecosistémico en la gestión de la cuenca.— IX. El nacimiento del derecho ambiental de aguas.— X. Federalismo ambiental.— XI. Presupuestos mínimos de protección ambiental derivados de los convenios internacionales en la materia.— XII. Del derecho de acceso al agua potable en “Kersich” al caudal ecológico.— XIII. La gestión de cuencas, los instrumentos de concertación, el regionalismo.— XIV. Conclusiones.

### I. Introducción

La Corte ha dictado una sentencia histórica. En el análisis de los diferentes aspectos del fallo anotado encontraremos temas como el derecho de aguas, el derecho ambiental y

la integración de ambos (el nuevo derecho ambiental de aguas), el federalismo ambiental, convenios internacionales que son utilizados a modo de presupuestos mínimos y como normas operativas e imperativas en el ámbito interno, entre otros.

Para comprender el tema en conflicto primero queremos hacer una semblanza del lugar. Al respecto, debemos considerar la ubicación de la cuenca del río Atuel. Ella se localiza en el sur de la provincia de Mendoza y comprende una porción del noroeste de la provincia de La Pampa. Ocupa el sector más meridional de las que integran el sistema del Desaguadero y posee una superficie aproximada de 39.404 km<sup>2</sup> (SSRH, 2002). El río Atuel nace en la laguna homónima de origen glaciar y su red de drenaje se extiende desde el Paso de Las Leñas, al norte, hasta el portezuelo de Las Lágrimas, al sur. Para Daniele y Natenzon, la superficie de la cuenca está comprendida por las ecorregiones Monte y Cardonales de la prepuna, estepas altoandinas y estepa arbustiva patagónica (árida) (1). El río Atuel es el quinto afluente del Desaguadero, es de régimen nival, aunque recibe también aportes pluviales y tiene una longitud aproximada de 600 km. Su cuenca de alimentación se halla a más de 3000 m de altura, en las cercanías del volcán Overo, y luego

de atravesar una zona deprimida se interna en el ámbito del bloque de San Rafael, donde ha labrado una estrecha garganta en la que forma los saltos que posibilitan la generación de energía hidroeléctrica (CFI, 1962; Atlas Físico Total, 1982). Aprovechando las características físicas del río Atuel en su tramo medio (desciende 580 m en tan sólo 45 km), se desarrolló un complejo para aprovechar la energía hídrica en esa gran diferencia de alturas. Los diques construidos fueron: Nihuil, Nihuil I, II y III, y el Compensador Valle Grande (2).

El conflicto planteado en el fallo se centra en que desde la provincia de La Pampa se denuncia que los usos hidráulicos que se han hecho sobre el río han impedido que éste llegue con el caudal suficiente a su territorio, lo que obstaculiza el desarrollo de esa zona del territorio al carecer de agua para el riego y el desarrollo de la agricultura y la ganadería. Por supuesto, Mendoza pretende sostener sus usos, pues de estas obras realizadas depende el riego de todo

el valle en la zona sur de su provincia (entre otros, zonas de San Rafael y Alvear).

## II. Antecedentes del caso en la Corte

El presente fallo reconoce antecedentes de importancia en el propio ámbito de la Corte, que tenemos que repasar:

a. *Causa “La Pampa, provincia de c. Mendoza, provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos”, sentencia del 03/12/1987*

Ésta es la causa más clásica de todas, que fue resuelta en el año 1987. Los antecedentes son que la provincia de La Pampa inicia demanda contra la de Mendoza a fin de que se la condene a no turbar la posesión que ejerce y le atañe sobre las aguas públicas interjurisdiccionales que integran la subcuenca del río Atuel y sus afluentes, a cumplir lo dispuesto en la res. 50/1949 de Agua y Energía Eléctrica y para que se reglen los usos en forma compartida entre ambas provincias. La actora encuadra el reclamo en los términos del art. 127, CN, que dispone una jurisdicción dirimente. En dicha causa la Corte resolvió: “1) La cuenca hidrográfica del Atuel — que se extiende por territorio de las provincias de Mendoza y La Pampa— tiene carácter interprovincial. 2) La provincia de Mendoza deberá realizar las obras necesarias para mejorar la eficiencia de su red de riego entre Valle Grande y Carmensa y permitirá a su terminación el paso de 100 hmS anuales hacia el territorio de la provincia de La Pampa, en condiciones meteorológicas normales. Las obras deberán realizarse en el plazo y condiciones señalados en el considerando precedente. 3) Instase a las partes a crear un ente administrativo común a los efectos del mejor cumplimiento de lo resuelto y para encarar las obras que en el futuro sean de su interés. 4) Impónganse las costas de esta queja en el orden causado y las comunes por mitades”.

### b. Hechos políticos y acuerdos interprovinciales

Algunos hechos —que tomamos del despacho del 04/02/2014 en autos “Palazzani” (3)— siguieron a esta sentencia en un intento por componer desde la política la conflictividad del caso. Enumeramos: el Protocolo de Entendimiento Interprovincial (del 07/11/1989), mediante el cual se creó la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI) con el objeto de ejecutar acciones tendientes a lograr una oferta hídrica más abundante que permitiera la creación de nuevas áreas bajo riego y el restablecimiento del sistema ecológico fluvial del curso inferior del río; el Convenio (del año 1992) entre ambas provincias, donde Mendoza se comprometía a entregar el caudal necesario de agua potable para satisfacer la demanda de uso humano de Santa Isabel y Algarrobo del Águila hasta un máximo de 6000 habitantes; el Acuerdo entre los gobernadores provinciales y los ministros nacionales del Interior y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (del 07/08/2008), donde se previeron obras para incrementar la disponibilidad de agua del río y distribuir los volúmenes por partes iguales entre ambas provincias. Este acuerdo fue ratificado por la Legislatura pampeana mientras que la Legislatura mendocina no lo ratificó.

c. *Causa “Palazzani, Miguel Á. c. Mendoza, provincia de y otro s/ amparo ambiental”*

Esta causa se inicia por el Sr. Miguel Á. Palazzani en su condición de “afectado” y de vecino de la provincia de La Pampa. Se promueve demanda por daño ambiental colectivo, en los términos de los arts. 41 y 43, CN, y 30 de la ley 25.675 General del Ambiente, contra la provincia de Mendoza, a fin de que se le ordene que cese en las actividades generadoras de la disminución del caudal fluvial ecológico del río Atuel Inferior y que adopte en un plazo razonable las medidas pertinentes que garanticen el uso equitativo de sus aguas respecto de los habitantes pampeanos. La causa tiene un despacho favorable fechado el 04/02/2014, donde se la considera de competencia originaria de la Corte en tanto que se dan los dos requisitos para que ello suceda: a) la competencia federal se activa por ser un conflicto interjurisdiccional en los términos del párr. 2° del art. 7° ley 25.675 General del Ambiente (en adelante, LGA); b) una provincia es “parte” en los términos del art. 117, CN. El citado despacho corre traslado de la demanda y al mismo tiempo dispone de un pedido de información a la provincia de Mendoza.

La segunda noticia relacionada al expediente “Palazzani” proviene del despacho del 26/12/2017, es decir, *a posteriori* de que la Corte resolviera el auto que hoy comentamos. En él se decide hacer lugar a la defensa opuesta por la provincia de Mendoza y se rechaza la demanda por diversos argumentos(4).

d. *Presentación de las organizaciones no gubernamentales en la causa L.195.XVIII, originario: “La Pampa, provincia de c. Mendoza, provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de uso”*

Con fecha 17/03/2009 se presentan la “Fundación Chalideuvú - Movimiento Popular Pampeano para la Defensa de Nuestros Recursos Hídricos y Ecosistemas (FUNCHAD)” y la “Asociación Civil Alihuen (árbol de pie)”. Solicitan ser admitidas en el proceso como terceros principales o excluyentes o, subsidiariamente, como terceros litisconsortes y autónomos, en los términos del art. 90, inc. 2°, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y del art. 32 de la ley 25.675, con el propósito de que se convoque a la provincia de La Pampa, a la provincia de Mendoza, al Defensor del Pueblo de la Nación y a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable del Estado Nacional a una audiencia oral y pública a efectos de “establecer las acciones concretas que deberán adoptarse con el fin de hacer cesar en forma inmediata el daño ambiental colectivo generado en la provincia de La Pampa debido a la omisión de ambas provincias de celebrar los respectivos convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos de las aguas del río Atuel... como así también, garantizar el caudal fluvio-ecológico mínimo en el curso inferior del río Atuel hasta tanto se concreten las medidas que resuelva el Alto Tribunal”. Alegan la necesidad prioritaria de recomponer el daño ambiental que se ha producido en la región oeste de la provincia de La Pampa como consecuencia de la disminución del caudal del río Atuel, y la omisión de los Estados provinciales involucrados de celebrar los

acuerdos necesarios para lograr una participación razonable y equitativa en los usos de esa cuenca hidrológica.

La Corte rechaza la presentación porque entiende que “extralimita el *thema decidendum* que fijaron las partes y, por lo tanto, no puede encontrar amparo en este proceso, cuyo objeto se agotó con el dictado del recordado pronunciamiento definitivo del 03/12/1987”.

e. *CSJ 243/2014 (50-L), “La Pampa, provincia de c. Mendoza, provincia de y otro s/ uso de aguas”, auto del 21/10/2014*

En este auto la Corte resolvió —con remisión al dictamen de la procuradora fiscal— que corresponde aceptar el trámite ante el tribunal por dos argumentos: la causa sometida por la actora —provincia de La Pampa— se refiere a una controversia relacionada con la tutela de un recurso de carácter interjurisdiccional como la cuenca del río Atuel (art. 7°, LGA), y además se la debe encuadrar en los términos del art. 127, CN, que dispone un mecanismo especial de solución de conflictos, confirmando expresamente al Alto Tribunal la potestad de dirimir dichas quejas interprovinciales, que en el caso aludían a la obligación de negociar y celebrar de buena fe convenios para regular los usos de la cuenca citada, conforme a lo resuelto por el tribunal en Fallos 310:2478.

## III. La jurisdicción dirimente de la Corte. Su versión aplicada a temas ambientales y la conjunción de los arts. 127, CN, y 7°, LGA

La sentencia en comentario se dicta en el marco de un conflicto interprovincial que es planteado por la provincia de La Pampa contra la de Mendoza ante la Corte, en el marco de la jurisdicción dirimente prevista en el art. 127, CN, es decir que en esto la nueva causa “Atuel” se parece mucho a la causa resuelta en 1987. Recordemos qué es la jurisdicción dirimente y cómo se adapta a la cuestión ambiental.

En términos formales, el art. 127, CN, prevé lo que Germán Bidart Campos enseñaba debe llamarse “jurisdicción dirimente”. Son causas que se radican ante el Tribunal Supremo Federal, en competencia originaria y exclusiva, pero en esta particular *jurisdicción*. El maestro rememora la queja resuelta en 1987 por el mismo conflicto que comentamos, pues en ella se fijan los modos que asume. En estos casos —dice— los conflictos interestatales asumen un carácter diverso al de otros en que participan provincias y cuyo conocimiento también corresponde al tribunal de manera originaria y exclusiva. Por este motivo, se requiere que se otorguen a la Corte amplias facultades para determinar el derecho aplicable, el que en principio será el derecho constitucional nacional o comparado y, eventualmente, si su aplicación analógica es posible, lo que la Corte norteamericana llama “*common law* federal” y el derecho internacional público (en el caso “Atuel” de 1987, la Corte desechó la aplicación del derecho privado invocado por La Pampa). Debemos recordar —dice Bidart Campos— el voto del Dr. Fayt, donde se llama la atención respecto a la voz “dirimir”, que no es “juzgar”, por

lo que ha de entenderse que el art. 127, CN, “crea esta peculiar competencia de la Corte para *ajustar, fenecer, componer* controversias entre provincias, y convierte al tribunal en órgano de conciliación” (5).

Éste es un primer aspecto del caso: no se resuelve en el marco de una jurisdicción ordinaria sino excepcional, “dirimente”, en la que la Corte se coloca por fuera de los Estados miembros de una federación, de modo similar a lo que sucede con un tribunal internacional de justicia cuando Estados soberanos se someten a su jurisdicción. Por este motivo, el material de que se dispone en estas resoluciones es distinto a aquel que se utiliza en casos ordinarios. Se abastecerá de derecho derivado de la Constitución Nacional, del derecho comparado, del internacional público y, sobre todo, en un caso como el presente, de las reglas de manejo de cuencas hídricas internacionales y los principios que derivan del derecho ambiental internacional e interno.

En materia ambiental estos aspectos mutan —no radicalmente—, pero obligan a entrecruzar los aspectos de la jurisdicción dirimente “clásica” con el derecho ambiental. Es el mismo fenómeno que se diera en el derecho internacional público cuando se pasó a resolver conflictos relacionados con las alteraciones del ambiente. Así se produce el nacimiento del derecho internacional medioambiental (en adelante, DIMA) (6). *Mutatis mutandis*, el proceso es similar y obliga a repensar esta queja del art. 127, CN, obligando a una tramitación con audiencias públicas, presentación de *amicus curiae*, terceros, etc., a las que se le aplicarán las Ac. 28/2004, 14/2006 (amigos del tribunal) y 30/2007 (audiencias públicas), entre otras (7).

## IV. Sentencia atípica y anticipatoria

El segundo aspecto procesal sobre el que nos gustaría llamar la atención es que la resolución del 01/12/2017 se inscribe en lo que se ha dado en llamar una sentencia atípica o manipulativa en los términos de Néstor P. Sagüés (8). Más específicamente, estamos ante una sentencia anticipatoria, pues en ella la Corte, en lo que sería uno de los primeros despachos de la causa, pretende arreglar los aspectos urgentes del conflicto sometido ante sus estrados. No espera a la etapa posterior a la prueba (que en el proceso clásico sería en la que respondería sentenciar) y, luego de un breve intercambio de posiciones, en una audiencia pública donde recibe alegatos de las partes y “amigos del tribunal”, se dispone la primera resolución, que le permite comenzar a cambiar la realidad del conflicto que por fuera del expediente existe. En esto, es interesante notar la relación entre lo fáctico y lo que formalmente sucede en el expediente, es decir, la relación entre procedimiento y conflicto (9). Un antecedente de sentencia anticipatoria lo encontramos en la resolución del 20/06/2006 en autos “Mendoza, Beatriz” (10), en donde la Corte, como primer despacho de la llamada causa “Riachuelo”, adopta una decisión que se parece más a una sentencia que a un auto inicial, pues ordena la presentación de un plan de saneamiento y recomposición ambiental.

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) DANIELE, C. - NATENZON, C., “Las regiones naturales de la Argentina: Caracterización y diagnóstico”, en DANIELE, C. - BURKART, R., - DEL VALLE RUIZ, L. - NATENZON, C. - ARDURA, F., *El sistema nacional de áreas naturales protegidas de la Argentina. Diagnóstico de su patrimonio y su desarrollo institucional*, Buenos Aires, 1994.

(2) Fuente: Cuenca del Río Atuel, nro. 59: [http://mininterior.gov.ar/obras-publicas/pdf/59\\_nueva.pdf](http://mininterior.gov.ar/obras-publicas/pdf/59_nueva.pdf).

(3) P.732.XLVI, originario: “Palazzani, Miguel Á. c. Mendoza, provincia de y otro s/ amparo ambiental”.

(4) La Corte divide el rechazo en dos votos: el voto mayoritario (Lorenzetti, Maqueda, Rosatti) se funda

en que el conflicto debe encuadrarse en la jurisdicción dirimente del art. 127, CN, la que sólo admite a los Estados miembros de la federación como parte. Por este motivo se imponen costas por su orden. El voto minoritario rechaza la acción atento a que el actor encuadró su demanda en la “acción de cese” (párr. 3°, art. 30, LGA), y no identificó la acción generadora del daño, requisito imprescindible para que proceda la acción, y por este motivo condena en costas.

(5) Al respecto se puede consultar BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 662, y los considerandos que van desde el 60 al 69 de la sentencia de 1987, donde la Corte argentina, con cita de los

autores americanos, perfila la jurisdicción dirimente.

(6) DRNAS de CLÉMENT, Zlata, “El derecho internacional ambiental como subdisciplina del derecho internacional público en la ‘era global’”, *Revista Integración en Ideas*, publicación electrónica cuatrimestral del Instituto para la Integración y el Desarrollo Latinoamericano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán (IDELA/UNT), TORRES, Jorge J. (dir.), vol. 1, abril/2011, p. 7.

(7) Para indagar se pueden consultar ESAIN, José A., “Juicio por daño ambiental”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014; FALBO, Aníbal J., “Derecho ambiental”, Ed. Platense, La Plata, 2009; MORELLO, Augusto - CAFFERATTA, Néstor, “Visión procesal de cuestiones am-

bientales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

(8) Ver SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho procesal constitucional, logros y obstáculos”, Ed. Konrad Adenauer Stiftung - Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 75.

(9) Hemos tratado la relación entre conflicto y proceso ambiental en ESAIN, José A., “Competencias ambientales”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, ps. 695/698. Se puede ver en coincidencia LORENZETTI, Ricardo, “Justicia colectiva”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

(10) CS, M.1569.XL, originario: “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo)”.

En cuanto al aspecto resolutorio de la sentencia del 01/12/2017, éste se enfoca en tres aspectos:

- *Caudal hídrico ecológico*: se ordena a las partes que fijen un caudal hídrico apto en el plazo de treinta (30) días para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa (pto. II del resolutorio).

- *Programa de ejecución de obras*: se ordena a las provincias de La Pampa y Mendoza, en forma conjunta con el Estado nacional, que elaboren y presenten en ciento veinte (120) días un programa de ejecución de obras (pto. III del resolutorio).

- *Fortalecimiento de la CIAI*: se exhorta a las provincias y al Estado nacional a que aporten los recursos necesarios para el fortalecimiento institucional de la CIAI (pto. IV del resolutorio).

Como se puede notar, dos de las tres partes del resolutorio son órdenes (II y III) y una es una exhortación (sentencia “exhortativa” o “manipulativa”, el apart. IV)(II). Entonces estamos ante una sentencia anticipatoria, en una jurisdicción dirimente de la Corte (art. 127, CN), pero que se compone de mandatos y exhortaciones.

### V. La conflictividad ambiental y el proceso colectivo

La Corte debe, como primer paso en la sentencia del 01/12/2017, justificar su “regreso al caso”, habiendo dado la histórica sentencia del año 1987. Para no ser alcanzada por la excepción de *non bis in idem*, el Alto Tribunal recompone el conflicto en base a nuevos elementos fácticos y jurídicos que no existían en 1987 (o por lo menos que no eran visibles) y que son los que permiten reabrir el expediente y resolverlo en 2017. En este sentido, se enumera el advenimiento de los “derechos de incidencia colectiva”, género del cual el “ambiente” resulta ser una especie expresamente reconocida en el art. 43, CN. Al respecto, el consid. 5 dice “que si bien en el *sub examine* se configura un conflicto entre las dos provincias involucradas acerca del uso del río Atuel —que ha sido calificado como interprovincial—, las cuestiones sometidas a decisión de esta Corte en el caso, presentan aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 03/12/1987 (Fallos 310:2478), dado que con el paso de los años, el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994” (el destacado nos pertenece).

Este nuevo marco jurídico se apoya en nuevos aspectos fácticos que redefinen la “conflictividad ambiental”, la que, por fuera, en paralelo al expediente judicial, evoluciona, lo que obliga a la Corte a replantear el caso y darle un abordaje diferente.

### { NOTAS }

(11) En este supuesto, el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional, encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución. Puede o no fijarle plazo preciso al respecto. La fundamentación es que con esa actitud la magistratura constitucional respeta el principio de división de poderes (dado que no invade ni asume las competencias legisferantes del Parlamento), y a menudo, de modo directo o indirecto, da pautas sobre el contenido del nuevo precepto normativo, con lo que también economizan futuras posibles declaraciones de inconstitucionalidad, si esas guías son satisfechas (al respecto se puede consultar SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho procesal constitucional...”, cit., p. 75).

(12) La cita que se hace a Fallos 329:2316 hace referencia a la causa “Riachuelo” comentada.

(13) Ver ESAIN, José A., “El ambiente como bien jurídico complejo. Primera parte”, *DPI Cuántico. Diario Ambiental*, nro. 85, CORVALÁN, Juan G. (dir.) - MARCHESI, Guillermo - RINALDI, Gustavo (responsables de

### VI. El ambiente como bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible

En el párr. 2° del consid. 5 se avanza en la calificación de este bien jurídico, el que transforma el caso judicial de 1987, por reclamos entre las provincias de La Pampa y Mendoza por el uso del río Atuel, en un caso que trata del “ambiente” como “bien colectivo, de “pertenencia comunitaria”, de “uso común” e “indivisible” (12). Continúa el párrafo explicando que “esta calificación *cambia sustancialmente el enfoque del problema*, cuya solución no sólo debe atender a las pretensiones de los Estados provinciales, ya que los afectados son múltiples y comprende una amplia región” (el destacado nos pertenece). Estamos ante un conflicto que, por tratar de un bien colectivo, indivisible, como el ambiente, excede a esas partes del expediente clásico. Esto es lo que provoca el rechazo de la demanda de “Palazzani”. De todos modos, el conflicto en su médula refiere a un problema entre las provincias por el manejo de la cuenca del río Atuel, lo que también provocó el rechazo de la presentación de las ONG que pidieron la reapertura de la causa originaria por daño ambiental, atento a la necesidad de que el planteo se dé por las provincias. Pero, como vemos, en este aspecto la Corte repite la calificación del ambiente como bien colectivo, indivisible, de uso común y pertenencia comunitaria, tal como la descripción de aquel auto clásico del 20/06/2006 en la causa “Riachuelo”.

### VII. Ambiente como bien colectivo y complejo

La cuestión no se queda allí, porque en el párr. 3° del consid. 5 se hace una mención respecto al bien colectivo ambiente, coherente con otras resoluciones de la Corte sobre las que habíamos llamado la atención: nos referimos a la descripción del ambiente como *bien complejo* (13).

Hemos dicho que “el ambiente resulta ser un bien jurídico complejo, pues sintetiza varios sistemas dentro de sí. La clásica técnica decimonónica que dividía las ‘cosas’ en ‘categorías’ en esta disciplina tendrá un lugar secundario, pues primariamente el bien se compone de ‘sistemas’, conformando estructuras, inmersas en ‘entornos’, todo lenguaje estructuralista. Estos sistemas son: aire, agua, suelo, flora y fauna, patrimonio natural y cultural y además, estructuras que se pueden resumir en enfoques diversos como ambiente urbano y ambiente natural. La complejidad del bien jurídico ambiente implica pensarlo en diferentes estratos y escalas” (14).

Raúl Brañes explicaba que el ambiente debía ser entendido “como un sistema, vale decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, pero con la precisión de que

sección) - BELOCCHIO, Lucía (coord. gal.), 24/09/2015. En este trabajo repasamos los que para nosotros son diferentes autos de la Corte de los que se desprende de modo tácito el tratamiento del ambiente como bien complejo. Tres son los autos que encuadran en esa lógica. El primero es M.1569.XL, originario: “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo)”, despacho del 20/06/2006, donde se avanza sobre el daño al ambiente como bien colectivo referido a un vasto territorio del Gran Buenos Aires —la cuenca Matanza-Riachuelo— en simultáneo que se rechazan los reclamos por daños individuales que se circunscriben a cada casa de cada vecino. El segundo caso es S.I144.XLIV, originario: “Salas, Dino y otros c. Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, autos del 29/12/2008 y 26/03/2009, por el desmonte en la provincia de Salta, donde se sopesa la información que se tiene respecto a más de trescientos pedidos de deforestación y los impactos que cada uno puede generar, comparado con la falta de estudio respecto a los impactos acumulativos que pueden darse por la conjunción de todos es-

esas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados, que constituyen el sistema” (15) (16).

Michel Prieur explica que “el ‘patrimonio común’ es una noción compleja, de geometría variable, que trasciende la distinción de sujeto y de objeto y las diferenciaciones entre derecho público y derecho privado, o entre derecho internacional y derecho nacional” (17).

En el marco normativo, se pueden observar varios artículos que se enfocan en los sistemas ambientales y no en las cosas o recursos naturales. Anotamos en primer lugar la norma por excelencia que origina toda esta tesis: el principio 2 de la “Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano”, celebrada en Estocolmo en el año 1972, donde se dice: “Los recursos naturales de la tierra, incluidos, el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”. La Constitución de Bulgaria de 1971 dispone en su art. 31 “la protección y la salvaguarda de la naturaleza y de las riquezas de las aguas, del aire y del suelo, así como de los monumentos de la cultura”, enumerando nuevamente sistemas, no cosas. La Constitución de Yugoslavia de 1974 en su art. 85 se refiere al “suelo, los bosques, las aguas, los cursos de agua, el mar y las costas y las riquezas mineras y otros recursos naturales, los bienes de uso común así como los bienes inmuebles y otros objetivos de interés general, de una especial protección, y su uso ha de ajustarse a las condiciones y modalidades prescritas por la ley”.

Esta tesis en la Argentina tiene como padre a Ricardo Lorenzetti, lo que evidentemente ha influenciado al Alto Tribunal (18). Así llegamos al párr. 3° del consid. 5, donde se explica que existe un macro-bien llamado “ambiente”, que congloba la idea que otros autores denominan “biósfera”, en relación con micro-bienes, como el agua o el suelo. Ése es el objeto final de protección. Es un problema común a la humanidad, que excede incluso al derecho internacional clásico y que podríamos verlo como de responsabilidad de toda la comunidad de países. El derecho ambiental reposa su actividad primero en la gestión sobre ese *bien jurídico colectivo, compuesto por sistemas* más allá de los bienes individuales que lo integren.

### VIII. Enfoque ecosistémico en la gestión de la cuenca

En el mismo consid. 5 la Corte vuelve a ser vanguardista, pues describe el conflicto fáctico como colectivo, ambiental e inscripto en el marco del desarrollo sostenible, utilizándolo como vector que transforma al caso judicial.

tos actos en un análisis considerado en un territorio más amplio. El tercer caso es 1274/2003 (39-A), “Asociación Superficiares de la Patagonia c. YPF SA y otros s/ daño ambiental”, auto del 30/12/2014, donde la Corte considera que hay daños a gran escala que alcanzan a afectar la cuenca del río Colorado, que son interjurisdiccionales, respecto de los cuales ella confirma su competencia; siendo que también hay otros daños dentro del mismo territorio, respecto de los cuales ella se considera incompetente porque son puntuales y localizados y por lo tanto no cumplen con el requisito de interjurisdiccionalidad. En los tres ejemplos vemos cómo el “ambiente” se presenta como un bien que abarca un territorio grande, y al mismo tiempo otro más puntual. Esto es admitir la calidad de complejo, estructural, sistémico aunque no se lo diga.

(14) ESAIN, José A., “El ambiente como bien jurídico complejo. Primera parte”, cit.

(15) BRAÑES, Raúl, “Manual de derecho ambiental mexicano”, Ed. Fundación Mexicana para la Educación Ambiental - Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

(16) Ramón Martín Mateo llama “espacialidad singu-

lar” a esta característica, cuando dice: “los imperativos ecológicos hacen que el ámbito espacial de las actuaciones administrativas venga dado en función del marco más o menos impreciso en que tienen lugar los mecanismos de emisión-transporte-inmisión. Este ámbito puede ser mayor o menor según los subsistemas que se acoten dentro del sistema general, delimitándose así los contornos imprescindibles para que la acción administrativa sea eficaz” (MARTÍN MATEO, Ramón, “Tratado de derecho ambiental”, cit., ps. 92/93).

Esto se retransmite también a la gestión de la cuenca. Se dice en la sentencia: “La solución de este conflicto, que, por otra parte, es cada vez más frecuente en el mundo actual y lo será en el futuro, requiere *conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales*. También hay que tener en cuenta que *la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial*, para que mantenga su *sustentabilidad*. Asimismo, se debe considerar el *interés de las generaciones futuras*, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente. Esta calificación del caso exige, por lo tanto, una consideración de *intereses que exceden el conflicto bilateral* para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la *sustentabilidad* futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan” (el destacado nos pertenece).

Es la Corte la que define al *conflicto* por los usos del río Atuel como excediendo “tanto intereses personales como los provinciales”, es decir, los clásicos centros de imputación procesal y de gestión pública se desmoronan con esta nueva perspectiva. Por este motivo, ni el proceso judicial clásico —como el resuelto por la sentencia de 1987— ni la gestión de la cuenca mediante la CIAI —como hasta la fecha han estado procediendo— dan respuesta al conflicto en los términos que el sistema jurídico actual exige. La Corte sostiene en este párr. 4° del consid. 5 que “hay que tener en cuenta que *la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial*, para que mantenga su *sustentabilidad*”. La gestión de la cuenca debe darse en clave de *ecosistemas*. El agua es un componente más, pero no es el único, y se lo debe analizar como soporte del ecosistema.

Rindamos homenaje al gran maestro del derecho de aguas en la Argentina, padre del derecho ambiental en nuestro país y en los países de habla hispana, Guillermo Cano. En su tesis doctoral (19) ya planteaba la noción de cuenca hídrica enfocada en “ecosistemas” (“sistemas ecológicos compartidos”, ya decía) y no en las aguas o los cauces de los ríos solamente. Esa vieja tesis decanta en nuestra sentencia del 01/12/2017. Veamos qué significa para Cano y para la gestión de cuencas hídricas este concepto de enfoque ecosistémico y su alcance. Decía Cano que “el derecho fluvial internacional nació y se desarrolló alrededor de la idea de ríos y no de la de *cuenca*, quizá porque entonces el uso predominante, cuando no único, era la navegación. En ese período, algunos hasta limitaban la internacionalidad a la corriente principal, y no a los tributarios, sobre todo cuando éstos escurrían íntegros por el territorio de un país para confluir a la corriente principal en un lugar en que ésta era límite. Así lo establecen, en cuanto a la libertad de navegación, algunos

lar” a esta característica, cuando dice: “los imperativos ecológicos hacen que el ámbito espacial de las actuaciones administrativas venga dado en función del marco más o menos impreciso en que tienen lugar los mecanismos de emisión-transporte-inmisión. Este ámbito puede ser mayor o menor según los subsistemas que se acoten dentro del sistema general, delimitándose así los contornos imprescindibles para que la acción administrativa sea eficaz” (MARTÍN MATEO, Ramón, “Tratado de derecho ambiental”, cit., ps. 92/93).

(17) PRIEUR, Michel, “La noción de patrimonio común”, JA 1998-IV-1014.

(18) Antonio H. Benjamín peregrina por una idea similar al referirse al “macro” fin del derecho ambiental, que es “lograr la sustentabilidad” (BENJAMÍN, Antonio H., “¿Derechos de la naturaleza?”, en AMEAL, Oscar [dir.] - TANZI, Silvia [coord.], *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Obra en homenaje al Profesor Doctor Roberto López Cabana*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2001, p. 31).

(19) La cita es textual del trabajo de CANO, Guillermo, “Recursos hídricos internacionales de la Argenti-

tratados de los que la Argentina es signataria. Cuando las leyes de la naturaleza relativas a la hidrología y a la interdependencia entre los recursos naturales empezaron a ser conocidas y recibidas por los juristas, la idea de *cuenca* sustituyó a la de *río* (20). La ILA en su conferencia de Nueva York en 1958 (21) fue de las primeras en recoger este concepto en el campo jurídico, trasladado en 1966, con enmiendas, a las Reglas de Helsinki (22).

En ese punto Cano explica que “los límites de una cuenca hídrica superficial los ha trazado y hecho visibles la naturaleza, estableciendo las líneas del divorcio de las aguas. La Regla II de Helsinki define a una *cuenca hidrográfica internacional* como el agua geográfica que se extiende por el territorio de dos o más de dos Estados, delimitada por la línea divisoria del sistema de las aguas, incluyendo las aguas superficiales y subterráneas que fluyen hacia un término común. En mi opinión, dentro del ámbito geográfico así definido, los siguientes recursos naturales integran la cuenca, aunque estén sujetos a distintos regímenes jurídicos: a) las *aguas* de la corriente principal, de todos sus tributarios, y de los lagos que forman parte de ella; b) los *lechos* o *cauces* de dichas *aguas* y el *subsuelo* de ellos; c) el *suelo*, *la flora* y *la fauna silvestres* y *otros recursos naturales conexos* con los hídricos, y que se hallen allí dentro. De tales elementos, las aguas corrientes, a causa de su fluidez y movilidad, son indivisibles e incontentibles. Los demás son físicamente divisibles. Ello es lo que determina la diversidad entre los regímenes jurídicos de unos y otros. He dicho que las aguas corrientes son ‘incontentibles’ porque, por más que pueden construirse presas de regulación hiperanual, las posibilidades de almacenamiento no son infinitas e ilimitadas”. Como vemos, la noción de cuenca para Cano se extiende no sólo a las aguas, sino a todos los sistemas ambientales, un enfoque de diversidad biológica. Por eso la conclusión del maestro es que “no sólo las *aguas superficiales* y *subterráneas*, los *cauces* o *lechos* que integran una cuenca, y las *aguas atmosféricas*, están envueltos en la definición de su régimen jurídico, sino que *también lo están los otros recursos naturales conexos* a que me refiero” (23) (el destacado nos pertenece).

Por eso, en la sentencia del pasado 01/12/2017 por el conflicto del manejo de la cuenca del río Atuel resuenan las enseñanzas del maestro Cano, que explicaba que no se debía hablar de estado ribereño sino de “estado partícipe de la cuenca”, y que además recomendaba hablar de “recurso compartido” (según nuestra visión, base del concepto de “sistemas ecológicos compartidos” de los principios de “solidaridad” y “cooperación” del art. 4º, LGA). Dice: “las

voces ‘recursos compartidos’ adquirieron internacionalmente relieve jurídico a partir de Estocolmo 1972 y particularmente en el seno del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Ellas *incluyen* a las *cuenclas hídricas internacionales*, tal cual quedaron definidas precedentemente, *pero también a los demás recursos naturales conexos con las aguas*” (24). Luego el maestro emprende una muy sólida crítica sobre la tesis brasilera de que los ríos internacionales sucesivos no son recursos compartidos —dice: “los ríos sucesivos son necesaria y físicamente recursos compartidos” (25)—. Concluye que no se debe confundir soberanía con poder de policía, sobre el tránsito por las aguas territoriales del país abajino. El ejercicio de este último por el país abajino es perfectamente compatible con el concepto de soberanía compartida. Pues el ejercicio del poder de policía es una de las varias —y no la única— manifestaciones o formas de ejercicio de la soberanía compartida.

Finalmente, Cano define los que para él integran la noción de cuenca, y son los “*recursos naturales conexos a los hídricos*”, noción que dice coincide con la tesis de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) (26) e incluye variadas y diferentes especies de recursos naturales, sus cualidades, usos y efectos nocivos; son conexos a los recursos hídricos, a saber: energía hidráulica, algunos recursos panorámicos, el suelo agrícola (aguas edáficas), la flora, la fauna, y los recursos geotérmicos” (27). Como se destaca de las citas que acabamos de hacer, para uno de los referentes más importantes de nuestro derecho, la noción de cuenca debe integrar la división biológica, y por lo tanto lo que ha hecho la Corte el 01/12/2017 no ha sido más que ajustarse al mandato histórico que marcaba la doctrina más alta de nuestro continente.

Se debe agregar —porque la Corte lo hace— “el *interés de las generaciones futuras*, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente”. Se aleja el conflicto por la cuenca del Atuel del derecho de aguas clásico, porque aparecen “*intereses que exceden el conflicto bilateral* para tener una visión policéntrica”, donde emergen “numerosos derechos afectados”. El enfoque de la gestión de la cuenca y la resolución del caso para la Corte estará en la “sustentabilidad futura”, es decir, una solución en el marco del derecho ambiental de aguas.

#### IX. El nacimiento del derecho ambiental de aguas

El párr. 7º del consid. 5 del fallo en comentario convoca a una nueva cosmovisión: la que observa al derecho de aguas como el pasado, y

avanza mirando al derecho ambiental de aguas como la forma que desde aquí en adelante debe adoptarse en la gestión de la conflictividad en las cuencas hídricas.

Dice la Corte que “La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estadales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente”. Es una *oda al nacimiento del derecho ambiental de aguas*.

Hemos sostenido hace un tiempo que para nosotros “el nuevo derecho de aguas es el *derecho ambiental de aguas*. Esta disciplina surge del entrecruzamiento del derecho clásico de aguas —que formaba parte del derecho de los recursos naturales— con el moderno derecho ambiental, que reconoce menos de cincuenta años de vida. En cuanto a la descripción teleológica del ‘sistema’ (28) de derecho ambiental (29), *regula las acciones humanas que provocan mutaciones sobre los sistemas naturales*, es decir, no regula los recursos naturales sino *a través de las acciones humanas*. El foco está puesto en esa interacción entre los sistemas humanos y los naturales. A veces caemos en la confusión de pensar que esta nueva disciplina se propone ordenar los sistemas naturales, pero no es así; su objeto son las actividades antrópicas con incidencia sobre ellos. El *derecho de aguas* ha sufrido la transformación que acabamos de exponer, pues era parte de aquellos viejos contenidos referidos a recursos naturales que ahora son abordados *a través de las acciones humanas*. Es muy importante dar este enfoque en el futuro a los institutos del nuevo *derecho ambiental de aguas*. Si no se los interpreta desde el macrosistema de derecho ambiental estaremos en una hermenéutica alejada de los contenidos constitucionales” (30).

Miguel Mathus Escorihuela explica que el derecho de aguas es una rama del derecho ambiental, porque el derecho ambiental no viene a reemplazar al derecho de los recursos naturales que conforman —entre otros— los antiguos derechos de aguas, agrario y minero, sino que los complementa con el estudio sistémico de todos los elementos ambientales y la capacidad de carga ecosistémica. De ahí que,

si bien el régimen de las aguas también es propio de la nueva perspectiva ambientalista, no se superpone con ella sino que es complementado por ésta en virtud de las necesidades de preservación. Según Escorihuela se puede conceptualizar el derecho de aguas como la rama del derecho ambiental que tiene por objeto de estudio el régimen de dominio de las aguas, las normas inherentes a su aprovechamiento, la defensa contra sus efectos nocivos o dañosos y la regulación legal de las obras hidráulicas necesarias para el uso, preservación y defensa de las aguas, todo ello en relación con los demás recursos naturales y el ambiente (31).

En plena dialéctica con estas ideas, el párr. 8º de este consid. 5 nos regala una sentencia dentro de la sentencia: “El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario”. Los contenidos que surgen de estas ideas son bastos: en principio, la noción de ambiente en el marco del desarrollo sostenible (y su inescindible funcionalidad en cuanto a la satisfacción de necesidades humanas para la generación presente pero sin comprometer el mismo derecho en favor de las generaciones futuras); en segundo lugar, el Convenio de Diversidad Biológica (aprobado en la Argentina por ley 24.375), que dispone en su art. 6.b) la necesidad de integrar la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales, lo que redundará en un cambio de paradigma que obliga a pensar en una regulación ecocéntrica o sistémica de las aguas, en razón de la naturaleza y la diversidad biológica. Finalmente, en el sistema normativo interno, donde se expresa en las claras reglas de la ley 25.675 General del Ambiente la obligación de considerar a los sectores *desde* y *hacia* la ley marco, sobre la regla de supletoriedad y al principio de integración [arts. 3º y 5º, respectivamente (32)].

#### X. Federalismo ambiental

Los consid. 6 y 7 del fallo del 01/12/2017 son los primeros en que la Corte se aboca a desarrollar el concepto de “federalismo ambiental”, siguiendo en esto las viejas enseñanzas de Humberto Quiroga Lavié (33), conceptos sobre los que también hemos escrito (34). Comentemos sucintamente estos aspectos (35).

El consid. 6 es aquel en que la Corte describe el “nuevo federalismo”, y lo hace en términos de Häberle, al hacer referencia a aquél como un *sistema cultural de convivencia* (36). Es una

#### { NOTAS }

na”, Ed. Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1979, ps. 16/19. Las citas incluyen las notas al pie de página del trabajo original.

(20) CANO, Guillermo, “Recursos naturales y energía”, FEDYE, Buenos Aires, 1979, capítulo sobre las implicaciones jurídicas de la leyes de la naturaleza concernientes a los recuerdos naturales.

(21) ILA, “Report of the 48 Conference New York 1958”, Londres, 1959, ps. viii y 28 y ss. (mi exposición en ps. 63-66). La definición de cuenca entonces adoptada dice: “Tal como se usa en esta Declaración una cuenca hidrográfica es un área dentro del territorio de dos o más Estados en la que todas las corrientes de aguas superficiales, tanto naturales como artificiales, escurren en una cuenca común y terminan en una salida común o salidas comunes, ya sea al mar, a un lago, o algún lugar mediterráneo desde el cual no hay salida permanente al mar”. Esta “premisa de acuerdo unánime” fue redactada por un grupo de trabajo integrado por el decano Maxwell Cohen (Canadá), el Dr. Dante Caponera (Italia), el Dr. John G. Laylin (EE.UU.) y el autor del presente trabajo. Véase la versión española en la ob. cit. *infra*, nota 5, p. 71.

(22) CANO, Guillermo, “Recursos hídricos...”, cit., p. 16.

(23) CANO, Guillermo, “Recursos hídricos...”, cit., ps. 17/19.

(24) CANO, Guillermo, “Recursos hídricos...”, cit.,

ps. 19/21.

(25) CANO, Guillermo, “Recursos hídricos...”, cit., p. 24.

(26) CANO, Guillermo, “Marco jurídico e institucional para el manejo de los recursos naturales”, Ed. FAO, Serie Legislativa, nro. 9, Roma, 1975, con Prólogo del director general de la FAO, Edouard Saouma.

(27) CANO, Guillermo, “Recursos hídricos...”, cit., ps. 24/30.

(28) BERTALANFFY, Ludwig von, “Teoría general de los sistemas”, 1ª ed. en inglés, 1968; 1ª ed. en español, 1976; Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 56.

(29) Ludwig von Bertalanffy enumera diferentes formas de teleología: 1) estática, o 2) dinámica, la que además se divide en: i) aquella que avanza a un estado final, ii) otra versión que avanza en una estructura que conduce el proceso de suerte que existe una disposición estructural que conduce a un determinado resultado, iii) otra base de regulaciones orgánicas hacia una equifinalidad, iv) está la genuina finalidad o intencionalidad, significando que el comportamiento actual está determinado por previsión de la meta (BERTALANFFY, Ludwig von, “Teoría general...”, cit., ps. 79/81).

(30) ESAIN, José A., “Derecho ambiental de aguas en argentina”, en Academia Latinoamericana de Derecho Ambiental — PURVIN, Guilherme (organizador), *Derecho ambiental e proteção dos animais*, Ed. Letras Jurídicas,

Brasil, 2017.

(31) MATHUS ESCORIHUELA, Miguel, “Derecho ambiental y de los recursos naturales”, Mendoza, 2006, p. 31, y “Agua y derecho”, en AA.VV., *Derecho y administración de aguas*, 1ª ed., Mendoza, 2007, p. 15. Otros trabajos para consultar sobre esta temática son: PINTO, Mauricio, “El régimen de los ríos interprovinciales en Argentina”, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2014; MARTÍN, Liber, “Derecho de aguas”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010.

(32) ESAIN, José A., “El principio de integración y regla de supletoriedad en derecho ambiental”, LA LEY del 06/06/2017; LA LEY 2017-C.

(33) Así lo denomina QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “La protección del ambiente en la reforma de la Constitución Nacional”, LA LEY del 18/03/1996, p. 2, y “El Estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional”, LA LEY del 16/04/1996, p. 3.

(34) Entre otras, se puede verificar ESAIN, José A., “Competencias...”, cit. También una serie de artículos: “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente 25.675”, JA del 07/01/2004, ps. 3/30-16; “Federalismo ambiental: la competencia judicial en materia ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, Ed. LexisNexis, julio-septiembre/2005, ps. 238/248-19; nota a fallo “Competencias ambientales y federalismo. La

complementariedad maximizante ha llegado a la justicia”, *Revista de Derecho Ambiental*, Ed. LexisNexis, nro. 6, abril-junio/2006, Buenos Aires, ps. 191/207-33; “La competencia judicial ambiental en el artículo 7º de la Ley General del Ambiente”, *Revista de Derecho Ambiental*, Ed. AbeledoPerrot, nro. 31, julio-noviembre/2012, Núm. Esp.: “A los diez años de la ley 25.675”; nota a fallo “La competencia judicial federal ambiental en razón de la materia y de las personas en una saludable disidencia de la Suprema Corte de Buenos Aires”, *Revista de Derecho Ambiental*, Ed. AbeledoPerrot, nro. 18, Buenos Aires, ps. 33/52; algunos capítulos en libros como coordinado por DI PAOLA, María Eugenia (coord.) y SABSAY, Daniel, “Primera Conferencia Internacional sobre aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental en América Latina”, Ed. Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) - Banco Mundial - Gobierno del Reino de los Países Bajos, con motivo de la conferencia desarrollada el 28 y 29/05/2002, en Buenos Aires, Argentina, y el trabajo “El federalismo ambiental, El reparto de competencias en materia ambiental en la Constitución Nacional Argentina. El principio pensar global, actuar local”.

(35) SABSAY, Daniel A. - DI PAOLA, María Eugenia, “El federalismo y la nueva Ley General del Ambiente”, *Doctrina Judicial*, ADLA LXIII-A; ROSATTI, Horacio, “Derecho ambiental constitucional”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004; LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo,



noción funcional, y por lo tanto en plena evolución, al que la sentencia además le dosifica un contenido “axiológico” y otro “teleológico”, este último en términos de Bertalanffy (a los que nos hemos referido antes). En cuanto al primero, el párr. 3° del consid. 6 expresamente dispone como base de nuestra forma de Estado a la *lealtad federal* o *buena fe federal*, la que debe garantizar la “funcionalidad armónica de los componentes” de la estructura, aspecto muy importante para un tema como las competencias ambientales que resultan ser una noción de vanguardia y de trabajosa realización. En cuanto al segundo, el párr. 2° del mismo consid. 6 expone que “el sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica, por cierto, subordinación de los Estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes (Fallos 330:4564, consid. 11, *in fine*, y Fallos 304:1186; 305:1847; 322:2862; 327:5012, entre otros)” (el destacado nos pertenece).

Como surge de la cita que la Corte hace, varios aspectos componen la *funcionalidad de la estructura federal*: “competencias” asignadas a las “diversas jurisdicciones” (la comunidad jurídica parcial central y las locales en buen romance kelseniano); “coordinación” de todas ellas; “colaboración”. Todos estos aspectos implican inscribir la sentencia en el llamado *federalismo colaborativo* o de “concertación”, que intenta quitarse de encima aquel federalismo por oposición (en esto, nuevamente siguiendo la poética de los constitucionalistas alemanes). Esto tiene lógica con la reciente doctrina del Alto Tribunal, que ha venido haciendo referencias expresas al concepto de “Estado ambiental de derecho” (37), el que también es tributario de la doctrina alemana referida (38) y que nutre a este componente, como hemos dicho en varias ocasiones (39).

Pasando al contenido específico, el considerando que sigue, el 7, ingresa en lo que hemos denominado “competencias ambientales” (40). Para arribar del mejor modo a este concepto, debemos poner las dianas sobre el de “federalismo ambiental”, dado que en esta materia la Argentina ha trastocado en su reforma constitucional de 1994 el sistema de reparto de funciones, lo que ha hecho que varios autores consideremos a este fenómeno *federalismo ambiental* (41). La Corte no toma la idea por elegancia o regodeo, sino que la repasará para dar sustento

a su sentencia, desde que en ella se relativiza la noción de *territorialidad federal* por la de *territorialidad ambiental*, en conjunción con los llamados “sistemas ecológicos compartidos” que hemos citado para reconsiderar el manejo de cuencas en nuestro país (42).

#### XI. Presupuestos mínimos de protección ambiental derivados de los convenios internacionales en la materia

Otro aspecto de la sentencia que puede pasar desapercibido es el modo en que se trabajan los convenios internacionales como fuentes. En este sentido, la Corte da fuerza imperativa en la sentencia a los convenios internacionales (sobre todo en materia de diversidad biológica y lucha contra la desertificación) como si fueran “presupuestos mínimos”. Los toma en espacios donde no posee leyes para resolver el caso. Es que ni suelos ni diversidad biológica poseen en la Argentina leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental. En algún momento hemos propuesto —y siguiendo las enseñanzas de Bidart Campos— que ante la ausencia de leyes de base en el sector que se trate, los convenios internacionales podrían ser tomados para suplir esa “laguna jurídica” desde donde las provincias pudieran edificar sus complementos (43).

Esta tesis es la que utiliza la Corte en la sentencia del 01/12/2017 al darle operatividad e imperatividad a los convenios internacionales que existen en la materia, disponiendo de obligaciones para los integrantes de nuestra federación, sean el gobierno nacional, las provincias, las autoridades de la cuenca, entre otras. En materia de diversidad biológica, el principal instrumento será el “Convenio sobre Diversidad Biológica” (aprobado por ley 24.375) y, en materia de suelos, la “Convención de Lucha contra la Desertificación” (aprobada por ley 24.701).

#### XII. Del derecho de acceso al agua potable en “Kersich” al caudal ecológico

La Corte había solidificado en el ámbito interno el *derecho humano al agua potable* en CSJ 42/2013 (49-K), recurso de hecho “Kersich, Juan G. y otros c. Aguas Bonaerenses SA y otros s/ amparo”, sentencia del 02/12/2014, donde se hace gala de todo el desarrollo que este derecho traía del sistema internacional y regional (interamericano) de derechos humanos. En esa oportunidad el caso se relaciona con el reclamo de un grupo de vecinos de la localidad de 9 de Julio contra Aguas Bonaerenses SA (ABSA), con el objeto de que dicha empresa realice trabajos y tareas necesarias para

adecuar la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario, según los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud en coincidencia con la norma del art. 982 del Código Alimentario Argentino, sobre todo frente a los elevados niveles de arsénico —superiores a los permitidos por la legislación vigente— que el agua presenta. Ahora, haciendo pie en aquella doctrina, pero adaptada al bien colectivo ambiente, se considera que la gestión de una cuenca hídrica debe asegurar un caudal para todo su territorio que permita la conservación de la diversidad biológica. Esto es el caudal ecológico, al que la Corte describe como la cantidad de “agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento” o, como dice el último párrafo del consid. 11: “El derecho al agua potable, se especifica en el presente caso, en el *derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema*” (el destacado nos pertenece).

La contracara del derecho al agua suficiente para que la diversidad biológica se mantenga es su ausencia, lo que enlaza este aspecto con las normativas que regulan la *lucha contra la desertificación*. Así es que el consid. 12 cita textual a la “Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular África”, celebrada en París y aprobada en la Argentina mediante la ley 24.701. En ese mismo considerando se vuelve sobre la noción que explicáramos de bien complejo, pues se describe al suelo —del que el fenómeno de la desertificación es el principal sistema— como un micro-bien, mientras se reserva al ambiente la calificación de macro-bien.

Por este motivo, la conclusión del consid. 12 está en la obligación activa del Estado nacional de “destinar recursos para combatir la sequía grave o desertificación, con una visión que excede el ámbito del río Atuel, para comprender toda la cuenca y la región”. Esto —veremos a continuación— signa la suerte de la decisión.

Párrafo aparte merece el reconocimiento de intereses federales en la prevención de la desertificación y en la presencia de un caudal de agua suficiente para satisfacer las necesidades de la naturaleza. Esto lo dice la Corte en el párr. 2° del consid. 13, cuando expresa: “...los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales. En este caso existen dos provincias litigantes, pero además, dentro de ellas, hay departamentos o zonas especialmente afectadas y otras que no lo están. Asimismo, la importancia de la ausencia de agua y la desertificación en esas áreas, excede el interés de las provincias para impli-

car a una amplia región”. Siguiendo la lógica del párr. 2° del art. 7° LGA, la Corte encuentra en estos aspectos interjurisdiccionales intereses federales que habilitan la intervención del Estado nacional con otra energía y legitimidad, al mismo tiempo que entiende necesaria la participación de los municipios y comunas, en estos casos.

Respecto al caudal ecológico, si la sentencia de 1987 era histórica porque reconocía el carácter interprovincial del río Atuel y su cuenca, la sentencia del 01/12/2017 es histórica porque dispone la necesidad de que se adopte un caudal ecológico (la Corte dice “caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa”. Esto quiere decir que la desertificación que reconoce la Corte la identifica como una afectación, un daño al ambiente y por lo tanto dispone que se defina un caudal que sea la primera medida para recomponer ese ambiente alterado. Nace así el concepto de “caudal ecológico”.

Recordemos que el *caudal ecológico* es una herramienta de gestión hídrica que en la Argentina no tiene una regulación jurídica. Algunos autores lo desprenden de las “condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos” (art. 6° LGA), que se relacionan con el mandato de tutela ambiental para las autoridades dispuesto por la Constitución Nacional, particularmente en lo relacionado con la utilización racional de los recursos naturales (párr. 2° del art. 41, CN) (44). Como bien explica Liber Martín, también derivado del principio de utilización racional se ha recurrido a aspectos cuali-cuantitativos, como la fijación de caudales ecológicos, mínimos o de mantenimiento. Los antecedentes del derecho de aguas provincial son varios —y los cita el especialista—: Mendoza, por ejemplo, dispone mediante la ley 4035 de Aguas Subterráneas y la res. DGI 778/1996 la posibilidad, entre otras medidas limitativas tendientes a la protección y la preservación de los acuíferos, de declarar áreas o zonas de restricción para la construcción de nuevas perforaciones. Semejantes normas encontramos en los Códigos de Aguas de Córdoba (arts. 172, 174 y 176) y de San Juan (art. 189) (45).

El concepto de caudal ecológico nace en EE.UU., donde se lo denominó *instreamflow*, y surgió como medida para conservar los sistemas acuáticos de los salmones, una especie importante desde el punto de vista económico. Hoy en día la comunidad científica internacional reconoce que un régimen ambiental de caudales debe mantener de forma sostenible la funcionalidad y estructura de los ecosiste-

#### { NOTAS }

“Derecho ambiental”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012; FRÍAS, Pedro J., “Introducción al derecho público provincial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980; HERNÁNDEZ, Antonio M. (coord.), “Derecho público provincial”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, 2ª ed.

(36) Recordemos que para Häberle la cultura es el cuarto componente del Estado (ver HÄBERLE, Peter, “El Estado constitucional”, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1ª ed. 2001, ps. 224/226). Ya la Corte había trazado puentes con el autor alemán en nuestra materia cuando hizo expresa referencia a la noción de Estado ambiental de derecho.

(37) Ver sentencia de la CS en autos “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, provincia de y otro s/ amparo ambiental”, del 26/04/2016.

(38) WAHL, Rainer, “Herausforderungen und Antworten”, Ed. Walter de Gruyter GmgH, Berlín - Boston, trad. de José Carlos Mardomingo, Marcial Pons, Madrid, 2006, ps. 101/102; KLOEPPER (ed.), “Umweltstaat”, nota 165; HOFMANN, “Umweltstaat: Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen und Schutz vor den Gefahren und Risiken von Wissenschaft und Technik in staatlicher Verantwortung”, en BADURA - DREIER (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, ps. 873 y ss. (con referencias a sus trabajos anteriores); CALLIES, “Rechtsstaat und Umweltstaat”, 2001, ps. 153

ss.; WAHL - APPEL, “Prävention”, nota 154, ps. 13/24; STEINBERG, “Der ökologische Verfassungsstaat”, 1998, en cada caso con referencias; BOSELDMANN, “Im Namen der Natur. Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat”, 1992; BAUMEISTER (ed.), “Wege zum ökologischen Verfassungsstaat. Umweltschutz ohne Öko-Diktatur”, 1994; WOLF, “Der ökologische Rechtsstaat als prozedurales Programm”, en ROSSNAGEL - NEUSER (eds.), *Reformperspektiven im Umweltrecht*, 1996, ps. 57 y ss; todos citados por WAHL, Rainer, “Herausforderungen...”, cit., ps. 101/102. En la Argentina se puede ver QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “El Estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional”, LA LEY 1996-B, 950, publicado también en CAFFERATTA, Néstor, “Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental”, t. II: Textos completos, Ed. La Ley, 2012, ps. 535/6. En Portugal, GÓMEZ CANOTILHO, José J., “Direito constitucional ambiental português e da Uniao Europeia”, en GÓMEZ CANOTILHO, José J. - MORATO LEITE, José R. (organizadores), *Direito constitucional ambiental brasileiro*, Ed. Saraiva, San Pablo, 2010, ps. 21/26.

(39) ESAIN, José A., “El Estado ambiental de derecho”, en CAFFERATTA, Néstor (dir.), *Revista de Derecho Ambiental*, Ed. AbeledoPerrot, nro. 50, abril-junio/2017, ps. 23/49; ESAIN, José A., “El Estado ambiental de derecho”, *Revista Juris Plenum Direito Administrativo*, Ed. Plenum, Año IV, nro. 13, jan.-mar./2017, Caxias do Sul, 2017, o el más reciente aún: ESAIN, José A., “La

Corte Suprema, el principio de desarrollo sostenible y el Estado ambiental de derecho”, en ROSATTI, Horacio (et al.), *Justicia y transparencia, justicia y división de poderes, justicia y federalismo, justicia y desarrollo humano*, Ed. Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Resistencia, 2017, ps. 457/484. Asimismo, la conferencia “Estado ambiental de derecho” a cargo de ESAIN, José A., 06/10/2016, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, organizada por el Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales y la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho, Secretaría de Extensión.

(40) Ver nuestro “Competencias...”, cit.

(41) La original denominación la debemos a QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “El Estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional”, LA LEY 1996-B, 950, publicado también en CAFFERATTA Néstor, “Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental”, cit., t. II, ps. 535/536. Siguiendo estos conceptos, se puede consultar SABSAY, Daniel A. - LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “Leyes reglamentarias de la reforma constitucional. Pautas y sugerencias fundamentales”, *Cuadernos de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1996, ps. 145 y ss.; ESAIN, José A., “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente 25.675”, JA del 07/01/2004, ps. 3/30, o ESAIN, José A., “Competencias...”, cit.

(42) Recordamos un antecedente de esta técnica que diferencia la territorialidad política de la ecológica, y es el resuelto por la SC Mendoza, sala 1ª, en autos “YPF Sociedad Anónima en jº 80.866 Asociación Oikos Red Ambiental c. Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ acc. de amp. s/ inc. cas.”, sentencia del 11/03/2005. En ella se consideraron los límites catastrales del área natural protegida Laguna Llanquanelo (que fenecía en la orilla de la laguna) y los límites biológicos (el ecosistema que esa laguna abarca), todo para rechazar la autorización de un pozo de explotación de hidrocarburos cercano a la costa pero en tierra firme, el que estaría por fuera de los límites catastrales pero dentro de los ecológicos del área (ESAIN, José A., “Los principios de conservación de la integridad del sistema ecológico y de la protección de la biodiversidad en cuanto al desarrollo sostenible en las áreas naturales”, *Revista de Derecho Ambiental*, julio-septiembre/2005, ps. 238/248).

(43) Ver ESAIN, José A., “Competencias...”, cit., ps. 352/355 y la cita a BIDART CAMPOS en p. 354.

(44) RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, “El caudal ecológico y su regulación jurídica”, en EMBID IRUJO, Antonio (et al.) - PINTO, Mauricio E. - MARTÍN, Liber (dirs.), *Ambiente, agua y energía: aportes jurídicos para su vinculación*, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2017, p. 369.

(45) MARTÍN, Liber, “Derecho de aguas”, cit., ps. 268/269.

mas acuáticos y de los ecosistemas terrestres asociados. Para ello es necesario el establecimiento de un caudal que permita el desarrollo de las funciones del ecosistema fluvial, y eso es lo que ha recibido diferentes nombres: caudal de mantenimiento, caudal mínimo, caudal ambiental, caudal reservado, caudal regulado, etc. (46). Encontramos así diferentes definiciones: “caudal de mantenimiento es el caudal que hay que dejar en un río aguas debajo de cada aprovechamiento de regulación o derivación (modificaciones del régimen natural) para que se mantenga un nivel admisible de desarrollo de la vida acuática” (Palau, 1994); “cantidad de agua expresada en términos de magnitud, duración, época y frecuencia de flujos específicos y la calidad de agua expresada en términos de rangos, frecuencia y duración de la concentración de variables claves de calidad de agua que son requeridas para mantener un nivel deseado de salud en el ecosistema” (Costa Rica, 2003) (47).

Como vemos, en esto también la Corte ha innovado con la sentencia del 01/12/2017, pues disponer la obligación de asegurar este caudal en la gestión de la cuenca implica una revolución en su manejo, lo mismo que produjera en 1987 la declaración de que la cuenca era compartida entre las provincias de La Pampa y Mendoza. Se delega al federalismo de concertación y a los acuerdos en el marco de la institucionalidad de la cuenca la definición de este contenido, pero su reconocimiento es de enorme trascendencia para el derecho argentino.

### XIII. La gestión de cuencas, los instrumentos de concertación, el regionalismo

Entrando en esta faena, el fallo entrecruza todos los aspectos mencionados en una suerte de rapsodia. Haciendo pie en el federalismo cooperativo, ingresa en un redimensionamiento del manejo y gestión de la cuenca del Atuel. Por este motivo, se dirige el consid. 13 a medidas referidas a la cuenca en general. Lo hace en términos ambientales y no hídricos solamente, dejando de lado las jurisdicciones territoriales implicadas en el caso. El territorio ambiental

no coincide con el territorio político o jurisdiccional, según dice la Corte, y no sólo ello: dentro de una jurisdicción provincial puede haber una zona específica, un departamento especialmente afectado. Por este motivo, se define como unidad de gestión a la cuenca hídrica al estilo de la ley 25.688.

La gestión de la cuenca del río Atuel se debe tomar como un “sistema integral”, considerando la interdependencia estrecha entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo los glaciares (hasta allí llega la doctrina de este consid. 13).

Dice la Corte que “el concepto de manejo de cuencas ha ido variando desde un enfoque orientado básicamente a la captación de agua a otros niveles más complejos, como los de protección de los recursos naturales y la mitigación del efecto de fenómenos naturales extremos, para luego pasar a los de mejora de la producción (agrícola, industrial, ganadera, minera, forestal) en forma combinada con el manejo integrado de los recursos naturales de una cuenca”. Toda una lección que obliga a redimensionar la institucionalidad que gobierna la cuenca, motivo por el cual la Corte solicitará la conformación de una autoridad con un perfil diverso.

Del mencionado federalismo de concertación, la institución más apropiada para este caso es la de *región*, a la que, recordemos, la reforma de 1994 dedicó varias normas, pero sobre todo los arts. 75.19 y 124 (48). En el primero se faculta al Congreso para la adopción de medidas específicas considerando la gestión de las regiones; en el segundo se regula la facultad para las provincias de crearlas (antes ésta se desprendía de la genérica facultad de celebrar acuerdos parciales, dispuesta en el art. 125, CN).

La consecuencia es que la Corte, en lo que ella llama el primer estadio de decisión, opta por reconocer un mayor margen de acción a los Estados involucrados (lo hace porque se encuentra en el marco de su “jurisdicción di-

rimente”). Por este motivo decide adoptar una decisión en el ejercicio de una “función de ‘cooperación, control y monitoreo’ (49), sin asumir atribuciones de gestión, y de tal manera que se favorezca y garantice pero no interfiera en la adopción por parte de las provincias de una solución al conflicto” (consid. 15). Desde ese núcleo la sentencia decide varias cuestiones.

Dice al respecto: “A esos efectos *las partes deberán poner en funcionamiento la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior* (CIAI), a fin, de que por su intermedio las provincias de La Pampa y de Mendoza, en forma conjunta con el Estado nacional, elaboren un *programa de ejecución de obras* que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación a la problemática del Atuel, como así también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución, sus beneficios, las urgencias de las poblaciones circundantes, la defensa del *acceso al agua potable*, la *participación de las comunidades originarias* radicadas en la región, como asimismo la *sostenibilidad de la actividad económica productiva*, y la *sostenibilidad del ecosistema*”.

Esto debería traducirse en un reforzamiento de la gestión *ambiental* dentro de los espacios institucionales de la cuenca hídrica. Así, la sentencia dispone que la cuenca no se siga gestionando por una simple comisión —como hasta la fecha—, sino por una verdadera autoridad de cuenca (comité), conformada mediante los instrumentos clásicos de nuestro federalismo, es decir, un acuerdo intrafederal en que intervengan las provincias junto a la Nación (reforzamiento del vector vertical), y que además integre, en lo que respecta a cada una de las comunidades jurídicas parciales, no sólo al área en materia de recursos hídricos sino también a la política ambiental (reforzamiento horizontal). Esto en el ámbito nacional se garantizaría con la intervención en la gestión de la cuenca —junto a la Secretaría de Recursos Hídricos del Ministerio del Interior— del área correspondiente del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable. De este modo se garantiza el manejo ambiental y sostenible de la cuenca.

### XIV. Conclusiones

Como advertimos al inicio, estamos ante una sentencia histórica, al igual que su antecesora. Se abordan temas de enorme complejidad y se marca una doctrina en materia de competencias ambientales, de vanguardia. En varios aspectos la Corte pone la piedra basal: derecho ambiental de aguas; federalismo ambiental; gestión ecológica de las cuencas hídricas; derecho al agua potable para sostener el consumo humano y de la naturaleza; operatividad de los convenios internacionales como presupuestos mínimos de protección ambiental; entre otros.

Las noticias posteriores al fallo deberían dirigirse en variopintas direcciones: dar comienzo a una discusión constitucional federal respecto al formato que debería asumir la nueva institucionalidad para la gestión de la cuenca del río Atuel; la revitalización de la CIAI con la creación de un comité de cuenca mediante un acuerdo regional. Este punto es importante porque en el fallo en varias ocasiones se manda “en forma conjunta” a las partes y al Poder Ejecutivo nacional. El único modo de lograr una institucionalidad que responda a esta lógica sería un comité conformado por las provincias y el gobierno nacional, este último como “parte plena”, para justamente garantizar la visión global, amplia, del manejo de la cuenca, sobre todo en términos ambientales.

Otro aspecto es la integración del área ambiental en la gestión de las cuencas hídricas. En este último punto será imperioso el desembarco de la cartera ambiental como garante de esta visión. Ésta es la lógica de la sentencia, que además se afina en la ley 25.688, de donde toma la definición de cuenca.

Como se puede ver, estas últimas resultan ser cuestiones de la agenda futura para este nuevo capítulo del derecho ambiental que la Corte ha alumbrado en el fallo del 01/12/2017: el *derecho ambiental de aguas*. ●

Cita on line: AR/DOC/519/2018

### { NOTAS }

(46) RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, “El caudal ecológico...”, cit., p. 371.

(47) RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, “El caudal ecológico...”, cit., p. 372. Rodríguez Salas cita una interesante cantidad de normas comparadas que adoptan este concepto: la directiva marco del agua 2000/60/CE (DMA), la ley 84-512 del año 1984 de Francia, el DL 46/94 de Portugal, la Ley Federal de Protección de Aguas de Suiza, la Ley de Aguas en su texto refundido (TRLA) de España y su Reglamento de Planificación Hidrológica (real dec. 907/2007), entre otras.

(48) En Italia o España las regiones son estructuras políticas en las que se intercalan funciones legislativas y niveles importantes de descentralización en el marco de Estados de tipo unitario. Aquí la cuestión es totalmente diferente. No hay estructura política para las regiones en la organización del federalismo argentino, sino que se mantiene la dualidad distributiva del poder entre el Estado federal y las provincias (y dentro de éstas, los municipios). Coincidimos con Germán Bidart Campos cuando dice con esa claridad de expresión que “las provincias siguen siendo los interlocutores políticos del sistema”.

Las regiones no se superponen a éstos (BIDART CAMPOS, Germán, “Derecho constitucional”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, t. I). Las regiones poseen una “personalidad jurídica pública estatal” con carácter adjetivo de decisión, según lo propone Hernández (ver HERNÁNDEZ, Antonio M., “La descentralización del poder en el Estado. El federalismo. Nación y provincias”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004). ¿Cuándo se estaría ante la posibilidad de generar un acuerdo para la creación de una región? Se podría hacer cuando existan afinidades en relación con el finalismo tendiente al desarrollo eco-

nómico y social. En estos casos las provincias se podrán proponer formar una región cuando, como en el caso del Atuel, posean el mismo recurso natural y se necesite una gestión económica y ambiental unificada. De este modo, se puede analizar la posibilidad de unirse para coordinar y armonizar la toma de decisiones en una institucionalidad que supere a las jurisdicciones internas, para, de este modo, lograr una funcionalidad que esté por encima de los egoísmos de cada componente de la federación.

(49) En esto siguiendo el voto de Fayt en la sentencia del año 1987 en el mismo caso.

## JURISPRUDENCIA

### Tenencia ilegítima de armas de fuego

#### Legítimo usuario.

**Hechos:** *Varias personas fueron procesadas por el delito de acopio y provisión de armas de fuego. Apelada la decisión, la Cámara la modificó parcialmente.*

La persona que enajenó las armas debe ser desvinculada del delito de tenencia ilegítima de armas de fuego, porque estaban siendo enajenadas con su correspondiente documentación a una persona que sí se encontraba inscripta como legítimo usuario y coleccionista.

120.893 — CNFed. Crim. y Correc., sala I, 30/11/2017. - T A F y otro (s) s/ procesamiento y embargo.

[Cita on line: AR/JUR/97121/2017]

2ª Instancia. — Buenos Aires, noviembre 30 de 2017.

*Considerando:* I. Vuelven las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal en virtud de los recursos de apelación deducidos contra el pronunciamiento obrante a fs. 1/41 del presente incidente.

A fs. 42 obra el escrito presentado por el Dr. J. L. F. contra el punto dispositivo III que dispuso ampliar el procesamiento con prisión preventiva de O. J. N. en calidad de autor del delito de acopio de armas de fuego (art. 189 bis, inciso 3º, primer párrafo del CPPN).

Por su parte, a fs. 43/52 el Dr. M. N. hizo lo propio contra el punto dispositivo I y IV que decretó el procesamiento sin prisión preventiva de A. F. T. como autor de los delitos de

acopio de armas de fuego y entrega de armas de fuego a quien no acreditare su condición de legítimo usuario, ambos en concurso real entre sí (art. 189 bis incisos 3º y 4º, primer párrafo del Código Penal de la Nación).

Finalmente, a fs. 53/57 lucen los agravios elaborados por la Dra. R. P., Defensora Coadyuvante, contra los puntos dispositivos II y IV que dispuso el procesamiento de H. A. T. como partícipe del delito de acopio de armas de fuego (art. 189 bis, inciso 3º, primer párrafo del CPN).

Asimismo, junto con el dictado de procesamiento de los imputados se dispuso trabar embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000).

#### II. Agravios

a) Concretamente, la asistencia letrada de N., entendió que la conducta atribuida a su

asistido no constituye delito en función de estar dentro de las normativas legales. Explicó que las armas enumeradas del 1 a 5 de la resolución impugnada están dentro de su colección de armas, cuya condición de tal está en trámite de renovación ante el ANMAC, habiendo sido las mismas declaradas ante dicho organismo. Respecto de las descriptas en los puntos 7 a 14, señaló que se tratan de armas obsoletas y de calibres que no solo no se usan, sino que no existen en el mercado y que iban a ser entregadas al ANMAC en función de la ley 27.286, promulgada el 24/10/2016, siendo que recién el 22/05/2017 se reglamentó el incentivo para entregar las mismas, por lo cual no se le puede endilgar delito alguno.

b) A su turno, el Dr. M. N., abogado defensor de T., siguiendo los lineamientos del remedio interpuesto ante la previa resolución del juez, cuestionó que el nuevo procesamiento no obedece a que se colectaran nuevas piezas de convicción que afiancen el com-

promiso procesal del nombrado. Se agravó de que una vez más fue omitida la evacuación de las citas referidas por su asistido.

Reiteró que las armas secuestradas fueron adquiridas por su asistido de buena fe, a título oneroso y reclinado en documentación fehaciente para su transferencia, siendo que se encontraba en condiciones legales de adquirirlas pues se encuentra inscripto como legítimo usuario de armas de fuego de uso civil condicional con vencimiento que opera en el año 2019.

Destacó que entre la documentación incautada aquel día, se aprecia la solicitud de T. para requerir ante el ex ReNAR la calidad de coleccionista registrado, instrumento cuya ostensible envergadura probatoria disipa las aristas del entramado hilvanado por el *a quo*.

Sin embargo, explicó que tras adquirir esas armas a su nombre, tropezó con impedimentos administrativos, pues los formularios O2 suscriptos por los vendedores perdieron vigencia al digitalizarse el procedimiento y por ende la transferencia no pudo ser denunciada y las armas no pudieron ser desafiadas de las colecciones en las que estaban incluidas, por lo que tomó la decisión de venderlas en el estado en que las adquirió y a quien podría conservarlas con arreglo a los parámetros reglados en la ley especial y sus decretos reglamentarios.

En ese sentido, manifestó que N, miembro de la Asociación, se interesó en ese lote y dado que aquel ostentaba la calidad de legítimo usuario de armas de fuego —fs. 641— y coleccionista registrado ante la ANMaC (decreto 395/75) es que decidió transmitirse las (fs. 633/45), sin imaginar que su consorte de causa podría a su vez vender esas armas en las condiciones investigadas en autos.

Resaltó que sus dichos fueron acompañados no sólo por el descargo practicado por su coimputado y presidente de la Asociación de Coleccionistas —H. A. T.— quien manifestó que prestó colaboración para completar los instrumentos a nombre de su defendido a los fines de materializar la transferencia y obtener la calidad de coleccionista registrado ante el órgano estatal y que el propio T consultó a más de un gestor ante el desconocimiento, sino también por las declaraciones de los herederos de los coleccionistas fallecidos —G. G., F. y P.—.

Frente a ese panorama, consideró que la situación documentada comporta un supuesto de atipicidad penal, toda vez que el delito de provisión de armas se consuma exclusivamente con la entrega a quien no es legítimo usuario, y tal como quedó acreditado N. es legítimo usuario de armas de fuego.

En otro orden de ideas, al tratar el delito de acopio de armas refirió que, si bien su pupilo no poseía la autorización del órgano de control respecto del lote de armas objeto de la transacción investigada, explicó que aquellas no fueron adquiridas subrepticamente, ni con la finalidad delictiva que recrea la fisonomía del acopio descripto en el art. 189 *bis* del catálogo represivo.

Agregó que el referido lote permaneció bajo condiciones de seguridad y resguardo almacenadas en su domicilio con arreglo a las estipulaciones reglamentarias y administrativas vigentes, inspeccionadas por agentes de la ANMAC en el año 2015 y junto a la documentación que oportunamente le entregaron sus vendedores.

En ese horizonte, solicitó el sobreseimiento de su asistido al sostener que su comportamiento ha sido inofensivo y frente a la mera falta de autorización administrativa.

Finalmente, criticó el monto del embargo fijado, fundamentalmente a raíz de que luce

desproporcionado frente al fijado en la anterior resolución de mérito.

c) Por su parte, la Dra. R. P., Defensora Pública Coadyuvante, en representación de T., sostuvo la ausencia de elementos de cargo que permitan acreditar que su defendido hubiese efectuado un aporte doloso —con conocimiento y voluntad— en el presunto hecho de acopio de armas de fuego endilgado a T., en tanto no conocía el destino que aquél iba a otorgarle a las mismas, respecto de cuyas ventas actuó como “intermediario” entre el comprador y los herederos de sus legítimos titulares, siendo que se limitó a actuar como “depositario” de aquellas que habían sido entregadas por los sucesores de F., G. y P., con la consiguiente obligación de hacerles saber a ellos acerca de la posible venta, estando acreditado dichos extremos a fs. 1699, 1702, 1703, 1784/1793.

Asimismo, señaló que la documentación glosada a fs. 1796, 1798, 1800 y 1805 pudo conocerse que las armas cuyo acopio se le endilga a su consorte fueron adquiridas en diferentes fechas, y, atento a la distancia temporal que transcurrió entre tales actos, su representado no tenía motivos para suponer qué destino pretendía darle a ese armamento, lo que convierte en atípica la participación que se le pretende atribuir en el auto recurrido, debiendo dictarse su sobreseimiento —art. 336, inc. 3°, del CPPN—.

Finalmente criticó el monto del embargo trabado sobre los bienes de su asistido por considerar que excede los límites de lo razonable configurando una injustificada restricción al ejercicio de su patrimonio.

Los diferentes agravios ensayados en ocasión de estimular los carriles recursivos fueron mantenidos y reproducidos en tiempo y forma por las defensas de T. y T. al momento de presentarse ante esta Sala en el marco del ámbito conferido por el art. 454 del Código Procesal Penal de la Nación (ver informes de fs. 64/76 y 77/86 del presente incidente).

En otros términos, atento a la incomparecencia del Dr. F. a la audiencia para el día 23 del corriente mes a los mismos fines, y pese a la explicación brindada que no alcanza a justificar la incomparecencia, entendemos que debe tenerse por tácitamente desistido el recurso articulado.

### III. Hecho

Cabe recordar que la presente investigación tiene su génesis a través de intervenciones telefónicas dispuestas en el marco de la causa conexa N° 8064/15 (actualmente elevada a juicio) a través de la cual se logró establecer que se llevaría a cabo la venta de un lote de armas adquiridas por A. T. quien habría acordado su venta con O. N. quien a su vez las traspasaría a S. H., para luego ser entregadas a terceras personas aún desconocidas (ver legajo de intervención telefónica del abonado finalizado en “0984”; fs. 165/66; 169 vta.; 179; 181 vta. y 184).

Más precisamente, el hecho tuvo lugar a las 19:00 horas del día 30/09/2016, en el interior del garaje emplazado en la calle ..., de esta ciudad, donde se procedió a la interceptación y requisa de T. y O. N., a raíz de las diligencias de investigación desplegadas que indicaran el encuentro de ambos con el fin de concretar una operación de compraventa de armas de fuego.

En esa ocasión, se logró el secuestro de un fusil automático pesado (FAP), calibre 7.72, Serie n° ..., que se hallaban en el suelo del lugar. Del interior del baúl del rodado Ford Ka, en el que se trasladaba N., un bolso de color verde que contenía: una (1) carabina automática con la inscripción “Hafda SA, Patente Nro. ..., Industria Argentina”, con cargador n° ... sin municiones y culata de madera, una (1) ametralladora con la inscripción “Halcón

Cal. 9 mm, modelo M. L. 63, Nro. ... Industria Argentina, Patente Nro. ...”, con culata extensible y cargador Nro. ... sin municiones, una (1) ametralladora con la inscripción Halcón Industria Argentina, M. L. 57 Cal. 9 mm Pat. Nro. ..., Prefectura Marítima, nro. ...”, con culata rebatible y dos cargadores Nro. ... y ..., un (1) cañón anexo con precintos a un cargador con la inscripción “PB Cal. 7.65 made in Italy”, una (1) pistola nro. ... con inscripción “Browning’s Patent ..., Colt”, pat. F.A M’F’G CO”, con cachas negras y cargador sin municiones; una (1) pistola marca Beretta Nro. ... con la inscripción “P. Beretta Cal. 9 corto-N.1934”, con cachas negras y cargador sin municiones, una (1) pistola marca Browning’s Nro. ... con inscripción “Fabrique Nationale D’armes de guerre, Belgique”, con cachas negras y un cargador con la inscripción FN 7.65 m sin municiones, una (1) pistola marca Astra Nro. ..., con la inscripción “9 mm Guernica (España), unceta y compañía”, con cachas marrones y cargador sin municiones, una (1) pistola marca Mauser Nro. ..., calibre 7.65 con cachas de color marrón y cargador sin municiones, una (1) pistola Walther Nro. ..., con inscripciones “Carl Walther” y “Waffen Zella ST Brasil, cal. 7.75”, con cachas negras y cargador sin municiones, una (1) pistola con la inscripción Npieper Patent, Nro. ..., con cachas de madera de color marrón y cargador sin municiones, cinco (5) bolsas de nylon (tres de las cuales poseían la inscripción puntas de recargas, una que reza Italse y la última con la inscripción Biom).

Asimismo, del baúl del mentado rodado se procedió al secuestro de numerosa documentación relacionada con el armamento mencionado, y de la guantera, credenciales de armas a nombre de N.

Paralelamente, se llevó a cabo el registro domiciliario de los encausados T. y N., ocasión en la que les secuestró una gran cantidad de armas, cuya tenencia y disposición ilegítima fue endilgada al último de los nombrados.

### IV. Situación procesal de los encartados

Tal como se desprende de los escritos recursivos oportunamente interpuestos por las distintas asistencias letradas, el eje de los cuestionamientos dirigidos por las respectivas defensas se ha orientado a cuestionar la escasez probatoria sobre la cual se habría asentado la imputación cursada a sus pupilos y la atipicidad de la conducta endilgada (en cada caso concreto), la que será analizada en el contexto en que cada imputación se produce.

#### a) A. F. T.

Se atribuyó al nombrado: “haber intervenido en actividades vinculadas con el acopio y tenencia ilegítima de armas de fuego de distintos tipos y calibres (entre las que se encontrarán armas de uso civil, de uso civil condicional y de guerra de uso exclusivo para las instituciones armadas), almacenes cargadores, piezas, materiales controlados y demás elementos de corte balístico, municiones de diferentes calibres y documentación que serviría para procurar acreditar la titularidad de todas o algunas de ellas, así como la constante adulteración de la numeración registral de tal armamento, todo ello llevado a cabo de manera habitual y con la finalidad de entregar aquel material balístico por cualquier título a terceros sin que estos últimos pudiesen acreditar condición de legítimos usuarios.

Dichas actividades habrían tenido lugar al menos desde el 15 de julio de 2016 hasta el 30 de septiembre de [2016], oportunidad en la que, como consecuencia de los procedimientos ordenados y llevados a cabo por personal de la División Operaciones Antidrogas Urbanas de la Policía Federal Argentina, se lograra la detención de todos los imputados y la incautación de numerosa cantidad de

elementos de corte balístico (entre los que se encontrarán ochenta y cinco armas de fuego de distintos tipos y calibres, almacenes cargadores, piezas, materiales controlados y municiones)”.

Cabe recordar que fueron dos las conductas delictivas las que se le atribuyeron al momento de ser intimado: por un lado, la entrega de armas de fuego a quien no acreditare su condición de legítimo usuario y, por el otro, el acopio de esas armas y de cuatro de las secuestradas en su domicilio.

Tal como se desprende del caudal probatorio aunado, fue él quien enajenó las armas en cuestión a N., en la operación que fue luego interceptada por la División de Drogas de la PFA.

1. Ahora bien, este nuevo dictado de procesamiento no logra conmovier lo valorado nuestra anterior intervención, pues los elementos de cargo incorporados por el *a quo*, no han conseguido rebatir el circunstanciado descargo vertido por el encausado.

En aquella ocasión señalamos la necesidad de profundizar la pesquisa en miras de acreditar el aspecto subjetivo del delito endilgado que permanecía aún incierto. Tal interrogante no ha sido despejado.

Nótese que se han reeditado y valorado una vez más las mismas conversaciones telefónicas que oportunamente fueron examinadas, y que consideramos insuficientes para tener por probado tal extremo —CFP 8064/15/7/CA5—.

Entonces, más allá de que es cierto que de las escuchas surge la posibilidad de que N. fuera a enajenar esas armas a un tercero desconocido para T., resulta relevante destacar que en una conversación le refiere “sí te explico, le pasé todo al mismo tipo que se quiere hacer coleccionista me entendés...” (Ver legajo de escuchas telefónicas de fecha 29/09/2016, 16:28:38).

Así las cosas, entendemos que no puede achacársele a T. el posterior destino que su consorte de causa pretendía asignarle a ese armamento, pues tal como surge de fs. 641 J. N. ostentaba la calidad de legítimo usuario de armas de fuego y, conforme informe de fs. 633/45, el de coleccionista registrado ante la ANMAC en el “Registro de Coleccionistas de Armas y Municiones”.

Frente a ese panorama, y sin perjuicio de que la transacción que estaba llevándose a cabo no cumplía con los requisitos administrativos que este tipo de operaciones taxativamente reclama, lo cierto es que no puede soslayarse que estaban siendo enajenadas con su correspondiente documentación a una persona que sí se encontraba inscripto como legítimo usuario y coleccionista. Dicha circunstancia torna atípica la conducta endilgada, por lo que, frente a la ausencia de nuevas medidas probatorias pendientes de producción, nos lleva a desvincularlo definitivamente del acontecimiento narrado y que fue calificado a la luz del art. 189 *bis* inciso 4°, primer párrafo del Código Penal de la Nación —entrega de armas de fuego a quien no acreditare su condición de legítimo usuario—.

2. Por otra parte, resta referirnos al delito de acopio de armas y que tiene relación con aquellas que fueron incautadas en el estacionamiento de la calle ..., de esta ciudad, y de su propiedad.

Al respecto, obsérvese que la norma reclama para su configuración, además de una considerable cantidad de armas, la tenencia de las mismas, es decir, se trata de un delito que exige poder de disposición sobre los objetos de los que se trata.

Ahora bien, conforme se desprende de las actas del procedimiento en la que participa

ron agentes de la División Drogas de la PFA, y como se mencionó *ut supra*, del lote de armas ya se hallaba en el auto de N. en un bolso al momento de su detención, salvo el fusil automático pesado que se encontraba en el piso junto a él. Es decir que era éste quien tenía, en ese entonces, el poder de disposición sobre aquellos elementos. La imputación que se le cursa en orden a la entrega de esas armas a N., demuestra entonces el avance del *iter criminis* a una etapa posterior, circunstancia que torna atípica la conducta en orden a esa tenencia. Eso clausura entonces la posibilidad de efectuar un reproche al imputado en orden al evento del 30/09/2016.

Sin embargo, distinto análisis cabe realizar en torno a las cuatro armas halladas en su domicilio en condiciones irregulares, que, más allá de las explicaciones vertidas por su defensa en el escrito de fs. 93, su tenencia resultaba ilegítima. No obstante, debemos diferenciarlas entre sí pues, la pistola ametralladora Halcón se trata de una arma de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas, por lo que queda comprendida en el agravante del artículo 189 *bis*, inc. 2°, segundo párrafo del CP, siendo que las restantes tres, a saber, la

carabina de repetición marca Weapx, el Fusil marca Mauser y el revólver Smith&Wesson, de acuerdo surge del informe acompañado por la División Balística de la PFA obrante a fs. 1679/85, resultan ser armas de uso civil condicional, por lo que debe responder frente a una tenencia ilegítima de arma de uso civil previsto en el art. 189 *bis*, inc. 2°, primer párrafo del CP.

Cabe recordar que, las inquietudes ensayadas por la defensa podrán ser evacuadas en la etapa de debate oral y público donde se desplegará el marco adecuado para discutir con mayor amplitud los extremos fácticos objeto de este expediente, así como su calificación jurídica y la participación del imputado en él (conf. c. 28.208 rta. 27/12/1996, reg. 1161 y c. 36.238, rta. 23/06/2004, reg. 597, y sus citas, ambas de esta Sala I).

b) H. A. T.

Se le endilgó “haber intervenido junto a A. F. T. en actividades vinculadas con el acopio y tenencia ilegítima de armas de fuego de distintos tipos y calibres (...) con la finalidad de entregar

aquel material balístico por cualquier título a terceros sin que estos pudiesen acreditar la condición de legítimos usuarios. De acuerdo a la investigación desplegada, el compareciente habría intervenido en la obtención ilegítima de distintas armas de fuego que se encontraban registradas ante la Agencia Nacional de Materiales Controlados (ANMAC) a nombre de C. S. F. (fallecido el 26/12/2005), J. C. G. G. (fallecido el 09/09/2007) y R. J. P. (fallecido el 27/07/2008) para lo cual se habría puesto en contacto con sus legítimos herederos, haciéndose de la totalidad del armamento, para luego entregar parte de las armas a A. F. T. quien, el 30 de septiembre de 2016, fuera detenido en el interior del estacionamiento vehicular (...) en momentos en que entregaba a O. J. N., a cambio de dinero, un lote de armas de fuego [8 armas]” (fs. 1854/60).

Tal como se observa, la intimación cursada se encontró íntimamente relacionada al acopio endilgado a su consorte de autos T., respecto del material bélico secuestrado en el estacionamiento.

Así las cosas, y conforme lo apuntado al analizar la situación procesal de su coimputado, al haber descartado el delito del cual pueda participar, su conducta devino atípica en lo que a ello respecta.

Por todo lo expuesto, corresponde disponer su sobreseimiento (art. 336, inc. 3° del CPPN).

V. Embargo

Finalmente, compete referirnos al monto que en concepto de embargo estableció el juez *a quo* respecto de T. y que fue cuestionado por su defensa.

Abogados a revisar la suma monetaria estipulada, resulta menester recordar que la medida cautelar analizada está orientada a garantizar la posibilidad de una futura responsabilidad pecuniaria a las costas del proceso y el aseguramiento de las responsabilidades civiles emergentes, de acuerdo a lo normado en el artículo 518 del Código Procesal Penal de la Nación (conf. causa N° 29.204 “Z. G. s/ embargo” rta. el 13/11/1997; causa N° 36.184 “S. J. s/ procesamiento y embargo”, rta. el 23/09/2004 reg. N° 457).

En ese sentido, y teniendo en cuenta las modificaciones practicadas respecto del nombrado en los sucesos bajo estudio, que el delito prevé pena de multa y que cuenta con asistencia letrada particular, consideramos que corresponde reducir el monto de embargo dispuesto a la suma de setenta y cinco mil pesos (\$ 75.000).


En virtud del acuerdo que antecede, este Tribunal resuelve: I. Tener por desistido el recurso de apelación interpuesto a fs. 42 por la defensa de J. O. N. en los términos que estipula la ley 26.374 modificatoria del código de rito (conforme art. 454 del C.P.P.N.). II. Confirmar parcialmente el dispositivo I de la resolución obrante a fs. 1/41 en cuanto dispuso el procesamiento de A. F. T. modificando la calificación legal en orden al delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil —tres— y de guerra —una— (art. 189 *bis* inciso 2°, primer y segundo párrafo del Código Penal) de acuerdo a lo expresado en el considerando IV, apartado a) *in fine*. III. Revocar parcialmente el dispositivo I de la mencionada resolución en cuanto dispuso el procesamiento de A. F. T. en orden al delito de entrega de armas de fuego a quien no acreditare su condición de legítimo usuario en grado de tentativa y, en consecuencia, decretar su sobreseimiento, dejando constancia que el presente procedimiento no afecta el buen nombre y honor del que hubiere gozado (art. 336, inc. 3°, CPPN), de conformidad a lo expuesto en el considerando IV. IV. Revocar el dispositivo II del auto puesto en crisis en cuanto dispuso el procesamiento de H. A. T. como partícipe necesario en orden al delito de acopio de armas de fuego y, en consecuencia, decretar su sobreseimiento, dejando constancia que el presente procedimiento no afecta el buen nombre y honor del que hubiere gozado (art. 336, inc. 3°, CPPN), de conformidad a lo expuesto en el considerando IV, b). V. Confirmar el punto dispositivo IV de la misma resolución en cuanto mandó a trabar embargo sobre los bienes de A. F. T. y reducir su monto hasta cubrir la suma de setenta y cinco mil pesos (\$ 75.000) de conformidad con el considerando V. Regístrese, notifíquese conforme lo dispuesto por las Acordadas 31/11 y 38/13 de la C.S.J.N., hágase saber a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (Acordadas 42/15 de la C.S.J.N.), y devuélvase a la anterior instancia. Sirva la presente de atenta nota de envío. — Leopoldo O. Bruglia. — Jorge L. Balletero.

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

▶ LANZAMIENTO

# CONTEXTO

## JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL



Conozca la obra práctica que brinda perspectivas jurisprudenciales, doctrinarias y legislativas, acerca de los distintos institutos jurídicos contenidos en el Código Civil y Comercial de la Nación.

La obra está compuesta por los siguientes títulos:

- **Parte General.** Carlos A. Ghersi
- **Familia y Sucesiones.** Adriana N. Krasnow
- **Obligaciones y Responsabilidad Civil.** Alejandro Borda
- **Contratos.** Alejandro Borda
- **Derechos Reales.** Eduardo Molina Quiroga

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en [www.TiendaTR.com.ar](http://www.TiendaTR.com.ar)

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.

the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

Síguenos en: [f ThomsonReutersLaLey](https://www.facebook.com/ThomsonReutersLaLey) [@TRLaLey](https://twitter.com/TRLaLey) [in](https://www.linkedin.com/company/thomson-reuters-laley) [yt](https://www.youtube.com/channel/UC...) [ThomsonReutersLatam](https://www.thomsonreuters.com/latam)

VERSIÓN:  
eBook  
eBook + 5 tomos  
Encuadernación de lujo

## EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731, 9° piso de esta Ciudad, informa que DAVID PAZ VELAZQUEZ de nacionalidad mexicana con DNI N° 94.908.555, ha iniciado los trámites tendientes a obtener la Ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LA LEY.

Buenos Aires, 26 de diciembre de 2017  
Matías M. Abraham, sec.  
LA LEY: I. 21/03/18 V. 22/03/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 24, a cargo de la Dra. Alejandra D. Abrevaya, Secretaría Única, a mi cargo, sito en Talcahuano 550, 6° piso, de esta Ciudad, comunica por 2 días en autos “TEVERE CLAUDIA CECILIA c/FOREXCAMBIO SA y OTRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS”, N° 63703/2008, que el martillero José Horacio Gómez, subastará el 27 de marzo de 2018 a las 11.15, en la Oficina de Subastas Judiciales de la CSJN, sita en Jean Jaures 545, de esta Ciudad, el inmueble ubicado en Av. Pte. Julio A. Roca 568/70/76, entre

Perú y Bolívar, U.F. 14, 3° piso, matrícula FR: 13-229/14, de esta Ciudad. Según el informe de constatación del martillero del 20 de junio de 2017, el inmueble se compone de dos ambientes con baño, posee un pequeño balcón cerrado y una cocina tipo kitchenette improvisada en éste. Superficie total según título de 30,35 mts<sup>2</sup>. La unidad se encuentra en condiciones normales de habitabilidad y se encuentra ocupada por el Sr. Juan Sebastián Cocuzza, en carácter de locatario, quien adjuntó contrato en el expediente con fecha de vencimiento para el 15 de enero de 2019. Venta al contado, en dinero en efectivo y al mejor postor. Base: \$ 580.000. Señal: 30%. Comisión: 3%. Sellados de ley que correspondan. Arancel: 0,25% a cargo del comprador. Deudas: GCBA: \$ 12.913,42 con intereses al 01/11/2017; OSN: sin deuda al 09/09/2016; AySA: \$ 5455,45 con intereses al 02/11/2017; Aguas Argentinas: sin deuda al 02/11/2017. Expensas: \$ 55.715,20 a septiembre de 2017. Importe del último período informado: octubre/2017 por \$ 2054. El comprador deberá constituir domicilio, bajo apercibimiento de que las sucesivas notificaciones se le darán por cumplidas en la oportunidad prevista en el art. 133 del CPCyCN. El saldo de precio deberá ser depositado dentro del quinto

día de aprobado el remate, sin necesidad de intimación alguna, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 580 del CPCyCN. Se deja constancia de que el rematador deberá identificar, antes de comenzar el acto, de ser necesario con auxilio de la fuerza pública, a los asistentes por su nombre y documentación y, en caso de que manifiesten que actúan por poder, consignará el nombre y la identificación del mandante con exhibición del instrumento del poder respectivo, con individualización de la escritura por número y fecha, y referencia al notario autorizante, bajo la prevención de que no se admitirán ofertas que no cumplan con tales requisitos. El auxiliar, en cumplimiento de lo anterior, confeccionará una lista fechada y suscripta por él, la que acompañará a las actuaciones en ocasión de rendir cuentas del remate. Asimismo, se deja establecido que, bajo responsabilidad del martillero actuante, una vez comenzado el remate no estará autorizado el ingreso de nuevas personas al recinto. Publíquese edictos por dos días en el Boletín Oficial y en el diario La Ley. Exhibición el 23 y 26 de marzo de 2018, de 14 a 16. Mayores informes al martillero al teléfono 4791-7909.

Buenos Aires, 7 de marzo de 2018  
Maximiliano J. Romero, sec.  
LA LEY: I. 21/03/18 V. 22/03/18