

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FAUNA EN LA ARGENTINA

Por JOSÉ ALBERTO ESAIN

*“Un país, una civilización se puede juzgar por la forma
en que trata a sus animales”.*
Mahatma Gandhi

I. INTRODUCCIÓN: EL PROCESO DE REGULACIÓN DE LOS ANIMALES Y LA FAUNA

Algunas aclaraciones preliminares: el tema del derecho y los animales resulta novedoso en los últimos tiempos, dadas las corrientes recientes que pretenden que los animales, o algunos de ellos resultan ser sujetos de derechos (subjektivismo). Nosotros en cambio adoptaremos en el presente una concepción objetivista, con el objeto de proteger el sistema fauna como parte de la biodiversidad y del ambiente. Dejaremos esa discusión de lado aunque con esta decisión hemos dejado en claro la base de nuestra posición.

El derecho enfoca la regulación de los animales —y a posteriori de la fauna— de diversos modos. En algunos sistemas comparados la fauna silvestre pertenece por accesión al dueño del terreno, o es una cosa sin dueño (*res nullius*) o es declarada de dominio público a efectos de su protección.

Dice Ramón Martín Mateo que “una eficaz técnica conservacionista está basada en la asignación de la condición de bienes de dominio público a las especies silvestres, aunque existirán dificultades difícilmente superables desde luego en Europa en el caso de ciertas plantas, ya que la casi totalidad de las mismas han sido sometidas al régimen de propiedad privada, lo que supondría su nacionalización, operación ésta ideológicamente discutible y económicamente inviable, aunque bien es verdad que las especies vegetales amenazadas apropiadas son pocas”¹.

Para analizar las normas ambientales referidas a los animales y la fauna debemos partir de la configuración que le dan los instrumentos normativos en nuestro país. Hemos decidido evitar referencias a la numerosa cantidad de normas internacionales tanto referidas a biodiversidad como fauna. Nos abocaremos a lo que son las reglas de derecho comprado e interno. Además,

¹ MARTÍN MATEO, Ramón, Tratado de derecho ambiental, vol. III, Recursos Naturales, Trivium, 1997, p. 123.

lo que se denomina fauna silvestre, o animales salvajes o bravíos. Sólo haremos una breve referencia a la fauna doméstica o domesticada pero ese no será el foco del presente aporte.

Primera aclaración que vale la pena hacer es que nuestro enfoque se dará desde la noción de biodiversidad. La Comunidad Europea, en las conclusiones del Asunto C 44/95 el 17 de mayo de 1977: “las especies de la flora silvestre, así como las poblaciones de animales salvajes forman parte del patrimonio común de la humanidad. Su importancia deriva de que constituyen un capital genético no renovable, participando a la creación de equilibrios ecológicos globales cuya estabilidad está ligada a la complejidad de las funciones múltiples que cumplen y a la diversidad de los organismos participantes”².

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FAUNA EN EL DERECHO COMPARADO

La discusión inicial respecto a la fauna o los animales en el derecho se divide en dos niveles de apreciación: primero en la teoría general del derecho que en los últimos años ha puesto en crisis la suma divisiva entre personas y cosas para discutir dónde ingresan los animales. Para algunos autores son personas y por lo tanto sujetos de derecho; para otros cosas y objeto de derecho; finalmente para una tendencia intermedia, que parece imponerse poseen una nueva calificación, similar a las cosas pero sin serlo. El segundo plano de discusión radica —ingresados ya en la posición objetivista— en verificar cuál es el régimen jurídico para la fauna como sistema.

1. Subjetivistas, objetivistas y tesis intermedia

Existen posiciones filosóficas que propugnan por la consideración de los animales o la naturaleza como sujeto de derecho. Son las posiciones que ven —en la filosofía— la relación entre naturaleza y hombre como sujeto-sujeto. Advertimos dos tesis aquí: primero la naturaleza como sujeto de derecho que tiene su mayor apoyo en movimientos acuñados en América de Sur y que parten de una crítica sobre la ética renacentista en la que el hombre se muestra frente a la naturaleza como dominus, un objeto de apropiación. Estas escuelas —como la Pachamama o del buen vivir— consideran a la naturaleza como sujeto de derechos y no como objeto. No profundizaremos este apartado porque sería un punto ajeno al presente aporte, pero debemos advertir que dicha tesis se ha reflejado a nivel normativo en las reformas constitucionales de Ecuador y Bolivia entre otros excepcionales espacios normativos.

La segunda posición que parte de una filosofía subjetivista es la del derecho animal. Esta posición es una variación de la anterior pues propugna que los animales son sujetos de derechos, aunque al hacerlo no extienden el sistema a toda la naturaleza. Existen variaciones en la intensidad, pero básicamente se pretende —sin igualar a los grandes homínidos con el hombre— el reconocimiento para ellos de algunos derechos. En otros casos el objeto es pensar a ambos como iguales³.

La tesis objetivista clásica la veremos en los sistemas clásicos como nuestro Código Civil vlezano, donde los animales eran cosas muebles, sin dueño, sujetas a apropiación. Esta postura tiene origen en los sistemas decimonónicos que tienen máxima expresión en los sistemas de codificación, como el napoleónico.

² Consejo de la CE, Asunto C 44/95 el 17 de mayo de 1977.

³ El nivel más alto en el ámbito internacional de esta tesis lo encontramos en la declaración del 23 de septiembre de 1977 de la Liga Internacional de los Derechos del Animal que adoptó en Londres la “Declaración Universal de los Derechos de los Animales”, que fue proclamada en París el día 25 de octubre de 1978 y que dispone. “Considerando que todo animal posee derechos y que el desconocimiento y desprecio de dichos derechos han conducido y siguen conduciendo al hombre a cometer crímenes contra la naturaleza y los animales, se proclama lo siguiente: Artículo 1: Todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia...”. Esto respecto a los animales. En cuanto a la naturaleza sujeto de derechos podemos ver las Constitución de Ecuador

La tesis intermedia que se viene abriendo paso en los últimos tiempos en el derecho civil se podría resumir en reconocer a los animales un status jurídico intermedio, al que se le aplican primero el sistema jurídico particularizado que se dicte por el Estado y que serán alcanzados por las normas que regulan las cosas muebles —sin serlo— ante la falta de previsiones legales⁴.

No ingresaremos en esa discusión, y la dejaremos para otro trabajo porque nos interesa aquí analizar el estatuto jurídico actual de la fauna en la Argentina. Por este motivo, nos moveremos en lo que es actualmente nuestro sistema: objetivista, considerando los animales cosas postura reforzada recientemente por la reforma del CU como veremos a continuación.

2. Los sistemas objetivistas comparados

La FAO informa que “la mayoría de los sistemas jurídicos tratan de la cuestión de la propiedad de la fauna, que tiene repercusiones prácticas importantes. Hay una variedad de enfoques, pero en general la fauna se considera o bien parte de los derechos de propiedad sobre la tierra, o bien propiedad del Estado. Algunas leyes clasifican a los animales silvestres bajo la definición

⁴ Tomamos el análisis de Beatriz Franciskovic Ingunza (“Protección jurídica y respeto al animal: Una perspectiva a nivel de las constituciones de Europa y Latinoamérica”) que cuenta que en Austria, la Ley de 1 de Julio de 1988, introdujo al Código Civil Austriaco (ABGB) el artículo 285a, por el que se excluía a los animales de la consideración de cosas en propiedad: “Los animales no son cosas; están protegidos por leyes especiales. Las disposiciones referidas a las cosas se aplican a los animales, en caso de no existir una previsión diferente”. Como corolario de la inclusión de dicho artículo (285^a), el derecho austriaco introdujo dos reformas, relativas a los animales: El artículo 1332a (ABGB) en el ámbito de la regulación de la indemnización debida, en su caso, por los costos derivados de un animal herido; y, posteriormente, en el año de 1996, el artículo 250 (ABGB), que declara la inembargabilidad de los animales que no se destinen a la venta, lo significó un cambio notable en el Código de Ejecución: Los animales domésticos no destinados a la venta y respecto a los cuales existe un apego emocional, hasta un valor de 10.000 chelines, así como una vaca lechera o, a elección del obligado, dos cerdos, cabras u ovejas, si estos animales son necesarios para la alimentación del obligado o de los miembros de la familia que viven en su casa, junto con las previsiones de alimentación y mantenimiento de aquellos por cuatro semanas”. Posteriormente, en el año 2004, la Constitución de Austria incorporó en el art. 11.1 una disposición según la cual el Estado protege la vida y el bienestar de los animales porque los seres humanos tienen una responsabilidad especial hacia los seres prójimos. “La modificación jurídica efectuada en Austria despertó un gran interés y tuvo una inmediata repercusión en Alemania sobre todo respecto a la protección animal” En Alemania, dos años más tarde de la reforma del Código Civil Austriaco (ABGB), se reformó el Código Civil alemán (BGB) mediante la “Ley para la mejora de la situación jurídica del Animal en el Derecho Civil”. En primer término al libro I, cap. 2, que trataba sobre las cosas, se le añadió: Animales y, por ende, al artículo 90, en el que se contiene el concepto de cosas en sentido jurídico, se añadió un 90a, destinado a los animales. El BGB, Libro I, Capítulo 2. Cosas. Animales “Cosas, en el sentido de la ley, son sólo las cosas corporales”. Según el artículo 90a. “Los animales no son cosas. Están protegidos mediante leyes especiales. Se les aplicarán las disposiciones vigentes para las cosas, siempre que no haya otra previsión”. La redacción en poco difiere a la de Austria, con la misma limitación de seguirse aplicando a los animales las normas relativas a las cosas, caso de no haber previsión específica para los mismos. Posteriormente, en el año 2002, se incorporó el art. 20a de la Constitución, el mismo que impone al Estado la protección de los animales mediante acciones ejecutivas y judiciales, como responsabilidad hacia las generaciones futuras. Textualmente dice así: “El Estado, asumiendo igualmente su responsabilidad respecto a las generaciones futuras, protege los recursos naturales y a los animales por medio del ejercicio del poder legislativo, en el cuadro del orden constitucional y de los poderes ejecutivo y judicial en las condiciones que establezcan la ley y el derecho”. Suiza a diferencia de otros ordenamientos extendió la protección a todas las criaturas vivientes, incluyendo a las plantas, con base en la declaración de la dignidad de las mismas. “La Ley federal de protección animal del año 1978, prescribió reglas de conducta que deben ser observadas en el trato con los animales [...] para asegurar su protección y bienestar” (art. 1.1). En el año 2000 fue incorporado el art. 80 de la Constitución —con el título “Protección de los Animales”—, que prevé el dictado de normas sobre protección de los animales, su mantenimiento y cuidado, su utilización, los experimentos y los atentados a la integridad de animales vivos, el comercio y el transporte de animales y su matanza”.

de 'productos forestales' y, por lo que respecta a su propiedad, pueden estar sujetos al mismo régimen, o a uno similar, pese a su diferente naturaleza. Normalmente la propiedad perteneciente al Estado, a particulares o a comunidades trae consigo beneficios relacionados, como el ejercicio de los derechos de caza y el beneficio de los ingresos procedentes del turismo de observación o de caza. También supone en general algunas obligaciones, como las responsabilidades de ordenación y por los daños que pueden causar los animales. Sin embargo, esos derechos y obligaciones no siempre son consecuencia automática de la propiedad. Existen también países donde la fauna se considera *res nullius*, como en Marruecos (Mekouar, 1999). Según la ley lituana, los animales salvajes que se encuentran dentro de zonas cercadas pertenecen al propietario del terreno, mientras que los animales en el medio silvestre no se consideran propiedad de ninguna persona física o jurídica (arts. 3 y 4). Los terratenientes pueden utilizar la fauna que se halla en su tierra, con sujeción a la obligación de no perturbar el equilibrio de las comunidades naturales y de adoptar medidas de protección (art. 14)⁵.

De la reseña del informe FAO podemos desplegar una serie de sistemas en derecho comparado ambiental respecto al régimen de la fauna:

- tesis de accesión de la propiedad: en ella la fauna es parte del derecho de propiedad de la tierra.

- dominio público del Estado: en estos sistemas la fauna es de dominio público o privado del Estado.

- producto forestal: en algunos países la fauna se encuentra sujeta al mismo régimen que la flora que en general es el de la accesión al inmueble.

- sistema de *res nullius*: otros sistemas adoptan la posición según la cual la fauna es una cosa sin dueño, sujeta a apropiación mediante caza, o pesca y así cualquier particular puede adquirir su dominio.

- sistema mixto: también existen países en que la fauna es de propiedad del dueño del terreno, o *res nullius* si aparece en el medio silvestre.

En general el grado de intensidad en la regulación del Estado varía según el sistema. Si la fauna es considerada bajo el sistema de la accesión parte de la propiedad, entonces la regulación del Estado respecto al equilibrio de los ecosistemas derivará del poder de policía del Estado al regular el ejercicio de derechos propios de los particulares de utilización. En cambio, en los sistemas demanializados, el Estado posee una capacidad de regulación más importante, siendo su competencia la de otorgar los títulos administrativos de autorización para la utilización de una cosa de dominio público.

En todos los continentes hay muchos países en que la fauna es propiedad del Estado. En Uganda la propiedad de la fauna y la flora silvestres está atribuida al Estado, en representación y para el beneficio de la población (art. 4 Uganda Wildlife Statute, ley 14, el 14 de mayo de 1996). Conforme a la ley de Tayikistán los animales son propiedad del Estado, así como bien común de todos los ciudadanos (art. 2, Ley sobre la protección y utilización del mundo animal, ley 989, del 20 de julio de 1994). También en China (Ley sobre la protección de la fauna terrestre, del 8 de noviembre de 1988; su Reglamento del 12 de febrero de 1992 y Reglamentos sobre reservas naturales del 9 de octubre de 1994) la fauna se considera propiedad del Estado (art. 3). Donde la fauna pertenece al Estado, ya sea porque se trata de una norma general o porque se encuentra en las tierras públicas, se pueden reconocer algunos derechos consuetudinarios a los propietarios tradicionales. Así ocurre en algunos países africanos, pero también en Noruega, donde se autoriza la caza por parte de la población indígena en grandes extensiones de tierras comunales

⁵ CIRELLI, M. T., Tendencias legislativas en la ordenación de la fauna, para el Servicio del Derecho para el Desarrollo Oficina Jurídica de la FAO Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Roma, 2002 FAO serie de Estudio Legislativo nro. 74, p. 44.

del Estado⁶. En otros países, aunque la propiedad de la fauna esté atribuida al Estado, los derechos de caza en las tierras privadas quedan reservados a sus propietarios. En Burkina Faso, por ejemplo, los bosques y la fauna terrestre y acuática son considerados parte del patrimonio nacional (art. 4 Loi portant code forestier (ley 006/97/ADP, del 31 de enero de 1997), pero los propietarios tienen el derecho exclusivo de cazar en su propia tierra (art. 129 ley 006/97/ADP del 31 de enero de 1997). Por otra parte, conforme a la legislación chilena⁷ (ley 19473 de 1996 que enmendó el Código Civil), la caza está permitida únicamente en la propia tierra, o en tierras de otras personas con el permiso del propietario. En Botswana los terratenientes u otros ocupantes legítimos tienen el derecho de cazar sin licencia sobre su tierra, con sujeción a restricciones sobre el número de animales cazados y el pago de derechos (art. 20, Wildlife Conservation and National Parks Act, ley 28 de 1992, mod. por leyes 60 de 1992 y 16 de 1993). Sin embargo, se reconoce explícitamente un derecho de propiedad respecto a los animales en caso que éstos se mantengan o estén confinados dentro de una cerca (art. 83 ley 28 de 1992). Con la aprobación de la administración, los propietarios pueden permitir que terceros cacen en sus tierras, en cuyo caso también deben llevar registros de los animales capturados (art. 24 ley 28 de 1992). La caza sin el permiso del propietario u ocupante constituye una infracción a la ley (art. 49 ley 28 de 1992). En Malawi la propiedad de los animales silvestres, así como de las plantas, está conferida al Presidente, en nombre y para el beneficio de la población (art. 4, National Parks and Wildlife Act, ley 11, del 15 de abril de 1992), si bien los ejemplares capturados lícitamente con arreglo a una licencia se convierten en propiedad del titular de la licencia (art. 4). Además está prohibido entrar en las tierras privadas sin autorización, incluso en caso de persecución de animales heridos. Esta prohibición es aplicable a pesar de la obligación general de procurar matar a los animales heridos, realizando todos los esfuerzos posibles. En ese caso, debe presentarse un informe al propietario, que tiene la autoridad exclusiva de consentir el acceso a su tierra (art. 79)⁸.

En otros sistemas jurídicos, la pertenencia de la fauna al Estado, combinada con una considerable presión en favor de la caza, ha determinado limitaciones significativas de los derechos de los propietarios de tierras privadas, puesto que se ha autorizado el acceso de los cazadores a todas las tierras privadas. Así sucede en Italia⁹ donde, a diferencia de la mayoría de los países europeos, la fauna es considerada propiedad del Estado y debe protegerse por el interés de la comunidad nacional e internacional (ley de 1992, art. 1). Tradicionalmente, se ha autorizado la caza y el libre acceso de los cazadores a todas las tierras, incluidas las privadas, con tal que no estuvieran cercadas. Con una innovación introducida por la ley de 1992, los terratenientes pueden pedir que se excluyan sus tierras del libre acceso general de los cazadores, pero deben presentar razones específicas, y dicha exención se les puede conceder a condición de que no obstaculicen la ejecución de los planes de ordenación de la fauna. Asimismo se puede otorgar una exención sobre la base de la legislación regional por particulares razones económicas, sociales

⁶ BOUCKAERT, J., Les territoires de chasse et les habitats. En Société Française pour le Droit de l'Environnement, La chasse en droit comparé. Actes du Colloque organisé au Palais de l'Europe, à Strasbourg, les 9 et 10 novembre 1995, L'Harmattan, París/Montreal, ps. 77/117 citado por Cirelli M.T., cit. p. 45.

⁷ Ley que sustituye el texto de la ley n° 4601, sobre caza, y el artículo 609 del código civil (ley 19473, 4 de septiembre de 1996)

⁸ CIRELLI, M. T., cit. p. 45.

⁹ En Italia: Ley de protección de los animales silvestres de sangre caliente y la caza (ley n° 157, 11 de febrero de 1992) Ley de bases sobre las áreas protegidas (ley n° 394, 6 de diciembre de 1991, en su forma enmendada hasta la ley n° 426, 9 de diciembre de 1998) Decreto del Presidente del Consejo de Ministros sobre la aplicación de las disposiciones relativas a las excepciones de conformidad con el artículo 9 de la Directiva 79/409/CEE relativa a la conservación de las aves silvestres (27 de septiembre de 1997) Decreto legislativo relativo a la transferencia de las funciones administrativas del Estado a las regiones y autoridades locales (decreto n° 112, 31 de marzo de 1998) Ley regional (Tuscania) sobre la conservación de hábitats naturales y seminaturales y de la flora y la fauna silvestres (ley n° 56, 6 de abril de 2000)

o ambientales, como iniciativas agrícolas experimentales (art. 15¹⁰). En cualquier caso, por lo general el acceso a las tierras bajo cultivo, así como a tierras con una cerca de una altura mínima de 1,20 m, está prohibido a los cazadores itinerantes (art. 15). La situación era parecida en Portugal donde sólo recientemente la ley de bases sobre la caza de 1999 reconoció el derecho de prohibir la caza a los propietarios (art. 3 Ley de bases sobre la caza 173/99, del 21 de septiembre de 1999 y decreto-ley de aplicación la ley de bases sobre la caza, decreto 227-B/2000 del 15 de septiembre de 2000)¹¹.

¹⁰ Las organizaciones de protección de la fauna son muy críticas por ejemplo con el proceso de protección de fauna en Italia. El Committee Against Bird Slaughter (CABS) (disponible en <http://www.komitee.de/es/start>) dice "año tras año se repite en Italia el mismo triste espectáculo. Tan pronto los migratorios otoñales cruzan los primeros pasos de los Alpes en su vuelo hacia el Sur, los cientos de miles de cazadores levantan el fuego sobre ellos diezmándolos. Según la ley italiana la caza se abre en el período que va desde el inicio de septiembre al final de enero. La ley reconoce a cada uno de los 730.000 cazadores un morral diario de 32 pájaros en un total de 55 días de caza. Resultado: 17 millones de pájaros cazados legalmente cada año. En Italia la ley 157 promulgada en 1992 es la encargada de la tutela de los animales selváticos y de disciplinar la caza. Fue escrita después de meses de negociaciones entre el mundo ambientalista y las asociaciones venatorias, dando como resultado una de las más avanzadas leyes en materia ambiental en toda Europa. Lamentablemente la mayor parte de los cazadores en Italia nunca la han aceptado. Muchos de ellos viven aún en la nostalgia de los años '60 y '70, cuando un millón y medio de cazadores saqueaban pantanos, campos y bosques abatiendo todo lo que estaba en movimiento. Por esta razón, desde inicios de los años '90 hasta hoy, el mundo de la caza tiene solo un objetivo: desquiciar la ley para recuperar los privilegios perdidos. Los cazadores aparecen sólo por tres motivos: aumentar las especies cazables, aumentar los tiempos de caza y aumentar los espacios de caza. Por lo tanto el objetivo final es claro: tener a disposición más animales para abatir. Y no son pocas las victorias que han obtenido los secuaces de Diana: algunos años atrás, gracias a una estratagema parlamentaria inesperada, fue aprobada una enmienda escondida que ha permitido a los cazadores de ungulados (ciervos y corzos) cazar en verano. En el 2010 gracias a algunos senadores del PdL y de la Lega la caza fue prolongada 10 días en febrero, mientras hoy por hoy es una praxis que las escopetas estén de paseo a inicios de septiembre, no obstante la ley diga que la apertura se realiza el tercer domingo del mes. Sobre las especies cazables la batalla es infinita. En Italia las especies de aves cazables son 35 (de las cuales 20 se encuentran en grave disminución por 'depauperación' de la población). Evidentemente este número de especies no es suficiente para los cazadores. En vista del naufragio de algunos intentos de ley que buscaban desestabilizar la entera estructura legislativa, delegando a las Regiones y Provincias la facultad de establecer los tiempos, los lugares, modalidades de caza y las especies a ser cazadas (tomando en cuenta que en asuntos venatorios regionalizar significa liberalizar), las asociaciones venatorias hoy presionan por la caza 'excepcional'. Cada año algunas Regiones autorizan así la caza de algunos millones de pinzones comunes y reales, bisbitas comunes y arbóreas, estorninos para satisfacer el deseo de aumentar el morral de los cazadores que practican la caza migratoria. Cada año las asociaciones ambientalistas se oponen presentando recursos contra estas autorizaciones especiales y en todas las sedes ganan continuamente: en los TAR (Tribunales Administrativos Regionales), en la Corte Constitucional y en la de Luxemburgo. Es evidente que la caza 'excepcional' de estas especies protegidas no está permitida, sin embargo las Regiones —Lombardía, Veneto, Liguria, Toscana, Las Marcas in primis— insisten cada año con las mismas ilegítimas disposiciones. Los abogados del CABS y de la LAC (nuestra principal asociación partner en Italia) son los encargados de extender recursos en Milán y Brescia para garantizar el cumplimiento de la legislación nacional para la salvaguardia de las aves. ¿Por qué? Porque la política en Italia corteja cazadores y fábricas de armas a cambio de votos y respaldo electoral. Lo testimonia recientemente un senador del PdL: 'No entiendo por qué se ensañan tanto contra los cazadores, que son los únicos que llevan dinero al Estado sin pedir nada a cambio'. Entonces, los animales selváticos, las aves migratorias, ejemplares que atraen la atención de miles de birdwatcher, cuidados con entrega por cientos de voluntarios de los Centros de Rescate, estudiados por miles de biólogos, naturalistas, ecólogos, anilladores de aves, no son nada para este político. Menos mal que la ley dice: 'La fauna selvática es patrimonio no disponible del Estado', patrimonio de la colectividad, a ser salvaguardado, sobretudo en vista de los cambios dramáticos a los que se enfrentan las aves en nuestros tiempos". Como vemos, en Italia el tema es muy complejo y los usos y costumbres de las regiones difíciles de mutar.

¹¹ CIRELLI, M. T., cit. p. 46.

“En la mayoría de los países de Europa occidental —explica el informe FAO— la propiedad de la fauna está conferida a los terratenientes. Existe una distinción entre los países donde se concede al propietario el derecho automático de cazar, como en el Reino Unido y Noruega, y los países donde ese derecho no es automático, como Francia, Bélgica y España¹². Una consecuencia de esas disposiciones es que generalmente los propietarios son responsables de la ordenación de la fauna que vive en su tierra. Sin embargo, dado que esto resulta inadecuado en las zonas donde las parcelas son muy pequeñas, varios países, como Alemania, Bélgica, Francia, y Noruega, establecen como condición una extensión mínima de tierra para que sus propietarios puedan ejercer los derechos de caza”¹³. Agrega el informe “Asimismo, pueden existir otras disposiciones para ayudar a los terratenientes a llevar a cabo una ordenación adecuada. En Bélgica¹⁴, por ejemplo, los propietarios pueden cazar sólo si su propiedad supera una cierta extensión (por lo general 25 y 40 hectáreas para las regiones valona y flamenca, respectivamente). En la región flamenca, el decreto sobre la caza de 1991 fomenta la agrupación voluntaria de tierras en zonas de caza y prevé una financiación para este fin (art. 12). En Alemania el régimen jurídico de la Ley federal de conservación de la naturaleza (21 de septiembre de 1998) de la Ley federal de caza (29 de septiembre de 1976, en su forma enmendada hasta la ley del 26 de enero de 1998) se refiere a zonas de caza que pueden ser privadas —en cuyo caso generalmente se requiere una extensión mínima de 75 hectáreas para poder cazar (art. 7)— o “comunales”, esto es creadas por iniciativa de un municipio en tierras que no formen parte de zonas privadas de caza. En este caso, la superficie mínima para poder cazar es de 150 hectáreas (art. 8). Tradicionalmente, en Francia no se exigía una extensión mínima, pero la “Ley Verdeille” de 1964 ha previsto la agrupación obligatoria de los propietarios cuyas parcelas eran inferiores a 20 ha, y la devolución automática de los derechos de caza a la asociación comunal de caza (Association communale de chasse agréée), creada a dicho fin¹⁵”¹⁶.

García Enterría y Tomás Ramón Fernández¹⁷ explican la evolución de la regulación de los animales a través de la evolución del derecho de caza. Tres modelos explican justifican o se muestran detrás del sistema.

—Derecho de caza: Primero el *ius hominus* general de cualquier persona de perseguir y dar muerte (o captura) y apropiación de animales *nulius*. Estamos ante la tesis clásica del Derecho Romano, con fondo en las costumbres humanas primitivas.

—Fauna como accesorio o frutos del fundo: Segundo la tesis de la accesión o frutos del fundo —también con base en el Derecho Romano a propósito del vivarium o fundo venatorio, tesis que generalizará la revolución francesa en el proceso de concentración de facultades a realizar sobre los bienes inmuebles, hasta ahora dispersas, en la titularidad dominical, y es el modelo so-

¹² BOUCKAERT, J., cit.

¹³ BURHENNE, W. E., 1999. Le droit de la chasse en Allemagne et en Autriche. En Société Française pour le Droit de l'Environnement, La chasse en droit comparé. Actes du Colloque organisé au Palais de l'Europe, à Strasbourg, les 9 et 10 novembre 1995, L'Harmattan, París/Montreal, págs. 185-191.

¹⁴ Las normas en Bélgica: Loi sur la chasse (28 de febrero de 1882, refundida el 6 de agosto de 1997) Décret sur la chasse (región flamenca) (24 de julio de 1991) Arrêté du gouvernement wallon relatif aux permis et licences de chasse (4 de mayo de 1995) Arrêté du gouvernement wallon fixant les conditions et la procédure d'agrément des conseils cynégétiques (30 de mayo de 1996) Décret concernant la conservation de la nature et le milieu naturel (región flamenca) (21 de octubre de 1997).

¹⁵ Esto fue relativizado dada la influencia de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que juzgó la anterior legislación francesa (que imponía a los propietarios rurales la obligación de unirse en asociaciones de caza y permitir la caza en la tierra en cuestión) una violación del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (artículo 11 sobre libertad de asociación y artículo 1 del Protocolo 1 relativo al derecho de propiedad).

¹⁶ CIRELLI, M. T., cit. p. 49.

¹⁷ Seguiremos en estos párrafos la tesis de GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, t. II, Thomson Civitas, La Ley, Buenos Aires 2006, ps. 151/154.

bre el que se ofrece la primera regulación de la caza en el régimen español, de mayo de 1834, que declaraba el derecho de “los dueños particulares de las tierras de cazar libremente en ellas en cualquier tiempo del año, sin traba ni sujeción a regla alguna”; esas reglas sólo se imponían en las tierras de propios y baldíos.

—Tesis regalista. Finalmente, la caza como una regalía, propia del señor o Príncipe que le atribuye en exclusiva las especies venatorias o algunas de ellas (las piezas o especies regalianas o *feraminae nostrae* —nuestra fieras— o *gibiers royaux* en las fuentes francesas: ciervos y venados, cetrería, águilas) y les reserva su persecución y captura sobre las fincas de cualquiera.

El primer modelo de derecho a cazar consiste en el reconocimiento de un derecho de los particulares a cazar que la Administración simplemente somete a limitaciones clásicas de policía, con técnicas como la previa licencia de caza, de armas, limitación de especies, tiempos y modos de caza. Este primer modelo cuentan los autores se vincula con el segundo porque incluso en los que lo adoptan aparecen las fórmulas de fondo venatorio o vedado de fincas, las reservas privadas de caza, o acotamientos o cerramientos de fincas¹⁸. Este régimen es el saliente en el sistema Argentino, y explicaremos la cuestión a continuación.

Alertan García de Enterría y Fernández sobre el “reverdecimiento” de la técnica regaliana o medieval de la caza que supone la eliminación virtual de la titularidad privada general del derecho de caza y aún de la titularidad del propietario fundario para concentrar dicha titularidad en la Administración que distribuye luego su ejercicio con técnicas concesionales, mejor o peor perfiladas, en administrados singulares, con exclusión de todos los demás. Esta técnica comienza con el artículo 15 del Reglamento de la Ley de Caza de 1903, que, sobre una redacción equívoca (y aunque posteriormente sobre los bienes comunales y de propios) va a servir de base para el arrendamiento por los Ayuntamientos de la caza de todo el término municipal. Se extiende a través de la técnica de Cotos Nacionales (decreto del 9 de abril de 1932) y Reservas Nacionales de Caza (leyes del 4 de septiembre de 1943 —Reres— 13 de junio de 1950 —Gredos—, 21 de julio de 1960 —Cazorla—, 31 de mayo de 1966 que define ya una pluralidad de ellas por todo el país) que comprenden grandes espacios, donde la administración de la caza y los llamados “permisos especiales” (vid. Decreto del 2 de Julio de 1960, que convalida la tasa correspondiente) quedan atribuidos a la Administración. Finalmente, culmina en la reactualización de la técnica de las antiguas “especies reales”, aunque ahora normalmente con fines de protección de especies amenazadas de extinción, especies cuya caza exige también esos “permisos especiales” del Estado —en realidad, como se comprende, puras concesiones, no ya licencias o autorizaciones— calificaciones efectuadas hasta 1970 por simples órdenes. Todas estas técnicas regalianas confluyen —relatan los autores españoles— en la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 (Reglamento de 25 de marzo de 1971, aun intensificadas por la Ley de 27 de marzo de 1989, de Conservación de los Espacios Naturales de la Flora y Fauna Silvestre): el *ius hominis* a cazas, que sigue proclamando formalmente el artículo 3 de la ley de Caza (“El derecho de cazar corresponde a toda persona mayor de catorce años que esté en posesión de la licencia de caza”) se reduce a los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común (arts. 8 y 9) en tanto que se excluye en los terrenos de régimen especial, cada vez más extensos y variados (parques nacionales, refugios de caza, Reservas Nacionales de Caza, Zonas de Seguridad, Cotos de Caza, cercados y de régimen de caza controladas; entre los cotos de caza se incluyen ahora los llamados cotos locales, que consagran la facultad municipal de acotar términos enteros); la consagración de la técnica regaliana de las *feraminae nostrae* es explícita en el artículo 23 (“especial protección de especies de interés científico o en vías de extinción”), 34, 36 (“licencias especiales”, éstas han quedado sustituidas por la ley de 1989 citada) y artículos 25 y siguientes del Reglamento del 25 de marzo de 1971 (“reglamentaciones especiales”, “autorización nominal” para cazar ciertas especies, limitación del

¹⁸ GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, cit., 152.

número de piezas a cazar y de cazadores, etc. vid. También las órdenes de 17 de diciembre de 1973 y 13 de junio de 1977 sobre ejercicio de la caza en Reservas y Cotos nacionales)¹⁹.

El final del recorrido para los dos autores españoles nos lleva a la ley de conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, del 27 de marzo de 1989. Frente al principio del derecho de caza, se alza ahora el criterio de que “las Administraciones Públicas adoptarán las medidas necesarias para garantizar la conservación de las especies de la flora y fauna que viven en estado silvestre en el territorio español (art. 26), prohibiéndose pura y simplemente “dar muerte, dañar molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestre”, previéndose que esta prohibición general podrá ser excepcionada mediante una “autorización administrativa” específica. La caza sólo podrá realizarse ya, “sobre las especies que reglamentariamente se declaren como piezas de caza” (art. 33 en su desarrollo Decreto de 8 de septiembre de 1989) regla que se declarara “norma básica” que vincula a las Comunidades Autónomas en virtud del artículo 149.1.23 de la Constitución”²⁰.

Concluyen los dos maestros del derecho administrativo español que la evolución de las técnicas de intervención administrativa en este sector muestran un camino desde la situación operante sobre una libertad privada, de principio, sometida a limitaciones administrativas típicas (bien se refiera esa libertad a la general de todo ciudadano a la apropiación de *nulius*, bien a la del propietario de la finca en las situaciones en que opera el sistema fundario), hasta la reconducción del derecho de caza a una titularidad administrativa, desde la cual se distribuye entre los particulares con técnicas concesionales efectivas, más o menos adecuadas. Unas, en efecto, de estas técnicas concesionales se ordenan sobre un criterio de puro rendimiento patrimonial (el llamado arrendamiento de la caza por los Ayuntamientos en sus términos, quizá no fácilmente justificable); otras por un criterio de protección ecológica o de especies naturales amenazadas o en riesgo de extinción; otras, por el de distribución igualitaria —incluso por sorteo— de un producto venatorio escaso²¹.

Ilustrativo el comentario de los dos maestros españoles para verificar cómo los regímenes jurídicos vinculados a la fauna han ido moviéndose en el tiempo detrás de esos tres formatos imperando en la fecha una intervención más fuerte de la Administración a través de la demanialización previa prohibición de caza, y permisión limitada por sistemas autorizatorios reglados, con limitación de espacio, tiempo y cantidad de capturas. Ya no basta para proteger a la fauna silvestre con las limitaciones de policía para el ejercicio de un derecho de caza que los particulares detentan. El modelo debe mutar drásticamente para pensar a la fauna como cosa sujeta a protección por el Estado.

III. LA COMPETENCIA PARA LA REGULACIÓN DE LA FAUNA EN EL FEDERALISMO ARGENTINO

Las normas que regulan la fauna se muestran en diversos espacios de regulación. Tanto en convenios internacionales (CITES, Convenio de Biodiversidad, etc.), acuerdos transnacionales (por ejemplo el Convenio para la conservación y manejo de la vicuña, suscripto en la ciudad de Lima el 20 de diciembre de 1979 celebrado por Bolivia, Chile, Ecuador y Perú y aprobado en Argentina mediante ley 23582) nacionales o estatales (ley 22.421) intrafederales (las normas derivadas en nuestro país de las resoluciones del COFEMA, como por ejemplo Resolución 317/2015 que aprueba el Plan de Acción Nacional para la Conservación de las Tortugas Marinas) o interprovinciales (Programa de Monitoreo de Ictiofauna en el Embalse Casa de Piedra y Río Colorado Ciclo 2010–2011 en el marco de las Normas de Protección Ambiental del Embalse Casa de

¹⁹ GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, cit., p. 152/3.

²⁰ GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, cit., p. 153.

²¹ GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, cit., p. 153.

Piedra, siendo el COIRCO —Comité Interjurisdiccional del Río Colorado— la Autoridad de Aplicación) o municipales (mencionamos dos ordenanzas municipales de las miles que deben existir en todo el país, ambas de mi ciudad Mar del Plata: Ordenanza 7610, del 18/12/1989 que Prohíbe la exhibición, venta y/o comercialización de animales de fauna silvestre autóctona; y la ordenanza 9440 del 28/06/1994 que Declara Monumento Natural al Lobo marino de un pelo *Otaria Flavescens*, especie perteneciente a la fauna autóctona de nuestra región. Establece la prohibición de toda acción u omisión que implique directa o indirectamente, maltratos, daños, captura o cautiverio de los ejemplares, excepto en casos justificados. Declara de interés municipal la preservación de la reserva faunística de lobos marinos. El Departamento Ejecutivo procederá a colaborar con la Fundación Fauna Argentina.

Como vemos, es muy diversa la forma de gestionar la fauna, en una suerte de concurso de buenas voluntades para el logro de una planificación óptima.

En el Federalismo argentino confluyen cuatro niveles de normación de la fauna:

1. Nivel nacional desde normas de fondo: Normas de Derecho Civil, integradas al Código Unificado Civil y Comercial (CU en adelante) son de aplicación en los ámbitos locales sin necesidad de adhesión (art. 75.12 CN). Son las que regularán el régimen jurídico básico de la fauna (animales salvajes) como cosas muebles (semovientes).

2. Nivel nacional (federal “en sentido estricto”): Aún pervive la ley 22.421 de protección de la fauna (norma ambiental mixta) (actualizada por decreto 666/97) pero con muchos contenidos federales sólo aplicables a las provincias mediante adhesión (arts. 75.13 CN). Regularán este tipo de normas la integración de la fauna en espacios federales como por ejemplo tráfico interprovincial, o la que forma parte de los Parques nacionales (ley 22.351 de Parques nacionales).

3. Nivel nacional de presupuestos mínimos de protección de la fauna. Esta norma aún no ha sido dictada, pero es la que correspondería. Una ley nacional que se coordine con el tercer párrafo del artículo 41 CN que dispone la competencia legislativa concurrente complementaria en materia ambiental y que obligaría a la nación a dar una ley de protección de la fauna pero desde la técnica de los presupuestos mínimos.

4. Nivel intrafederal: En nuestro país muchas normas provienen de decisiones que se adoptan por órganos en que las provincias y la nación confluyen. Ejemplo de esto es el COFEMA que ha adoptado varias resoluciones y recomendaciones relacionadas a la fauna, algunas de las cuales hemos citado. Otro espacio de concertación federal lo son los Comités de cuencas como son por ejemplo COIRCO o el Comité de la Cuenca del Salí Dulce. En ambos espacios se adoptan constantemente normas y contenidos de protección de la fauna.

5. Nivel provincial: Normas provinciales en materia de fauna (arts. 121 y 124 CN). El grueso de la normativa sobre fauna en un estado federal deriva de las legislaturas locales.

Veamos cada espacio. El nivel (a) (normas de fondo), se ocupa de la fauna pues la materia civil alcanza la regulación de las cosas, lo que incluye su régimen jurídico. Siendo la fauna considerada cosa en nuestro sistema, es éste el ámbito donde surge una importante porción de su regulación. Estamos ante una legislación exclusiva de la Nación, reservándose las provincias sólo su aplicación, vedándoseles la posibilidad de disponer sobre estos contenidos. Recordemos que una cosa no puede tener un régimen diferente en cada territorio del país y por este motivo, la legislación civil se rige en nuestro país por el principio de unidad de legislación²².

El nivel de legislación federal estricta (b) también se ocupa de la regulación de la fauna en nuestro país dado que aún no nos hemos dado la oportunidad de tener una ley de biodiversidad. Decimos que tiene fuente en normas federales en sentido estricto porque la vieja ley 22.421 de protección de la fauna —a pesar de que contiene reglas de fondo— la mayor parte de sus instituciones se aplican sólo a situaciones de fauna migratoria (en consonancia con el artículo 75.13 CN) dependiendo para su aplicación en los ámbitos locales de la adhesión por lo que sería es

²² Al respecto se puede consultar ESAIN, José Alberto, Competencias ambientales, Abeledo Perrot, 2008.

una ley federal en sentido estricto. Entre algunos de los contenidos sujetos a este nivel aparecen los modos de adquisición de la propiedad, entre dicha actividad y los propietarios de los fundos. Junto a esta ley también tenemos la ley de parques nacionales 22.351 que regula la condición jurídica de la fauna que puebla los mismos, otra norma de aplicación sólo a los espacios declarados bajo dicho sistema.

El principal espacio de regulación sería la ley de presupuestos mínimos de protección de la fauna. Aún no existe en nuestro sistema una norma así. Sería una norma dictada por el Congreso federal, de presupuestos mínimos (es decir básica, con el piso normativo para que desde allí las provincias en cada espacio disponga de normas de mayor nivel de protección, particularizada para esos páramos. Ese es el mandato que impone el tercer párrafo del artículo 41 CN con la necesidad de complementos provinciales en pleno diálogo con la norma de base nacional.

Finalmente, existe en la actualidad un espacio de regulación provincial (c), ya que desde la reforma constitucional de 1994 (vía artículo 124 CN) los recursos naturales son de dominio originario de las provincias. Por lo tanto, en paralelo a la regulación nacional, cada provincia dispone de normativa local para la materia, ya sea adhiriendo a la ley 22.421 o con normativa propia. En un futuro la norma provincial no será ni de adhesión normativa propia de fauna sino complementaria de la ley de PMPA en la materia. Deberá entonces disponer de niveles de protección similares o mayores a los nacionales para su espacio específico.

Cuando nos referimos a la regulación de la fauna en una futura ley de PMPA para la fauna desde nuestro sistema de competencias ambientales complementarias entre nación y provincias (tercer párrafo art. 41 CN) debemos pensar en una ley de fauna o biodiversidad que podría contener normas de fondo, normas federales y PMPA. De las primeras, pensemos en las referidas al régimen jurídico de los animales salvajes (derecho civil), delitos relacionados a la fauna (derecho penal) o conductas relacionadas al comercio de especies (derecho comercial); de las segundas, normativa sobre la fauna en los Parques Nacionales por ejemplo, o establecimientos de utilidad nacional; finalmente de la tercera especie por ejemplo un procedimiento de evaluación del impacto ambiental específico o un apartado para las evaluaciones de proyectos con posibles impactos sobre la fauna; ordenamiento ambiental del territorio expresado mediante el mecanismo de los programas de gestión o conservación de la fauna silvestre, con pautas mínimas; listado de especies amenazadas, en retroceso las que puedan ser mejoradas por las provincias mediante inclusión de otras especies, son PMPA a incluir una ley nacional de presupuestos mínimos de la protección de la fauna entre otros.

Por último, en este aspecto es interesante un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia (Competencia CSJ 265/2014 (50-C)/CS1 “U.F.I.M.A. s/denuncia”, del 23 de febrero de 2016) en el que la Corte debía resolver un conflicto negativo de competencia entre el Juzgado Federal 1 y el de Garantías 2 de Azul. El fallo ordena toda la amalgama de fuentes que acabamos de mencionar. Como bien considera la Corte, la ley 22.421 no define al fuero federal como el competente para investigar los delitos que en ella se regulan, pero —y aquí lo novedoso del caso— se define en favor de la competencia del fuero de excepción porque primero, entre otras cosas la investigación se enfoca en una serie de conductas relacionadas a la ley 22.421 (a nivel nacional) “pero también protegidas a nivel internacional por la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES)”. “Tampoco se sabe si los animales podrían ser capturados en otras provincias...” lo que habilitaría a pensar en un conflicto interjurisdiccional. Dice que “hay que mencionar que el arto I de la ley 22.421 declara de interés público la fauna que habita en el territorio de la República Argentina. Además, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), reconoce que la fauna silvestre, en sus variadas formas, constituye ‘un elemento irremplazable en los sistemas naturales de la tierra, tiene que ser protegida por esta generación y las venideras’. En esta porción la resolución es muy interesante al ordenar el sistema internacional en el ámbito interno enfocado en la protección de la biodiversidad más que en la regulación de la actividad cinegética. Continúa la Corte diciendo “establece que la cooperación internacional es esencial para

la protección de ciertas especies de la misma 'contra su explotación excesiva mediante el comercio internacional'. Que en dicha convención, aprobada por ley 22.344 (decreto reglamentario 522/1997), las especies se encuentran incluidas en listados, denominados 'Apéndices 1, 11 Y 111', según su grado de amenaza. En ese sentido, se destaca que los ejemplares de la fauna silvestre referidos anteriormente están incluidos en dichos apéndices de CITES".

Con esta sentencia la Corte —como el jugador de naipes que ordena la baraja— se dispone a considerar las diversas fuentes que aportan a la gestión de la fauna, las coordina en un conflicto como el del caso que le toca resolver, pero no olvida la magnitud de cada aporte normativo. Por un lado se percata de la presencia de normas de contenido internacional (Convenio CITES), normas federales (ley 22.421) y las conjuga de modo muy adecuado para definir a pesar de que el conflicto podría en apariencia ser local, adoptando una posición en favor del fuero de excepción por la trascendencia que tienen algunas de las especies que en el conflicto pueden verse afectadas, sobre las que pesan intereses internacionales o federales en su conservación. Como vemos, estos aspectos llevan a disponer la competencia federal por la presencia en el caso de intereses que exceden la comunidad local aunque convivan con otros aspectos locales, su presencia tiñe —para esta doctrina de la Corte— de federal el caso.

IV. CRONOLOGÍA DE LA LEGISLACIÓN DE FAUNA EN ARGENTINA

En cuanto a una cronología de las leyes de fauna en Argentina debemos mencionar en 1950 la ley de protección de fauna 13.908. La misma prohibía la caza de animales de la fauna silvestre en los territorios nacionales y lugares de jurisdicción nacional. Prohibía la circulación de productos de la caza ilegal. La misma daba las excepciones, clasificando la caza permitida en deportiva, comercial, plaguicida y científica²³. Con esta ley se invierte el principio constitucional que dice que todo lo no prohibido está permitido, pues se prohíbe de modo genérico la caza debiéndose estar a las excepciones para conocer cuál es la caza legal. Durante esa década la Argentina era una de las más importantes economías exportadoras de productos de la fauna silvestre.

Si bien las tradiciones y costumbres jurídicas han dado un reconocimiento a las facultades de las provincias para legislar la cuestión, el Estado federal ha reivindicado con frecuencia de modo tácito o específico su competencia para regular la materia. Las provincias, de todos modos, han dictado numerosas normas sobre la fauna, especialmente en lo que se refiere a su consideración como recurso natural. Así, podemos ver provincias con leyes sobre caza y pesca pudiéndose advertir una última y reciente evolución, mediante la cual se trata de agregar un ingrediente ambiental a las mismas, lo que indica la existencia de un noción algo mayor que la de una explotación y utilización de la fauna (por ejemplo, las leyes 6964 y 7343 ambas de Córdoba sobre áreas naturales protegidas y preservación del ambiente; o la ley 1863 de caza de la Provincia de Corrientes; o la ley 2056 de Río Negro sobre protección de la fauna).

Concluyendo la visión cronológica y federal (últimos dos puntos), el proceso de normación sobre fauna ha concluido con un doble nivel de regulación: por un lado normas nacionales en cuestiones de su competencia (derecho civil de fondo y derecho federal estricto para la protección de la fauna) y normas provinciales, que en su mayoría han perseguido la explotación económica y la regulación de la caza (por seguir esta visión el sistema de explotación de la fauna como si fuera un recurso natural).

Detallando las conclusiones podemos advertir que en el orden nacional aparecen reglas sobre preservación de fauna primero en la ley 22.421 de protección de fauna dictada por la Nación e invitando —mediante el sistema de adhesión— a las provincias para que se integren al mismo, segundo el decreto 666/1997 que sirvió para actualizar al primero; y por último, las re-

²³ Agrega Pastorino que en algunas provincias, como por ejemplo Corrientes, se agregó a esta lista la caza para subsistencia (ver PASTORINO, Leonardo Fabio, Derecho Agrario Argentino, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 272).

glas del Código Civil que aún subsisten aplicables a través del CU, referidas la propiedad de los animales, la caza y la pesca pero que conviven con el artículo 240 CU que dispone la limitación a los derechos particulares por la preservación de la fauna. En cuanto a la vieja ley 22.421 ella se aplica a lugares sometidos a jurisdicción federal y en las provincias que adhieran al sistema, aunque alguna de sus normas se aplican directamente sin necesidad de adhesión, por ser normas de derecho común²⁴. Las provincias pueden adherir a la ley 22.421 directamente o con sus propias normas sobre fauna regulando actividades relacionadas a la caza. De todos modos, la ley 22.421 condiciona los derechos de los particulares sobre la fauna a la obtención de los permisos de caza y del propietario del fundo sobre el cual la actividad se desarrollará. Sumado a ello tenemos las normas del CU que son aplicables —como derecho de fondo— en todo el territorio argentino sin necesidad de adhesión.

1. Régimen jurídico de los animales salvajes, sujetos a apropiación mediante caza y pesca

En Argentina los antecedentes nos marcan que el Código Civil originario se refería a la fauna en cuanto a su dominio, su apropiación y los conflictos que se pueden dar entre dos cazadores o el cazador que persigue al animal y el propietario del fundo (arts. 2525, 2540 a 2544 CC). Como bien señala Pastorino²⁵, Vélez identificó a la fauna en dicho cuerpo legal con la caza, su principal modo de apropiación. En esto, la fauna termina de ser definida de un modo arbitrario y funcional a la actividad cinegética en vez de hacerlo sobre la base de un concepto biológico, lo que arrojó por resultado una total omisión a cualquier regulación de la fauna silvestre en sí misma. Sólo se encuentran referencias a enjambres de abejas (art. 2547/8 CC), daños causados por animales (art. 1124 a 1131 CC). En esto el Código es la expresión de la competencia que detenta la Nación para regular la configuración jurídica de las cosas, facultad que incluye en este aspecto a la fauna (art. 75, inc. 12, CN). Muchas de estas normas siguen presentes en el CU que ha sido sancionado recientemente y que entrara en vigencia en agosto del año 2015²⁶; pero muchos de esos contenidos deben leerse desde la influencia de varios de los artículos de la ley 22.421 que no puede desconocerse y contiene reglas que modifican el régimen jurídico de la fauna.

Dejaremos de lado en el presente trabajo los animales domésticos y los domesticados. Por este motivo, digamos rápidamente que el régimen jurídico de los mismos resulta el siguiente: los animales domésticos —los que ordinariamente viven con el hombre— conforme el artículo 1947 CU no son susceptibles de apropiación “aunque escapen e ingresen en inmueble ajeno” (inciso ii). Respecto a los animales domesticados son los que pueden acostumbrarse a vivir con el hombre. Respecto a ellos el régimen es híbrido: mientras el dueño no desista de perseguirlos no son susceptibles de apropiación. Es decir que depende del dueño su calidad de cosas muebles sujetas a apropiación. Ahora, si recuperan la libertad, emigraren o contrajeran las costumbres de vida en otro inmueble y su dueño desiste de perseguirlos, el propietario del lugar donde se alojaren adquiere el dominio de ellos (por apropiación), siempre que no se haya valido de algún artificio “para atraerlos” (1947.d.iii CU). Las normas no prevén la acción que disponía el viejo Código de Vélez en caso de apropiación mediante los mencionados artificios, pero de todos modos, entendemos el dueño tiene acción para reivindicar el animal y exigir indemnización.

²⁴ Decimos esto porque El decreto 22.421 es una ley mixta, que posee normas de derecho común (normas penales conforme art. 75.12 CN) de aplicación en todo el territorio argentino sin necesidad de adhesión, normas sólo aplicables a espacios federales y normas extendidas sólo a las provincia que hayan adherido.

²⁵ PASTORINO, Leonardo, cit., p. 271.

²⁶ El artículo 1950 CU por ejemplo, se refiere a enjambres, el artículo 1759 la responsabilidad del duelo por daños derivados de sus animales; todos conservando la mecánica del Código Civil clásico.

2. La regulación en el Código unificado

En apariencia, a partir de la reforma que se dio en el sistema de derecho civil por influencia del CU seguiríamos ante el sistema clásico de derecho civil velezano donde los animales salvajes eran cosas muebles (conforme art. 227 CU), en su mayor parte no registrables (existen algunos casos —que tienen que ver con el valor económico— en que sí son registrables, como los caballos pura sangre entre otros) y que cuando carecen de dueño quedan sujetos a apropiación mediante caza o pesca si son peces (arts. 1947/8 CU). El CU regula las condiciones en que se ejercita el derecho de caza o pesca en relación al derecho de propiedad donde el animal se encuentre.

De los artículos 1947, 1948 y 1949 CU se puede concluir que los animales salvajes (que son los también llamados bravíos), son cosas muebles (semovientes, desde que poseen esa facultad de moverse), no registrables, sin dueño y sujetos a adquisición de su dominio por apropiación mediante caza y pesca. Son cosas muebles porque pueden transportarse de un lugar a otro por sí mismas o por una fuerza extraña (art. 227 CU).

Respecto a la caza, el artículo 1948 CU dispone que el animal salvaje o el domesticado que recupera su libertad natural, pertenece al cazador cuando lo toma o cae en su trampa. Mientras el cazador no desista de perseguir al animal que hirió tiene derecho a la presa, aunque otro la tome o caiga en su trampa. En concordancia con las normas de la ley 22.421, el final del 1948 del CU hace pender el acto de caza también del permiso del dueño del inmueble, que tendrá sobre el animal cazado prioridad si se realiza la actividad sin su autorización (sea expresa o tácita).

El CU además dispone que los animales en general pueden ser objeto de usufructo (art. 2130.c, 2141.a, 2153), parte de los bienes de la sociedad conyugal (464.f, 464.i CU) reglas de responsabilidad objetiva cuando el daño es causado por animales (1759 CU), reglas referidas al transporte de animales (1310 CU). En todos los casos se les aplican a los animales las normas sobre las cosas.

En cuanto a la pesca, el artículo 1949 dispone que “quien pesca en aguas de uso público, o está autorizado para pescar en otras aguas, adquiere el dominio de la especie acuática que captura o extrae de su medio natural”. Respecto a la pesca ella debemos dividirla en marítima y fluvial. La primera se realiza en el marco de la ley 24.922, que tiene como antecedente la ley 17.500 que declara de propiedad del Estado nacional los recursos vivos marinos que pueblan nuestros mares, lo que ingresa a esta fauna en el ámbito del dominio público desde la mitad del siglo XX) En consecuencia, por influencia de dichas normas, los particulares sólo pueden aprovecharse mediante permisos que el propio estado otorga conforme sean ejercitados en los ámbitos provinciales o nacionales (arts. 3 y 4 ley 24.922)²⁷.

Volvamos a la fauna silvestre que siempre ha tenido un régimen jurídico diferenciado de la pesca. Si sólo observamos las normas del CU pareciera el sistema de Vélez nunca hubiera sido conmovido. Pero esto no es así. El viejo régimen velezano cambió en 1981 por influencia de la ley 22.421 y es importante saber que dicho sistema, a pesar de que el CU no lo menciona, pervive y resulta ser el régimen jurídico de la fauna a la fecha.

En cuanto a las reglas de policía, el Código Civil deja librado a la regulación local las condiciones en que se ejercitará la pesca y la caza y su influencia respecto a los sistemas ambientales. Estas normas se desprenden del CU cuando dispone en su artículo 240 que “el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados (...) debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva; y conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público, sin afectar tampoco el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”. Esto significa que el derecho de apropiación de una cosa *res nullius* —animales— se puede dar pero en la medida que no comprometa

²⁷ Para comprender el régimen jurídico de la pesca nos remitimos a nuestro trabajo específico: ESAIN, José Alberto, Pesca marítima y derecho ambiental, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

la viabilidad del sistema ambiental, que recibe el nombre de fauna. Son dos conceptos que tienen relación, de diversa denominación porque no existe entre ellos sinonimia. En el caso de los animales estamos ante cosas. En el caso de la fauna estamos ante el sistema del ambiente que se compone de animales. Por este motivo, el poder de policía ambiental se enfoca en el concepto de ecosistemas, flora y fauna.

Otra norma central en materia de protección de la fauna —no de los animales— es el artículo 241 CU que dispone la obligación “cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos”, de “respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”. En nuestro momento histórico no existen normas de PMPA referidas expresamente a la fauna, pero podríamos considerar algunas de la ley 22.421 como integrativas de este concepto. En un futuro, las normas que se afecten a este propósito seguirán los contenidos de esta ley sobre fauna.

Concluyendo, desde los artículos 1947/9 CU surge el régimen jurídico básico de la fauna silvestre en Argentina como cosas muebles, sin dueño (*res nullius*) sujetos a apropiación mediante caza, para lo que se debe contar con licencia y permiso del propietario (conforme ley 22.421) desde donde aparece una puerta al sistema fundario o dominial. De todos modos, este modelo nuestro país lo ha mutado con la aparición del artículo 1, ley 22.421 y la declaración de interés público respecto a la protección de la fauna desembarcando la tercera posición regalista.

V. EL DOMINIO PÚBLICO EN SU TESIS FUNCIONAL Y SU APLICACIÓN A LA FAUNA

Históricamente como acabamos de ver, el derecho civil ha considerado a los animales silvestres como una cosa mueble, sin dueño sujeta a apropiación mediante caza (o pesca). Pero ese régimen jurídico sufre una modificación parcial cuando se publica el 12/03/1981 la ley 22.421 de protección de fauna que conforme su artículo 1 declara “de interés público la fauna silvestre que temporal o permanentemente habita el Territorio de la República, así como su protección, conservación, propagación, repoblación y aprovechamiento racional”. Si bien no dice la norma que la fauna pasa a ser de dominio público queda muy cerca de dicho régimen por los contenidos de la propia norma y del resto de la ley. Por este motivo a comienzos de los años ochenta se da un punto temporal en que la fauna —conforme dicho artículo— da indicios de la necesidad de avanzar en un cambio de régimen jurídico, que permita pasar hacia el dominio público en su tesis funcional.

Para explicar la tesis primero debemos conocer qué quiere decir dominio público funcional.

La doctrina española es la que más ha analizado el tema, debido —sobre todo— a que la atribución de varios de sus recursos naturales como bienes integrativos del dominio público surge de una norma constitucional (132 CE). Por este motivo han debido profundizar la relectura a efectos de facilitar el manejo de estos elementos, algo que con la noción clásica de dominio público resultaba más complejo. Por este motivo, para ellos esa calificación demanial se hace más con un sentido preventivo, el que implica permitir al Estado el control de las actividades de explotación de los recursos, descubiertos o por descubrir, situados en esas zonas marítimas.

Para consultar este punto se puede consultar José Ignacio Morillo y Velarde Pérez que recomiendan la utilización de este instituto a efectos de articular un conjunto de instrumentos a través de los cuales se garantiza el uso racional y equilibrado de unos recursos naturales en aras de la función de protección del medio ambiente que le asigna la Constitución (art. 45.2 CE)²⁸.

Pues bien, esto mismo lo debemos transportar a nuestro país, donde el dominio público del Estado debe enfocarse a efectos de construir un título de actuación estatal respecto a esos bienes que quedarán incluidos en dicha categoría. Se facilitará así la intervención de “las autoridades” a efectos de “proveer a la (...) utilización de los recursos naturales” (conforme segundo pá-

²⁸ MORILLO, José Ignacio – PÉREZ VELARDE, “Las transformaciones del derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas”, en De Reina Tartièrre, Gabriel (coord.), *Dominio público, naturaleza y régimen de los bienes públicos*, Heliasta, Buenos Aires, 2009, ps. 126/7.

rafo del artículo 41 CN). Como vemos, el interés público referido a la protección, conservación, propagación, repoblación y aprovechamiento racional de la fauna silvestre no obedece a incluir dentro del patrimonio del Estado a la misma sino que obedece a una noción conservacionista, que implicará darle un sentido de futuridad a esos elementos que se incluyen dentro de la noción. No se pretende tomar estos bienes para el patrimonio del Estado, pues no se dispondrá de los mismos conforme a los cánones comunes del derecho privado, ni tampoco se pretende cubrir con la fauna silvestre fines de utilidad pública, ni las demás condiciones que deberían abonarse para ingresar en la noción clásica de dominio público. Lo que se busca es permitir al Estado monopolizar los títulos por los cuales se permita tomar estos recursos naturales vivos (fauna silvestre). Ellos pueden —año tras año— modificarse, limitarse y circunscribirse en su ejecución por nuevos requisitos y condiciones teniendo en cuenta el estado de conservación del recurso. Todo ello puede suceder gracias a esta forma novedosa de considerar el recurso natural, en este caso la fauna.

La afectación al dominio público funcional une así dos aspectos:

- aspecto negativo: exclusión de la propiedad privada y,
- aspecto positivo: habilitación de títulos jurídicos de actuación para la Administración a través de los cuales se ejercen funciones de conservación y regulación.

¿Por qué es tan importante estudiar este aspecto en relación a la fauna silvestre? La respuesta es que la inclusión de la fauna silvestre dentro del dominio público tiene como correlato de una noción moderna y funcional que la Administración sin perder esta calificación del bien jurídico como de dominio público, poseerá mejores títulos de actuación, para facilitar así el manejo del recurso.

Sostiene Luciano Parejo Alfonso, “la clave del dominio público no reside, pues, en la cosa en sentido jurídico-civil que constituye el soporte físico, sino en la función que satisface una determinada necesidad colectiva” (el destacado nos pertenece). En esta tesis el contenido patrimonial cede frente al elemento funcional siendo este último el más importante para calificar el desembarco del régimen jurídico propio de la institución. Continúa Parejo Alfonso “de ahí que el dominio público no sea otra cosa, en definitiva, que la potestad-función administrativa o, como tiene dicho el profesor Villar Palasí, un título o potestad, concretamente un título causal de intervención en la vida social. Esto significa, consecuentemente que el dominio público no es algo estático, como sugiere la imagen tradicional del dominio público natural. Tampoco es algo sustancial o material, no es un conjunto de cosas en sentido jurídico civil, sino que su consistencia viene dada con relación a los cometidos que cumple el poder público y que expresan necesidades sociales. Son estos cometidos los que tienen que cumplirse utilizando como soporte determinados bienes”²⁹ (hemos destacado las palabras o ideas que nos parecen iluminan nuestra tesis).

Como bien observan Hutchinson y Falbo en un trabajo de excelencia, el artículo 41 CN imponen a las autoridades el deber de velar por la utilización racional de los recursos naturales con el objeto de proteger y mejorar la calidad de vida, los recursos naturales y defender y restaurar el ambiente. A ese efecto, los poderes públicos están habilitados para llevar a cabo la intervención y regulaciones de las actividades industriales que incidan contaminando o degradando el ambiente. Ello implica la existencia de un específico régimen jurídico de intervención por parte de la Administración que se llevaría a cabo mediante instrumentos preventivos (habilitaciones) y represivos³⁰. Estos autores proponen —en coincidencia con la tesis García de Enterría— unificar la terminología de los actos habilitantes para pensarlos enmarcados en el principio constitucio-

²⁹ PAREJO, Alfonso Luciano, “Los bienes públicos en el derecho español, con especial referencia al régimen de los de carácter demanial”, en De Reina Tartièrre, Gabriel (coord.) Dominio público, naturaleza y régimen de los bienes públicos, Heliasta, Buenos Aires, 2009, p. 39.

³⁰ HUTCHINSON, Tomás – FALBO, Aníbal, Derecho administrativo ambiental en la provincia de Buenos Aires, Librería Editorial Platense, La Plata, 2011, p. 120.

nal de planificación de la gestión ambiental para el logro del desarrollo sostenible. No estamos ante un simple trámite sino un procedimiento compuesto por una serie de trámites y documentos trascendentales para la toma de decisiones, tales como el diagnóstico ambiental de alternativas y el estudio de impacto ambiental. Durante este procedimiento de habilitación ambiental se hacen efectivos los derechos de participación ciudadana en una suerte de diálogo entre el promotor del proyecto obra o actividad, la autoridad, y la ciudadanía que participa³¹.

VI. EL RÉGIMEN DE LA LEY DE FAUNA SILVESTRE 22.421: EL DEBER DE PROTECCIÓN Y EL INTERÉS PÚBLICO EN SU CONSERVACIÓN

El régimen jurídico que acabamos de considerar como adecuado para disponer de instrumentos de protección y gestión ambiental de la fauna silvestre en nuestro país aparece reglado parcialmente en la ley 22.421. Quizá su hibridez haya provocado que nuestro sistema de derecho la haya dejado olvidada allí en un rincón, omitida incluso en la reciente reforma que dio a luz el CU. Dos problemas pudieron contribuir a su opacidad: primero su origen "impuro" (por ser un decreto de facto) aunque esto se solucionó con la ley 23.077 que convalida la norma cuestión confirmada por la Corte en la causa "Pignataro"³²; segundo que la atribución no es del "dominio" público sino el paso previo de "declaración de interés público" referido a la protección (entre otras cosas) y no a la cosa (animales, o fauna). Lo correcto para asumir un sistema demanial era declarar de dominio público la fauna silvestre y hacer depender de las autorizaciones administrativas su aprovechamiento atento la crisis de conservación en que ellas se encuentra.

Veamos entonces cuál es el régimen jurídico de la fauna silvestre con la influencia de esta normativa. Primero el ámbito de aplicación. El artículo 3 ley 22.421 clasifica como integrativo de la fauna silvestre tres categorías: 1) Los animales que viven libres e independientes del hombre, en ambientes naturales o artificiales, antes eran los llamados salvajes o bravíos. 2) Los bravíos o salvajes que viven bajo control del hombre, en cautividad o semicautividad. 3) Los originalmente domésticos que, por cualquier circunstancia, vuelven a la vida salvaje convirtiéndose en cimarrones. Esto entonces enriquece las posibilidades que el derecho civil clásico traía respecto a salvajes, domesticados y domésticos. Alguien podría alegar que esta norma conforme la enumeración del artículo 34 no es aplicable sin adhesión por lo que no compone el derecho de fondo que viene a modificar al derecho civil clásico pero eso no es verdad, porque es una regla que integra la ley para definir el concepto de fauna silvestre que dispone el artículo 1 que sí resulta norma de fondo conforme el mencionado artículo.

Coincidimos con Costa en que el régimen es un intermedio. Al analizar el artículo 1 ley 22.421 el autor reflexiona: "Que existan restricciones al principio de apropiación privada de la fauna silvestre y, por ende, del ius abutendi, es un enfoque con añejo respaldo en nuestra doctrina e incluso su germen puede encontrarse en las propias notas de Vélez Sarsfield, que sin renegar de sus convicciones liberales advertía ya sobre la supeditación del dominio privado al interés general y colectivo³³." (33) Así, ya Salvat reflexionaba al analizar los arts. 2540 a 2548 del Código Civil que "estas materias (la caza y la pesca) tocan también el interés público, porque la conservación de las distintas especies animales interesa a la riqueza colectiva del país y ella podría verse comprometida por el ejercicio ilimitado y con contralor del derecho de cazar o pescar³⁴ y varias de las reformas al Código Civil introducidas por la ley 17.711 se enmarcan en esa tesitura. La consideración integral del ambiente, reconocerlo como el sustrato esencial e indivisible de todas las formas de vida y por tanto de todas las actividades humanas, junto con la necesi-

³¹ HUTCHINSON, Tomás, Falbo Aníbal, cit., p. 128.

³² CSJN S.C.P. 245, L. XXIII autos "Pignataro, Luis Ángel s/infracción leyes 14.346 Y 22.421" fallo del 15/10/1991.

³³ Ver, v.gr., la nota al art. 2508, Código Civil.

³⁴ Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos reales, TEA, Buenos Aires 1962, II:123

ria transversalidad del ordenamiento jurídico en su conjunto si se pretende una regulación racional, conducen derechamente a sustraer al patrimonio natural del dominio privado, dando primacía a normas que organicen el sistema en función del interés público. Buena doctrina acompaña lo que aquí sostenemos”³⁵.

La Corte ha dicho respecto al régimen jurídico de la fauna en las dos fuentes —Código Civil y ley 22.421—: “tampoco es acertado el planteo referente a la supuesta violación del artículo 2412 del Código Civil por medio del régimen emergente de la 22.421 pues aquella norma se aplica a supuestos diferentes al *sub examine*, esto es, respecto de cosas que tenían dueño y que pasaron a un tercer adquirente de buena fe en virtud de una transmisión a non domino. Por el contrario, la ley impugnada se refiere en su artículo 3 a los animales bravíos o salvajes y a los domesticados que recuperan su antigua libertad, que por naturaleza son *res nullius* y susceptibles de apropiación en los términos de los arts. 2525 y 2527 del citado Código, pero cuya caza está sujeta a los reglamentos de policía que al efecto se dicten (arts. 2542 y 2549), por lo que no se presenta la pretendida discordancia entre ambos regímenes”³⁶.

No es lo mismo declarar el interés público en la conservación de una cosa que ingresar esa cosa en el dominio público para dotar a esa cosa de un régimen más estricto aún de protección en favor de esos intereses públicos declamados. Es un estadio anterior. En el primer caso se sigue estando ante una cosa sin dueño (fauna silvestre), sobre la que el Estado interviene respecto a los particulares mediante mecanismos de policía clásicos para regular el modo en que los particulares la utilizan para asegurarse que sea racional (mandato del artículo 41 CN). En cambio, si la cosa para ser parte del dominio público en su tesis funcional, el Estado se guardará el monopolio del otorgamiento de los títulos administrativos mediante los cuales permite el aprovechamiento de la cosa que le pertenece de modo exclusivo a efectos de su protección.

Pero no sólo esto. La ley 22.421 en su Capítulo II “Del aprovechamiento de la fauna silvestre” dispone “Artículo 8 Ajustándose a las disposiciones legales y reglamentarias nacionales y provinciales, el propietario del campo podrá aprovechar la fauna silvestre que lo habita transitoria o permanentemente, debiendo protegerla y limitar racionalmente su utilización para asegurar la conservación de la misma” es decir, facilita al propietario del campo el aprovechamiento de la fauna, debiendo protegerla y limitando racionalmente su utilización. Esto sin dar la propiedad plena, acerca nuestro régimen al de la accesión. Se delega en el propietario ese uso —que debe ser responsable— sobre la fauna silvestre, casi sin intervención del Estado.

Por este motivo, nos parece se debería avanzar en una figura más sólida que favorezca la gestión del Estado de la fauna. Para completar la figura del dominio público en su versión funcional bastaría con una modificación del artículo 1 de la ley 22.421 en una futura ley de fauna. Para ello analicemos las normas de la ley desde los cuatro elementos que conforman la figura del dominio público para Marienhoff: a) el objetivo, b) el subjetivo, c) el teleológico y el d) normativo³⁷.

Respecto al elemento objetivo, el mismo se refiere a aquello que puede ser materia de dicha categoría jurídica. Quedan aquí incluidos tanto los bienes inmateriales —esto es, los derechos— como las cosas, muebles e inmuebles. La fauna silvestre como cosa mueble podría integrar la declaración. El subjetivo involucra la pertenencia o titularidad de los bienes del dominio público aunque en la tesis funcional no resulta necesario considerar este aspecto en sentido patrimonialista. Más aún cuando los elementos son pertenecientes al dominio público natural. En cum-

³⁵ Ver lo dicho al respecto en op. cit. notas 13 y 16, ps. 5/8. Además, las opiniones convergentes de Rosatti (op. cit., loc. cit., especialmente nota 17), HUTCHINSON, “Daño Ambiental” (coautoría con J. Mosset Iturraspe y E. Donna), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1999, I:320 y ss., y LORENZETTI, “Teoría del Derecho Ambiental”, La Ley, Buenos Aires, 2008, especialmente ps. 7/14, 23/25, 28 y ss.

³⁶ CSJN autos “César y Antonio Karam SCICA s/Contencioso administrativo de plena jurisdicción e ilegitimidad c/decreto 2423/83 del PE” C. 259. XXI. sentencia de fecha 24.2.1987, Fallos T. 310 P. 360.

³⁷ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 105.

plimiento de este requisito se podría disponer en una futura norma que la fauna silvestre pertenece al dominio público a efectos de su protección.

Eduardo Pigretti decía al respecto en un trabajo clásico: “fuerza reconocer que en términos generales los recursos naturales se están desplazando de la propiedad y dominio particular al dominio público, como consecuencia de lo cual muchos de los elementos de propiedad particular pueden por los nuevos ordenamientos, disponerse por ley a favor del Estado, el que luego los distribuye conforme a métodos adecuados. La importancia de este desplazamiento se advierte tan pronto como advertimos que las posibilidades de disposición o uso de los recursos están inmediatamente referidas a los principios de propiedad que sobre el mismo existan. Esta referencia, no por ser digna de Perogrullo, merece ser menos destacada. Para poder facilitar el uso de los recursos por terceras personas, se han aplicado de antiguo procedimientos especiales, tales como el retracto y la expropiación, mediante los cuales se sustituye la propiedad del particular por la del Estado. Al operarse ese cambio de dominio, el derecho se hace presente para reglar otra forma de uso, atendiendo al beneficio conjunto colectivo y directo de toda la comunidad”³⁸.

En cuanto al tercer elemento —el teleológico— el mismo se vincula con el fin al que se tiende a satisfacer con la utilización del bien de dominio público, el cual debe ser siempre de interés general. El agotamiento de la fauna silvestre implicará la pérdida de biodiversidad y de las condiciones que permiten vivir al hombre. Por este motivo el derecho ambiental posee un fin público en la preservación de los bienes colectivos que forman el ambiente, entre los que se encuentra la fauna silvestre. Finalmente el requisito normativo se verificaría en la norma que se dicte disponiendo los contenidos que estamos exponiendo.

El efecto que traería una inclusión de la fauna en este sistema implica mecanizar la utilización racional de los recursos vivos en una política de gestión. Así, aparecerán como elementos de gestión:

- a política nacional de manejo y conservación de la fauna,
- permisos de caza
- instrumentos de conservación
cuantitativos, referidos básicamente a la limitación de captura y vedas.
cualitativos o medidas de regulación y ordenamiento ambiental del territorio tipos de artes.
- los informes científicos especializados para conocer el estado del recurso y en consecuencia adoptar las decisiones de conservación.
- la precariedad de la figura jurídica utilizada (permiso de caza) —sin necesidad de indemnización— quedándose el Estado con la capacidad de limitar, condicionar, o anular dicha autorización para el supuesto en que no se cumplan con determinadas condiciones impuestas y, modificables en el tiempo, conforme la evolución del recurso natural.

La figura jurídica sería importante para que el Estado pueda diseñar el mejor modo en cuanto a la utilización del recurso sin necesidad de lidiar con derechos de los particulares a la caza o utilización de la fauna que puebla las propiedades (art. 8 ley 22.421).

En el año 1997 la ley 22.421 fue actualizada mediante el decreto 666 que trae entre otras cosas, una nueva clasificación de la fauna dependiendo en su aplicación de los estudios que se hagan para conocer el estado de situación de la misma (art. 2, decreto 666/1997) disponiéndose que “frente al retroceso de especies de fauna silvestre, que se hallaren amenazadas de extinción, deberán ser protegidas adecuadamente para asegurar su conservación y propagación. La autoridad de aplicación promoverá y coordinará planes y programas tendientes a asegurar la protección de estas especies, como así también de su hábitat específico cuando ello sea necesario” (art. 3 dcto 666/97) contenido que se extiende no sólo a la fauna sino al ambiente donde ella mora, lo que resulta muy interesante. Asimismo, el decreto propone una nueva clasificación respecto a las especies de la fauna silvestre: a) Especies en peligro de extinción; b) Especies

³⁸ PIGRETTI, Eduardo, Política legal de los recursos naturales, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, p. 19.

amenazas; c) Especies vulnerables; d) Especies no amenazadas; e) Especies insuficientemente conocidas (art. 4 dcto 666/97). Asimismo se dispone que la clasificación será revisada periódicamente, introduciendo los cambios de categorías que surjan del análisis que se realice. Asimismo, la autoridad de aplicación puede promover la creación de Santuarios o Estaciones de Cría de la Fauna Silvestre en cautiverio o semicautiverio, para las especies que interese conservar, propagar o reintroducir en sus áreas de distribución original (art. 5) figura novedosa del decreto, no prevista en la ley 22.421. Regula los Criaderos en los artículos 10 al 11.

Respecto a la caza el artículo 12, decreto 666/1997 la clasifica de acuerdo a su finalidad en: a) Deportiva; b) Comercial; c) De control de especies declaradas perjudiciales; d) Con fines científicos, educativos culturales, para exhibición zoológica, o con el propósito de adquirir individuos o especímenes para los establecimientos de criaderos o cotos de caza.

Entendemos estos contenidos deben pensarse desde otro enfoque, dejar el primer plano a la actividad cinegética para pensarla sólo en el marco de una política de control de la fauna por el Estado. Dentro de dicho marco se pueden considerar planes específicos que excepcionalmente permitan la caza, pero con el fin de controlar especies invasoras, regulando el ecosistema, la biodiversidad.

Otras normas relacionadas con la fauna en nuestro sistema pertenecen a la órbita nacional también. Entre ellas podemos enumerar la Ley Nacional 25.577 por la que se prohíbe la caza total o captura intencional a través de redes, otras artes de pesca o por el sistema de varamiento forzado, de cetáceos en todo el territorio nacional, comprendiendo éste el mar territorial, la zona económica exclusiva y sus aguas interiores; la ley 23.918 aprobando Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres, adoptada en Bonn, la ley 25.052 de Prohibición de caza de Orcas, la ley 26.447 que dispone un particular régimen jurídico para la fauna dentro de los parques nacionales, y por supuesto la ley de Parques, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales 22.351 que integra a la fauna que puebla los mismos en la noción de dominio privado del Estado nacional (conf. art. 13).

Con este recorrido tenemos el régimen jurídico actual de la fauna enmarcado en la vieja tesis del *res nullius*, sujeta a apropiación mediante caza, aunque con un fuerte enfoque en la conservación desde la declaración de interés público en relación a la conservación, la obligación de contar para el ejercicio de la caza de autorización administrativa (permiso de caza), incluso los particulares en el aprovechamiento que hagan de la fauna en sus propiedades deben hacerlo de modo racional y poniendo por delante la conservación de la misma. Será la autoridad posee un grado más alto de intervención desde que deberá avanzar en la planificación de la conservación de la fauna mediante instrumentos *ad hoc* para lo que las especies se clasifican conforme artículo 4 decreto 666/1997. Pero de todos modos, al no contarse con una ley nueva de PMPA para la fauna, la autoridad nacional no posee todas las capacidades para la gestión adecuada de la fauna en el marco de un plan general de protección de la biodiversidad.

1. Doctrina que acepta la tesis de manial-funcional en favor de la fauna en Argentina

En Argentina Eduardo Pigretti, coincidiendo con nuestra tesis sin profundizarla. Otro autor que coincide sin profundizar el concepto es Gustavo Costa³⁹ que explica “Expresamente, a diferencia de la ley que la precediera, declara ‘de interés público la fauna silvestre que temporal o permanentemente habita el territorio de la República, así como su protección, conservación, propagación, repoblación y aprovechamiento racional’. Y agrega: ‘Todos los habitantes de la Nación tienen el deber de proteger la fauna silvestre, conforme a los reglamentos que para su conservación y manejo dicten las autoridades de aplicación’, instituyendo de seguido un régimen de

³⁹ COSTA, Mario Gustavo – LICHTSCHEIN, Victoria, “Protección de la fauna silvestre en la Argentina”, en Revista de Derecho Público 2010-1 – Derecho Ambiental III- ps. 25/67.

indemnización administrativa para el supuesto de perjuicios derivados del cumplimiento de ese deber (art. 1)”. Explica Costa que aparecen restricciones al principio de apropiación privada de la fauna silvestre y, por ende, del *ius abutendi*, lo que no deja de ser un enfoque con ajeo respaldo en nuestra doctrina e incluso su germen puede encontrarse en las propias notas de Vélez Sarsfield, que sin renegar de sus convicciones liberales advertía ya sobre la supeditación del dominio privado al interés general y colectivo. Recuerda Costa que “Salvat reflexionaba al analizar los artículos que van del 2540 al 2548 del viejo Código Civil velezano que ‘estas materias (la caza y la pesca) tocan también el interés público, porque la conservación de las distintas especies animales interesa a la riqueza colectiva del país y ella podría verse comprometida por el ejercicio ilimitado y con contralor del derecho de cazar o pescar’ y varias de las reformas al Código Civil introducidas por la Ley 17.711 se enmarcan en esa tesitura”.

Finalmente reflexiona Costa que “La consideración integral del ambiente, reconocerlo como el sustrato esencial e indivisible de todas las formas de vida y por tanto de todas las actividades humanas, junto con la necesaria transversalidad del ordenamiento jurídico en su conjunto si se pretende una regulación racional, conducen derechamente a sustraer al patrimonio natural del dominio privado, dando primacía a normas que organicen el sistema en función del interés público.

Ramón Martín Mateo aclara la situación en relación a la fauna cuando no goza de la figura del dominio público y a pesar de ello es necesario proceder a su protección. Explica que “cualquiera que sea el régimen jurídico de la titularidad de los animales silvestres, es lo cierto que pacíficamente ha venido admitiéndose la posibilidad de que los Estados regulen las capturas estableciendo las condiciones del ejercicio de la caza y de la pesca con carácter general para todo el territorio nacional o para áreas territoriales específicas. Estas competencias públicas, mezcla de limitaciones policiales a la actividad privada y de dictados de fomento económico antes de la aparición de leyes modernas de cuño conservacionista, sí han abierto a la protección de ciertas especies en múltiples países. Concretamente y en relación a España puede citarse la ley 37/1966, sobre creación de reservas nacionales de caza, desarrollada en los términos discriminatorios por el Decreto 2612/1974⁴⁰. Por su parte, la ley de Caza de 4 de abril 1970 determina que serán objeto de especial protección ‘las especies de interés científico o en vías de extinción’⁴¹, lo que permite catalogar entre las no cazables, protegidas por tanto, a reptiles como el camaleón y la tortuga”⁴².

Ejemplo de una evolución en favor de la demanialización es lo sucedido en los recursos vivos marinos y la pesca. En ese espacio el régimen jurídico de los recursos vivos marino a partir del artículo 1 ley 17500 ha pasado de ser cosas res nullius a “propiedad del Estado Nacional, que cederá su explotación conforme a las disposiciones de la presente ley y su reglamentación”⁴³.

Catalano Brunella, García Díaz, y Lucero dicen la ley 22.421 no adopta una posición dominial, a favor del dueño del suelo, pero se acerca a ella al poner a cargo del propietario del predio, administrador, o tenedor, el deber de proteger la fauna que habita transitoria o permanentemente en él, limitando racionalmente su utilización para asegurar la conservación de la misma. La mencionada ley no determina quién es el dueño originario de la fauna y ha evitado pronunciarse sobre el tema y darle una calificación, pero se supone que parte del principio de res nullius que ya era dispuesto por el Código Civil y sigue vigente en el CU. Regula así la utilización y disposición de una cosa que no le pertenece ni al dueño del suelo ni al Estado, y lo hace por motivos de interés público, protegiendo los intereses de la comunidad, ya que ha declarado la protección de la fau-

⁴⁰ Del 4 de agosto cuyo artículo 2 funcionaliza estas reservas a la protección de determinadas especies.

⁴¹ LÓPEZ, Ramón, La protección de la fauna en el derecho español, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1980, p. 13 y ss.

⁴² MARTÍN MATEO, Ramón, cit., p. 119/120.

⁴³ Sobre el régimen jurídico de la pesca ESAIN, José Alberto, Pesca marítima y derecho ambiental, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

na de interés público en su artículo 1⁴⁴. A pesar de no pronunciarse los autores parecen aceptar la protección de la fauna como de interés público.

2. El contenido ambiental de la ley 22.421 de fauna silvestre

Pues bien, analicemos sucintamente los contenidos de la ley 22.421 publicado el 12/03/1981. Lo primero para mencionar de esta “ley” es que es mixta, pues contiene normas locales (la protección de la fauna, la caza y el transporte de productos de dicha actividad) los que en ese sentido necesitarán de adhesión de las provincias para que en sus territorios se las aplique; normas de fondo que definen tipos penales que serán directamente aplicables a los territorios provinciales sin necesidad de adhesión, que juzgarán los jueces nacionales o provinciales conforme las reglas ordinarias de competencia; y normas federales, que por supuesto no necesitan de adhesión para aplicarse en los espacios provinciales, aplicables por la autoridad de aplicación nacional y con apelación en los jueces federales. Veamos en detalle lo que acabamos de enunciar.

Explicado en esta naturaleza mixta, encontramos dos niveles de base competencial normativa dentro de esta ley: a) el derivado del artículo 34 y; b) el derivado de la configuración de cada norma. El primero es aquel que la propia ley dispone en su artículo 34 que indica a los artículos 1, 20, 24, 25, 26 y 27 como de aplicación directa en todo el país sin necesidad de adhesión. Los artículos que van desde el 24 al 27 son normas penales, y por lo tanto directamente aplicables a todo el territorio nacional por los jueces locales excepto en los casos de competencia federal del artículo 116 CN. El segundo sistema para merituar la base competencial de cada norma es el análisis de cada uno de ellos independientemente del artículo 34, que en su pretensión de ordenar la ley resulta por demás incompleto. En ese sentido tenemos varios mandatos a autoridades nacionales. Enumeraremos:

—los artículos que 9, 10, 11, 12, 5, 7 son regulación del comercio y transporte interprovincial e internacional (art. 75 inc. 13 CN) de competencia federal (Dirección nacional de Fauna dependiente de la SADS, Gendarmería, Aduana, Comercio Exterior, etc.);

—artículo 17 que se ocupa del control sanitario por parte del organismo nacional (SENASA) del comercio y tráfico internacional; de competencia nacional.

—artículo 18 que ordena al Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria a realizar investigaciones y extensión sobre manejo de la fauna silvestre, también federal.

Pero también aparecen los artículos 1, 6, 13 y 14 que son típicas normas ambientales. A partir del desembarco de la complementariedad legislativa en materia ambiental (tercer párrafo artículo 41 CN) deberían ser introducidas en una futura ley de presupuestos mínimos de conservación de la fauna silvestre.

El ámbito de aplicación de la ley se puede dividir en objetivo/estático y dinámico/funcional. En cuanto al espacio objetivo/estático el artículo 3 dice que la ley se aplica a la fauna silvestre que se define como: “1) Los animales que viven libres e independientes del hombre, en ambientes naturales o artificiales; 2) Los bravíos o salvajes que viven bajo control del hombre, en cautividad o semicautividad; 3) Los originalmente domésticos que, por cualquier circunstancia, vuelven a la vida salvaje convirtiéndose en cimarrones”. Completa la norma excluyendo de su régimen “los animales comprendidos en las leyes sobre pesca. La autoridad jurisdiccional de aplicación acordará con la Secretaría de Estado de Intereses Marítimos la división correspondiente en los casos dudosos”. En cuanto al dinámico/funcional el artículo 4 dispone que “Se ajustarán a las disposiciones de esta Ley y sus reglamentos, la caza, hostigamiento, captura o destrucción de sus crías, huevos, nidos y guaridas, tenencia, posesión, tránsito, aprovechamiento, comercio y transformación de la fauna silvestre y sus productos o subproductos”.

⁴⁴ Seguimos en este párrafo la opinión de CATALANO, Edmundo – BRUNILLA, María Elena – GARCÍA DÍAZ, Carlos – LUCERO, Luis, Lecciones de derecho agrario y de los recursos naturales, Zavalía, Buenos Aires, 1998, ps. 301/2, aunque agregando nuestras pautas propias.

Es interesante ver a la ley 22.421 como una norma de presupuestos mínimos de protección ambiental en años en que esta tipología normativa no existía aún. Decimos esto porque muchos de sus artículos podrían estar previstos en una futura ley de PMPA referidos a la fauna⁴⁵.

Varias normas ambientales integran la ley 22.421:

—Interés público respecto a la fauna silvestre. La declaración de interés público del artículo 1 ley 22.421 respecto a la protección conservación de la fauna es un contenido de fondo y que debería integrar una futura ley de PMPA disponiendo el nuevo régimen —dominial— de la fauna.

—Derecho-deber de protección de la fauna silvestre. El mismo artículo 1, en su segundo párrafo incluye —por primera vez en una norma interna— junto al derecho el deber de protección de la fauna silvestre.

—Equilibrio de los beneficios económicos, culturales, agropecuarios, recreativos, estéticos y prelación de la conservación. El artículo 2 incluye dos presupuestos mínimos interrelacionados, a pesar de que el texto de la norma lo dispone como aplicable “en la reglamentación y aplicación” de la ley. Dispone la norma: a) “las autoridades deberán respetar el equilibrio entre los diversos beneficios económicos, culturales, agropecuarios, recreativos y estéticos que la fauna silvestre aporta al hombre”, b) “pero dando en todos los casos la debida prelación a la conservación de la misma como criterio rector de los actos a otorgarse” (el destacado y la clasificación nos pertenecen).

—Autorización ambiental de proyectos con incidencia sobre el ambiente de la fauna. El Capítulo IV de la ley se denomina “Del ambiente de la fauna silvestre y su protección”. Esto adelanta un enfoque ambiental de la normativa pues son reglas que se dirigen a proteger no sólo a los animales sino al espacio donde ellos moran, es decir a la biodiversidad. La ley dispone la obligación de consultar con la autoridad nacional o provincial competente en materia de fauna “previo a la autorización de los proyectos que puedan generar impacto sobre el ambiente donde mora la fauna. Los estudios de factibilidad y proyectos de obras, tales como desmonte, secado y drenaje de tierras inundables, modificaciones de cauce de río, construcción de diques y embalses, que puedan causar transformaciones en el ambiente de la fauna silvestre, deberán ser consultados previamente a las autoridades nacionales o provinciales competentes en materia de fauna” (el destacado nos pertenece) (art. 13 ley 22.421). No refiere el artículo a ningún sistema de autorización o licenciamiento ambiental, quizá por la época en que se la dictó. Pero de todos modos, la consulta al área de fauna entendemos significará el obligatorio dictamen en el trámite de licencia del proyecto. El mismo instrumento se utiliza en el artículo 14 para las autorizaciones del uso de productos venenosos o tóxicos que contengan sustancias residuales nocivas, en especial los empleados para la destrucción de aquellos invertebrados o plantas que son el alimento natural de determinadas especies, deberán ser previamente consultadas las autoridades nacionales o provinciales competentes en materia de fauna silvestre (art. 14 ley 22.421).

Respecto a los contenidos más duros, la ley 22.421 trae también normas penales en el capítulo VIII (de los delitos y sus penas). Ellas se enfocan en la caza de animales de la fauna silvestre en campo ajeno sin la autorización, o cuando se ejecuta sobre animales cuya captura o comercialización estén prohibidas o vedadas por la autoridad jurisdiccional, o utilizando armas, artes o medios prohibidos por la autoridad jurisdiccional de aplicación. Se pena también el transporte almacenamiento compra venta industrialización o puesta en el comercio de piezas, productos o subproductos provenientes de la caza furtiva o de la depredación.

El último intento de reforma del Código Penal y unificación de la legislación dispersa lo tuvimos con la llamada “reforma Zaffaroni”⁴⁶. En dicho anteproyecto se propone incorporar orgáni-

⁴⁵ Al respecto se puede consultar PASTORINO, Leonardo, op. cit., p. 274, que enumera como norma ambiental al artículo 1 de la ley 22.421. Nos parece que hay otros artículos que se condicen con el formato de PMPA completando así la tesis Pastorino.

⁴⁶ La Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por Decreto 678/2012 del 7 de mayo de 2012, comenzó a desarrollar

camente al Código Penal un Título (“Título XI, Delitos Contra El Ambiente, la Fauna y la a Flora”), siguiendo la pautas del proyecto de 2006 que ya había incluido un Título dedicado a los delitos contra el ambiente. En dicho anteproyecto se incluye un artículo 206 “Delitos contra la fauna silvestre, acuática u otros animales” y un artículo 207 que se refiere al maltrato de animales, cubriendo todo el espectro de tipos penales que hoy se encuentran dispersos en leyes complementarias que acabamos de ver.

Para completar el derecho penal relacionado a los animales, es importante mencionar la existencia de la ley 14.346 que pena el maltrato animal. El antecedente de la misma es la ley 2786 (llamada Ley Sarmiento) de protección de los animales contra malos tratos, del año 1891. A pesar de que calificada doctrina ha considerado a dicha ley como parte de una posición animalista consideramos lo hacen con base en dicha filosofía, sin considerar a los mismos sujetos de derecho.

VII. LAS NORMAS PROVINCIALES EN MATERIA DE FAUNA

Veamos el sistema en perfectiva local. Tomemos como ejemplo la provincia de Buenos Aires⁴⁷. En dicha provincia dispone el Código Rural que “el derecho de caza puede ejercerse en todos los lugares que no estén expresamente vedados, ya sean de propiedad pública o privada, siempre que se hubiese obtenido la autorización correspondiente. Los fundos vecinos a aguas provinciales sin acceso público, quedan gravados con una servidumbre de paso para las necesidades de la caza” (art. 269, CRBA). Asimismo, conforme el artículo 270 del mismo cuerpo legal bonaerense se habilita a los propietarios dentro de los límites de sus predios a cazar, de conformidad con las prescripciones de policía del CRBA y los reglamentos que dicte el Poder Ejecutivo. Dentro de esas normas de policía, el Poder Ejecutivo fijará las zonas y períodos de caza y veda, con miras a la protección de la fauna silvestre y el control de las especies dañinas o de las plagas para la producción agropecuaria, facultad que podrá delegar en el organismo competente (artículo 272, CRBA).

Como el derecho de apropiación de los animales está limitado a los instrumentos del Estado mediante los cuales autorice (art. 1, ley 22.421), y por el deber que tienen todos los habitantes de la Nación de proteger la fauna silvestre (art. 2, ley 22.421), existen requisitos que se deben cumplir para llevar adelante la caza:

- a) licencia o permiso de caza de la autoridad de aplicación,
- b) autorización del tenedor del fundo en que se case (art. 268, CRBA); y
- c) someterse a la reglamentación que puede determinar modalidades medios, lugares, y oportunidad para el ejercicio. En un futuro inmediato se debería integrar las normas ambientales de protección de la fauna en este espacio.

Respecto al primer requisito dispone el artículo 274 del CRBA “Las personas que reúnan los requisitos para ejercer el derecho de caza en la forma establecida en este código deberán solicitar a la autoridad competente la ‘licencia de caza’ (deportiva, comercial o plaguicida) debiendo los interesados dar cumplimiento a las normas estatuidas en los reglamentos que al efecto dicte el Poder Ejecutivo y que determinarán el importe a pagar, duración, condiciones, forma y oportu-

sus trabajos a partir de mediados de ese mes, y concluyó su labor con la firma del Anteproyecto el día 10 de diciembre de 2013. La Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12) era compuesta por Raúl Zaffaroni (presidente), León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo, tenía un secretario (Julián Álvarez) y un coordinador que era Roberto Manuel Carlés.

⁴⁷ Hemos trabajado estos contenidos en un libro específico del sistema ambiental en la provincia de Buenos Aires: ESAIN José Alberto – GARCÍA MINELLA Gabriela, Derecho ambiental en la provincia de Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

tunidad de su obtención”. Es importante tener en consideración que “La licencia de caza es personal e intransferible” (artículo 275, CRBA).

Se clasifica la caza en tres tipologías conforme lo dispuesto por el Código Rural de la Provincia de Buenos Aires:

– Caza deportiva: Se entiende por caza deportiva el arte lícito de cazar animales silvestres con elementos permitidos y sin fines de lucro (artículo 276, CRBA).

– Caza comercial: Se entiende por caza comercial aquella que se practique sobre animales silvestres, con fines de lucro y por lo medios permitidos. La tenencia de los ejemplares, productos y sub-productos provenientes de caza comercial, incluidos los que resulten de su transformación, deberá ajustarse a los requisitos que reglamentariamente se establezcan” (artículo 278, CRBA)

– Caza plaguicida: “Se entiende por caza plaguicida aquélla que se practica con el propósito de controlar especies declaradas plagas o circunstancialmente perjudiciales o dañinas” (artículo 279, CRBA).

Comentan Catalano Brunella y García Díaz el sistema en la Argentina pone en las manos del propietario o tenedor del terreno, a quien le faculta para constituirse en único árbitro para autorizar la caza, facultad que puede dar lugar a abusos y a la especulación. Si el propietario se niega, no hay autoridad a quien recurrir. Es ésta una alternativa para asegurar un mayor control en el manejo del recurso, pero también puede constituirse en un motivo de lucro. El propietario no es dueño de la fauna, pero puede administrarla, con el deber de prestarla, resultando ésta una administración gratuita, ya que no se prevé ninguna compensación. ¿Puede el propietario pretender un cobro por cada autorización que otorgue? Sin duda lo puede hacer como propietario del campo, pero no respecto de la fauna, que no le pertenece⁴⁸. El permiso de ingreso al campo para cazar configura sólo un permiso de libre acceso al campo. La disposición de la caza por parte del cazador deriva de la condición de *res nullius* de ésta y no del permiso del propietario del predio.

Finalmente para completar el recorrido consideremos la configuración jurídica de la Fauna en los casos en que se encuentre dentro de los Parques Nacionales. Al respecto debemos considerar lo dispuesto en la ley 22.351 en su artículo 13 donde se dispone que la fauna silvestre autóctona, excluidos los peces y todas las demás especies que tienen su ciclo total de vida dentro del medio acuático, que se encuentren en las tierras de propiedad del Estado nacional, dentro de los parques nacionales, monumentos naturales y reservas nacionales, pertenecen al dominio privado de aquél. Si dichos animales traspasaren las tierras de propiedad del Estado, readquieren el estado de cosas sin dueño, siempre que no se los haya trasladado con dolo, fraude, ardid, fuerza, violencia o mediante apoderamiento ilegítimo”. Con ello se modifica —en razón del lugar— el régimen jurídico de la fauna, la que en los espacios comprendido por el decreto ley 22.351 será considerada de dominio privado del Estado nacional. Lo interesante es que, pasando fuera de las fronteras de los espacios de protección estricta, el mismo ejemplar que era de propiedad del Estado nacional modifica su status jurídico y pasa a ser nuevamente *res nullius*, es decir, cosa sin dueño, sujeta a apropiación conforme el régimen que hemos visto, derivado del Código Civil y complementado por la ley 22.421.

De todo modos, por imperio de lo normado por la ley 26.447 que sustituyó el artículo 35 de la Ley 22.421 se incorpora en los Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales, todo lo concerniente a la fauna silvestre, primero la legislación específica para esas áreas (ley 22.351 sumado a los planes de manejo) y luego los artículos 3, 16.a, 24, 25, 26 y 27 de la ley 22.421.

⁴⁸ CATALANO, Edmundo – BRUNELLA, María Elenea – GARCÍA DÍAZ, Carlos J. (h.) – LUCERO, Luis E., op. cit., p. 301/2.

VIII. CONCLUSIONES

Algunas conclusiones. Lo primero para señalar resulta ser que no es lo mismo el plano de análisis del derecho vigente, las estructuras operativas que regulan la vida en sociedad y los planteamientos éticos que pueden tener las personas en su círculo íntimo, o en sus relaciones en sociedad.

En este sentido, reconocer la calidad de sujetos de derecho a los animales, o teorías afines como la que reconoce a la naturaleza la calidad de sujeto de derechos, implicarían la imposibilidad de toma de recursos o de los recursos que sean así declarados. Ello puede corresponderse con posturas filosóficas como el vegetarianismo, el veganismo, pero que por ahora son minoritarias en nuestra sociedad, la que aún guarda consenso sobre la libertad alimentaria, el consumo de la carne en todas sus variedades aunque con el límite de evitar la desaparición de las especies, a efectos de conservar para las generaciones por venir el entorno que permite la vida.

Si en algún momento ese consenso muta, los componentes de las relaciones jurídicas deberán cambiar, pero mientras ello no suceda, los grupos minoritarios no pueden imponer una nueva base de convivencia.

Coincidimos con Edgardo Saux, cuando explica que el concepto de persona es jurídico, no es biológico, ni zoológico, ni antropológico, es una abstracción no arbitraria sino valorativa. Agrega el autor santafesino que el derecho rige conductas y las conductas son propias de las personas. Los animales se mueven por instintos, necesidades, hábitos, pero sus supuestas conductas no son justificables. Los animales, la naturaleza en sí misma o la madre tierra no son personas sino elementos que requieren una debida tutela, no siempre o no sólo con miras a la subsistencia humana, sino aún de sí mismo y aunque no brinden un provecho directo o práctico de utilidad biológica para el hombre. Matar una vaca, un cerdo, o un pollo o un pez es operación necesaria para la subsistencia –dice Saux– agregamos nosotros, es el derecho que tiene en el desarrollo sostenible el hombre de satisfacer sus necesidades sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer las suyas. Lo mismo la eliminación de alimañas, virus, es para satisfacer sus necesidades. Si los animales fueran sujetos de derecho o personas, esta satisfacción de necesidades sería delito⁴⁹.

Como lúcidamente nota el autor santafesino, la persona es protagonista de las relaciones jurídicas y la esencia humana es inherente a esa categoría conceptual. Pero existen elementos naturales o materiales que los nuevos tiempos requieren que sean protegidos como plataforma esencial de subsistencia del cosmos, del planeta y de todas las especies que lo habitan. Pero ello no los convierte en sujetos de derecho, sino en elementos que pueden ser integrativos de relaciones jurídicas (patrimoniales, o extrapatrimoniales).

Como hemos visto el sistema normativo argentino se enfoca en una visión de la fauna como cosa mueble, sujeta a apropiación mediante la caza. Las normas ambientales ingresan en la visión de esas cosas integradas al sistema fauna como parte del ambiente en una dinámica sistémica. El CU adopta ambas visiones. En los artículos 1947, 1948, 1949, se trata a los animales como cosas, mientras en el mismo 240 CU se limita esos contenidos —entre otras cosas— en su afectación a la fauna, que es un concepto sistémico. La posición ética detrás de estas normas sigue la tesis bienestarista.

Algunos aspectos quedan por resolver en este punto en nuestro sistema argentino respecto a la fauna:

1. Ley de presupuestos mínimos de protección de la fauna. Es necesario avanzar en una ley nueva de fauna silvestre, que reemplace a la ley 22.421. Lo más adecuado sería pensarla en un contexto de biodiversidad. Un buen ejemplo de este enfoque lo encontramos en ley de bosques nativos 26.331 que hasta incluye en su anexo “criterios de sustentabilidad ambiental para

⁴⁹ SAUX, Edgardo, “Personificación de los animales, debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas”, La Ley del miércoles 6/4/2016, ps. 4/5.

el ordenamiento territorial de los bosques nativos” los que derivan del Convenio de Biodiversidad de 1992⁵⁰.

2. Los animales como seres vivientes a los que se les aplica por analogía la normativa de las cosas (pero con importantes excepciones). Los animales deben pensarse como tercera categoría. Como bien dice Saux, una buena solución es la adoptada por el Código Civil francés con su reforma el 16 de febrero de 2015 introduciendo el nuevo artículo 515-14 que dispone que “los animales son seres vivientes dotados de sensibilidad. Bajo reserva de las leyes que los protegen, los animales están sometidos al régimen de los bienes”, agregándose modificaciones a otras normas del mismo Código que tienden a señalar, en cada caso, que los animales, no son “cosas” aunque mantengan su situación relacionada al régimen general de los bienes. Probablemente —opina el maestro santafesino— lo mejor sea el sistema del artículo 90 del Código Civil alemán, los animales no son cosas aunque la norma dispone que están protegidos por leyes especiales y que las disposiciones acerca de las cosas se les aplicarán de forma analógica y cuando no esté establecido de otro modo” es decir supletoria. Una suerte de seres vivientes dotados de sensibilidad pero en una categoría intermedia, que toma elementos del régimen de las cosas, con elementos del comercio jurídico así como del régimen de las personas como la protección de la integridad física bienestar y dignidad para determinados casos.

3. El régimen jurídico de la fauna debe considerarse enmarcado en la noción funcional de dominio público: La nueva ley de fauna debería avanzar un paso más que el artículo 1 ley 22.421, considerándola bajo el régimen del dominio público funcional, para así facilitar su planificación y la intervención de las autoridades que pueden de ese modo permitir usos sobre la misma sólo en caso de que se asegure su conservación.

4. La protección de la fauna ocupa los diversos niveles de organización jurídica: Las medidas de regulación de la fauna se expresan desde los ámbitos internacionales, transnacionales, nacionales, infraestatales (intra o interferales), municipales.

5. Contenidos ambientales para la ley de PMPA. La ley de PMPA de fauna debería ser el centro neurálgico que reúna, concentre y aglutine la gestión de la fauna en el país. En este sentido debería trazar un puente con el Convenio de Biodiversidad, los múltiples acuerdos que el país tiene aprobados de protección de la fauna, disponer la elaboración de listados mínimos de fauna que las provincias puedan mejorar en sus ámbitos locales, consignar la obligación de evaluación de impacto ambiental, instrumentos como el ordenamiento ambiental para la planificación de cada provincia respecto a la fauna, evaluación ambiental estratégica, reglamentar los aspectos básicos en relación a la autorización excepcional de caza como forma de manejo y control de la fauna, medidas de fomento (sobre todo los relacionados al aprovechamiento turístico, avistaje, etc.), instrumentos económicos, certificaciones ambientales para actividades aliadas en la protección.

6. Enfoque en la protección de la fauna y no en la actividad cinegética. Los aspectos centrales de la normativa de fauna no pueden dejar de regular la caza porque es una actividad que se desarrolla en el interior, pero debe mutar su objetivo. Debe pensársela en el marco de una política de control de la fauna por el Estado, con planes específicos, listados de especies en peligro de conservación, regulando el ecosistema, la biodiversidad.

7. Relación con regímenes de protección estricta. Se debería pensar en normas que estrechen lazos con los sistemas de protección estricta de la naturaleza como los parques nacionales, áreas protegidas (sean de la jurisdicción que sean).

8. Educación ambiental y maltrato animal. La nueva valoración de estos seres vivientes debe partir de un fuerte consenso social, que se afianzará a través de programas de educación que

⁵⁰ Ver nuestro análisis al respecto en ESAIN, José Alberto, “La protección de la flora y los bosques nativos en el derecho ambiental argentino”, en DRNAS DE CLEMENT Zlata, Cuaderno III del Instituto de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales: Bosques, Editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2013.

formen ciudadanos comprometidos en la protección de la fauna. Esto lo hemos visto en estos días con la mutación en la gestión de zoológicos por parques ecológicos con una visión mucho más comprometida en evitar el maltrato a los animales. Por este motivo también se debe pensar en un nuevo perfil para el concepto de maltrato animal que incluya normas de protección que alcancen la libertad, la vida de los animales y no consienta actos de crueldad sobre ellos. Varios de los contenidos éticos de la nueva relación hombre-animal perfilada a sujeto-sujeto pueden alojarse en este cajón de la gestión.

El hombre se debe respeto a sus hermanos en la naturaleza pero para ello no necesita declararlos sujetos de derechos porque cuando lo haga los estará perjudicando, igualándolos a él. Esto no significa pensar al hombre como un ser superior, sino simplemente conferirle una categoría jurídica que es la más apta en una estructura creada para el hombre. Lo que debemos hacer es conducirnos en relación a cualquier forma de vida —todas y no sólo simios, o grandes predadores, insectos incluidos, excepto aquellas que puedan agredir sus propias condiciones de vida como los virus, bacterias, etc.— es convivir e interrelacionarnos con ellas de modo armónico, valiéndonos unos de los otros en la medida de no llegar a eliminarnos unos a otros en esta ruta que debemos caminar juntos: la vida.