

# **RÉGIMEN JURÍDICO Y AMBIENTAL DEL AGUA**

## **La problemática de los ríos en la provincia de La Pampa**

**Edith Alvarellos  
(Coordinadora)**

Régimen jurídico y ambiental del agua : la problemática de los ríos en la provincia de La Pampa / Edith Esther Alvarellos ; Helga Lell ; Pamela Loperena ; contribuciones de Helga Lell ; Pamela Loperena ; coordinación general de Edith Esther Alvarellos. - 1a ed. - Santa Rosa : Edith Esther Alvarellos, 2017. 98 p. ; 21 x 15 cm.

ISBN 978-987-42-5166-4

1. Derecho Ambiental . 2. Derecho Humano al Agua. 3. La Pampa . I. Lell, Helga, colab. II. Loperena, Pamela, colab. III. Alvarellos, Edith Esther, coord. IV. Título.

CDD 346.046

# Capítulo 2

## Encuadre contenedor del derecho ambiental

*Helga María Lell*

El derecho al agua como insumo crítico para la vida humana solo puede ser abordado desde un encuadre mayor vinculado al medio ambiente. El crecimiento poblacional en el mundo, sumado a los diferentes adelantos realizados por el hombre que permiten acelerar de forma alarmante el uso de los diferentes recursos naturales, plantea en la actualidad la necesidad de crear conciencia sobre las posibilidades de devastación que ponga en riesgo su disponibilidad para las generaciones futuras. Ante esta situación urge la necesidad de regulación y su encuadre dentro del derecho.

Como señala Pastorino (2009), el derecho ambiental es la rama de la disciplina jurídica que se aboca al conjunto de principios y normas que regulan las conductas individuales y colectivas que tienen o pueden tener algún impacto sobre el ambiente. De manera genérica, se puede señalar que esta regulación tiene como finalidad la preservación del medio ambiente para las generaciones actuales y futuras.

El problema de brindar una definición como la antedicha surge a la hora de determinar cuál es el objeto de su protección, es

decir, qué es “ambiente”. Al respecto hay muchas posiciones que, de manera simplista, pueden ser clasificadas en tres grandes grupos: 1) una posición amplia que señala que todo lo que rodea al hombre es ambiente; 2) una posición restringida, para la cual el ambiente se circunscribe a los bienes comunes como, por ejemplo, el agua, el aire, el suelo, la flora, la fauna, etc.; y 3) una posición intermedia que establece que el objeto material del ambiente comprende tres aspectos: los recursos naturales y su uso, los accidentes naturales y la problemática de los asentamientos humanos. Es importante agregar que la protección del medioambiente requiere tener en cuenta que este es un sistema y, por lo tanto, es mayor a las partes que lo componen. En este sentido, no se puede proteger el medio ambiente sin proteger cada uno de esos elementos en particular, como el agua, la flora, la fauna, el aire, el suelo, el paisaje, etc. y la relación que todos ellos guardan entre sí.

Por otro lado, es necesario diferenciar el derecho al medio ambiente adecuado, que es un derecho subjetivo de las personas, y la tutela del ambiente, que se concentra en el bien colectivo. La primera es una idea que propone una mirada desde los sujetos, desde el bienestar de estos; mientras que la segunda hace hincapié en el bien colectivo que constituye el medioambiente.

El derecho ambiental es una rama del Derecho de creación reciente y que cada vez reviste mayor importancia y visibilidad. Es interdisciplinaria tanto por su relación con otras ciencias como con otras ramas de la disciplina jurídica. Así, por su carácter sistemático y tutelar de los intereses, se halla en íntima relación con el derecho público, en particular con el administrativo, y, por su énfasis preventivo y reparador de los daños particulares, se vincula con el derecho privado. Por otra parte, dada la explotación

con fines económicos de los recursos naturales y el valor que estos tienen por su escasez, también tiene zonas de contacto con el derecho económico. Por supuesto, ya que la preocupación por la preservación del medioambiente no se restringe solo al territorio de un solo Estado sino que es una preocupación supranacional, también se encuentra vinculado con el derecho internacional (Pastorino, 2009 y Lorenzetti, 2008).

Como puede notarse, parte de los problemas antedichos tienen que ver con indeterminaciones conceptuales y una indecisión epistemológica que repercute en la práctica. El plano teórico, metodológico y semántico es usualmente dejado de lado a la hora de plantear políticas públicas y de concretarlas. No obstante, su incidencia no es menor puesto que toda acción gubernamental es producto de un paradigma y de una forma de entender la praxis estatal como el resultado de la interacción de distintos actores del sistema político, del régimen político, de la sociedad civil y de los organismos económicos internacionales (Cuervo Restrepo, 2007: 15).

Al decir de Tomassini (1998), el contenido de la agenda pública es un hecho político que rara vez se presenta medianamente claro y suele tener una considerable dosis de ambigüedad. De allí que su contenido debe ser permanentemente interpretado o reconstruido. Como señala Juliá (2013a: 17-18), la construcción de conceptos y de datos referidos a la elaboración de las políticas, en la organización político-institucional de un país, relacionada con los problemas ambientales, permite identificar y conocer las acciones llevadas adelante por las estructuras estatales, en sus diferentes funciones y niveles, para abordar los conflictos ambientales en cada jurisdicción. Por este motivo, para lograr una mayor especificidad técnica, es necesaria una determinación

conceptual a partir de diferentes términos sin olvidar que ellos tienen un significado en el lenguaje común, uno etimológico y también un alcance pragmático cuando se los integra con otros conceptos.

La apropiación de la naturaleza es un tema político por excelencia. La apropiación está ligada al poder y este recupera y politiza prácticas culturales que escapan inicialmente a su esfera directa de influencia (Gligo, 2006). Las políticas públicas implican un conjunto de actividades de las instituciones gubernamentales que actúan directamente o a través de agentes y que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos (Peters, 1975).

Para Juliá (2013b), el origen de la formulación de políticas ambientales está asociado al nacimiento de las instituciones ambientales gubernamentales, esto es, cuando el Estado asume los problemas ambientales y los incorpora en su estructura.

En este marco, sostenemos con Roth (2007), que las políticas públicas y los problemas públicos aportan un objetivo común para las ciencias sociales y para crear actividades e investigación científica abocadas al estudio de la institucionalización de los problemas y a las necesidades de solución teórica y prácticas. Asimismo, la política ambiental conforma un campo “que suele definirse por áreas o sectores de las políticas públicas, es en gran medida dentro de esa modalidad que tiene lugar la interacción interdisciplinaria e interinstitucional” (Parsons, 2007: 65).

Una vez reconocida la existencia de un problema ambiental como tal, “se busca su institucionalización, es decir, el

reconocimiento de la necesidad de una intervención pública (o política) que se traduce generalmente en leyes y reglamentos. Esta institucionalización se establece a través de un proceso que tiende a legitimar tanto la formulación dada al problema como a sus portavoces o promotores” (Roth, 2009: 59).

El análisis de políticas públicas ambientales puede llevarse a cabo, al menos, desde tres perspectivas epistemológicas que apuntan a propuestas y resultados distintos (Foa Torres, 2011 y Juliá, 2013b):

1) desde la perspectiva de la gestión económico-técnica que se caracteriza por aproximarse a las políticas públicas en función de fortalecer la institucionalidad con miras a consolidar el desarrollo económico sustentable. Esta perspectiva propugna el desarrollo de instrumentos económicos, voluntarios y colaborativos para buscar incentivar las buenas prácticas ambientales por parte del sector privado (Juliá, 2013b);

2) desde la perspectiva del enfoque basado en derechos humanos que conjuga una visión de la dignidad humana y la participación ciudadana con el marco internacional de protección de derechos humanos. En tal sentido, la concepción acerca de la fundamentación de los derechos humanos a la que se adscriba exige una coherencia metodológica en el diseño de las prácticas tendientes a consagrarlos en la práctica puesto que, como expone Abrahmovich (2006a y b), los derechos no dicen demasiado acerca del contenido de las políticas, pero sí pueden decir algo sobre la orientación general de ellas y brindar un marco conceptual para su formulación e implementación.

3) desde la perspectiva de los estudios interpretativos de políticas públicas (Juliá, 2013b) que supone el análisis minucioso

de la terminología conceptual esbozada en el diseño de las estrategias para intervenir sobre el mundo social, cultural y natural. Esta dimensión resulta de fundamental importancia a la hora de evaluar los dos ejes anteriores. Ello en tanto se erige como una base constructiva que aporta solidez y coherencia desde la etapa de diseño hasta la de implementación de las respectivas políticas públicas basadas en un enfoque de derechos humanos y también a las acciones de desarrollo económico sustentable.

La política, como objeto complejo de análisis, permite el estudio de este conjunto de dimensiones que, para el estudio de la problemática ambiental, resultan centrales a la hora de comprender el contexto político, institucional y jurídico en que se manifiestan los problemas. En el marco jurídico e institucional es donde se formulan las políticas públicas ambientales con su propio desarrollo histórico en cada nivel de gobierno (internacional, nacional, provincial o municipal) y que se plasman en instrumentos de distintos tipos (constituciones, declaraciones, leyes nacionales y provinciales, ordenanzas, decretos, resoluciones, etc.) y que conforman un mix de normas antiguas y nuevas de políticas que varían diacrónicamente. De allí que estudiar las políticas ambientales, sus regulaciones, sus vacíos, sus fallas y fortalezas, sea también una forma de aproximarse a la historia de las instituciones (Juliá, 2013c).

Conforme a lo dicho, las políticas no pueden ser entendidas fuera de su contexto político y de la acción de gobierno de la que emergen. “No son variables independientes que puedan ser explicadas de manera ajena al conjunto de factores políticos e institucionales en los que se estructuran. Las políticas públicas hay que examinarlas desde el régimen político y el gobierno” (Medellín Torres, 2004: 8).

En tal sentido, todo esfuerzo de producción teórica, conceptual y de propuesta de pautas prácticas a la luz de criterios internacionales y extranjeros requiere sin excepción la adaptación al contexto local en que se aplicarán.

A partir de ello, destacan Juliá y Foa Torres (2013) que las instituciones ambientales en Argentina cuentan con una breve historia: aproximadamente unos treinta y cinco años. Señalan los autores que la institucionalidad ambiental toma vigor a partir de dos grandes hitos: 1) la recuperación de la democracia en 1983, momento en que se permite incorporar en el diseño de la gestión pública el tema ambiental y 2) la reforma de la Constitución Nacional en 1994, donde se inserta la nueva cláusula ambiental.

A partir de este segundo momento, el derecho a la protección del ambiente se encuentra receptado en el artículo 41 de la Constitución Nacional. El primer párrafo del artículo antedicho señala que “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

Esta disposición se sumó a raíz de las crecientes preocupaciones en el ámbito gubernamental en torno a la necesidad de equilibrar el aprovechamiento de los recursos naturales para el desarrollo económico y la satisfacción de necesidades humanas con los efectos negativos que algunas técnicas de explotación pueden generar sobre la naturaleza.

En principio, la regulación de lo atinente a los recursos naturales, en la Argentina, corresponde a las provincias en virtud

de lo dispuesto en el artículo 124 CN. No obstante, en materia ambiental se dispuso un deslinde de competencias que implica la coordinación entre Nación, por un lado, y las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el otro. La Nación se encuentra a cargo del dictado de las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental y las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de las necesarias para complementarlas.

El objeto de las leyes de presupuestos mínimos debe ser el de protección mínima —valga la redundancia— ambiental del recurso, en tanto que su aprovechamiento y uso constituyen potestades reservadas a las provincias y, por lo tanto, no delegadas a la Nación. Así, la actual Ley General del Ambiente define a los presupuestos mínimos como toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental.

La legislación ambiental pretende cumplir un conjunto de valores que cumplen el rol de ser metas a alcanzar. La legislación argentina tiene los siguientes valores como estandartes:

- gestión sustentable y adecuada del ambiente;
- preservación y protección de la diversidad biológica;
- implementación del desarrollo sustentable;
- preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales;
- calidad de vida de las generaciones presentes y futuras;

-la participación social; y

-uso racional y sustentable de los recursos naturales, equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos, conservación de la diversidad biológica.

Por otra parte, estos valores procuran la incorporación de la dimensión ambiental en los procesos de planificación territorial que hacen los gobiernos, esto es, pretenden buscar formas de utilizar los ecosistemas dentro de los límites que impone su propia naturaleza, su dinámica y su capacidad de recuperación, para satisfacer las necesidades de la población (Lorenzetti, 2008 y Pastorino, 2009).

