

AVVISO

alle gentili Lettrici e ai gentili Lettori della
«Rivista Giuridica dell'Ambiente»

A seguito del rinnovo del sito internet

«www.editorialescientifica.com»

a partire dal 2015 – primo anno di pubblicazione della Rivista da parte di Editoriale Scientifica – è possibile consultare, gratuitamente, gli indici dei singoli fascicoli e gli indici annuali della Rivista nonché effettuare il relativo download mediante accesso al predetto sito internet della Casa Editrice.

Sarà inoltre possibile acquistare dal sito internet in versione cartacea (fino ad esaurimento):

- i singoli fascicoli della Rivista;
- le annate complete della Rivista;

in versione PDF:

- i singoli articoli della Rivista;
- i singoli fascicoli della Rivista;
- le annate complete della Rivista.

RIVISTA GIURIDICA
DELL'
AMBIENTE

diretta da

FAUSTO CAPELLI
STEFANO NESPOR
TULLIO SCOVAZZI

3-2020

Editoriale Scientifica
NAPOLI

Direttori

FAUSTO CAPELLI - STEFANO NESPOR - TULLIO SCOVAZZI

Comitato Direttivo

PAOLA BRAMBILLA - MARTA SILVIA CENINI - DIANA CERINI - MONICA DELSIGNORE
COSTANZA HONORATI - VALENTINA JACOMETTI - ANGELO MAESTRONI - EVA MASCHIETTO
BARBARA POZZO - MARGHERITA RAMAJOLI - CARLO RUGA RIVA
LORENZO SCHIANO DI PEPE - RUGGERO TUMBIOLO

Comitato Scientifico

EMANUELE BOSCOLO - SABINO CASSESE - GIOVANNI COCCO - GIOVANNI CORDINI
ADA LUCIA DE CESARIS - BARBARA DE DONNO - JOSEPH DIMENTO - JOSÉ JUSTE RUIZ
PAULO AFFONSO LEME MACHADO - ROBERTO LOSENGO - RICHARD MACRORY
SALVATORE MANCUSO - GIUSEPPE MANFREDI - ALFREDO MARRA - MASSIMILIANO MONTINI
STEFANIA NEGRI - MARCO ONIDA - IRINI PAPANICOLOPULU - CHIARA PERINI
LUIGI PISCITELLI - MICHEL PRIEUR - SUSANNA QUADRI - ECKART REHBINDER
UGO SALANITRO - GIUSEPPE TEMPESTA - BRUNO TONOLETTI - ALBERTA LEONARDA VERGINE

Coordinatore del Comitato Editoriale

ILARIA TANI

Comitato Editoriale

GIULIA BAJ - FEDERICO BOEZIO - DANIELA CAMICI - SIMONE CARREA - LETIZIA CASERTANO
NICO CERANA - MATTEO CERUTI - CARLO LUCA COPPINI - STEFANO DOMINELLI
STEFANO FANETTI - MATTEO FORNARI - DAMIANO FUSCHI - GIULIA GAVAGNIN
ADABELLA GRATANI - ROBERTO GUBELLO - MARIA CLARA MAFFEI - DANIELE MANDRIOLI
CARLO MASIERI - CARLO MELZI D'ERIL - ANGELO MERIALDI - MARSELA MERSINI
ENRICO MURTULA - VITTORIO PAMPANIN - EMANUELE POMINI - PAOLO RONCELLI
LORENZO SPALLINO - CARLO MARIA TANZARELLA - ELENA TANZARELLA
FEDERICO VANETTI - VERONICA VITIELLO

In copertina: Lupo (*Canis lupus*)

da FIGUIER, *I mammiferi*, Milano, 1892

(cfr. i contributi di M.C. Maffei e di G. Garzia, nei fascicoli 1 e 2-2020)

CONTRIBUTI

- JOSÉ JUSTE RUIZ, *Il diritto internazionale ambientale tra evoluzione e involuzione* 479
- LUCAS CARLOS LIMA, *The Protection of the Environment before the Inter-American Court of Human Rights: Recent Developments* 495
- EDUARDO PARISI, *La bonifica di siti inquinati: l'illusione della semplificazione amministrativa* 523
- ILARIA TANI, *L'adattamento del diritto italiano agli obblighi sanzionatori in materia di pesca illegale: un'analisi della prassi recente* 557

GIURISPRUDENZA - COMMENTI A SENTENZA

- MARCELLO RUGGIERO, *L'individuazione del responsabile di danni cagionati da animali selvatici ai fini del conseguente risarcimento: la Regione come unico ente legittimato* 601
- MATTEO MONTORSI, *Le Sezioni Unite razionalizzano lo statuto processuale della confisca urbanistica e rimandano il confronto sulla sostanza dei rilievi convenzionali in punto di proporzionalità della misura* 609

DOCUMENTI

- TULLIO SCOVAZZI, *Lhaka Honhat contro Argentina (ma anche Wichí, Iyjuwaja, Komlek, Niwackle e Tapy'y contro Creoli)* 625
- Corte Interamericana dei Diritti Umani, sentenza del 6 febbraio 2020 sul caso *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentina* 629

RECENSIONI

- R. S. ABATE (ed.), *What Can Animal Law Learn from Environmental Law?*, Washington, 2020 (Diana Cerini) 705
- Comunicazione della direzione 707

Il diritto internazionale ambientale tra evoluzione e involuzione*

JOSÉ JUSTE RUIZ**

1. Premessa – 2. Il processo nelle Nazioni Unite verso un patto mondiale per l'ambiente – 3. La COP 25 Cile-Madrid sul cambiamento climatico – 4. Conclusione.

1. *Premessa*

Il diritto internazionale dell'ambiente è uno dei settori più giovani del *corpus iuris gentium* e si è caratterizzato fin dalle sue origini per dinamismo, produttività normativa e spirito innovatore. Tuttavia, al momento attuale, il sistema dà segni di un certo esaurimento e sta soffrendo una trasformazione la cui portata reale non emerge con chiarezza¹.

In effetti, il diritto internazionale dell'ambiente mostra oggi una certa congestione normativa, contando più di 500 trattati internazionali autonomi che producono un risultato di frammentazione del sistema². Pari-

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari. Il contributo è una versione ampliata della Tribuna pubblicata nella *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 45, 2020, n. 45, ed è stato realizzato nell'ambito del progetto I+D+i, "El pilar ambiental del desarrollo sostenible: evolución en el marco del Derecho internacional y Europeo", DER2017-85443-P (MINECO/AEI/FEDER, UE). Traduzione dallo spagnolo di Tullio Scovazzi.

** Professore emerito di diritto internazionale pubblico e relazioni internazionali, Università di Valencia, Spagna.

¹ Cfr. D. LEARY & B. PISUPATY (eds.), *The Future of international Environmental Law*, Tokyo, 2010.

² D. K. ANTON, 'Treaty Congestion' in *International Environmental Law*, in S. ALAM, J.H. et al. (eds.), *Routledge Handbook of International Environmental Law*, London, 2012, pp. 651-665.

menti si constata che il ricorso a strumenti non obbligatori o di *soft law* è aumentato esponenzialmente e ha dato luogo a strumenti sempre più diluiti che possiamo denominare di *ultra-soft law*. Questa qualifica può applicarsi, ad esempio, agli accordi internazionali realizzati senza l'intenzione che essi producano effetti giuridici (come i *gentlemen's agreements* o i *memoranda of understanding*)³, ai trattati che prevedono prestazioni meramente volontarie (come l'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico⁴) e alle dichiarazioni che si auto-intitolano come "politiche" (quale quella che dovrà adottarsi nel 2022 nel quadro del processo verso un Patto mondiale per l'ambiente⁵). Tuttavia, l'accumulazione di norme ambientali di tutti i tipi non dà necessariamente luogo a una migliore protezione dell'ambiente mondiale, che soddisfaccia le necessità delle generazioni presenti e future. Di fatto, l'ecosistema planetario soffre di una crisi sempre più preoccupante che il Parlamento Europeo ha qualificato come una "situazione di emergenza climatica e ambientale"⁶.

Per questo motivo, da alcuni settori dottrinali si segnala che il problema attuale del sistema non deriva dalla mancanza di norme, ma dalla mancanza di effettività nell'applicazione delle norme esistenti⁷. In effetti, nonostante i progressi nell'ambito del governo istituzionale e i progressi nella giurisprudenza internazionale in materia, permangono gravi deficit di attuazione delle norme ambientali internazionali da parte degli Stati. Il professor Michel Prieur, dell'Università di Limoges, guida un gruppo di giuristi che studiano la possibilità di applicare indicatori giuridici e ambientali per migliorare l'effettività del diritto internazionale ambientale⁸. Altri autori invocano una norma fondamentale (*Grundnorm*) o un insieme di norme o principi (una sorta di costituzione ambientale) che rinforzi la coerenza strutturale del sistema e gli conferisca una maggiore

³ O. SCHACHTER, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*, in *American Journal of International Law*, 1977, p. 296.

⁴ *Infra*, par. 3.

⁵ *Infra*, par. 2.

⁶ Risoluzione del Parlamento Europeo del 28 novembre 2019 sulla situazione di emergenza climatica e ambientale (2019/2930(RSP)).

⁷ Cfr. W.B. CHAMBERS, *Interlinkages and the Effectiveness of Multilateral Environmental Agreements*, Tokyo, 2008.

⁸ M. PRIEUR, *Les indicateurs juridiques: outils d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement*, 2018, reperibile sulla rete interconnessa.

capacità di risolvere i problemi ambientali nell'attuale periodo geologico dell'Antropocene⁹.

D'altra parte, la pratica contemporanea mostra con chiarezza che nel diritto internazionale ambientale la produttività convenzionale è diminuita considerabilmente negli ultimi tempi. Questo potrebbe essere un semplice risultato naturale della saturazione prodotta dall'elevato numero di trattati ambientali conclusi negli ultimi decenni del secolo passato. Però, potrebbe anche succedere che la tendenza a evitare la conclusione di nuovi trattati ambientali obbedisca a una politica deliberata degli Stati, e particolarmente delle grandi potenze, che trovano nell'uso di strumenti politici un arsenale più adeguato alla difesa dei loro interessi particolari. Un esempio di quanto sopra è la presente attitudine di certi Stati che, evitando di vincolarsi tramite nuovi trattati ambientali, preferiscono ricorrere a negoziati diplomatici multilaterali orientati a generare consensi per lo sviluppo del governo ambientale. Parimenti si constata, in modo più generale, che gli Stati mostrano una chiara tendenza a ricorrere preferibilmente a meccanismi di natura politica per risolvere i problemi ambientali pendenti. Senza soffermarsi sulle tradizionali discussioni circa le rispettive funzioni della politica e del diritto nella soluzione dei problemi internazionali, è il caso di chiedersi se la tendenza a preferire le soluzioni politiche a quelle giuridiche si confermi o meno nella realtà e di porre in evidenza il significato, positivo o negativo, di una simile trasformazione.

La questione può essere illustrata per mezzo dell'esame di due esempi recenti nei quali si manifesta con particolare chiarezza l'antinomia tra politica e diritto e nei quali è il caso d'intravedere indizi del dominio crescente che la politica esercita sul diritto nel settore ambientale internazionale.

⁹ K. BOSELMANN, *Global Environmental Constitutionalism: Mapping the Terrain*, in *Widener Law Review*, 2015, p. 171; L. J. KOTZÉ, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Oxford, 2019; L. J. KOTZÉ & W. MUZANGAZA, *Constitutional International Law for the Anthropocene?*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2018, p. 278. Una visione più scettica in D. BODANSKY, *Is There an International Environmental Constitution?*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, p. 565. Per uno studio più generale, nell'ottica delle teorie del "global constitutionalism" nel diritto internazionale cfr. J. KLABBERS, A. PETERS & G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009.

2. *Il processo nelle Nazioni Unite verso un patto mondiale per l'ambiente*

L'idea di promuovere un patto mondiale per l'ambiente, che conta antecedenti illustri nell'ambito internazionale¹⁰, è stata rilanciata dalla diplomazia francese dopo la conclusione, nel 2015, dell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici.

Il processo cominciò nel settembre 2016 con i lavori di un gruppo di 20 esperti del Comitato dell'Ambiente del *Club des juristes*, guidati dal Presidente del Tribunale Costituzionale francese, Laurent Fabius. I lavori furono continuati da un gruppo internazionale di più di 100 esperti giuridici appartenenti a più di 40 paesi. I risultati di questi lavori furono presentati il 24 giugno 2017 in un evento accademico alla Sorbona, con la partecipazione del Presidente francese, Emmanuel Macron, e di numerose personalità politiche e mediatiche, nel quale si adottò un libro bianco che contiene il progetto articolato di un patto mondiale per l'ambiente¹¹. Il proposito essenziale del progetto francese consisteva nel consolidare i principi fondamentali del diritto internazionale ambientale e consacrare in uno strumento giuridicamente vincolante il diritto umano all'ambiente. Tra gli aspetti più importanti del progetto è il caso di segnalare: la proclamazione convenzionale del diritto a un ambiente ecologicamente sano (art. 1), l'obbligo di promuovere l'istruzione e la formazione ambientali (art. 12), il dovere di promuovere la ricerca e l'innovazione (art. 13), il

¹⁰ Già nel 1989 il professor Alexandre Kiss perorò l'elaborazione di una convenzione generale che enunciassero l'obbligo di proteggere e preservare l'insieme della biosfera, enunciando i principi fondamentali derivanti da questo obbligo e specificando le disposizioni necessarie per la sua applicazione, a somiglianza dei Patti delle Nazioni Unite relativi ai diritti umani (A. Kiss, *Nouvelles tendances en droit international de l'environnement*, in *German Yearbook of International Law*, 1989, p. 258). Nel 1995, l'Unione Internazionale per la Conservazione della Natura (IUCN) presentò il *Draft Covenant on Environment and Development*, come modello di uno strumento convenzionale onnicomprensivo sull'ambiente e lo sviluppo (IUCN, *Draft International Covenant on Environment and Development, Environmental Policy and Law, Paper No. 31*, 1995). Nel febbraio 2017, il *Centre International de Droit Comparé de l'Environnement*, un organismo scientifico operante nell'Università di Limoges, adottò un "Projet de Pacte International relatif aux droits des êtres humains à l'environnement", come un terzo patto addizionale ai Patti internazionali del 1966 sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali (reperibile nella rete interconnessa).

¹¹ LIVRE BLANC. *Vers un Pacte Mondial pour l'environnement*, settembre 2017 (reperibile nella rete interconnessa).

rafforzamento della partecipazione di attori non statali nell'applicazione del patto (art. 14), l'obbligo di adottare norme ambientali efficaci e di garantire la loro applicazione (art. 15), i principi di resilienza (art. 16) e di non regressione (art. 17), la protezione dell'ambiente durante i conflitti armati (art. 19) e lo stabilimento di un meccanismo di seguito dell'applicazione del patto per mezzo di un comitato di esperti indipendenti (art. 21)¹².

Il progetto di patto mondiale per l'ambiente fu presentato dallo stesso presidente francese, Emmanuel Macron, di fronte all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 19 settembre 2017 per la sua considerazione e possibile adozione¹³. Il 10 maggio 2018, dopo una discussione breve ma intensa, l'Assemblea Generale adottò una risoluzione intitolata "Verso un patto mondiale per l'ambiente", con 143 voti a favore, 5 contrari e 7 astensioni¹⁴. La risoluzione, che presenta un orientamento essenzialmente procedurale, non incorpora il progetto di patto francese, ma stabilisce un processo attraverso il quale l'adozione di un patto mondiale per l'ambiente potrebbe essere una delle opzioni finali. La risoluzione chiede al Segretario Generale un rapporto tecnico sulle possibili lacune del diritto internazionale dell'ambiente¹⁵ e degli strumenti collegati e istituisce un

¹² T. PAREJO NAVAJAS, *Primera aproximación al Pacto Global del Medio Ambiente; porqué es una buena idea*, in *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 2018, p. 177-189; T. Parejo Navajas & N. Lobel, *Framing the Global Pact for the Environment: Why It's Needed, What It Does and How It Does It?*, in *Fordham Environmental Law Review*, 2018, pp. 30-61; Y. Aguila & J. E. Viñuales (eds.), *A Global Pact for the Environment-Legal Foundations*, Cambridge, 2019; Y. Aguila & J.E. Viñuales, *A Global Pact for the Environment: Conceptual foundations*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2019, p. 3; M.A. Tigre, *Gaps in International Environmental Law: Toward a Global Pact for the Environment*, Environmental Law Institute, 2019.

¹³ J. JUSTE RUIZ, *The Process towards a Global Pact for the Environment at the United Nations: From Legal Ambition to Political Dilution*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2020, p. 1.

¹⁴ A/RES/72/277, "Verso un patto mondiale per l'ambiente", approvata dall'Assemblea Generale il 10 maggio 2018. Votarono contro: Stati Uniti, Federazione Russa, Filippine, Siria e Turchia. Si astennero: Arabia Saudita, Bielorussia, Iran, Malesia, Nicaragua, Nigeria e Tagikistan. Una critica severa della risoluzione è in S. BINIAZ, *The UNGA Resolution on a 'Global Pact for the Environment': A chance to put the horse before the cart*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2019, p. 33.

¹⁵ A/RES/72/277, par. 1.

gruppo di lavoro speciale a composizione aperta (OEWG) per esaminare il rapporto, valutare opzioni possibili al fine di far fronte alle possibili lacune e considerare,

“if deemed necessary, the scope, parameters and feasibility of an international instrument, with a view to making recommendations, which may include the convening of an intergovernmental conference to adopt an international instrument, to the Assembly during the first half of 2019”¹⁶.

Il rapporto del Segretario Generale, presentato nel novembre 2018¹⁷, inizia segnalando che nel diritto internazionale dell’ambiente non esiste un quadro normativo generale che stabilisca le norme e i principi che reggono il sistema. Parimenti esso constata una mancanza generalizzata di coerenza e sinergia tra un gran numero di contesti normativi settoriali, cosa che comporta l’esistenza di numerose lacune e carenze che derivano dalla frammentazione e dal carattere reattivo del sistema¹⁸. Il rapporto dettaglia nei suoi sette capitoli le lacune relative ai principi del diritto internazionale dell’ambiente, ai regimi giuridici settoriali vigenti, agli strumenti collegati all’ambiente (economici, commerciali e sui diritti umani), alla struttura di governo istituzionale e all’applicazione e efficacia del diritto internazionale ambientale. In conclusione, il rapporto sostiene che il diritto internazionale dell’ambiente e la sua applicazione effettiva potrebbero venir rafforzati attraverso strumenti diretti al chiarimento e al consolidamento dei principi che reggono questo settore del diritto. Il rapporto afferma, inoltre, che, se si elaborasse uno strumento internazionale esaustivo e unificatore che raccolga tutti i principi del diritto dell’ambiente, si potrebbe conseguire una maggiore armonizzazione, prevedibilità e certezza del sistema¹⁹.

Il gruppo di lavoro creato per considerare il rapporto del Segretario Generale si riunì nella sede del Programma delle Nazioni Unite per l’Am-

¹⁶ *Ibidem*, par. 2.

¹⁷ A/73/419, *Gaps in International Environmental Law and Environment-related Instruments: Towards a Global Pact for the Environment - Report of the Secretary-General*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 1-2.

¹⁹ *Ibidem*, par. 102 *in fine*.

biente a Nairobi in tre periodi di sessione tra gennaio e maggio 2019²⁰. Il gruppo si impegnò in discussioni molto accanite sul valore del rapporto del Segretario Generale e sulla necessità di proseguire nel progetto di patto mondiale per l'ambiente. Nello sviluppo delle discussioni, alcune delegazioni, guidate dagli Stati Uniti e dalla Federazione Russa, misero in discussione il valore del rapporto del Segretario Generale, negarono l'esistenza di lacune e carenze nel diritto internazionale ambientale, misero in dubbio la convenienza di rivedere i suoi principi direttivi e proposero di raccomandare all'Assemblea Generale di non proseguire nel processo²¹. Vista la mancanza di una reazione energica da parte del gruppo dei "77 + Cina" e visto il tiepido atteggiamento dell'Unione Europea, soltanto i paesi africani e le organizzazioni non governative appoggiarono l'elaborazione del patto mondiale per l'ambiente²². Al termine delle discussioni, il gruppo di lavoro riuscì ad approvare *in extremis* per *consensus* una risoluzione nella quale si volle orientare il processo verso una dichiarazione politica che dovrà essere preparata dall'Assemblea delle Nazioni Unite per l'Ambiente (UNEA) ed essere adottata in una riunione di alto livello delle Nazioni Unite nell'anno 2022, in occasione del 50° anniversario della creazione del Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente (UNEP) da parte della Conferenza di Stoccolma sull'ambiente umano²³.

Le raccomandazioni consensuali del gruppo di lavoro furono trasmesse all'Assemblea Generale che le fece integralmente proprie tramite la risoluzione 73/337 del 30 agosto 2019²⁴. L'allegato alla risoluzione riproduce nella sua prima sezione gli "obiettivi che guidano le raccoman-

²⁰ Dal 14 al 18 gennaio; dal 18 a 20 marzo; dal 20 al 22 maggio.

²¹ I documenti delle tre riunioni del gruppo di lavoro si possono consultare nel sito ufficiale dell'UNEP.

²² Un riassunto delle discussioni svoltesi in seno al gruppo di lavoro si può trovare in P. DORAN, L. BULLON-CASSIS & N. JONES, *Summary of the First Substantive Session of the Ad Hoc Open-Ended Working Group towards a Global Pact for the Environment: 14–18 January 2019*, in *Earth Negotiations Bulletin*, 2019; P. DORAN, L. BULLON-CASSIS & N. JONES, *Summary of the Second Substantive Session of the Ad Hoc Open-Ended Working Group towards a Global Pact for the Environment: 18–20 March 2019*, in *Earth Negotiations Bulletin*, 2019; P. DORAN, D. DAVENPORT & P. WOOD, *Summary of the Third Substantive Session of the Ad Hoc Open-Ended Working Group towards a Global Pact for the Environment: 20–22 May 2019*, in *Earth Negotiations Bulletin*, 2019.

²³ Doc. UN A/AC.289/6/Rev.2 del 13 giugno 2019.

²⁴ A/RES/73/333 del 30 agosto 2019.

dazioni” del gruppo di lavoro, i quali si basano su intenti costruttivi, ma ben poco innovativi. La seconda sezione, che contiene le “raccomandazioni sostanziali” dell’OEWG, presenta un contenuto normativo molto debole, limitandosi a ricordare gli obblighi già esistenti, a invitare diversi organismi a continuare nei loro lavori e a raddoppiare i loro sforzi di cooperazione e a incitare gli Stati a migliorare l’applicazione del diritto internazionale ambientale e a rafforzare, se necessario, le leggi, le politiche e i contesti normativi a livello nazionale. La terza sezione, relativa ai “lavori futuri”, afferma chiaramente che l’esito del processo verso un patto mondiale per l’ambiente non sarà uno strumento giuridicamente vincolante, ma una mera “dichiarazione politica” di una riunione di alto livello delle Nazioni Unite, “il cui svolgimento è subordinato alla prestazione di finanziamenti volontari”²⁵.

Come si vede, il processo verso un patto mondiale per l’ambiente, lanciato dall’Assemblea Generale nel 2018 con l’appoggio di un’ampia maggioranza di Stati membri dell’organizzazione, ha completato la sua prima tappa abbandonando per strada ogni speranza di concludere un accordo con forza giuridica vincolante. Le grandi potenze mondiali, guidate dagli Stati Uniti e dalla Federazione Russa, con il sostegno di altri paesi, come Brasile, Argentina e Arabia Saudita, hanno sabotato il processo all’interno del gruppo di lavoro, che si è limitato a raccomandare all’Assemblea Generale la promozione di una dichiarazione politica, con poche aspettative di enunciare impegni ambiziosi per lo sviluppo del diritto internazionale ambientale.

3. *La COP 25 Cile-Madrid sul cambiamento climatico*

Il secondo esempio dell’atmosfera nella quale si sviluppano attualmente i negoziati internazionali nel settore ambientale sono stati gli sviluppi del vertice sul cambiamento climatico, tenuto a Madrid dal 2 al 15 dicembre 2019, denominato “COP 25 Cile-Madrid”.

Come è risaputo, il regime internazionale per combattere il cambiamento climatico è formato da tre trattati con caratteristiche giuridiche differenti. Il primo è la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul

²⁵ *Ibidem*, p. 5.

cambiamento climatico del 1992, che definisce gli obiettivi del sistema, segnala i principi fondamentali della sua applicazione, stabilisce il meccanismo istituzionale operativo e delinea un calendario di riduzione delle emissioni da parte dei paesi sviluppati e dei paesi in transizione verso un'economia di mercato, elencati nel suo allegato I. La Convenzione è entrata in vigore il 21 marzo 1994 e ha attualmente 197 parti²⁶.

Il secondo strumento giuridico è il Protocollo di Kyoto del 1997, che stabilisce riduzioni quantificate delle emissioni di gas a effetto serra da parte dei paesi dell'allegato I della Convenzione, con l'obiettivo di fare in modo che, nel periodo d'impegno compreso tra l'anno 2008 e l'anno 2012, le emissioni antropogeniche aggregate dei gas a effetto serra si riducano del 5% rispetto al livello di emissioni del 1990. Il Protocollo di Kyoto è entrato in vigore il 16 febbraio 2005 e conta attualmente 192 parti, tra le quali non figurano gli Stati Uniti. L'"emendamento di Doha" del 2012 ha stabilito un secondo periodo di impegno dal 2013 al 2020, con obiettivi di riduzione delle emissioni più importanti, e viene oggi applicato in modo provvisorio in attesa della sua formale entrata in vigore²⁷.

Il terzo trattato climatico è l'Accordo di Parigi del 2015, che stabilisce una nuova metodologia operativa per raggiungere l'obiettivo di mantenere l'aumento della temperatura media del pianeta al di sotto di 2° C e di continuare gli sforzi per limitare questo aumento della temperatura a 1,5° C rispetto ai livelli preindustriali²⁸. La strategia applicata in precedenza, consistente nell'azione nei confronti delle cause generatrici del problema (le emissioni di gas a effetto serra) è stata modificata nell'Accordo di Parigi in una strategia basata sull'azione nei confronti degli effetti delle emissioni (il riscaldamento globale che ne risulta)²⁹. Secondo

²⁶ Cfr. M. BOTHE, *The United Nations Framework Convention on Climate Change – an Unprecedented Multilevel Regulatory Challenge*, in *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, p. 239.

²⁷ L'emendamento di Doha è stato finora ratificato da 135 parti e entrerà formalmente in vigore quando saranno raggiunte 144 ratifiche.

²⁸ Accordo di Parigi, art. 2.

²⁹ J. JUSTE RUIZ, *El tercer pilar del régimen internacional para combatir el cambio climático*, in S. BORRAS PENTINAT & P. VILLAVICENCIO CALZADILLA (coor.), *El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida?*, Cizur Menor, 2018, p. 29; M. CAMPINS ERIJA, *De Kioto a París: ¿Evolución o Involución de las Negociaciones Internacionales sobre el Cambio Climático?*, in *Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento Opinión 61/2015*, 15 giugno 2015.

alcuni analisti, la ragione ultima di questa modifica non è tanto scientifica quanto politica, dato che l'enfasi posta sulla temperatura è intesa come la premessa necessaria per articolare un nuovo regime di governo climatico³⁰. L'Accordo di Parigi è entrato in vigore il 4 novembre 2016 ed è stato ratificato finora da 187 parti. Gli Stati Uniti, che sono parte dell'Accordo, hanno annunciato nel 2019 il loro recesso, che diventerà effettivo il 4 novembre 2020³¹.

L'Accordo di Parigi delinea un regime comune applicabile a tutte le parti, il cui elemento centrale in materia di mitigazione delle emissioni è la notificazione ad opera di ogni parte dei “contributi determinati a livello nazionale” (NDCs) che ha deciso di applicare e che saranno rinnovati ogni cinque anni con spirito di progressività³². La nuova metodologia modifica l'approccio vincolante e discendente (chiamato approccio *top-down*), adottato dalla Convenzione del 1992 e dal Protocollo di Kyoto del 1997, in un nuovo approccio volontario e ascendente (chiamato approccio *bottom-up*), che mira a riflettere, più che a determinare, la politica nazionale nella materia³³. Si tratta di un sistema ibrido (obbligatorio nella forma, ma discrezionale nel contenuto), in virtù del quale tutte le parti sono obbligate a “preparare, comunicare e mantenere” contributi per mitigare le emissioni, ma ciascuna può decidere liberamente a livello nazionale il contenuto del suo contributo³⁴. Il nuovo sistema si caratterizza per la sua generalità (è applicabile a tutte le parti, rispettando il principio delle responsabilità comuni ma differenziate “secondo le differenti circostanze nazionali”³⁵), per il suo carattere contributivo basato su di

³⁰ D. BODANSKY, *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?*, in *American Journal of International Law*, 2016, p. 288; M. LEMOINE-SCHONE, *La flexibilité de l'Accord de Paris sur les changements climatiques*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 2016, p. 37.

³¹ La decisione di ritirarsi dall'Accordo di Parigi è stata notificata dagli Stati Uniti il 4 novembre 2019 e, in base all'art. 28 dell'Accordo di Parigi, prenderà effetto a partire dal 4 novembre 2020.

³² Accordo di Parigi, art. da 4 a 8.

³³ Cfr. R. LEAL-ARCAS, *Top-Down Versus Bottom-Up Approaches for Climate Change Negotiations: An Analysis*, in *The IUP Journal of Governance and Public Policy*, 2011, p. 7.

³⁴ Accordo di Parigi, art. 4, par. 2.

³⁵ Questa nuova formulazione del principio risulta dall'accordo raggiunto al riguardo da Stati Uniti e Cina: US-China Joint Announcement on Climate Change

una sorta di *pactum de contribuendo* (i contributi volontari determinati a livello nazionale) e per la sua progressività (i contributi successivi devono riflettere un'ambizione crescente).

L'Accordo di Parigi include anche altre norme relative ad aspetti importanti, come l'adattamento³⁶, le perdite e i danni³⁷, l'assistenza finanziaria³⁸, il trasferimento di tecnologia³⁹ e lo stimolo della capacità dei paesi in via di sviluppo⁴⁰. Altri articoli dell'Accordo si riferiscono all'istruzione, alla formazione, alla sensibilizzazione, alla partecipazione e accesso all'informazione sul cambiamento climatico⁴¹ e alla trasparenza nell'applicazione⁴². Tuttavia, tutte queste disposizioni prevedono obiettivi programmatici che devono concretarsi attraverso i numerosi processi di negoziato multilaterale in corso, senza stabilire obblighi concreti rispetto agli strumenti da applicare. Come hanno spiegato Bergkamp e Stone, l'Accordo di Parigi è il compendio dell'"ambiguità costruttiva", dato che: "(it) does not impose any significant substantive obligations on the parties and from a legal, as opposed to political or moral viewpoint, it seems to be virtually non-binding"⁴³. Il regime internazionale sul cambiamento climatico si è così convertito in un processo multilivello di negoziato continuo, orientato a stabilire un quadro di governo politico, ma con scarso contenuto normativo⁴⁴.

È il caso di segnalare che le relazioni tra i tre trattati che compongono l'attuale regime internazionale per combattere il cambiamento climatico presentano una particolare complessità che deriva dalla

(November 12, 2014); US-China Joint Presidential Statement on Climate Change (September 25, 2015). Cfr. S. MALJEAN-DUBOIS, *The Paris Agreement: A New Step in the Gradual Evolution of Differential Treatment in the Climate Regime?*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2016, p. 151.

³⁶ Accordo di Parigi, art. 7.

³⁷ *Ibidem*, art. 8.

³⁸ *Ibidem*, art. 9.

³⁹ *Ibidem*, art. 10.

⁴⁰ *Ibidem*, art. 11.

⁴¹ *Ibidem*, art. 12.

⁴² *Ibidem*, art. 13.

⁴³ L. BERGKAMP & S. J. STONE, *The Trojan Horse of the Paris Agreement on Climate Change: How Multi-Level, Non-Hierarchical Governance Poses a Threat to Constitutional Government*, January 28, 2015, p. 3, reperibile nella rete interconnessa.

⁴⁴ D. BODANSKY, *The Legal Character of the Paris Agreement*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2016, p. 142.

configurazione inusuale del sistema. A differenza dei casi abituali, nei quali si ha una sequenza lineare, data da una convenzione quadro che è sviluppata attraverso protocolli complementari successivi⁴⁵, il regime internazionale per combattere il cambiamento climatico presenta una struttura tridimensionale, le cui componenti possiedono fisionomie differenziate. La relazione tra la Convenzione quadro e il Protocollo di Kyoto si definisce sulla base dello schema giuridico tradizionale, dato che la Convenzione stabilisce gli obiettivi, i principi e lo schema istituzionale del sistema, mentre il Protocollo contiene la normativa che regola la riduzione delle emissioni per gli Stati indicati nell'allegato I. Tuttavia, l'Accordo di Parigi non si configura né come un secondo protocollo della Convenzione del 1982, né come una nuova convenzione della stessa natura della Convenzione quadro. In realtà, l'Accordo di Parigi, che mantiene una certa relazione di dipendenza dalla Convenzione⁴⁶, presenta però anche alcuni caratteri specifici che gli conferiscono una certa autonomia normativa e sembra destinato con il tempo a convertirsi nello strumento principale per lo sviluppo del regime globale per combattere il cambiamento climatico⁴⁷.

Questa architettura tridimensionale pone numerosi problemi operativi che si sono manifestati con evidenza durante la Conferenza Cile-Madrid. In effetti, l'organo che dirige il sistema, che è la Conferenza delle parti, agisce come organo di applicazione dei tre strumenti giuridici, le cui riunioni si tengono congiuntamente e generalmente in un unico evento. In questo modo, la Conferenza delle parti della Convenzione (COP) opera anche come riunione delle parti del Protocollo di Kyoto (CMP) e come riunione delle parti dell'Accordo di Parigi (CMA). In un simile scenario,

⁴⁵ R. CHURCHILL & G. ULFSTEIN, *Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law*, in *American Journal of International Law*, 2000, p. 623, spec. p. 637.

⁴⁶ Questa relazione di dipendenza risulta da vari dati rilevanti: in primo luogo, conformemente al disposto dell'art. 20 dell'Accordo di Parigi, per essere parte all'Accordo è richiesto di essere parte alla Convenzione; in secondo luogo, l'art. 2, par. 1, dello stesso Accordo afferma che il suo proposito è "migliorare l'applicazione della Convenzione, compreso il conseguimento del suo obiettivo"; in terzo luogo, l'Accordo incorpora i processi, programmi e meccanismi stabiliti dalla Convenzione; e, infine, l'Accordo utilizza per la sua applicazione le istituzioni e gli organi della Convenzione.

⁴⁷ G. DE LASSUS ST-GENIÈS, *L'Accord de Paris sur le climat: quelques éléments de décryptage*, in *Revue Québécoise de Droit International*, 2015, p. 50.

la Conferenza di Cile-Madrid ha dovuto risolvere numerose questioni che hanno dimensioni trasversali e riguardano pertanto i tre strumenti convenzionali. Questo ha comportato inevitabili problemi di sovrapposizione nel trattamento dei temi, cosa che ha portato a volte a duplicare o triplicare le discussioni, complicando negoziati che sono già di per sé molto complessi.

Inoltre, sulla base della pratica seguita, le parti alla Convenzione quadro del 1992 hanno partecipato alle riunioni della COP 25 riservate alle altre convenzioni del sistema, potendo influire nelle discussioni e nell'adozione delle decisioni che si effettua per *consensus*⁴⁸. Il problema si porrà in un modo più cruciale dal 4 novembre 2020, quando gli Stati Uniti realizzeranno il loro recesso dall'Accordo di Parigi, visto che questo Stato continuerà a partecipare alla riunione delle parti del Protocollo di Kyoto e dell'Accordo di Parigi, benché non sia parte di questi ultimi, ma sarà vincolato soltanto dagli obblighi che derivano dalla sua condizione di parte alla Convenzione quadro.

Sullo sfondo di questo scenario, le aspettative ottimiste che aveva suscitato la convocazione della COP 25 di Cile-Madrid sono state poste ancora una volta di fronte a una dura realtà: l'evidente divario tra gli allarmi inviati dagli scienziati e le domande della società civile, da una parte, e la mancanza di accordo e di volontà politica degli Stati, specialmente le grandi potenze mondiali, dall'altra parte. Come ha sintetizzato l'Istituto Internazionale per lo Sviluppo Sostenibile:

“Il divario tra le domande della gente e della scienza e quello che il processo avrebbe potuto offrire e il divario tra i paesi che intendono guardare al futuro e quelli fissati nel passato hanno pregiudicato la capacità della Conferenza sul cambiamento climatico di Cile-Madrid di avere successo, nonostante l'aggiunta di quasi 44 ore supplementari di negoziati”⁴⁹.

⁴⁸ Il progetto di Regolamento della Conferenza, presentato nel suo secondo periodo di sessioni del 1996, si applica provvisoriamente ad eccezione del suo art. 42, par. 1, relativo al procedimento di votazione per l'adozione di decisioni, che non fu approvato. Finché la questione non sarà risolta, si segue la pratica di adottare le decisioni della Conferenza per *consensus*. Cfr. J. BRUNNEE, *COPing with Consent: Law-Making under Multilateral Environmental Agreements*, in *Leiden Journal of International Law*, 2002, p. 1.

⁴⁹ International Institute for Sustainable Development (ISSD), *Earth Negotiations Bulletin*, vol. 12, n. 775, p. 1.

Lo stesso Segretario Generale delle Nazioni Unite, António Guterres, ha espresso la sua delusione per le poche decisioni adottate e il linguaggio retorico della decisione principale della Conferenza, intitolata pomposamente “Cile-Madrid: tempo di agire”⁵⁰. Nel complesso, la COP 25 ha risolto varie questioni relative ai rapporti presentati dai diversi organismi del sistema, ha approvato gli orientamenti dello sviluppo futuro del meccanismo internazionale di Varsavia sulle perdite e i danni e ha adottato una decisione che approva la versione migliorata del Programma di lavoro di Lima sul Genere e il suo Piano di Azione di Genere (GAP)⁵¹. Tuttavia, i principali temi pendenti per lo sviluppo dell’Accordo di Parigi (*Paris Agreement Rulebook*) sono rimasti stagnanti, a causa della mancanza di un’intesa tra paesi sviluppati e paesi in via di sviluppo e della mancanza di volontà d’impegnarsi da parte dei principali responsabili delle emissioni mondiali di gas a effetto serra: Stati Uniti, Cina, Federazione Russa e India. Tra le questioni non risolte figurano le quote nazionali di riduzione delle emissioni, i calendari comuni per la presentazione dei contributi determinati a livello nazionale (NDCs), le questioni relative al finanziamento del sistema per combattere il cambiamento climatico a lungo termine, il finanziamento per l’adattamento al cambiamento climatico, l’assistenza ai paesi in via di sviluppo che soffrono maggiormente per il cambiamento climatico nonostante le loro basse emissioni di carbonio e l’organizzazione dei meccanismi commerciali e non commerciali previsti nell’art. 6 dell’Accordo di Parigi⁵². Tutti i temi non risolti sono stati rimessi alla prossima COP che si svolgerà a Glasgow (Regno Unito) nel 2021⁵³.

⁵⁰ Il Segretario Generale dell’ONU si dichiarò deluso dai risultati: “La comunità internazionale ha perso un’opportunità importante per mostrare una maggiore ambizione verso la mitigazione, l’adattamento e il finanziamento per affrontare la crisi climatica” (comunicato del suo portavoce). António Guterres ha assicurato che non si darà per vinto e ha fatto appello al mondo per continuare la lotta: “Sono più deciso che mai a lavorare perché il 2020 sia l’anno in cui tutti i paesi si impegnino a fare quello che la scienza ci dice che è necessario per avere neutralizzato le emissioni di carbone nel 2050 e per non permettere che la temperatura si alzi più di 1,5 gradi” (cfr. UN News, reperibile sulla rete interconnessa).

⁵¹ FCCC/CP/2019/13, Add. 1 e Add. 2.

⁵² Si veda il riassunto della COP 25 fatto dall’ISSD, citato nella nota 49. Cfr. Anche: Third World Network (TWN), *Madrid Climate News Updates* (December 2019), reperibile nella rete interconnessa.

⁵³ In applicazione della regola 16 del Progetto di Regolamento della Conferenza:

4. *Conclusione*

Il diritto internazionale ambientale soffre oggi di una crisi di crescita che lo colloca tra l'evoluzione e l'involutione. Le questioni ambientali sono passate al primo piano delle preoccupazioni della cittadinanza mondiale che chiede ai governi di "agire presto". Tuttavia, gli Stati sembrano sempre meno disposti ad assumere obblighi giuridici per rispondere alle sfide della sopravvivenza e alle domande della opinione pubblica mondiale. Questa specie di *horror iuris* generalizzato ha portato gli attori internazionali a una deriva progressiva fino alla adozione di strumenti di *soft law* sempre più diluiti e, oggi, di strumenti di *ultra-soft law* privi di contenuto normativo, risultanti da accordi non obbligatori, accordi con prestazioni volontarie e dichiarazioni "politiche".

La pratica recente dei negoziati multilaterali mostra che gli Stati, e soprattutto le grandi potenze, hanno una chiara preferenza per le soluzioni politiche negoziate rispetto alle soluzioni normative che offre il diritto internazionale ambientale. I grandi temi pendenti che si collocano in uno scenario di emergenza climatica ambientale sono così canalizzati attraverso negoziati multilaterali continui, costellati da successive conferenze internazionali di massa, con la partecipazione *pro forma* della società civile mondiale, nelle quali si constata una volta dopo l'altra la mancanza di un impegno reale per preservare l'integrità del sistema ecologico globale (*the Earth system*). La carenza di volontà politica degli Stati e la necessità di adottare le decisioni per *consensus* – che permette alle grandi potenze mondiali di "porre un veto" all'adozione di qualsiasi misura che modifichi lo *status quo* giuridico – funzionano come un poderoso freno allo sviluppo del diritto internazionale ambientale. In questo nuovo scenario internazionale, la forma (il negoziato) s'impone sulla sostanza (la soluzione dei problemi ambientali) e le proclamazioni simboliche sostituiscono il rigore delle regole giuridiche. Nei testi che concludono i negoziati multilaterali, gli Stati esprimono spesso la loro "ambizione" per raggiungere obiettivi di interesse comune, ma senza accettare nuovi obblighi giuri-

"Any item of the agenda of an ordinary *session*, consideration of which has not been completed at the session, shall be included automatically in the agenda of the next ordinary session, unless otherwise decided by the Conference of the Parties." La COP 26, prevista inizialmente dal 9 al 20 novembre 2021, è stata posposta a causa del COVID 19 a una nuova data da determinarsi.

dici nel quadro del diritto internazionale. Il centro delle attività internazionali passa così dalla regolamentazione giuridica al governo politico e la messa in opera delle azioni che si prevedono viene esclusivamente confinata nell'ambito del diritto nazionale.

Tutto questo riflette una profonda contraddizione tra gli allarmi inviati dagli scienziati e l'incremento delle istanze della società civile mondiale, da una parte, e la scarsa volontà degli Stati di impegnarsi nella soluzione dei problemi ambientali, dall'altra parte. Un simile divario è stato denunciato ai più alti livelli delle Nazioni Unite, come il Segretario Generale dell'organizzazione. Tuttavia, più i dati di fatto risultano evidenti, più gli Stati risultano ostinati, così che non risulta prevedibile quando il cambio di rotta che è necessario per non abbassare i limiti planetari nell'era dell'Antropocene potrà diventare una prossima realtà⁵⁴. I risultati mancati del progetto di patto mondiale per l'ambiente e del vertice climatico di Cile-Madrid non sono che i sintomi della situazione che stiamo vivendo.

⁵⁴ E. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ & C. MALWÉ, *The emergence of the 'planetary boundaries' concept in international environmental law: A proposal for a framework convention*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2019, p. 48.

The Protection of the Environment before the Inter-American Court of Human Rights: Recent Developments*

LUCAS CARLOS LIMA**

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. The Contribution of the Advisory Opinion No. 23 on Environment and Human Rights to the Inter-American Human Rights Law. – 3. Expanding the Scope of Question: connecting environment with Human Rights. – 4. The Justiciability of the Right to a Healthy Environment. – 5. The Right to a Healthy Environment in the Lhaka Honhat Case. – 6. Conclusions.

1. *Introduction*

Since the American Convention on Human Rights (‘ACHR’ or ‘Convention’) does not envisage the right to a healthy environment as a directly justiciable right, the Inter-American Court of Human Rights (‘IACtHR’ or ‘Court’) has dealt only obliquely with environmental matters in its case law.¹ Economic, social, cultural and environmental rights (ESCER) were definitely consolidated into the Inter-American System through the Pro-

* Contribution submitted to peer review.

** Professor of International Law, Faculty of Law, Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil.

¹ On this question, see R. PAVONI, *Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights*, in B. BOER (ED.), *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, 2015. From an European perspective, see T. SCOVAZZI, *L'interpretazione e l'applicazione "ambientalista" della Convenzione europea dei diritti umani, con particolare riguardo al caso "Urgenda"*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2019, pp. 619-633.

to the Protocol of San Salvador in 1999². The Protocol provides jurisdiction to the Court solely in relation to trade union rights and the right to education (Article 19.6), thus excluding the possibility of an individual petition in relation to violations to the right to a healthy environment as enshrined in Article 11 of the Protocol³. Traditionally, environmental issues which appeared before the IACtHR were associated either with the right to life, the right to private property or the right to have access to information⁴. In its 2017 *Advisory Opinion 23 on the Environment and Human Rights*⁵

² Signed in 1988, the Protocol entered into force only in 1999 when eleven states have deposited their respective instruments of ratification or accession, in accordance with article XXI of the protocol.

³ Article 19.6 of the Protocol of San Salvador reads as follows: “Any instance in which the rights established in paragraph a) of Article 8 and in Article 13 are violated by action directly attributable to a State Party to this Protocol may give rise, through participation of the Inter-American Commission on Human Rights and, when applicable, of the Inter-American Court of Human Rights, to application of the system of individual petitions governed by Article 44 through 51 and 61 through 69 of the American Convention on Human Rights”.

⁴ See, for instance, IACtHR, *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 25, 2015. Series C No. 309; IACtHR, *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Merits and Reparations, Judgment of June 27, 2012. Series C No. 245; and IACtHR, *Case of Salvador Chiriboga v. Ecuador*, Preliminary Objections and Merits, Judgment of May 6, 2008 Series C No. 179. On this question, J.G. GAMBOA, *Medio Ambiente frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una ventana de protección*, in A. A. CAÑADO TRINDADE & C. BARROS LEAL (EDS), *Derechos Humanos y Medio Ambiente*, Fortaleza, 2017, pp. 103-144, and T. ANTKOWIAK, *A “Dignified Life” and the Resurgence of Social Rights*, *Journal of Human Rights*, Vol. 18, 2020, pp. 1-51. The European Court on Human Rights has developed a similar case law, since the autonomous right to a healthy environment is also absent from the European Convention on Human Rights. See, in this regard, O.W. PEDERSEN, *The European Court of Human Rights and International Environmental Law*, in J.H. KNOX AND R. PEJAN (eds.) *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, 2018, pp. 97-121. The African System of Human Rights, however, envisages the right to a healthy environment as an autonomous right in Article 24 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights, which has been recently applied by the African Court on Human and Peoples’ Rights in AfCHPR, *African Commission on Human and People’s Rights v. Republic of Kenya*, No. 006/2012, Judgment, May 26, 2017. In this sense, see L.J. KOTZÉ, A.A. DU PLESSIS, *The African Charter on Human and Peoples’ Rights and Environmental Rights Standards*, in S. Turner S et al (eds), *Environmental Rights: The Development of Standards*, Cambridge, 2019, 93-115.

⁵ IACtHR, *The Environment and Human Rights (State obligations in relation to*

(‘OC-23/17’) the IACtHR peremptorily introduced the topic of environmental protection to its jurisprudence through the recognition of the right to the healthy environment as an independent and justiciable right.

Originally requested by Colombia in relation to large-scale infrastructure projects which created a risk of significant environmental damage to the marine environment of the Wider Caribbean Region, the OC-23/17 opinion contributed in different ways to the law of environmental protection within the Inter-American System. While the main questions formulated by Colombia tackled the interpretation of the term “jurisdiction” in Article 1.1 of the ACHR and State obligations related to the duties to respect and ensure the rights to life and personal integrity in relation to environmental damage, the IACtHR clarified several substantive and procedural obligations regarding environmental protection arising from the ACHR. Furthermore, the IACtHR advanced the possibility of protecting environment rights when it stated that the right to a healthy environment falls within the scope of Article 26 of the Convention – the ‘progressive development’ provision by which American States undertook the obligation to adopt measures with a view to progressively achieving “the full realization of the rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards”. The consequence of this reasoning is that the right to a healthy environment can now be directly litigated before the IACtHR as an autonomous right – a situation not yet envisaged in other human rights systems. To put it bluntly, through this opinion, the Court expanded its jurisdiction to adjudicate over a right not originally envisaged in the ACHR.

The opinion has caused ripples among scholars⁶ and unchained some

the environment in the context of the protection and guarantee of the rights to life and to personal integrity – interpretation and scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-23/17 of November 15, 2017. Series A No. 23. (Hereinafter ‘OC-23/17’).

⁶ A. PAPANTONIOU, *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights*, in *American Journal of International Law*, Vol. 112, 2018, pp. 460-466; M. FERIA-TINTA, S.C. MILNES, *International Environmental Law for the 21st Century: The Constitutionalization of the Right to a Healthy Environment in the Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion 23*, in *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 12, 2019, pp. 43-84; G. VEGA-BARBOSA; L. ABOAGYE, *A Commentary on the Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights on the Environment and Human Rights*, in *DPCE Online*, Vol. 34 No. 1, 2018, pp. 291-297; R. ABELLO

immediate practical consequences. In the judgment of 6 February 2020 in the case of the *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina* (hereinafter, “the *Lhaka Honhat* case”), the respondent State was held responsible for violating, among others, Article 26 of the Convention by not respecting the right to a healthy environment for indigenous communities.

The fact that a human rights court has moved towards greater environmental protection is not surprising⁷, but the paths taken to ensure this protection seem to be open to discussion. This article focuses on the techniques employed by the IACtHR in order to expand its reach in relation to the protection of the right to a healthy environment. It proceeds in four parts. Firstly, I briefly summarize the content of the *Advisory Opinion 23/17*. In the second section I assess the Court’s power to reformulate Colombia’s question and expand its scope. The third section tackles the recognition of the right to a healthy environment as a right directly justiciable under Article 26 of the ACHR. The fourth section assesses the application of the right to a healthy environment and connected rights (right to water, *e.g.*) in the *Lhaka Honhat* case. I conclude by exploring the potential consequences of the arguments adopted by the IACtHR in relation to its advisory function, and the criticism of the Court’s approach to environmental matters received from some judges.

GALVIS; W. AREVALO RAMIREZ, *Inter American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: Jurisdictional, procedural and substantive implications of human rights duties in the context of environmental protection*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, Vol. 28, 2019, pp. 217-222; and D. GIANNINO, *The Ground-Breaking Advisory Opinion OC-23/17 of the Inter-American Court of Human Rights: Healthy Environment and Human Rights*, in *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 2018.

⁷ See F. FRANCONI, *International Human Rights in an Environmental Horizon*, in *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2019, pp. 41-55; A. BOYLE, *Human Rights and the Environment: Where Next?*, in B. BOER (ED.), *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, 2015, pp. 201-239. While there is margin for comparison between the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, the exclusive focus of this study will be the IACtHR.

2. *The Contribution of the Advisory Opinion No. 23 on Environment and Human Rights to the Inter-American Human Rights Law*

The growing environmental case law of human rights international courts attest to the inevitable trend of intertwining individual rights with the protection of the environment. As has been authoritatively observed, “the relationship between human rights and the environment has evolved rapidly over the past five decades, and even more so over the past five years. The greening of well-established human rights, (...) has contributed to improvements in the health and well-being of people across the world”.⁸ The same holds particularly true for the American continent, where severe environmental problems occupy a compelling part of public concern. Accordingly, the Inter-American System of Human Rights has gradually increased its reach on environmental matters⁹. The Advisory Opinion OC-23/17, rendered by the IACtHR on 15 November 2017, galvanized much of this debate through the authoritative pronouncement by the Court.

In a nutshell, the Opinion dealt mainly with two issues. Firstly, there was the question of whether the term “jurisdiction” in Article 1.1¹⁰ of the

⁸ HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, John H. Knox, 19 July 2018, UN Doc A/73/188, para. 53. See also HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Mapping report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, John H. Knox, 30 December 2013, UN Doc. A/HRC/25/53.

⁹ See in this regard D. SHELTON, *Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos*, *Anuario de Derechos Humanos*, N°. 6, 2010, pp. 111-127; L.A. LÓPEZ ZAMORA, *El enfoque extractivo del derecho ambiental y los desafíos del concepto de “pueblos indígenas”*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIX, 2014, pp. 301-345; E. A. G. CAMPILLAY, *Derecho a vivir en un medio libre de contaminación o medio ambiente sano como Derecho Humano ante la jurisprudencia y Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Vol. 28, 2016, pp. 99-119.

¹⁰ Article 1.1. of the ACHR reads as follows: “The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition”.

ACHR also comprised extraterritorial jurisdiction for the purposes of State responsibility. The question raised by Colombia in this respect was particularly related to the potential effects on human rights that large-scale infrastructure projects in the Caribbean Area could have outside the national territory of a State, or the potential effect beyond the national territory of a State. Colombia's concern was that, due to their dimensions and permanence, such projects could cause significant transboundary harm, affecting people in the whole region and their enjoyment of their rights under the Convention.

Applying Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties to interpret the word "jurisdiction", the Court reached the conclusion that it is not limited to territorial jurisdiction. It also covers "a broader concept that includes certain ways of exercising jurisdiction beyond the territory of the State in question"¹¹. Relying on the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR)¹², the Court concluded that the term jurisdiction "encompasses any situation in which a State exercises effective control or authority over a person or persons, either within or outside its territory"¹³. Accordingly, "individuals whose rights under the Convention have been violated owing to transboundary harm are subject to the jurisdiction of the State of origin of the harm, because that State exercises effective control over the activities carried out in its territory or under its jurisdiction"¹⁴.

It is the first case in which the IACtHR has recognized the possibility of the extraterritorial application of the ACHR.¹⁵ Notably, it seems to

¹¹ IACtHR, OC-23/17, para. 74.

¹² IACtHR, OC-23/17, para. 79. The IACtHR has mainly construed its arguments on ECHR, *Loizidou v. Turkey (Preliminary objections)*, *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, *Catan and Others v. Moldova and Russia*; *Chiragov and Others v. Armenia*. On this question, see M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, Oxford, 2011; S. BESSON, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25, 2012, pp. 857-884.

¹³ IACtHR, OC-23/17, para 104, a.

¹⁴ IACtHR, OC-23/17, para 104, d.

¹⁵ The Inter-American Commission on Human Rights has already applied this interpretation previously in IACHR, *Franklin Guillermo Aisalla Molina (Ecuador v. Colombia)*, Admissibility Report No. 112/10 of October 21, 2011, para. 91, and

have been inspired by its European counterpart. In consonance with the ECtHR case law, the IACtHR stressed the exceptional character of the extraterritorial jurisdiction, which requires a “restrictive interpretation” in the light of the “the particular circumstances of the specific case”¹⁶.

The second main question addressed by the OC-23/17 was the clarification of what environmental obligations were connected to the protection of the right to life (Article 4) and to personal integrity (Article 5) under the ACHR. Drawing on a teleological interpretation of the question asked by Colombia, the Court took the opportunity to clarify a number of issues regarding the environmental obligations in connection with human rights in the American continent.

After reaffirming the connection between human rights and environmental protection, the Court invoked its previous statements recognizing that environmental protection is a condition for a decent life¹⁷. However, the Court went further and recognized a set of additional obligations in relation to Articles 4 and 5 of the ACHR. Drawing heavily on the Stockholm and Rio Declarations, it identified several due diligence obligations arising from the Convention¹⁸. In addition to recognizing an autonomous right to a healthy environment under the Convention, the Court outlined further obligations, specifying their content, scope and application under the Inter-American System¹⁹. For instance, to protect the human right to life and personal integrity, States need to conduct environmental impact assessments when faced with risk to the environment and are under a duty to prepare a contingency plan in relation to potential environmental disasters. They also have the duty to mitigate any significant environmental damage occurring within their territory. Additionally, specifically in relation to the protection of the rights to life and to personal integrity, the Court emphasized States’ obligation to cooperate to ensure

IACHR, *Case of Coard et al. v. United States*, Merits Report No. 109/99 of September 29, 1999, para. 37.

¹⁶ IACtHR, OC-23/17, para 81.

¹⁷ The Court quoted the following cases: *Case of the Yakey Axa Indigenous Community v. Paraguay*, *Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, para and *Case of the Kalina and Lokono Peoples v. Suriname*.

¹⁸ IACtHR, OC-23/17, paras. 123 and 124.

¹⁹ For a detailed analysis, see M. FERIA-TINTA, S. C. MILNES, *supra*, p. 55 ff.

protection against significant transboundary harm, as well as individuals' right to access to information and to public participation²⁰.

Quite innovatively, the IACtHR also established that American States "must act in accordance with the precautionary principle to protect the rights to life and to personal integrity"²¹, which is an additional step in the long-standing debate about the recognition of the principle in international law²². The reasoning relied on the fact that, when interpreting the Convention, the Court has to seek the "best perspective for the protection of the individual" which means that "States must act in keeping with the precautionary principle in order to protect the rights to life and to personal integrity in cases where there are plausible indications that an activity could result in severe and irreversible damage to the environment, even in the absence of scientific certainty"²³.

It is difficult to avoid the impression that the Court performed a quasi-legislative function by identifying this "list of obligations" arising from international environmental law and connecting it to Articles 4 and 5 of the ACHR. Each of the obligations abovementioned was outlined in detail in the Opinion. The Court relied on different sources in order to detail the specific content of each obligation, making little or no distinction between treaty law, judicial decisions or soft law, in spite of its observation that soft law instruments "provide guidance on the interpretation of the former, because they give greater precision to the basic content established in the treaties"²⁴.

Having established the content of the Opinion, I shall move to the analysis of two techniques employed by the Court to expand its reach on

²⁰ The "full list" of obligations was summarized by the Court in IACtHR, OC-23/17, para. 242.

²¹ IACtHR, OC-23/17, *dispositif*, para. 6.

²² T. TREVES, *Environmental Impact Assessment and the Precautionary Approach: Why Are International Courts and Tribunals Reluctant to Consider Them as General Principles of Law?*, in M. ANDENAS, M. FITZMAURICE, A. TANZI, J. WOUTERS (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leiden, 2019, pp. 379-388. See also A.A. CANÇADO TRINDADE, Principle 15: Precaution, in J. VIÑUALES (Ed.) *Rio declaration on environment and development: a commentary*, 2015, pp. 403-428; C.E. FOSTER, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*, Cambridge, 2011, p. 18.

²³ IACtHR, OC-23/17, para. 180.

²⁴ IACtHR, OC-23/17, para. 45.

environmental rights and obligations: the expansion of the scope of the question asked by Colombia and the introduction of the autonomous right to a healthy environment under Article 26 of the Convention.

3. *Expanding the Scope of Question: connecting environment with Human Rights*

One of the distinctive features of the advisory jurisdiction of the IACtHR is that it allows States (among other subjects) to ask for advisory opinions directly. Article 64 of the ACHR establishes that “the member States of the Organization may consult the Court regarding the interpretation of this Convention or of other treaties concerning the protection of human rights in the American States”. This possibility has been largely explored by States in the American continent. Only on very few occasions has the Court refused to render an advisory opinion. It is not by chance that commentators have pointed out an expansive trend in the Court’s advisory jurisdiction, which has also touched upon sensitive matters within American States’ domestic agendas²⁵.

When facing a request to render an opinion, the Court has generally been inclined to make authoritative pronouncements slightly beyond the scope of the question originally formulated. This seems also to be the case in *Advisory Opinion 23*. To allow itself to pronounce over the environmental obligations binding the parties to the American Convention, the Court took three steps: (a) it reformulated and broadened the question asked by Colombia; (b) it adopted a functional approach in defining the purpose of its advisory jurisdiction; and (c) it linked human rights with the protection of the environment.

²⁵ See, for instance, J.C. SCHMID, *Advisory Opinions on Human Rights: Moving Beyond a Pyrrhic Victory*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 16, 2006, pp. 415-456; J.E. ROA, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, 2015; and G. ASTA, *La funzione consultiva delle corti regionali dei diritti umani*, Napoli, 2019. See also T. BUERGENTHAL, *The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court*, in *American Journal of International Law*, Vol. 79, 1985, pp. 1-27; and C. BAILLIET, *The strategic prudence of The Inter-American Court of Human Rights: rejection of requests for an advisory opinion*, in *Revista de Direito Internacional*, Vol. 15, 2018, p. 254.

(a) The IACtHR invoked its established power to reformulate the questions posed to it²⁶ in order to broaden the scope of the opinion. While Colombia's three questions were directly related to the Cartagena Convention²⁷ and the protection of marine environment, the IACtHR first reformulated, widened and merged Colombia's questions,²⁸ and then, rather than making a precise statement in relation to protected areas under applicable instruments of international environmental law, it moved to "identify, clearly and systematically, the State obligations in relation to the protection of the environment within the framework of their obligation to respect and to ensure the human rights of every person subject to their jurisdiction"²⁹. While this power to reformulate has been frequently been used by international courts, the way in which the Court proceeded seems to be questionable for two reasons.

Firstly, by broadening the questions asked, the Court pronounced itself on delicate issues without having given to States and other subjects of the Inter-American system a real possibility to offer input in relation to the specific question of the content of environmental rights and obligations under the ACHR. There is more than a grain of truth in judge Sierra Porto's criticism, conveyed in his concurring opinion, that "the majority exceed the purpose of the Advisory Opinion, without granting

²⁶ The Court quoted its previous case law when it observed that "the manner in which a request is drafted may require the Court, in exercising its functions under Article 64 of the Convention, to define or clarify and, in certain cases, to reformulate the questions submitted to it in order to ascertain what, precisely, is being asked." in IACtHR, *Enforceability of the Right of Reply or Rectification (Arts. 14.1, 1.1 and 2 American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion OC-7/86 of August 29, 1986. Series A No. 7, para. 12, and IACtHR, *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*, Advisory Opinion OC-16/99 of October 1, 1999. Series A No. 16, para. 42.

²⁷ The Convention for the Protection and Development of the Marine Environment in the Wider Caribbean Region or Cartagena Convention is a regional treaty for the protection of the Caribbean Sea. It was adopted in Cartagena, Colombia on 24 March 1983 and entered into force on 11 October 1986 and has been ratified by 26 Member States in the Wider Caribbean Region. In addition to general provisions aimed at ensuring a "sound environmental management", it covers several topics such as pollution from ships, dumping and land-based sources, and establishes other obligations concerning international environmental law.

²⁸ IACtHR, OC-23/17, paras. 32 to 38.

²⁹ IACtHR, OC-23/17, para. 23.

those intervening in the processing of the Advisory Opinion any opportunity to present arguments for or against this position”³⁰. Indeed, only four States of the Inter-American system presented observations – all of them in relation to marine environment and the Cartagena Convention and Article 4 and 5 of ACHR. This is not surprising given the limited interest attached to the very specific request advanced by Colombia. One has to concede that the IACtHR received a number of submissions from different actors: two organs of the Organization of American States, the International Maritime Organization, Non-Governmental Organizations and (NGOs) and Civil Society Organizations (CSOs), as well from scholars and Legal Clinics. This is arguably a very broad participation which reveals serious interest in the subject. However, at the end of the day, the number of States participating in the proceedings was very restricted. Ultimately, they will be the ones resisting to the Court’s judgements in the future. One could at least argue that if they knew that the Court would be outlining general environmental obligations rather than answering Colombia’s requests related to marine environment, one might have expected a different level of participation. The Court’s approach reveals the necessity of prompting more public participation when an international court significantly changes the question put to it without making the members of the system aware of the consequences at stake.

The second problem regards the boundaries between the Court’s advisory jurisdiction and ongoing disputes before other international courts, something which has been a recurring issue in the IACtHR’s case law since its early advisory opinions. It is difficult to avoid the impression that Colombia’s question could have an impact on the disputes between that State and Nicaragua regarding the construction of megaprojects and the pending case before the ICJ.³¹ The Court was made aware of this fact by the intervention of Guatemala, which claimed that it was necessary “to consider, within this request, the possible implication of the State of Nicaragua even though this is not expressly indicated in any part of the document”³², and also that “the interpretation provided in answer to the

³⁰ IACtHR, OC-23/17, *Concurring opinion Judge Sierra Porto*, para. 7.

³¹ ICJ, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*.

³² IACtHR, OC-23/17, para. 25.

request should accord with what has been indicated in the course of these proceedings between Colombia and Nicaragua; always respecting the human rights and the sovereignty of the States that may be concerned³³. The Court addressed this point by simply recalling that, according to its case law, the exercise of its advisory function “cannot be restricted by contentious cases filed before the International Court of Justice”³⁴. The desire to avoid a direct pronouncement on issues relating to a pending dispute might explain why the Court preferred to broaden the question asked. However, the outcome might still have an impact upon the pending dispute – at least in relation to environmental obligations.

(b) The second argument set forth by the Court to justify its decision to make a pronouncement on the environmental obligations under the ACHR is grounded on a functional approach. Since one of the functions of the Court is to “assist OAS Member States and organs to comply fully and effectively with their relevant international obligations, and to define and implement public policies to protect human rights”, the final pronouncement of the Court would “help strengthen the system for the protection of human rights”³⁵. Yet, this argument is rather weak: strengthening the system for the protection of human rights does not automatically imply a competence to interpret instruments relating to international environmental law. According to the Convention, the Court’s advisory jurisdiction is limited to the ACHR and “other treaties concerning the protection of human rights in the American States”³⁶.

(c) In order to overcome this difficulty, the Court took pains to clarify the link between human rights and the environment in a long part of the opinion. The Court’s argument began with a reference to a number of international documents from different sources and organs intertwining human rights with the protection of the environment³⁷. The IACtHR

³³ IACtHR, OC-23/17, para. 25.

³⁴ IACtHR, OC-23/17, para. 26. In the same sense, *Advisory Opinion OC-16/99*, para. 61.

³⁵ IACtHR, OC-23/17, para. 24.

³⁶ IACtHR, Article 64.

³⁷ IACtHR, OC-23/17, para. 52. An approach usually employed in the Court’s case law but also in the field of international environmental law. In this regard see J. BRUNEE, *The Sources of International Environmental Law: Interactional Law*, in S. BESSON and J. D’ASPROMONT (eds.), *The Oxford Handbook on Sources of International Law*, Oxford, 2017, pp. 960-983.

concluded that it “will rule on the State obligations with regard to the environment that are most closely related to the protection of human rights, which is the main function of this Court. Consequently, it will refer to the environmental obligations arising from the obligations to respect and to ensure human rights”³⁸. However, by the same token, the IACtHR observed that, in order to identify State obligations, a “consequence of the interdependence and indivisibility of human rights and environmental protection is that (...) the Court may avail itself of the principles, rights and obligations of international environmental law”³⁹.

Referral to external sources is not a rare technique employed by the IACtHR. By way of example, on several occasions the Court has referred to the 1949 Four Geneva Conventions which “could be taken into consideration as elements of interpretation of the American Convention”⁴⁰. Be that as it may, by characterizing international environmental law as “part of the international *corpus iuris*” and identifying the content and scope of the obligations therein, it is difficult to trace a line where the Court considers external rules (i.e. rules not directly provided by the Convention) “as elements of interpretation” or its own applicable law⁴¹.

The implications of the Court’s expansive approach and use of the three arguments above mentioned appear to be at least twofold. First, by redefining the question aligning it with the debates occurring on the

³⁸ IACtHR, OC-23/17, para 35.

³⁹ IACtHR, OC-23/17, para. 55.

⁴⁰ IACtHR, *Case of the Santo Domingo Massacre v. Colombia. Preliminary Objections, Merits and Reparations*, Judgment of November 30, 2012. Series No. 259, para. 23. In the same sense, see IACtHR, *Case of the Massacres of El Mozote and surrounding areas v. El Salvador*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of October 25, 2012. Series C No. 252, para. 141.

⁴¹ On this question, see L. LIXINSKI, *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*, in *European Journal of International Law*, Vol. 21, 2010, p. 604, to whom “The use of foreign instruments is more often than not a search for external validation rather than an actual excursion into waters not charted by the American Convention. New dimensions are added to pre-existing rights, but rarely does the Court actually engage in creating new rights. The Court seems very aware of the need to place itself in a larger normative universe and use that to advance its mandate of human rights protection, but it is very cautious not to strain it”. See also L. BURGORGUE-LARSEN, “Decomartmentalization”: *The key technique for interpreting regional human rights treaties*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16, 2018, p. 187-213.

universal level (especially with the recommendations of United Nations Human Rights Council)⁴², the Court empowered itself with the capacity to interpret a new branch of international law, namely international environmental law. The fact that some of the obligations identified by the Court rely on different sources seems to confirm this conclusion. By way of illustration, the Court extensively elaborated on the requirements for the conduct of environmental impact assessments, establishing standards referred to either in the recent case law of the ICJ, or in national legislation from American States and the United Nations Environmental Programme.⁴³ Moreover, the Court made no distinction between the authority of *obiter dicta* and the dispositive part of its advisory opinions⁴⁴. Thus, the second conclusion is that the important pronouncements regarding international environmental obligations might well be used by the IACtHR in the future individual cases as authoritative case law.

4. *The Justiciability of the Right to a Healthy Environment*

The IACtHR and the Inter-American Commission have their competences set to hear individual claims arising from violations of the ACHR. Article 44 of the ACHR establishes that the individuals and other entities “may lodge petitions with the Commission containing denunciations or complaints of violation of *this Convention* by a State Party”⁴⁵. Correspondingly, Article 62 of the Convention sets forth that “the jurisdiction of the Court shall comprise all cases concerning the interpretation and application of the provisions of *this Convention*”⁴⁶. However, in the OC-23/17, the IACtHR recognized that the right to a healthy environment is an autonomous justiciable right falling within Article 26 of the Convention⁴⁷. Put differently, the Court recognized that individuals and

⁴² See *supra*, note 8.

⁴³ IACtHR, OC-23/17, paras. 156-179.

⁴⁴ There has been some criticism in this regard. See, for instance, R. ESTUPIÑAN SILVA, *Primera opinión interamericana sobre medio ambiente: ¿derecho exigible o decisión ultra vires?*, in *Criterio Jurídico Garantista*, vol. 11, pp. 61-80.

⁴⁵ Article 44, ACHR, emphasis added.

⁴⁶ Article 62, ACHR, emphasis added.

⁴⁷ In the context of the European Court of Human Rights no similar approach was

other entities can discuss violations of the right to a healthy environment directly using Article 26. This provision reads as follows:

“The States Parties undertake to adopt measures, both internally and through international cooperation, especially those of an economic and technical nature, with a view to achieving progressively, by legislation or other appropriate means, the full realization of the rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards set forth in the Charter of the Organization of American States as amended by the Protocol of Buenos Aires”.

Commentators have stressed the programmatic character of Article 26 and the little attention it has received in the past due to its vague content and rare application⁴⁸. However, in its recent case law the Court resorted to Article 26 in order to recognize other rights not explicitly envisaged in the Convention, especially economic, social, cultural and environmental rights (ESCER). For instance, the IACtHR’s recent case law dealt with the right to health⁴⁹ and labour rights as independent rights⁵⁰. This exercise of reading into this provision rights not expressly envisaged in the Convention unleashed controversy about the extension of the jurisdiction of the IACtHR in relation to ESCER⁵¹.

followed.

⁴⁸ C. COURTIS, *Artículo 26 - Desarrollo Progresivo*, in C. STEINER AND P. URIBE (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, Mexico, 2014, p. 654; A.A. CANÇADO TRINDADE, *A justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais no plano internacional*, in *Presente y futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, in Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998; L. BURGORGUE-LARSEN, *Economic and social rights*, in L. BURGORGUE-LARSEN and A. ÚBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human-Rights: Case Law and Commentary*. Oxford, 2011, pp. 613-641.

⁴⁹ IACtHR, *Caso Poblete Vilches y otros v. Chile*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 8 March 2018, Series C No. 349, para. 110; IACtHR, *Case of Cuscul Pivaral et al. v. Guatemala*, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment of August 23, 2018. Series C No. 359.

⁵⁰ IACtHR, *Case Lagos del Campo v. Peru*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of August 31, 2017. Series C No. 340; IACtHR, *Case of Muelle Flores v. Peru*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of March 6, 2019. Series C No. 375.

⁵¹ I. DE PAZ GONZÁLEZ, *The Social Rights Jurisprudence in the Inter-American Court*

While Article 26 does not mention the right to a healthy environment or even the word “environmental” in the text, Article 11 of the 1988 Protocol of San Salvador (PSS) clearly recognizes it. According to it “everyone shall have the right to live in a healthy environment and to have access to basic public services” and “[t]he States Parties [to the Protocol] shall promote the protection, preservation, and improvement of the environment”. The problem is that the IACtHR does not have jurisdiction over all the rights prescribed in the PSS pursuant to Article 62 of the Convention. Be that as it may, the IACtHR in the OC-23/17 took the opportunity to declare that Article 26 of the ACHR also comprises the right to a healthy environment protected by Article 11 of the Protocol of San Salvador⁵². As a consequence, the right to a healthy environment is now a justiciable right before the IACtHR.

The Court employed two arguments to include Article 11 of the PSS under Article 26. Firstly, the Court’s reasoned systemically that Article 11 “is included among the economic, social and cultural rights protected by Article 26 of the American Convention, because this norm protects the rights derived from the economic, social, educational, scientific and cultural provisions of the OAS Charter, the American Declaration of the Rights and Duties of Man (to the extent that the latter ‘contains and defines the essential human rights referred to in the Charter’) and those resulting from an interpretation of the Convention that accords with the criteria established in its Article 29”⁵³.

The reference to Article 29 ACHR is revealing. It establishes that “no provision of this Convention shall be interpreted as: (...) (d) excluding or limiting the effect that the American Declaration of the Rights and Duties of Man and other international acts of the same nature may have”. In a footnote, the IACtHR quotes the *Lagos del Campos* case in which,

of Human Rights: Shadow and Light in International Human Rights, Cheltenham, 2018; O.R. RUIZ-CHIRIBOGA, *The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties: Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31, 2, 2017, pp. 159-186.

⁵² IACtHR, OC-23/17, paras. 56 and 57. In the Court’s words: “It should also be considered that this right [to a healthy environment] is included among the economic, social and cultural rights protected by Article 26 of the American Convention (...)”.

⁵³ IACtHR, OC-23/17, para. 57.

for the first time, it included the right to work under Article 26 of the Convention using Article 29's interpretation. The same footnote indicated that Article 26 "protects the rights derived from the OAS Charter, the American Declaration of the Rights and Duties of Man and those resulting from 'other international instruments of the same nature'".⁵⁴ The Court's logic seems to be that Article 29(d) of the Convention, read together with Article 26, empowers the Court with jurisdiction to adjudicate upon treaties other than the Convention.

To reinforce its reasoning, the IACtHR stressed the "interdependence and indivisibility of the civil and political rights, and the economic, social and cultural rights because they should be understood integrally and comprehensively as human rights, with no order of precedence, that are enforceable in all cases before the competent authorities".⁵⁵ However, while the indivisibility of these rights is well recognized in international law, less clear is the fact that their justiciability was also intertwined – a potential consequence of the Court's approach.

The Court's approach raises two problems, one of interpretation, the other of State consent.

The Court uses the rules of interpretation of the Convention (Article 29) together with a teleological reading of Article 26 in order to identify a right not expressly envisaged in the Convention. Commentators have observed that the IACtHR has developed important and different interpretation criteria in order to guarantee its function of protecting human rights in the continent⁵⁶. The Court's use of its own case law has an important role in bolstering these previous findings. However, the Court's reasoning seems to be without any clear limit. While the use of "other international instruments of the same nature" seems to be an important tool for incorporating new elements of interpretation into the Court's reasoning, it is difficult to endorse the Court's reasoning that this provision allows the independent incorporation of rights not originally envisaged in the Convention. By the same token, judge Sierra Porto criticized the Court's stance stating that "the wide interpretation given to article

⁵⁴ IACtHR, OC-23/17, para. 57, footnote 86.

⁵⁵ IACtHR, OC-23/17, para. 57.

⁵⁶ See BURGORGUE-LARSEN and LIXINSKI, *supra*. See also G. RODRIGUEZ, *Artículo 29 - Normas de Interpretación*, in C. STEINER AND P. URIBE (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, Mexico, 2014, pp.706-714.

26 of the American Convention exceeds the scope of the article itself”⁵⁷. States have reacted in the past to the Court’s broad interpretation⁵⁸, although so far, no criticism has appeared specifically in relation to the advisory opinion.

The Court’s interpretation also has consequences in relation to the question of State consent to the Court’s jurisdiction. A less expansive interpretation suggests that States did not want to include the justiciability of the ESCER under the jurisdiction of the IACtHR. The Court’s inclusion of environmental rights in Article 26 did not come easily. Both judges Vio Grossi and Sierra Porto, in their dissenting opinions, strongly criticized the Court’s recognition of the justiciability of the right to a healthy environment under Article 26 of the ACHR. According to judge Vio Grossi, “the rights mentioned are not included or contained in the Convention and, consequently, cannot be the object of the protection system that it establishes”⁵⁹.

Another problem stems from the Court’s introduction of the direct justiciability of Article 11 of PSS in Article 26 of the ACHR as regards the specific content of the right to a healthy environment. As previously observed, the Court set out a specific set of standards to comply with the right to a healthy environment in the Advisory Opinion, blurring the lines between a judicial and quasi-legislative function. For instance, the Court specified that the right to a healthy environment possesses a collective and an individual dimension. The individual dimension’s “violation may have a direct and an indirect impact on the individual owing to its connectivity to other rights, such as the rights to health, personal integrity, and life”⁶⁰. In addition, the Court relied on the Working Group on the Protocol of San Salvador, the protocol’s monitoring body⁶¹, in order to precisely lay out the exact content of the right stemming from its five obligations:

⁵⁷ IACtHR, OC-23/17, *Concurring opinion Judge Sierra Porto*, para. 11.

⁵⁸ See, in this regard, A. VON BOGDANDY, R. URUEÑA, *International Transformative Constitutionalism in Latin America*, in *American Journal of International Law*, Vol. 114, 2020, pp. 403-442; J. CONTESSÉ, *Resisting the Inter-American Human Rights System*, *Yale Journal of International Law*, Vol. 44, 2019, p. 179.

⁵⁹ IACtHR, OC-23/17, *Concurring opinion Judge Vio Grossi*, para. 5.

⁶⁰ IACtHR, OC-23/17, para. 59.

⁶¹ While not directly envisaged in the Protocol of San Salvador, the Working Group was created by a Resolution of OAS General Assembly (AG/RES. 2262 XXXVII-O/07) to “examine the National Reports Envisioned in the [Article 19] Protocol of San Salvador”.

“(a) guaranteeing everyone, without any discrimination, a healthy environment in which to live; (b) guaranteeing everyone, without any discrimination, basic public services; (c) promoting environmental protection; (d) promoting environmental conservation, and (e) promoting improvement of the environment. It also established that the exercise of the right to a healthy environment must be governed by the criteria of availability, accessibility, sustainability, acceptability and adaptability”⁶².

In essence, the Court listed all the obligations and international standards which States are supposed to observe in order to respect the right to a healthy environment pursuant to Article 26 of the Convention.

A problematic consequence of this approach lies in the risk of a clash between the IACtHR and national judges in future environmental law cases. By way of comparison, it might be noted that the ECtHR’s approach in environmental matters is rather deferential to States parties. It has been recognized that, within the context of the ECHR “national authorities are best placed to make decisions on environmental issues, which often have difficult social and technical aspects. Therefore in reaching its judgments, the Court affords the national authorities in principle a wide discretion....”⁶³. One may doubt that the IACtHR will follow the same approach. It is well known that the IACtHR is general-

⁶² IACtHR, *OC-23/17*, para. 60.

⁶³ Council of Europe Report, Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment* (2nd ed., 2012), at 31. See, in this regard, ECHR, *Powell and Rayner v. United Kingdom*, No. 9310/81, Judgment February 21, 1990, para. 44. See also ECHR, *Hatton and Others v. United Kingdom*, No. 36022/97, Judgment, July 8, 2003, and ECHR, *Hardy and Maile v. United Kingdom*, No. 31965/07, Judgment, February 14, 2012. On the one hand, the Court clearly recognizes through the doctrine of the margin of appreciation some leeway to States. On the other hand, such as in *Fadeyeva v. Russia*, the ECHR observed that “despite the wide margin of appreciation left to the respondent State, it has failed to strike a fair balance between the interests of the community and the applicant’s effective enjoyment of her right to respect for her home and her private life. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.” ECHR, *Case of Fadeyeva v. Russia*, No. 55723/00, Judgment of November 30, 2005, para. 134. On the question, see, generally, O.W.PEDERSEN, *European Environmental Human Rights and Environmental Rights: A Long Time Coming?*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 21, 2008, pp. 73-111.

ly less deferential to States parties.⁶⁴ This fact explains some resistance from States parties to the Court's rulings on politically sensitive issues, such as amnesty laws.⁶⁵ A similar situation might eventually arise in relation to environmental issues, especially in light of the application of the conventionality control doctrine.⁶⁶ Lastly, there seems to be an element missing in the Court's whole reasoning: guidance on how to strike a balance between economic, social and environmental values.

5. *The Right to a Healthy Environment in the Lhaka Honhat Case*

In its 6 February 2020 Judgment in *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina* the IACtHR found the occasion to apply the reasoning developed in Advisory Opinion 23 for the first time. In a nutshell, the case was about 132 indigenous communities that lodged complaints against Argentina because of the infringement of their property rights on several occasions. Additionally, *criollo* communities caused environmental damage through logging activities on the indigenous property and built fences in parts of their territory. The environmental damage and the reduction of biodiversity was

⁶⁴ See, in this regard, P. CONTRERAS, *National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights*, in *Northwestern Journal International Human*, Vol. 11, 2012, p.28.

⁶⁵ J. CONTESSÉ, *Resisting the Inter-American Human Rights System*, in *Yale Journal of International Law*, vol. 44, 2019, p. 179; A.V. HUNEEUS, *Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights*, in *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011, p. 493. In relation to amnesties laws, see C. BINDER, *The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights*, *German Law Journal*, Vol. 12, pp. 1203-1230; F.F.C. VEÇOSO, *O critério inter-americano sobre anistias: absolutismo de direitos humanos?*, in *Revista Derecho del Estado*, Vol. 35, 2015, p. 3; J. P. PEREZ-LEON-ACEVEDO, *The control of the Inter-American Court of Human Rights over amnesty laws and other exemption measures: Legitimacy assessment*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 33, 2020, pp.667-687.

⁶⁶ In this regard, see A.E. DULITZKY, *An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine*, in *AJIL Unbound*, Vol. 109, 2015, p. 100. See also A.C. RAMOS, *Control of Conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 64, 2016, pp. 11-32.

established by expert evidence, to which the Court attributed significant probative value⁶⁷. For these reasons, the Court held Argentina responsible, *inter alia*, for violating the right to a healthy environment, the right to adequate food and water, and the right to participation in cultural life and cultural identity. The Court included these rights (not expressly recognized in the ACHR) under the heading of progressive development set forth in Article 26 of the ACHR. It is the first time that the Court has declared a violation of these rights *per se* under Article 26. In the past, the Court's strategy had been to rely on its previous contentious cases to include ESCER on the list of litigable rights; in OC-23/17 the Court anchored its reasoning to "rule on the rights to a healthy environment, adequate food, water and to participate in cultural life based on Article 26 of the Convention"⁶⁸. The Court held Argentina responsible for the violation of Article 26, among others, and ordered the adoption of different measures of reparation.

Two parts of the decision merit attention. The first is the fact that the judicialization of the right to a healthy environment through Article 26 caused division within the Court. The second is the fact that the Court applied some of the standards developed in the OC-23/17 in relation to the rights to life and personal integrity to the right to a healthy environment. I shall analyse them in turn.

The decision regarding the judicialization of the ESCER under Article 26 occurred in the context of a divided Court. The split of judges in the case, which was resolved by the infrequently used casting vote of the President of the Court, reveals part of the tensions present in the deliberation chamber. For the majority, the *pro persona principle* – crystallized in Article 29, which prohibits interpretations that suppress or restrict the enjoyment and exercise of the rights recognised in the Convention – justified the expansion and judicialization of the ESCER. The IACtHR referenced its own case law which recognized that "the Court

⁶⁷ On the question, see, generally, L.C. LIMA, *The use of experts in environmental disputes before the International Court of Justice*, in V. LAVENIA (Org.) *Diritto Internazionale e Riforma: Atti del convegno della XVI Giornata Gentiliana*, Macerata, 2017, pp. 31-56.

⁶⁸ IACtHR, *Lbaka Honbat case*, para. 201 and ff. All the translations from Spanish to English were made by the author since there is no English version of the judgment available yet.

has affirmed its competence to determine violations of Article 26 of the American Convention and has indicated that it protects those economic, social, cultural, and environmental rights that derive from the Charter of the Organization of American States, being pertinent to its understanding of the ‘rules of interpretation’ established in Article 29 of the Convention”⁶⁹. Accordingly, “the Court makes an interpretation that allows updating the meaning of the rights derived from the Charter that are recognized in Article 26 of the Convention”⁷⁰. It seems that, in addition to a teleological interpretation, the Court also employed an evolutionary⁷¹ interpretation of the Convention.

Judges in the majority also offered additional reasons for including ESCER under Article 26 of the Convention. Judge Mac-Gregor Poisot, for instance, appears to have also taken into account the fact that Argentina did not contest the Court’s competence to adjudicate on environmental (and other) rights under Article 26.⁷² In addition, according to him, the failure to recognize the autonomy of ESCER under Article 26 would imply a regression contrary to the IACtHR jurisprudence. A similar logic seems to be present in the concurring vote of Judge Pazmiño Freire, for whom, in certain circumstances, “it is necessary to implement an expansive hermeneutics of the norm in order to guarantee better protection for human beings”⁷³.

In the voice of the three dissident Judges some interesting elements and arguments emerge. Judge Manrique offered an intermediate position between the defenders and the critics of the Court’s approach, since he admitted the possibility of a violation of the ESCER but only along with other rights recognized in the Convention. For him “the Court has a conventional duty to give justice in specific cases within the limits provided for by the law of treaties”⁷⁴. His suggestion of protecting environmen-

⁶⁹ IACtHR, *Lbaka Honbat case*, para. 180.

⁷⁰ IACtHR, *Lbaka Honbat case*, para. 199.

⁷¹ On this matter, but with special focus in relation to the European context, see E. BJORGE, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, 2014.

⁷² IACtHR, *Lbaka Honbat case*, *Concurring vote Judge Ferrer Mac-Gregor Poisot*, para. 6.

⁷³ IACtHR, *Lbaka Honbat case*, *Concurring vote Judge Patricio Pazmiño Freire*, para. 11.

⁷⁴ IACtHR, *Lbaka Honbat case*, *Partially dissenting vote Judge Pérez Manrique*, para. 16.

tal rights in connection with the other rights clearly established by the ACHR seems to be similar to the position of the ECtHR in the matter⁷⁵.

The most forceful dissenting opinions point to the weaknesses in the expansive reasoning of the Court. Judge Vio Grossi opts for an argument based on the criteria of interpretation under the Vienna Convention on the Law of Treaties. In a detailed exegesis analysing the text of Article 26, as well as other documents of the Inter-American *corpus juris*, Vio Grossi reiterates his argument made with regard to OC-23/17 that traditional treaty interpretation techniques do not allow ESCER to be included as justiciable rights. For Vio Grossi, the interpretation used by the Court favours the teleological method over other methods in view of the textual indication. The Chilean judge seems to suggest that the Court's interpretation is even *contra legem* insofar as it neglects the text, allowing the justiciability of these rights, when he suggests that the Court does not "properly use the means of interpretation provided for in the Vienna Convention, [leading] a result contrary to logic and never desired or foreseen in the Convention"⁷⁶.

Judge Sierra Porto advanced a strong opinion on the matter: that the IACHR did not have the competence to deal with ESCER.⁷⁷ For the Colombian judge, the Court had no express jurisdiction "neither by the American Convention nor by Article 19.6 of the Protocol ... interpreted in the light of Articles 30 and 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties"⁷⁸. Judge Sierra Porto supports this position from the fact that the States parties to the Protocol of San Salvador only allowed some rights to be litigated, environmental rights (*inter alia*) not being among them. It also concludes that it is problematic to refer to international "soft law" instruments for the sake of convenience⁷⁹.

The criticism present in the opinions of the three judges is telling and reveals the fracture inside the Court. However, there seems to be

⁷⁵ Just by way of example, the right to a healthy environment is recognized in connection with the right to life in the cases *Fadeyeva vs. Russia* e *Öneryıldız vs. Turkey*, or with the right to private property in the cases *López Ostra vs. Spain* e *Tatar vs. Switzerland*.

⁷⁶ IACtHR, *Lhaka Honhat case, Partially dissenting vote Judge Vio Grossi*, para. 88.

⁷⁷ IACtHR, *Lhaka Honhat case, Partially dissenting vote Judge Sierra Porto*, para. 6.

⁷⁸ IACtHR, *Lhaka Honhat case, Partially dissenting vote Judge Sierra Porto*, para. 6.

⁷⁹ IACtHR, *Lhaka Honhat case, Partially dissenting vote Judge Sierra Porto*, para. 7.

something absent in the judges' opinions: the weight of the precedent established by OC-23/17. The Court expressly cites OC-23/17 in the *Lbaka Honbat* case to support the expansion of environmental rights, the right to food, water, and participation and cultural identity. The dissenting judges neglect this precedent in their dissent. They do not address the fact that the Court had already ruled on the justiciability of the right to a healthy environment in OC-23/17 and that it might be incongruous to change this position in a contentious case. The dissenting judges appeared not to be aware of the fact that it was not only in the context of litigation, but eminently through advisory jurisdiction, that the main extension of the ESCER had occurred. Such enlargement and contentious application of rights developed in an advisory sphere obviously have consequences and raise questions.

But the impact of the *Lbaka Honbat* case goes beyond the first application of Article 26 in relation to environmental rights, given that it also connects the obligations developed in the OC-23/17 with the right to a healthy environment. An interesting illustration is the fact that in this case the Court applied the duty to prevent (*'deber de prevención'*) as previously spelled out in the OC-23/17⁸⁰. This duty to prevent is particularly mirrored in the remedies determined by the Court. Argentina was ordered to "prepare a study establishing actions to be implemented for water conservation and to avoid and remedy its contamination; guarantee permanent access to drinking water; prevent the continued loss or decrease of forest resources and seek their recovery".⁸¹ It does not therefore come as a surprise that the Court should apply the standards previously developed in relation to the protection of the environment in relation to the right to life and the right to personal integrity. However, the application of the material criteria to Article 26 confirms the quasi-legislative function of the Court's advisory opinion on environmental matters.

To be sure, the *Lbaka Honbat* case crystallizes an important progress in the protection of environmental rights in the Inter-American System.⁸²

⁸⁰ IACtHR, *Lbaka Honbat case*, para. 208.

⁸¹ IACtHR, *Lbaka Honbat case*, *dispositive*, item 12.

⁸² There is a growing literature hailing the judgment, for instance, M.A. TIGRE, *Inter-American Court of Human Rights Recognizes the Right to a Healthy Environment*,

Nonetheless, it also reveals that there are problems with the protection of the right to a healthy environment under Article 26 of the Convention. One might only wonder whether the Court could have reached the same results referring to the rights already recognized in the ACHR. The case demonstrates all the speculation arising out of OC-23/17: States parties to the ACHR have a number of environmental obligations under Article 26; they are required to act accordingly and can be brought before the Inter-American system (Court and Commission) for a breach of such obligations; and the Court can determine specific remedies in relation to environmental rights.

5. *Conclusions*

The broad interpretation of Article 26 of the ACHR, the incorporation of international standards for environmental protections coming from external regimes and the application of these standards in individual petitions contribute to the perception that the IACtHRs has assumed a prominent role as a human rights court with environmental jurisdiction. The Court's "environmental turn" will undeniably have an effect both within and outside the Inter-American system. Questions also remain.

The first potential impact of the Court's approach is on the work of the Inter-American Commission on Human Rights. If in the past the Commission has rejected as inadmissible a claim on behalf of all the citizens of Panama to protect a natural reserve, it can be expected that the Commission will heed the Court's environmental rulings⁸³. The second expected impact is within domestic legal orders through the control of

ASIL Insights, Vol. 24, Issue 14, June 02 2020; S. DE MOERLOOSE; C. IGNACIO DE CASAS, *The Lbaka Honbat Case Of The Inter-American Court Of Human Rights: The Long-Awaited Granting Of 400,000 Hectares Under Communal Property Rights*, in *EJILTalk*, July 16, 2020; A. CABRERA, D. CERQUEIRA, S. HERENCIA, *Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso Lbaka Honbat vs. Argentina, Justicia en las Américas: Blog de la Fundación para el Debido Proceso*, Abril 30, 2020; M. M. ANTONIAZZI, G.C.B. NAVARRO, *Tackling Inequality in Times of Pandemics: Right to Water in the Inter-American Court of Human Rights*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-30*, pp. 1-29.

⁸³ IACOMMHR, *Metropolitan Nature Reserve v. Panama*, Case 11.533, Report No. 88/03, 22 October 2003, para. 34.

conventionality doctrine, which requires national judges to apply Inter-American standards in the direct application of the ACHR. States may voluntarily adhere to the Inter-American standards and promote a “greening”⁸⁴ of their domestic law.

One unfolding set of questions concerns the normative content of Article 26 of the ACHR. One might ask whether, in the light of the new interpretation of the Court, all rights enshrined in the Protocol of San Salvador can be autonomously litigated under the rubric of Article 26. The fact that other rights not directly mentioned by the previous case law and which were applied in the *Lhaka Honhat* case through Article 26 seems to suggest a positive answer. Should this understanding prevail, the limitation to the Court’s jurisdiction under Article 19.6 of the Protocol of San Salvador would become dead letter.

The third set of questions concerns the reactions to the Court’s expansive stance. American States and other Inter-American social actors might display a different reaction in relation to the direct justiciability of environmental and other social rights. These reactions might have a particular impact on the Court’s influence and authority, as well as in the effectiveness of its decisions. It remains to be seen whether States will be more resistant to decisions based on the Article 26 expanded interpretation. The bold movement in claiming environmental competences comes with a price. In the context of resistance, backlash and contestation⁸⁵, the reactions from States to this environmental approach are still to be seen. In April 2019, five States released a common declaration on the Inter-American system,⁸⁶ arguing in favour of more deference to be given

⁸⁴ P. SANDS, *The Greening of International Law: Emerging Principles and Rules*, *Indiana Journal of Global Studies*, Volume 1, 1994, pp. 293-323.

⁸⁵ See in this regard M. R. MADSEN, P. CEBULAK, M. WIEBUSCH, *Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts*, in *International Journal of Law in Context*, Vol. 14, 2018, pp. 197-2020; and A. HUNEUS, *Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights*, in *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, 2011, pp. 493-533.

⁸⁶ Common Declaration on the Inter-American System of Human Rights made by Argentinian, Brazilian, Chilean, Colombian, and Paraguayan Governments, available at <<https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>>.

to State's views. While the declaration came before the *Lhaka Honbat* case, the document ended with a defence of the "strict implementation of the sources of international law" and advocated the implementation of the doctrine of margin of appreciation by the Court. This document is indicative of the future tensions that the Court's approach may give rise to.

By the same token, the development of certain rights and obligations through the advisory function with the subsequent application in case law raises strong questions of judicial law-making and participation, an argument developed by Judge Sierra Porto. By allowing ESCER to be litigated under Article 26, the IACtHR is not only offering a substantial contribution to its case law, it is also adding some new contours to those rights and its progressive implementation. Future environmental (and economic, social, and cultural rights) litigation before the IACtHR may reveal what are, if any, the limits of the interpretation of Article 26.

*Abstract**Inter-American Court of Human Rights - International Environmental Law
Right to a Healthy Environment*

The article explores recent developments in relation to the protection of the Environment in the case law of the Inter-American Court of Human Rights, especially with regard to the Advisory Opinion 23/17 and the Lhaka Honhat case. Its purpose is to identify the techniques employed by the IACtHR in order to expand its reach in relation to the protection of the right to a healthy environment. I argue that, while the recent environmental case law crystallizes important progress in the protection of environmental rights in the Inter-American System, there are potential problems with the protection of the autonomous right to a healthy environment under Article 26 of the Convention. I conclude by exploring the unfolding consequences of the arguments adopted by the IACtHR in relation to its advisory function, and the criticism of the Court's approach to environmental matters received from some judges.

La bonifica di siti inquinati: l'illusione della semplificazione amministrativa*

EDUARDO PARISI

SOMMARIO: 1. I più recenti interventi normativi sul tema e le questioni tuttora aperte – 2. La rigidità della regolazione – 3. Profili organizzativi – 4. Profili procedurali – 5. Prospettive di riforma

1. *I più recenti interventi normativi sul tema e le questioni tuttora aperte*

Nell'epoca del *Green Deal* europeo, del perseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile e delle iniziative normative in tema di economia circolare, la bonifica dei siti contaminati, fondamentale strumento di ripristino della qualità delle matrici ambientali e della salute umana e principale garanzia di bilanciamento tra attività produttiva e tutela dell'ambiente, continua a essere fortemente inficiata da problematiche giuridiche che sono ormai divenute elementi sistematici e quasi fisiologici dell'impianto normativo. La difficoltà degli enti di area vasta di mappare le aree contaminate e di individuare i responsabili della bonifica, la sovrapposizione di competenze nei procedimenti, la complicata gestione economica dei finanziamenti degli interventi diretti, il difficile coordi-

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari. Il presente contributo sviluppa alcune considerazioni svolte grazie alla ricerca condotta sotto il coordinamento dei Prof.ri Alessandro Banterle e Sara Valaguzza del Dipartimento di Scienze e Politiche Ambientali dell'Università degli Studi di Milano e la direzione di Armando De Crinito e Antonio Dal Bianco di Polis Lombardia nell'ambito della missione valutativa promossa dal Consiglio regionale della Lombardia in tema di "*Bonifica delle aree inquinate in Lombardia. Missione Valutativa*".

namento tra amministrazioni interessate, anche nell'ambito della conferenza dei servizi, sono solo alcuni dei profili che affliggono gli operatori pubblici attivi in questo settore.

Solo le prospettive economiche relative a operazioni di sviluppo immobiliare sembrano costituire una leva sufficiente per sollecitare l'impegno di operatori privati, su cui spesso ricadono le conseguenze dell'inefficienza normativa. Eppure, tale impulso può essere sfruttato unicamente in aree urbanizzate residenziali o comunque caratterizzate da elevate potenzialità commerciali, e dunque solo per una parte dei siti che richiederebbero un intervento di ripristino. Il che è particolarmente critico soprattutto in ragione dello stato di emergenza che vive la qualità ambientale del suolo in Italia e nel mondo¹.

¹ Il rapporto Fao intitolato “*Soil pollution. A hidden reality*”, Roma, 2018, rileva che l'inquinamento del suolo è uno delle principali profili critici dell'ecosistema a livello globale: i livelli di contaminazione – principalmente dovuti a utilizzo antropico di prodotti chimici e di derivati dal petrolio in attività industriali e agricole, unitamente a prodotti parafarmaceutici e agenti micro-inquinanti, ivi inclusi batteri e virus – crescono in ogni area del mondo e richiedono “azioni accelerate e collaborazione per fronteggiare e gestire l'inquinamento del suolo”, vii (traduzione dell'Autore). Nel rapporto citato, la Fao raccomanda ai governi nazionali di adottare una regolazione comprensiva che sia capace di limitare l'accumulo di agenti contaminanti, anche al fine di proteggere il benessere e la salute umana. A livello europeo, la bonifica di siti inquinati è individuata come una materia essenziale della *Strategia tematica per la protezione del suolo* adottata dalla Commissione europea con Comunicazione 22 settembre 2006, COM(2006)231 def, ove si prescrive che “Sulla base di una definizione comune dei siti contaminati (cioè quelli che rappresentano un rischio significativo per la salute umana e per l'ambiente), della sua applicazione da parte degli Stati membri e di un elenco comune di attività potenzialmente inquinanti, gli Stati membri dovranno individuare i siti contaminati presenti sul loro territorio e formulare una strategia nazionale di bonifica di tali siti. La strategia dovrà fondarsi su una classificazione scientificamente valida e trasparente dei siti da bonificare in base alla priorità di intervento; la strategia dovrà mirare a ridurre la contaminazione del suolo e i rischi che questa provoca e dovrà prevedere un meccanismo per finanziare la bonifica dei cosiddetti siti orfani”, 9. Un simile approccio pare giustificato dall'evidenza di 1.170.000 siti potenzialmente contaminati su tutto il territorio europeo, fornita dallo studio del Joint Research Centre della Commissione Europea intitolato “*Progress in the management of Contaminated Sites in Europe*”, Bruxelles, 2014.

Per quanto riguarda i numeri delle bonifiche in Italia, alcuni dati sono forniti da un rapporto di Legambiente intitolato “*Bonifiche dei siti inquinati: chimera o realtà? Risanare l'ambiente, tutelare la salute, riconvertire l'industria della green economy*”, Roma, 2014, ove si fornisce evidenza di centottantamila ettari di superficie qualificati

In questo contesto, l'importanza degli strumenti di rimedio dovrebbe essere considerata almeno pari a quella dei meccanismi di prevenzione².

Dal punto di vista normativo, le novità introdotte con il D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (TUA) – in particolare l'adozione di un approccio *risk-based* nella selezione delle aree di intervento³ – e le ulteriori semplificazioni apportate agli articoli 239 ss. del citato decreto dall'art. 40, comma 5 del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201⁴, dall'art. 13, comma 3-ter del D.L.

come sito di interesse nazionale e di circa seimila siti potenzialmente inquinati accertati da enti locali.

² Si veda in proposito P.M. VIPIANA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La bonifica dei siti inquinati: aspetti problematici*, Padova, 2002, 1, ove l'A. afferma che “la strategia della prevenzione sarebbe migliore della logica del rimedio ad un male già concretatosi (...). Tuttavia, è evidente che la prima prospettiva non esclude affatto l'altra”.

³ Consistente nella verifica della potenziale contaminazione del sito ai sensi degli articoli 240 e 242 del D.Lgs. n. 152/2006. Il meccanismo di funzionamento di tale approccio è approfondito, in particolare, in S. GRASSI, *La bonifica di siti contaminati*, in R. FERRARA - M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente, II) I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2014, 687, spec. 699 e ss. e in D. SICLARI, *La bonifica dei siti inquinati tra tutela dell'ambiente e giustiziabilità delle pretese*, Napoli, 2017, ove l'A. così esprime il passaggio dal vecchio al nuovo sistema: “se nel regime antecedente all'entrata in vigore del Codice s'imponesse l'attivazione della bonifica laddove i livelli di contaminazione risultavano tali da determinare un pericolo per la salute pubblica o per l'ambiente naturale, superando così i valori limite di concentrazione fissati dall'apposita normativa tabellare, nell'attuale sistema definito dal Codice, invece, l'attenzione si è spostata sui valori di attenzione (cc.dd. concentrazioni soglia di contaminazione), recependo così l'analisi di rischio quale epicentro per l'attivazione delle procedure in oggetto”, 8. L'Autore afferma inoltre come tale passaggio sia coerente con il progressivo spostamento “dal versante del pericolo a quello del rischio, secondo le categorie luhmaniane”, 21.

⁴ Decreto recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214. La modifica all'art. 242 del D.Lgs. n. 152/2006 apportata con tale decreto ha autorizzato interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria e di messa in sicurezza degli impianti e delle reti tecnologiche, purché non compromettano la possibilità di effettuare o completare gli interventi di bonifica che siano condotti adottando appropriate misure di prevenzione dei rischi.

24 giugno 2014, n. 91⁵ e, da ultimo, dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76⁶ (c.d. Decreto Semplificazioni) costituiscono importanti snodi per l'evoluzione del sistema normativo nazionale sul tema, a lungo lasciato in balia di una regolamentazione frettolosa e scarsamente pianificata⁷.

Ciò nonostante, gli interventi di semplificazione, spesso attuati senza il dovuto coordinamento con le riforme amministrative frattanto intervenute, non hanno saputo risolvere le problematiche del sistema, che si presenta come particolarmente complesso sia dal punto di vista giuridico sia dal punto di vista tecnico⁸.

⁵ Decreto recante disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 116. Tale intervento normativo è stato probabilmente uno dei più significativi dell'ultimo decennio in materia di bonifiche, avendo in particolare introdotto nel D.Lgs. n. 152/2006 l'art. 242-*ter* contenente la disciplina della procedura semplificata per le opere di bonifica.

⁶ Le previsioni introdotte con D.L. n. 76/2020 non paiono orientate ad affrontare le problematiche giuridiche che affliggono il settore delle bonifiche; esse sono rivolte piuttosto a consentire l'esecuzione di opere e interventi in siti oggetto di bonifica (cfr. art. 52) e a sbloccare gli stalli della caratterizzazione di siti di interesse nazionale (art. 53). Dunque, il primo profilo di intervento non ha apportato in verità una semplificazione nelle procedure di bonifica quanto piuttosto una complicazione della gestione delle stesse, che potranno essere condotte in parallelo rispetto alla decontaminazione del sito; il secondo ambito di intervento pare invece introdurre significativi meccanismi di accelerazione della procedura prevista per l'approvazione di progetti di bonifica di siti di interesse nazionale, prevedendo ad esempio la possibilità per il proponente di chiudere il procedimento con un'autocertificazione in caso di mancato superamento del livello delle concentrazioni soglia di contaminazione (CSC) e accentrando in capo al Ministero dell'ambiente le funzioni istruttorie e autorizzative in caso di superamento dei livelli predetti.

⁷ Un'accurata ricostruzione della difficile gestazione del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (c.d. "Decreto Ronchi") e del d.m. 25 ottobre 1999, n. 471 è contenuta in F. GIAMPIETRO, *Bonifica dei siti contaminati. Irretroattività di un regime frammentario e scoordinato*, in Id. (a cura di), *La bonifica dei siti contaminati. I nodi interpretativi giuridici e tecnici*, Milano, 2001, 5.

⁸ Si veda in proposito F. LEOTTA, *La natura giuridica delle attività di bonifica dei siti inquinati*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, 227, ove l'A. afferma che "Il risanamento dei siti contaminati da attività antropiche rappresenta una delle attività più complesse per la tutela degli interessi ambientali, non soltanto sotto il profilo tecnico, ma anzitutto dal punto di vista giuridico, dovendo applicarsi una disciplina che regola attività ed operazioni molto variegata e dagli esiti spesso incerti, da cui dipende il recupero

La riforma apportata agli enti di area vasta con la legge n. 56 del 7 aprile 2014 (c.d. Legge Delrio) ha di fatto provocato una profonda ristrutturazione degli apparati amministrativi provinciali competenti a svolgere indagini sul suolo e a individuare i soggetti responsabili dell'inquinamento; inoltre, alcuni interventi legislativi in tema di rifiuti hanno comportato un diverso inquadramento dell'ambito di applicazione oggettivo della disciplina sulle bonifiche⁹; ancora, le modifiche apportate alla disciplina della conferenza di servizi con d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127 (c.d. Riforma Madia) hanno profondamente modificato i rapporti tra enti pubblici impegnati nei procedimenti di bonifica, escludendo il confronto contestuale tra amministrazioni e rendendo perciò più complesso il coordinamento tra i diversi interessi pubblici coinvolti.

I profili appena richiamati testimoniano che le problematiche giuridiche sul tema non si esauriscono attorno alla (pur fondamentale) questione dell'individuazione dei confini e della portata delle responsabilità civili e penali degli operatori privati ai quali può essere imputato l'onere della bonifica, su cui maggiormente si sono concentrati il contenzioso e l'attenzione degli interpreti¹⁰. Un approfondimento dei profili di ca-

di porzioni di territorio compromesse da fonti (conosciute e non) di inquinamento e la loro restituzione, ove possibile, alla piena fruizione da parte della collettività", 227.

⁹ Cfr. art. 239, comma 2, lett. a) D.Lgs. n. 152/2006.

¹⁰ Sono numerosi i contributi dottrinali che affrontano la tematica delle bonifiche di siti inquinati da un punto di vista sistematico. Tra questi si menzionano, per la loro completezza, D. SICLARI, *La bonifica dei siti inquinati tra tutela dell'ambiente e giustiziabilità delle pretese*, cit.; F. DE LEONARDIS, *Le bonifiche tra semplificazione e necessità di risorse*, in *Libro dell'anno del diritto - Enc. giur. Treccani*, Roma, 2015, 269; ID., *La bonifica ambientale*, in E. PICOZZA, - P. DELL'ANNO (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Padova, 2013, 280; S. GRASSI, *La bonifica di siti contaminati*, cit.; A.L. DE CESARIS ET AL., *Bonifica dei siti contaminati. I diversi profili giuridici (amministrativi, penali, civili)*, Rimini, 2012; R. FERRARA, *La bonifica dei siti contaminati*, in AA.VV., *Studio sul codice dell'ambiente*, Torino, 2009, 344; B. ALBERTAZZI (a cura di), *Guida commentata alla normativa ambientale. Rifiuti, discariche, incenerimento, bonifiche, scarichi, emissione in atmosfera, danno ambientale*, VIA, VAS, IPPC, Roma, 2008; L. MUSUMECI, *Bonifica dei siti contaminati*, Milano, 2008; L. BONOMO (a cura di), *Bonifica di siti contaminati. Caratterizzazione e tecnologie di risanamento*, Milano, 2005; R. DAMONTE, *Aspetti edilizi della normativa sulla bonifica dei siti inquinati*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, 19; S. LEONI (a cura di), *Il manuale della bonifica dei siti contaminati*, Piacenza, 2003; A.L. DE CESARIS, *La disciplina per la bonifica e il ripristino dei siti contaminati*, in questa *Rivista*, 2002, 355; C. FRANCIA, *Bonifica, recupero e riqualificazione dei siti. Analisi di rischio, prevenzione, controllo e casi di intervento*, Rimini, 2002; P. FICCO (a cura di), *La bonifica dei siti*

rattere organizzativo e procedimentale che caratterizzano la disciplina in

contaminati, Milano, 2001; R. BARBERIS - C. MARIOTTI, *Bonificare i siti inquinati*, Rimini, 2001; R. RUSSO, *Bonifica e messa in sicurezza dei siti contaminati*, in questa *Rivista*, 1998, 429.

I profili procedimentali della questione sono approfonditi in particolare in P.M. VIPIANA, *Bonifica dei siti inquinati - la soluzione "all'italiana" della posizione del proprietario di un sito inquinato non responsabile dell'inquinamento: il suggello della corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2015, 1480; ID., *La bonifica dei siti contaminati: considerazioni sui profili procedimentali*, in *Urb. e app.*, 2010, 915; ID., *L'istruttoria nei procedimenti di bonifica dei siti inquinati*, *ivi*, 1133; ID. (a cura di), *La bonifica dei siti inquinati: aspetti problematici*, Padova, 2002; V. CINGANO, *Profili procedimentali nella bonifica dei siti contaminati di interesse nazionale: tra disciplina generale e disciplina di settore*, nota a Tar Toscana, sez. II, 6 luglio 2010, n. 2316, in *Foro amm. Tar*, 2010, 2377; P. RONCELLI, *I procedimenti di bonifica tra "vecchie" e "nuove" regole*, nota a Corte Cost., 18 giugno 2008, n. 214, in questa *Rivista*, 2008, 992; F. GIAMPIETRO, *Bonifica dei siti contaminati: la disciplina speciale delle conferenze di servizi decisorie prima e dopo il t. u. ambientale*, nota a Tar Toscana, sez. II, 12 ottobre 2006, n. 4274, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 1113; G. MANFREDI, *La bonifica dei siti inquinati tra sanzioni, misure ripristinatorie e risarcimento del danno all'ambiente*, in questa *Rivista*, 2002, 667; A. MILANI - M. LANFREDI, *L'approvazione dei progetti di bonifica ai sensi dell'art. 17 del D.Lgs. 22/1997*, *ivi*, 1998, 589.

Come si diceva, l'attenzione della dottrina si è concentrata maggiormente sui profili inerenti alla responsabilità di bonifica di soggetti anche non direttamente coinvolti nell'inquinamento del sito. Tra i numerosi contributi che affrontano questo specifico profilo, anche con riferimento agli orientamenti della giurisprudenza europea e nazionale sul tema, si segnalano in particolare: E. BRUNO, *Bonifica di sito inquinato, come si ripartiscono le spese tra proprietario e responsabile dell'inquinamento*, nota a Cass. Civ., sez. III, 22 gennaio 2019, n. 1573, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 6; F. VANETTI - L. VANNI, *Successione fra società negli obblighi di bonifica e fissazione degli obiettivi con riferimento alle destinazioni d'uso previste negli strumenti di pianificazione generale*, nota a Tar Veneto, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 255, in questa *Rivista*, 2014, 761B; V. VITIELLO, *Obblighi di bonifica e fallimento dell'inquinatore*, nota a Cons. St., sez. V, 30 giugno 2014, n. 3274, *ivi*, 2014, 758B; P. BERTOLINI, *Il principio di proporzionalità e l'accertamento del nesso di causalità nei procedimenti relativi alla bonifica di siti inquinati*, nota a Cons. St., sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 56, *ivi*, 2013, 557B; E. MASCHIETTO, *La posizione del proprietario incolpevole nei procedimenti di bonifica e risanamento ambientale*, nota a Tar Toscana, sez. II, 19 ottobre 2012, n. 1164, *ivi*, 252B; F. VANETTI - E. ALOTTO, *Il punto sulle responsabilità del proprietario incolpevole rispetto agli interventi di bonifica*, nota a Tar Sardegna, sez. I, 16 dicembre 2011, n. 1239, *ivi*, 2012, 435B; F. CASTOLDI, *La responsabilità dei soggetti coinvolti nelle operazioni di bonifica*, nota a Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4561, *ivi*, 2011, 515B; F. VANETTI, *Obbligo di bonifica: sussiste anche nei confronti di un soggetto non responsabile che interviene volontariamente?*, nota a Tar Toscana, sez. II, 22 giugno 2010, n. 2035, *ivi*, 2011, 537B; ID., *Bonifica da parte del proprietario incolpevole: è un obbligo o una facoltà?*, nota a Tar Roma, sez. I, 14 marzo

tema di bonifiche di siti contaminati pare rilevante al fine di fornire un quadro il quanto più possibile ampio e completo della questione. Su alcuni di questi aspetti si concentreranno le pagine che seguono¹¹.

2. *La rigidità della regolazione*

Un primo profilo che non è stato adeguatamente intercettato dalle riforme degli ultimi anni sul tema e che invece necessiterebbe di un urgente ripensamento riguarda l'ambito di applicazione della normativa in tema di bonifiche. La complessità tecnica degli interventi, la loro onerosità e durata, oltre alla necessità di confronto con situazioni di inquinamento consolidatesi in lunghi archi temporali sono fattori che necessariamente devono essere ricompresi nella disciplina sul tema e che oggi

2011, n. 2263, *ivi*, 660B; A. CARAPPELLUCCI, "Chi inquina paga": il punto su responsabilità dell'inquinatore e proprietario incolpevole nella bonifica dei siti inquinati, nota a Tar Piemonte, sez. I, 24 marzo 2010, n. 1575, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2010, 1885; L. FRIGERIO, *Il punto sulla responsabilità del proprietario in materia di bonifica e abbandono di rifiuti*, nota a Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3849, in questa *Rivista*, 2010, 153; R.F. IANNONE, *L'azione di bonifica non grava sul proprietario incolpevole del sito contaminato*, nota a Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 17 dicembre 2009, n. 837, *ivi*, 380; F. PERES, *Obbligo di bonifica, accertamenti istruttori e presunzioni*, nota a Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3885, *ivi*, 156; E. POMINI, *L'onere reale nella bonifica dei siti contaminati*, nota a Tar Piemonte, sez. II, 28 maggio 2010, n. 2697, *ivi*, 1015; A.L. DE CESARIS, *Obblighi di bonifica e successori universali*, nota a Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6055, *ivi*, 2009, 365; M. PANNI, *Inquinamento storico e obblighi attuali di bonifica*, nota a Tar Lombardia, Milano, sez. II, 27 giugno 2007, n. 5286, *ivi*, 2007, 844; F. GOISIS, *La natura dell'ordine di bonifica e ripristino ambientale ex art. 17 d.lg. n. 22 del 1997: la sua «retroattività» e la posizione del proprietario non responsabile della contaminazione*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 567; L. PRATI, *La responsabilità del proprietario per la bonifica dei siti inquinati nell'art. 17 del D.Lgs. 22/1997 e nel D.M. 471/1999*, in questa *Rivista*, 2000, 667; ID., *Il giudice amministrativo "salva" dall'obbligo di bonifica il proprietario estraneo all'inquinamento*, nota a Tar Lombardia, Milano, sez. I, 7 giugno 2000, n. 1891, *ivi*, 792.

¹¹ Si è consapevoli dell'impossibilità di fornire con questo contributo una descrizione sufficientemente comprensiva di tutte le problematiche che tale ambito di disciplina pone, dal punto di vista della gestione finanziaria prima ancora che sotto i profili giuridico e tecnico. Si focalizzerà dunque l'attenzione su alcuni specifici aspetti che emergono dall'analisi della normativa vigente, per individuare possibili direttrici per una riforma di settore non esclusivamente concentrata sul paradigma della semplificazione.

risultano invece scarsamente considerati dal D.Lgs. n. 152/2006 il quale, nell'individuare l'ambito di applicazione della disciplina in esame, opera distinzioni particolarmente trancianti e perciò spesso scarsamente adattabili al contesto fattuale e alle esigenze concrete degli operatori.

Ne sono alcuni esempi gli artt. 298-*bis*, comma 3, e 303 del D.Lgs. n. 152/2006¹² che definiscono, in maniera alquanto incerta¹³, il rapporto tra bonifiche e danno ambientale, l'art. 239, comma 2 del medesimo decreto¹⁴, che esclude l'abbandono dei rifiuti dal campo di applicazione della normativa sulle bonifiche, e la disciplina transitoria di cui agli articoli

¹² L'art. 298-*bis* citato, in tema di principi generali applicabili alla tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente, stabilisce che "Restano disciplinati dal titolo V della parte quarta del presente decreto legislativo gli interventi di ripristino del suolo e del sottosuolo progettati ed attuati in conformità ai principi ed ai criteri stabiliti al punto 2 dell'allegato 3 alla parte sesta nonché gli interventi di riparazione delle acque sotterranee progettati ed attuati in conformità al punto 1 del medesimo allegato 3, o, per le contaminazioni antecedenti alla data del 29 aprile 2006, gli interventi di riparazione delle acque sotterranee che conseguono gli obiettivi di qualità nei tempi stabiliti dalla parte terza del presente decreto".

¹³ La dottrina si è a lungo interrogata sui rapporti tra danno ambientale e bonifiche, rilevando la difficile combinazione dei due ambiti di disciplina. Tra i contributi che hanno affrontato la tematica in maniera più comprensiva si annoverano G. FRANCO, *Danno ambientale e bonifica dopo la legge europea n. 97/2013*, in *Amb. e sviluppo*, 2013, 973; ID., *Bonifica e danno ambientale: due discipline a confronto (parte prima)*, *ivi*, 2012, 36; ID., *Bonifica e danno ambientale: due discipline a confronto (parte seconda)*, *ivi*, 2012, 133; V. CORRIERO, *La «responsabilità» del proprietario del sito inquinato*, in *Res. civ. e prev.*, 2011, 2456; C. CASTRONOVO, *La natura del danno all'ambiente e i criteri di imputazione della responsabilità*, in I. NICOTRA - U. SALANITRO (a cura di), *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Torino, 2010, 121; P. DELL'ANNO, *La novella legislativa (l. n. 167/2009) sulla Parte Sesta del D.Lgs. 152/2006 e la pregiudiziale amministrativa in materia di risarcimento del danno ambientale*, in *Il corriere giuridico*, 2010, 1528; F. FONDERICO, *Alla ricerca della "pietra filosofale": bonifica, danno ambientale e transazioni globali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 917; G. TADDEI, *Il rapporto tra bonifica e risarcimento del danno ambientale*, in *Amb. e sviluppo*, 2009, 419; U. SALANITRO, *La bonifica dei siti contaminati nel sistema della responsabilità ambientale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1266.

¹⁴ Ai sensi della norma citata, "Ferma restando la disciplina dettata dal titolo I della parte quarta del presente decreto, le disposizioni del presente titolo non si applicano (...) all'abbandono dei rifiuti disciplinato dalla parte quarta del presente decreto. In tal caso qualora, a seguito della rimozione, avvio a recupero, smaltimento dei rifiuti abbandonati o depositati in modo incontrollato, si accerti il superamento dei valori di attenzione, si dovrà procedere alla caratterizzazione dell'area ai fini degli eventuali interventi di bonifica e ripristino ambientale da effettuare ai sensi del presente titolo".

264, comma 1, lett. i)¹⁵ e 265, comma 4¹⁶ del citato testo normativo, che continua a destare forti perplessità¹⁷.

Quanto al primo aspetto citato, si deve sottolineare come l'intervento normativo compiuto con l. 6 agosto 2013, n. 97 di abolizione dei caratteri di specialità della disciplina del danno ambientale per la bonifica di siti inquinati¹⁸ non abbia risolto “*il rischio di inutili duplicazioni procedurali, con le inevitabili lungaggini e le relative onerosità, che si sarebbero potute evitare con una disciplina unitaria nazionale, in linea con la Direttiva comunitaria in tema di responsabilità ambientale*”¹⁹. L'abrogazione della lett. i) dell'art. 303, comma 1 TUA²⁰, volta a superare le censure della Commissione europea in tema di ripristino del danno ambientale²¹,

¹⁵ Ai sensi della norma citata, “A decorrere dalla data di entrata in vigore della parte quarta del presente decreto [è abrogato] il decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22. Al fine di assicurare che non vi sia alcuna soluzione di continuità nel passaggio dalla preesistente normativa a quella prevista dalla parte quarta del presente decreto, i provvedimenti attuativi del citato decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, continuano ad applicarsi sino alla data di entrata in vigore dei corrispondenti provvedimenti attuativi previsti dalla parte quarta del presente decreto”.

¹⁶ Ai sensi della norma citata “Fatti salvi gli interventi realizzati alla data di entrata in vigore della parte quarta del presente decreto, entro centottanta giorni da tale data, può essere presentata all'autorità competente adeguata relazione tecnica al fine di rimodulare gli obiettivi di bonifica già autorizzati sulla base dei criteri definiti dalla parte quarta del presente decreto. L'autorità competente esamina la documentazione e dispone le varianti al progetto necessarie”.

¹⁷ Si veda in proposito il Rapporto di Confindustria intitolato *Dalla bonifica alla reindustrializzazione. Analisi, criticità, proposte*, settembre 2016.

¹⁸ In termini si esprime M. FERMEGLIA, *Chi inquina, ripara: imputazione della responsabilità per danno ambientale e risarcimento dopo la legge europea 2013*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1591.

¹⁹ V. CORRIERO, *La «responsabilità» del proprietario del sito inquinato*, cit.

²⁰ La disposizione abrogata escludeva dalla tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente le “situazioni di inquinamento per le quali siano effettivamente avviate le procedure relative alla bonifica, o sia stata avviata o sia intervenuta bonifica dei siti nel rispetto delle norme vigenti in materia, salvo che ad esito di tale bonifica non permanga un danno ambientale”.

²¹ La legge n. 97/2013 citata (c.d. Legge europea 2013) era volta a fornire un adeguamento normativo della disciplina italiana sul tema, in seguito alla procedura di infrazione n. 2007/4679. In particolare, la Commissione europea contestava all'Italia l'improcedibilità del ripristino del danno ambientale nell'ipotesi di avvio della procedura di bonifica. Per un commento sul punto si rinvia ai contributi di B. POZZO, *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva*, Milano, 2005; N. ASSINI (a cura di),

non accompagnata dal dovuto coordinamento tra la disciplina del danno ambientale contenuta nella parte sesta del D.Lgs. n. 152/2006 e la disciplina in tema di bonifica dei siti inquinati contenuta nella parte quarta del medesimo testo normativo²², ha “*innescato nuovi possibili scenari ermeneutici in sede di analisi delle (inter)azioni tra i due procedimenti*”²³. In assenza di una chiara indicazione legislativa sul punto, in dottrina è stata affermata la persistenza della pregiudiziale amministrativa *ex art. 303 TUA*, anche in seguito all’abrogazione apportata dalla citata l. n. 97/2013, in ragione di un richiamo al considerando 29 della direttiva europea 2004/35/Ce, che consente agli Stati membri di “*mantenere o adottare disposizioni più severe in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*”²⁴. In effetti, l’accessorietà del profilo risarcitorio rispetto a quello inerente alla riparazione è stato sottolineato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 1 giugno 2016, n. 126, ove si è affermato che le misure di riparazione complementare e compensativa sono pensate per essere esperite nel caso in cui l’azione di riparazione primaria non dia luogo a un ritorno dell’ambiente alle condizioni originarie. Il che, tuttavia, lascia aperti i profili di sovrapposizione con il procedimento di bonifica e non fornisce sufficienti indicazioni operative circa le modalità di esercizio delle facoltà rilasciate al Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare dagli articoli 311, comma 3, 313 e 314 del D.Lgs. n. 152/2006²⁵.

La responsabilità in materia ambientale. Regioni e soggetti, Padova, 2007, spec. 3 ss.; F. GIAMPIETRO (a cura di), *La responsabilità per danno all’ambiente. L’attuazione della direttiva 2004/35/Ce*, Milano, 2006, spec. 243 ss.; ID., *Codice dell’ambiente: l’(incoerente) attuazione dei principi ambientali in materia di bonifica e danno ambientale*, in *Amb. e sviluppo*, 2009, 333; G. FRANCO, *Danno ambientale e bonifica dopo la legge europea n. 97/2013*, cit.

²² Così anche G.D. COMPORTI, *La responsabilità per danno ambientale*, in *Riv. quadrim. dir. amb.*, 2011, 5, 17 e M.P. GIRACCA, *Danno ambientale*, in R. FERRARA - M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell’ambiente*, I, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014, 571, 599.

²³ D. SICLARI, *La bonifica dei siti inquinati tra tutela dell’ambiente e giustiziabilità delle pretese*, cit., 87.

²⁴ G. FRANCO, *Danno ambientale e bonifica dopo la legge europea n. 97/2013*, cit.

²⁵ Secondo D. SICLARI, *La bonifica dei siti inquinati tra tutela dell’ambiente e giustiziabilità delle pretese*, cit., 89, il sistema attuale considererebbe la possibilità per il Ministero di scegliere, alternativamente, di procedere in via giudiziaria, tramite l’esercizio dell’azione risarcitoria in sede penale, oppure in via amministrativa, tramite

La rigidità della disciplina di settore e la miopia degli interventi normativi successivi all'emanazione del D.Lgs. n. 152/2006 si riscontrano altresì in tema di individuazione dell'ambito oggettivo della disciplina sulle bonifiche rispetto a quella sui rifiuti. È nota in proposito la problematica concernente la possibilità di ricomprendere o meno nell'ambito di applicazione oggettiva della disciplina sulle bonifiche i materiali di riporto, ossia quella *“miscela eterogenea di terreno naturale e di materiali di origine antropica, anche di derivazione edilizio-urbanistica pregressa che, utilizzati nel corso dei secoli per successivi riempimenti e livellamenti del terreno, si sono stratificati e sedimentati nel suolo fino a profondità variabili e che, compattandosi con il terreno naturale, si sono assestati determinando un nuovo orizzonte stratigrafico”*²⁶.

Soprattutto nelle aree di antica o recente urbanizzazione, è frequente il rinvenimento di residui inerti derivanti da demolizione o scavi, spesso contenenti anche materiali inquinanti quali l'amianto. In tali circostanze, risulta piuttosto difficoltoso individuare se i materiali rinvenuti siano da smaltire in quanto considerati rifiuti oppure se possano essere oggetto di *test* di cessione²⁷ e dunque, eventualmente, di bonifica.

Tale complessità non è rispecchiata – o comunque non completa-

ordinanza immediatamente esecutiva ex artt. 313 e 314 TUA, per poi procedere ai sensi dell'art. 311, comma 3 TUA con ingiunzione di pagamento nel caso in cui le operazioni di riparazione complementari risultino omesse, incomplete o difformi alle prescrizioni ministeriali.

²⁶ D.m. 10 agosto 2012, n. 161, all. 9.

²⁷ L'art. 3 del D.L. 25 gennaio 2012, n. 2, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 28, prevede che le matrici materiali di riporto devono essere sottoposte a *test* di cessione (ai sensi dell'articolo 9 del decreto del Ministro dell'ambiente 5 febbraio 1998) e, ove conformi ai limiti del *test* di cessione, devono rispettare quanto previsto dalla legislazione vigente in materia di bonifica dei siti contaminati (cfr. art. 3 citato, comma 2). Previsto sia dal D.L. 2/2012 sia dal d.p.r. 120/2017 in materia di terre e rocce da scavo, tale *test* (noto anche con il nome di *“leaching test”*) è generalmente utilizzato nell'ambito della caratterizzazione dei rifiuti e prevede *“una prova simulata di rilascio di contaminanti, effettuata ponendo in contatto per un tempo definito un solido con un lisciviante - agente separatore - e separando quindi le due fasi per ottenere un eluato (liquido prodotto all'esito del test)”* (Tar Lombardia, Milano, sez. III, 14 dicembre 2015, n. 2638). La funzione di tale analisi è quella di determinare il rilascio degli agenti costituenti il materiale e dunque il potenziale inquinamento dell'ambiente.

mente risolta – dalle definizioni legislative di “*sito*”²⁸, “*rifuto*”²⁹ e “*materiale di riporto*”³⁰, che, nonostante le numerose revisioni e precisazioni, adottate anche tramite atti di interpretazione autentica³¹, non cessano di generare contenzioso proprio in ragione della loro rigidità³², che mal si concilia con la variegata composizione dei possibili materiali di cui è composto il suolo.

La definizione sopra richiamata di materiali di riporto, in particolare, è fondata su un criterio che risulta complicato verificare ed eventualmente provare in caso di controversia, legato alla storicità dell’accumulo di materiale. Detto criterio definitorio, peraltro avallato dalla giurisprudenza anche più recente³³, richiede ai soggetti impegnati nella caratterizzazione di un suolo di individuare se lo stato di sedimentazione che si

²⁸ Ai sensi dell’art. 240 D.Lgs. n. 152/2006, si intende per *sito* “l’area o porzione di territorio, geograficamente definita e determinata, intesa nelle diverse matrici ambientali (suolo, materiali di riporto, sottosuolo ed acque sotterranee) e comprensiva delle eventuali strutture edilizie e impiantistiche presenti”. L’aggiunta del materiale di riporto alla definizione di *sito* è stata effettuata con il citato articolo 3, comma 4, D.L. n. 2/2012.

²⁹ Ai sensi dell’art. 183 del D.Lgs. n. 152/2006, si intende per *rifuto* “qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l’intenzione o abbia l’obbligo di disfarsi”. Il che dunque implica, nel caso dei materiali di riporto, una ricostruzione a posteriori dell’intenzione dell’antico detentore dei materiali.

³⁰ Cfr. *supra*, nota 26.

³¹ Un primo chiarimento sul significato di materiali di riporto, inizialmente escluso dal D.Lgs. n. 152/2006, è stato fornito con il già citato art. 3 del D.L. n. 2/2012.

³² Si veda, ad esempio, la recente sentenza Tar Lombardia, Milano, sez. III, 18 dicembre 2019, n. 2691 riguardante il risanamento finalizzato allo sviluppo immobiliare di un’area che presentava contaminazione storica da amianto o la sentenza Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 8 aprile 2019, n. 326, relativa all’incerta qualificazione dei materiali costituenti un terrapieno abusivo con soprastante pavimentazione in calcestruzzo. Degli stessi profili si occupano altresì Tar Lazio, Roma, sez. II, 16 gennaio 2020, n. 526; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 8 aprile 2019, n. 326; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 22 luglio 2019, n. 656; Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2018, n. 4940; sez. IV, 9 maggio 2017, n. 2128; Tar Toscana, sez. II, 7 aprile 2015, n. 558; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 marzo 2015, n. 790.

³³ Tar Lombardia, Milano, n. 2691/2019, cit., ove si è affermato che “La collocazione relativamente recente del materiale e la sua provenienza dalla demolizione delle case preesistenti sono due aspetti convergenti nell’evidenziare la mancanza, nella fattispecie, dell’orizzonte stratigrafico richiesto dalla normativa ai fini della qualificazione del materiale di riporto”. In termini, cfr. altresì Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 4 ottobre 2018, n. 2216; sez. III, 21 giugno 2016, n. 1222.

ritrova in un determinato sito derivi da attività antropica antica – non è dato sapere quanto – o recente. Il che, come evidente, genera difformità di interpretazioni e incertezza circa la disciplina giuridica da applicare al caso di volta in volta considerato.

A ciò si aggiunge che, secondo un recente orientamento giurisprudenziale, è sufficiente che nel materiale di riporto vi sia traccia di amianto per escludere la possibilità di effettuare una bonifica sul sito, posto che “*nel caso in cui l'amianto perda la sua originaria destinazione (...), la classificazione del materiale in questione deve essere di rifiuto speciale pericoloso, non assoggettabile a bonifica*”³⁴.

Tale affermazione, sebbene coerente con l'impostazione normativa ad oggi esistente, induce ad adottare distinzioni formalistiche che spesso perdono di vista gli obiettivi della normativa di cui si sta trattando. In quest'ottica, la fattispecie da ultimo menzionata potrebbe essere trattata e risolta sotto il profilo regolatorio non già facendo riferimento alla formale individuazione delle categorie classificatorie più simili alla conformazione del terreno esaminato bensì lasciando alla discrezionalità degli enti coinvolti l'individuazione dello strumento – i.e. smaltimento o messa in sicurezza – in grado di provocare la minor movimentazione del materiale contaminante e, conseguentemente, il minor rischio di dispersione di fibre.

Un approccio sostanzialistico del tipo appena considerato potrebbe essere adottato anche con riferimento a un ulteriore *vulnus* della disciplina in tema di bonifiche di siti inquinati, presente sin dall'emanazione del Decreto Ronchi³⁵, e costituito dalla difficoltà di riportare al dato normativo la discrasia temporale tra la storicità dell'evento inquinante e l'introduzione dell'obbligo legislativo di porvi rimedio.

Una disciplina come quella in esame, rivolta ad attribuire a un determinato soggetto una responsabilità per il ripristino di una situazione pregressa, deve necessariamente scontrarsi con il problema di regolare

³⁴ Tar Lombardia, Milano, sez. III, n. 2691/2019, cit. e, in senso conforme, Cass. Pen., sez. III, 8 marzo 2016, n. 9458.

³⁵ Cfr. in particolare F. GIAMPIETRO, *Bonifica dei siti contaminati: prime idee per un'iniziativa legislativa*, in questa *Rivista*, 1994, 581, ove, in vista dell'emanazione del Decreto Ronchi si affermava che “sarà necessario distinguere il regime valido per il futuro da quello da applicare alle situazioni pregresse, cui la nuova disciplina sostanziale non può essere certamente applicata in modo retroattivo”, 588.

anche le situazioni antecedenti alla sua entrata in vigore. Lo impongono i principi, basilari nel nostro ordinamento, di certezza del diritto, di irretroattività della legge e di uguaglianza³⁶.

È frequente infatti che la contaminazione cui la regolazione in materia di bonifiche intende porre rimedio sia generata da “*un lento ma continuo accumulo di sostanze inquinanti nel sito industriale e nelle aree circostanti (...) determinato in epoche nelle quali mancava una legislazione ambientale*”³⁷. Eppure, il tema dell'inquinamento pregresso non è mai stato adeguatamente affrontato dal legislatore italiano, né in occasione dell'emanazione del D.Lgs. n. 22/1997³⁸, silente sul punto, né nel D.Lgs. n. 152/2006, che ha abrogato il previgente testo normativo, esteso l'applicazione dei provvedimenti attuativi del vecchio decreto sino all'entrata in vigore di nuovi provvedimenti corrispondenti e aperto una finestra temporale per consentire il passaggio di un procedimento in corso dalla vecchia alla nuova normativa³⁹.

Le richiamate previsioni, lungi dal risolvere i già numerosi dubbi in materia di retroattività degli obblighi di bonifica, hanno ulteriormente complicato l'individuazione della disciplina applicabile alle fattispecie di intervento su un inquinamento precedente all'emanazione del D.Lgs. n. 152/2006⁴⁰.

Tale livello di incertezza ha provocato l'intervento della giurisprudenza amministrativa che, nell'opera di colmare la lacuna legislativa, ha espresso un chiaro *favor* per il nuovo impianto normativo *ex* D.Lgs. n.

³⁶ Tali principi sono richiamati con riferimento all'impossibilità di interpretare retroattivamente il Decreto Ronchi in E. BRUTI LIBERATI - W. TROISE MANGONI, *Siti contaminati prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 5 febbraio 1997 n. 22 e obbligo di bonifica*, in P.M. VIPIANA (a cura di), *La bonifica dei siti inquinati: aspetti problematici*, cit., 7.

³⁷ F. GIAMPIETRO, *Bonifica dei siti contaminati. Irretroattività di un regime frammentario e scoordinato*, cit., 32-33.

³⁸ Si rimanda qui all'analisi condotta da A.L. DE CESARIS, *La disciplina per la bonifica e il ripristino dei siti contaminati*, cit. e da F. GIAMPIETRO, *Bonifica dei siti contaminati. Irretroattività di un regime frammentario e scoordinato*, cit.

³⁹ Cfr. art. 265, comma 4 D.Lgs. n. 152/2006.

⁴⁰ Particolarmente accurata in proposito è la ricostruzione fornita da P.M. VIPIANA, *La bonifica dei siti contaminati: considerazioni sui profili procedurali*, cit., sulla base dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale della disciplina transitoria appena richiamata.

152/2006⁴¹, il cui ambito di applicazione è stato notevolmente ampliato in via interpretativa, al punto che il nuovo testo unico è oggi considerato applicabile a qualsiasi tipo di evento inquinante, anche antecedente all’emanazione del Decreto Ronchi, in ragione della primarietà della tutela degli interessi alla salute umana e all’ambiente⁴².

Ciò, da un lato, ha contribuito ad affermare l’importanza dell’intervento ripristinatorio anche in assenza di dati certi sulle cause e sui responsabili della bonifica, fornendo così agli enti amministrativi gli strumenti per intervenire in relazione a ogni tipo di situazione critica dal punto di vista ambientale ma, dall’altro lato, ha di fatto aggirato la lacuna legislativa con una *fiction iuris* che non è sempre in grado di rispondere ai problemi che concretamente gli operatori pubblici si trovano a fronteggiare.

Le difficoltà permangono in relazione a entrambi i profili – soggettivo e oggettivo – di individuazione dell’ambito di applicazione della normativa di cui si sta discutendo; si pensi al caso della modifica della destinazione d’uso di un’area, che rende complessa l’identificazione del parametro di riferimento del piano della caratterizzazione⁴³, e alla modifica della

⁴¹ Cfr. in particolare Corte Cost., 18 giugno 2008, n. 214 e, per la giurisprudenza amministrativa, Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, 19 gennaio 2010, n. 484; Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3885; Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 17 dicembre 2009, n. 837; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 2 aprile 2008, n. 791.

⁴² L’orientamento che ritiene la normativa attuale applicabile a qualunque situazione di inquinamento in atto al momento dell’entrata in vigore del D.Lgs. n. 152/2006, consolidatosi anche in seguito all’emanazione della pronuncia Cons. St., Ad. Plen., 22 ottobre 2019, n. 10, si basa sull’assunto per cui “posto che l’inquinamento dà luogo ad una situazione di carattere permanente che perdura fino a che non ne vengano rimosse le cause ed i parametri ambientali alterati siano riportati entro i limiti normativamente accettabili ... [la disciplina in tema di bonifiche si applica] a qualunque sito che risulti attualmente inquinato, indipendentemente dal momento in cui possa essere avvenuto il fatto o i fatti generatori dell’attuale situazione patologica”. Cfr. Tar Toscana, sez. II, 13 gennaio 2009, n. 6 e, in termini, Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6055; Cons. St., sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 5283.

⁴³ Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. IV, 9 maggio 2017, n. 2188 relativa all’individuazione del parametro di riferimento del piano di caratterizzazione di un’area agricola rientrata, con l’adozione di un nuovo piano di governo del territorio, nella categoria di “indifferenza funzionale”.

forma societaria del soggetto proprietario dell'area ed eventualmente responsabile dell'inquinamento⁴⁴.

I casi appena citati della disciplina del materiale di riporto e dell'inquinamento pregresso, che a un primo sguardo potrebbero sembrare molto distanti, sono invece frutto di un comune problema regolatorio. Il dato di partenza per entrambi è l'incapacità delle attuali norme che individuano l'ambito di applicazione della disciplina in tema di bonifiche di adattarsi al fattore temporale, ossia all'evoluzione dello stato di fatto dei luoghi e dei soggetti chiamati a intervenire per porre rimedio alla contaminazione. Il punto di arrivo è, in entrambe le fattispecie, un intervento giurisprudenziale teso all'applicazione estensiva delle previsioni di legge e all'adozione dell'interpretazione più sfavorevole per i privati: si arriva ad affermare, nel primo caso che *“la bonifica del sito inquinato può essere ordinata anche a carico di una società non responsabile dell'inquinamento, ma che sia ad essa subentrata per effetto di fusione per incorporazione, nel regime previgente alla riforma del diritto societario, e per condotte antecedenti a quando la bonifica è stata introdotta nell'ordinamento giuridico, i cui effetti dannosi permangono al momento dell'adozione del provvedimento”*⁴⁵ e nel secondo caso che il criterio da adottare per la bonifica è quello, più stringente, dell'area di destinazione, posto che *“le procedure di bonifica (in senso lato) dei siti contaminati non si prefiggono la restituzione in pristino dell'area, ma la possibilità che l'area stessa venga utilizzata in conformità agli strumenti urbanistici in vigore”*⁴⁶.

Indipendentemente dal merito delle due decisioni appena menzionate, che possono costituire utili strumenti di difesa per gli enti locali impegnati direttamente nell'opera di bonifica, si vuole qui sottolineare l'assenza di un quadro normativo coerente che sappia prendere in considerazione le problematiche poste dallo specifico settore e l'evidente sbi-

⁴⁴ Cfr. Cons. St., sez. V, 5 aprile 2008, n. 6055, oltre alla già citata Ad. Plen. n. 10/2019.

⁴⁵ Ad. Plen. n. 10/2019, cit. Tra i commenti più incisivi sulla pronuncia si citano R. LEONARDI, *L'oggettivizzazione della responsabilità in tema di bonifiche ambientali e l'affermazione dell'ambiente come bene inviolabile*, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, 1548; V. CAVANNA, *Bonifica del sito inquinato, incorporazione e responsabilità per fatti della società originaria*, in *Amb. e sviluppo*, 2019, 893; S. DE ROSA, *Ordine di bonifica di un sito industriale: l'Adunanza Plenaria chiarisce la natura della bonifica tra retroattività e responsabilità della società incorporante*, in *Amb. e diritto*, n. 1/2020.

⁴⁶ Cons. St., n. 2128/2017 e, in senso conforme, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1054.

lanciamento dell'onere della bonifica in capo al proprietario incolpevole che tale stato di fatto genera.

La rigidità delle previsioni del D.Lgs. n. 152/2006 in tema di bonifica mettono in seria difficoltà sia le amministrazioni precedenti, che si trovano paralizzate sin dal momento dell'individuazione della normativa applicabile al caso di specie, sia gli operatori privati che, pure laddove siano intenzionati a intervenire in un determinato sito al fine di riqualificarlo per uno sviluppo commerciale, rimangono imbrigliati a causa di problemi di carattere giuridico.

Questo dato dovrebbe indurre a riflettere anzitutto sulla competenza legislativa sul tema e sul formante con cui la tematica è regolata. Se infatti, da un lato, la disciplina della bonifica di siti contaminati è riconducibile alla materia "*tutela dell'ambiente*"⁴⁷, affidata alla competenza legislativa dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. s) Cost., dall'altro lato, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza costituzionale⁴⁸, essa interferisce anche con altri settori, con la conseguenza che le regioni mantengono una competenza legislativa alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli ambientali, nell'ambito della tutela uniforme e inderogabile fornita dalla disciplina statale. Pertanto, la normativa regionale può intervenire nel settore per dettagliare alcuni aspetti della disciplina, senza poter comunque comportare un affievolimento o una minore efficacia del livello di tutela stabilito dalla normativa statale.

Nei fatti, la normativa regionale in tema di bonifiche si pone come un essenziale elemento di completamento della disciplina, specificando alcuni aspetti fondamentali in tema organizzativo e procedimentale (con riferimento, ad esempio, ai sistemi di comunicazione tra enti, ai ruoli e alle competenze degli enti chiamati a partecipare alla conferenza di servizi, alle tecniche di bonifica, e così via)⁴⁹.

⁴⁷ Così S. GRASSI, *La bonifica dei siti contaminati*, cit., 694. D. SICLARI, *op. cit.*, 37. Cfr. altresì Corte Cost. 1 giugno 2016, n. 126, ove si afferma che tale impostazione trova "giustificazione nell'esigenza di assicurare che l'esercizio dei compiti di prevenzione e riparazione del danno ambientale risponda a criteri di uniformità e unitarietà, atteso che il livello di tutela ambientale non può variare da zona a zona e considerato anche il carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici, in ragione del quale gli effetti del danno ambientale sono difficilmente circoscrivibili entro un preciso e limitato ambito territoriale".

⁴⁸ Cfr. Corte Cost. 19 ottobre 2018, n. 188.

⁴⁹ Interessante in proposito l'analisi comparativa condotta da P. PAGLIARA, *La*

Ne risulta un sistema di regolazione multilivello, reso uniforme dalla disciplina nazionale di base e che, al contempo, rispecchia le esigenze proprie del territorio⁵⁰, utile a stabilire un ordine di priorità degli interventi e a differenziare le competenze degli enti territoriali in base alla loro capacità organizzativa⁵¹.

Si nota inoltre che, proprio a livello regionale, si è diffusa negli ultimi anni una modalità di regolazione “*soft*” della materia, tramite l’adozione di linee guida⁵². Tale approccio risulta adeguato a quelle che sono alcune delle caratteristiche distintive dell’oggetto della disciplina di cui si sta trattando e, in particolare, l’elevato grado di tecnicismo e specificità, la necessità di coinvolgere numerosi soggetti nell’ambito del procedimento, l’adozione di criteri di qualificazione giuridica che rispondano alla complessità della composizione del suolo e all’evoluzione diacronica dei processi di inquinamento e la necessità di bilanciare interessi pubblici e privati al fine di non scaricare completamente sui privati gli oneri di tale tipo di attività.

Tramite le tecniche di *nudging*⁵³, che inducono l’adozione spontanea

bonifica dei siti contaminati nel sistema legislativo regionale, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *La bonifica dei siti contaminati*, cit., 269.

⁵⁰ Si segnala in particolare la l.r. Piemonte 7 aprile 2000, n. 42, che prevede la possibilità dell’Arpa di fare ricorso, al fine di impostare metodologie di intervento e valutare le priorità degli stessi, al supporto delle università pubbliche locali.

⁵¹ Il confronto normativo svolto ha messo in evidenza come la delega da parte delle regioni ai comuni delle funzioni di gestione dei procedimenti di bonifica sia stata esercitata in maniera differente da regione a regione. Alcune leggi regionali, come quella lombarda, fanno riferimento al concetto generico di “siti inquinati che ricadono interamente nell’ambito del territorio di un solo comune” (cfr. l.r. Lombardia, 12 dicembre 2003 n. 26). Altre leggi regionali adottano criteri di distinzione più precisi. Ad esempio, la l.r. Liguria 9 aprile 2009, n. 10 distingue le competenze in base alla popolazione degli abitanti, così riconoscendo che non tutti i comuni sono dotati delle medesime strutture tecnico-organizzative. I comuni minori vengono supportati dalla possibilità di ricorrere alle competenze tecniche dell’Arpa in relazione alle verifiche e alle attività istruttorie e vengono estromessi dalla gestione di determinati interventi di particolare complessità.

⁵² Si vedano ad esempio la d.g.r. Emilia Romagna 27 luglio 2015, n. 1017, successivamente modificata dalla d.g.r. 8 gennaio 2016, n. 5, la d.g.r. Marche 14 marzo 2011, n. 329 e la d.g.r. Umbria 13 dicembre 2010, n. 1814.

⁵³ Tali strumenti di regolazione sono stati messi a punto dal ragionamento della dottrina statunitense e in particolare tramite i contributi di C. SUNSTEIN - L. REISCH (a cura di), *The economics of nudge*, Londra, 2017; C. SUNSTEIN, *The ethics of influence:*

di un determinato comportamento da parte di soggetti pubblici o privati, è possibile rispondere all'esigenza di flessibilità emergente dall'analisi sin qui condotta, suggerendo agli operatori del settore l'adozione di decisioni nei casi in cui il livello di regolazione nazionale manchi di prescrivere una regola.

La disamina qui svolta ha messo in evidenza come l'adozione di norme nazionali volte a restringere l'ambito discrezionale delle amministrazioni procedenti, incanalandone le scelte in binari alternativi e incapaci di flessibilità, risulti una scelta di sistema inefficace in termini di capacità di risolvere le problematiche ambientali. La specificazione a livello regionale di alcune indicazioni non vincolanti può orientare le decisioni amministrative degli enti coinvolti nel procedimento e fornire una base decisionale da utilizzare anche nell'ambito di un eventuale contenzioso.

3. *Profili organizzativi*

La proposta con cui si è concluso il paragrafo precedente induce ad approfondire un secondo profilo di particolare rilevanza nel tema di cui si sta discutendo, legato alla suddivisione delle competenze tra gli enti coinvolti nella pianificazione e attuazione degli interventi di bonifica.

Come noto, il D.Lgs. n. 152/2006 ha profondamente rinnovato il riparto di funzioni previsto dal precedente testo normativo, spostando i compiti di amministrazione attiva per i procedimenti ordinari dai comuni alle regioni⁵⁴ e fornendo particolare rilevanza al ruolo istruttorio

government in the age of behavioral science, Cambridge, 2016; ID., *Do people like nudges?*, in *Administrative Law Review*, 2015, 1; ID., *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Londra, 2009; R. THALER, *Misbehaving: the making of behavioural economics*, Londra, 2015. Nella dimensione nazionale, la prospettiva è stata approfondita soprattutto con riferimento alla regolazione dei contratti pubblici in S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2019; ID., *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di Anac*, in *Riv. reg. merc.*, 2017.

⁵⁴ L'approfondimento sul riparto delle funzioni amministrative in materia di bonifiche è particolarmente approfondito nei contributi P. PERUGGIA, *Le competenze amministrative previste dall'art. 17 del decreto legislativo 5 febbraio 1997 n. 22*, in P.M. VIPIANA (a cura di), *La bonifica dei siti inquinati: aspetti problematici*, cit., 31; S. GRASSI, *La bonifica dei siti contaminati*, cit., 692 ss.; P. RONCELLI, *I procedimenti di bonifica tra*

e di controllo delle province, incaricate della ricerca e individuazione dei responsabili dell'inquinamento, della contestazione degli addebiti, della verifica del corretto adempimento degli obblighi di bonifica e del rilascio della certificazione di conformità degli interventi eseguiti rispetto al progetto⁵⁵.

L'assetto delle competenze disegnato dal D.Lgs. n. 152/2006 è stato tuttavia parzialmente modificato in ragione della delega di funzioni che molte regioni hanno effettuato in favore dei comuni⁵⁶, i quali enti si sono visti dunque cumulare, oltre all'onere di intervento diretto in caso di mancata attivazione o mancata individuazione del responsabile (cfr. art. 240 D.Lgs. n. 152/2006), anche le funzioni di approvazione degli interventi rientranti nel proprio ambito territoriale.

Ciò ha complicato significativamente i rapporti tra enti pubblici coinvolti nel procedimento di bonifica e, in particolare, tra comuni, responsabili dell'approvazione degli interventi o diretti esecutori degli stessi, enti di area vasta, esercenti di funzioni di impulso e controllo e regioni, detentrici di poteri normativi (nei limiti sopra indicati) e di pianificazione.

Si è venuto insomma a creare un riparto di competenze segmentato, in cui le relazioni tra enti sono caratterizzate da moduli spesso conflittuali o comunque scarsamente coordinati⁵⁷. Situazione, questa, aggravata dal processo di riforma delle province avviato con la Legge Delrio, che ha provocato in molti casi la necessità di tali enti di razionalizzare la propria struttura organizzativa⁵⁸, spesso eliminando risorse utili alla fondamentale funzione svolta da tali apparati.

“vecchie” e “nuove” regole, cit.; D. CASCIONE, I soggetti della bonifica: Regioni, Province, Consorzi. Brevi cenni sulle modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione, nota a Tar Ancona, 2 settembre 2002, n. 979, in Foro amm. Tar, 2002, 3244B.

⁵⁵ Cfr. artt. 242 e 242-bis D.Lgs. n. 152/2006.

⁵⁶ Si vedano ad esempio l'art. 5 della l.r. Lombardia 27 dicembre 2006, n. 30, l'art. 6 della l.r. Liguria 9 aprile 2009, n. 10, l'art. art. 77-bis del d.p.g.p. della Provincia Autonoma di Trento 26 gennaio 1987, n. 1-41/Legisl e l'art. 8 della l.r. 18 maggio 1998, n. 25.

⁵⁷ È utile al fine di interpretare le problematiche organizzative sopra descritte ricorrere ai moduli relazionali proposti da F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012 e R. KAGAN, *Adversarial legalism: the American way of law*, Cambridge (MA), 2001.

⁵⁸ Si vedano in proposito la circolare interministeriale 29 gennaio 2015, n. 1 contenente “Linee guida in materia di attuazione delle disposizioni in materia di

Di tale rimodulazione organizzativa hanno risentito anche i comuni, ai quali la normativa non ha riconosciuto autonomia nello svolgere il ruolo di verifica e controllo, saldamente rimasto in capo agli enti di area vasta. In altre parole, all'aumento delle competenze di fatto esercitate dai comuni, effettuato con normativa regionale, non è seguita un'espansione di autonomia funzionale e decisionale, in ragione dell'impossibilità di derogare alla normativa statale che attribuisce tali compiti alle province e alle città metropolitane⁵⁹.

La problematica appena descritta è emersa con forza, ad esempio, in relazione al potere di ordinanza che l'art. 244 del D.Lgs. n. 152/2006 attribuisce agli enti di area vasta. Ai sensi della norma citata, le pubbliche amministrazioni che nell'esercizio delle proprie competenze riscontrino siti nei quali accertino che i livelli di contaminazione sono superiori ai valori di concentrazione soglia di contaminazione, debbono darne comunicazione alla regione, alla provincia e al comune competenti. Ricevuta tale comunicazione, la provincia o la città metropolitana deve attivarsi per individuare il responsabile dell'inquinamento e, in caso di reperimento, diffidarlo a intervenire con ordinanza motivata⁶⁰.

È di tutta evidenza la rilevanza che l'ispezione finalizzata all'individuazione del responsabile dell'inquinamento ricopre nell'ambito del procedimento di bonifica: essa è preliminare a ogni ulteriore attività istruttoria e di accertamento da parte degli altri enti coinvolti e, *in primis*, dei comuni competenti. Il D.Lgs. n. 152/2006 attribuisce in sostanza in via esclusiva agli enti di area vasta il fulcro iniziale dell'intero procedimento, consistente nella determinazione del presupposto per l'attivazione degli enti competenti ai fini della decontaminazione di un determinato sito.

personale e di altri profili connessi al riordino delle funzioni delle province e delle città metropolitane. Articolo 1, commi da 418 a 430, della legge 23 dicembre 2014, n. 190" e il d.p.c.m. 26 settembre 2014, n. 2127.

⁵⁹ Si veda ancora la citata sentenza Corte Cost. n. 214/2008.

⁶⁰ Si riportano qui per comodità di lettura i primi due commi della previsione citata: "1. Le pubbliche amministrazioni che nell'esercizio delle proprie funzioni individuano siti nei quali accertino che i livelli di contaminazione sono superiori ai valori di concentrazione soglia di contaminazione, ne danno comunicazione alla regione, alla provincia e al comune competenti. 2. La provincia, ricevuta la comunicazione di cui al comma 1, dopo aver svolto le opportune indagini volte ad identificare il responsabile dell'evento di superamento e sentito il comune, diffida con ordinanza motivata il responsabile della potenziale contaminazione a provvedere ai sensi del presente titolo".

Laddove la provincia o la città metropolitana non si attivino in tal senso risulterà complesso, se non impossibile, individuare il responsabile dell'inquinamento, cosicché l'unica alternativa possibile rimarrà l'intervento volontario del proprietario incolpevole e, in subordine, quello diretto del comune – percorso che presenta comunque notevoli criticità in ragione della necessità di attivare le procedure di rimborso dei costi della bonifica.

La descritta discrasia non è stata risolta dalla giurisprudenza amministrativa, che ha mantenuto saldo il riparto di funzioni disegnato dalla normativa nazionale, anche in caso di inerzia della provincia o della città metropolitana. È stato in particolare affermato che, in caso di inadempimento dell'ente ad area vasta, non possa esserci sostituzione né da parte del Ministero dell'ambiente nei casi in cui si tratti di siti di interesse nazionale⁶¹, né da parte del comune per le procedure ordinarie⁶². In particolare, con riferimento ai siti di interesse nazionale, è stato precisato che *“Tale competenza provinciale permane anche in presenza di un sito di interesse nazionale. Va, infatti, evidenziato che l'art. 244 non distingue tra siti di interesse nazionale e siti diversi; l'art. 252 riserva al Ministero solo le procedure di bonifica di cui all'art. 242, facendo riferimento ad una fase del procedimento certamente successiva rispetto a quella in cui si innesta la competenza provinciale”*⁶³. È stato qui utilizzato un argomento di interpretazione letterale della norma per escludere quella che potrebbe essere una modalità procedimentale coerente con il riparto di competenze stabilito normativamente: si afferma infatti che *“non è (...) operato alcuno specifico riferimento alle distinte competenze enucleate dall'art. 244 del codice, che dunque, nel silenzio della disciplina derogatoria, devono ritenersi implicitamente confermate in capo all'Ente provinciale, cui, appunto, spettano in via ordinaria”*⁶⁴.

Quanto invece alle procedure ordinarie, è stata negata la possibilità del proprietario incolpevole di ottenere un risarcimento dalla mancata attivazione dell'ente di area vasta nella ricerca del responsabile della bonifica, in quanto, considerato che *“non può certo ritenersi che tale omis-*

⁶¹ Cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 7 febbraio 2008, n. 372.

⁶² Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 2 settembre 2019, n. 1938.

⁶³ Tar Campania, Napoli, sez. V, 5 giugno 2019, n. 3041.

⁶⁴ Cons. St., sez. IV, 1 aprile 2020, n. 2195; 18 dicembre 2018, n. 7121; sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2249.

sione [determini] la perdita definitiva ed irreparabile del diritto della ricorrente ad ottenere la bonifica dell'area da parte del soggetto che ha provocato l'inquinamento, il comportamento omissivo dell'Amministrazione rileva semmai quale comportamento che, se tenuto, avrebbe potuto rendere più agevole l'ottenimento della prestazione dovuta al debitore dalla ricorrente giacché la formale individuazione del responsabile avrebbe probabilmente costituito fattore di pressione nei confronti di quest'ultimo"⁶⁵.

Lette assieme, le citate pronunce consegnano un quadro di inefficiente riparto di competenze, non supportato da adeguate motivazioni relative agli ambiti di azione degli enti coinvolti. Anche in ragione della riformulazione organizzativa conseguente alla Legge Delrio, dovrebbe essere ripensato il ruolo svolto dall'ente di area vasta nell'ambito del procedimento di bonifica e verificata l'effettiva possibilità di tali apparati di svolgere indagini che sono spesso particolarmente complesse in ragione della pluralità di cause determinanti lo stato di inquinamento dei suoli e della composizione variegata e spesso scarsamente qualificabile giuridicamente delle matrici ambientali.

Un approccio che seguisse l'accentramento delle funzioni amministrative in capo all'ente titolare della competenza dell'approvazione dell'intervento sarebbe maggiormente coerente con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, poiché istituirebbe un parallelismo tra individuazione dell'ente competente ed esigenza cui la funzione amministrativa è diretta⁶⁶: nel caso di interventi di bonifica rientranti nell'ambito territoriale del comune, l'ente di prossimità normativamente individuato come competente ad approvare il progetto di bonifica avrebbe anche la facoltà di svolgere le indagini finalizzate all'individuazione del responsabile della bonifica, eventualmente avvalendosi del supporto di altri enti, quali l'Arpa. Nel caso invece di bonifica dei siti in cui l'impian-

⁶⁵ Tar Lombardia, Milano, sez. III, n. 1938/2019, cit.

⁶⁶ D'altra parte, le norme giuridiche in generale e quelle in tema di organizzazione amministrativa in particolare, dovrebbero avere lo "scopo essenziale di organizzare il gruppo sociale *tout court* considerato e – specie laddove osservate, spontaneamente o meno, ma comunque in quanto garantite da sanzioni – di distribuire o riconoscere prerogative specifiche ai singoli destinatari in quanto coesenziali alla realizzazione stessa dell'ordinamento e dei suoi scopi". Cfr. F. CORTESE, *L'organizzazione amministrativa e le autonomie territoriali nel pensiero di Benvenuti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, 73, 75 e, direttamente, F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223, oggi in *Scritti giuridici*, II, Milano, Vita e Pensiero, 2006, 1279.

to normativo impone una centralizzazione delle funzioni che altrimenti spetterebbero alla regione o, in caso di delega, ai comuni, non convince l'efficienza di un sistema che comunque consideri il procedimento come suddiviso in fasi disgiunte fra loro, delle quali la prima è posta fuori dal controllo dell'ente di vertice dell'amministrazione statale in materia di tutela dell'ambiente, certamente dotato di un apparato tecnico-organizzativo sufficiente per verificare lo stato di un sito considerato, per quantità e pericolosità degli inquinamenti presenti, nonché per il pregiudizio per i beni culturali ed ambientali, di primario interesse pubblico.

Si noti che in questo senso vanno le modifiche da ultimo apportate all'art. 252 D.Lgs. n. 152/2006 dal già citato Decreto Semplificazioni che, per quanto riguarda i procedimenti relativi ai siti di interessi nazionali, ha fortemente accentrato i compiti in capo al Ministero dell'ambiente, eliminando numerosi passaggi procedurali intermedi.

Il descritto approccio normativo potrebbe essere impiegato anche per meglio specificare la funzionalità del potere sostitutivo previsto da varie legislazioni regionali in capo alle province e alle regioni in caso di mancata attivazione dell'ente territoriale più circoscritto⁶⁷, che spesso oggi rimane lettera morta in ragione della difficoltà di stabilire tempi procedurali e scadenze superate le quali è possibile operare l'avocazione delle funzioni.

La descritta complessità degli interventi di bonifica, difficilmente inquadrabili in modelli procedurali con scadenze predefinite, rende infatti particolarmente difficile cristallizzare il momento dell'inadempimento amministrativo dell'ente che non svolga il suo compito. Con l'aggravante che la catena di adempimenti successivi di cui al D.Lgs. n. 152/2006 giustifica in qualche misura l'inerzia amministrativa, il cui unico effetto – come affermato dalla sopra citata giurisprudenza – sarebbe quello di rendere meno agevole il perseguimento dell'obiettivo finale, ossia il ripristino dell'area inquinata da parte di chicchessia.

Risulta allora necessario pensare a modelli di riparto delle funzioni amministrative che favoriscano la comunicazione e la chiara suddivisione di responsabilità tra enti, che dovrebbero operare mossi dal princi-

⁶⁷ Cfr. a titolo esemplificativo l'art. 13 della l.r. Piemonte 7 aprile 2000, n. 42, l'art. della l.r. Liguria 9 aprile 2009, n. 10 e l'art. 17, comma 3 della l.r. Lazio 9 luglio 1998, n. 27.

pio di leale collaborazione, più che da modelli antagonisti. In proposito, pare utile fare riferimento all'esperienza regionale toscana, ove la l.r. 18 maggio 1998, n. 25 ha istituito un comitato regionale di coordinamento con funzioni consultive e di raccordo tra uffici regionali e comunali. Tale modello organizzativo favorisce la cooperazione tra enti, istituendo una struttura stabile di monitoraggio e controllo dell'operato degli enti territoriali che ha il senso anche di razionalizzare l'impegno di spesa regionale.

Alternativamente, ove tale operazione risultasse di difficile attuazione da parte delle regioni, potrebbe essere ipotizzato, a livello di normativa nazionale, un più ampio ricorso allo strumento che già il D.Lgs. n. 152/2006 individua come meccanismo primario di interlocuzione tra enti e pianificazione delle attività di bonifica, ossia l'accordo di programma⁶⁸.

Ad oggi, l'art. 246 del D.Lgs. n. 152/2006 prevede la possibilità di ricorso a tale strumento di collaborazione nei soli casi di bonifica contestuale di più siti collocati in diverse regioni o dislocati su tutto il territorio nazionale, oppure ancora in caso di presenza di più soggetti interessati alla bonifica di un sito di interesse nazionale. Eppure, tale modello convenzionale⁶⁹ avrebbe un potenziale applicativo molto più ampio, consen-

⁶⁸ L'art. 246 del D.Lgs. n. 152/2006 afferma che "I soggetti obbligati agli interventi di cui al presente titolo ed i soggetti altrimenti interessati hanno diritto di definire modalità e tempi di esecuzione degli interventi mediante appositi accordi di programma stipulati, entro sei mesi dall'approvazione del documento di analisi di rischio di cui all'articolo 242, con le amministrazioni competenti ai sensi delle disposizioni di cui al presente titolo. 2. Nel caso in cui vi siano soggetti che intendano o siano tenuti a provvedere alla contestuale bonifica di una pluralità di siti che interessano il territorio di più regioni, i tempi e le modalità di intervento possono essere definiti con appositi accordi di programma stipulati, entro dodici mesi dall'approvazione del documento di analisi di rischio di cui all'articolo 242, con le regioni interessate. 3. Nel caso in cui vi siano soggetti che intendano o siano tenuti a provvedere alla contestuale bonifica di una pluralità di siti dislocati su tutto il territorio nazionale o vi siano più soggetti interessati alla bonifica di un medesimo sito di interesse nazionale, i tempi e le modalità di intervento possono essere definiti con accordo di programma da stipularsi, entro diciotto mesi dall'approvazione del documento di analisi di rischio di cui all'articolo 242, con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare di concerto con i Ministri della salute e delle attività produttive, d'intesa con la Conferenza Stato-regioni".

⁶⁹ I cui vantaggi in termini organizzativi e di riparto di funzioni amministrative sono messi ben in evidenza in S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in

tendo “*un coordinamento flessibile tra le amministrazioni e i soggetti obbligati per lo svolgimento di un’attività complessa come quella di bonifica, che presenta caratteri differenziati in relazione alle varie tipologie di siti e della diversa natura delle contaminazioni che debbono essere superate*”⁷⁰ non solo con riferimento alla gestione di più interventi in parallelo o di più soggetti interessati all’intervento su aree di particolare interesse nazionale ma più in generale relativamente a singoli procedimenti ordinari in cui sia necessario chiarire, in assenza di un risolutivo dettato normativo, compiti e responsabilità dei soggetti coinvolti⁷¹.

4. *Profili procedurali*

Si è così arrivati a un ulteriore profilo fondamentale della disciplina in tema di bonifica di siti inquinati che gli interventi normativi degli ultimi anni hanno mancato di trattare compiutamente, cioè quello relativo alla dinamica procedimentale delle bonifiche. Le già menzionate problematiche relative alla complessità della composizione dei suoli, alla pluralità di soggetti, pubblici e privati, coinvolti nel procedimento e alla suddivisione di competenze tra enti si riverberano anche sul procedimento, rendendolo inefficiente.

Dir. amm., 2010, 395, ove si afferma che l’accordo di programma “risponde all’esigenza di prevedere strumenti di concertazione tra soggetti pubblici, incisivi e stabili (nel senso di giuridicamente vincolanti), all’interno del nostro ordinamento ove l’interesse pubblico è frazionato e, pertanto, deve essere ricondotto ad unità nel quotidiano svolgimento dell’attività amministrativa, a partire dalla considerazione degli ambiti di competenza attribuiti a ciascuna amministrazione”. Con riferimento specifico alla materia ambientale, si richiamano i contributi di S. PIEMONTE, *Accordi di programma e deroghe alla disciplina in materia di ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, 225 e G. IACOVONE, *Accordo di programma e tutela dell’ambiente*, *ivi*, 2006, 189.

⁷⁰ S. GRASSI, *La bonifica di siti contaminati*, cit., 727.

⁷¹ Come rilevato in dottrina, infatti, “l’accordo dà vita ad un episodio di coamministrazione, che ha l’ulteriore particolarità di basarsi su una nuova forma di organizzazione, che è, appunto, quella struttura organizzativa approvata e formalizzata con la stipula dell’accordo di programma”. Per questo l’accordo di programma viene inteso come “esperienza di valorizzazione del principio di buon andamento”. Cfr. S. VALAGUZZA, *op. ult. cit.*, e A. PIOGGIA, *Gli accordi di programma*, in B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2001, 160.

A ciò si aggiunga che la disciplina di cui agli artt. 240 e ss. del D.Lgs. n. 152/2006 non riesce a cogliere la complessità e la specificità del procedimento di bonifica, che richiede un modello di azione dialogico che consenta il confronto tra amministrazioni e privati, in un continuo scambio di analisi, pareri e richieste di chiarimenti e approfondimento istruttorio. La difficoltà di ricondurre a un modello unitario le differenti ipotesi di bonifica di suolo e dunque di individuare tempistiche certe rende complicato anche azionare quei meccanismi procedurali, come ad esempio quello sostitutivo, che potrebbero contribuire ad accelerare il percorso che mira alla decontaminazione del sito.

La mancata correlazione del procedimento di bonifica con le tempistiche necessarie per i procedimenti di approvazione di piani urbanistici, le valutazioni di impatto ambientale o le gare pubbliche volte all'affidamento dell'incarico di esperimento della bonifica, laddove il soggetto procedente rientri nel campo di applicazione del codice dei contratti pubblici, rendono di fatto impossibile predeterminare durata e termine ultimo del procedimento.

La disciplina procedimentale risulta, in generale, particolarmente rigida, non consentendo un adattamento alle possibili evenienze che concretamente si presentano nell'attività di bonifica.

Né tale lacuna riesce ad essere colmata con il ricorso agli strumenti predisposti dalla l. n. 241/1990, cioè la sospensione del procedimento per ragioni istruttorie, il preavviso di diniego e la disciplina della conferenza dei servizi, che non sono capaci di adattarsi adeguatamente al procedimento di cui agli artt. 242 e ss. del D.Lgs. n. 152/2006.

Ad esempio, l'assenza di una disciplina in tema di sospensione del procedimento (salvo che per la procedura semplificata *ex art. 242-bis*, comma 2 del D.Lgs. n. 152/2006⁷²) non viene risolta dagli istituti di cui alla l. n.

⁷² La norma citata prevede che "Per il rilascio degli atti di assenso necessari alla realizzazione e all'esercizio degli impianti e attività previsti dal progetto di bonifica l'interessato presenta gli elaborati tecnici esecutivi di tali impianti e attività alla regione nel cui territorio ricade la maggior parte degli impianti e delle attività, che, entro i successivi trenta giorni, convoca apposita conferenza di servizi, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, o delle discipline regionali applicabili in materia. Entro novanta giorni dalla convocazione, la regione adotta la determinazione conclusiva che sostituisce a tutti di effetti ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato. Non oltre trenta giorni dalla comunicazione dell'atto di assenso, il soggetto interessato comunica all'amministrazione titolare del procedimento di cui agli articoli

241/1990: il ricorso alla sospensione per ragioni istruttorie di cui all'art. 2, comma 7 della l. n. 241/1990, oltre ad essere inapplicabile per quei procedimenti in cui è prevista la conferenza di servizi, risulterebbe comunque scarsamente utile per governare la complessità dei procedimenti di bonifica, in ragione della lacunosità e rigidità della norma, che contempla un'ipotesi generalizzata e non dettagliatamente disciplinata (ad esempio in termini di forma e onere motivazionale) di sospensione dei termini procedurali, *una tantum*, che non può superare i trenta giorni⁷³; d'altro canto, le previsioni in tema di conferenza di servizi di cui agli artt. 14 e ss. non sono in grado di risolvere lo stallo provocato dall'inerzia di un'amministrazione coinvolta nel procedimento di bonifica o, alternativamente, dal venir meno dell'interesse commerciale del privato verso un'operazione immobiliare.

Maggiormente confacenti alle esigenze di flessibilità proprie dei procedimenti di bonifica risultano invece quei meccanismi gestionali adottati in alcune normative regionali, quale quella della Provincia autonoma di Trento, ove si prevede che i termini dei procedimenti possano essere ridefiniti con deliberazione della giunta provinciale, tenuto conto della complessità delle situazioni di contaminazione e delle esigenze di monitoraggio⁷⁴.

Il caso appena citato è solo uno dei tanti in cui la normativa regionale introduce elementi di flessibilità altrimenti assenti nelle previsioni di portata nazionale. Ad esempio, alcune leggi regionali consentono di individuare un ordine di priorità degli interventi di bonifica o procedure differenziate a seconda di particolari tipi di interventi (si vedano le discipline della normativa sarda⁷⁵ e toscana⁷⁶ per gli interventi su aree

242 o 252 e all'Arpa territorialmente competente, la data di avvio dell'esecuzione della bonifica che si deve concludere nei successivi diciotto mesi, salva eventuale proroga non superiore a sei mesi; decorso tale termine, salvo motivata sospensione, deve essere avviato il procedimento ordinario ai sensi degli articoli 242 o 252⁷⁷.

Nelle procedure ordinarie non viene invece data evidenza in uno specifico atto procedimentale delle cause delle sospensioni del procedimento, non viene disciplinato il periodo di quiescenza e non vengono stabilite le cause che consentirebbero la ripresa del procedimento.

⁷³ Cfr. sul punto P.M. VIPIANA, *La sospensione del procedimento amministrativo per finalità istruttorie*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 869; F. FIGORILLI - S. FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2009, 918.

⁷⁴ Cfr. art. 77-bis del d.p.g.p. 26 gennaio 1987, n. 1-41/Legisl.

⁷⁵ Cfr. la d.g.r. Sardegna del 19 febbraio 2019 n. 8/74.

⁷⁶ Cfr. la l.r. Toscana 18 maggio 1998, n. 25.

minerarie dismesse) e di declinare i livelli di approfondimento istruttorio anche in ragione dell'urgenza dell'intervento di contenimento del danno ambientale. In tal senso, risulta particolarmente apprezzabile, in termini di capacità di adattamento al contesto locale, il meccanismo previsto dalla l.r. Toscana 18 maggio 1998, n. 25, art. 20 di suddivisione degli interventi in elenchi a breve, medio e lungo termine, cui segue una disciplina differenziata per ogni categoria.

Il riconoscimento di una sfera di autonomia regionale in tema di bonifiche – che potrebbe essere giustificata in forza della competenza che può essere riconosciuta alle regioni in forza della trasversalità del settore qui considerato, sempre ove ciò “*non si ponga in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che proteggono l'ambiente*”⁷⁷ – risulta dunque imprescindibile in assenza di un intervento riformatore a livello nazionale. Sono infatti molti gli aspetti su cui la disciplina di dettaglio potrebbe fornire un contributo nell'ottica di rendere più efficiente il sistema, colmando le lacune della disciplina statale.

Ad esempio, alcune leggi regionali individuano specifici momenti di confronto tra gli enti che devono prendere parte alla conferenza di servizi⁷⁸, così risolvendo la problematica posta nel settore in seguito all'introduzione della conferenza dei servizi semplificata di cui all'art. 14-*bis* della l. n. 241/1990. Invero, le modalità semplificative introdotte con D.Lgs. n. 127/2016 (c.d. Riforma Madia), e in particolare l'introduzione della conferenza di servizi asincrona di cui all'art. 14-*bis* del citato testo normativo, hanno reso particolarmente frammentata e disomogenea la composizione degli interessi coinvolti nel procedimento e la possibilità di delineare un arco temporale dallo sviluppo ordinario.

Stando a quanto rilevato dalla dottrina che ha maggiormente approfondito la tematica, il rischio di tale modello procedimentale, scarsamente adattabile a contesti in cui sono coinvolti interessi pubblici primari quali quello della tutela della salute e dell'ambiente⁷⁹, è quello di elimi-

⁷⁷ Corte Cost., sentenza n. 214/2008. Si vedano altresì Id., 5 maggio 2006, n. 182; 28 giugno 2006, n. 246; 14 dicembre 2007, n. 431.

⁷⁸ Si vedano l'art. 10 della l.r. Basilicata 16 novembre 2018, n. 35 art. 10, l'art. 17 della l.r. 7 aprile 2000, n. 42, l'art. 16 della l.r. Liguria 9 aprile 2009, n. 10 e l'art. 17, comma 3 della l.r. 9 luglio 1998, n. 27.

⁷⁹ Le criticità che i modelli di procedimento semplificati pongono soprattutto con riferimento alla materia ambientale, avendo di fatto eliminato il confronto e la

nare – o quantomeno di scolorire – il fine proprio della conferenza di servizi, ossia quello di rimediare al “*policentrismo imperfetto della nostra Amministrazione e alla frammentazione delle competenze amministrative, contestualizzando sotto i profili temporale e spaziale l’apporto delle diverse amministrazioni coinvolte nella decisione amministrativa, favorendo così il confronto, la ponderazione comparativa e la mediazione dei diversi interessi coinvolti dalla decisione stessa, al fine dell’individuazione dell’interesse pubblico concreto da perseguire*”⁸⁰.

Il procedimento si riduce sostanzialmente a uno scambio di opinioni, pareri, richieste di integrazione spesso non coordinati tra loro. Il che risulta particolarmente critico nell’ambito dei procedimenti di bonifica⁸¹, caratterizzati, come si è detto, da un’elevata frammentarietà di attribuzione di competenze in capo a enti amministrativi tutti portatori di interessi sensibili, e dalla suddivisione in fasi successive e concatenate, che la giurisprudenza ritiene non autonomamente contestabili⁸².

Tali elementi difficilmente possono essere gestiti con meccanismi di semplificazione normativa: “*le teorie dei sistemi complessi hanno messo*

mediazione di interessi, sono messi in evidenza in M. SINISI, *L’autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione* (d.p.r. 13 febbraio 2017 n. 31): la “*questione aperta*” del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 235; G. MARI, *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi ai titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell’edilizia. considerazioni a margine di una recente circolare del MIBACT*, *ivi*, 2016, 61.

⁸⁰ F. SCALIA, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 625. Concordano sulla rilevanza della contestualità dell’accordo tra amministrazioni coinvolte nella conferenza di servizi S. BATTINI (a cura di), *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma, 2016, E. SCOTTI, *La conferenza di servizi*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, 457 e S. CASSESE, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601.

⁸¹ Un’interessante ricostruzione delle criticità procedurali poste dalla conferenza di servizi in tema di bonifica di siti inquinati è contenuta in F. GIAMPIETRO, *Bonifica dei siti contaminati: la disciplina speciale delle conferenze di servizi decisorie prima e dopo il T.U. Ambientale*, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 1113.

⁸² È noto l’orientamento giurisprudenziale che nega l’autonoma impugnabilità del verbale conclusivo della conferenza di servizi e degli altri atti del procedimento, considerati come endo-procedimentali e non direttamente capaci di incidere negativamente sulla sfera dell’interessato. Cfr., *ex multis*, Tar Lombardia, Brescia, 29 agosto 2016, n. 1160; Tar Veneto, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 255; Cons. St., sez. VI, 6 dicembre 2013, n. 5857; sez. VI, 6 maggio 2013, n. 2417; sez. II, 30 aprile 2012, n. 3361; 18 giugno 2008, n. 3016.

*chiaramente in luce che i meccanismi di controllo e di regolazione non possono essere più semplici dei fattori che si intendono controllare e regolare*⁸³.

Se così è, allora la soluzione alle problematiche qui evidenziate non può derivare da interventi regolatori volti a eliminare passaggi procedurali e responsabilità amministrative, quanto piuttosto da un puntuale esame delle cause dell'inefficienza e dalla conseguente introduzione di una regolazione multilivello e flessibile che si adatti a quelle che sono le complessità di sistema e che valorizzi l'apporto che può derivare dalla specificazione della normativa nazionale da parte delle regioni.

5. *Prospettive di riforma*

L'analisi qui condotta ha inteso mettere in luce alcune delle più evidenti contraddizioni e criticità che ad oggi pervadono la disciplina in tema di bonifica di siti inquinati e proporre alcune vie di uscita da una situazione problematica che inficia di fatto il funzionamento di un settore primario nella tutela dell'ambiente.

Sebbene l'onerosità dei procedimenti e la difficoltà di individuare nel tempo le cause dell'inquinamento costituiscano questioni di particolare rilevanza per il tema in questione, pare che le criticità esaminate dal punto di vista dell'organizzazione funzionale e della dinamica procedimentale non siano secondarie nel consentire la fluida gestione di tali tipi di interventi.

Questo approfondimento ha in particolare messo in luce come la disciplina vigente non sia adeguata al livello di complessità che il tema pone che, come testimoniano i casi sopra riportati: (i) non può essere considerato dal punto di vista normativo senza un adeguato coordinamento con altre discipline che intersecano trasversalmente la tematica, prime fra tutte quelle in materia di rifiuti, urbanistica e appalti pubblici; (ii) non può essere rilasciato al solo livello legislativo statale, se si vuole valorizzare il ruolo non solo di finanziatore ma di regolatore proprio delle regioni, che sono capaci di fornire importanti contributi in termini

⁸³ A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. Amm.*, 2017, 699.

di revisione dell'assetto organizzativo degli enti territoriali rientranti nel proprio ambito e di specificazione di moduli procedurali differenziati a seconda dei livelli e delle tipologie di inquinamento; (iii) non può essere trattato solamente attraverso meccanismi tradizionali di regolazione, se non si vuole perdere l'occasione di adottare tecniche di normazione quali quella della *soft law*, che risultano idonee a risolvere alcune problematiche poste dalla rigidità della normativa ad oggi vigente, ad esempio in tema di disciplina dei casi di inquinamento pregresso e specificazione di ruoli e responsabilità degli enti coinvolti nella conferenza di servizi.

Le direttrici qui proposte si basano sull'evidenza di una necessità di modifica, resa urgente dalla questione ambientale, sociale ed economica che si sta vivendo, e alla quale sino ad oggi non è stata fornita un'adeguata risposta normativa, se non con interventi puntuali di semplificazione delle già scarse previsioni nazionali.

Detti interventi sono invero risultati poco adeguati a confrontarsi con le problematiche di contesto e con quella che è l'effettiva capacità degli enti pubblici coinvolti nel risanamento di siti contaminati di far fronte alle emergenze, rilasciando così la definizione di alcuni aspetti fondamentali della disciplina di settore alla giurisprudenza che, nell'apprezzabile intento di affermare la tutela dell'ambiente, ha però spesso stiracchiato i confini della disciplina esistente, finendo per scaricare sui proprietari incolpevoli il peso derivante dalle problematiche di sistema.

Un'inversione di tendenza è dunque dettata da un'esigenza di equità sociale, prima ancora che dal principio di certezza del diritto.

Abstract

Remediation – cleanup – land and landscape – waste – environmental damage

The article deepens some issues that afflict the Italian regulation on the remediation of polluted sites. The systematic aspects that make this juridical matter particularly complex are discussed, in order to highlight the discrepancies of the latest legislative reforms on this matter. The analysis is carried out also in light of a reconstruction of the most recent case law and regional laws. It brings to the detection of some proposals for a possible reform.

L'adattamento del diritto italiano agli obblighi sanzionatori in materia di pesca illegale: un'analisi della prassi recente*

ILARIA TANI

1. Premessa. – 2. Il quadro normativo regionale riguardante il controllo sulle attività di pesca e le relative sanzioni. – 3. Il quadro normativo italiano di adattamento e le autorità nazionali competenti. – 4. La determinazione di “infrazione grave” della politica comune della pesca e la sua trasposizione nel diritto interno. – 5. Le misure sanzionatorie e la loro trasposizione nel diritto interno. – 6. Il sistema di punti per le infrazioni gravi. – 7. La prassi sanzionatoria a livello nazionale. – 8. La pesca illegale italiana nelle acque marittime di altri Stati e in alto mare. – 9. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il presente contributo intende esaminare la legislazione italiana di adattamento agli obblighi derivanti dal diritto internazionale e, in particolare, vista l'appartenenza dell'Italia all'Unione europea e l'esclusiva competenza di questa organizzazione per la materia in esame, agli obblighi definiti da due strumenti normativi comunitari relativi al controllo sulle attività di pesca e alle corrispondenti sanzioni, per valutare se tali obblighi sono rispettati sul piano formale a livello nazionale. In aggiunta, il contributo intende analizzare la prassi applicativa nazionale nel corso di un recente e definito arco di tempo, per valutare se l'adattamento ai suddetti strumenti può dirsi corretto anche sul piano sostanziale.

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

È ovvio che il successo della politica comune della pesca¹ (in seguito: CFP, dall'acronimo inglese più largamente utilizzato) dipende, in larga misura, dall'attuazione di un sistema efficace di controllo e di esecuzione delle relative norme. Le misure che istituiscono un regime dell'Unione europea volto a garantire il rispetto delle norme della CFP sono previste da quattro atti giuridici distinti: il Regolamento (CE) n. 1005/2008 del Consiglio del 29 settembre 2008, che istituisce un regime comunitario per prevenire, scoraggiare ed eliminare la pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata (in seguito: Regolamento IUU²); il Regolamento (CE) n. 1224/2009 del Consiglio del 20 novembre 2009, che istituisce un regime di controllo comunitario per garantire il rispetto delle norme della politica comune della pesca (in seguito: Regolamento sul Controllo³); il Regolamento (CE) n. 768/2005 del Consiglio del 26 aprile 2005 che istituisce un'Agenzia europea di controllo della pesca⁴; e il Regolamento (UE) n. 2017/2403 del Parlamento europeo e del Consiglio del

¹ Sul tema si vedano, tra gli altri, HOLDEN & GARROD, *The Common Fisheries Policy*, Oxford, 1996; FIORAVANTI, *Il diritto comunitario della pesca*, Padova, 2007; MARKUS, *European Fisheries Law*, Groningen, 2009; CHURCHILL & OWEN, *The EC Common Fisheries Policy*, Oxford, 2010; MARKUS & SALOMON, *The Law and Policy behind the Upcoming Reform of the Common Fishery Policy*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2012, p. 257; CACCIATORE & ELIANTONIO, *Enforcement condiviso in contesti multilivello. Italia e Unione Europea nella Politica comune della pesca*, Bologna, 2019.

² Dall'acronimo inglese ampiamente diffuso a livello internazionale per identificare svariate tipologie di attività di pesca illegali, non dichiarate e non regolamentate. L'acronimo è utilizzato nello strumento volontario adottato nel 2001 dall'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura per contrastare il fenomeno: si veda FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS, *International Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing*, Rome, 2001, altrimenti chiamato IPOA-IUU. Il Regolamento IUU è pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea L 296 del 29 ottobre 2008. Sul tema della pesca IUU si vedano, tra gli altri, SCHMIDT, *Economic Drivers of Illegal, Unreported and Unregulated (IUU) Fishing*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2005, p. 479; KUEMPLANGAN & PRESS, *Preventing, Deterring and Eliminating IUU Fishing*, in *Environmental Policy and Law*, 2010, p. 262.

³ Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea L 343 del 22 dicembre 2009.

⁴ Regolamento (CE) n. 768/2005 del Consiglio del 26 aprile 2005, che istituisce un'Agenzia comunitaria di controllo della pesca e modifica il regolamento (CEE) n. 2847/93 che istituisce un regime di controllo applicabile nell'ambito della politica comune della pesca, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* L 128 del 21 maggio 2005.

12 dicembre 2017 relativo alla gestione sostenibile delle flotte da pesca esterne⁵. Nel presente contributo si tratta, in particolare, di analizzare l'adattamento dell'ordinamento italiano ai capitoli sanzionatori dei primi due strumenti.

Le norme italiane di adattamento al Regolamento IUU e al Regolamento sul Controllo sono contenute nella legge 4 giugno 2010, n. 96⁶, in particolare all'articolo 28, che contiene la delega al governo per il riassetto della normativa in materia di pesca e acquacoltura; nel relativo decreto legislativo 9 gennaio 2012, n. 4⁷; nonché nella legge 28 luglio 2016, n. 154⁸, in particolare all'articolo 39, contenente modificazioni al decreto legislativo appena menzionato e le sanzioni in materia di pesca illegale. Rilevano anche alcuni strumenti attuativi, come i due decreti ministeriali del 2 marzo 2017 e del 20 luglio 2017⁹ – come modificati dal decreto ministeriale del 1 agosto 2019¹⁰ – sul sistema di punti per le infrazioni gravi commesse dai titolari di licenze di pesca e dai comandanti di peschereccio, rispettivamente, nonché il decreto ministeriale del 1° marzo 2012 sulle esenzioni previste dal Regolamento sul Controllo agli obblighi del dispositivo di localizzazione e identificazione del peschereccio e alla compilazione e trasmissione elettronica dei dati¹¹.

⁵ Regolamento (UE) n. 2017/2403 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2017, relativo alla gestione sostenibile delle flotte da pesca esterne e recante abrogazione del regolamento (CE) n. 1006/2008 del Consiglio, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* L 347 del 28 dicembre 2017.

⁶ *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 146 del 25 giugno 2010.

⁷ *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 26 del 1° febbraio 2012. Il decreto legislativo, in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al primo comma dell'articolo 28 della legge 4 giugno 2010, n. 96, è finalizzato al riordino, al coordinamento e all'integrazione della normativa nazionale in materia di pesca e acquacoltura, fatte salve le competenze regionali, al fine di dare attuazione ai criteri e agli obiettivi previsti, tra gli altri, dal Regolamento IUU.

⁸ *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 16 del 10 agosto 2016.

⁹ *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 213 del 12 settembre 2017.

¹⁰ *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 220 del 19 settembre 2019 (le modifiche riguardano l'art. 8 del decreto ministeriale del 2 marzo 2012 e l'art. 4 del decreto ministeriale del 20 luglio 2017).

¹¹ *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 107 del 9 maggio 2012. Benché un'analisi di quest'ultimo strumento esuli dallo scopo della presente indagine, nel quadro generale è importante tenere sempre in considerazione le esenzioni introdotte dal diritto italiano per i pescherecci tra i 12 e i 15 metri di lunghezza fuori tutto rispetto agli obblighi previsti dal Regolamento sul Controllo in tema di monitoraggio della

Il presente contributo si propone anche di identificare le autorità nazionali competenti per l'adempimento degli obblighi internazionali riguardanti, in particolare, le ispezioni in mare, a bordo dei pescherecci, nonché a terra, al momento dello sbarco e attraverso la catena del mercato ittico; l'adozione di misure di esecuzione immediata; l'amministrazione del sistema di punti a carico del titolare della licenza di pesca e del comandante di peschereccio nei casi di infrazione grave del CFP; e l'amministrazione del registro nazionale delle infrazioni.

Per completare il quadro relativo al contrasto alla pesca illegale condotta da pescherecci italiani, il contributo si propone di formulare anche alcune considerazioni relative alla presenza di pescherecci battenti bandiera italiana nelle acque marittime di altri Stati e in alto mare.

Il quadro complessivo derivante dall'indagine compiuta offrirà l'occasione di elaborare alcune considerazioni sull'effettivo adattamento dell'ordinamento italiano agli obblighi internazionali in materia di controllo sulla pesca e relative sanzioni, nonché sulla trasparenza – e, pertanto, sulla relativa possibilità di valutazione anche da parte della società civile – del sistema di controllo posto in essere dalle autorità nazionali.

2. Il quadro normativo regionale riguardante il controllo sulle attività di pesca e le relative sanzioni

Esiste una correlazione molto stretta tra il Regolamento IUU e il Regolamento sul Controllo. Il primo strumento fu adottato nelle more della revisione del sistema di controllo sulla pesca definito a livello comunitario da un precedente regolamento e contiene alcune disposizioni in merito a tale sistema¹². Il preambolo del Regolamento IUU, infatti, afferma che

posizione del peschereccio e di trasmissione elettronica dei dati. I pescherecci compresi nella categoria suddetta sono esonerati dagli obblighi in questione “se abilitati a operare esclusivamente nelle acque territoriali dello Stato italiano” ovvero “a condizione che non trascorrono mai un tempo superiore alle 24 ore in mare dalla partenza al ritorno in porto”. Siccome l'identificazione dei pescherecci che svolgono pesca IUU risulta preliminare all'applicazione di qualsivoglia sanzione, a seconda del numero totale dei pescherecci italiani esentati dagli obblighi suddetti l'efficacia preventiva e repressiva del Regolamento sul Controllo nei confronti della flotta peschereccia italiana può risultare affievolita.

¹² ROSELLO, *Cooperation and Unregulated Fishing: Interactions between Customary*

“[p]er tenere in debito conto la dimensione internazionale della pesca [IUU], è essenziale che la Comunità adotti le misure necessarie per assicurare una migliore osservanza delle norme della politica comune della pesca. In attesa della revisione del regolamento (CEE) n. 2847/93 del Consiglio, del 12 ottobre 1993, che istituisce un regime di controllo applicabile nell’ambito della politica comune della pesca, è opportuno includere nel presente regolamento disposizioni aventi tale finalità”¹³.

Sia il Regolamento IUU sia il Regolamento sul Controllo sono in vigore dal 1° gennaio 2010¹⁴. Appartenendo alla medesima categoria di strumenti del diritto derivato dell’Unione europea, essi si pongono, nella gerarchia normativa, sullo stesso piano. Non solo i due strumenti condividono il medesimo oggetto, ma perseguono il medesimo scopo. Pertanto, essi possono dirsi complementari e un esame dei rispettivi contenuti, incluse le misure e le sanzioni ivi previste, non fa emergere contraddizioni tra i due strumenti.

Alcune premesse circa il contenuto dei due regolamenti sono contenute, innanzitutto, nella proposta riguardante una nuova strategia comunitaria per prevenire, scoraggiare ed eliminare la pesca IUU (in seguito: Proposta)¹⁵ presentata dalla Commissione europea il 17 ottobre 2007. Questo documento conteneva l’elaborazione di una politica di contrasto alla pesca IUU commessa da pescherecci degli Stati membri sia all’interno sia al di fuori delle acque comunitarie. In particolare, la Proposta evidenziava che l’Unione europea dispone di una delle più grandi flotte da pesca, rappresentando la terza potenza in termini di catture e il più

International Law, and the European Union IUU Fishing Regulation, in *Marine Policy*, 2017, p. 306; SOYER, LELOUDAS & MILLER, *Tackling IUU Fishing: Developing a Holistic Legal Response*, in *Transnational Environmental Law*, 2018, p. 139.

¹³ Regolamento IUU, preambolo, par. 8).

¹⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper: Reform of the Common Fishery Policy*, 2009; SURÍS-REGUEIRO, VARELA-LAFUENTE & GARZA-GIL, *Evolution and Perspectives of the Fisheries Structural Policy in the European Union*, in *Ocean & Coastal Management*, 2011, p. 593.

¹⁵ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni per una nuova strategia comunitaria per prevenire, scoraggiare ed eliminare la pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata*, documento COM(2007) 601 definitivo, 17 ottobre 2007.

grande mercato – nonché il maggiore importatore – di prodotti della pesca al mondo. La pesca IUU, che comporta sia danni ambientali sia conseguenze socio-economiche, viene esercitata, secondo l'analisi della Commissione europea, senza ostacoli rilevanti a tutti i livelli della catena di fornitura. Gli operatori illegali, tra le altre cose, approfittano dei vantaggi offerti da alcuni sistemi nazionali di immatricolazione delle navi; dell'insufficiente cooperazione esistente a livello internazionale e regionale tra Stati e organismi internazionali responsabili del monitoraggio, del controllo e della sorveglianza; nonché della circostanza che le catture avvengono in zone di pesca in cui le attività di controllo sono difficili da eseguire (per esempio, in zone di alto mare remote) ovvero in cui le capacità di controllo delle autorità pubbliche competenti non sono sufficienti per esercitare un effetto dissuasivo (soprattutto nelle acque di paesi in via di sviluppo). La Proposta rilevava che la scarsa probabilità che gli operatori illegali venissero sanzionati, unita all'irrilevanza economica delle sanzioni eventualmente irrogate, non consentiva di esercitare un reale effetto deterrente su coloro che intraprendono attività di pesca IUU. In altre parole, tali sanzioni potevano essere considerate dagli operatori illegali alla stregua di "costi operativi trascurabili".

La Proposta conteneva, quindi, l'indicazione di misure di contrasto al fenomeno illegale, alcune delle quali – in particolare, le sanzioni – sarebbero confluite necessariamente in un regolamento, mentre altre – tese a orientare la futura politica dell'Unione europea sulla materia in questione – sarebbero state attuate al di fuori del quadro normativo vincolante.

La necessità di definire regole più severe per la flotta peschereccia comunitaria divenne ancora più evidente quando la Corte dei conti europea, nello stesso anno, pubblicò la relazione speciale n. 7/2007 riguardante i "Sistemi di controllo, ispezione e sanzionamento relativi alle norme di conservazione delle risorse ittiche comunitarie"¹⁶. La relazione evidenziava che i dati relativi alle catture non erano completi né affidabili, impedendo di conoscere la reale entità dei prelievi e nuocendo, di conseguenza, al buon funzionamento del sistema della totale cattura consentita e delle quote¹⁷. I dispositivi di ispezione previsti non garantivano,

¹⁶ Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea C 317 del 28 dicembre 2007.

¹⁷ Si veda in proposito KARAGIANNAKOS, *Total Allowable Catch (TAC) and Quota Management System in the European Union*, in *Marine Policy*, 1993, p. 235.

secondo la relazione, né una prevenzione né un rilevamento efficaci delle infrazioni. Inoltre, la sovraccapacità, incidendo sulla redditività dell'industria della pesca in un contesto di diminuzione delle catture autorizzate incoraggiava il non rispetto dei limiti e pregiudicava la qualità dei dati trasmessi¹⁸. Si consideri, inoltre, che l'unico strumento a disposizione della Commissione europea nei confronti degli Stati membri, consistente nel ricorso per inadempimento dinnanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, si dimostrava poco efficace, potendo trovare un uso limitato e certamente non adeguato a far fronte alla varietà delle infrazioni commesse e, soprattutto, alla necessità di sanzionarle tempestivamente.

Con lo scopo di assicurare l'effettiva applicazione delle regole della CFP, sia il Regolamento IUU sia il Regolamento sul Controllo, elaborati sulla base delle considerazioni sopra menzionate, si fondano innanzitutto sul principio per cui le sanzioni devono essere di entità tale da rimuovere ogni beneficio economico risultante dalla pesca IUU e, in questo modo, garantire un sufficiente effetto deterrente nei confronti di ogni potenziale trasgressore. L'obiettivo comune alle misure e alle sanzioni previste nei due strumenti consiste, quindi, nel punire gli operatori illegali in misura tale da impedire loro di trarre profitto da attività di pesca che siano contrarie alle regole della CFP¹⁹. Le relative sanzioni devono essere adottate e applicate dagli Stati membri e non interferiscono con i sistemi sanzionatori previsti dagli Stati terzi²⁰.

La determinazione di quali attività costituiscano pesca IUU rappresenta una fase necessariamente preliminare all'adozione di qualsivoglia misura e all'irrogazione di qualsivoglia sanzione nei confronti dei responsabili. Tale determinazione è affidata agli articoli 3 e 42 del Regolamento IUU, in combinato disposto con l'articolo 90 del Regolamento sul

¹⁸ Molte delle problematiche illustrate non possono ancora dirsi risolte. Si veda, tra gli altri, SELF, *Who Speaks for the Fish: The Tragedy of Europe's Common Fisheries Policy*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2015, p. 577.

¹⁹ Su questo aspetto si veda anche SUMAILA, *A Carding System as an Approach to Increasing the Economic Risk of Engaging in IUU Fishing?*, in *Frontiers in Marine Science*, 2019.

²⁰ Si veda EUROPEAN COMMISSION, *Handbook on the practical application of Council Regulation (EC) No. 1005/2008 of 29 September 2008 establishing a Community system to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing (The IUU Regulation)*, version 1 – 10/2009, Mare A4/PS D(2009) A/12880 (disponibile anche in italiano, ma in versione ridotta).

Controllo, che individuano le “infrazioni gravi” della CFP e le relative sanzioni, rispettivamente.

Il Regolamento IUU, in particolare, elabora un sistema sanzionatorio che comporta tre diverse conseguenze per il trasgressore: misure di esecuzione immediata (articolo 43); sanzioni per le infrazioni gravi, che possono essere sia amministrative sia penali (articolo 44); e sanzioni accessorie (articolo 45).

La prima tipologia di misure è riservata ai casi di sospetto ovvero di flagranza nella commissione di un’infrazione grave²¹. In questi casi, è previsto che gli Stati membri avviino subito un’indagine approfondita e che, in conformità al diritto nazionale e in funzione della gravità dell’infrazione, adottino misure che comprendono la cessazione immediata dell’attività di pesca, il ritorno in porto del peschereccio, l’ispezione dello stesso, la costituzione di una garanzia, il sequestro degli attrezzi da pesca, delle catture e dei prodotti della pesca, l’immobilizzazione temporanea del peschereccio e la sospensione dell’autorizzazione di pesca. È evidente che le misure di esecuzione immediata devono essere tali da impedire il proseguimento dell’infrazione grave e da consentire alle autorità competenti di svolgere le opportune indagini.

Laddove siano individuati dei responsabili di infrazioni gravi, gli Stati membri sono tenuti a irrogare, nei confronti degli stessi, sanzioni amministrative “effettive, proporzionate e dissuasive”²². È considerata tale una sanzione massima almeno pari a cinque volte il valore dei prodotti della pesca ottenuti commettendo l’infrazione grave, ovvero almeno pari a otto volte il valore suddetto qualora l’infrazione grave sia stata reiterata entro un periodo di cinque anni²³. In alternativa o in aggiunta alle sanzioni amministrative, è previsto che gli Stati membri possano irrogare sanzioni penali, sempre rispettando i criteri di effettività, proporzionalità e potenziale dissuasivo²⁴.

Le sanzioni suddette possono essere accompagnate ad altre sanzioni o misure, le c.d. “sanzioni accessorie”, tra le quali sono comprese il sequestro del peschereccio ovvero la sua immobilizzazione temporanea, la

²¹ Si veda anche l’articolo 91 del Regolamento sul Controllo.

²² Si vedano anche gli articoli 89 e 90 del Regolamento sul Controllo.

²³ Articolo 44, par. 2, del Regolamento IUU.

²⁴ Articolo 44, par. 3, del Regolamento IUU.

confisca degli attrezzi da pesca, delle catture e dei prodotti della pesca, la riduzione ovvero la revoca dei diritti di pesca, l'esclusione permanente o temporanea del diritto di ottenere nuovi diritti di pesca, il divieto temporaneo o permanente di fruire di aiuti o sovvenzioni pubbliche, nonché la sospensione o la revoca dello status di "operatore economico riconosciuto" concesso ai sensi dello stesso regolamento²⁵. L'irrogazione di sanzioni accessorie è affidata alla discrezionalità di ogni Stato membro, a differenza dell'irrogazione delle sanzioni per le infrazioni gravi, che è invece sempre obbligatoria. In base a quanto illustrato, pertanto, ogni Stato membro è tenuto a sospendere la licenza di pesca del trasgressore come misura di esecuzione immediata e, successivamente, può decidere di sospendere ovvero ritirare la suddetta licenza applicando la relativa sanzione accessoria.

Sia il Regolamento IUU sia il Regolamento sul Controllo perseguono la finalità di scoraggiare anche l'impiego di attrezzi da pesca illegali. Il capitolo IX del Regolamento IUU, che riguarda casi di infrazioni gravi commesse da pescherecci dell'Unione europea ovvero da cittadini dei relativi Stati membri²⁶, viene infatti applicato nei confronti di pescherecci sorpresi nell'impiego di attrezzi da pesca illegali: anche in questi casi, le autorità nazionali sono tenute ad avviare un'indagine approfondita, adottando le misure di esecuzione immediata sopra richiamate, che dipenderanno dalla gravità dell'infrazione.

Ai sensi del Regolamento sul Controllo, la sospensione o la revoca definitiva della licenza di pesca da parte degli Stati membri possono rappresentare anche il risultato dell'applicazione del sistema di punti per infrazioni gravi, che è previsto dal medesimo strumento nei confronti di cittadini dell'Unione europea che abbiano condotto attività di pesca IUU²⁷.

Infine, è previsto che gli Stati membri istituiscano un registro nazionale delle infrazioni delle norme della CFP commesse da navi battenti la loro bandiera o da loro cittadini, con l'indicazione delle sanzioni irrogate e del numero di punti assegnato. In tale registro, gli Stati membri sono

²⁵ L'articolo 16, par. 3, del Regolamento IUU fissa i criteri in base ai quali le autorità competenti di uno Stato membro concedono a un importatore tale status.

²⁶ Articolo 41 del Regolamento IUU.

²⁷ Articolo 92 del Regolamento sul Controllo.

tenuti a inserire anche le infrazioni che vengono perseguite in altri Stati membri – sempre sul presupposto che siano state commesse dai soggetti appena indicati –, previa notifica della decisione giudiziaria definitiva da parte dello Stato membro competente²⁸.

Secondo quanto previsto dal Regolamento sul Controllo, regole dettagliate per l'applicazione del sistema di punti avrebbero dovuto essere adottate a livello di Unione europea tramite una procedura che avrebbe coinvolto la Commissione europea, assistita dal Comitato per il settore della pesca e dell'acquacoltura. Di conseguenza, le regole in questione sono state definite dalle istituzioni suddette attraverso un regolamento della Commissione, di attuazione del Regolamento sul Controllo e dai relativi allegati²⁹. Per quanto qui interessa, gli allegati XXX e XXXVII dello strumento attuativo sono particolarmente rilevanti, in quanto contenenti l'indicazione dei "Punti assegnati in caso di infrazioni gravi" e l'"Elenco delle informazioni minime da includere nella relazione quinquennale sull'applicazione del Regolamento sul Controllo", rispettivamente³⁰.

In generale, il quadro oggi definito dal Regolamento IUU e dal Regolamento sul Controllo offre agli Stati membri strumenti più efficaci per affrontare il fenomeno della pesca IUU rispetto a quanto previsto in passato, sia nei confronti delle persone fisiche sia rispetto alle attività gestite da persone giuridiche. Trascorso un decennio dall'entrata in vigore dei due strumenti, può essere interessante valutare l'effettività delle relative misure e sanzioni, anche e soprattutto alla luce della primaria responsabilità degli Stati membri di attuarne il contenuto.

²⁸ Articolo 93 del Regolamento sul Controllo.

²⁹ Regolamento di esecuzione (UE) n. 404/2011 della Commissione, dell'8 aprile 2011, recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1224/2009 del Consiglio che istituisce un regime di controllo comunitario per garantire il rispetto delle norme della politica comune della pesca.

³⁰ Per le regole di dettaglio riguardanti l'esecuzione del Regolamento IUU, si veda il Regolamento (CE) n. 1010/2009 della Commissione del 22 ottobre 2009, recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1005/2008 del Consiglio che istituisce un regime comunitario per prevenire, scoraggiare ed eliminare la pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata.

3. *Il quadro normativo italiano di adattamento e le autorità nazionali competenti*

Il particolare caso dell'Italia risulta emblematico nel dimostrare la difficoltà riscontrata da alcuni Stati membri nel dare attuazione al quadro normativo regionale in materia di controlli sulla pesca IUU.

In passato, tra tutte le misure di carattere tecnico relative alla pratica della pesca commerciale, la restrizione e il successivo divieto delle reti da posta derivanti sono quelle che hanno creato le difficoltà maggiori per il nostro paese. In Italia, i pescatori di alcune località tradizionalmente utilizzavano reti da posta derivanti di una certa lunghezza, in alcuni casi superiore ai venti chilometri: le c.d. *spadare*. Prima dell'adozione delle relative restrizioni a livello comunitario³¹, il quadro normativo italiano concernente l'impiego di questa particolare tipologia di attrezzi per la pesca era inadeguato – e la situazione, di fatto, non migliorò durante tutto il ventennio successivo all'adozione delle restrizioni.

Nel 2008, la Commissione europea convenne l'Italia dinnanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea (in seguito: la "Corte"), ottenendone la condanna per inadempimento degli obblighi comunitari. La Corte rilevò che l'Italia non aveva provveduto a controllare, ispezionare e sorvegliare in modo adeguato, sul proprio territorio e nelle acque marittime soggette alla propria sovranità o giurisdizione, l'esercizio della pesca, segnatamente per quanto riguarda il rispetto delle disposizioni che disciplinano la detenzione a bordo e l'impiego delle reti da posta derivanti. Inoltre, la Corte rilevò che l'Italia aveva mancato di provvedere in misura sufficiente a che fossero adottati adeguati provvedimenti nei confronti dei responsabili delle infrazioni della normativa comunitaria in materia di detenzione a bordo e di

³¹ Si veda il Regolamento (CEE) n. 345/92 del Consiglio del 27 gennaio 1992 recante undicesima modifica del regolamento (CEE) n. 3094/86 che istituisce misure tecniche per la conservazione delle risorse della pesca. L'articolo 9-bis, introdotto da questo strumento, prevedeva quanto segue: "È vietato a qualsiasi nave tenere a bordo o effettuare attività di pesca con una o diverse reti da posta derivante, la cui lunghezza individuale o addizionata sia superiore a 2,5 chilometri". Sulle questioni che si erano poste in precedenza a proposito delle attività di pesca italiane, si veda SCOVAZZI, *La pesca con reti derivanti nel Mediterraneo*, in questa *Rivista*, 1992, p. 523.

utilizzo di reti da posta derivanti, segnatamente con l'applicazione di sanzioni dissuasive³².

La condanna dell'Italia in sede comunitaria valse a evidenziare che la detenzione a bordo e l'impiego, da parte dei pescatori italiani, di reti da posta derivanti di cui è vietato l'uso erano "frequenti, abituali e ampiamente diffusi"³³. In effetti, la conferma del diffuso impiego in Italia di queste attrezzature estremamente dannose per gli ecosistemi marini veniva da parte della stessa Guardia costiera, che, in un rapporto relativo al quinquennio concomitante al giudizio appena richiamato (2005-2009), affermava che la priorità in materia di controlli sulla pesca da parte delle autorità italiane riguardava proprio l'impiego delle spadare³⁴. In questo modo, implicitamente, il rapporto della Guardia costiera riconosceva che, in Italia, la pesca illegale si identificava prevalentemente con l'impiego di questa tipologia di attrezzo.

L'ultimo rapporto annuale redatto dalla Guardia costiera prima dell'entrata in vigore dei due regolamenti oggetto della presente analisi enfatizzava come i trasgressori si fossero efficientemente organizzati in reazione ai controlli condotti dalle autorità italiane, scegliendo spesso di sbarcare le catture in porti stranieri³⁵. Veniva inoltre evidenziato che, a causa della carenza di magazzini in cui detenere le attrezzature illegali confiscate, non di rado poteva accadere che queste ultime venissero restituite ai trasgressori. In generale, nonostante fosse affrontato con priorità d'azione dalle autorità nazionali nel periodo immediatamente precedente l'entrata in vigore dei due nuovi regolamenti comunitari, il fenomeno dell'impiego delle reti da posta derivanti era ancora in atto e assumeva

³² CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, causa C-249/08, *Commissione c. Italia*, sentenza del 29 ottobre 2009. La Corte riconobbe che l'Italia era venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'articolo 1, n. 1, del Regolamento (CEE) n. 2241 del Consiglio del 23 luglio 1987, che istituisce alcune misure di controllo delle attività di pesca, nonché degli articoli 2, n. 1, e 31, nn. 1 e 2, del Regolamento (CEE) n. 2847 del Consiglio del 12 ottobre 1993, che istituisce un regime di controllo applicabile nell'ambito della politica comune della pesca, come modificato dal Regolamento (CE) n. 2846 del Consiglio del 17 dicembre 1998.

³³ *Ibidem*, par. 48.

³⁴ COMANDO GENERALE DEL CORPO DELLE CAPITANERIE DI PORTO, *L'attività di contrasto alle reti derivanti illegali – Quinquennio 2005-2009*.

³⁵ Per esempio, presso il porto di Biserta, in Tunisia.

forme diverse, anche a causa del suo carattere estremamente profittevole per i trasgressori.

La legislazione italiana, al tempo, mostrava evidenti lacune³⁶. Con l'entrata in vigore delle nuove norme comunitarie, la legge 4 giugno 2010, n. 96, delegò al governo il riassetto della legislazione italiana in materia di pesca e acquacoltura. Il decreto legislativo 9 gennaio 2012, n. 4, contenente il testo unico sulla pesca (in seguito: T.U.), ha quindi trasposto la più recente normativa comunitaria nel diritto italiano. Successivamente, il T.U. è stato emendato dall'articolo 39 della legge 28 luglio 2016, n. 154, relativo al sistema di sanzioni a carico dei trasgressori, il quale dà attuazione ai capitoli sanzionatori del Regolamento IUU e del Regolamento sul Controllo.

Tuttavia, anche a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento IUU e del Regolamento sul Controllo, l'impiego di attrezzature illegali da parte di pescherecci italiani non è cessato. Per esempio, solo nel 2018, vedette della Guardia costiera di Lipari effettuarono il sequestro di 28.000 metri di spadare, detenute e utilizzate da pescatori professionali e diporisti nel tratto di mare a nord delle Isole Eolie³⁷. La persistenza del fenomeno anche in seguito all'inasprimento delle relative sanzioni è con tutta evidenza collegabile al carattere ancora profittevole delle attività illegali.

Dal momento che attività di pesca illegali vengono condotte sia da soggetti privi di qualsivoglia autorizzazione alla pesca sia da titolari di licenze di pesca, è utile evidenziare che, in Italia, il documento che autorizza la pesca professionale è rilasciato all'armatore del peschereccio che sia regolarmente iscritto nel registro dei pescatori marittimi³⁸. È infatti previsto che, per l'esercizio della pesca professionale, le navi e i galleggianti abilitati alla navigazione ai sensi dell'articolo 149 del codice della

³⁶ Lo stesso rapporto relativo al quinquennio 2005-2009 della Guardia costiera sopra richiamato evidenziava come il divieto della mera "detenzione", e non anche dell'"utilizzo", delle reti derivanti, non fosse idoneo a scoraggiare il fenomeno, ma, al contrario, offrì ai trasgressori la garanzia di non subire la confisca dell'attrezzatura illegale a fronte della mera presenza delle reti a bordo del peschereccio.

³⁷ GUARDIA COSTIERA (MILAZZO), *Attività di contrasto all'utilizzo delle reti da posta derivanti di tipo illegale*, 2018.

³⁸ Ai sensi del decreto legislativo 26 maggio 2004, n. 153, articolo 2, "[c]oloro che intendono esercitare la pesca marittima professionale devono conseguire l'iscrizione al pertinente registro dei pescatori marittimi istituito presso le Capitanerie di porto".

navigazione debbano essere muniti di licenza di pesca³⁹ e tale documento autorizza l'attività in questione esclusivamente con l'attrezzatura indicata sullo stesso. La licenza è valida per un periodo di otto anni, sul presupposto del versamento della relativa tassa di concessione, ed è rinnovabile su richiesta⁴⁰.

Tutti i dati relativi all'armatore e all'imbarcazione vengono quindi inseriti in un registro elettronico delle licenze di pesca, che serve anche a controllare la capacità della flotta di pesca nazionale in tempo reale⁴¹.

Ai sensi dell'articolo 28 della legge 96/2010, l'articolo 22 del T.U. individua le autorità competenti per le funzioni di sorveglianza e di controllo sulla pesca IUU condotta da pescherecci battenti bandiera italiana (a prescindere dalle acque in cui gli stessi operano), nonché da pescherecci di altri Stati membri dell'Unione europea e da pescherecci battenti bandiera di Stati terzi che si trovino a operare nelle acque marittime italiane. La disposizione menzionata individua il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali (MIPAAF) – in particolare, la Direzione generale della pesca marittima e dell'acquacoltura (PEMAC) – quale autorità competente ai sensi del Regolamento sul Controllo per il coordinamento delle attività di sorveglianza di tutte le autorità di controllo nazionali⁴². A questo fine, il MIPAAF - PEMAC coordina il Comando generale del Corpo delle Capitanerie di porto - Guardia costiera, agendo appunto come Centro di controllo nazionale della pesca (CCNP)⁴³.

L'Italia ha pertanto posto il Comando generale del Corpo delle Capitanerie di porto - Guardia costiera all'apice della catena di controllo e, al fine di consentire allo stesso lo svolgimento effettivo delle attività di sor-

³⁹ *Ibidem*, articolo 4.

⁴⁰ Nelle more del rinnovo, la Guardia costiera è competente per il rilascio di una licenza temporanea.

⁴¹ Oltre alle licenze professionali di pesca, specifiche licenze vengono rilasciate agli operatori dell'acquacoltura e per le imbarcazioni che servono i relativi impianti.

⁴² L'articolo 5, par. 5, del Regolamento sul Controllo prevede che “[i]n ogni Stato membro vi è un'unica autorità competente che coordina le attività di controllo di tutte le autorità di controllo nazionali. Tale autorità è inoltre incaricata di coordinare la raccolta, il trattamento e la certificazione dei dati sulle attività di pesca e notifica questi dati alla Commissione, all'Agenzia comunitaria di controllo della pesca istituita dal regolamento (CE) n. 768/2005 del Consiglio, agli altri Stati membri e, se necessario, ai paesi terzi, con cui collabora ed a cui assicura che siano trasmesse le informazioni”.

⁴³ Articolo 22, secondo comma, del T.U.

veglanza, ha provveduto a fornirlo di un sistema di controllo delle unità da pesca via satellite, come richiesto dal Regolamento sul Controllo⁴⁴. In particolare, un peschereccio di lunghezza fuori tutto pari o superiore a 12 metri deve aver installato a bordo un dispositivo pienamente funzionante che consenta la localizzazione e l'identificazione automatiche dello stesso grazie alla trasmissione a intervalli regolari di dati relativi alla sua posizione. Tale dispositivo consente anche il rilevamento del peschereccio da parte del CCNP⁴⁵. I pescherecci di lunghezza fuori tutto superiore a 15 metri, invece, devono aver installato un sistema di identificazione automatica di cui assicurano il corretto funzionamento e che rispetta le norme di rendimento stabilite dall'Organizzazione marittima internazionale conformemente al capitolo V, regola 19, sezione 2.4.5, della Convenzione internazionale per la sicurezza della vita umana in mare (Londra, 1974)⁴⁶.

Le attività di controllo sulla pesca, sul commercio e sulla somministrazione dei relativi prodotti, nonché l'accertamento delle infrazioni, sono affidati, sotto la direzione dei comandanti delle Capitanerie di Porto, al personale civile e militare dell'autorità marittima centrale e periferica, alle Guardie di finanza, ai Carabinieri, agli agenti di pubblica sicurezza e a ad agenti giurati nominati dalle amministrazioni regionali, provinciali e comunali⁴⁷. A questi ultimi è riconosciuta la qualifica di ufficiali o agenti

⁴⁴ L'articolo 9 del Regolamento sul Controllo prevede che “[g]li Stati membri utilizzano un sistema di controllo dei pescherecci via satellite al fine di sorvegliare efficacemente le attività di pesca esercitate dai pescherecci battenti la loro bandiera ovunque si trovino, nonché le attività di pesca esercitate nelle acque degli Stati membri”. Ai sensi dell'articolo 4 del Regolamento sul Controllo, i “dati del sistema di controllo dei pescherecci” sono i “dati relativi all'identificazione del peschereccio, alla posizione geografica, alla data, all'ora, alla rotta e alla velocità, trasmessi al centro di controllo della pesca dello Stato membro di bandiera grazie ai dispositivi di localizzazione via satellite installati a bordo”, mentre il “sistema di rilevamento delle navi” è la “tecnologia VDS via satellite in grado di identificare le navi e di localizzarle in mare”.

⁴⁵ Articolo 9, par. 2, del Regolamento sul Controllo.

⁴⁶ Articolo 10, par. 1, del Regolamento sul Controllo e allegato II, parte I, punto 3, della direttiva 2002/59/CE.

⁴⁷ Le spese per il mantenimento degli agenti giurati sono sostenute dalle singole amministrazioni locali. Gli agenti giurati devono possedere i requisiti previsti dalle leggi di pubblica sicurezza e la loro nomina, previo parere favorevole del capo del Compartimento marittimo, avviene secondo le norme previste dalle leggi di pubblica sicurezza.

di polizia giudiziaria, secondo le rispettive attribuzioni, ai fini della vigilanza sulla pesca ai sensi dell'articolo 55, ultimo comma, del codice di procedura penale.

Gli incaricati del controllo sulla pesca marittima, così individuati dall'articolo 22 del T.U., possono accedere in ogni momento presso le navi, i galleggianti, gli stabilimenti di pesca, i luoghi di deposito e di vendita, commercializzazione e somministrazione e presso i mezzi di trasporto dei prodotti della pesca, al fine di accertare l'osservanza delle norme sulla disciplina della pesca. L'articolo 23 del medesimo strumento prevede, inoltre, che per i reati ivi previsti le amministrazioni interessate possono costituirsi parte civile nel relativo giudizio penale.

Il T.U. consente alle autorità di derogare alle disposizioni del diritto interno per assicurare una più effettiva attuazione delle regole della CFP. Innanzitutto, è previsto che il MIPAAF, con proprio decreto, sentita la Commissione consultiva centrale per la pesca marittima, possa disciplinare la pesca anche in deroga alle discipline regolamentari nazionali, in conformità alle norme comunitarie, al fine di adeguarla al progresso delle conoscenze scientifiche e delle applicazioni tecnologiche e favorirne lo sviluppo in determinate zone o per determinate classi di essa⁴⁸. In secondo luogo, al fine di conservare e gestire le risorse della pesca, il MIPAAF può, con proprio decreto, anche sospendere l'attività di pesca o disporre altre limitazioni.

Nella prassi applicativa, quindi, le autorità portuali e la Guardia costiera assumono un ruolo primario nella sorveglianza e nel controllo relativi al settore della pesca marittima. In relazione alle infrazioni riscontrate, il Capo del compartimento marittimo è individuato quale autorità competente a ricevere il relativo rapporto⁴⁹.

4. *La determinazione di "infrazione grave" della politica comune della pesca e la sua trasposizione nel diritto interno*

Il T.U., come modificato nel 2016, definisce il contenuto di un' "infra-

⁴⁸ Articolo 24 del T.U.

⁴⁹ Articolo 17 della legge 24 novembre 1981, n. 689, sulla modifica del sistema penale e successive modificazioni.

zione grave” della CFP. Questa particolare tipologia di violazione viene identificata in contravvenzioni e illeciti amministrativi determinati, che vengono elencati negli articoli 7 e 10 del medesimo strumento, rispettivamente⁵⁰.

Ai sensi dell’articolo 7, primo comma, del T.U., le seguenti contravvenzioni costituiscono infrazioni gravi della CFP:

“a) pescare, detenere, trasbordare, sbarcare, trasportare e commercializzare le specie di cui sia vietata la cattura in qualunque stadio di crescita, in violazione della normativa vigente;

e) esercitare la pesca in acque sottoposte alla competenza di un’organizzazione regionale per la pesca, violandone le misure di conservazione o gestione e senza avere la bandiera di uno degli Stati membri di detta organizzazione”⁵¹.

Il divieto di cui alla lettera a) non riguarda la pesca scientifica e le altre attività espressamente autorizzate ai sensi delle normative internazionale, europea e nazionale. Rimane comunque esclusa qualsiasi forma di commercializzazione per i prodotti di tale tipo di pesca, essendo consentito detenere e trasportare le specie pescate per soli fini scientifici⁵².

Ai sensi dell’articolo 10, primo comma, del T.U., i seguenti illeciti amministrativi costituiscono infrazioni gravi della CFP:

“a) effettuare la pesca con unità iscritte nei registri di cui all’articolo 146 del codice della navigazione, senza essere in possesso di una licenza di pesca in corso di validità o di un’autorizzazione in corso di validità”⁵³;

⁵⁰ Gli articoli 7 e 10 elencano anche ulteriori contravvenzioni e illeciti amministrativi che, pur costituendo violazioni della CFP, non valgono a rappresentare infrazioni gravi secondo il diritto dell’Unione europea.

⁵¹ Nel caso italiano, l’organizzazione regionale per la pesca di riferimento è la Commissione generale per la pesca nel Mediterraneo, istituita ai sensi dell’articolo XIV dello Statuto dell’Organizzazione delle Nazioni Unite per l’Alimentazione e l’Agricoltura.

⁵² Articolo 7, secondo comma, del T.U.

⁵³ L’articolo 146 del codice della navigazione regola l’immatricolazione di navi e galleggianti.

- b) pescare in zone e tempi vietati dalle normative europea e nazionale vigenti;
- d) pescare direttamente stock ittici per i quali la pesca è sospesa ai fini del ripopolamento per la ricostituzione degli stessi;
- g) pescare direttamente uno stock ittico per il quale è previsto un contingente di cattura, senza disporre di tale contingente ovvero dopo che il medesimo è andato esaurito;
- h) pescare con attrezzi o strumenti vietati dalle normative europea e nazionale o non espressamente permessi, o collocare apparecchi fissi o mobili ai fini di pesca senza la necessaria autorizzazione o in difformità da questa;
- n) falsificare, occultare od omettere la marcatura, l'identità o i contrassegni di individuazione dell'unità da pesca, ovvero, dove previsto, degli attrezzi da pesca;
- o) violare gli obblighi previsti dalle pertinenti normative europea e nazionale vigenti in materia di registrazione e dichiarazione dei dati relativi alle catture e agli sbarchi, compresi i dati da trasmettere attraverso il sistema di controllo dei pescherecci via satellite;
- p) violare gli obblighi previsti dalle pertinenti normative europea e nazionale vigenti in materia di registrazione e dichiarazione dei dati relativi alle catture e agli sbarchi di specie appartenenti a stock oggetto di piani pluriennali o pescate fuori dalle acque mediterranee;
- q) effettuare operazioni di trasbordo o partecipare a operazioni di pesca congiunte con pescherecci sorpresi ad esercitare pesca IUU, in particolare con quelli inclusi nell'elenco dell'Unione delle navi IUU o nell'elenco delle navi IUU di un'organizzazione regionale per la pesca, o effettuare prestazione di assistenza o rifornimento a tali navi;
- r) utilizzare un peschereccio privo di nazionalità e quindi da considerare nave senza bandiera ai sensi del diritto vigente;

s) occultare, manomettere o eliminare elementi di prova relativi a un'indagine posta in essere dagli ispettori della pesca, dagli organi deputati alla vigilanza ed al controllo e dagli osservatori, nell'esercizio delle loro funzioni, nel rispetto delle normative europea e nazionale vigenti;

t) intralciare l'attività posta in essere dagli ispettori della pesca, dagli organi deputati alla vigilanza e al controllo e dagli osservatori, nell'esercizio delle loro funzioni, nel rispetto delle normative europea e nazionale vigenti;

aa) violare le prescrizioni delle normative europea e nazionale vigenti in materia di obbligo di sbarco”.

Inoltre, fatte salve le specie ittiche soggette all'obbligo di sbarco ai sensi delle normative europee e nazionali, rappresentano infrazioni gravi della CFP, ai sensi dell'articolo 10, secondo comma, del T.U.:

“a) detenere, sbarcare e trasbordare esemplari di specie ittiche di taglia inferiore alla taglia minima di riferimento per la conservazione, in violazione della normativa vigente;

b) trasportare, commercializzare e somministrare esemplari di specie ittiche di taglia inferiore alla taglia minima di riferimento per la conservazione, in violazione della normativa vigente”.

Infine, il quarto comma della medesima disposizione dispone che, in caso di cattura accidentale o accessoria di specie soggette all'obbligo di sbarco, la cui taglia sia inferiore alla taglia minima di riferimento per la conservazione, è fatto divieto di trasportarne e commercializzarne gli esemplari al fine del consumo umano diretto. La violazione di tale divieto costituisce infrazione grave della CFP.

L'elenco delle infrazioni gravi nel diritto italiano include, quindi, tutte le categorie di infrazioni gravi individuate dagli articoli 3 e 42, par. 1, del Regolamento IUU. Tuttavia, lo stesso non può dirsi per le tre categorie di infrazioni gravi individuate dall'articolo 90 del Regolamento sul Controllo, in particolare:

- “a) la mancata trasmissione di una dichiarazione di sbarco o di una nota di vendita quando lo sbarco della cattura ha avuto luogo nel porto di un paese terzo;
- b) la manomissione di un motore al fine di aumentarne la potenza al di là della potenza massima continua indicata nel certificato del motore;
- c) il mancato sbarco di specie soggette a un contingente catturate nell’ambito di un’operazione di pesca, a meno che tale sbarco non sia contrario agli obblighi previsti nelle norme della politica comune della pesca per il tipo di pesca o le zone di pesca per cui tali norme sono applicabili”.

Le prime due categorie di infrazioni gravi non sono state trasposte nel diritto italiano come tali, ovvero non sono state trasposte del tutto.

Nel primo caso, la tipologia descritta dal Regolamento sul Controllo non compare nel diritto italiano, né in qualità di contravvenzione, né come illecito amministrativo – e, conseguentemente, tantomeno costituisce infrazione grave della CFP.

Quanto al secondo caso, il T.U., come modificato nel 2016, all’articolo 10, primo comma, lettera l), elenca tra gli illeciti amministrativi le violazioni individuate dall’articolo 90, par. 1, lettera b), del Regolamento sul Controllo, senza però considerarle alla stregua di infrazioni gravi della CFP⁵⁴. Di conseguenza, il “manomettere, sostituire, alterare o modificare l’apparato motore dell’unità da pesca, al fine di aumentarne la potenza oltre i limiti massimi indicati nella relativa certificazione tecnica”⁵⁵, secondo il diritto italiano, non comporta l’applicazione al trasgressore del sistema di punti per infrazioni gravi.

Si può concludere che gli elenchi di infrazioni gravi previsti dal Regolamento IUU e dal Regolamento sul Controllo, rispettivamente, non hanno quindi ricevuto lo stesso livello di trasposizione nel diritto italiano.

⁵⁴ Articolo 14, secondo comma, del T.U.

⁵⁵ Questo il linguaggio utilizzato dall’articolo 10, primo comma, lettera l), del T.U.

5. *Le misure sanzionatorie e la loro trasposizione nel diritto interno*

Come avviene per l'identificazione delle violazioni che rappresentano infrazioni gravi della CFP, la trasposizione a livello nazionale del sistema sanzionatorio dell'Unione europea relativo alla pesca IUU è affidata al T.U., in termini di misure di esecuzione immediata, sanzioni penali e amministrative, nonché sanzioni accessorie⁵⁶. Anche a questo proposito, tuttavia, la trasposizione si rivela solo parziale.

Quali misure di esecuzione immediata, il diritto italiano prevede, infatti, il sequestro degli attrezzi da pesca e delle catture e la sospensione della licenza di pesca per la maggior parte delle infrazioni gravi. Tuttavia, tra queste ultime, alcune non vengono sanzionate con misure di esecuzione immediata, come previsto dal diritto dell'Unione europea. Per esempio, la violazione delle prescrizioni delle normative europea e nazionale in materia di obbligo di sbarco⁵⁷ non prevede alcun sequestro; e le infrazioni gravi di cui all'articolo 10, primo comma, lettere n), o), r) e aa) del T.U. non prevedono alcuna sospensione dell'autorizzazione di pesca.

Il diritto italiano, pertanto, non mette a disposizione delle autorità nazionali di controllo tutte le misure di esecuzione immediata previste dall'articolo 43 del Regolamento IUU per i casi di infrazioni gravi. Nessuna disposizione del diritto interno, in particolare, offre la possibilità di ordinare, quali misure di esecuzione immediata, la cessazione immediata delle attività di pesca, il ritorno in porto del peschereccio, l'invio del mezzo di trasporto verso un altro luogo ai fini di ispezione, la costituzione di garanzia e l'immobilizzazione temporanea del peschereccio. Il diritto italiano considera tali misure quali sanzioni accessorie da poter applicare nei casi di accertata violazione, non già nei casi di mero sospetto della commissione dell'infrazione, come se le misure in questione derivassero dalla trasposizione dell'articolo 45 del Regolamento IUU. Di conseguenza, le misure appena descritte non vengono applicate quando "una persona fisica è sospettata di aver commesso o è stata colta in flagrante mentre commetteva un'infrazione grave o una persona giuridica è sospettata

⁵⁶ Le tre categorie di sanzioni sono state illustrate nel secondo paragrafo del presente contributo.

⁵⁷ Articolo 10, primo comma, lettera aa), del T.U.

di essere responsabile di tale violazione”, come richiesto espressamente dall’articolo 43 del Regolamento IUU e dall’articolo 91 del Regolamento sul Controllo. Questa trasposizione solo parziale della normativa comunitaria compromette, almeno in parte, la funzione dissuasiva che le misure di esecuzione immediata dovrebbero riuscire a svolgere rispetto al fenomeno della pesca IUU.

Per quanto concerne la seconda categoria sanzionatoria prevista dal diritto comunitario, il T.U. non punisce penalmente tutte le infrazioni gravi della CFP. Tuttavia, questa scelta appare senz’altro legittima, in quanto i due regolamenti, come sopra illustrato, prevedono che le sanzioni penali siano irrogate solo “in aggiunta, o in alternativa” a quelle amministrative, a condizione che tali sanzioni siano sufficientemente “effettive, proporzionate e dissuasive”⁵⁸.

Solo sette tipologie di violazioni della CFP (non tutte, peraltro, costituenti infrazioni gravi ai sensi del diritto comunitario) sono punite in Italia con sanzioni penali. Più precisamente:

- le attività consistenti nel “pescare, detenere, trasbordare, sbarcare, trasportare e commercializzare le specie di cui sia vietata la cattura in qualunque stadio di crescita, in violazione della normativa vigente”⁵⁹ ovvero nell’“esercitare la pesca in acque sottoposte alla competenza di un’organizzazione regionale per pesca, violandone le misure di conservazione o gestione e senza avere la bandiera di uno degli Stati membri di detta organizzazione”⁶⁰ costituiscono infrazioni gravi della CFP anche per il diritto italiano e sono punite con l’arresto da due mesi a due anni ovvero con un’ammenda da 2,000 a 12,000 euro;

- le attività consistenti nel “danneggiare le risorse biologiche delle acque marine con l’uso di materie esplodenti, dell’energia elettrica o di sostanze tossiche atte ad intorpidire, stordire o uccidere i pesci e gli altri organismi acquatici”⁶¹ ovvero nel “raccolgere, trasportare o mettere in commercio pesci ed altri organismi acquatici intorpiditi, storditi o uccisi con le modalità [di cui sopra]” o, infine, nel “pescare in acque sottoposte alla sovranità di altri Stati, salvo che nelle zone, nei tempi e nei modi pre-

⁵⁸ Si vedano l’articolo 44, par. 3, del Regolamento IUU e l’articolo 90, par. 5, del Regolamento sul Controllo.

⁵⁹ Articolo 7, primo comma, lettera a), del T.U.

⁶⁰ Articolo 7, primo comma, lettera e), del T.U.

⁶¹ Articolo 7, primo comma, lettera b), del T.U.

visti dagli accordi internazionali, ovvero sulla base delle autorizzazioni rilasciate dagli Stati interessati⁶² non sono considerate infrazioni gravi della CFP dal diritto italiano, ma sono punite con l'arresto da due mesi a due anni ovvero con un'ammenda da 2,000 a 12,000 euro;

- le attività consistenti nel "sottrarre od asportare gli organismi acquatici oggetto dell'altrui attività di pesca, esercitata mediante attrezzi o strumenti fissi o mobili, sia quando il fatto si commetta con azione diretta su tali attrezzi o strumenti, sia esercitando la pesca con violazione delle distanze di rispetto"⁶³ e nel "sottrarre od asportare gli organismi acquatici che si trovano in spazi acquei sottratti al libero uso e riservati agli stabilimenti di pesca e di acquacoltura e comunque detenere, trasportare e fare commercio dei detti organismi"⁶⁴ non sono considerate infrazioni gravi della CFP dal diritto italiano, ma sono punite con l'arresto da un mese a un anno ovvero con un'ammenda da 1,000 a 6,000 euro.

Come illustrato in precedenza, in tutti questi casi le amministrazioni interessate possono costituirsi parte civile nel relativo giudizio penale⁶⁵.

Salvo che il fatto costituisca reato, le violazioni della CFP elencate nel T.U. sono sempre punibili con una sanzione amministrativa. La sanzione amministrativa prevista dal T.U. è di importo variabile a seconda della gravità dell'offesa e aumenta di un terzo per le violazioni che abbiano a oggetto le specie ittiche tonno rosso (*Thunnus thynnus*) e pesce spada (*Xiphias gladius*)⁶⁶. È il caso di rilevare che il T.U. prevede che gli importi della maggior parte delle sanzioni amministrative ivi elencate (incluse alcune relative a infrazioni gravi) "sono aumentati fino alla metà se la violazione è commessa nei cinque anni successivi alla prima violazione"⁶⁷, laddove il Regolamento IUU espressamente prevede che "in caso di infrazione grave reiterata entro un periodo di cinque anni, gli Stati membri impongono una sanzione massima almeno pari a otto volte il valore dei prodotti della pesca ottenuti commettendo l'infrazione gra-

⁶² Articolo 7, primo comma, lettera d), del T.U. Allo stesso divieto sono sottoposte le unità non battenti bandiera italiana che pescano nelle acque sottoposte alla sovranità italiana.

⁶³ Articolo 7, primo comma, lettera f), del T.U.

⁶⁴ Articolo 7, primo comma, lettera g), del T.U.

⁶⁵ Articolo 23 del T.U.

⁶⁶ Articolo 11 del T.U., come modificato dalla legge 21 maggio 2019, n. 44.

⁶⁷ *Ibidem*, primo comma.

ve”⁶⁸. La trasposizione della normativa comunitaria nel diritto interno è parimenti lacunosa con riferimento al requisito, previsto dall’articolo 44 del Regolamento IUU, per cui nell’applicazione delle sanzioni “gli Stati membri tengono conto anche del valore del danno arrecato alle risorse della pesca e all’ambiente marino interessati”: questa previsione è infatti assente nella normativa italiana di attuazione.

Per quanto concerne, infine, le sanzioni accessorie, il T.U. prevede sempre la confisca delle catture e dei prodotti della pesca, nonché degli attrezzi utilizzati per commettere la violazione⁶⁹. In determinati casi, la legislazione italiana prevede, quale misura accessoria, l’obbligo di ripristinare l’ambiente naturale o l’infrastruttura danneggiati dal trasgressore.

6. *Il sistema di punti per le infrazioni gravi*

L’articolo 92 del Regolamento sul Controllo stabilisce un sistema di punti per le infrazioni gravi, applicabile sia ai titolari delle licenze di pesca sia ai comandanti di peschereccio. Gli articoli 125 e 126 del già menzionato Regolamento di esecuzione n. 404/2011⁷⁰ contengono disposizioni di maggiore dettaglio relativamente all’applicazione di tale sistema di punti a carico dei titolari di licenze di pesca, rinviando all’allegato XXX dello strumento.

Nel diritto italiano, l’articolo 14, terzo comma, del T.U. prevede che “la commissione di un’infrazione grave dà sempre luogo all’assegnazione di un numero di punti alla licenza di pesca, come individuati nell’allegato I, anche se non venga emessa l’ordinanza di ingiunzione”. Gli emendamenti adottati nel 2016 hanno esteso l’applicazione del sistema di punti per infrazioni gravi anche all’autorizzazione per l’esercizio della pesca subacquea professionale, secondo modalità, termini e procedure da individuare con decreto del MIPAAF⁷¹. In tutti i casi, il PEMAC è competente per la revoca delle licenze⁷².

Secondo quanto riferito a chi scrive dal Comando generale del Cor-

⁶⁸ Articolo 44, par. 2, del Regolamento IUU.

⁶⁹ È previsto che gli attrezzi vietati siano distrutti a spese del trasgressore.

⁷⁰ *Supra*, nota 29.

⁷¹ Articolo 14, quinto comma, del T.U.

⁷² *Ibidem*, quarto comma.

po delle Capitanerie di porto, in Italia è stata istituita una piattaforma digitale per la raccolta di tutti i dati trasmessi dagli uffici territoriali competenti per la rilevazione delle violazioni e l'assegnazione dei punti alle due tipologie di trasgressori. Per ogni infrazione grave, il T.U. assegna un determinato numero di punti. In tutti i casi, i punti determinati dal T.U. sono assegnati sia al titolare della licenza di pesca sia al comandante del peschereccio. Nel confronto tra i due sistemi normativi, si rileva che l'ammontare di punti stabilito dal T.U. corrisponde, correttamente, per ciascuna violazione, all'ammontare di punti indicato dall'allegato XXX del Regolamento di esecuzione n. 404/2001.

Il T.U., all'articolo 21, stabilisce anche sanzioni disciplinari a carico del personale marittimo coinvolto in attività di pesca IUU. È infatti previsto che, laddove ricorrano i presupposti di cui agli articoli 1249 e seguenti del codice della navigazione, a carico del personale marittimo sono applicate le sanzioni disciplinari ivi previste⁷³.

Coerentemente a quanto stabilito dal T.U., come anticipato in premessa, il 2 marzo 2017 il MIPAAF ha adottato due decreti (che sostituiscono precedenti strumenti della stessa amministrazione⁷⁴) sul sistema di punti per le infrazioni gravi commesse dai titolari di licenze di pesca e dai comandanti di peschereccio.

Con riguardo alla prima tipologia di operatori, è previsto che, entro trenta giorni dalla notifica del verbale relativo all'applicazione dei punti per infrazioni gravi, gli interessati possano far pervenire al capo del compartimento marittimo competente in base al luogo della commessa violazione scritti difensivi e documenti e chiedere di essere sentiti dallo

⁷³ L'articolo 1249 del codice della navigazione così recita: "Art. 1249 (Potere disciplinare nella navigazione marittima e interna). In materia di navigazione marittima o interna il potere disciplinare è esercitato: 1) dal comandante della nave sui componenti dell'equipaggio e sui passeggeri, ancorché' non siano cittadini italiani; 2) dai comandanti di porto marittimo sugli appartenenti al personale marittimo e sulle persone indicate nell'art. 68; 3) dai comandanti di porto della navigazione interna sugli appartenenti al personale della navigazione interna; 4) dall'autorità preposta alla disciplina del lavoro portuale sulle imprese, sui datori di lavoro nei porti e sui lavoratori portuali; 5) dalle autorità consolari all'estero sui componenti dell'equipaggio; 6) dai comandanti delle navi da guerra nazionali sui componenti dell'equipaggio quando la nave, su cui sono imbarcati, è in corso di navigazione o in un Paese estero nel quale non risiede un'autorità consolare".

⁷⁴ Corrispondenti decreti ministeriali del 29 febbraio 2012.

stesso⁷⁵. Se ritiene fondato l'accertamento, il capo del compartimento marittimo dispone l'assegnazione dei punti con provvedimento motivato, altrimenti emette, sempre con provvedimento motivato, l'archiviazione degli atti⁷⁶.

La stessa procedura si applica ai casi di sospensione⁷⁷ e di revoca⁷⁸ della licenza di pesca. In questo secondo caso, l'ufficio marittimo di iscrizione del peschereccio deve provvedere al ritiro della licenza di pesca nel più breve tempo possibile e, comunque, non oltre dieci giorni dalla notifica del provvedimento di revoca⁷⁹. Tutti i provvedimenti di assegnazione dei punti, sospensione e revoca possono essere impugnati dinnanzi a un giudice, il quale, in caso di accoglimento dell'impugnazione, dispone l'annullamento della misura⁸⁰.

Il decreto ministeriale del MIPAAF regola anche il caso in cui, dopo la commissione dell'infrazione grave, la proprietà del peschereccio sia trasferita: il titolare della licenza di pesca, all'atto di trasferimento, sarà in tal caso tenuto a produrre l'attestazione relativa al numero di punti assegnati, rilasciata dall'ufficio marittimo di iscrizione del peschereccio⁸¹.

Qualora la licenza venga sospesa o revocata a titolo definitivo, il peschereccio al quale si riferisce viene identificato come "sprovvisto di licenza" nell'archivio nazionale delle licenze di pesca e nel registro della flotta (*Fleet Registry*) dell'Unione europea. Il PEMAC è l'autorità competente per aggiornare tutte le informazioni contenute nell'archivio nazionale e per inviare i dati aggiornati alla Commissione europea⁸².

L'assegnazione di un diverso ammontare di punti, naturalmente, comporta conseguenze diverse per il relativo titolare. In particolare, l'assegnazione di un numero totale di punti pari o superiore a 18 comporta la sospensione della licenza di pesca per un periodo di due mesi. Se il numero totale di punti è pari o superiore a 36, la licenza di pesca è sospe-

⁷⁵ Articolo 2, terzo comma, del decreto ministeriale 2 marzo 2017 recante modalità, termini e procedure per l'applicazione del sistema di punti per infrazioni gravi alla licenza di pesca.

⁷⁶ *Ibidem*, quarto comma.

⁷⁷ *Ibidem*, articolo 3.

⁷⁸ *Ibidem*, articolo 4.

⁷⁹ *Ibidem*, quarto comma.

⁸⁰ Articoli 22 e ss. della legge 24 novembre 1981, n. 689.

⁸¹ Articolo 6 del decreto ministeriale 2 marzo 2017 cit. in nota 75.

⁸² *Ibidem*, articolo 7.

sa per un periodo di quattro mesi. Se il numero totale di punti è pari o superiore a 54, la licenza di pesca è sospesa per un periodo di otto mesi. Se il numero totale di punti è pari o superiore a 72, la licenza di pesca è sospesa per un periodo di un anno⁸³. L'accumulo di 90 punti sulla licenza di pesca comporta, infine, la revoca definitiva della licenza di pesca⁸⁴.

Quella fin qui illustrata rappresenta una corretta trasposizione della normativa comunitaria. Infatti, l'articolo 92, par. 2, del Regolamento sul Controllo prevede la sospensione della licenza per gli stessi periodi di tempo (due mesi, quattro mesi, otto mesi, un anno) ovvero la revoca definitiva una volta raggiunto l'ammontare di punti appena illustrato.

Ci si può chiedere che cosa accada qualora il trasgressore venga colto a svolgere attività di pesca durante il periodo di sospensione della sua licenza ovvero in seguito a una revoca definitiva della stessa. In questi casi, il T.U. prevede che "gli organi preposti al controllo adottano le misure di esecuzione immediata ritenute più idonee tra quelle previste dall'articolo 43 del Regolamento IUU"⁸⁵, facendo pertanto un diretto richiamo allo strumento comunitario. Come si ricorderà, a causa della parzialmente lacunosa trasposizione della norma comunitaria in questione nel diritto interno, generalmente le misure di esecuzione immediata non sono applicabili, per il diritto italiano, a persone solo "sospettate" di aver commesso un'infrazione grave della CFP (come invece previsto dall'articolo 43, primo comma, del Regolamento IUU). Le attività di pesca illegale svolte durante la sospensione o successivamente alla revoca definitiva della licenza di pesca, grazie al richiamo diretto alla norma comunitaria contenuto nel T.U., rappresentano pertanto gli unici casi in cui le misure di esecuzione immediata risultano applicabili alle sospette violazioni anche secondo il diritto interno.

Il T.U. prevede che, nel caso in cui non venga commessa una nuova infrazione grave nei tre anni successivi all'ultima, tutti i punti applicati

⁸³ Articolo 16, primo comma, del T.U. Ai sensi della stessa disposizione (secondo comma), se nel corso di un'ispezione vengono individuate due o più infrazioni gravi, alla licenza di pesca sono assegnati fino a un massimo di 12 punti; e (quarto comma) qualora una licenza di pesca sia stata sospesa a seguito dell'assegnazione di punti per infrazione grave, gli eventuali nuovi punti assegnati alla licenza di pesca vengono aggiunti ai punti esistenti.

⁸⁴ *Ibidem*, terzo comma.

⁸⁵ Articolo 17 del T.U.

sulla licenza di pesca sono annullati⁸⁶. Inoltre, se il numero totale di punti assegnati alla licenza di pesca è superiore a due, vengono cancellati due punti in casi espressamente individuati, per i quali l'onere della prova resta comunque sempre a carico del titolare della licenza interessata⁸⁷.

Per quanto concerne la seconda tipologia di operatori alla quale si applica il sistema di punti per infrazioni gravi, il T.U. prevede che la commissione di un'infrazione grave dia sempre luogo all'assegnazione di un numero di punti al marittimo imbarcato con la funzione di comandante dell'unità di pesca, anche laddove non sia emessa l'ordinanza di ingiunzione⁸⁸. Il relativo decreto ministeriale⁸⁹ prevede che gli organi di controllo, accertata un'infrazione grave, notificano al comandante del peschereccio il verbale della relativa contestazione unitamente al verbale relativo all'applicazione dei punti e, senza ritardo, trasmettano copia di entrambi gli atti al capo del compartimento marittimo competente in base al luogo della commessa violazione. Al raggiungimento di un numero di punti pari o superiore a 18, il T.U.⁹⁰ stabilisce il divieto di svolgere le funzioni di comandante per un periodo di quindici giorni dalla data di notifica del provvedimento di assegnazione dei punti. Al raggiungimento di un numero di punti pari o superiore a 54, lo stesso divieto è aumentato

⁸⁶ Articolo 18, quarto comma, del T.U.

⁸⁷ In particolare, qualora: "a) il peschereccio utilizzato per commettere l'infrazione per cui sono stati assegnati i punti utilizzi in seguito il sistema di controllo dei pescherecci «vessel monitoring system» - VMS o proceda alla registrazione e alla trasmissione elettronica dei dati del giornale di pesca, della dichiarazione di trasbordo e della dichiarazione di sbarco senza essere legalmente obbligato all'uso di tali tecnologie, o; b) il titolare della licenza di pesca si offra volontariamente, dopo l'assegnazione dei punti, per partecipare a una campagna scientifica per il miglioramento della selettività degli attrezzi da pesca, o; c) il titolare della licenza di pesca sia membro di un'organizzazione di produttori e accetti un piano di pesca adottato dall'organizzazione di produttori nell'anno successivo all'assegnazione dei punti che comporti una riduzione del 10 per cento delle possibilità di pesca per il titolare della licenza di pesca, o; d) il titolare della licenza di pesca partecipi a una attività di pesca che rientri in un programma di etichettatura ecologica destinato a certificare e promuovere etichette per i prodotti provenienti da una corretta gestione della pesca marittima e focalizzato su temi correlati all'utilizzo sostenibile delle risorse della pesca", articolo 18, secondo comma, del T.U.

⁸⁸ Articolo 19, secondo comma, del T.U.

⁸⁹ Decreto ministeriale 20 luglio 2017 recante modalità, termini e procedure per l'applicazione del sistema di punti per infrazioni gravi del comandante del peschereccio.

⁹⁰ Articolo 20 del T.U.

a trenta giorni. Infine, al raggiungimento di un numero di punti pari o superiore a 90, il divieto è protratto a due mesi.

Se nel corso di un'ispezione vengono accertate due o più infrazioni gravi, sono assegnati fino a un massimo di 12 punti⁹¹. Gli estremi del provvedimento di sospensione sono annotati sul documento matricolare del marittimo e comunicati al CCNP, al Comando generale delle Capitanerie di porto, al PEMAC e all'ufficio di iscrizione del marittimo per le dovute annotazioni sul pertinente registro⁹². Nel caso in cui non venga commessa una nuova infrazione grave nei tre anni successivi all'ultima, tutti i punti applicati alle funzioni di comandante sono annullati.

L'articolo 93 del Regolamento sul Controllo prevede, infine, che gli Stati membri istituiscano un registro nazionale delle infrazioni della CFP commesse da navi battenti la loro bandiera o da loro cittadini, con l'indicazione delle sanzioni applicate e del numero di punti assegnati. In tale registro devono essere annotate anche le infrazioni commesse da pescherecci battenti la bandiera degli Stati membri o da loro cittadini e perseguite in altri Stati membri, previa notifica della decisione giudiziaria definitiva da parte dello Stato membro competente. In Italia, il registro nazionale delle infrazioni è istituito presso il CCNP⁹³. Il registro è digitale e i dati ivi inseriti vengono conservati per almeno tre anni.

7. *La prassi sanzionatoria a livello nazionale*

Da un esame del registro nazionale delle infrazioni emergono informazioni che consentono di elaborare alcune considerazioni sui controlli svolti dalle autorità italiane in riferimento alla pesca IUU. Si è scelto di valutare un determinato arco di tempo, dal 1 gennaio al 25 settembre 2018, per due ragioni. Da un lato, si tratta di un periodo ancora recente ma rispetto al quale tutti i controlli risultano definitivamente registrati e i dati organizzati per tipologia di sanzione, rendendone più agevole

⁹¹ Entro il termine di trenta giorni dalla notifica del verbale relativo all'applicazione dei punti, l'interessato può far pervenire al capo del compartimento scritti difensivi e documenti e chiedere di essere sentito dal medesimo (articolo 2, quarto comma, del decreto ministeriale 20 luglio 2017).

⁹² Articolo 2, sesto comma, del decreto ministeriale 20 luglio 2017.

⁹³ Articolo 15 del T.U.

l'analisi. Dall'altro lato, il periodo considerato non è così vicino da risultare poco rappresentativo del normale corso delle attività, incluse quelle illegali, non interessando l'ultimo anno, segnato dalla pandemia e dalla parziale sospensione delle attività di pesca.

Le ispezioni svolte dalle autorità italiane nel periodo considerato hanno condotto all'irrogazione di 3.312 sanzioni amministrative e di 296 sanzioni penali. Le ispezioni hanno interessato l'intera catena del mercato ittico, a bordo dei pescherecci e in porto, nei magazzini, presso i servizi di ristorazione, nei mercati e sui mezzi di trasporto dei prodotti ittici su strada. Il maggior numero di sanzioni (1.229 sanzioni amministrative e 131 sanzioni penali) è stato irrogato a seguito di controlli effettuati in mare. In ordine di grandezza, seguono le ispezioni nella catena della ristorazione (534 sanzioni amministrative e 33 sanzioni penali), le ispezioni su strada (409 sanzioni amministrative e 18 sanzioni penali) e le ispezioni nelle industrie e negli stabilimenti ittici (254 sanzioni amministrative e 9 sanzioni penali)⁹⁴.

Da un lato, le ispezioni in mare hanno condotto alla confisca di una quantità relativamente bassa di prodotti della pesca, rispetto alle confische effettuate altrove, ammontando in tutto a 8.740,43 chili⁹⁵. Dall'altro lato, le ispezioni in mare hanno ovviamente condotto al numero maggiore di confische degli attrezzi da pesca (4.313 del totale di 4.938), seguito dalle confische effettuate agli sbarchi (609) e in altri luoghi, soprattutto su strada. Le attrezzature da pesca confiscate dalle autorità italiane nel periodo considerato ammontano a 257.537 metri di reti illegali.

Il registro nazionale delle infrazioni enumera un totale di 3.608 violazioni della normativa sulla pesca nel periodo considerato. La grande maggioranza (1.144) corrisponde a violazioni delle norme relative all'e-

⁹⁴ Ulteriori ispezioni, che hanno condotto a un minor numero di sanzioni, sono state svolte nelle piattaforme logistiche e nei magazzini di vendita all'ingrosso (66 sanzioni amministrative e 5 sanzioni penali), nei mercati ittici (43 sanzioni amministrative e 8 sanzioni penali), nei supermercati e nei luoghi di vendita al dettaglio (63 sanzioni amministrative), negli aeroporti (1 sanzione amministrativa) e in "altri luoghi" (187 sanzioni amministrative e 15 sanzioni penali).

⁹⁵ Del totale di 184.106,76 chili di prodotti della pesca sequestrati nel periodo considerato, 73.728,20 chili sono stati confiscati da mezzi di trasporto su strada; 49.842,53 chili presso stabilimenti logistici e magazzini di vendita all'ingrosso; 17.940,61 chili in luoghi di sbarco; 13.705,75 presso strutture di ristorazione; 10.650,52 chili presso industrie; e quantità minori in "altri luoghi".

tichettatura e alla tracciabilità dei prodotti. Pesca illegale condotta da titolari di licenze è stata rilevata in 408 casi e le attività illegali svolte da operatori non professionisti (pesca sportiva e ricreativa) si sono rivelate relativamente consistenti (429 casi) rispetto al totale. Altre violazioni hanno riguardato la pesca di specie sotto taglia (202 casi), la mancanza di autorizzazioni (186), la pesca a strascico (65 casi), la pesca in aree marine protette (48 casi), la pesca con reti derivanti (20 casi) e l'occultamento di prove nel contesto di ispezioni (17 casi). Violazioni relative alla sicurezza della navigazione e al lavoro marittimo sono state rilevate in 203 e 172 casi, rispettivamente. Il restante numero di violazioni ha riguardato, tra le altre, frodi sanitarie, irregolarità nell'utilizzo dei sistemi di monitoraggio dell'imbarcazione e dei libri di bordo e impianti non autorizzati.

Un esame del registro nazionale delle infrazioni rivela che, nell'organizzazione dei dati, le autorità di controllo italiane non effettuano una distinzione tra le "infrazioni gravi" e le altre violazioni della CFP. Di conseguenza, risulta difficoltoso avere un quadro chiaro e immediato del numero e della tipologia di infrazioni gravi della CFP rilevate nel periodo considerato. L'elenco delle informazioni minime da includere nella relazione quinquennale sull'applicazione del Regolamento sul Controllo, ai sensi dell'allegato XXXVII del Regolamento di esecuzione n. 404/2011, dovrebbe includere la suddetta informazione.

Per quanto concerne la tipologia delle sanzioni, sono state irrogate ammende per un totale di 7.968.921,95 euro⁹⁶. Un totale di 23 pescherecci è stato soggetto a sequestro, metà a seguito di ispezioni in mare (12) e il restante al rientro in porto (3), presso impianti di vendita allo sbarco (3) e in altri luoghi. È rilevante notare che nove imbarcazioni sequestrate appartenevano a operatori non professionisti, dediti alla pesca ricreativa. In quattro casi sono state revocate licenze a servizi per la ristorazione e di rivendita dei prodotti della pesca.

Infine, l'assegnazione di punti per le infrazioni gravi è stata applicata a comandanti di peschereccio in 264 casi e a titolari di licenze di pesca in 268 casi. Secondo i chiarimenti forniti dalle autorità di controllo, la dif-

⁹⁶ La maggior parte di questo ammontare deriva da ispezioni svolte in mare (2.822.252,05 euro), seguite da ispezioni su strada (1.356.316 euro), presso servizi di ristorazione (1.280.361,60 euro), nei luoghi di sbarco (1.046.706,80 euro), industrie (472.501,17 euro) e in "altri luoghi" in minore ammontare.

ferenza tra i due numeri consegue alla circostanza che, in casi sporadici, la violazione non poteva essere imputata anche al comandante, ma solo al titolare della licenza di pesca. Un totale di 1291 punti è stato assegnato a comandanti di peschereccio, portando alla sospensione dalle relative funzioni in sette casi. Un totale di 1301 punti è stato assegnato a titolari di licenze di pesca, portando alla sospensione della licenza in diciotto casi. Infrazioni gravi relative alla pesca del tonno rosso e del pesce spada sono state rilevate in cinque casi; e pratiche illegali di pesca attraverso l'utilizzo di reti da posta derivanti hanno portato all'attivazione del sistema di punti in quattro casi.

Nel periodo considerato, ai comandanti di peschereccio sono stati cancellati 744 punti (relativi a 104 infrazioni gravi) e ai titolari di licenze di pesca 836 punti (relativi a 113 infrazioni gravi). La cancellazione di un numero così alto di punti si spiega con il fatto che non si tratta di punti assegnati nel 2018, essendo la cancellazione il risultato di impugnazioni avviate dai soggetti interessati per infrazioni commesse nel periodo precedente a quello considerato.

8. *La pesca illegale italiana nelle acque marittime di altri Stati e in alto mare*

Il registro nazionale delle infrazioni non indica in quali acque sono state commesse le violazioni rilevate, ma è da ritenere, anche in relazione alle zone di competenza e di usuale copertura delle relative autorità di controllo, che esso contenga solo dati relativi a violazioni commesse nelle acque marittime italiane. Il fenomeno della pesca IUU condotta da pescherecci italiani riguarda, tuttavia, anche le acque di altri Stati e l'alto mare.

Come sopra illustrato, il “pescare in acque sottoposte alla sovranità di altri Stati, salvo che nelle zone, nei tempi e nei modi previsti dagli accordi internazionali, ovvero sulla base delle autorizzazioni rilasciate dagli Stati interessati”⁹⁷ rientra tra le sette tipologie di violazioni che in Italia sono punite con una sanzione penale, pur non rappresentando, secondo

⁹⁷ Articolo 7, primo comma, lettera d), del T.U.

il diritto interno, un'infrazione grave della CFP e non comportando, di conseguenza, l'applicazione del relativo sistema di punti.

In questo caso, secondo il T.U., salvo che il fatto costituisca più grave reato, l'attività illegale è sanzionata con l'arresto da due mesi a due anni ovvero con un'ammenda da 2.000 a 12.000 euro. Come sanzioni accessorie, sono previste la confisca del pescato e degli attrezzi utilizzati per commettere il reato⁹⁸; la sospensione della licenza di pesca da tre a sei mesi e, in caso di recidiva, la revoca della medesima licenza qualora le violazioni abbiano a oggetto le specie ittiche tonno rosso e pesce spada⁹⁹; nonché la sospensione del certificato di iscrizione nel registro dei pescatori da quindici a trenta giorni e, in caso di recidiva, da trenta giorni a tre mesi qualora le violazioni siano commesse mediante l'impiego di un'imbarcazione non espressamente autorizzata all'esercizio della pesca marittima professionale¹⁰⁰.

Se la tipologia di violazione appena illustrata non è considerata infrazione grave della CFP nel diritto italiano, un'altra tipologia di violazione che rileva nel caso di specie, parimenti elencata nel T.U., comporta, al contrario, l'applicazione del sistema di punti. Si tratta dell'attività illegale consistente nel "violare gli obblighi previsti dalle pertinenti normative europea e nazionale vigenti in materia di registrazione e dichiarazione dei dati relativi alle catture e agli sbarchi di specie appartenenti a stock ... pescate *fuori dalle acque mediterranee*"¹⁰¹. Salvo che il fatto costituisca reato, per tale attività è prevista la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 a 6.000 euro. Fino all'anno scorso, il T.U. prevedeva sanzioni di ammontare superiore, da 2.000 a 12.000 euro, ma gli importi sono stati ridotti dall'articolo 11-ter, primo comma, lettera b), del decreto legge 29 marzo 2019, n. 27, convertito dalla legge 21 maggio 2019, n. 44. In ogni caso, gli importi devono essere aumentati fino alla metà se la violazione è commessa nei cinque anni successivi alla prima violazione e di un terzo nel caso in cui le violazioni abbiano a oggetto le specie ittiche tonno rosso e pesce spada.

Quali sanzioni accessorie, il T.U. prevede innanzitutto la confisca del

⁹⁸ Articolo 9, primo comma, lettere a) e b), del T.U.

⁹⁹ Articolo 9, secondo comma, del T.U.

¹⁰⁰ Articolo 9, terzo comma, del T.U.

¹⁰¹ Articolo 10, primo comma, lettera p), del T.U. (corsivo aggiunto).

pescato e degli attrezzi. Questi ultimi, se non autorizzati o non conformi alla normativa vigente, sono distrutti e le spese relative alla custodia e demolizione sono poste a carico del contravventore¹⁰². Inoltre, è prevista la sospensione della licenza di pesca da tre a sei mesi e, in caso di recidiva, la revoca della medesima licenza qualora le violazioni abbiano a oggetto tonno rosso o pesce spada¹⁰³.

L'aspetto più rilevante, come anticipato, riguarda l'applicazione del sistema di punti. La violazione in questione, infatti, prevede l'assegnazione di 3 punti al titolare della licenza di pesca e al marittimo imbarcato con la funzione di comandante dell'unità di pesca¹⁰⁴, costituendo tale violazione un'infrazione grave della CFP.

Considerando che l'Italia è Stato membro dell'Unione europea e che i pescherecci battenti bandiera italiana contribuiscono, pertanto, alla capacità di flotta dell'organizzazione, è utile notare che uno dei quesiti affrontati dal Tribunale internazionale per il diritto del mare (in seguito: ITLOS o il "Tribunale") nel parere consultivo del 2 aprile 2015 rispetto alla richiesta formulata dalla *Sub-Regional Fisheries Commission* (in seguito: SRFC)¹⁰⁵ riguardava l'eventuale responsabilità di un'organizzazione internazionale per le violazioni in materia di pesca commesse dai suoi Stati membri. In particolare, il quesito era il seguente:

“Where a fishing license is issued to a vessel within the framework of an international agreement with the flag State or with an international agency, shall the State or international agency be held liable for the violation of the fisheries legislation of the coastal State by the vessel in question?”

Va da sé che il quesito faccia immediatamente pensare alla posizione dell'Unione europea e alla sua eventuale responsabilità per le violazioni commesse da pescherecci battenti la bandiera di uno dei suoi Stati membri

¹⁰² Articolo 12, primo comma, del T.U.

¹⁰³ Articolo 12, terzo comma, del T.U.

¹⁰⁴ Articolo 14, secondo comma, del T.U.

¹⁰⁵ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA, *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), List of Cases: No. 21, Advisory Opinion of 2 April 2015*, in *ITLOS Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 2015, p. 4..

nelle acque di Stati terzi, visto che all'Unione europea è affidata la competenza esclusiva in materia di pesca e i relativi accordi internazionali sono ratificati dal Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo¹⁰⁶.

In base all'articolo 6, par. 1, dell'Allegato IX alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 1982; in seguito: UNCLOS)¹⁰⁷, il Tribunale ha effettuato un collegamento tra la responsabilità di un'organizzazione internazionale e la sua sfera di competenza, nei seguenti termini:

“the liability of an international organization for an internationally wrongful act is linked to its competence. This is clearly spelled out in article 6, paragraph 1, of Annex IX to the Convention ... It follows that an international organization which in a matter of its competence undertakes an obligation, in respect of which compliance depends on the conduct of its member States, may be held liable if a member State fails to comply with such obligation and the organization did not meet its obligation of ‘due diligence’”¹⁰⁸.

Il Tribunale ha sostenuto che un'organizzazione internazionale è obbligata a garantire che le navi battenti la bandiera dei suoi Stati membri rispettino gli obblighi derivanti dagli accordi che l'organizzazione ha concluso – ed è, di conseguenza, responsabile qualora manchi di fornire questa garanzia:

“The Tribunal holds that in cases where an international organization, in the exercise of its exclusive competence in fisheries matters, concludes a fisheries access agreement with an SRFC Member State,

¹⁰⁶ Articolo 218, par. 6, lettera a), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Si vedano, per profili diversi, RONAN, *The Role of Regional Advisory Councils in the European Common Fisheries Policy: Legal Constraints and Future Options*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, p. 289; VAN DER BURGT, *The Contribution of International Fisheries Law to Human Development. An Analysis of Multilateral and ACP-EU Fisheries Instruments*, Leiden – Boston, 2013.

¹⁰⁷ La disposizione in questione prevede che “[p]arties which have competence under article 5 of this Annex shall have responsibility for failure to comply with obligations or for any other violation of this Convention”.

¹⁰⁸ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA, *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)* cit., par. 168.

which provides for access by vessels flying the flag of its member States to fish in the exclusive economic zone of that State, the obligations of the flag State become the obligations of the international organization. The international organization, as the only contracting party to the fisheries access agreement with the SRFC Member State, must therefore ensure that vessels flying the flag of a member State comply with the fisheries laws and regulations of the SRFC Member State and do not conduct IUU fishing activities within the exclusive economic zone of that State.

Accordingly, only the international organization may be held liable for any breach of its obligations arising from the fisheries access agreement, and not its member States. Therefore, if the international organization does not meet its “due diligence” obligations, the SRFC Member States may hold the international organization liable for the violation of their fisheries laws and regulations by a vessel flying the flag of a member State of that organization and fishing in the exclusive economic zones of the SRFC Member States within the framework of a fisheries access agreement between that organization and such Member States”¹⁰⁹.

La competenza esclusiva dell’organizzazione nel concludere accordi di pesca, quindi, secondo il ragionamento seguito dal Tribunale, diventa anche presupposto per la relativa responsabilità in caso di violazione.

Tuttavia, come fin qui illustrato, anche gli Stati membri sono soggetti all’obbligo di assicurare che i pescherecci battenti la loro bandiera non conducano attività di pesca IUU. In realtà non risulta chiaro, dal tenore del parere, se il Tribunale abbia inteso escludere la responsabilità concorrente degli Stati membri di un’organizzazione che sia esclusivamente competente per la materia in questione. Spostando il ragionamento sul piano dei rapporti tra Unione europea e suoi Stati membri, si può comunque ritenere che l’ambiguità che contraddistingue la ripartizione delle competenze tra la prima e i secondi non dovrebbe giocare a detrimento degli Stati terzi.

Si rileva, in ogni caso, che nella relazione alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla gestione sosteni-

¹⁰⁹ *Ibidem*, parr. 172 e 173.

bile delle flotte da pesca esterne¹¹⁰, la Commissione europea ha ripreso il ragionamento del Tribunale:

“L’ITLOS ritiene che la responsabilità dello Stato di bandiera di prevenire e/o reprimere l’esercizio della pesca INN all’interno delle ZEE degli Stati costieri costituisca un obbligo di “debita diligenza” e sottolinea che l’Unione, e non i suoi Stati membri, è tenuta a rispondere di qualsiasi violazione degli accordi di accesso alle zone di pesca da essa stipulati con gli Stati costieri”¹¹¹.

Il Parlamento europeo ha anche recentemente apportato modifiche al precedente sistema riguardante il rilascio delle autorizzazioni all’attività di pesca, allo scopo di migliorare il monitoraggio e la relativa trasparenza nella gestione della flotta comunitaria. Il Regolamento (UE) n. 2017/2403 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2017 relativo alla gestione sostenibile delle flotte da pesca esterne stabilisce norme per il rilascio e la gestione di autorizzazioni di pesca. Esso riguarda, da un lato, i pescherecci dell’Unione europea che effettuano operazioni di pesca nelle acque marittime di Stati terzi, sotto l’egida di un’organizzazione regionale di gestione della pesca di cui l’Unione europea è parte contraente, all’interno o al di fuori delle acque marittime comunitarie ovvero in alto mare; dall’altro lato, i pescherecci di Stati terzi che effettuano operazioni di pesca nelle acque dell’Unione europea.

Non è possibile enumerare tutti gli accordi di pesca di cui l’Unione europea è parte. In questa sede, tra gli sviluppi più recenti in tema di obblighi degli Stati membri quando operino in alto mare, vale evidenziare che il 16 marzo 2017 il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione su una politica integrata dell’Unione europea per l’Artico che sostiene lo sviluppo di una rete di zone protette nella regione artica e la tutela dell’area marittima internazionale intorno al Polo Nord al di fuori delle zone economiche esclusive degli Stati costieri¹¹². Tale strumento sottoli-

¹¹⁰ Oggi in vigore come Regolamento (UE) n. 2017/2403 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2017 relativo alla gestione sostenibile delle flotte da pesca esterne e recante abrogazione del regolamento (CE) n. 1006/2008 del Consiglio.

¹¹¹ COMMISSIONE EUROPEA, COM(2015) 636 final, 10 dicembre 2015, par. 1.

¹¹² PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del 16 marzo 2017 su una politica integrata dell’Unione europea per l’Artide*, documento P8_TA(2017)0093.

nea che qualsiasi attività di pesca nella regione artica deve avvenire nel rispetto degli accordi internazionali che regolano il settore, compreso il trattato sulle Spitsbergen del 1920 e, in particolare, dei diritti degli Stati parte allo strumento, nonché nel rispetto di eventuali diritti di pesca storici. Il 12 febbraio 2019, il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione in merito all'approvazione della decisione del Consiglio relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, di un accordo volto a impedire la pesca IUU nelle zone di alto mare del mar Glaciale Artico centrale¹¹³. Parimenti rilevante è l'adozione del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/982 che modifica il Regolamento (UE) n. 1343/2011 relativo a talune disposizioni per la pesca nella zona di applicazione dall'accordo che istituisce la Commissione generale per la pesca nel Mediterraneo¹¹⁴.

9. Conclusioni

Dinnanzi al contesto normativo illustrato e all'esame della prassi sanzionatoria nazionale, è possibile elaborare alcune considerazioni, che si riferiscono ad aspetti in cui l'adattamento del diritto italiano al quadro normativo comunitario non sembra sufficiente e necessiterebbe, pertanto, di interventi su diversi fronti.

Innanzitutto, si è visto che, in generale, l'elenco di "infrazioni gravi" previsto dal diritto italiano comprende tutte le tipologie di infrazioni gravi elaborate negli articoli 3 e 42, par. 1, del Regolamento IUU. Tuttavia, lo stesso non può dirsi vero per le tre tipologie di infrazioni gravi individuate dall'articolo 90 del Regolamento sul Controllo.

Con riferimento alle misure di esecuzione immediata da adottare nei confronti dei trasgressori della CFP ai sensi dell'articolo 43, par. 1, del Regolamento IUU, si è visto che esse non sono integralmente utilizzabili dalle autorità di controllo. Il diritto italiano ne considera soltanto alcu-

¹¹³ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione legislativa del 12 febbraio 2019 concernente il progetto di decisione del Consiglio relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, di un accordo volto a impedire la pesca non regolamentata nelle acque d'altura del Mar Glaciale Artico centrale*, documento P8_TA(2019)0066.

¹¹⁴ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione legislativa del 26 marzo 2019*, documento P8_TA(2019)0234.

ne e, per di più, alla stregua di sanzioni accessorie, pertanto applicabili esclusivamente nei casi di accertata violazione. In particolare, il T.U. non rende tali misure immediatamente applicabili nei casi di “sospetto”, oltre che di flagranza nella commissione dell’infrazione grave, pertanto snaturandole e facendo venire meno il loro fondamentale carattere dissuasivo e preventivo rispetto alla continuazione della violazione.

Si è inoltre rilevato che, ai sensi del T.U., le sanzioni amministrative pecuniarie sono fissate tra un minimo e un massimo ammontare, che tuttavia non corrisponde necessariamente al requisito dell’aumento “almeno pari a cinque volte” ovvero, in caso di recidiva entro i cinque anni, “almeno pari a otto volte” il valore dei prodotti della pesca ottenuti commettendo l’infrazione grave, come richiesto dall’articolo 44, par. 2, del Regolamento IUU. Per di più, nel diritto italiano non vi è alcuna previsione sanzionatoria che tenga conto “anche del valore del danno arrecato alle risorse della pesca e all’ambiente marino interessati”, come richiesto dalla medesima disposizione comunitaria.

Anche la trasparenza del sistema di controllo da parte delle autorità italiane potrebbe beneficiare di qualche miglioramento. Occorre senz’altro partire dal presupposto che lo stesso Regolamento sul Controllo non richiede che il registro nazionale delle infrazioni sia pubblicamente accessibile. Chi scrive, infatti, ha ricevuto i dati sulle ispezioni, le violazioni e le sanzioni dietro espressa richiesta di accesso agli atti formulata al Comando generale del Corpo delle Capitanerie di porto - Guardia costiera¹¹⁵, potendo conseguentemente visionare alcuni estratti del registro, senza avere diretto accesso allo stesso. Dal momento che le informazioni fornite non indicano le zone marittime in cui le ispezioni sono state effettuate, non è stato possibile conoscere la copertura geografica effettiva delle ispezioni durante il periodo considerato, né con riferimento alle acque marittime italiane (per esempio, se si tratta di acque interne, mare

¹¹⁵ La richiesta è stata formulata sulla base del decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, recate la revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell’articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. Chi scrive desidera esprimere il proprio ringraziamento alle competenti autorità di controllo per la tempestiva ed esaustiva assistenza fornita nella raccolta dei dati utili alla stesura del presente contributo.

territoriale o zona di protezione ecologica), né con riferimento al rilevamento di attività di pesca illegale condotta da pescherecci italiani nelle acque marittime di Stati terzi o in alto mare. Sarebbe pertanto preferibile che tutte le informazioni relative venissero rese periodicamente disponibili, senza la necessità di formulare richieste di accesso, e con indicazioni più specifiche sulle zone marine interessate dalle violazioni e sull'ammontare delle sanzioni.

Il parere consultivo che l'ITLOS ha redatto su richiesta di SRFC evidenzia che l'Unione europea avrebbe l'obbligo giuridico di assicurare che i pescherecci battenti la bandiera dei suoi Stati membri rispettino gli obblighi derivanti dagli accordi di pesca conclusi dall'organizzazione con Stati terzi, assumendo la responsabilità delle eventuali violazioni per mancanza della "debita diligenza". Sebbene il parere consultivo non si pronunci rispetto alla questione della concorrente responsabilità degli Stati di bandiera, è da ritenere che qualsivoglia soluzione non possa comunque offrirsi a detrimento degli Stati terzi. Pertanto, sarebbe opportuno che sia le competenti istituzioni a livello regionale sia le autorità nazionali affrontassero con approfondite indagini ed efficacia di intervento le sospette attività di pesca IUU condotte da pescherecci italiani nelle acque marittime di Stati terzi, come ad esempio quelle di alcuni pescherecci a strascico battenti bandiera italiana nelle zone economiche esclusive degli Stati dell'Africa occidentale¹¹⁶.

¹¹⁶ Le zone marittime degli Stati dell'Africa occidentale sono interessate sia da pesca illegale sia da attività regolate da accordi con l'Unione europea. In generale, sul tema, si vedano, tra gli altri, KACZYNSKY & FLUHARTY, *European Policies in West Africa: Who Benefits from Fisheries Agreements?*, in *Marine Policy*, 2002, p. 75; ALDER & SUMAILA, *Western Africa: A Fish Basket of Europe Past and Present*, in *The Journal of Environment & Development*, 2004, p. 156; ENVIRONMENTAL JUSTICE FOUNDATION, *Pirate Fish on Your Plate: Tracking Illegally-Caught Fish from West Africa into the European Market*, London, 2007; FALAYE, *IUU Fishing in West Africa (Nigeria & Ghana)*, London, 2008; WITBOOI, *The Infusion of Sustainability into Bilateral Fisheries Agreements with Developing Countries: The European Union Example*, in *Marine Policy*, 2008, p. 669; KALAJDIAN, *Fishing for Solutions: The European Union's Fisheries Partnership Agreements with West African Coastal States and the Call for Effective Regional Oversight in an Exploited Ocean*, in *Emory International Law Review*, 2010, p. 389; ENVIRONMENTAL JUSTICE FOUNDATION, *Pirate Fishing Exposed: The Fight against Illegal Fishing in West Africa and the EU*, London, 2012; *ibidem*, *Transshipment at Sea: The Need for a Ban in West Africa*, London, 2013; LE MANACH et al., *European Union's Public Fishing Access Agreements in Developing Countries*, in *PLOS ONE*, 2013; RAMOS & GRÉMILLET, *Marine Ecosystems: Overfishing in West Africa by EU*

I dati normativi e della prassi qui richiamati hanno riguardato una determinata finestra temporale, evitando di allargare l'analisi a considerazioni sugli sviluppi passati e futuri della complessa normativa regionale e italiana riguardante il controllo sulle attività di pesca. Tuttavia, rileva tenere conto, per la sua imprescindibile importanza rispetto a quanto qui affrontato, della proposta di regolamento che modifica il Regolamento IUU e il Regolamento sul Controllo per quanto riguarda i controlli nel settore della pesca¹¹⁷. In tale documento, la Commissione europea ha rilevato che

“l'attuale regime dell'Unione per il controllo della pesca è stato concepito prima della riforma della politica comune della pesca ... e, per tale motivo, non è del tutto coerente con essa. Esso tiene inoltre conto di strategie, metodi e problematiche relative ai controlli che risalgono a più di 10 anni fa e non è in grado di far fronte efficacemente alle esigenze attuali e future per quanto riguarda i dati sulla pesca e il controllo delle flotte, né di adeguarsi alla costante evoluzione delle pratiche e delle tecniche di pesca o di avvalersi di tecnologie di controllo e sistemi di scambio di dati moderni e più efficienti dal punto di vista dei costi. Non tiene tra l'altro conto di alcune nuove e moderne politiche che l'Unione ha recentemente adottato, quali le strategie sulla plastica, sul mercato unico digitale e sulla *governance* internazionale degli oceani”¹¹⁸.

Nell'ambito del programma REFIT della Commissione europea¹¹⁹ sono state condotte valutazioni approfondite sull'attuazione del Regolamento sul Controllo e sul suo impatto sulla CFP rispetto al periodo 2010-2016. I risultati sono stati pubblicati in una relazione della Commissione

vessels, in *Nature*, 2013, p. 300; ANTONOVA, *The Rhetoric of “Responsible Fishing”: Notions of Human Rights and Sustainability in the European Union’s Bilateral Fishing Agreements with Developing States*, in *Marine Policy*, 2016, p. 77; PETROSSIAN, *The Last Fish Swimming: The Global Crime of Illegal Fishing*, Santa Barbara, 2019.

¹¹⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (CE) n. 1224/2009, (CE) n. 768/2005, (CE) n. 1967/2006 e (CE) n. 1005/2008 del Consiglio e il regolamento (UE) 2016/1139 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i controlli nel settore della pesca*, documento COM (2018) final, 30 maggio 2018.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 1.

¹¹⁹ *Regulatory Fitness and Performance Programme*.

europea al Parlamento europeo e al Consiglio¹²⁰. Le valutazioni hanno confermato che il Regolamento sul Controllo è estremamente importante per garantire il rispetto della CFP. Il testo adottato nel 2009, qui analizzato nei suoi capitoli sanzionatori, ha, tra gli altri, il pregio di aver sanato le principali carenze del sistema precedente, contribuendo a elevare il livello complessivo di conformità alla CFP. Tuttavia, la Commissione europea ha sollecitato una revisione dell'attuale quadro normativo¹²¹, che non si dimostra oggi del tutto idoneo allo scopo, principalmente in quanto le norme di esecuzione non si sono comunque dimostrate sufficientemente dissuasive, le disposizioni riguardanti i dati sulla pesca si sono rivelate ancora inadeguate, il quadro normativo è risultato eccessivamente complesso e mancano misure di controllo delle nuove disposizioni contenute nella riforma della CFP, nonché sinergie con altre politiche¹²².

Il nuovo strumento proposto dalla Commissione europea introduce, pertanto, alcune modifiche sostanziali al Regolamento IUU e al Regolamento sul Controllo, anche rispetto al loro complementare sistema di sanzioni. Il preambolo della proposta di nuovo regolamento evidenzia che

“Per dare una risposta più rapida, efficace e più dissuasiva alle infrazioni gravi, è opportuno che gli Stati membri avviino il relativo procedimento amministrativo lasciando impregiudicati eventuali procedimenti penali in corso. La fissazione di livelli minimi standard per le sanzioni pecuniarie e il miglioramento del sistema a punti che può portare alla sospensione o alla revoca della licenza di pesca o del diritto a fregiarsi del titolo di comandante di una nave serviranno inoltre ad aumentare l'effetto deterrente dei sistemi sanzionatori di tutti gli Stati membri e a prevenire il rischio di recidiva”¹²³.

¹²⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Applicazione e valutazione del Regolamento (CE) n. 1224/2009 del Consiglio che istituisce un regime di controllo unionale per garantire il rispetto delle norme della politica comune della pesca, come previsto a norma dell'articolo 118 – REFIT, Valutazione dell'impatto della normativa in materia di pesca*, documento COM/2017/0192 final, 24 aprile 2017.

¹²¹ Sul tema si veda ROSELLO, *Reforming the Common Fisheries Policy*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2017, p. 181.

¹²² *Ibidem*, pp. 3 e 4.

¹²³ Documento COM (2018) final cit., preambolo, par. 51).

In conclusione, dall'analisi qui condotta si evince che, per alcuni aspetti, l'adattamento del diritto italiano ai capitoli sanzionatori dei due principali strumenti comunitari sul controllo delle attività di pesca si dimostra ancora insufficiente, in particolare in relazione al Regolamento sul Controllo.

È un dato di fatto, inoltre, che le attività di pesca illegali sono spesso condotte da organizzazioni criminali, che non vengono sufficientemente scoraggiate dall'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie¹²⁴. L'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC) ha sottolineato che

“[c]riminal activities in the fisheries sector are often regarded as synonymous with illegal fishing, which many States do not view or prosecute as criminal offences, but rather as a fisheries management concern, attracting low and usually administrative penalties. Organized criminal organizations thus engage in fisheries crime with relative impunity due both to low risk and high profits and uncoordinated, ineffective domestic and cross-border law enforcement efforts”¹²⁵.

Anche riguardo a questo aspetto, sarebbe opportuno valutare un percorso inverso a quello della depenalizzazione dei reati in materia di pesca, come quello occorso per la pesca del novellame con gli emendamenti adottati nel 2016, e arricchire l'elenco di infrazioni gravi della CFP punite con sanzioni penali. In ogni caso, in considerazione degli imminenti emendamenti al Regolamento IUU e al Regolamento sul Controllo, il quadro normativo italiano di adattamento potrà conseguentemente beneficiare di una revisione. Quest'ultima costituisce un'occasione immanicabile per garantire un efficace contrasto alla pesca IUU, che rappresenta oggi un fenomeno ancora troppo diffuso e profittevole per i trasgressori.

¹²⁴ Sul tema si veda anche CASAREGOLA, *Il bracconaggio ittico quale delitto ambientale: dalle indagini di polizia giudiziaria alla tutela giuridica della biodiversità marina*, in questa *Rivista*, 2019, p. 93.

¹²⁵ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Fisheries Crime*, 2016, p. 1.

Abstract

The analysis contained in the paper is twofold. On the one hand, it assesses the degree of implementation given by Italy to the enforcement chapters of European Union (EU) Regulations No. 1005/2008 (IUU Regulation) and No. 1224/2009 (Control Regulation), concerning, respectively, the prevention, deterrence and elimination of illegal, unreported and unregulated fishing and the establishment of a system for ensuring compliance with the rules of the common fishery policy. On the other hand, it addresses the subject of the responsibility of an international organization for wrongful acts committed by its member States, with specific reference to violations of the fishing licences granted by a coastal State within the framework of an agreement with an international organization. Accordingly, the analysis moves from the system of rules operating within the EU member States and through the broader system of rules concerning responsibility for wrongful acts under international law.

L'individuazione del responsabile di danni cagionati da animali selvatici ai fini del conseguente risarcimento: la regione come unico ente legittimato*

MARCELLO RUGGIERO

CORTE DI CASSAZIONE – sezione III civile, sentenza 20 aprile 2020, n. 7969
– Pres. Amendola

Fauna – Responsabilità per danni cagionati da animali – Specie protette rientranti nel patrimonio indisponibile dello Stato – Responsabilità della Regione

1. Sviluppo giurisprudenziale: Regione responsabile ex art. 2052 c.c. per danni cagionati da animali selvatici – 2. Sui rigorosi oneri probatori del danneggiato e della Regione – 3. I rapporti tra la Regione e gli Enti titolari di funzioni proprie o delegate. Azione di rivalsa dell'Ente Regionale quale unico legittimato passivo

1. *Gli sviluppi giurisprudenziali*

Cambio di rotta della Suprema Corte relativamente al criterio di imputazione della responsabilità nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati da animali selvatici: il soggetto legittimato passivo è l'ente regionale. Sul criterio di imputazione della responsabilità per i danni cagionati da animali selvatici appartenenti alle specie protette, rientranti in quanto tali nel patrimonio indisponibile dello Stato, deve essere individuato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2952 c.c., l'ente responsabile nella Regione,

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

unica titolare delle previste funzioni amministrative di programmazione, di coordinamento e controllo degli altri soggetti pubblici.

La faticosa questione affrontata dalla Corte di Cassazione, definita poi con l'arresto giurisprudenziale n. 7969 del 20 aprile 2020, ha ad oggetto l'individuazione dell'ente obbligato al ristoro dei danni causati dagli animali selvatici appartenenti alle specie protette. In particolare, viene ribadito il consolidato orientamento giurisprudenziale che individua nello Stato il titolare del diritto di proprietà sulle specie protette degli animali selvatici, rientrando gli stessi nel suo patrimonio indisponibile. Tale diritto trova il suo fondamento nel fatto che lo Stato è funzionalmente finalizzato alla generale tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

Tuttavia, la Suprema Corte di Cassazione, compiendo una vera svolta rispetto alle precedenti pronunce uniformi in materia¹, definisce, in modo chiaro ed univoco, il percorso logico e sistematico volto all'individuazione del criterio di imputazione di tale responsabilità. Ed invero, in passato, i danni causati dagli animali selvatici erano considerati sostanzialmente non indennizzabili in quanto la fauna selvatica era ritenuta "*res nullius*"².

Con la legge 27 dicembre 1977, n. 968, la fauna selvatica (apparte-

¹ *Ex multis*, Corte Cass. civ, Sez. IV, 29 maggio 2018 n. 13488 con cui la Suprema Corte, decidendo su una fattispecie in cui un automobilista aveva citato in giudizio dinnanzi al Tribunale di Rieti l'Amministrazione provinciale e la Regione Lazio, al fine di sentirli condannare al risarcimento dei danni subiti alla propria autovettura a seguito di una collisione con un cinghiale che, improvvisamente, gli aveva attraversato la carreggiata, ha statuito nel senso che "La responsabilità per i danni causati dagli animali selvatici deve ritenersi disciplinata dalle regole generali di cui all'art. 2043 c.c. e non dalle regole di cui all'art. 2052 c.c., pertanto occorre la puntuale allegazione e la prova, il cui onere spetta all'attore danneggiato in base alle regole generali, di una concreta condotta colposa ascrivibile all'ente, e della riconducibilità dell'evento dannoso, in base ai principi sulla causalità omissiva, al mancato adempimento di tale condotta obbligatoria ... Per i danni causati da animali selvatici, è da ritenere che la responsabilità aquiliana per i danni a terzi debba essere imputata all'ente, sia esso Regione, Provincia, Ente Parco, Federazione o Associazione, ecc., a cui siano stati concretamente affidati, nel singolo caso, i poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata, con autonomia decisionale sufficiente a consentire loro di svolgere l'attività in modo da poter amministrare i rischi di danni a terzi che da tali attività derivino".

² Sul punto D. MAFFEI. *Wild, ovvero la forza del destino: irrisarcibilità dei danni da fauna selvatica?*, in *Danno e responsabilità*, 2010, pp. 1129 ss.

nente a determinate specie protette) è stata dichiarata patrimonio indisponibile dello Stato, tutelata nell'interesse della comunità nazionale e le relative funzioni normative e amministrative sono state assegnate alle Regioni, anche in virtù dell'art. 117 Cost.

Successivamente, la L. 11 febbraio 1992, n. 157 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio), ha specificato che la predetta tutela riguarda "le specie di mammiferi e di uccelli dei quali esistono popolazioni viventi stabilmente o temporaneamente in stato di naturale libertà nel territorio nazionale", con le eccezioni specificate (talpe, ratti, topi propriamente detti, nutrie, arvicole), precisando, sul piano delle competenze, che:

a. le Regioni a statuto ordinario: provvedono "ad emanare norme relative alla gestione ed alla tutela di tutte le specie della fauna selvatica" (art. 1); "esercitano le funzioni amministrative di programmazione e di coordinamento ai fini della pianificazione faunistico-venatoria"; svolgono i compiti di orientamento, di controllo e sostitutivi previsti dalla presente legge e dagli statuti regionali" (art. 9); "attuano la pianificazione faunistico-venatoria mediante il coordinamento dei piani provinciali" (art. 9); "...nonché con l'esercizio di poteri sostitutivi nel caso di mancato adempimento da parte delle province..." (art. 10); "... provvedono al controllo delle specie di fauna selvatica anche nelle zone vietate alla caccia", controllo che "esercitato selettivamente, viene praticato di norma mediante l'utilizzo di metodi ecologici" (art. 1); istituiscono e disciplinano il fondo destinato al "risarcimento dei danni prodotti dalla fauna selvatica e dall'attività venatoria", per "far fronte ai danni non altrimenti risarcibili arrecati alla produzione agricola e alle opere approntate sui terreni coltivati e a pascolo dalla fauna selvatica, in particolare da quella protetta" (art. 26)³;

b. alle Province, invece, "spettano le funzioni amministrative in materia di caccia e di protezione della fauna secondo quanto previsto dalla L. 8 giugno 1990, n. 142, che esercitano nel rispetto della presente legge" (art. 9).

Inoltre, ai sensi del D.Lgs. 28 settembre 2000, n. 267, art. 19 (che ha sostituito la L. n. 142 del 1990), alle Province spettano "le funzioni

³ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 13 gennaio 2009, n. 467, Cass. 19 gennaio 2009 n. 467; Cass. civ., Sez. III, 10 ottobre 2007, n. 21282.

amministrative di interesse provinciale che riguardino vaste zone intercomunali o l'intero territorio provinciale” nei settori della “protezione della flora e della fauna, parchi e riserve naturali”, nonché della “caccia e pesca nelle acque interne”.

La legge n.157/1992 individua, quindi, nella Regione il soggetto pubblico sul quale incombono sia la funzione normativa, amministrativa, di programmazione e di coordinamento che quella di controllo sul corretto esercizio delle attività dalla stessa delegate ad altri Enti ovvero che spettino a questi ultimi per legge.

È proprio nella funzione di controllo cui sono connessi i poteri sostitutivi della Regione in caso di omissioni da parte degli altri Enti che va ravvisato il fulcro del criterio di imputazione della responsabilità di cui all'art. 2052 c.c.: la Regione è l'Ente apicale che utilizza il patrimonio faunistico protetto in senso pubblicistico al fine di perseguire la tutela collettiva dell'ambiente e dell'ecosistema.

Nella giurisprudenza precedente della Suprema Corte di Cassazione⁴ si era consolidato l'indirizzo secondo il quale il danno cagionato dalla fauna selvatica non è risarcibile in base alla presunzione di cui all'art. 2052 c.c. in quanto lo stato di libertà dell'animale selvatico è incompatibile con qualsivoglia obbligo di custodia da parte della P.A.; pertanto il danno potrà essere risarcito solo alla stregua dei principi della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. con conseguente obbligo di individuazione, in tema di onere della prova, di un concreto comportamento colposo ascrivibile all'ente pubblico che, nelle sentenze anteriori a quella in disamina, è stato individuato nella Regione, nella Provincia, nell'Ente Parco ovvero in tutti quegli altri organi cui siano stati completamente affidati, anche in attuazione della L. n. 157 del 1992, i poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata, sia che detti poteri derivino dalla legge sia che trovino la loro fonte in una delega concessione di altro Ente.

Con la sentenza in esame, la Suprema Corte individua, invece, esclusivamente nella Regione il soggetto pubblico responsabile ai fini del risarcimento dei danni cagionati dagli animali selvatici, in quanto Ente cui spetta in materia sia la funzione normativa, che quella amministrativa di

⁴ Corte Cass. civ., Sez. III, 14 febbraio 2000, n.1638; Corte Cass. civ., Sez. III, 21 novembre 2008, n.276732; Corte Cass. civ., Sez. I, 24 aprile 2014, n. 9276.

programmazione, di coordinamento ed altresì di controllo sul corretto esercizio delle attività dalla stessa delegate ad altri Enti ovvero che siano di competenza di questi ultimi *ex lege*.

2. *Sui rigorosi oneri probatori del danneggiato e della Regione*

Per quanto riguarda il regime di imputazione della responsabilità, in applicazione del criterio oggettivo di cui all'art. 2052 c. c., quale figura speciale di responsabilità prevista dal codice civile, cui si applica una disciplina in parte derogatoria rispetto a quella di cui all'articolo 2043 c.c., dal punto di vista probatorio graverà sull'attore l'onere di allegare e dimostrare che il danno sia stato cagionato da un animale selvatico, oggetto della tutela di cui alla L. n. 157 del 1992, e rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato. Il danneggiato, inoltre, dovrà dimostrare la sussistenza del nesso causale tra la condotta dell'animale e l'evento dannoso subito, nonché la dinamica del sinistro.

La Corte individua un ulteriore onere probatorio, il cui assolvimento graverà sul danneggiato, soprattutto quando si tratti di richieste risarcitorie scaturenti dalle frequenti ipotesi di sinistri stradali tra veicoli ed animali selvatici, in cui non può ritenersi sufficiente, ai fini dell'applicabilità del criterio di imputazione della responsabilità di cui all'art. 2052 c.c., la sola dimostrazione della presenza dell'animale sulla carreggiata e del verificarsi dell'impatto tra l'animale ed il veicolo.

L'attore, invero, al fine di conseguire il risarcimento dei danni dallo stesso subito, dovrà provare che la condotta dell'animale sia stata la "causa" del danno; ciò in quanto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2054 comma 1 c. c., in caso di incidente stradale il conducente del veicolo è comunque onerato della prova di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno. In pratica dovrà anche allegare e dimostrare l'esatta dinamica del sinistro, dalla quale emerga che egli aveva adottato ogni opportuna cautela nella propria condotta di guida. Tale profilo probatorio, che incide sulla valutazione della cautela caratterizzante la condotta di guida assunta dal conducente del veicolo, secondo i giudici della Corte di Cassazione, dovrà essere valutato con estremo rigore dal giudice di merito nel caso in cui la circolazione sia avvenuta in aree in cui era debitamente segnalata, ovvero nota, la presenza di animali selvatici. In tale ultimo caso l'attore

dovrà anche dimostrare adeguatamente che il comportamento assunto dall'animale selvatico abbia avuto concretamente ed effettivamente un carattere di imprevedibilità ed eccezionalità, tale da assurgere ad evento dotato di una efficienza causale esclusiva nel verificarsi del danno.

Sulla Regione, invece, incomberà la consequenziale prova liberatoria, eccependo e provando, ai sensi dell'art. 2052 c. c.⁵, la sussistenza del caso fortuito. In proposito, la Corte di Cassazione, a chiare lettere, precisa che l'oggetto di tale prova liberatoria non riguarda direttamente il nesso di causalità tra la concreta e specifica condotta dell'animale ed il danno causato da tale condotta, che spetta esclusivamente all'attore dimostrare, analogamente a quanto accade nelle fattispecie di cui agli artt. 2051 e 2049 c.c., per i quali è esclusivamente il danneggiato a dover dimostrare il nesso di causalità tra condotta e danno. Spetterà alla Regione dimostrare che la condotta dell'animale si sia posta del tutto al di fuori della sua sfera di possibile controllo, come causa autonoma, eccezionale, imprevedibile ed inevitabile del danno, e come tale sia stata dotata di efficacia causale esclusiva nella produzione dell'evento lesivo. In pratica, dovrà comprovare che si è trattato di una condotta che non era ragionevolmente prevedibile e/o che comunque non era evitabile, anche mediante l'adozione delle più adeguate e diligenti misure di gestione e controllo della fauna e di conseguente protezione e tutela dell'incolumità dei privati, concretamente esigibili in relazione alla situazione di fatto, purché sempre compatibili con la funzione di protezione dell'ambiente e dell'ecosistema, cui la stessa tutela della fauna è diretta. Deve, pertanto, trattarsi di un evento dannoso, cui l'autonomia e la imprevedibilità, conferiscono appunto il ruolo di causa assorbente, ovvero che elide il nesso causale con gli elementi antecedenti.

⁵ *Contra* in dottrina: M. FRANZONI, *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, Padova, 1988; G. BRONZETTI, *Protezione della fauna e profili di responsabilità*, in *Foro Padano*, 1981, pp. 48 ss.; Corte Cass. civ., Sez. III, 23 maggio 2012, n. 8102; Corte Cass. civ. Sez. III, 7 luglio 2010, n. 16023.

3. *I rapporti tra la Regione e gli Enti titolari di funzioni proprie o delegate. Azione di rivalsa dell'Ente Regionale quale unico legittimato passivo*

La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, esamina un ulteriore aspetto di non poco momento in generale allorquando afferma che l'adozione delle più adeguate e diligenti misure di gestione e controllo della fauna e di cautela per i terzi, che avrebbero potuto impedire il danno, dovevano essere poste in essere non direttamente dalla Regione, ma da un altro ente, cui spettava il relativo compito, in quanto a ciò delegato, ovvero rientrante in competenze di sua diretta titolarità.

I giudici della Corte di Cassazione, a tal uopo, chiariscono sin da subito che tale circostanza, comunque, non incide sull'individuazione del soggetto legittimato passivo, cioè dell'Ente cui è imputabile la responsabilità del danno sul piano sostanziale, che resta in ogni caso la Regione cui spettano, in base alla Costituzione ed alle leggi statali, le competenze normative, amministrative e comunque di programmazione, coordinamento e controllo, nonché i connessi poteri sostitutivi, per la tutela e la gestione della fauna selvatica. Quanto argomentato, infatti, secondo la Corte di Cassazione costituisce il riflesso della funzione che svolge la stessa previsione della proprietà pubblica di detta fauna, così come sottesa nella L. n. 157 del 1992, ove si rappresenta che il soggetto che "la utilizza" allo scopo di realizzare il fine di utilità collettiva della protezione dell'ambiente e dell'ecosistema e, quindi, che risponde nei confronti dei terzi dei danni eventualmente causati dagli animali selvatici, ai sensi dell'art. 2052 c.c., è sempre la Regione.

Pertanto, ove risulti che il danno sia direttamente ascrivibile alla condotta omissiva di un ente diverso, sul quale incombevano specifici obblighi di diligenza circa l'esercizio di funzioni di sua diretta titolarità ovvero delegate, la Regione potrà rivalersi nei confronti dello stesso in un separato giudizio ovvero potrà anche, chiamarlo in causa nella medesima controversia, onde esercitare la ritenuta azione di rivalsa.

Con la sentenza in commento pertanto la Corte di Cassazione, a prescindere dalla fondatezza o meno dell'azione di rivalsa esperita dalla Regione, al fine di garantire un'adeguata ed effettiva tutela ai diritti del danneggiato, in base ai principi uniformi e generali del diritto civile vigenti su tutto il territorio nazionale, volti anche all'individuazione dell'ente effettivamente responsabile del danno, sul quale dovrà in defi-

nitiva gravare l'onere economico del risarcimento, ha affermato in modo del tutto dirimente e definitivo il principio secondo il quale il soggetto tenuto al ristoro dei danni lamentati dal danneggiato sarà in ogni caso l'Ente regionale. L'eventuale accoglimento, infatti, dell'azione di rivalsa della Regione promossa nel giudizio instaurato dal danneggiato potrà avere esclusivamente la sua efficacia nell'ambito dei rapporti interni tra gli enti cui è devoluta la funzione di tutelare e gestire la fauna unitamente all'adozione e alla predisposizione dei rimedi opportuni ispirati ai criteri, anche, pubblicistici, di protezione della collettività.

Le Sezioni Unite razionalizzano lo statuto processuale della confisca urbanistica e rimandano il confronto sulla sostanza dei rilievi convenzionali in punto di proporzionalità della misura*

MATTEO MONTORSI

CORTE DI CASSAZIONE – Sez. Un. pen. – 30 aprile 2020, n. 13539 – Pres. Carcano, Rel. Andreatza – Ric. Perroni

Confisca urbanistica – lottizzazione abusiva – proporzionalità – profili processuali – rapporti con prescrizione – annullamento

La confisca di cui all'art. 44 del D.P.R. n. 380 del 2001 può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato purché sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che una volta intervenuta detta causa, il giudizio non può, in applicazione dell'art. 129 comma 1, c.p.p., proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento. In caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, il giudice di appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-bis c.p.p., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui all'art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001.

1. Vicenda storica e “sopravvenienze” convenzionali – 2. La questione rimessa alle Sezioni Unite – 3. Alcune premesse utili per addentrarsi nella “saga” della confisca urbanistica – 4. La soluzione delle Sezioni Unite – 5. Qualche breve osservazione conclusiva

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

1. *Vicenda storica e “sopravvenienze” convenzionali*

I fatti, molto brevemente, riguardano la lottizzazione abusiva¹ realizzata dalla società dell'imputato su talune aree site nel Comune di Furnari dove, in violazione del piano di lottizzazione locale e degli standard urbanistici vigenti, il ricorrente ha realizzato solo parzialmente le opere di urbanizzazione primaria concordate con l'amministrazione (e oggetto della concessione edilizia) nonché edificato diversi corpi di fabbrica fuori terra in assenza del necessario titolo abilitativo.

Per tali condotte l'imputato riporta condanna in primo grado (2012), con la quale è altresì ordinata, ai sensi dell'art. 44 D.P.R. 380 del 2001, la confisca delle aree interessate e degli edifici abusivamente costruiti. La decisione viene confermata dalla Corte d'appello (2013), anche in ordine alla confisca, ma vede maturare, nelle more del giudizio di legittimità avviato dal ricorrente, il breve termine di prescrizione (quinquennale) del reato di lottizzazione abusiva.

Nel frattempo (2018), la Corte EDU pronuncia in materia la sentenza GIEM s.r.l. e altri c. Italia², dove rileva in concreto la violazione dell'art. 1 prot. 1 CEDU (tutela della proprietà privata) sotto il profilo del difetto di proporzionalità della confisca urbanistica (qualificata sì, a livello interno, come sanzione amministrativa, ma assistita a livello convenzionale dalla più intensa copertura dell'art. 7 CEDU, riservata alla materia penale).

È bene precisare che le argomentazioni dei giudici di Strasburgo, che si approfondiranno brevemente anche in seguito (v. *infra* 3), rilevano da subito anche nel caso in questione in quanto alcuni degli elementi valorizzati a sostegno della sproporzione della misura, pur elaborati in relazione al caso concreto sottoposto all'attenzione della Corte EDU, paiono interessarne strutturalmente la disciplina (come la natura obbligatoria

¹ Trattasi della fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 44, comma 1, lett. c) D.P.R. 380/2001 che prevede sanzioni (arresto sino a due anni, congiunta all'ammenda) oltre per chi che interviene in zone sottoposte a vincoli (storico, paesaggistico, ecc.) in difformità o assenza del titolo prescritto, anche per chi realizza taluna delle operazioni di illecita lottizzazione a scopo edilizio dettagliatamente indicate nell'art. 30, comma 1, D.P.R. 380/2001.

² Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 2018, *GIEM S.r.l. e altri c. Italia*, ric. n. 1828/06. Sul punto v. G. REPETTO, *I no che aiutano a crescere: confisca per lottizzazione abusiva e diritto CEDU consolidato dopo Punta Perotti bis*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, pp. 722 ss.

o l'estensione particolarmente ampia), l'*iter* di applicazione dello strumento (che non prevede alcuna sorta di "pregiudiziale", meramente amministrativa, in favore di strumenti meno invasivi ma altrettanto efficaci nel tutelare l'interesse generale) nonché la qualità stessa del controllo giudiziale sulla proporzionalità della misura ablatoria, spesso pretermesso, confinato in clausole di stile o destinato ad intervenire, solamente *ex post*, in fase esecutiva.

2. La questione rimessa alle Sezioni Unite

La Sezione III, investita della trattazione del ricorso, rimette alle Sezioni Unite il seguente quesito, all'apparenza piuttosto circoscritto: "Se, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sia consentito l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia"³.

Leggendo con attenzione il testo dell'ordinanza di remissione, tuttavia, si coglie come con tale questione si investano le Sezioni Unite anche del più ampio compito, da un lato, di razionalizzare le diverse soluzioni processuali già elaborate dalla giurisprudenza di legittimità (rispetto alle quali si vuole appunto scongiurare l'insorgenza di un contrasto) a fronte delle indicazioni provenienti dalla Corte EDU e dalla Corte Costituzionale circa la possibilità (ormai stabilmente riconosciuta) di disporre la confisca urbanistica anche in assenza di una condanna "formale" e, dall'altro lato, di chiarire la portata, generale o meno, di alcune recenti novelle legislative (in particolare si fa riferimento al disposto dell'art. 578-*bis* c.p.p.) che intervengono in tema di rapporti tra prescrizione e confisca.

La Sezione III, infatti, prende atto che, a fronte della pacifica possibilità di ordinare la confisca urbanistica anche in caso di estinzione del reato per prescrizione, laddove comunque ne siano stati accertati gli elementi oggettivo e soggettivo (nel rispetto del contraddittorio e delle

³ Corte Cass. pen., Sez. III, 2 ottobre 2019, n. 40380.

garanzie difensive), diverse invece sono state le soluzioni adottate dalle (e nelle) singole sezioni quando si è trattato di decidere se applicare alla confisca urbanistica la recente disciplina dell'art. 578-*bis* c.p.p., che consente al giudice di appello o di cassazione, quando la prescrizione intervenga nelle more del giudizio di impugnazione, di decidere comunque sulla confisca (su quali tipologie – e questo è appunto un tema – si vedrà a breve) previo accertamento della responsabilità dell'imputato.

Nel caso concreto, la necessità di chiarire il fondamento e la portata di questo eventuale frammento di giurisdizione “ulteriore”, in grado di sopravvivere all'estinzione del reato, è rilevante in quanto, ove vi sia spazio per tale accertamento (che sia in virtù delle peculiarità testuali della confisca urbanistica, ovvero per l'estensione anche a questa misura della disciplina processuale in materia di impugnazione di cui all'art. 578-*bis* c.p.p.), esso dovrà allora necessariamente estendersi anche alla valutazione della proporzionalità della confisca urbanistica sulla scorta delle recenti indicazioni sovranazionali.

Trattasi, quest'ultima, di questione tendenzialmente di merito, non sconosciuta nell'economia dei precedenti confronti tra CEDU e ordinamento interno, ma che tuttavia non aveva ancora assunto la autonomia, rilevante valenza problematica di cui è stata dotata solo nel 2018 con la sentenza *GIEM s.r.l. e altri c. Italia*: per questo motivo il rimettente si interroga anche sulla possibilità per il giudice di legittimità di rinviare per tale controllo al giudice d'appello, anziché limitarsi alla sola pronuncia di annullamento senza rinvio (che è comunque ineludibile, *ex art.* 129 c.p.p., per essere il reato estinto a causa del decorso del termine prescrizione) con conferma della confisca urbanistica già disposta⁴.

A fronte di alcune soluzioni affermative, e che in particolare mutua-no la propria impostazione pratica da quanto già avviene in altri settori (ad esempio, per la pronuncia in tema di falsità di documenti) o con riferimento ad altre ipotesi di confisca, nell'ordinanza di rimessione si evidenzia invece come non sussisterebbe alcun obbligo di giurisdizione “ulteriore” in tal senso con riferimento alla confisca urbanistica, prospet-

⁴ In questa seconda ipotesi, in particolare, la questione della proporzionalità della confisca, ove già non trattata nel processo prima del verificarsi della causa estintiva, parrebbe dunque essere rimessa solamente all'eventuale, successivo, intervento del giudice dell'esecuzione.

tando dunque una posizione diversa e nettamente di chiusura (anche in punto di estensione dell'art. 578-*bis* c.p.p. alla misura in discussione) la cui inconciliabilità ben giustifica la rimessione⁵.

3. *Alcune premesse utili per addentrarsi nella “saga” della confisca urbanistica*

Così inquadrata la questione, prima di proseguire, può essere utile qui fornire un breve riepilogo delle caratteristiche più salienti della norma in questione che, nell'ultimo decennio, ha avuto un rapporto particolarmente tormentato con la giurisprudenza sovranazionale, almeno sino all'intervento della Corte Costituzionale con cui, nel 2015, si è di fatto riconciliato il quadro, riallineando l'interpretazione della disciplina interna alla sostanza delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza CEDU.

Il tutto, come spesso capita, nasce con una singolare formulazione della norma che prevede il reato di lottizzazione abusiva⁶, ed in particola-

⁵ In particolare, nell'ordinanza di rimessione si evidenzia come, a seguito della sentenza *GIEM S.r.l. e altri c. Italia*, la giurisprudenza di legittimità ha esplorato diversi itinerari argomentativi, di cui la maggior parte (a differenza del collegio rimettente) sembra, come detto, favorevole ad ammettere la possibilità di rinviare la questione del controllo di proporzionalità al giudice d'appello, non ostandovi l'immediata rilevabilità d'ufficio dell'intervenuta prescrizione del reato. Tuttavia, anche all'interno del fronte favorevole al potere di rinvio le soluzioni pratiche sono state spesso diversamente motivate. Alcune hanno ritenuto applicabile anche alla confisca urbanistica il disposto dell'art. 578-*bis* c.p.p. (v. Corte Cass. pen., Sez. III, 11 aprile 2019, n. 22034), altre, ritenendo invece di escludere l'applicabilità di tale norma, hanno rinvenuto il fondamento del potere del giudice di decidere comunque sull'impugnazione (e dunque di rinviare al giudice d'appello, nel caso in cui l'accertamento di merito si renda comunque necessario in fase di legittimità) tramite analogia con altre situazioni, ritenute assimilabili a quella della confisca urbanistica, come ad esempio la pronuncia in materia di falsità di documenti o quella in tema di confisca della *res* dotata di pericolosità intrinseca (v. Corte Cass. pen., Sez. III, 27 marzo 2019, n. 31282).

⁶ Per un approfondito inquadramento della figura di reato in questione v. R. MARTUSCELLI, *La Lottizzazione Abusiva*, in *Teoria e pratica del Diritto*, Milano, 2012; con particolare riferimento alle sanzioni amministrative previste in relazione a tale contravvenzione v. L. BRACCHITTA, *Sanzioni amministrative nella c.d. zoonizzazione*, in *Sanzioni amministrative in materia di urbanistica*, a cura di A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI e F. TUCCARI, Giappichelli, Torino 2014, pp. 254 e ss., in particolare 270 e ss.; nonché

re dell'art. 44 comma 2 D.P.R. 380/2001 che nella sua prima parte recita: “La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite”⁷.

Proprio il riferimento all'accertamento, piuttosto che alla condanna, ha inizialmente avviato un filone interpretativo che consentiva la confisca urbanistica in presenza del ricorrere del solo elemento oggettivo del reato, e dunque anche a fronte di proscioglimenti per difetto dell'elemento psicologico del reato (oltre che, ovviamente, nei casi di estinzione per prescrizione).

La giurisprudenza di Strasburgo è intervenuta numerose volte in materia⁸ riscontrando criticità in relazione al rispetto dei principi di cui all'art. 7 CEDU e dell'art. 1 prot. 1 CEDU.

La Corte EDU ritiene infatti di qualificare la confisca in questione

G. ANGOTTI, *Sanzioni amministrative nella lottizzazione*, in *Sanzioni amministrative in materia di urbanistica*, a cura di A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI e F. TUCCARI, Torino, 2014, pp. 312 ss.

⁷ Il comma in questione prosegue così: “Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari”.

⁸ In particolare gli interventi principali sono quelli resi in Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2009, *SUD FONDI e altri c. Italia*, ric. n. 75909/01, in cui viene riscontrata la violazione dell'art. 7 CEDU sub specie di carenza di chiarezza della normativa, e quindi di difetto di conoscibilità dell'illegalità della lottizzazione da parte dei destinatari, nonché dell'art. 1 prot. 1 CEDU, quest'ultima violazione proprio per mancanza di proporzionalità del provvedimento di confisca, per approfondimento v. A. BALSAMO-C. PARASPORO *La Corte Europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti* in *Cassazione penale*, 2009, pp. 3183-3193; ancora, Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric.n. 17475/09, nella quale è riscontrata la violazione dell'art. 7 CEDU in quanto la sanzione della confisca urbanistica non può essere legittimamente irrogata con un provvedimento (quale la declaratoria di prescrizione) che non sia una condanna, sul punto anche v. A. BALSAMO *La Corte Europea e la “confisca senza condanna” per la lottizzazione abusiva*, in *Cassazione penale*, 2014, pp. 1395 ss.; a tale ultimo intervento seguirà, poi, la mediazione della Corte Costituzionale (Corte Cost., 15 gennaio 2015, n. 49), di cui si dirà anche in seguito, cui poi si è sostanzialmente conformata, oggi, anche la stessa Corte EDU con la sentenza, resa nel 2018, *GIEM S.r.l. e altri c. Italia* (salvo che per le problematiche ancora “aperte” sul versante della proporzionalità della misura); per un commento a quest'ultima sentenza anche v. G. CIVELLO *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza “Varvara”? ancora sui rapporti tra*

come *penalty*, ossia una sanzione penale vera e propria⁹, e ciò alla stregua della nota applicazione dei criteri *Engel* di cui la Corte fa consolidato uso ai fini di ricostruire la natura delle misure/sanzioni sottoposte al proprio scrutinio e potervi ricollegare le adeguate garanzie previste dalla Convenzione¹⁰.

In questi termini, per poter validamente fondare la sanzione è necessario dunque che la responsabilità per l'illecito cui è ricollegata sia accertata anche sotto il profilo soggettivo; lo "scontro", in sede convenzionale, si è allora traslato sullo standard qualitativo/formale che deve avere tale accertamento, e se, in particolare, possa prescindere dalla forma della condanna, "accontentandosi" anche di una declaratoria di prescrizione, magari più ampiamente motivata ai fini della confisca¹¹.

Quest'ultima ipotesi risulta poi quella avallata dalla Corte Costituzionale con la sentenza 49/2015¹² e che ha ricevuto piena condivisione, nella sostanza, anche dagli stessi giudici della Corte EDU (tornati a più miti consigli, quantomeno sul rilievo da attribuire al dato formale in questa

prescrizione e confisca urbanistica, in *Archivio penale*, 2018, pp. 1 ss., reperibile sulla rete interconnessa.

⁹ Nell'ordinamento interno la confisca c.d. "urbanistica" di cui all'art. 44, comma 2, lett. c) D.P.R. 380/2001 era ed è tutt'ora considerata come una sanzione amministrativa irrogabile dal giudice penale all'esito del procedimento con il quale è "accertata" la lottizzazione abusiva.

¹⁰ Le garanzie difensive e la portata dei principi della Convenzione sono infatti, salvo talune di portata assoluta, per il resto graduate in ragione della sostanziale riconducibilità dello strumento alla materia penale, piuttosto che a quella preventiva, civilistica o amministrativa. Per alcune delle prime e più paradigmatiche applicazioni dei criteri in questione (severità della sanzione, natura sostanziale desunta anche dalla finalità e dal collegamento con un reato, qualificazione interna) v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72; Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno unito*, ric. n. 17440/90.

¹¹ Di questo scontro il punto di maggior contrapposizione è stato raggiunto con la già citata sentenza della Corte Edu *Varvara c. Italia* del 2013, nella quale il requisito della condanna è ritenuto insopprimibile, nemmeno laddove il fatto sia accertato in ogni suo elemento e sia "solamente" intervenuta la causa estintiva.

¹² Corte Cost. 15 gennaio 2015, n. 49. In argomento v. D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: "il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU"*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, pp. 400 e ss.; anche v. M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015 pp. 288 ss.

particolare ipotesi di confisca, a fronte, in particolare, dei forti contro-interessi di carattere generale) con la sentenza GIEM e altri c. Italia.

Esaurito il filone problematico relativo all'art. 7 CEDU (sotto il profilo della idoneità della base legale e del rispetto del principio di colpevolezza) rimane oggi ancora aperto il versante relativo al rispetto del principio di proporzionalità, segnatamente, tra l'ingerenza operata con la confisca urbanistica (in rapporto al fine perseguito) e l'intensità della lesione arrecata al diritto di proprietà del destinatario, ed è appunto su questo tema che si concentrano i rilievi della Corte EDU nella sua ultima pronuncia. Il problema, come si è visto, era però già "in circolo", essendo stato riscontrato la prima volta nel 2009 con la pronuncia *SUD FONDI e altri c. Italia*.

In buona sostanza, il carattere sproporzionato della confisca deriverebbe, oggi, innanzitutto dalla sua natura obbligatoria e automatica, che non consente, ad esempio, di graduare l'intervento in relazione al grado di responsabilità degli imputati (o della colpa e imprudenza dei terzi), adottando misure meno restrittive come la demolizione delle opere non conformi, o l'annullamento del progetto di lottizzazione, o magari, ancora, imponendo di eliminare le difformità e ripristinare lo stato dei luoghi (potendo sempre subordinarsi la confisca all'inadempimento delle prescrizioni), e dunque in definitiva tutelare l'interesse generale con un grado di afflizione minore del diritto di proprietà dell'imputato (o del terzo imprudente o in malafede).

Ancora, un altro indice di sproporzione è costituito dalla particolare estensione dell'oggetto della confisca, che riguarda tanto le aree edificate quanto quelle non edificate, ed anche quelle appartenenti a terzi¹³, considerato che è circostanza ricorrente nelle pronunce della Corte EDU citate che la confisca abbia riguardato anche aree e terreni in ampia eccedenza rispetto a quanto effettivamente riconducibile alle operazioni abusive di edificazione¹⁴.

¹³ In questo senso v. *GIEM S.r.l. e altri c. Italia*, cit., par. 301-302-303.

¹⁴ Su quest'ultimo punto è peraltro interessante notare come i giudici di Strasburgo sembrano incentrare il disvalore dell'illecito (e delimitare l'oggetto della confisca) di lottizzazione soprattutto in relazione alle attività di edificazione abusiva (in assenza o difformità rispetto al piano di lottizzazione concordato e/o ai vincoli insistenti sull'area) e molto meno, invece, limitatamente a quelle operazioni, anch'esse potenzialmente rilevanti ai fini del risultato lottizzatorio illecito, che non si sostanziano

Ebbene, tutti e tali rilievi dovrebbero, in questa prospettiva, concorrere nel merito ad orientare il giudice nel modulare la confisca urbanistica alle sole aree e costruzioni abusive che abbiano un significativo legame con l'illecito e in rapporto alle quali sussista una concreta esigenza, non altrimenti soddisfabile, di tutela pubblica.

Si tratta, a ben vedere, proprio dell'accertamento che si vorrebbe rinviare al giudice d'appello (anche dopo aver dichiarato l'intervenuta estinzione del reato in cassazione) e oggetto della questione formulata.

4. *La soluzione delle Sezioni Unite*

Le Sezioni Unite declinano la questione in una dimensione eminentemente processuale riservando al tema della proporzionalità della misura solo alcune notazioni in chiusura e strettamente nei limiti di quanto in concreto devoluto o rilevabile d'ufficio in rapporto alla posizione del ricorrente.

In particolare, dopo una breve ricognizione dello stato dell'arte della materia, la Corte affronta subito il tema – per come si è detto, implicito – dell'applicabilità o meno alla confisca urbanistica, nella fase dell'impugnazione, di una qualche disciplina processuale che ne consenta il giudi-

già immediatamente in una costruzione di un edificio (o di una o più opere o manufatti) ma che parimenti trasformano e modificano le aree ed i terreni in vista della futura edificazione. Sul punto, poco dopo la sentenza GIEM e altri c. Italia, la Corte di cassazione è invero intervenuta con una pronuncia che sembra “disinnescare” parte della portata problematica dei rilievi convenzionali, v. Corte Cass. pen., Sez. III, 26 febbraio 2019, n. 8350, dove si conclude dando atto che la confisca urbanistica non sembra presentare profili di sproporzione laddove applicata, previa valutazione in concreto del giudice che valorizzi adeguatamente tutti gli elementi di fatto rilevanti in tal senso, non solo alle aree interessate dalla presenza di volumi abusivamente edificati in conseguenza della preordinata lottizzazione, ma anche ai terreni che non siano comunque rimasti estranei all'attività di lottizzazione (caratterizzandosi per contro dalla presenza di operazioni univocamente finalizzate alla successiva edificazione abusiva, come picchettamenti, opere di urbanizzazione secondaria, modifiche della originaria destinazione d'uso dei terreni, ecc.). Per ulteriore approfondimento sia consentito il rinvio a M. MONTORSI, *Confisca disposta in assenza di condanna formale e tutela dei terzi: un'interessante interpretazione convenzionalmente orientata, con qualche spunto per il futuro*, in *Lexambiente. Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente*, 2019, pp. 94-112.

zio anche a fronte dell'obbligo di proscioglimento per prescrizione, sia essa quella di cui all'art. 578-*bis* c.p.p. oppure altrimenti ricavabile da un'altra disposizione di legge.

Sul punto, le Sezioni Unite sposano la tesi della piena applicabilità della disciplina dell'art. 578-*bis* c.p.p. anche alla confisca urbanistica, in particolare valorizzando come la norma in questione richiami, per la sua applicazione, tanto la "confisca in casi particolari prevista dall'art. 240-*bis* codice penale" quanto quelle in via generale previste "da altre disposizioni di legge", oltre che quella, invece espressamente menzionata, "prevista dall'articolo 322-*ter* del codice penale" in materia di reati della pubblica amministrazione.

Sarebbe proprio il richiamo generale a quelle previste da "altre disposizioni di legge" a consentirne l'applicazione anche alla confisca urbanistica, che, peraltro, possiede una caratteristica del tutto particolare e che la differenzia rispetto alle altre due confische espressamente contemplate.

Se queste, infatti, possono essere disposte (*rectius*, confermate) anche nel giudizio di impugnazione, in caso di prescrizione, ma comunque solo laddove sia intervenuta in primo grado una condanna (in questo senso sono chiari tanto l'art. 240-*bis* c.p. quanto l'articolo 322-*ter* c.p.), la confisca urbanistica, invece, non richiede nemmeno la condanna (*ex art.* 44 D.P.R. 380/2001, come interpretato nei termini di cui sopra) potendo bastare anche un proscioglimento per prescrizione purché intervenga quando il reato è stato accertato e il giudice ne motivi incidentalmente la ricorrenza in tutte le sue componenti oggettive e soggettive ai fini della misura.

A questo punto, continuando a seguire il ragionamento della Corte, il problema si sposta sul piano del potere di rinvio, per il giudice di legittimità, in rapporto all'obbligo di immediata declaratoria della causa di estinzione del reato sancito nell'art. 129 c.p.p. e dunque di pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio. Per quanto esaminata dalla sola prospettiva del potere di rinvio, la questione porta le Sezioni Unite a perimetrare anche oltre tale evenienza i rapporti tra tale obbligo e la possibilità di decidere – contestualmente – sulla confisca.

Sul punto la Corte rileva infatti come deroghe al principio di immediata declaratoria della causa estintiva possono essere ammissibili, ma solo laddove legislativamente previste in modo puntuale, cosa che non

può certo dirsi in riferimento all'esigenza di posticipare l'obbligo derivante dall'art. 129 c.p.p. per far fronte ad un intero giudizio (o anche solo ad alcuni accertamenti nell'ambito di un giudizio già intrapreso) al solo fine di disporre la confisca.

Sul punto, peraltro, vengono espressamente ribaditi alcuni "paletti", per i quali non sarà consentito disporre l'esercizio dell'azione penale per un reato prescritto ai soli fini della confisca, e nemmeno potrà celebrarsi il dibattimento, a tale esclusivo fine, laddove la prescrizione interveniva nella fase introduttiva del giudizio. Soprattutto, l'onere di decidere comunque sulla confisca "non può implicare, come invece ritenuto da alcune pronunce, che il giudizio di primo grado, una volta intervenuta la prescrizione e non ancora accertato il fatto, possa comunque proseguire a tali soli fini di accertamento"¹⁵.

Ritornando al quesito più specificamente posto in tema di rinvio, le Sezioni Unite, ribadita l'applicabilità dell'art. 578-*bis* c.p.p., si ritengono dunque correttamente investite, nonostante la prescrizione, del sindacato sulla confisca, e affrontano la problematica dalla prospettiva, limitata, concessa dall'inammissibilità dell'unico motivo sul punto formulato dal ricorrente (ritenuto peraltro del tutto inconferente rispetto al tema della proporzionalità della misura).

Nel caso di specie, infatti, l'inammissibilità preclude alla Corte di sindacare la proporzionalità della confisca, che comunque esamina ugualmente, nel merito della rilevabilità d'ufficio, riscontrando che il tema era invero già stato affrontato nel processo, dove il giudice pare comunque aver limitato l'oggetto della confisca a quanto previsto testualmente dalla norma, e dunque senza alcuna apparente o manifesta lesione del principio di proporzione.

Pertanto, afferma la Corte, "l'annullamento con rinvio effettuato in assenza di elementi fattuali deponenti per il mancato rispetto dei principi anche sovranazionali, si risolverebbe nella specie in un annullamento *ad explorandum*"¹⁶, come tale non consentito.

Dopo aver poi enunciato i principi di diritto, di cui in apertura della presente, le Sezioni Unite riservano infine un'ultima interessante notazione in tema di confisca urbanistica e proporzionalità, con la quale evi-

¹⁵ Cfr. sentenza in commento, p. 18.

¹⁶ Cfr. sentenza in commento, p. 25.

denzia come proprio il riferimento – non infrequente nella prassi – nelle formule usate per ordinare la confisca alle stesse espressioni (“il terreno abusivamente lottizzato”, “i manufatti sullo stesso abusivamente realizzati”) prescelte dall’art. 44 comma 2 lett. c), D.P.R. 380/2001, consenta comunque al ricorrente di sottoporre in sede esecutiva la questione sulla proporzionalità della misura anche “ove ne ricorrano i presupposti, nella prospettiva segnalata dalla sentenza *G.I.E.M. e altri c. Italia*, e di cui va valutata la compatibilità con l’attuale assetto normativo, del mancato utilizzo di misure diverse, e di invasività inferiore, rispetto a quella della confisca”¹⁷.

La Corte annulla quindi la sentenza senza rinvio per estinzione del reato, a seguito di intervenuta prescrizione, e conferma la confisca urbanistica già ordinata in primo grado.

5. *Qualche breve osservazione conclusiva*

Sulla scorta della recentissima ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale di una questione di legittimità inerente proprio il difetto di proporzionalità della confisca urbanistica¹⁸, in particolare riflesso nel suo carattere automatico, non graduabile (e nemmeno subordinabile all’inadempimento ad altri, meno gravosi ma altrettanto funzionali, obblighi di eliminazione delle difformità e conformazione corretta dello stato dei luoghi) l’intervento delle Sezioni Unite potrà apparire forse remissivo, o semplicemente prudente, sulla questione sostanziale in tema di proporzionalità, lasciando comunque intendere come la Corte abbia colto le potenzialità, non solo necessariamente critiche, che la rinnovata impostazione della Corte EDU sul punto sembra suggerire.

Sicuramente, esplorare in maniera adeguata l’impiego del sindacato di proporzione per mitigare e modulare la confisca urbanistica può costituire un utile “contrappasso” alla sua innegabile *vis* espansiva, come

¹⁷ Cfr. sentenza in commento, p. 25-26.

¹⁸ Corte App. Bari, Sez. II pen., ord. 18 maggio 2020, Pres Iacovone, rel. Gadaleta. Per un primo accurato commento all’ordinanza di rimessione v. S. FINOCCHIARO, *Principio di proporzionalità e confisca urbanistica: alla Consulta una nuova questione di costituzionalità dell’art. 44 T.U. edilizia*, in rivista online *Sistemapenale.it*, 22 giugno 2020.

visto anche più marcata che in altre e più “aggressive” forme di ablazione (240-*bis* c.p., 322-*ter* c.p.) per le quali è comunque richiesto che, prima dell’intervenuta prescrizione, sia già stata pronunciata condanna e ordinata la confisca dal giudice di primo grado (o di appello).

I risultati più importanti, come si è anticipato in apertura, sono raggiunti dalle Sezioni Unite soprattutto sul versante della razionalizzazione processuale della disciplina in questione.

Da un lato, infatti, la Corte riconosce solidamente l’applicabilità dell’art. 578-*bis* c.p.p. anche alla confisca urbanistica, e a ciò perviene attraverso la valorizzazione di una clausola generale, quella appunto del riferimento alle confische previste “da altre disposizioni di legge”, suscettibile, come tale, di aprire presto la strada all’impiego di questa disciplina anche per tutte le ulteriori forme di confisca speciale che sottendano una qualche esigenza di carattere ripristinatorio (o preventivo-dissuasivo), tale da giustificare l’esercizio ulteriore della giurisdizione, in sede di impugnazione, ai soli fini della valutazione della misura.

Rompendo, dunque, l’argine che avrebbe voluto limitare l’applicazione di tale disciplina alla sola confisca di cui all’art. 240-*bis* c.p., o comunque solamente a quelle c.d. “per sproporzione”.

Un allargamento che, peraltro, sembra coerente con l’attuale tendenza della materia nella quale le garanzie individuali appaiono piuttosto recessive davanti alle, più o meno condivisibili, istanze generali che accompagnano, ormai sempre più eterogeneamente, le moderne forme di confisca. In quest’ottica pertanto ben venga, come detto, attrezzare l’interprete (molto di più potrebbe fare rivisitare il dato legislativo) anche nel senso di esercitare un più penetrante e fattivo controllo di proporzionalità, e non solo con riferimento alla confisca urbanistica in discussione.

La vera sfida tuttavia pare consistere, nel prossimo futuro, soprattutto nel trovare, anche da un punto di vista legislativo, formule efficaci e concretamente in grado di rompere lo schema dell’obbligatorietà di tali forme di confisca (data ormai la latitudine e la varietà dei contesti in cui operano), o che permetta in concreto di disporre di un meccanismo graduale di intervento¹⁹.

¹⁹ Anche su questo profilo, peraltro, considerata la proficua e relativamente recente impostazione della Corte Costituzionale con riferimento al sindacato di proporzionalità ed alla sua penetrazione nel giudizio sulla legittimità ed equilibrio di talune forme

In tema di confisca urbanistica, come pare suggerire tra le righe anche l'estensore della questione di costituzionalità sopra menzionata, ciò potrebbe efficacemente implementarsi, ad esempio, subordinando la confisca all'inadempimento di un qualche obbligo (ad esempio, di demolizione) o prescrizione (di eliminare le difformità) destinato a tutelare in prima battuta l'interesse pubblico con altrettanta efficacia (considerando che comunque l'eventuale inadempimento non pregiudicherebbe la possibilità di disporre la confisca) ma in maniera meno invasiva con riguardo all'assetto complessivo delle conseguenze derivanti per l'imputato (e/o per i terzi che difettano di una posizione di buona fede)²⁰.

Rimane, infine, da evidenziare il secondo, più pragmatico, risultato conseguito dalle Sezioni Unite, e che consiste nell'aver delimitato con maggiore precisione le ipotesi di convivenza, in parte già fiorite e talvolta già esasperate, tra la possibilità di disporre la confisca urbanistica e l'obbligo di declaratoria immediata di estinzione del reato.

Si tratta, in definitiva, di statuizioni che possono coesistere unicamente laddove il reato sia (già) stato accertato in tutti i suoi elementi: dunque, molto più spesso, quando sia già intervenuta una sentenza o comunque sia stata celebrata un'esauritiva istruttoria già prima del verificarsi della

di confisca speciale, è ragionevole attendersi un intervento particolarmente ampio e rilevante della Consulta sulla questione sottoposta dalla Corte d'appello di Bari il 18 maggio 2020.

²⁰ Su quest'ultimo punto è opportuno dare conto di come una prima interpretazione, nel senso di escludere il difetto di proporzionalità della confisca conseguente a tale supposto automatismo, sia già stata fornita dalla sezione rimettente in un proprio precedente arresto, qui già citato (Corte Cass. pen., Sez. III, 26 febbraio 2019, n. 8350,, pp. 45 ss.), dove la Corte evidenzia come l'applicazione della confisca, lungi dall'essere conseguenza scontata ed ineluttabile dell'accertamento della lottizzazione (e del suo collegamento soggettivo agli imputati o ai terzi non in buon fede), costituisce eventualità in concreto residuale incontrando un limite alla sua operatività tanto nelle determinazioni del Comune successive (che riconoscano *ex post* la conformità della lottizzazione agli strumenti urbanistici generali) ma emanate precedentemente al passaggio in giudicato della sentenza che accerta l'attività lottizzatoria, quanto nella perdurante potestà per l'amministrazione, anche successivamente all'intervenuto giudicato e qualora siano rilevabili motivi di opportunità e convenienza, di non esercitare in proprio le iniziative edificatorie (e dunque di non conservare la proprietà dei terreni e delle opere eventualmente già edificate), facendo ricorso ad atti contrattuali volontari ed a titolo oneroso che trasferiscano la proprietà a tutti o a parte dei precedenti proprietari (e senza che ciò costituisca una sorta di retro-trasferimento della proprietà in favore dei precedenti destinatari dell'ordine di confisca).

causa estintiva (nella quale sia stato garantito il contraddittorio e, più in generale, i principi del giusto processo) e quindi di fatto restringendo notevolmente il novero delle possibili situazioni processuali nelle quali la confisca venga in concreto disposta senza che, nemmeno in primo grado, sia intervenuta condanna.

Il solo fine di disporre la confisca in esame, senza una previsione espressamente in tal senso derogatoria dell'obbligo di cui all'art. 129 c.p.p., non potrà dunque mai giustificare lo svolgimento di alcun accertamento, in fase di cognizione, ulteriore rispetto a quelli già compiuti al momento in cui matura la prescrizione; ove il fatto non risulti in tale frangente ancora accertato il giudice dovrà, con la pronuncia di estinzione del reato, ordinare pertanto anche la revoca del sequestro o della confisca già disposta.

Lhaka Honhat contro Argentina (ma anche Wichí, Iyjawaja, Komlek, Niwackle e Tapy'y contro Creoli)

Dopo l'opinione consultiva 23/17 del 15 novembre 2017 su *Ambiente e diritti umani*¹, la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha avuto modo di rendere un'altra memorabile pronuncia su alcuni importanti aspetti del diritto umano all'ambiente: si tratta della sentenza del 6 febbraio 2020 sul caso *Comunità indigene membre dell'associazione Lhaka Honhat (Terra Nostra) c. Argentina*², di cui ampi estratti sono riprodotti qui di seguito³.

Il caso riguarda una rivendicazione di proprietà su terre ancestrali da parte di alcune comunità indigene di etnia Wichí, Iyjawaja, Komlek, Niwackle e Tapy'y (in tutto 2.031 famiglie per complessivi 10.155 individui), stanziate nel Dipartimento Rivadavia della Provincia di Salta, nell'Argentina nord-occidentale, al confine con Bolivia e Paraguay. In Argentina, le modifiche alla Costituzione adottate nel 1994⁴ hanno dato impulso al processo di restituzione delle terre ancestrali alle popolazioni indigene. Nel caso specifico, la rivendicazione

¹ In questa *Rivista*, 2019, p. 717.

² Per più ampie considerazioni sulla sentenza cfr. L. C. LIMA, *The Protection of the Environment before the Inter-American Court of Human Rights: Recent Developments*, in questo fascicolo della *Rivista*.

³ La sentenza è molto ampia e consta di 370 paragrafi corredati da 339 note. Negli estratti di seguito riportati soltanto i numeri dei paragrafi, ma non i numeri delle note, corrispondono ai numeri del testo originale della sentenza.

⁴ Cfr. l'art. 75, par. 17: "Corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; (...) reconocer la (...) posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos". Alla legislazione federale (cfr. il par. 54 della sentenza) si aggiunge in proposito la legislazione della Provincia di Salta (cfr. il par. 55 della sentenza).

delle comunità indigene rappresentate dall'associazione *Lhaka Honhat*, avanzata già nel 1984, era stata riconosciuta in vari atti adottati dallo Stato per due lotti di complessive 400.000 ha. Ma in concreto le comunità non avevano potuto riprendere il possesso delle terre loro riconosciute. Nel 1998 esse decisero di ricorrere alla Commissione Interamericana dei Diritti Umani. Quest'ultima, in base alla procedura prevista dalla Convenzione americana sui diritti umani (San José, 1969), approvò nel 2012 il proprio rapporto, dove concludeva per l'esistenza di violazioni a diversi articoli della Convenzione, e adì nel 2018 la Corte Interamericana dei Diritti Umani.

Il ritardo e la difficoltà della restituzione delle terre erano dovuti al fatto che nel 1902 esse erano state assegnate dallo Stato a famiglie di creoli (*criollos*, cioè coloni non indigeni), che avevano costituito la *Colonia Buenaventura* e si erano radicate nei luoghi, praticandovi l'agricoltura, la silvicoltura e l'allevamento del bestiame. Nella sua sentenza, la Corte riconosce che i coloni creoli, in quanto contadini, si trovavano in una condizione di vulnerabilità di cui le autorità argentine dovevano tener conto nel procedere alla loro ricollocazione in altro luogo⁵ e ritiene che essi, pur non costituendo in senso formale una parte del procedimento, possano venire considerati, in senso materiale, una parte del conflitto sostanziale derivante dall'uso delle terre⁶. La Corte anche apprezza il procedimento seguito dallo Stato che aveva cercato di instaurare un dialogo, inevitabilmente complesso dato il conflitto d'interessi, tra i coloni creoli e le comunità indigene⁷, dialogo che si era concretizzato nel 2007 in un accordo tra *Lhaka Honhat* e la *Organización de Familias Criollas*. Resta però il fatto che la restituzione non era comunque stata effettuata e che lo Stato doveva dare esecuzione agli obblighi che aveva verso le comunità indigene.

Lo scrupolo della Corte nell'esame del caso⁸ è confermato dalla decisione di svolgere una visita *in loco*, effettuata il 17 maggio 2019 da una delegazione composta di due giudici e due funzionari⁹. Nel corso della visita, la delegazione ha anche sentito esponenti delle comunità indigene e dei coloni creoli coinvolti¹⁰.

Nella motivazione della sentenza, la Corte richiama la propria precedente giurisprudenza che si caratterizza per un'una grande sensibilità per i diritti delle comunità indigene, benché la Convenzione non contenga alcuna norma

⁵ Par. 137 e 138 della sentenza.

⁶ Par. 36 della sentenza.

⁷ Par. 139 della sentenza.

⁸ Va anche precisato che otto associazioni o individui hanno presentato alla Corte memorie a titolo di *amici curiae* (cfr. il par. 9 della sentenza).

⁹ Par. 10 della sentenza.

¹⁰ Par. 10 e 36 della sentenza.

che specificamente riguardi tali comunità. Tra di essi è compreso il diritto di proprietà delle terre ancestrali oggetto di uso comunitario. Per gli indigeni la natura non soltanto fornisce i mezzi di sussistenza, ma è cultura, religione e cosmovisione. Come, per fare un solo esempio, la Corte aveva rilevato nella sentenza del 17 giugno 2005 sul caso *Comunità Indígena Yakeye Axa c. Paraguay*:

“La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”¹¹.

Nella sentenza qui di seguito riprodotta, la Corte accerta all'unanimità la responsabilità dell'Argentina per la violazione delle disposizioni seguenti della Convenzione, in pregiudizio delle 132 comunità indigene menzionate nell'allegato V alla sentenza: art. 21 (diritto alla proprietà privata), in relazione ai diritti previsti dall'art. 8, par. 1 (garanzie giudiziarie) e dall'art. 25, par. 1 (protezione giudiziaria) e agli obblighi previsti dall'art. 1, par. 1 (obbligo di rispettare i diritti), e dall'art. 2 (dovere di adottare disposizioni di diritto interno); art. 21 e art. 23, par. 1 (diritti politici), in relazione all'art. 1, par. 1; art. 8, par. 1, in relazione all'art. 1, par. 1. Inoltre, con la stretta maggioranza di tre voti contro tre¹², risultando decisivo il voto del presidente, la Corte ha accertato la violazione dei diritti di partecipare alla vita culturale per quanto riguarda l'identità culturale, l'ambiente sano, l'alimentazione adeguata e l'acqua, previsti dall'art. 26 (sviluppo progressivo), in relazione all'art. 1, par. 1. L'art. 26 così testualmente prevede:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Notevole è come la Corte dia un'interpretazione assai estensiva ed evolutiva

¹¹ Par. 135 della sentenza *Comunità Indígena Yakeye Axa c. Paraguay*.

¹² Si vedano le opinioni individuali dei giudici dissenzienti.

a una norma che genericamente rinvia a diritti economici, sociali e culturali contenuti in altri strumenti e che, nel suo tenore testuale, presenta un carattere non immediato, ma progressivo. La Corte interpreta l'art. 26 alla luce di quelli che essa chiama "gli strumenti rilevanti del *corpus iuris* internazionale"¹³, includendo in tale disposizione anche il diritto a un ambiente sano, insieme ad altri diritti umani che pure non sono espressamente previsto nella Convenzione.

La Corte non ha invece accertato violazioni dell'art. 3 (diritto al riconoscimento della personalità giuridica), dell'art. 13 (libertà di pensiero e di espressione), dell'art. 16 (libertà di associazione) e dell'art. 22, par. 1 (diritto di circolazione e di residenza).

Molto puntuali, come è caratteristica della Corte, sono le misure di riparazione che la sentenza pone a carico dell'Argentina.

Tullio Scovazzi

¹³ Cfr. i par. 196 e 198 della sentenza. L'espressione "*corpus iuris* internazionale" sembra riferibile sia ai trattati che alle norme generali del diritto internazionale.

Corte interamericana dei diritti umani Sentenza del 6 febbraio 2020

Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentina

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes Jueces:

Elizabeth Odio Benito, Presidenta;
L. Patricio Pazmiño Freire, Vicepresidente;
Eduardo Vio Grossi, Juez;
Humberto Antonio Sierra Porto, Juez;
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez, y
Ricardo Pérez Manrique, Juez,
dicta la presente Sentencia (...).

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTRO- VERSIA

(...)

II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

(...)

III. COMPETENCIA

(...)

IV. CONSIDERACIONES PREVIAS

(...)

V. PRUEBA

(...)

VI. HECHOS

(...)

VII. FONDO

89. En el presente caso no está en debate que las comunidades indígenas hayan-mantenido un vínculo ancestral con el territorio ni su derecho de propiedad sobre el mismo¹, reconocido en distintos actos normativos internos. La controversia refiere a si la conducta estatal ha permitido brindar seguridad jurídica al derecho de propiedad y su pleno ejercicio. Así, mientras Argentina ha indicado que ha obrado en forma diligente para garantizarlo, la Comisión y los representantes sostienen lo contrario. Asimismo, se ha señalado que actividades sobre el territorio han generado afectaciones al ambiente, a la alimentación y a la identidad cultural. En relación con esto, se han argüido violaciones a distintos derechos² y diversas situaciones a considerar, inclusive procesos judiciales.

90. Surge de los hechos ya narrados, y se señala también más adelante, que la conducta estatal ha implicado actos normativos, pero también diversas acciones y procedimientos tendientes a determinar la propiedad y la posible relocalización de pobladores “criollos”, es decir, no indígenas, que habitan la zona, y concretar su traslado. A su vez, han existido actuaciones tendientes a controlar actos de tala ilegal e instalación de alambrados. Todo lo anterior se ha presentado a lo largo de varios años, en una extensión muy amplia de tierra, habitada por una población numerosa, conformada por criollos y múltiples comunidades indígenas pertenecientes a diversos pueblos, cuyo número, además, es variable. La actuación estatal respecto a tales circunstancias ha requerido la intervención de diversas entidades gubernamentales, provinciales y nacionales, así como la asignación de personal y de recursos presupuestarios. La Corte advierte y tiene en cuenta estas circunstancias y la importante complejidad que representan.

91. La Corte efectuará su examen del siguiente modo: 1) en primer término,

¹ En el Informe de Fondo la Comisión expresó que tanto los entonces peticionarios como el Estado habían “reconocido expresamente que las comunidades indígenas que habitan los [I]otes [...] 14 y 55 tienen derecho a la propiedad de su territorio ancestral”. En el mismo sentido, en el trámite del caso ante la Corte los representantes señalaron que el Estado “ha reconocido en innumerables ocasiones que las comunidades indígenas tienen derecho a sus territorios, por lo que este caso no versa sobre si tienen o no derechos a sus territorios sino [sobre] su efectiva materialización”. Argentina, por su parte, de modo similar, afirmó que “no existen dudas sobre el reconocimiento al derecho de propiedad de las comunidades o de su territorio de uso tradicional”.

² La Corte examinará todas las violaciones alegadas por la Comisión y los representantes. Al respecto, recuerda su jurisprudencia constante en cuanto a que “[I]as presuntas víctimas y sus representantes pueden invocar la violación de derechos distintos a los comprendidos en el Informe de Fondo, siempre y cuando se atengan a los hechos contenidos en dicho documento” (*cf. Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 155, y *Caso Girón y otro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 390, párr. 94).

se referirá al derecho de propiedad comunitaria, analizando también otros derechos que, conforme se ha aducido, han presentado relación con la propiedad en el caso: a.- expondrá algunas consideraciones generales sobre la propiedad comunitaria indígena y luego dará cuenta de los argumentos respectivos de la Comisión y la partes y del análisis del Tribunal sobre: b.- el reconocimiento y determinación de la propiedad, y c.- proyectos y obras ejecutadas sobre el territorio reclamado. Más adelante, abordará: 2) los alegatos sobre violaciones a los derechos de circulación y de residencia, al medio ambiente sano, a la alimentación y a la identidad cultural, considerando también el derecho al agua, y 3) las aducidas vulneraciones a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial en relación con acciones judiciales iniciadas en el caso.

VII.1 DERECHO DE PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA³

A. Consideraciones generales sobre la propiedad comunitaria

92. La Corte se referirá a diversos aspectos relacionados con el derecho de propiedad comunitaria o comunal. Por eso, considera útil dejar sentadas algunas consideraciones generales sobre dicho derecho. Para ello, dará cuenta de algunos aspectos en los que se ha ido desarrollando su jurisprudencia.

93. La Corte se ha referido al contenido del derecho de propiedad comunitaria indígena y sus implicancias. Así, en 2001, respecto del caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, tomando en cuenta diversas pautas de interpretación⁴, estableció que el derecho de propiedad privada plas-

³ Artículo 21 de la Convención. En este apartado se examina, en conjunto con el derecho de propiedad comunitaria, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a las garantías judiciales, la libertad de pensamiento y de expresión, la libertad de asociación, los derechos políticos y el derecho a la protección judicial, reconocidos, respectivamente, en los artículos 3, 8, 13, 16, 23 y 25 de la Convención. El examen de los derechos indicados se realiza en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, que establecen, respectivamente, las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, y de adoptar disposiciones de derecho interno.

⁴ En esa oportunidad, se aludió a “una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos” (*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148). Más adelante, en relación con el caso *Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte explicó que es pertinente, y acorde a lo preceptuado en el artículo 29 de la Convención, una interpretación “evolutiva”, que tenga en cuenta que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.

mado en el artículo 21 de la Convención comprende, en relación con pueblos indígenas, la propiedad comunal de sus tierras⁵. Explicó entonces que:

También que, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para interpretar un tratado no solo hay que considerar los instrumentos formalmente relacionados con el mismo, sino el sistema en el que se inscribe. En ese sentido, es relevante el Convenio 169 de la OIT (*efr. Caso Comunidad Indígena Yakeye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 127 y 128; también jurisprudencia posterior, como la sentencia sobre el caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346, párr. 115)). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo es relevante, además, teniendo en cuenta que el artículo 29.b) de la Convención Americana señala que ninguna disposición de ésta puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. El Convenio 169 de la OIT fue aprobado por Argentina por medio de una ley de 1992 y el Estado lo ratificó en el año 2000 (*supra* párr. 54 y nota a pie de página 40). La Corte aclara que son consistentes con el entendimiento referido las pautas o criterios jurisprudenciales de este Tribunal que se expresan en la presente Sentencia. Por otra parte, en tanto que los hechos del presente caso abarcan un prolongado período, este Tribunal considera útil dejar sentado que Argentina, con base en distintas disposiciones normativas internacionales (y también internas), ha tenido obligaciones respecto de pueblos indígenas durante todo el tiempo que cabe tener en cuenta. Antes de 1984, en 1959 y 1960, Argentina había, respectivamente, aprobado y ratificado el Convenio 107 de la OIT (*supra* nota a pie de página 40), que mandaba “reconocer el derecho de propiedad” de tierras indígenas. Por otra parte, en 1985 se sancionó la ley nacional 23.302 (*supra* párr. 54), que entre sus disposiciones prevé acciones para la adjudicación en propiedad de tierras fiscales nacionales y provinciales a comunidades indígenas y el reconocimiento de su personería jurídica. Dicha ley fue reglamentada en 1989 por el Decreto 155 del Poder Ejecutivo Nacional (*supra* párr. 54). Además, las reformas de la Constitución Nacional de 1994 y de la Constitución de Salta de 1998 reconocieron obligaciones estatales respecto a pueblos indígenas (*supra* párrs. 54 y 55). Antes, en 1986, Salta aprobó la Ley No. 6.373 de “Promoción de Desarrollo del Aborigen” y en 1992, por medio de la ley provincial 6.681, adhirió a la ley nacional 23.302 (*supra* párr. 55). Por otra parte, es pertinente dejar sentado que el perito Solá expresó que Argentina votó de modo afirmativo por la aprobación de las Declaraciones de las Naciones Unidas y Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Lo mismo, respecto del primer texto, notó también la perita Yáñez Fuenzalida. La Corte, de modo complementario, tendrá en cuenta esos instrumentos.

⁵ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párrs. 148, 149 y 151. También, en sentido equivalente: *Caso Comunidad Indígena Yakeye Axa Vs. Paraguay*, párrs. 131 y 132; *Caso Comunidad Indígena Sawboyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146,

“[e]ntre l[a]s [personas] indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica⁶”.

94. Al decidir, en 2005, sobre el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte entendió que el derecho de propiedad protege no sólo el vínculo de las comunidades indígenas con sus territorios, sino también “los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos⁷”. Explicó después, respecto del caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, que “el derecho a usar y gozar del territorio ca-

párr. 118, y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 173, párr. 90. En el mismo sentido, pero respecto a un pueblo tribal, se pronunció la Corte, después de su sentencia sobre el caso *Awas Tingni Vs. Nicaragua*, respecto al caso *Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Como surge de la sentencia respectiva (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 133) “la jurisprudencia de esta Corte en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad [...] debe también aplicarse a los miembros de [...] comunidad[es] tribal[es]”. Ya antes de su decisión en el caso *Awas Tingni Vs. Nicaragua* la Corte había advertido la pertinencia de considerar las costumbres de pueblos tribales, en tanto normas de eficacia en el ámbito comunitario (*cf. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 62).

⁶ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párrs. 148, 149 y 151.

⁷ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 137. En el mismo sentido, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 145; *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 111 y 112; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 165; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 324, párr. 100; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 129, y *Caso Pueblo Indígena Xucuru*, párr. 115.

recería de sentido [si no] estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio”. Por ello, la titularidad de la tierra está unida a la “necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales [...], lo que a su vez, mantiene [el] estilo de vida” de las comunidades. Los recursos que están protegidos por el derecho de propiedad comunitaria son los que las comunidades “han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad de [su] estilo de vida”⁸. Por eso, la realización, por el Estado o terceros, de actividades que puedan “afectar la integridad de las tierras y recursos naturales” deben seguir ciertas pautas que el Estado debe garantizar: la participación efectiva de las comunidades afectadas; su beneficio en términos razonables y la previa realización de estudios de impactos sociales y ambientales⁹.

95. Por otra parte, la sentencia del caso *Awas Tingni Vs. Nicaragua*, de 2001, señaló que “la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas [...] obtengan el reconocimiento oficial [de la] propiedad y el consiguiente registro”¹⁰. Tal acto declara el derecho preexistente, no lo constituye¹¹. Conforme surge de su decisión de 2005 sobre el caso *Yake Axa Vs. Paraguay*, la Corte resaltó que el Estado no solo debe reconocer el derecho de propiedad comunitaria, sino también hacerlo “efectivo en la realidad y en la práctica”¹². La Corte ha explicado que la relación de los pueblos indígenas con el territorio “no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho [...] para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra”¹³. Al pronunciarse en 2006 sobre el caso *Comunidad Indígena Sawboyamaya Vs. Paraguay*, este Tribunal precisó que:

⁸ *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, párrs. 121 y 122. En el mismo sentido, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*, párr. 112.

⁹ *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, párrs. 129 y nota a pie de página 124.

¹⁰ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párrs. 148, 149 y 151.

¹¹ Así, la Corte ha indicado que “en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias – pero que carecen de un título formal de propiedad – la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro” (*Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, párr. 131).

¹² *Caso Comunidad Indígena Yakey Axa Vs. Paraguay*, párr. 141.

¹³ *Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, párr. 211, y *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párr. 117.

“la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas¹⁴, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”¹⁵.

¹⁴ De acuerdo con lo que ha señalado la Corte, el derecho de propiedad de pueblos indígenas sobre el territorio se extiende, en principio, a las tierras y recursos que usan en forma actual, como también a aquellas tierras de las que fueron despojados y con las que mantienen una relación (*cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 153.2, y *Caso Comunidad Indígena Yakeye Axa Vs. Paraguay*, párr. 135).

¹⁵ *Caso Comunidad Indígena Sawboyamaxa Vs. Paraguay*, párr. 128, también *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párr. 117. Es preciso explicar, a propósito de la mención a “terceros inocentes”, que la Corte ha notado en su jurisprudencia que puede haber contradicción entre la propiedad comunitaria indígena y la propiedad privada particular. Al respecto, lo indicado debe entenderse considerando también otras puntualizaciones efectuadas por la Corte en su jurisprudencia. En ese sentido, este Tribunal ha dicho que las eventuales restricciones a la propiedad comunitaria indígena pueden ser convencionalmente admisibles, siempre que obedezcan ciertas pautas: a) “estar establecidas por ley”; b) tener “el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”, es decir, un “objetivo [...] colectivo [...] que, por su importancia, prepondere [...] claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”; c) ser “necesarias” para “satisfacer un interés público imperativo”, y d) ser “proporcionales”, en el sentido de “ajustarse estrechamente al logro de[] legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido”. Teniendo en cuenta lo anterior es que los Estados deben valorar, caso a caso, la contradicción entre derechos de propiedad cuando esté involucrada la propiedad comunitaria y las “restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho sobre otro”. Al hacerlo, deben tener en cuenta que “los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida[; que l]a propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural”, y que preservar la identidad cultural de los pueblos o comunidades indígenas puede ser un “objetivo colectivo” que haga necesaria la restricción a derechos

96. El Estado tiene el deber de dar “certeza geográfica” a la propiedad comunitaria, como señaló este Tribunal al decidir el caso *Awas Tingni Vs. Nicaragua*. En esa oportunidad, y en decisiones posteriores, la Corte se refirió a los deberes de “delimitar” y “demarcar” el territorio, además de la obligación de “titularlo”¹⁶. Así, por ejemplo, en 2014, en relación con el caso de los *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*, la Corte expresó que “el deber de los Estados de adoptar medi-

de particulares. Esto no significa que siempre deba prevalecer la propiedad comunitaria indígena sobre la particular, pero en los casos en que justificadamente las comunidades indígenas se vean privadas de su territorio tradicional, dichas comunidades deben, de ser posible, conforme indica el artículo 16.4 del Convenio 169, “recibir tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados preferan recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas”. La Corte ha expresado que “[l]a elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario” (cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párrs. 144, 145, 146, 148 y 151, y *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, párr. 127).

¹⁶ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 153. La Corte tuvo oportunidad de explicar, en relación con un caso puntual, que las obligaciones estatales son “secuenciales”, y rigen tanto respecto del territorio tradicional como de tierras “alternativas”: “primero se debe identificar el territorio de la Comunidad, lo que a su vez significa establecer sus límites y demarcaciones, así como su extensión. Concluida la identificación del territorio y sus límites, de resultar que el mismo se encuentra en manos privadas, el Estado debe iniciar los procedimientos para su compra o valorar la conveniencia de expropiarlo [...]. De darse motivos objetivos y fundamentados que imposibiliten que el Estado reivindique el territorio identificado como el tradicional de la Comunidad, deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de manera consensuada. Finalmente, sea que se expropien o se elijan de manera consensuada las tierras, el Estado debe titularlas y entregarlas física y formalmente a la Comunidad” (*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2006, párr. 34). Estos señalamientos, efectuados en relación con un caso específico, son, en principio, generalizables. Por otra parte, la Corte también ha tenido ocasión de conocer hechos concretos que denotaban que la falta de continuidad del territorio titulado, o su división y fraccionamiento, de modo que no pueda darse una “prolongación geográfica” de los distintos lotes que lo integran, impactó negativamente en el uso y goce de dicho territorio (*Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*, párr. 127).

das para asegurar a los pueblos indígenas su derecho a la propiedad implica necesariamente, en atención al principio de seguridad jurídica, que el Estado debe demarcar, delimitar y titular los territorios de las comunidades indígenas [...]. Por tanto, el incumplimiento de dichas obligaciones constituye una violación al uso y goce de los bienes de los miembros de dichas comunidades”¹⁷. La titulación y demarcación deben implicar el uso y goce pacífico de la propiedad¹⁸.

97. De modo concordante con lo anterior, la Corte destacó en 2015 que “en atención al principio de seguridad jurídica, es necesario materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas a través de la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación, que reconozca tales derechos en la práctica” y los haga oponibles ante las propias autoridades estatales o frente a terceros¹⁹. Consideraciones equivalentes realizó en 2018, en su decisión sobre el caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*²⁰.

98. Con base en lo anteriormente dicho, es relevante recordar que el Estado debe asegurar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y, por tanto, debe: a.- deslindar las tierras indígenas de otras y otorgar título colectivo de las tierras a las comunidades²¹; b.- “abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio”²², y c.- a su vez, garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar y usar efectivamente su territorio y recursos naturales²³, así como

¹⁷ *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*, párr. 119. En el mismo sentido se pronunció la Corte con posterioridad: *cf. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*, párr. 120, y *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párr. 118.

¹⁸ *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párr. 119.

¹⁹ *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, párr. 133.

²⁰ *Cfr. caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párr. 119.

²¹ *Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 164, y *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párr. 117. En ese sentido, la perita Yáñez Fuenzalida afirmó que “[t]ratándose de tierras no tituladas, la obligación internacional del Estado es demarcar y titular los territorios indígenas para proveer certeza jurídica sobre el dominio ancestral indígena”.

²² *Cfr. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 164, y *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párr. 117.

²³ *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakey Axa Vs. Paraguay*, párr. 137; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 146, y *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párr. 117. Esto es consistente con el artículo 26.1 de la Declaración

de ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros²⁴.

B. Reconocimiento y determinación de la propiedad comunitaria

(...)

B.1 Argumentos de la Comisión y de las partes

(...)

B.2 Consideraciones de la Corte

B.2.1 Aclaración sobre los actos estatales en el caso y el examen correspondiente

114. Se ha dejado sentado que el derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre su territorio ancestral no está en discusión y ha sido reconocido en distintos actos estatales (*supra* párr. 89). Ello, además, será detallado más adelante (*infra* párrs. 130, 145, 146, 149, 156 y 167). La cuestión que la Corte debe determinar es si la conducta estatal seguida en el caso ha brindado seguridad jurídica adecuada al derecho de propiedad comunitaria y si ha permitido el libre ejercicio y goce de ese derecho por parte de las comunidades indígenas.

115. Al respecto, de conformidad con las pautas ya indicadas (*supra* párrs. 93 a 98), la Corte ha indicado que las comunidades indígenas tienen derecho al otorgamiento de un “título de propiedad formal, u otra forma similar de reconocimiento estatal, que otorgue seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o de los agentes del propio Estado”²⁵. En este marco, deben reconocerse las formas y modalidades diversas y específicas de control, propiedad, uso y goce de los territorios por parte de las comunidades²⁶, sin interferencia de terceros (*supra* párr. 98).

de las Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas. En el mismo sentido, el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial exhortó a los Estados a que “reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales” (*Recomendación General No. 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas*. 51º período de sesiones (1997). Doc. A/52/18, anexo V, párr. 5).

²⁴ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname*, párr. 115 y *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párr. 117.

²⁵ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 143, y *Caso Pueblos Kalina y Lokono Vs. Surinam*, párr. 133.

²⁶ En ese sentido, la Corte ha dicho que: “1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro” (*Caso Comunidad Indígena Sawboyamaxa Vs. Paraguay*, párr. 128).

116. Como se ha expresado (*supra* párr. 97), para materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas cobijados por el artículo 21 de la Convención, los Estados deben prever un mecanismo efectivo, mediante la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias. Los mismos deben cumplir las reglas del debido proceso legal consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana²⁷. En virtud del artículo 2 de la Convención, los Estados deben adaptar su derecho interno para que estos mecanismos existan y sean adecuados²⁸ y efectivos: deben suponer una posibilidad real para que las comunidades puedan defender sus derechos y ejercer el control efectivo de su territorio, sin ninguna interferencia externa²⁹. Asimismo, debe dejarse dicho que los pueblos indígenas tienen derecho a no ser sujetos a una demora irrazonable para una solución definitiva de su reclamo³⁰.

117. Las pautas anteriores deben ser confrontadas con lo que ha sucedido en el caso. Este Tribunal nota que, como se explicará, el Estado ha reconocido

²⁷ *Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 138, y *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párr. 130.

²⁸ “En relación con el artículo 2 de la Convención Americana, el Tribunal ha indicado que el mismo obliga a los Estados Parte a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. Es decir, ‘[e]l deber general [derivado de este artículo] implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías’” (*Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, párr. 206. Allí se cita: *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 51; *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207; *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*, párr. 192, y *Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 153).

²⁹ *Cfr. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 92, y *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párrs. 130 y 132.

³⁰ A efectos de evaluar lo referido, debe considerarse que el control efectivo del territorio, sin interferencias, en determinadas circunstancias, puede implicar una labor compleja. Esto, atendiendo a factores tales como la dimensión del territorio, sus características geográficas, la cantidad de terceros presentes en él, su perfil o características, entre otros (*cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 85. En ese sentido, *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párr. 139).

la propiedad comunitaria. Debe analizarse si ello se realizó en forma adecuada, compatible con la Convención. En ese sentido, ha habido distintos actos estatales relacionados con el reconocimiento de la propiedad, aunque los mismos no han sido el resultado del desarrollo de un procedimiento reglado, establecido en forma legal y previa. Lo que ha existido es un reclamo de la propiedad por parte de comunidades indígenas, formalizado en 1991, y luego una interacción entre las comunidades y el gobierno, cuyo derrotero a lo largo de los años ha presentado diversas incidencias, y en el que ha habido intervención de la población criolla y varios acuerdos con la misma, refrendados por actos normativos estatales. Esa interacción, que no se llevó a cabo siguiendo pautas procedimentales preestablecidas legalmente, derivó en distintos actos de gobierno: básicamente, Decretos del Poder Ejecutivo salteño, que en distinto modo fueron avanzando en el reconocimiento de la propiedad.

118. Ahora bien, se ha señalado que en virtud de la conjunción de los artículos 2, 8, 21 y 25 de la Convención, los Estados deben prever en su derecho interno procedimientos aptos para viabilizar reclamos territoriales indígenas (*supra* párr. 116). No obstante, si en un caso concreto el Estado satisfizo de otro modo el derecho de propiedad comunitaria, no resulta necesario examinar si su legislación interna general resulta adecuada al deber mencionado. Caso contrario, si se concluye que el derecho no ha sido satisfecho, sí es relevante analizar si en ello ha tenido incidencia el orden jurídico general en sus aspectos relevantes.

119. Por ello, la Corte examinará, en primer término, si Argentina ha garantizado de modo adecuado el derecho de propiedad bajo el artículo 21 de la Convención y luego, si es el caso, la compatibilidad del ordenamiento jurídico estatal con la Convención. La Corte no hará el primer examen indicado considerando los artículos 8 y 25 de la Convención pues los mismos no aplican ya que, como se expuso, las actuaciones no se enmarcaron en un proceso reglado previamente (*supra* párr. 117). En este sentido, no analizará la observancia de la razonabilidad del plazo seguido como una garantía procesal, sin perjuicio de tener en cuenta el impacto del tiempo en el ejercicio del derecho de propiedad.

120. Debe aclararse también que la Corte examinará el cumplimiento del artículo 21 convencional respecto a la obligación de garantía establecida en el artículo 1.1 del tratado, pero también respecto al artículo 2, aunque en un sentido distinto al ya expresado. El artículo 2, en efecto, no solo se relaciona con la adaptación normativa formal del orden jurídico interno a la Convención, mediante la adopción de “medidas legislativas”, sino también con la adopción de medidas “de otro carácter” para hacer efectivos los derechos. Entre estas medidas pueden encontrarse aquellas dirigidas a concretar o materializar las normas que el propio Estado ha adoptado a fin de dar satisfacción a un dere-

cho³¹. De este modo se va a evaluar la conducta estatal, considerando los actos del Estado que formalmente han avanzado en el reconocimiento de la propiedad, mas también las medidas para su concreción efectiva.

121. La Corte evaluará, entonces, con base en lo expresado, si el Estado ha posibilitado en forma adecuada el reconocimiento de propiedad. En efecto, como se detallará (*infra* párr. 130), es claro que al menos desde 2007, a partir de acuerdos entre criollos e indígenas, refrendados por el Estado, se determinó que una extensión de 400.000 ha sobre los lotes 14 y 55 corresponden a comunidades indígenas. También surge de los hechos que, pese a lo anterior, la separación de la propiedad indígena y de la tierra correspondiente a criollos todavía no se ha concretado en su totalidad: hasta el presente se ha mantenido la presencia criolla y no ha concluido la metodología de “diálogo” (que se describirá más adelante, *infra* párrs. 131 y 140 a 144) para acordar los distintos sitios de “relocalización” y concretar su traslado³².

122. Considerando lo expuesto, la Corte pasa a analizar la conducta estatal observando la sucesión de actos en orden cronológico.

B.2.2 Actos realizados para el reconocimiento de la propiedad

B.2.2.1 Antes de 1999

(...)

B.2.2.2 Entre 1999 y 2004

(...)

B.2.2.3 2005 y 2006

(...)

B.2.2.4 El proceso de acuerdos a partir de 2007

³¹ En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 2 de la Convención manda no solo la “expedición de normas”, sino también “el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia” de los las “garantías” convencionales (*Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 3 de septiembre de 1998. Serie C No. 40, párr. 178, y *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 243). La actuación estatal para concretar lo ordenado en su propia normativa interna, cuando esto refiere a la adecuada observancia de un derecho convencional, es una “práctica” en el sentido expresado. La noción de “práctica”, o de medidas de carácter distinto a las medidas legislativas, en los términos del artículo 2 de la Convención, no se asimilan al mero acto de aplicación directa o puntual de una disposición normativa.

³² A su vez, se ha indicado la interferencia al goce de la propiedad no solo por la presencia criolla, sino también por la actividad ganadera, la instalación de alambrados y la tala ilegal, cuestiones que se examinan más adelante, en el capítulo VII.2 de esta sentencia.

(...)

B.2.2.4.1 El diálogo con la población criolla

(...)

B.2.2.4.2 El proceso seguido en el caso

(...)

147. La Corte advierte la complejidad del caso y las dificultades que ha tenido el Estado para concretar las acciones necesarias para garantizar adecuadamente el derecho de propiedad. Argentina destacó la complejidad que conlleva “el traslado de personas criollas, adultos, adolescentes y niños y niñas, familias enteras con su ganado y unidades económicas de subsistencia, para lo cual resulta necesario, con carácter previo [...], la realización de las obras de infraestructura necesarias que garanticen el acceso al agua potable, salud, seguridad, educación, energía, accesibilidad de caminos, alambrados para contener el ganado y que no invada territorio de las comunidades, entre otras”. Informó, asimismo, que el “proceso participativo para la regularización dominial” ha requerido “redoblar los esfuerzos en tiempo y en la cantidad de recursos humanos”. Además, aunque no en todos sus aspectos está necesariamente vinculado a la garantía de la propiedad comunitaria, la Corte toma nota también que el Estado señaló haber avanzado en un “Plan de obras” en la zona, que según informó, conlleva importantes erogaciones económicas y continúa “en proceso”, para garantizar “no solo el derecho de propiedad”, sino también “el acceso a la salud y educación y la mejora en la transitividad e ingreso a la zona, entre otros”.

148. Este Tribunal, en razón de lo anterior, nota y valora las acciones estatales, pero no puede dejar de advertir que el derecho a la propiedad comunitaria indígena no se encuentra plenamente concretado o garantizado, pese a que han transcurrido más de 28 años desde los primeros reclamos que pueden ser examinados por la Corte.

149. Por lo expuesto, la Corte entiende, por una parte, que el Estado reconoció, mediante actos jurídicos, el derecho de propiedad de las comunidades indígenas. Existe, en este sentido, un título o reconocimiento jurídico de la propiedad. Asiste entonces razón al Estado en cuanto a que el derecho “está fehacientemente reconocido”. No obstante, por otro lado, este Tribunal no puede soslayar que el reconocimiento de la propiedad indígena debe efectuarse dotando de seguridad jurídica al derecho, de modo que sea oponible frente a terceros. Las acciones tendientes a esta finalidad no han sido completadas. El Decreto 1498/14, en ese sentido, debe entenderse como un acto cuya ejecución no se ha concretado, siendo que su mismo texto prevé acciones futuras. Por ello el reconocimiento jurídico existente no es todavía adecuado o suficiente para el pleno ejercicio del derecho de propiedad. Aunque este Tribunal valora los

avances efectuados por el Estado, debe concluir que el derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre su territorio no se encuentra satisfecho.

150. Al respecto, sin perjuicio de algunas diferencias en los datos presentados por los representantes y el Estado, lo cierto es que de acuerdo a información de ambas partes, los procedimientos que Argentina indicó necesarios para la “entrega” del “título único” no han concluido, estando pendiente todavía una proporción significativa de actos por concretar³³. Los representantes han indicado que falta la concreción de más de un 99% de los traslados (*supra* párr. 108), y el Estado, en 2017, afirmó que necesitaría 8 años más para completar el proceso (*supra* párrs. 85 e *infra* párrs. 315 y 323). A su vez, el propio Estado indicó que hay tareas de demarcación pendientes (*supra* párr. 111).

B.2.3 Evaluación de la conducta estatal seguida

151. De acuerdo a lo expresado es claro que los procedimientos instaurados no han resultado medidas suficientes, en tanto que no han logrado, después de más de 28 años de que fuera reclamado el reconocimiento de la propiedad, la plena garantía de ese derecho de las comunidades indígenas habitantes de los lotes 14 y 55 sobre su territorio.

152. Ahora bien, a fin de dimensionar adecuadamente las características de la falta de garantía del derecho de propiedad, debe hacerse notar algunas parti-

³³ Los representantes expresaron que a) hay 282 familias criollas que deben ser relocalizadas; b) en varios casos hay acuerdo, pero no se ha hecho el croquis ni los pasos subsiguientes; c) 192 familias criollas que se encuentran en el territorio correspondientes a comunidades indígenas no cuentan con mensura ni protocolización; d) otras 90 sí cuentan con mensuras realizadas, y e) 42 ya poseen el título correspondiente a las tierras a las que deben trasladarse. Indicaron también que solo en la zona norte de los lotes 14 y 55 ha habido algunos avances respecto a relocalizaciones, siendo nueve las familias que van a relocalizarse, de las cuales solo tres han concretado el traslado (una sólo en forma parcial, pues falta el traslado de parte del ganado). Como conclusión, notaron que menos del 1% del total de las 282 familias criollas que deben relocalizarse han completado el proceso. El Estado en su contestación de 4 de septiembre de 2018, informó lo siguiente: “Situación de las [f]amilias [c]riollas”: “a relocalizarse: 123”; “con mensuras finalizadas: 130”; “con escrituras entregadas: 42”; “con escrituras finalizadas para entregar: 57”; “con escrituras en proceso de elaboración: 31”. Por otra parte, el Estado ha reconocido que la “demarcación” no se ha concretado en su totalidad. Del Decreto 1498/14 surge que para el momento de su emisión estaban pendientes acciones de “determinación” y “delimitación”. Después, en 2015, se realizaron algunas acciones de “amojonamiento”. El Estado señaló que para septiembre de 2018 (fecha de su escrito de contestación) había un grado de “[a]vance” en la “[d]emarcación de las 400.000 hectáreas [indígenas]” de “70%”. En los alegatos finales escritos, los representantes afirmaron que no se ha terminado con los trabajos de demarcación y delimitación, y el Estado señaló trabajos pendientes de “mensura” y “amojonamiento”.

cularidades en cuanto a su relación con el derecho a la personalidad jurídica y con normas generales de derecho interno.

B.2.3.1 Aducida afectación a la personalidad jurídica en el caso

(...)

B.2.3.2 Incidencia del derecho interno

(...)

B.2.3.3 Conclusión sobre el reconocimiento y determinación de la propiedad

167. Como conclusión de todo lo expuesto, la Corte constata que los Decretos 2786/07 y 1498/14 constituyen actos de reconocimiento de la propiedad comunitaria sobre la tierra reclamada. No obstante, el Estado no ha titulado la misma de forma adecuada, de modo de dotarla de seguridad jurídica. El territorio no se ha demarcado y subsiste la permanencia de terceros. Argentina, además, no cuenta con normativa adecuada para garantizar en forma suficiente el derecho de propiedad comunitaria.

168. Por lo expuesto, la Corte determina que el Estado violó, en perjuicio de las comunidades indígenas víctimas en este caso (*supra* párr. 35 y Anexo V a la presente Sentencia), el derecho de propiedad en relación con el derecho a contar con procedimientos adecuados y con las obligaciones de garantizar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno. Por ello, Argentina incumplió el artículo 21 de la Convención en relación con sus artículos 8.1, 25.1, 1.1 y 2.

C. Derecho a la participación en relación con proyectos u obras sobre la propiedad comunitaria

169. Resta considerar, en relación con el derecho de propiedad, proyectos y obras que, conforme se ha alegado, se han llevado a cabo sin respetar derechos de las comunidades indígenas.

C.1 Argumentos de la Comisión y de las partes

(...)

C.2 Consideraciones de la Corte

173. A fin de garantizar el uso y goce de la propiedad colectiva, el Estado debe cumplir ciertas salvaguardas, que se enuncian en el párrafo siguiente. Las mismas son debidas a fin de resguardar la propiedad y también en función del derecho de los pueblos indígenas a participar en decisiones que afecten sus derechos. Conforme la Corte ha indicado, en razón de los “derechos políticos” de participación receptados en el artículo 23 de la Convención, en cuestiones

atinentes a sus tierras, los pueblos indígenas deben ser consultados de forma adecuada a través de instituciones representativas de los mismos³⁴.

174. De acuerdo con lo que ha indicado la Corte, respecto a obras o actividades dentro del territorio indígena, el Estado, por una parte, debe observar los requisitos comunes a toda limitación al derecho de propiedad por “razones de utilidad pública o de interés social” de acuerdo al artículo 21 de la Convención, lo que implica el pago de una indemnización³⁵. Por otra parte, debe cumplir “con las siguientes tres garantías”: en primer lugar, “asegurar la participación efectiva” de los pueblos o comunidades, “de conformidad con sus costumbres y tradiciones”, deber que requiere que el Estado acepte y brinde información, y que implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo³⁶. En segundo lugar, debe “garantizar

³⁴ Cfr. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, párrs. 202 y 203 y 230.

³⁵ La Corte ha indicado que “el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad” (*Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, párr. 139). En ese sentido se ha expresado la perita Yáñez Fuenzalida.

³⁶ La buena fe “exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia [, y] es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades”. Además, “se debe consultar con [dichos pueblos], de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión”. Es preciso que se dé “tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros de [los pueblos indígenas y tribales] tengan conocimiento de los posibles riesgos, inclu[yendo] los riesgos ambientales y de salubridad”. (*Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, párr. 133; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 186, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, párr. 201.) En el mismo sentido la perita Yáñez Fuenzalida se refirió al carácter previo de las consultas: explicó que de acuerdo con señalamientos de la OIT, las consultas son “obligatorias antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de [...] recursos naturales que se encuentren en las tierras de [los] pueblos [indígenas o tribales]; o cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas [o] tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar; y antes de diseñar y ejecutar programas o políticas públicas dirigidas a los referidos pueblos”. El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, señaló que “el propio Estado tiene la responsabilidad

que no se emitirá ninguna concesión dentro de[] territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto [...] ambiental”³⁷. En tercer lugar, debe garantizar que las comunidades indígenas “se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio”³⁸.

175. Por medio de los requisitos anteriores, se busca “preservar, proteger y garantizar la relación especial” que los pueblos indígenas tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia. Si bien la Convención no puede interpretarse de modo que impida al Estado realizar, por sí o a través de terceros, proyectos y obras sobre el territorio, el impacto de los mismos no puede

de realizar o garantizar que se realicen debidamente consultas, incluso cuando, en la práctica, es una empresa privada la que promueve o realiza las actividades [...]o es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad”. (Consejo de Derechos Humanos. 12º período de sesiones. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. 15 de julio de 2009. Doc. A/HRC/12/34, párr. 54). De modo acorde a lo expresado se manifestó FARN en su escrito de *amicus curiae*.

³⁷ *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, párr. 129, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, párr. 201. El requisito de previo estudio de impacto ambiental ha sido indicado por el Convenio 169, en su art. 7.3 y también en otros instrumentos, como la Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada en el ámbito de la ONU en 1982 (Resolución 37/7 de la Asamblea General de la ONU, de 28 de octubre de 1982, principio 11.c), o la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 (Principio 17). No debe realizarse como una mera formalidad, sino que debe posibilitar la evaluación de alternativas y la adopción de medidas de mitigación de impacto y llevarse a cabo como parte de una evaluación de impactos ambientales y sociales que debe: a) ser previa a la decisión de llevar a cabo el proyecto o a la realización de la actividad; b) elaborarse por entidades independientes, bajo supervisión estatal; c) considerar, en su caso, los impactos acumulados de otros proyectos existentes o propuestos, y d) permitir la participación de personas o comunidades interesadas o posiblemente afectadas. Esta participación a efectos de la evaluación de impacto ambiental y social resulta específica a tal fin, y no es equivalente al ejercicio del derecho de consulta libre, previa e informada de los pueblos o comunidades indígenas referida antes, que es más amplio. (Ver, en ese sentido, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, párrs. 201, 207 y 215, y *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 162. De forma concordante se expresó FARN en su escrito de *amicus curiae*).

³⁸ *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, párr. 129, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, párr. 201.

en ningún caso negar la capacidad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales a su propia supervivencia³⁹.

176. En el caso, la Corte limitará su examen a aquellas obras o proyectos que están dentro del marco fáctico del caso y sobre los cuales hay suficientes elementos de prueba y argumentos para posibilitar su análisis. Sin embargo, en este sentido, este Tribunal entiende que la Comisión y las partes no han presentado información y argumentaciones precisas y suficientes para que la Corte evalúe aspectos relativos a obras sobre tramos de la ruta nacional 86⁴⁰, ni la aducida exploración de hidrocarburos⁴¹. La Corte, por el contrario, sí examinará lo pertinente respecto a: 1) las obras para la ruta provincial 54 y 2) la construcción del puente internacional y obras adyacentes. Luego 3) expondrá su conclusión.

C.2.1 Ruta provincial 54

177. En 2001 se trabajó en el enripiado de la ruta provincial 54 entre la localidad de Santa Victoria Este y la de La Paz. Las obras finalizaron el mismo año. A principios de 2005, la Dirección Provincial de Vialidad empezó nuevamente a realizar obras en torno a la ruta Provincial 54, que une la ciudad de Tartagal con el puente internacional sobre el río Pilcomayo. El 8 de febrero de 2005, los representantes denunciaron la situación ante la Cancillería y el Gobernador de Salta⁴².

³⁹ *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, párr. 129, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, párrs. 201 y 214.

⁴⁰ En el marco de su exposición sobre hechos de “[c]onstrucción y ensanchamiento de rutas públicas en el área en disputa”, en el párrafo 137 del Informe de Fondo la Comisión mencionó que en julio de 2001 se había “comenzado el enripiado de un camino”. En su escrito de solicitudes y argumentos, los representantes no hicieron mención a ello en relación con la ruta nacional 86. Sobre esa ruta, no presentaron detalles sobre sus presuntos avances, sino solo que se solicitó el cese y que el avance de la obra se detuvo. La Corte considera los indicados señalamientos de la Comisión y los representantes como insuficientes para entender que hubo actos de concreción relevantes del proyecto de realización de tramos de la ruta nacional 86 y, en general, considera que carece de elementos suficientes para evaluar aspectos relativos a dicha obra o proyecto.

⁴¹ Si bien los representantes indicaron que las actividades de exploración habían comenzado en 2001, no efectuaron precisiones respecto a la zona, y surge de señalamientos estatales que “[n]o se inició el proceso de exploración en el territorio de las comunidades”. Además la Corte nota que el Estado, luego de una solicitud de los representantes, decidió trasladar los trabajos fuera del territorio indígena, lo que fue indicado por los propios representantes.

⁴² *Cfr.* Nota a Cancillería y al Gobernador de Salta de 8 de febrero de 2005. Expediente de prueba, anexo I.18 al escrito de solicitudes y argumentos, fs. 32.008 a 32.010.

En 2014 hubo nuevas obras, los representantes efectuaron un pedido de información⁴³. El proyecto continuó y se finalizó.

178. Los representantes señalaron que esta intervención causó la tala de árboles para la quema de ladrillos en Misión La Paz, y también que no tuvieron respuesta del pedido de información que efectuaron. La Corte advierte que el Estado ha aclarado que las obras realizadas fueron sobre el trazado previamente existente de la ruta 54. Es decir, no se habría tratado de obras estrictamente nuevas, sino de mejoras de otras ya existentes. En una comunicación del Secretario General de la Gobernación de Salta se explicó que “no se trat[ó] de la apertura de una nueva ruta, sino del mejoramiento de la actualmente existente” y que fueron trabajos hechos “en acuerdo con los habitantes” y “necesarios e impostergables para permitir la continuidad del acceso de los pobladores a los servicios de salud y educación que brinda el Estado – derechos elementales [...] en una zona de alto índice de pobreza”⁴⁴.

179. La Corte entiende que, de acuerdo con las circunstancias, puede ser pertinente en relación con el derecho a la consulta, diferenciar entre mejora o mantenimiento de obras ya existentes y realización de obras o proyectos nuevos. En ese sentido, no siempre actividades tendientes solo al adecuado mantenimiento o mejora de obras requerirán arbitrar procesos de consulta previa. Lo contrario podría implicar un entendimiento irrazonable o excesivo de las obligaciones estatales correlativas a los derechos de consulta y participación, cuestión que debe evaluarse de acuerdo con las circunstancias particulares. En el caso, aunque los representantes mencionaron que las obras requirieron la tala de árboles, no ahondaron en la precisión sobre la magnitud de ese impacto. Además, aunque no consta que las autoridades respondieran puntualmente la nota de los representantes pidiendo información, aquellas manifestaron que las obras se estaban haciendo “en acuerdo con los habitantes”. Si bien este último señalamiento es insuficiente para dar cuenta de procesos de consulta que pudieran haberse efectuado, también es insuficiente la información y argumentación de los representantes. A partir de ello, y teniendo en cuenta que se trató del mantenimiento o mejora de obras que ya existían, la Corte considera que no tiene suficientes elementos para determinar una lesión al derecho de participación y consulta en perjuicio de comunidades indígenas.

⁴³ *Cfr.* Nota a la Secretaría de Derechos Humanos de 19 de septiembre de 2014. Expediente de prueba, anexo I.20 al escrito de solicitudes y argumentos, fs. 32.016 y 32.017.

⁴⁴ *Cfr.* Nota de la Secretaría General de Gobernación al Canciller de 21 de febrero de 2005. Expediente de prueba, anexo I.19 al escrito de solicitudes y argumentos, fs. 32.012 a 32.014.

C.2.2 Puente internacional y obras conexas

180. Se desprende de los hechos que la construcción del puente inició en 1995. Entre el 25 de agosto y el 16 de septiembre de 1996, personas integrantes de comunidades indígenas ocuparon el puente internacional de manera pacífica. La construcción del puente se finalizó entre 1995 y 1996 y se continuó con la edificación de rutas y de obras de urbanización⁴⁵.

181. La Corte destaca que la obra en cuestión se trató de un puente internacional. En ese sentido, resulta un emprendimiento relevante en cuanto al tránsito fronterizo y el comercio internacional. En una obra de tal tipo está involucrada la gestión y política estatal respecto de las fronteras territoriales, así como decisiones con implicancias económicas. Por ello, resulta involucrado el interés del Estado y su soberanía, así como la gestión gubernamental de interés de la población argentina en general.

182. La Corte reconoce, entonces, que la importancia de la obra ameritaba una evaluación cuidadosa, que tuviera en cuenta las implicancias expuestas. Ello, no obstante, no autoriza al Estado a inobservar el derecho de las comunidades a ser consultadas. Al respecto, debe destacarse que en su contestación, Argentina manifestó que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas había “considera[do] que la construcción del Puente Internacional sobre el río Pilcomayo Misión La Paz (Argentina) – Pozo Hondo (Paraguay), así como otros caminos y edificios diversos, modifica sensiblemente la forma de vida de las comunidades indígenas y que habría sido oportuna la celebración de consultas, así como un [i]nforme sobre el impacto medioambiental de esas obras”.

183. La Corte advierte, en concordancia con lo anterior, que en efecto no consta que hubiera existido proceso de consulta previa.

C.2.3 Conclusión

184. Por los motivos expuestos, en relación con la construcción del puen-

⁴⁵ Los representantes indicaron que a principios de 1999 Salta “empezó a construir casas y edificios destinados al establecimiento de un puesto de la Gendarmería Nacional”. Agregaron que “[a]demás, en el 2000 empezó a aumentar significativamente la tala ilegal de árboles para la quema de ladrillos vinculada a las obras, causando un impacto sustancial en el modo de vida de las comunidades”. El 6 de abril de 2000 se dictó la Resolución N° 138 por parte de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos de la Provincia de Salta, que aprobaba la reprogramación y documentación técnica de la obra Construcción Puesto Fronterizo Misión La Paz – Departamento Rivadavia. El 27 de abril de 2011, los representantes de la Provincia de Salta informaron que se hicieron obras de vivienda en acuerdo con las comunidades (*cf.* comunicación de Lhaka Honhat al Director de Derechos Humanos, informando que no asistirían a las reuniones del 27 de abril de 2011; expediente de prueba, anexo al trámite ante la Comisión, fs. 15.890 a 15.892).

te internacional, la Corte concluye que el Estado incumplió su obligación de procurar mecanismos adecuados de consulta libre, previa e informada a las comunidades indígenas afectadas. Por ende, vulneró en su perjuicio el derecho de propiedad y a la participación, en relación con las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos. Por ese motivo, incumplió los artículos 21 y 23.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del tratado.

185. La Corte considera que no cuenta con elementos específicos para determinar una lesión al derecho a acceder a la información en forma adicional a la violación al derecho a la participación. Por ello, entiende que no corresponde pronunciarse sobre la alegada vulneración al artículo 13 de la Convención.

VII.2 DERECHOS DE CIRCULACIÓN Y DE RESIDENCIA, A UN MEDIO AMBIENTE SANO, A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA, AL AGUA Y A PARTICIPAR EN LA VIDA CULTURAL EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS⁴⁶

A. Argumentos de las partes⁴⁷

(...)

⁴⁶ Artículos 22, 26 y 1.1 de la Convención Americana.

⁴⁷ La *Comisión* no determinó violaciones al artículo 26 de la Convención en su Informe de Fondo 2/12, emitido en 2012. Sin perjuicio de lo anterior, en sus observaciones finales escritas expresó que “considera importante que, dado el reciente desarrollo de la jurisprudencia de [la] Corte, [ésta] pueda desarrollar, por primera vez, la violación del artículo 26, respeto a los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en particular en lo relativo al derecho a la alimentación y otros que resulten pertinentes”. Por otra parte, en su Informe de Fondo la Comisión notó que “la estrecha vinculación entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios tradicionales y los recursos naturales que allí se encuentran es un elemento constitutivo de su cultura en tanto forma de vida particular[. . .] Por ello, al ser el territorio y los recursos naturales elementos integrantes de la cosmovisión, vida espiritual y forma de subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, forman parte intrínseca del derecho de las personas que los conforman a la identidad cultural”. Asimismo, afirmó que las autoridades estatales deben “implementar los estándares de protección medioambiental existentes a nivel nacional e internacional”, lo que cobra “especial importancia” respecto a “actores no estatales”. Agregó que los Estados deben “prevenir los daños al medio ambiente en territorios indígenas”. Considerando lo anterior, se refirió en el Informe de Fondo a la “deforestación” en el caso, expresando que “[p]ese a la suscripción de sucesivos acuerdos sustantivos y la adquisición de otros compromisos formales en los que [el Estado] anunció que realizaría [...] labores de control de la extracción ilegal de madera, no se demostró [...] que tales acciones hubiesen sido adoptadas en forma efectiva y proporcional al serio peligro de deforestación causado por los taladores

B. Consideraciones de la Corte

194. La Corte, en primer término, debe dejar sentado que el artículo 22 de la Convención, que versa sobre el derecho de circulación y residencia, refiere a elegir el lugar de residencia, ingresar, salir y circular por el territorio nacional⁴⁸, y no resulta aplicable al caso. La facultad de una persona de movilizarse en tierras de su pertenencia queda, en principio, comprendida en el derecho de propiedad, que ya ha sido examinado. Por otra parte, el aducido impacto específico o particular de la instalación de alambrados en el presente caso se examina seguidamente, en relación con derechos contenidos por el artículo 26 de la Convención Americana.

195. La Corte, ha afirmado su competencia para determinar violaciones al artículo 26 de la Convención Americana⁴⁹ y ha señalado que el mismo protege

irregulares dentro del territorio”. La Comisión tampoco adujo una lesión al artículo 22 de la Convención (*supra* nota a pie de página 2).

⁴⁸ La Corte ha indicado que el artículo 22 de la Convención comprende “a) el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en ese Estado y escoger su lugar de residencia, y b) el derecho de una persona a ingresar a su país y permanecer en él. El disfrute de este derecho no depende de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Asimismo, protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado Parte y a no tener que salir forzosamente fuera del territorio del Estado en el cual se halle legalmente. Este Tribunal ha dicho también que el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado de manera formal o por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condiciones, ni provisto los medios que permiten ejercerlo” (*Caso Omeara Carrascal y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 368, párr. 272; ver también *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 115; *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, párrs. 119 y 120; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*, párr. 188, y *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, párr. 274).

⁴⁹ *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párrs. 16, 17 y 97; *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 142; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, párr. 192; *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 220; *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 100; *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie

aquellos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) que se deriven de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “Carta de la OEA”, o “la Carta”), siendo pertinente para su entendimiento las “[n]ormas de [i]nterpretación” establecidas en el artículo 29 de la Convención⁵⁰.

196. Así, este Tribunal ha explicado que “[p]ara identificar aquellos derechos que pueden ser derivados interpretativamente del artículo 26, se debe considerar que este realiza una remisión directa a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA”⁵¹. En base a lo anterior, estando establecido que un derecho debe entenderse incluido en el artículo 26 de la Convención, corresponde fijar sus alcances, a la luz del *corpus iuris* internacional en la materia⁵². Es pertinente destacar que la Corte ha recordado que

“la misma Convención hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, específicamente a través del artículo 29, el cual prevé el principio *pro persona*”⁵³. De esta manera, como ha

C No. 359, párr. 97; *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párrs. 170 a 208; *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, párr. 155, y *Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párr. 54.

⁵⁰ Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, párr. 144, y *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 62.

⁵¹ Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, párr. 145; *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, párr. 103, y *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 62.

⁵² Ello no excluye acudir también a la normativa nacional que pudiera ser relevante (cfr. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, párr. 103, y *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 62).

⁵³ Cfr. *Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 143, y *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 65. En la determinación de los derechos respectivos, de ser el caso, la Corte da “un especial énfasis a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [...], pues tal y como lo estableció este Tribunal[, l]os Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA” (cfr. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión*

sido la práctica constante de este Tribunal⁵⁴, al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado o de sus normas, con la propia Convención u otros tratados respecto de los cuales tiene competencia, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes⁵⁵”.

197. La Corte ha afirmado, en el mismo sentido, que:

“los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵⁶ [...]. Además, el párrafo tercero del artículo 31 de [dicha] Convención de Viena autoriza la utilización de medios interpretativos tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, los cuales son algunos de los métodos que se relacionan con una visión evolutiva del Tratado⁵⁷”.

198. De esta forma, en la determinación del alcance de los derechos respectivos incluidos en el artículo 26 de la Convención, este Tribunal hará referencia a los instrumentos relevantes del *corpus iuris* internacional.

199. Al proceder de esta manera, la Corte realiza una interpretación que permite actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta que se en-

Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10. párr. 43, y *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 66).

⁵⁴ *Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 78 y 121; *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83; *Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 129; *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 168; *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, párr. 145; *Caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile*, párr. 103; *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, párr. 100, y *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*, párr. 158; *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 65.

⁵⁵ *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú*, párr. 176, y *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 65.

⁵⁶ *Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99* de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 67.

⁵⁷ *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*, párr. 160, y *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 67.

cuentran reconocidos en el artículo 26 de la Convención⁵⁸. Es por ello que lo que realiza es una aplicación de esta norma y, como ya antes ha explicado, “no está asumiendo competencias sobre tratados en los que no la tiene, ni tampoco está otorgando jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales relacionados con los [derechos económicos, sociales, culturales y ambientales]”⁵⁹.

200. A continuación, este Tribunal procede, con base en lo antes indicado, a verificar el reconocimiento y contenido pertinente de los derechos comprendidos en el artículo 26 de la Convención implicados en el caso. El Tribunal resalta que los representantes de las comunidades indígenas no han alegado la violación del derecho humano al agua. No obstante, de conformidad con lo que se explicará más adelante, los hechos del caso tienen relación con el goce de este derecho. El mismo puede ser estudiado, pues este Tribunal tiene competencia, con base en el principio *iura novit curia*, para analizar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas, en el entendido de que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan⁶⁰.

201. La Corte advierte que este es el primer caso contencioso en el que debe pronunciarse sobre los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural a partir del artículo 26 de la Convención. Por ello, considera útil realizar algunas consideraciones respecto a tales derechos, así como sobre su implicancia y particularidades respecto a pueblos indígenas. A tal efecto: 1.- en el apartado siguiente dará cuenta, a) en primer lugar, del reconocimiento normativo y, en lo relevante para el caso, del contenido de los derechos aludidos, y b) en segundo término, de la interdependencia de los cuatro derechos y las particularidades pertinentes de los mismos respecto de pueblos indígenas. Por otra parte, 2.- en su segundo apartado, a) indicará los hechos relevantes del caso y b) analizará si de los mismos se desprende la responsabilidad estatal.

B.1 Los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural

B.1.1 Reconocimiento normativo y contenido relevante

B.1.1.1 El derecho a un medio ambiente sano

⁵⁸ Así lo ha señalado también la Corte anteriormente (cfr. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, párr. 101, y *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 66).

⁵⁹ Cfr. *Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 143, y *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 66.

⁶⁰ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*, párr. 163, y *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 54.

202. Este Tribunal ya ha manifestado que el *derecho a un medio ambiente sano* “debe considerarse incluido entre los derechos [...] protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana”, dada la obligación de los Estados de alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta⁶¹.

203. La Corte ya se ha referido al contenido y alcance de este derecho, considerando diversas normas relevantes, en su *Opinión Consultiva OC-23/17*, por lo que se remite a dicho pronunciamiento⁶². Afirmó en esa oportunidad que el

⁶¹ *Cfr. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17*, párr.57 y nota a pie de página 85. La Corte explicó en esa oportunidad que “los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta establecen una obligación a los Estados para alcanzar el ‘desarrollo integral’ de sus pueblos[, concepto que] ha sido definido por la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral de la OEA (SEDI) como ‘el nombre general dado a una serie de políticas que trabajan conjuntamente para fomentar el desarrollo sostenible’[, una de [cuyas] dimensiones [...] es precisamente el ámbito ambiental”. En los párrafos 52 y 53 de la misma Opinión Consultiva este Tribunal dio cuenta de una serie de instrumentos emitidos en el ámbito internacional, de los cuales surge que la protección del medio ambiente debe entenderse “parte integrante” de los procesos de desarrollo, siendo uno de los “pilares”, junto con el “desarrollo económico” y el “desarrollo social”, del desarrollo sostenible. La Corte recordó que en el ámbito de las Naciones Unidas se reconoció que “el alcance de los derechos humanos de todas las personas depende de la consecución de las tres dimensiones [indicadas] del desarrollo sostenible”, y que, “[e]n el mismo sentido, varios instrumentos del ámbito interamericano se han referido a la protección del [...] ambiente y el desarrollo sostenible”. Los instrumentos referidos en ambos párrafos aludidos son: Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1); Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU NCONP. I51/26/Rev.1 (Vol. 1)); Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 4 de septiembre de 2002, Doc. ONU A/CONF. 199/20); “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (Resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de septiembre de 2015, Doc. ONU A/RES/70/1), y Carta Democrática Interamericana (aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001 durante el Vigésimo Octavo Periodo de Sesiones).

⁶² *Cfr. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con*

derecho a un medio ambiente sano “constituye un interés universal” y “es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”, y que “como derecho autónomo [...] protege los componentes del [...] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza”, no solo por su “utilidad” o “efectos” respecto de los seres humanos, “sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta”. Lo anterior no obsta, desde luego, a que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales⁶³.

204. Es pertinente dejar sentado que Argentina, a nivel constitucional, reconoce el derecho al ambiente sano. El artículo 41 de la Constitución Nacional expresa que

“[t]odos 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;

el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17, en particular, párrs. 56 a 68.

⁶³ Cfr. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17, párrs. 59, 62 y 64.* Como se resalta en el escrito de *amicus curiae* presentado por DPLF y otras organizaciones, dadas las dimensiones económica, social y ambiental del desarrollo sostenible antes indicadas (*supra* nota a pie de página 191), el derecho al ambiente sano no debe ser menoscabado por la dimensión de desarrollo económico, sino que debe ser garantizado y, por tanto, existen obligaciones que deben ser observadas por los Estados. El mismo escrito de *amicus curiae* hizo notar que la Asamblea General de la OEA ha emitido diversas resoluciones instando a los Estados de la región a promover el derecho a un medio ambiente sano como un componente prioritario de sus políticas de desarrollo y con el fin de combatir el cambio climático (indicó, como ejemplos, las resoluciones *Derechos Humanos y Medio Ambiente* AG/RES. 1926 (XXXIII-O/03), que reconoce “la creciente importancia que se le asigna a la necesidad de administrar el medio ambiente en una forma sostenible para promover la dignidad y el bienestar humanos”; *Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas* AG/RES. 2429 (XXXVIII-O/08), que reconoce la estrecha relación entre la protección al medio ambiente y los derechos humanos y destaca que el cambio climático produce efectos adversos en el disfrute de los derechos humanos, y el *Programa Interamericano para el Desarrollo Sostenible* AG/RES. 2882 (XLVI-O/16), que reconoce las tres dimensiones del desarrollo, en la línea de la agenda 2030.

y tienen el deber de preservarlo. [...] Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.

La Constitución de Salta, por su parte, en su artículo 30, establece que: “[t]odos tienen el deber de conservar el medio ambiente equilibrado y armonioso, así como el derecho a disfrutarlo. Los poderes públicos defienden y resguardan el medio ambiente en procura de mejorar la calidad de vida, previenen la contaminación ambiental y sancionan las conductas contrarias”. El artículo 80, además, expresa que “[e]s obligación del Estado y de toda persona, proteger los procesos ecológicos esenciales y los sistemas de vida, de los que dependen el desarrollo y la supervivencia humana”.

205. Además, Argentina ratificó el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (en adelante “Protocolo de San Salvador”)⁶⁴, que en su artículo 11, titulado “Derecho a un Medio Ambiente Sano”, dispone que “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

206. De modo solo adicional, se deja constancia de que el derecho al ambiente sano ha sido objeto de reconocimiento por diversos países de América: ya ha advertido la Corte que al menos 16 Estados del continente lo incluyen en sus Constituciones⁶⁵.

207. En lo que es relevante para el caso, debe hacerse notar que rige respecto al derecho al ambiente sano no solo la obligación de respeto⁶⁶, sino

⁶⁴ El Protocolo de San Salvador fue firmado por Argentina el 17 de noviembre de 1988 y luego aprobado por la ley nacional 24.658, promulgada de hecho el 15 de julio de 1996. El depósito del instrumento de ratificación se hizo el 23 de octubre de 2003.

⁶⁵ *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17, nota a pie de página 88. Allí se indica que, además de la de Argentina, las Constituciones de los siguientes países consagran el derecho al ambiente: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

⁶⁶ La Corte ha señalado que en virtud de la obligación de respetar los derechos humanos, prevista en el artículo 1.1 de la Convención, los Estados “deben abstenerse” de, entre otras conductas, “contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que se afecte las condiciones que permiten la vida digna de las personas, por ejemplo, mediante

también la obligación de garantía prevista en el artículo 1.1 de la Convención, una de cuyas formas de observancia consiste en prevenir violaciones. Este deber se proyecta a la “esfera privada”, a fin de evitar que “terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos”, y “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito”⁶⁷. En esta línea, la Corte ha señalado que en ciertas ocasiones los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar ciertas actividades, a efecto de garantizar los derechos humanos, protegiéndolos de las acciones de entidades públicas, así como de personas privadas⁶⁸. La obligación de prevenir “es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”⁶⁹. Debido a que lo indicado es aplicable al con-

el depósito de desechos de empresas estatales en formas que afecten la calidad o el acceso al agua potable y/o a fuentes de alimentación” (*Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 117. En sustento de lo indicado, la Corte citó señalamientos del Comité DESC (*Observación General 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*). 20 de enero de 2003. Doc. ONU E/C.12/2002/11, párrs. 17 a 19, y *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto de nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 11 de agosto de 2000. Doc. ONU E/C.12/2000/4, párr. 34).

⁶⁷ *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 118.

⁶⁸ Ver, *inter alia*, *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 86, 89 y 99, y *Caso I.V. Vs. Bolivia*, párrs. 154 y 208. Ver, en el mismo sentido, *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*, párr. 355.

⁶⁹ *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 118. La Corte ha expresado la misma noción, aunque no en forma directamente vinculada al derecho al ambiente sano, en otras decisiones: *cfr. Caso*

junto de los derechos receptados en la Convención Americana, es útil dejar ya sentado que también refiere a los derechos a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural.

208. Sin perjuicio de lo anterior, en materia específica ambiental, debe destacarse que el principio de prevención de daños ambientales, forma parte del derecho internacional consuetudinario, y entraña la obligación de los Estados de llevar adelante las medidas que sean necesarias *ex ante* la producción del daño ambiental, teniendo en consideración que, debido a sus particularidades, frecuentemente no será posible, luego de producido tal daño, restaurar la situación antes existente. En virtud del deber de prevención, la Corte ha señalado que “los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al [...] ambiente”⁷⁰. Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, la cual debe ser apropiada y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental⁷¹. Por otro lado, si bien no es posible realizar una enumeración detallada de todas las medidas que podrían tomar los Estados con el fin de cumplir este deber, pueden señalarse algunas, relativas a actividades potencialmente dañosas: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental⁷².

Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, párrs. 165 y 166, y *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 36, párr. 130. En el mismo sentido, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha destacado que el derecho a un medio ambiente sano impone a los Estados la obligación de adoptar medidas razonables para prevenir la contaminación y degradación del ambiente, promover la conservación y asegurar un desarrollo y uso de los recursos naturales ecológicamente sustentable (Cfr. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Caso Ogoni Vs. Nigeria*, Comunicación 155/96. Decisión de 27 de mayo de 2002, párr. 52).

⁷⁰ *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17, nota a pie de página 247 y párr. 142.

⁷¹ Cfr. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 142.

⁷² Cfr. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con*

209. Además, la Corte ha tenido en cuenta que diversos derechos pueden verse afectados a partir de problemáticas ambientales⁷³, y que ello “puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad”, entre los que se encuentran los pueblos indígenas y “las comunidades que dependen, económicamente o para su supervivencia, fundamentalmente de los recursos ambientales, [como] las áreas forestales o los dominios fluviales”. Por lo dicho “con base en ‘la normativa internacional de derechos humanos, los Estados están jurídicamente obligados a hacer frente a esas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación’”⁷⁴.

B.1.1.2 El derecho a la alimentación adecuada

210. En lo que respecta al *derecho a la alimentación adecuada*, la Carta señala en su artículo 34.j que “[l]os Estados miembros convienen [...] en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de [...] nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos”.

211. El derecho a la alimentación puede identificarse también en el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante también “Declaración Americana”)⁷⁵, que dispone que “[t]oda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación”, entre otros aspectos.

212. Además, el artículo 12.1 del Protocolo de San Salvador, expresa que “[t]oda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la po-

el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 145.

⁷³ Inclusive a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural.

⁷⁴ *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17, párrs. 66 y 67.* La cita dentro del texto transcrito corresponde a: “Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, 15 de enero de 2009, Doc. ONU A/HRC/10/61, párr. 42, y Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, 1 de febrero de 2016, Doc. ONU A/HRC/31/52, párr. 81”.

⁷⁵ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

sibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual”.

213. En el ámbito universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷⁶, en su artículo 25.1 prevé que: “[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación”, así como otros bienes que indica el artículo. Además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) expresa en su artículo 11.1, en términos similares, que “[l]os Estados Partes [...] reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación”⁷⁷, entre otros factores.

214. Asimismo, la Constitución Nacional de Argentina, en su texto sancionado el 15 de diciembre de 1994, señala en su artículo 75 inciso 22 que “[l]a Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos[, y] el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, entre otros instrumentos internacionales, “tienen jerarquía constitucional”. Por ende, el derecho a la alimentación, en el modo en que está recogido por dichos instrumentos, tiene “jerarquía constitucional”. La Constitución de Salta, por su parte, reconoce en términos generales el derecho a la salud, estrechamente ligado a la alimentación, y tiene normas específicas sobre alimentación en relación con “la infancia” y “la ancianidad”⁷⁸.

215. De forma adicional, se hace notar que diversos países han reconocido el derecho a la alimentación en normas internas. El Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador (en adelante “Grupo sobre el PSS”) ha señalado que “un número creciente

⁷⁶ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

⁷⁷ El PIDESC entró en vigor el 3 de enero de 1976. Argentina firmó el tratado el 19 de febrero de 1968 y lo ratificó el 8 de agosto de 1986. El instrumento, desde la vigencia de la reforma constitucional nacional aprobada en 1994 (*supra* párr. 54), goza en Argentina de jerarquía constitucional (*infra*, párr. 214).

⁷⁸ El artículo 41, denominado “Derecho a la salud”, dice: “La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades”. El artículo 33 establece “[e]l Estado asegura la protección de la infancia, cubriendo sus necesidades [...] de [...] alimentación”. El artículo 35 “reconoce a la ancianidad el derecho a una existencia digna”, y establece que “[l]a Provincia procura a los habitantes de la tercera edad: [...]a alimentación”.

de Estados ha reconocido explícitamente el derecho a la alimentación adecuada en sus constituciones políticas y cada vez más en legislaciones internas (tanto mediante leyes marco, como de leyes sectoriales). América Latina se encuentra a la vanguardia de esta tendencia mundial”⁷⁹.

216. Del artículo 34.j de la Carta, interpretado a la luz de la Declaración Americana, y considerando los demás instrumentos citados, se pueden derivar elementos constitutivos del derecho a la alimentación adecuada. Esta Corte considera que el derecho protege, esencialmente, el acceso de las personas a alimentos que permitan una nutrición adecuada y apta para la preservación de la salud. En ese sentido, como ha señalado el Comité DESC, el derecho se ejerce cuando las personas tienen “acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla[, sin que] deb[an] interpretarse [...] en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos”⁸⁰.

217. Si bien el derecho a la alimentación está ampliamente reconocido en el *corpus iuris* internacional⁸¹, el Comité DESC, con base en el PIDESC, ha

⁷⁹ Grupo sobre el PSS. *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*. 5 de noviembre de 2013. Doc. OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.9/13. Segundo agrupamiento de Derechos, párr. 18. En la nota a pie de página 7, correspondiente a ese párrafo, se indicó que “Bolivia (Art. 16), Brasil (Art. 10), Ecuador (Art. 13), Guatemala (99), Guyana (Art. 40), Haití (Art. 22) y Nicaragua (Art. 63) reconocen el derecho a la alimentación para todos y todas en sus constituciones; Colombia (Art. 44), Cuba (Art. 9), Honduras (Art. 142-146) reconocen el derecho a la alimentación de los niños y niñas, Surinam (Art. 24) reconoce el derecho a la alimentación en el contexto del derecho al trabajo. Argentina, El Salvador y Costa Rica reconocen implícitamente el derecho a la alimentación en sus constituciones al haber elevado a rango constitucional o supraconstitucional el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

⁸⁰ Comité DESC, *Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*. 20° periodo de sesiones (1999). Doc. E/C.12/1995/5, párr. 6. En el mismo sentido se expidió el Grupo sobre el PSS (*cf. Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador – Segundo agrupamiento de Derechos*, párr. 19). Como se indicó en el escrito de *amicus curiae* presentado por DPLF y otras organizaciones, la Carta genera un parámetro mínimo para la satisfacción del derecho a la alimentación, al establecer que los Estados deben procurar acceso a “una nutrición adecuada”; esta obligación se ve reforzada por el artículo XI de la Declaración Americana, que si bien menciona la “preserva[ción]” de la “salud”, no debe confundirse con el “derecho a la salud”, pues se refiere por separado a las medidas de “asistencia médica” y las “relativas a la alimentación”.

⁸¹ Al respecto, aunado a lo ya expuesto, entre los instrumentos relevantes pueden citarse los siguientes: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 12; Convención sobre los Derechos del Niño,

desarrollado con claridad el contenido del derecho a la alimentación. Tomar tal desarrollo como referencia facilita la interpretación de la Corte del contenido del derecho⁸².

218. En su *Observación General 12*, el Comité DESC señaló que el “contenido básico” del derecho a la alimentación comprende “[l]a *disponibilidad* de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada”, y “[l]a *accesibilidad* de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos”⁸³.

219. El Comité destacó que por *disponibilidad* debe entenderse “las posibilidades que tiene el individuo de alimentarse ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y de comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de producción a donde sea necesario según la demanda”. Explicó también que la *accesibilidad* “comprende la accesibilidad económica y física”⁸⁴.

artículos 24 y 27, o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 25 y 28 (Argentina ratificó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer el 15 de julio de 1985, la Convención de los Derechos del niño el 4 de diciembre de 1990, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 2 de septiembre de 2008). De modo adicional, pueden señalarse documentos como los siguientes: Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición de 1974; la Declaración de Roma de la Seguridad Alimentaria Mundial de 1996; la Declaración de la Cumbre Mundial sobre Alimentación de 2002, o las Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho humano a la alimentación en el contexto de la seguridad alimentaria nacional, aprobadas por el Consejo de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) en 2004.

⁸² En un sentido similar procedió la Corte respecto de otros derechos. Así, puede citarse la sentencia sobre el caso *Poblete Vilches y otros Vs. Chile* en relación con el derecho a la salud, o la sentencia sobre el caso *Muelle Flores Vs. Perú*, respecto al derecho a la seguridad social (*cf. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, párrs. 115, 118 y 120, y *Caso Muelle Flores Vs. Perú*, párr. 184). También el Grupo sobre el PSS procedió en forma similar, tomando los señalamientos del Comité DESC como una referencia relevante (*cf. Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador. - Segundo agrupamiento de Derechos*”).

⁸³ Comité DESC. *Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada* (artículo 11), párr. 8.

⁸⁴ Comité DESC. *Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada* (artículo 11), párrs. 12 y 13. En el último párrafo indicado, el Comité DESC expresó también que: a) “[l]a *accesibilidad económica* implica que los costos financieros personales o familiares asociados con la adquisición de los alimentos necesarios para un

220. En lo que también resulta relevante destacar para el caso, corresponde hacer notar que los conceptos de “adecuación” y “seguridad alimentaria” son particularmente importantes respecto al derecho a la alimentación. El primero, pone de relieve que no cualquier tipo de alimentación satisface el derecho, sino que hay factores que deben tomarse en cuenta, que hacen a la alimentación “adecuada”. El segundo concepto se relaciona con el de “sostenibilidad”, y entraña “la posibilidad de acceso a los alimentos por parte de las generaciones presentes y futuras”. El Comité DESC explicó también “que los alimentos deb[e]n ser *aceptables para una cultura o unos consumidores determinados*[, lo que] significa que hay que tener también en cuenta, en la medida de lo posible, los valores no relacionados con la nutrición que se asocian a los alimentos y el consumo de alimentos”⁸⁵.

221. Los Estados tienen el deber no solo de respetar⁸⁶, sino también de garantizar el derecho a la alimentación, y debe entenderse como parte de tal obligación el deber de “protección” del derecho, tal como fue conceptualizado por el Comité DESC: “[l]a obligación de proteger requiere que el Estado Parte

régimen de alimentación adecuado deben estar a un nivel tal que no se vean amenazados o en peligro la provisión y la satisfacción de otras necesidades básicas. La accesibilidad económica se aplica a cualquier tipo o derecho de adquisición por el que las personas obtienen sus alimentos y es una medida del grado en que es satisfactorio para el disfrute del derecho a la alimentación adecuada. Los grupos socialmente vulnerables como las personas sin tierra y otros segmentos particularmente empobrecidos de la población pueden requerir la atención de programas especiales”, y b) “[l]a *accesibilidad física* implica que la alimentación adecuada debe ser accesible a todos, incluidos los individuos físicamente vulnerables, tales como los lactantes y los niños pequeños, las personas de edad, los discapacitados físicos, los moribundos y las personas con problemas médicos persistentes, tales como los enfermos mentales. Será necesario prestar especial atención y, a veces, conceder prioridad con respecto a la accesibilidad de los alimentos a las personas que viven en zonas propensas a los desastres y a otros grupos particularmente desfavorecidos. Son especialmente vulnerables muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado”.

⁸⁵ Comité DESC. *Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*, párrs. 7 y 11.

⁸⁶ La Corte ha señalado que, dado el deber de “respeto” mandado por el artículo 1.1 de la Convención, “los Estados deben abstenerse de [...] cualquier práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso, en condiciones de igualdad, a los requisitos para una vida digna, como lo [es] la alimentación adecuada” (*Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 117).

adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada”. Correlativamente, el derecho se ve vulnerado por el Estado al “no controlar las actividades de individuos o grupos para evitar que violen el derecho a la alimentación de otras personas”⁸⁷.

B.1.1.3 El derecho al agua

222. El *derecho al agua* se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua⁸⁸. Al respecto, baste señalar que entre aquellos se encuentran el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la alimentación adecuada, cuya inclusión en el citado artículo 26 ya ha quedado establecida en esta Sentencia, como asimismo el derecho a la salud, del que también este Tribunal ya ha indicado que está incluido en la norma⁸⁹. El

⁸⁷ Comité DESC. *Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*, párrs. 15 y 19. Por otra parte, debe destacarse que la Corte ha señalado también que “en casos particulares de personas o grupos de personas que no están en condiciones de acceder por sí mismos [...] a una alimentación adecuada, por razones ajenas a su voluntad, los Estados deben garantizar un mínimo esencial de [...] alimentación” (*Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*). *Opinión Consultiva OC-23/17*, párr. 121).

⁸⁸ Este Tribunal ya con anterioridad ha adoptado decisiones sobre la base de advertir la existencia de derechos a partir del contenido de otros que surgen de textos convencionales aplicables. Así se ha hecho, por ejemplo, respecto al “derecho a la verdad”: la Corte ha indicado que “toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene, de acuerdo con los artículos 1.1, 8.1, 25, así como en determinadas circunstancias el artículo 13 de la Convención, el derecho a conocer la verdad” (*Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 243, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 298; también, en el mismo sentido, *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 114, y *Caso Omeara Carrascal y otros Vs. Colombia*, párr. 256).

⁸⁹ Debe dejarse sentado que la Corte ya ha indicado que el derecho a la salud se incluye en el artículo 26, pues se deriva de los artículos 31.i, 31.l y 45.h de la Carta (*cfr. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, párr.106, y *Caso Hernández Vs. Argentina*, párr. 64). Ahora bien, la relación entre alimentación, salud y agua resulta evidente. Ha sido expresamente advertida por el Comité DESC, que ha dicho que “el derecho al agua [...] está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de

derecho al agua puede vincularse con otros derechos, inclusive el derecho a

salud [...] y a) una alimentación adecuada” (Comité DESC. *Observación General 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párr. 3). Este Tribunal, por su parte, ha recordado que “[e]ntre las condiciones necesarias para una vida digna, [...] se ha referido al acceso y calidad del agua, alimentación y salud, cuyo contenido ya ha sido definido en la jurisprudencia de esta Corte, indicando que estas condiciones impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos. Asimismo, la Corte ha incluido la protección del [...] ambiente como una condición para la vida digna”. Ha advertido que “[e]ntre dichas condiciones cabe destacar que la salud requiere de ciertas precondiciones necesarias para una vida saludable, por lo que se relaciona directamente con el acceso a la alimentación y al agua”, y que “la contaminación ambiental puede causar afectaciones a la salud”, por lo que la protección del ambiente se relaciona directamente con el acceso a la alimentación, al agua y a salud. (*Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*). *Opinión Consultiva OC-23/17*, párrs. 109 y 110. Allí se cita la siguiente jurisprudencia de este Tribunal: *Caso Comunidad Indígena Yakey Axa Vs. Paraguay*, párrs. 163 y 167; *Caso Comunidad Indígena Sawboyamaxa Vs. Paraguay*, párrs. 156 a 178; *Caso Comunidad Indígena XákmoK Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 187 y 195 a 213; *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 148; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, párr. 172, y *Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 168. También se cita: Comité DESC. *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto de nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párrs. 4 y 34 y Comité Europeo de Derechos Sociales, *Demanda N° 30/2005, Fundación para los derechos humanos “Marangopoulos” Vs. Grecia* (Fondo). Decisión del 6 de diciembre de 2006, párr. 195. La Corte ha señalado además que: a) el “derecho al agua” está entre “los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales”, b) “el Consejo de Derechos Humanos ha identificado amenazas ambientales que pueden afectar, de manera directa o indirecta, el goce efectivo de derechos humanos concretos, [entre ellos, el derecho al] agua”, y c) que “el acceso al agua y a [...] aliment[os] puede ser afectado por ejemplo, si la contaminación limita la disponibilidad de los mismos en cantidades suficientes o afecta su calidad”(Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-23/17*, párrs. 66, 54, 111. Respecto a la mención al Consejo de Derechos Humanos, se citó: “Consejo de Derechos Humanos, Resolución 35, titulada

participar en la vida cultural, también tratado en esta Sentencia (*infra* párrs. 231 a 242)⁹⁰.

223. Es pertinente destacar también que la Declaración Universal de los Derechos Humanos contempla en su artículo 25 el derecho a “un nivel de vida adecuado”, como también lo hace el PIDESC en su artículo 11. Este derecho debe considerarse inclusivo del derecho al agua, como lo ha hecho notar el Comité DESC, que también ha considerado su relación con otros derechos. De este modo, también en el ámbito universal se ha determinado la existencia del derecho al agua pese a la falta de un reconocimiento expreso general⁹¹. Sí

‘Los derechos humanos y el cambio climático’, adoptada el 19 de junio de 2017, Doc. ONU A/HRC/35/L.32; Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, 1 de febrero de 2016, Doc. ONU A/HRC/31/52, párrs. 9 y 23; Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, 15 de enero de 2009, Doc. ONU A/HRC/10/61, párrs. 18 y 24, y Consejo de Derechos Humanos, Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 16 de diciembre de 2001, Doc. ONU A/HRC/19/34, párr. 7”).

⁹⁰ Adviértase que el Comité DESC ha señalado que “[e]l agua es fundamental para procurarse medios de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural)”, y que “[e]l derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia.[...] El derecho al agua también está indisolublemente asociado al [...] derecho a una vivienda [...]. Este derecho también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en primer lugar el derecho a la vida y a la dignidad humana”. Además, el Comité DESC notó que “[e]l derecho al agua ha sido reconocido en un gran número de documentos internacionales, tales como tratados, declaraciones y otras normas”, aludiendo no a instrumentos generales sobre derechos humanos, sino a diversos documentos sobre cuestiones específicas, que no hace falta exponer aquí (*cf.* Comité DESC. *Observación General 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párrs. 6, 3 y 4, y nota a pie de página 5, respectivamente). Dado lo dicho, puede destacarse el vínculo del derecho al agua con el derecho a la vida, recogido en el artículo 4 de la Convención. También surge de lo expuesto que el derecho al agua podría desprenderse y/o tener relación con otros derechos. No resulta necesario, a efectos del examen del presente caso, ahondar en consideraciones al respecto.

⁹¹ *Cfr.* Comité DESC. *Observación General 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párrs. 3 y 4.

hacen referencia expresa al agua algunos tratados del sistema universal referidos a aspectos específicos de protección de los derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24, o la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en el artículo 14, referido a “problemas especiales a que hace frente la [...] mujer de las zonas rurales”.

224. De modo adicional a lo expuesto, debe resaltarse que la Organización de las Naciones Unidas, a través de su Asamblea General, emitió el 28 de julio de 2010 la Resolución 64/292 titulada “El derecho humano al agua y el saneamiento”, que reconoce que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”. En la misma línea, la Carta Social de las Américas, en su artículo 9 del Capítulo III, afirma que “[l]os Estados [...] reconocen que el agua es fundamental para la vida y básica para el desarrollo socioeconómico y la sostenibilidad ambiental” y que “se comprometen a continuar trabajando para garantizar el acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento para las presentes y futuras generaciones”. La Asamblea General de la OEA adoptó también, en 2007 y 2012, las resoluciones 2349/07 y 2760/12, denominadas respectivamente “[e]l agua, la salud y los derechos humanos” y “[e]l derecho humano al agua potable y el saneamiento”. La primera, en sus artículos 1 y 4, “[r]econoce” al agua como “esencial para la vida y la salud” e “indispensable para poder vivir una vida con dignidad humana”, así como “el uso ancestral del agua por parte de las comunidades urbanas, rurales y pueblos indígenas, en el marco de sus usos y costumbres sobre el uso del agua, de conformidad con las respectivas legislaciones nacionales”. La segunda, en su primer artículo, “invita” a los Estados a “seguir trabajando” para “asegurar el acceso al agua potable y a servicios de saneamiento para las generaciones presentes y futuras”. El derecho también está contemplado en el artículo 12 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁹².

225. Es pertinente hacer mención, de forma complementaria, al derecho constitucional pertinente en el caso. Argentina, en su Constitución Nacional incluye el derecho a un ambiente sano y, por dotar de “jerarquía constitucional” a instrumentos de derechos humanos, también a los derechos a la alimentación y a la salud, entre otros, los cuales están vinculados estrechamente con el derecho al agua. La Constitución de Salta, por su parte, expresa en su artículo 83 que “[e]l uso de las aguas del dominio público destinadas a las necesidades de consumo de la población es un derecho de ésta”. Además, como ya se ha indicado,

⁹² Ratificada por Argentina el 23 de octubre de 2017.

recepta los derechos al ambiente sano y a la salud, y tiene normas específicas sobre alimentación. (*supra* párrs. 204 y 214).

226. Habiendo dado cuenta de disposiciones normativas que dan sustento al derecho, es relevante señalar su contenido. El Comité DESC ha expresado que:

“[e]l derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica⁹³”.

En el mismo sentido la Corte, siguiendo lineamientos del Comité DESC, ha expresado que “el acceso al agua [...] comprende ‘el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica’, así como para algunos individuos y grupos también [...] ‘recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo’⁹⁴”.

227. El Comité DESC ha indicado que “[e]l derecho al agua entraña tanto libertades como derechos”. Las primeras implican poder “mantener el acceso a un suministro de agua” y “no ser objeto de injerencias”, entre las que puede encontrarse la “contaminación de los recursos hídricos”. Los derechos, por su parte, se vinculan a “un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho”. Destacó también que “[e]l agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico⁹⁵”, y que “los siguientes factores se aplican en cualquier circunstancia:

a) *La disponibilidad*. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos [...].

b) *La calidad*. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre [...]. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables [...].

⁹³ Comité DESC. *Observación General 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párr. 2.

⁹⁴ *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 111. Véase también *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párr. 195.

⁹⁵ Agregó que “debe ser sostenible” el “modo en que se ejerza el derecho al agua”, para que pueda “ser ejercido por las generaciones actuales y futuras”.

c) *La accesibilidad*. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte”⁹⁶.

228. El Comité DESC, al explicar cómo el derecho al agua se vincula con otros derechos, señaló también la importancia de “garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada”. Agregó que “los Estados [...] deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de subsistencia de los pueblos indígenas”. Sostuvo que “[I]a higiene ambiental, como aspecto del derecho a la salud [...] entraña la adopción de medidas no discriminatorias para evitar los riesgos para la salud que representa el agua insalubre y contaminada por sustancias tóxicas”⁹⁷. La Corte ya ha notado, en el mismo sentido, que el “derecho al agua” (como también los derechos a la alimentación y a participar en la vida cultural) está “entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales”⁹⁸.

⁹⁶ Comité DESC. *Observación General 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párrs. 10, 11 y 12. En cuanto a la “accesibilidad”, el Comité DESC, en el último párrafo citado, explicó que “presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) *Accesibilidad física*. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. [...] ii) *Accesibilidad económica*. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el P[IDESC] iii) *No discriminación*. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. iv) *Acceso a la información*. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua”.

⁹⁷ Comité DESC. *Observación General 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párrs. 7 y 8.

⁹⁸ *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. *Opinión Consultiva OC-23/17*, párr. 66. La Corte ha indicado que “la salud [se relaciona directamente con el acceso a la alimentación y al agua (cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 167, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, párrs. 156 a 178; *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párrs. 195 a 213 y *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos*

229. En cuanto a las obligaciones que conlleva el derecho al agua, cabe agregar a lo expuesto algunas especificaciones. Rige, desde luego, el deber de respetar el ejercicio del derecho⁹⁹, así como el deber de garantía, señalados en el artículo 1.1 de la Convención. Este Tribunal ha indicado que “el acceso al agua” implica “obligaciones de realización progresiva”, pero que “sin embargo, los Estados tienen obligaciones inmediatas, como garantizar [dicho acceso] sin discriminación y adoptar medidas para lograr su plena realización”¹⁰⁰. Entre las obligaciones estatales que pueden entenderse comprendidas en el deber de garantía se encuentra la de brindar protección frente a actos de particulares, que exige que los Estados impidan a terceros que menoscaben el disfrute del derecho al agua, así como “garantizar un mínimo esencial de agua” en aquellos “casos particulares de personas o grupos de personas que no están en condiciones de acceder por sí mismos al agua [...], por razones ajenas a su voluntad”¹⁰¹.

1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 110) y que “el acceso al agua y a la alimentación puede ser afectado por ejemplo, si la contaminación limita la disponibilidad de los mismos en cantidades suficientes o afecta su calidad” (cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, párr. 126; Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párrs. 195 y 198 y Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17, párr 11).

⁹⁹ De conformidad al deber de respeto ordenado por el artículo 1.1 de la Convención, “los Estados deben abstenerse de [...] cualquier práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso, en condiciones de igualdad, a los requisitos para una vida digna, como [...] el agua” (*Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 117).*

¹⁰⁰ *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 111.*

¹⁰¹ La Corte advirtió que igual consideración corresponde a la alimentación. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 121.*

230. La Corte concuerda con el Comité DESC en cuanto a que, en el cumplimiento de sus obligaciones relativas al derecho al agua, los Estados “deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho”, inclusive, entre otros, “los pueblos indígenas”. En ese sentido, deben velar porque “[e]l acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas” y “facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua”, así como que “[l]as comunidades nómadas [...] tengan acceso al agua potable en sus lugares de acampada tradicionales”¹⁰².

B.1.1.4 El derecho a participar en la vida cultural

231. En lo concerniente al *derecho a participar en la vida cultural*, que incluye el *derecho a la identidad cultural*¹⁰³, la Carta establece, en sus artículos 30, 45 f.,

¹⁰² Comité DESC. *Observación General 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párr. 16.

¹⁰³ En la presente Sentencia, dadas las características de los hechos relevantes que se examinan y los alegatos al respecto, se abordará el derecho a “participar en la vida cultural” en un aspecto específico, que es el derecho a la “identidad cultural”. En ese sentido, se ha aducido en este caso la afectación a los rasgos culturales propios o identitarios, a la cultura como “modo de vida”. La noción de “identidad cultural” se encuentra en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, y puede entenderse incorporada en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que se expresa en términos equivalentes, y ha ya sido utilizada por la Corte respecto a comunidades indígenas. Este Tribunal ha dicho que la “identidad cultural” es un “derecho humano fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática” (*Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17*, párr. 113; en el mismo sentido, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 217.) El derecho a la identidad cultural es atinente a pueblos indígenas, pero no solo a ellos: presenta una estrecha relación con el derecho de toda persona a “participar en la vida cultural” y con el derecho de integrantes de grupos considerados “minorías” a “tener su propia vida cultural”, conforme, respectivamente, los artículos 15 y 27 de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos (*infra* párr. 234), según ha sido indicado por los Comités correspondientes (*cf.* Comité DESC. *Observación General 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*). 43º período de sesiones (2009) Doc. E/C.12/GC/21, párrs 3, 7, 9, 13, 15, 32, 33, 36, 37, 42, 43, 49, 53 y 55, y Comité de Derechos Humanos. *Observación*

47 y 48, el compromiso de los Estados para a) “que sus pueblos alcancen un desarrollo integral[, que] abarca [el] campo [...] cultural [...]”; b) [l]a incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida [...] cultural [...], a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional”; c) “estimul[ar...] la cultura” y d) “preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos”¹⁰⁴.

232. Además, el artículo XIII de la Declaración Americana indica, en lo pertinente, que “[t]oda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad”.

233. El Protocolo de San Salvador, por su parte, reconoce en su artículo 14.1.a. “el derecho de toda persona a [...] participar en la vida cultural”.

234. En el ámbito universal, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 27.1, dispone que: “[t]oda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”. El PIDESC en su artículo 15.1.a. señala “el derecho de toda persona a [...] participar en la vida cultural”. Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

General 23. Derecho de las minorías (artículo 27). 50º período de sesiones (1994). Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, párrs. 1 y 3). Por otra parte, este Tribunal aclara que los derechos culturales no se limitan a lo anterior. No resulta necesario aquí profundizar en esto último, baste con señalar que el artículo XIII de la Declaración Americana habla también de “gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos [y] asimismo [de] la protección de los intereses morales y materiales” relativos a “inventos [y] obras”. Puede observarse también, en el mismo sentido, lo señalado por el Comité DESC en el párrafo 2 de la citada Observación General 21, en que de forma clara habla del derecho a “participar en la vida cultural” y, además, de “otros derechos culturales”.

¹⁰⁴ La Corte considera relevante dejar sentado que las normas indicadas deben entenderse y aplicarse de forma armónica con otros compromisos internacionales de los Estados, tales como los que surgen, por ejemplo, del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*infra* párr. 234), o del Convenio 169. Por ello, no corresponde entender que tales normas mandan políticas estatales que propendan a la asimilación de grupos minoritarios, o con pautas culturales propias, a una cultura que se pretenda mayoritaria o dominante. Por el contrario, los mandatos de procurar un desarrollo “integral”, “incorporar” y acrecentar la “participación” de sectores poblacionales para su “plena integración”, estimular la cultura y “preservar y enriquecer” el patrimonio cultural, deben entenderse en el marco del respeto a la propia vida cultural de los diversos grupos, tales como comunidades indígenas. Por lo tanto, la “participación”, “integración” o “incorporación” en la “vida cultural” deben procurarse sin perjuicio de la diversidad cultural, y entenderse de modo respetuoso de la misma y de los derechos de los distintos grupos y las personas que los integran.

prevé en su artículo 27 que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

235. Por otra parte, la Constitución Nacional de Argentina, como ya se indicó, asignó “jerarquía constitucional” a la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la Declaración Americana, a la Convención Americana, al PIDESC y al PIDCP. En particular respecto a pueblos indígenas su artículo 75, como ya se señaló (*supra* párr. 54), estableció que “[c]orresponde al Congreso [...] reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, y también que le corresponde, entre otros deberes, “[g]arantizar el respeto a su identidad”. La Constitución de Salta, por su parte, en su artículo 52 “asegura a todos los habitantes el derecho a acceder a la cultura” e indica que el Estado “[p]romueve las manifestaciones culturales [...] colectivas”. Además, de modo puntual sobre pueblos indígenas, el artículo 15 de la Constitución salteña, entre otras cosas, dice que “[l]a Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta[, y que r]econoce y garantiza el respeto a su identidad”.

236. Textos constitucionales de diversos países de la región, con denominaciones diversas (entre ellas, por ejemplo, “identidad cultural” y “diversidad cultural”), en términos generales y/o en relación con pueblos indígenas o tribales, tutelan la identidad cultural y/o la participación en la vida cultural. Entre las disposiciones relevantes pueden señalarse el artículo 30 de la Constitución de Bolivia; los artículos 215 y 231 de la Constitución de Brasil; el artículo 7 de la Constitución de Colombia; los artículos 21 y 23 de la Constitución de Ecuador; los artículos 57, 58 y 66 de la Constitución de Guatemala; el artículo 4 de la Constitución de México; los artículos 5 y 89 a 91 de la Constitución de Nicaragua; el artículo 90 de la Constitución de Panamá; los artículos 63 y 65 de la Constitución de Paraguay; los artículos 2 y 89 de la Constitución de Perú, y el artículo 121 de la Constitución de Venezuela.

237. Ahora bien, en lo referente al concepto pertinente de “cultura”, resulta útil tomar en cuenta lo señalado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que la ha definido como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad

238. La diversidad cultural y su riqueza deben ser protegidas por los Estados ya que, en palabras de la UNESCO, “es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos[;] constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras”. En este sentido, los Estados están en la obligación de proteger y promover la diversidad cultural y adoptar “políticas que favore[zc]an la inclusión y la participación de todos los ciudadanos [para que así se] garanti[ce] la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz”. Por ello, “el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural”¹⁰⁶.

239. El Comité DESC ha señalado que

“[e]l concepto de cultura no debe entenderse como una serie de expresiones aisladas o compartimientos estancos, sino como un proceso interactivo a través del cual los individuos y las comunidades, manteniendo sus particularidades y sus fines, dan expresión a la cultura de la humanidad. Ese concepto tiene en cuenta la individualidad y la alteridad de la cultura como creación y producto social”¹⁰⁷.

240. La Corte entiende que el derecho a la identidad cultural tutela la libertad de las personas, inclusive actuando en forma asociada o comunitaria, a identificarse con una o varias sociedades, comunidades, o grupos sociales, a seguir una forma o estilo de vida vinculado a la cultura a la que pertenece y a participar en el desarrollo de la misma. En ese sentido, el derecho protege los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura¹⁰⁸.

cultural, de 2 de noviembre de 2001. Allí se indica que es una “[d]efinición conforme a las conclusiones de la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (MONDIACULT, México, 1982), de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (Nuestra Diversidad Creativa, 1995) y de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, 1998)”.

¹⁰⁶ Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, arts. 1 y 2. El artículo 4 agrega que “[l]a defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas”.

¹⁰⁷ Comité DESC. *Observación General 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, párr. 12.

¹⁰⁸ Es posible señalar, en el mismo sentido que lo indicado, los conceptos referidos por UNESCO (*supra* párrs. 237 y 238), el Comité de Derechos Humanos y el Comité DESC. El Comité de Derechos Humanos, respecto al artículo 27 del PIDCP (*supra*,

241. El Comité DESC, en lo que es útil resaltar, ha destacado, entre los “elementos” que requiere la realización del derecho a participar en la vida cultural, los siguientes:

a) la *disponibilidad*, que conceptuó como “la presencia de bienes y servicios culturales”, entre los que destacó “dones de la naturaleza” tales como “ríos”, “bosques”, “flora” y “fauna”, así como “bienes culturales intangibles, como[, entre otros] costumbres [y] tradiciones [...], así como valores, que configuran la identidad y contribuyen a la diversidad cultural de individuos y comunidades”;

b) la *accesibilidad*, que “consiste en disponer de oportunidades efectivas y concretas de que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura”;

párr. 234), ha expresado que “no se debe negar a las personas que pertenezcan a [...] minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural” (Comité de Derechos Humanos. *Observación General 23. Derecho de las minorías (artículo 27)*, párr 5). En la misma línea, el Comité DESC, explicando el artículo 15.1.a. del PIDESC (*supra*, párr. 234), indicó que “la cultura es un concepto amplio e inclusivo que comprende todas las expresiones de la existencia humana. La expresión ‘vida cultural’ hace referencia explícita al carácter de la cultura como un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo, que tiene un pasado, un presente y un futuro”. Agregó que la “cultura”, en el sentido pertinente, abarca “las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas”. Además, señaló que “[l]a participación en la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a [...] identificarse o no con una o con varias comunidades, [...] a ejercer sus propias prácticas culturales”; que “[e]l acceso a la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información, y a recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su identidad cultural. Toda persona tiene también derecho [...] a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y de recursos como la tierra, el agua, la biodiversidad, el lenguaje o instituciones específicas, y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades”. Agregó que la “contribución a la vida cultural” es una expresión que se refiere al derecho de toda persona a, entre otros aspectos, “participar en el desarrollo de la comunidad a la que pertenece”. (Comité DESC. *Observación General 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a)*, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrs. 11. 13 y 15).

c) la *aceptabilidad*, que “implica que las leyes, políticas, estrategias, programas y medidas adoptadas por el Estado [...] para el disfrute de los derechos culturales deben formularse y aplicarse de tal forma que sean aceptables para las personas y las comunidades de que se trate”;

d) la *adaptabilidad*, que “se refiere a la flexibilidad y la pertinencia de las políticas, los programas y las medidas adoptados por el Estado [...] en cualquier ámbito de la vida cultural, que deben respetar la diversidad cultural de las personas y las comunidades”, y

e) la *idoneidad*, que “se refiere a la realización de un determinado derecho humano de manera pertinente y apta a un determinado contexto o una determinada modalidad cultural, vale decir, de manera que respete la cultura y los derechos culturales de las personas y las comunidades, con inclusión de las minorías y de los pueblos indígenas”. Sobre este último elemento, el Comité DESC “recalc[ó...] la necesidad de tener en cuenta, en toda la medida de lo posible, los valores culturales asociados, entre otras cosas, con los alimentos y su consumo [y] la utilización del agua”¹⁰⁹.

242. El Comité DESC, entre las obligaciones estatales referidas al derecho a participar en la vida cultural, señaló la de “cumplir”, que “requiere [la] adopción de] las medidas adecuadas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias, de promoción y de otra índole, destinadas a la plena realización del derecho”, y la de “proteger”, que “exige que los Estados [...] adopten medidas para impedir que otros actores interfieran con el derecho a participar en la vida cultural”. El Comité DESC explicó que los Estados tienen “obligaciones básicas”, entre las que mencionó “proteger el derecho de toda persona a ejercer sus propias prácticas culturales”. Señaló, asimismo, que el derecho se viola cuando un Estado “no toma las medidas necesarias para cumplir las obligaciones [respectivas]”¹¹⁰.

B.1.2 Interdependencia entre los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural y especificidades en relación con pueblos indígenas

243. Los derechos antes referidos presentan una estrecha vinculación, de modo que algunos aspectos que hacen a la observancia de uno de ellos pueden estar imbricados con la satisfacción de los otros.

¹⁰⁹ Comité DESC. *Observación General 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, párr. 16.

¹¹⁰ Comité DESC. *Observación General 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, párrs.48, 55 y 63.

244. Esta Corte haciendo referencia a diversos pronunciamientos emitidos en el ámbito de organismos internacionales¹¹¹, ha destacado la “estrecha” relación o “interdependencia” entre el ambiente y los derechos humanos. Lo dicho, por cuanto éstos pueden ser afectados por la degradación ambiental y, a su vez, dado que, como se ha indicado en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, “la protección eficaz del [...] ambiente depende con frecuencia del ejercicio de derechos humanos”¹¹².

245. En este marco, hay amenazas ambientales que pueden incidir en la alimentación; el derecho respectivo, como también el derecho a participar en la vida cultural y el derecho al agua, resultan “particularmente vulnerables” a “afectaciones ambientales” (*supra* párr. 228). En ese sentido, el Comité DESC ha indicado que entre las “políticas” cuya “adopción” el derecho a la alimentación “requiere” se encuentran las “ambientales”¹¹³. Del mismo modo, ha señalado que “en las políticas y los programas medioambientales y de desarrollo económico”, los Estados deben “[r]espetar y proteger” el “patrimonio cultural de todos los grupos y comunidades, en particular de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados”¹¹⁴.

246. El Comité DESC ha señalado también que:

¹¹¹ Entre ellos, la Corte citó documentos emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Asamblea General de la OEA, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y el Experto independiente (hoy Relator Especial) sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible de Naciones Unidas (*cfr. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17*, párrs. 49 a 51).

¹¹² *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17*, párrs. 54 y 51. La cita señalada corresponde a lo dicho por el Experto Independiente referido en la nota a pie de página anterior, en el siguiente documento: *Consejo de Derechos Humanos, Informe preliminar del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, John H. Knox, 24 de diciembre de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, párr. 10.

¹¹³ Comité DESC. *Observación General. 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*, párr. 4.

¹¹⁴ Comité DESC. *Observación General 21. Derecho de toda persona a participar en*

“el derecho a una alimentación adecuada [...] es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos [e] inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos”¹¹⁵.

Añadió que “el significado preciso de ‘adecuación’ viene determinado en buena medida por las condiciones sociales, económicas, culturales, climáticas, ecológicas y de otro tipo imperantes en el momento”¹¹⁶. El Grupo sobre el PSS ha indicado, en el mismo sentido, que es “necesario” considerar la “dimensi[ón...] cultural” del derecho a la alimentación adecuada y que “en tanto la alimentación es una expresión cultural de los pueblos es necesario su tratamiento integral y en directa interdependencia entre derechos civiles, políticos y económicos, sociales y culturales”¹¹⁷.

247. Respecto a los pueblos indígenas en particular, debe señalarse que el Convenio 169, en sus artículos 4.1, 7.1, 15.1 y 23, establece, respectivamente, la obligación estatal de “adoptar [...] las medidas especiales que se precisen para salvaguardar [...] las culturas y el medio ambiente de los pueblos [indígenas o tribales]”; el derecho de tales pueblos a “decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas [...] y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”; “los derechos de los pueblos [referidos] a los recursos naturales existentes en sus tierras”, que “comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización,

la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 50.

¹¹⁵ Comité DESC. *Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*, párr. 4.

¹¹⁶ Comité DESC. *Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*, párr. 7.

¹¹⁷ Grupo sobre el PSS. *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador. Segundo agrupamiento de Derechos*, párr. 21. ACIJ, en su escrito de *amicus curiae*, expresó que “[e]l derecho a la alimentación puede realizarse cuando existe un proceso social en el que las personas, mujeres y hombres por igual, tienen opciones a su disposición para decidir cómo relacionarse con la naturaleza, transformar recursos en alimentos, en especial de producción local, de acuerdo con principios agroecológicos y que constituyan una dieta diversificada que sea adecuada, segura y nutritiva. Esta idea es necesaria para que todas las personas logren el bienestar alimenticio, sustenten la identidad cultural y sean capaces de llevar una vida saludable, activa y social. También se aplica particularmente a los grupos vulnerables, como los pueblos indígenas”. Notó que la FAO considera que “el derecho a la alimentación de los pueblos indígenas es inseparable de su derecho a la tierra, los territorios y los recursos, la cultura y la autodeterminación”.

administración y conservación de dichos recursos”, y que “las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos”.

248. En el mismo sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica en sus artículos 20.1, 29.1 y 32.1, respectivamente, los derechos de los pueblos indígenas “a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo”; “a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos”, y “a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”. La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, por su parte, en su artículo XIX recepta el “derecho a la protección del medio ambiente sano”, que incluye el derecho de los “pueblos indígenas” a “vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable”; a “conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos”, y “a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos”¹¹⁸.

249. Sobre el particular, es pertinente tener en consideración que el Comité DESC expresó que:

“La fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral, y comprende el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la pérdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural. Por lo tanto, los Estados partes deben tomar medidas para reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territo-

¹¹⁸ De forma adicional, la Corte nota que otros instrumentos internacionales se han referido al vínculo entre el ambiente y pueblos indígenas. Así, es posible mencionar el Convenio sobre Diversidad Biológica (aprobado por Argentina por la ley 24.375, promulgada el 3 de octubre de 1994), que impone en su artículo 8.j. respetar, preservar y mantener conocimientos, innovaciones y prácticas de comunidades indígenas que sean pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. También puede mencionarse la Agenda 21, firmada en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992, cuyo capítulo 26 destaca el papel de los pueblos indígenas en la definición del desarrollo sostenible.

rios y recursos comunales y, en los casos en que se hubieren ocupado o utilizado de otro modo esas tierras o territorios sin su consentimiento libre e informado, adoptar medidas para que les sean devueltos”¹¹⁹.

250. Por otra parte, es importante destacar que el manejo por parte de las comunidades indígenas de los recursos existentes en sus territorios debe entenderse, al menos en términos apriorísticos, favorable a la preservación del ambiente. Esta Corte ha considerado que:

“los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conlleven prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Por lo expuesto, el derecho de estas comunidades y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes”¹²⁰.

Es claro, en ese sentido, el Principio 22 de la Declaración de Río, que señala que “las poblaciones indígenas y sus comunidades, [...] desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible”¹²¹.

251. Adicionalmente, corresponde tener en cuenta lo que ha explicado el Comité de Derechos Humanos, en cuanto a que el derecho de las personas a disfrutar de su propia cultura, “puede [...] guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos”, como es el caso

¹¹⁹ Comité DESC. *Observación General 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, párr. 36.

¹²⁰ *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, párr. 173.

¹²¹ En esta línea, el artículo 10. c) del Convenio sobre la Diversidad Biológica señala que se “[p]rotegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible”. En el mismo sentido, FARN, en su escrito de *amicus curiae* destacó “[e]l rol que cumplen los [p]ueblos [i]ndígenas en las estrategias integrales de mitigación y adaptación al cambio climático es su cosmovisión, su forma de vida, la cual contribuye al sistema de subsistencia sostenible y a la conservación de la biodiversidad, conformando una herramienta necesaria para refrenar los efectos catastróficos del cambio climático”. Resaltó al respecto el “rol activo de las mujeres indígenas, cuyo conocimiento ecológico tradicional y especializado debe ser considerado una de las soluciones más adecuadas al cambio climático”.

de los miembros de comunidades indígenas¹²². El derecho a la identidad cultural, puede manifestarse, entonces, de diversas formas; en el caso de los pueblos indígenas se observa, sin perjuicio de otros aspectos, en “un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres [...]. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley”¹²³. En la misma línea, la Corte ya ha tenido oportunidad de advertir que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas está vinculado con la protección y acceso a los recursos naturales que se encuentran en sus territorios (*supra* párr. 94). De modo concordante, el Grupo sobre el PSS ha notado que “el bienestar físico, espiritual y cultural de las comunidades indígenas está íntimamente ligado con la calidad del medio ambiente en que desarrollan sus vidas”¹²⁴.

252. La Corte, a su vez, ha tenido oportunidad de apreciar circunstancias que mostraron que “el vínculo de los miembros de una comunidad con sus territorios” resulta “fundamental e inescindible para su supervivencia alimentaria y cultural”¹²⁵. En ese entendimiento, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación se ha referido a aspectos problemáticos respecto al goce de ese derecho que suelen ser atinentes a pueblos indígenas. Ha afirmado que:

“[e]l ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la alimentación suele depender fundamentalmente de sus posibilidades de acceder a los recursos naturales existentes en la tierra o los territorios que ocupan o usan, y del control que ejercen sobre esos recursos. Sólo así pueden mantener sus actividades económicas y de subsistencia tradicionales, como la caza, la recolección o la pesca, que les permite alimentarse y preservar su cultura e identidad”¹²⁶.

253. En forma concordante, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, ha aseverado que “el conjunto formado por la tierra, el territorio y los recursos constituye una cuestión de derechos humanos esencial para la supervivencia

¹²² Comité de Derechos Humanos. *Observación General 23. Derecho de las minorías (artículo 27)*, párr. 3.

¹²³ Comité de Derechos Humanos. *Observación General 23. Derecho de las minorías (artículo 27)*, párr. 7.

¹²⁴ Grupo sobre el PSS. *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador. Segundo agrupamiento de Derechos*, párr. 36.

¹²⁵ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párr 282.

¹²⁶ Relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación. *El derecho a la alimentación*. 12 de septiembre de 2005. Doc. A/60/350, párr. 23.

de los pueblos indígenas”¹²⁷, y en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) se ha indicado que “[l]os Estados deberían [...] promover y proteger la seguridad de la tenencia de la tierra[...] promov[iendo su] conservación y [...]utilización sostenible”, debiendo “prestarse particular atención a la situación de las comunidades indígenas”¹²⁸. El Comité DESC ha destacado, al respecto, que “son especialmente vulnerables” a ver menoscabado el goce de su derecho a la alimentación “muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado”¹²⁹.

254. Por otra parte, el derecho a la alimentación no debe entenderse de forma restrictiva. El bien protegido por el derecho no es la mera subsistencia física y, en particular respecto de pueblos indígenas, tiene una dimensión cultural relevante. El Relator Especial sobre el derecho a la alimentación ha explicado que:

“comprender lo que significa el derecho a la alimentación para los pueblos indígenas es mucho más complejo que lo que dimana de un simple análisis de las estadísticas sobre hambre, malnutrición o pobreza. Muchos pueblos indígenas tienen sus propias concepciones particulares de lo que es la alimentación, el hambre y la subsistencia. En general, es difícil separar conceptualmente la relación de los pueblos indígenas con los alimentos, de sus relaciones con la tierra, los recursos, la cultura, los valores y la organización social.

Los alimentos, la obtención y el consumo de alimentos suelen ser una parte importante de la cultura, así como de la organización social, económica y política. Muchos pueblos indígenas entienden el derecho a una alimentación adecuada como un derecho colectivo. Normalmente consideran que las actividades de subsistencia como la caza, la pesca y la recolección son fundamentales no sólo para garantizar su derecho a la alimentación, sino también para nutrir sus culturas, idiomas, vida social e identidad. Con fre-

¹²⁷ *Derechos humanos y cuestiones indígenas Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión. 4 de febrero de 2002. Doc. E/CN.4/2002/97, párr. 57.*

¹²⁸ FAO. *Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*. Aprobadas por el Consejo de la FAO en su 127º período de sesiones, noviembre de 2004. Directriz 8B. Tierra.

¹²⁹ Comité DESC. *Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*, párr. 13.

cuencia, su derecho a la alimentación depende estrechamente del acceso y el control que tengan respecto de sus tierras y otros recursos naturales existentes en sus territorios”¹³⁰.

B.2. Hechos relevantes del caso y análisis de la responsabilidad estatal

B.2.1 Hechos

(...)

B.2.1.1 Ganado, tala ilegal y alambrados

(...)

B.2.1.2 Acciones desarrolladas por el Estado

(...)

B.2.2 Análisis de la responsabilidad estatal

(...)

VII.3 DERECHOS A LAS GARANTIAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS RESPECTO A ACCIONES JUDICIALES PRESENTADAS POR LHAKA HONHAT¹³¹

(...)

¹³⁰ Relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación. *El derecho a la alimentación*, párr. 21. Además, en el párrafo 19 del documento indicado, el Relator manifestó que “debido a los prolongados procesos históricos de colonización, explotación y exclusión política y económica, los pueblos indígenas están entre los grupos más vulnerables a la pobreza, el hambre y la malnutrición. El derecho a la alimentación está directamente vinculado a la situación de extrema pobreza en la que viven muchos pueblos indígenas”. En el párrafo anterior agregó que “[L]as actividades de desarrollo inadecuadas a menudo intensifican la marginación, la pobreza y la inseguridad alimentaria de los pueblos indígenas; no reconocen los métodos que usan los indígenas para asegurar su propia subsistencia, y hacen caso omiso del derecho de éstos a definir su propia forma de alcanzar el desarrollo”. En forma concordante con lo expuesto, el señor De Shutter, ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, en su presentación como *amicus curiae*, explicó que “la cultura se manifiesta en muchas formas, incluida una forma particular de vida asociada con el uso de los recursos de la tierra, especialmente en el caso de los pueblos indígenas”, y que respecto a estos “el derecho a la alimentación no puede verse aislado del control y soberanía sobre sus territorios”. En el mismo sentido, el escrito de *amicus curiae* presentado por DPLF y otras organizaciones señala que al impedir que una comunidad indígena procure su sustento alimenticio conforme a su propia cultura se estaría vulnerando también el derecho a una alimentación adecuada, por la ausencia de aceptabilidad de alimentos.

¹³¹ Artículos 8, 25 y 1.1 de la Convención.

A. Argumentos de las partes

(...)

B. Consideraciones de la Corte

(...)

B.1. Consideraciones generales

(...)

B.2 Examen de las circunstancias del caso**B.2.1 Acción de amparo respecto a la construcción del puente internacional**

(...)

B.2.2 Acciones sobre el Decreto 461/99 y la Resolución 423/99

(...)

B.2.3. Acción judicial contra el referéndum de 2005

(...)

B.3. Conclusión

(...)

VIII REPARACIONES

306. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado¹³².

307. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. De acuerdo al caso, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación; las medidas pecuniarias, de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición pueden tener especial relevancia por los daños ocasionados. Las reparaciones deben tener un nexo causal con los

¹³² Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párrs. 25 a 27, y *Caso Jenkins Vs. Argentina*, párr. 122.

hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como relación con las medidas solicitadas¹³³.

308. En consideración de las violaciones declaradas en el capítulo anterior, el Tribunal procederá a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes de las víctimas, así como los argumentos del Estado.

A. Parte Lesionada

(...)

B. Medidas de restitución

(...)

319. La *Corte* ha declarado que Argentina violó el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas habitantes de los lotes 14 y 55. El Estado no ha actuado en forma adecuada para garantizar el derecho de propiedad y, además, ha llevado a cabo actividades sobre el territorio sin el previo proceso de consulta correspondiente. Por ende, es pertinente que este Tribunal ordene medidas de restitución del derecho de propiedad, como así también de otros derechos lesionados.

320. La Corte considera necesario expresar que, a fin de ordenar las medidas de reparación procedentes, tiene en consideración las características particulares del caso. Ello, en cuanto a la gran extensión territorial que abarca, así como el elevado número de personas, tanto indígenas como criollas, que habitan el lugar. En ese marco, tiene en cuenta la complejidad del caso respecto a las acciones estatales que deben llevarse a cabo para reparar las violaciones vinculadas a la propiedad, así como el impacto de las mismas en los distintos grupos humanos que habitan la zona.

321. La Corte: a) indicará primero el plazo para el cumplimiento de las medidas de restitución; b) luego se referirá a dichas medidas, respecto al derecho de propiedad y respecto de los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación, al agua y a la identidad cultural, y c) por último, hará consideraciones sobre el deber estatal de informar sobre el cumplimiento de medidas de restitución y acciones para su supervisión.

B.1 Plazo para el cumplimiento de las medias de restitución ordenadas

322. De los argumentos de las partes surge que existe controversia en cuan-

¹³³ *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párrs. 25 y 26; *Caso Ticona Estrada Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110; *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 226, y *Caso Jenkins Vs. Argentina*, párrs. 123 y 124.

to a los plazos necesarios para llevar a cabo las acciones correspondientes, por lo que entiende relevante pronunciarse al respecto. Mientras los representantes solicitan que las distintas acciones se realicen, según el caso, en dos años o menos, el Estado sostiene que requiere de ocho años para completar todo el proceso (*supra* párrs. 311 y 315).

323. La Corte entiende que el caso reviste un alto nivel de complejidad (*supra* párrs. 90, 139, 147 y 320, y nota a pie de página 130) y valora las acciones realizadas por el Estado hasta ahora, que han implicado erogaciones presupuestarias y la actuación de diversas entidades gubernamentales. El plazo total de ocho años indicado por Argentina fue señalado en un documento estatal fechado el 24 de noviembre de 2017 (*supra* nota a pie de página 87).

324. Este Tribunal entiende que corresponde fijar un plazo que tenga en cuenta la obligación del Estado de restituir a las víctimas en el goce de sus derechos, pero que resulte apto para que ello materialmente sea factible.

325. A partir de todo lo antes expuesto, la Corte ordena que cada una de las medidas de restitución que se establecen a continuación sea realizada por el Estado en un plazo máximo de seis años a partir de la notificación de la presente Sentencia, debiendo el Estado comenzar en forma inmediata, a partir de dicha notificación, las acciones correspondientes para su implementación, la que debe llevar a cabo con la mayor celeridad posible, sin perjuicio del tiempo máximo indicado y de las precisiones y plazos específicos que se detallan más adelante.

B.2 Medidas para la restitución del derecho de propiedad

B.2.1 Delimitación, demarcación y titulación

326. La Corte ha entendido que, si bien el Decreto 1498/14 resulta un acto de reconocimiento del derecho de propiedad, ello conlleva actos posteriores, aun no realizados, de “determinación” y “delimitación” de la propiedad.

327. Por ello, la Corte ordena al Estado adoptar y concluir las acciones necesarias, sean estas legislativas, administrativas, judiciales, registrales, notariales o de cualquier otro tipo, a fin de *delimitar, demarcar y otorgar un título colectivo* que reconozca la propiedad de todas las comunidades indígenas víctimas (*supra* párr. 309) sobre su territorio, es decir, sobre una superficie de 400.000 hectáreas en la tierra identificada como lotes con las matrículas catastrales 175 y 5557 del Departamento de Rivadavia, en la Provincia argentina de Salta, y antes identificada como lotes fiscales 14 y 55 (*supra* párrs. 1, 47, 80, 145 y notas a pie de página 30 y 79). A efectos del cumplimiento de esta medida, deberán observarse las siguientes pautas:

1) El título debe ser único; es decir, uno para el conjunto de todas las comunidades indígenas víctimas y relativo a todo el territorio, sin subdivisiones

ni fragmentaciones. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera pertinente aclarar que el carácter “único” del título, antes expresado, no obsta a los acuerdos que pudieran tener las comunidades víctimas entre sí sobre el uso de su territorio común¹³⁴.

2) Dicho título debe garantizar el carácter colectivo o comunitario, de administración autónoma, imprescriptible, inembargable, no enajenable ni susceptible de gravámenes o embargos de la propiedad de la superficie indicada.

3) A efectos del cumplimiento de esta medida, debe tenerse en cuenta, como referencia, el mapa entregado por Lhaka Honhat, aludido en las consideraciones del Decreto 1498/14 (*supra* párr. 81).

B.2.2 Obligación de consulta previa

328. El Estado debe *abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena* que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce por parte de las comunidades víctimas, u ordenar, requerir, autorizar, tolerar o consentir que terceros lo hagan¹³⁵. En caso de realizarse alguno de los actos indicados, debe estar precedido, según corresponda, de la provisión de información a las comunidades indígenas víctimas, así como de la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas, de acuerdo a pautas señaladas por la Corte en la presente Sentencia (*supra* párrs 174 y 175). Esta conducta debe ser observada por el Estado en forma inmediata a partir de la notificación de la presente Sentencia; será supervisada por la Corte hasta tanto se determine el cumplimiento de la medida, antes ordenada, consistente en delimitar, demar-

¹³⁴ La aclaración es relevante, pues si bien se ha indicado que la unidad del territorio se vincula a la identidad cultural y modo de vida de las comunidades víctimas en el caso (*cf.* declaraciones periciales de las señoras Naharro y Yáñez Fuenzalida), la Corte recibió algunas declaraciones de integrantes de comunidades indígenas que bregaban porque se dieran títulos separados a cada comunidad (pueden señalarse, en este sentido, las declaraciones de Víctor González, Francisco Gomez y Humberto Chenes (expediente de fondo, fs. 938 a 941, 954 a 958 y 963 a 966)). La Corte entiende que lo expuesto no modifica la obligación estatal de reconocer la propiedad en forma unificada, conforme se ha determinado y se ordena en esta Sentencia. Ello no impide los eventuales acuerdos que adopten las comunidades para el uso de su territorio, cuestión que, de ser el caso, compete a las mismas decidir, no a autoridades estatales ni a esta Corte. En ese sentido cabe recordar la declaración oral, en la audiencia pública, del Cacique Rogelio Segundo, quien al solicitar que el Estado “delimite las 400.000 [ha], que [las] demarque y [otorgue el] título[o]”, afirmó que con eso “termina el trabajo” estatal y que “para adentro [...] lo soluciona[n las comunidades], según las leyes [que] no están escritas pero [que] permanece[n] en [...] las comunidades”.

¹³⁵ *Cfr.* en el mismo sentido, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua*, párr. 153.2, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, párr. 282.

car y otorgar un título colectivo que reconozca la propiedad de territorio (*supra* párr. 327).

B.2.3 Traslado de la población criolla

329. A efectos de garantizar el pleno ejercicio del derecho de propiedad sobre su territorio por parte de las comunidades indígenas víctimas, y como surge de los acuerdos alcanzados entre las mismas, el Estado y la Organización de Familias Criollas en 2007, aprobados por el Decreto 2786/07 y considerados como antecedentes por el Decreto 1498/14, deben concretarse acciones para el traslado de la población criolla fuera del territorio indígena definido de acuerdo a lo ya ordenado (*supra* párr. 327). Para el logro de tal fin, la Corte ordena al Estado *hacer efectivo el traslado de la población criolla*, de acuerdo a las pautas que se fijan a continuación:

a) El Estado debe promover procedimientos tendientes al traslado voluntario de la población criolla, procurando evitar desalojos compulsivos¹³⁶.

b) A fin de garantizar lo anterior, durante los primeros tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, las autoridades estatales, judiciales, administrativas o de cualquier índole, provinciales o nacionales, no podrán ejecutar acciones de desalojo forzoso o compulsivo de pobladores criollos¹³⁷.

c) Sin perjuicio del proceso de acuerdos establecido a partir del Decreto 2786/07 de 2007 en adelante, y descrito en esta Sentencia, el Estado deberá

¹³⁶ Se hace notar que esto es consistente con uno de los aspectos indicados por familias criollas en su “propuesta” hecha llegar a la Corte, en la que se expresa que “se debería prever un tiempo para desarrollar diálogos en las zonas sin acuerdos”. Además, en el documento se recuerda que “[e]n la propuesta del Estado [...] esto estaba previsto realizar[se] en un año” y se “[c]onsidera que es tiempo suficiente para realizar los acuerdos y mensuras faltantes a través de la metodología de dialogo instaurada en el proceso de tierras” (Propuesta Criolla. Expediente de fondo, fs. 1823 a 1841).

¹³⁷ Se ha indicado en esta Sentencia que la población criolla es una población vulnerable y que el Estado tiene deberes respecto de ella. La Corte aclara que el cumplimiento de esta Sentencia, en particular en relación con el traslado de la población criolla, debe efectuarse de modo respetuoso de los derechos de esa población. Al respecto, en el marco de las pautas fijadas, este Tribunal entiende pertinente que el Estado tome en cuenta los siguientes señalamientos del Comité DESC: “[l]os desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda” (*Observación General No. 7. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos*, 16° período de sesiones (1997). Doc. E/1998/22, anexo IV, párr. 16).

poner a disposición de los interesados procesos de mediación o arbitrales para determinar las condiciones del traslado; en caso de no acudirse a los mismos, podrá recurrirse a la vía jurisdiccional que corresponda¹³⁸. En el marco de cualquiera de los procesos referidos, quienes concurren a ellos podrán aducir sus pretensiones y los derechos que consideren que les asisten, mas no podrán cuestionar el derecho de propiedad comunitaria indígena determinado en esta Sentencia y, consecuentemente, tampoco la procedencia del traslado fuera del territorio indígena. Las autoridades que eventualmente resuelvan en tales procesos no podrán adoptar decisiones que impidan el cumplimiento de esta Sentencia.

d) En cualquier caso, las autoridades competentes, administrativas, judiciales o de cualquier carácter, deberán procurar que el traslado de la población criolla se haga efectivo resguardando los derechos de dicha población. En ese sentido, debe posibilitarse de modo efectivo el reasentamiento o acceso a tierras productivas con adecuada infraestructura predial (inclusive implantación de pasturas y acceso a agua para producción y consumo suficientes, así como instalación de alambrados necesarios) y, en su caso, asistencia técnica y capacitación para la realización de actividades productivas.

330. El Estado debe *remover del territorio indígena los alambrados y el ganado* perteneciente a pobladores criollos.

B.3 Medidas para la restitución de los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación, al agua y a la identidad cultural

331. Por otra parte, se ha señalado en esta Sentencia que la presencia de ganado en el territorio de las comunidades indígenas víctimas y actividades desarrolladas por la población criolla ha afectado el agua existente en el lugar y el acceso de comunidades indígenas al agua potable. Además, se ha indicado la degradación ambiental que produce la tala ilegal. Se ha determinado la vulneración de los derechos a un medio ambiente sano, a alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural.

B.3.1. Acciones dirigidas al agua, la alimentación y los recursos forestales

332. Sin perjuicio de las acciones de atención de situaciones urgentes que el Estado pueda realizar, esta Corte ordena al Estado que, en el plazo máximo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, presente a la Corte un estudio en que identifique, dentro del conjunto de personas que integran las comunidades indígenas víctimas, situaciones críticas de falta de acceso a agua potable o alimentación, que puedan poner en grave riesgo la salud o la vida, y que formule un plan de acción en el que determine las acciones que el Estado realizará, que deben ser aptas para atender tales situaciones críticas

¹³⁸ La Corte tiene en cuenta que un mecanismo similar fue dispuesto en el Acta-Acuerdo aprobada por el Decreto 2786/07 (*supra* párrs. 75 y 144).

en forma adecuada, señalando el tiempo en que las mismas serán ejecutadas. El Estado deberá comenzar la implementación de las acciones indicadas en el plan de acción en forma inmediata a la presentación del mismo a este Tribunal. La Corte transmitirá a la Comisión y a los representantes el estudio referido, a efectos de que remitan las observaciones que estimen pertinentes. Teniendo en cuenta el parecer de las partes y la Comisión, la Corte evaluará si el estudio y el plan de acción presentados son adecuados y se corresponden con los términos de la presente Sentencia, pudiendo requerir que se completen o amplíen. La Corte supervisará la implementación de las acciones respectivas hasta que evalúe que cuenta con información suficiente para considerar cumplida la medida de reparación ordenada.

333. Adicionalmente a las acciones ordenadas en el párrafo anterior, a efectos de lograr de forma permanente que la prestación de bienes y servicios básicos sea adecuada y periódica, así como una razonable preservación y mejora de los recursos ambientales, el Estado deberá elaborar un estudio, en el plazo máximo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, en el que establezca las acciones que deben instrumentarse para:

a) la conservación de las aguas, superficiales o subterráneas, existentes en el territorio indígena dentro de los lotes 14 y 55, que sean de utilización por parte de las comunidades indígenas víctimas, así como para evitar su contaminación o remediar la contaminación ya existente;

b) garantizar el acceso permanente a agua potable por parte de todas las personas integrantes de las comunidades indígenas víctimas en este caso;

c) evitar que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales en el territorio indicado, así como procurar su paulatina recuperación, y

d) posibilitar de forma permanente a todas las personas integrantes de las comunidades indígenas víctimas en el presente caso, el acceso a alimentación en forma nutricional y culturalmente adecuada¹³⁹.

¹³⁹ No debe entenderse que las medidas ordenadas bajo el apartado B.3.1 del Capítulo VIII de la presente Sentencia (“Acciones dirigidas al agua, la alimentación y los recursos forestales”) imponen, necesariamente, la provisión directa y/o gratuita de agua y alimento por parte de autoridades estatales; el Estado puede cumplir lo ordenado de esas formas o de otras, en tanto las medidas que determine adoptar sean adecuadas para garantizar en forma efectiva el acceso a agua potable y a alimentos conforme lo dispuesto, en armonía con políticas públicas estatales, planes de gobierno y la normativa nacional o provincial pertinente. Por otra parte, se aclara que la Corte no supervisará la implementación de aquellas “acciones de atención de situaciones urgentes que el Estado pueda realizar”, en los términos del párrafo 332 de la presente Sentencia, que sean distintas a aquellas que se deriven del plan de acción indicado en el mismo párrafo.

334. Para la elaboración del estudio mencionado en el párrafo anterior, los especialistas encargados del mismo deberán tener los conocimientos técnicos específicos requeridos para cada tarea. Además, tales especialistas deberán contar siempre con el punto de vista de las comunidades indígenas víctimas, expresado conforme a sus propias formas de toma de decisiones.

335. Una vez que el Estado remita al Tribunal el estudio, el mismo será transmitido a la Comisión y a los representantes, a efectos de que remitan las observaciones que estimen pertinentes. La Corte, teniendo en cuenta el parecer de la Comisión y las partes, y en correspondencia con los términos de esta Sentencia, podrá disponer que el Estado requiera a los especialistas que completen o amplíen el estudio. Una vez que la Corte, luego de evaluar el estudio con base en lo señalado, así lo determine, el Estado deberá implementar las acciones que el estudio indique. La Corte supervisará la implementación de las acciones respectivas hasta que evalúe que cuenta con información suficiente para considerar cumplida la medida de reparación ordenada.

336. En cuanto a la tala ilegal, este Tribunal nota que el Estado ha afirmado que realiza tareas de “monitoreo” y “seguimiento”, inclusive a partir de “denuncias”. Por lo tanto, sin perjuicio de las medidas ordenadas, este Tribunal insta al Estado a continuar con sus acciones de monitoreo y seguimiento, y adoptar otras que sean eficaces a tal fin. En particular, la Corte exhorta al Estado a mantener o instalar puestos de control, en concordancia con lo que fue previsto por el Decreto 2786/07. Estas acciones no serán supervisadas por la Corte.

B.3.2 Fondo de Desarrollo Comunitario para la cultura indígena

337. La Corte recuerda que ha determinado una lesión de los derechos, relacionados entre sí, a la identidad cultural, al ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua.

338. En vista de lo anterior, la Corte estima apropiado, como lo ha hecho en casos anteriores¹⁴⁰, ordenar al Estado la creación de un fondo de desarrollo comunitario (en adelante también “Fondo”) a efectos, principalmente, de reparar el daño a la identidad cultural, y considerando que funge también como compensación del daño material e inmaterial sufrido. En este sentido, dicho Fondo es adicional a cualquier otro beneficio presente o futuro que corresponda a las comunidades con motivo de los deberes generales de desarrollo del Estado¹⁴¹.

339. En la presente Sentencia, la Corte estableció una lesión a la identidad

¹⁴⁰ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 205, y *Caso Pueblos Kalina y Lokono Vs. Surinam*, párr. 295.

¹⁴¹ Cfr. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs Honduras*, párrs. 332 a 336, y *Caso Pueblos Kalina y Lokono Vs. Surinam*, párr. 295.

cultural de las comunidades indígenas víctimas, relacionada con recursos naturales y alimentarios. En consecuencia, la Corte ordena que el fondo de desarrollo comunitario sea destinado a acciones dirigidas a la recuperación de la cultura indígena, incluyendo entre sus objetivos, sin perjuicio de otros posibles, el desarrollo de programas atinentes a seguridad alimentaria y documentación, enseñanza o difusión de la historia de las tradiciones de las comunidades indígenas víctimas. La determinación de los objetivos puntuales a los que debe destinarse el Fondo, que deben contemplar los indicados, deberá ser decidida por las comunidades indígenas víctimas, y comunicada a las autoridades estatales y a la Corte en el plazo máximo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia. El diseño y ejecución de los programas respectivos, a partir de los objetivos fijados, deberá contar con la participación activa de las comunidades indígenas víctimas y sus representantes.

340. El Estado deberá adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, financieras, de recursos humanos y de cualquier otra índole necesarias para la constitución oportuna de este Fondo, de modo que el dinero asignado al mismo pueda invertirse en forma efectiva, en los programas y acciones correspondientes, en los plazos fijados en los mismos y, en todo caso, en un período no mayor a cuatro años a partir de la notificación de la presente Sentencia. La administración del Fondo estará a cargo de un Comité que se creará al efecto, que estará integrado por una persona designada por las comunidades indígenas víctimas en el presente caso, una persona designada por el Estado y una tercera persona designada de común acuerdo por las dos primeras. El Comité indicado debe quedar constituido en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia.

341. El eventual incumplimiento de los plazos fijados en los dos párrafos anteriores para la determinación de los objetivos a los que debe destinarse el Fondo o respecto a la determinación del Comité, no exime al Estado del cumplimiento de la medida ordenada. En su caso, las autoridades estatales quedarán habilitadas para realizar las determinaciones correspondientes y deberán efectuar las acciones necesarias para la utilización efectiva del monto asignado al Fondo dentro del plazo previsto.

342. Para el Fondo indicado, el Estado deberá destinar la cantidad de US\$ 2.000.000,00 (dos millones de dólares de los Estados Unidos de América), la cual será invertida de acuerdo con los objetivos propuestos, en el período fijado no mayor a cuatro años a partir de la notificación de la presente Sentencia. En la determinación del monto asignado al Fondo, la Corte tiene en cuenta la necesidad de que el mismo resulte razonable para cumplir con la finalidad de la medida y también el resto de las medidas dispuestas y la complejidad y costos que conllevan.

B.4. Consideraciones adicionales, informes estatales, plan de trabajo y acciones para la supervisión de las medidas ordenadas

343. Todo lo ordenado en los párrafos precedentes compromete al Estado en su conjunto, en los términos del artículo 28 de la Convención. El Estado no puede aducir su sistema federal como obstáculo para el cumplimiento de ninguna de las medidas ordenadas en la presente Sentencia.

344. A fin de facilitar la supervisión del cumplimiento de las medidas de restitución del derecho de propiedad ordenadas (*supra* párrs. 327 a 330), y en atención a los plazos fijados para ello, la Corte considera útil que el Estado, durante seis años a partir de la notificación de esta Sentencia, presente a este Tribunal información periódica. Por ello, ordena al Estado que, a partir de dicha notificación, cada seis meses presente un informe en que se detallen las acciones y avances efectivizados en el cumplimiento de cada una de las medidas de restitución del derecho de propiedad ordenadas. El primer informe semestral que rinda Argentina, además de incluir los avances que se hubieren logrado, deberá consistir en un plan de trabajo detallado, a cumplirse en seis años desde la notificación al Estado de la presente Sentencia, de cada una de las acciones o pasos que deben ser ejecutados por el Estado para alcanzar el cumplimiento total de cada una de las medidas de restitución del derecho de propiedad ordenadas. En este plan se debe indicar, además de las referidas acciones o pasos, cuáles son los órganos, instituciones o autoridades estatales que serán responsables de implementarlos y el plazo en que cada acción será ejecutada. La presentación del plan de trabajo es responsabilidad del Estado, pero Argentina debe, de modo previo a tal acto, permitir a los representantes, si estos lo solicitan, remitir consideraciones o propuestas a las autoridades a cargo de la elaboración de dicho plan. Los siguientes informes semestrales que rinda el Estado deberán dar cuenta, de manera detallada y actualizada, sobre los avances que se vayan presentando en la ejecución de cada una de las medidas de restitución del derecho de propiedad, en seguimiento al plan de trabajo presentado en el referido informe semestral inicial. La presentación de estos informes estatales es independiente de la remisión de los estudios y el plan de acción mandada en los párrafos 332 a 335 de esta Sentencia, de los informes previstos en los párrafos 348 y 349 para las publicaciones y transmisiones radiales que se ordenan, así como del plazo de un año previsto en el punto resolutivo 18 para presentar información sobre el cumplimiento de todas las medidas de reparación ordenadas en esta Sentencia.

345. Además de lo anterior, la Corte resalta la actuación que ha tenido la Comisión Interamericana en el proceso llevado a cabo a partir de la publicación del Informe de Fondo, luego de lo cual realizó tres visitas al terreno e impulsó avances. La Corte estima conveniente que la Comisión Interamericana continúe asumiendo una conducta activa en el marco del proceso de cumplimiento de las

medidas de restitución establecidas en esta Sentencia. Este Tribunal exhorta a la Comisión Interamericana, por ello, a asumir, en el marco de sus posibilidades y funciones, un rol de facilitadora entre las partes, para coadyuvar al cumplimiento de las medidas de restitución que aquí se ordenan. Lo indicado es complementario al quehacer habitual de la Comisión en el marco de la supervisión del cumplimiento de las sentencias que realiza esta Corte y no obsta en modo alguno al mismo.

C. Medidas de Satisfacción

(...)

348. La Corte estima pertinente ordenar, como lo ha hecho en otros casos¹⁴², que en el plazo máximo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia el Estado: a) publique en un tamaño de letra legible y adecuado la presente Sentencia en su integridad, de modo que esté disponible por un período de al menos un año en el sitio web oficial del INAI y en la página de la Gobernación de Salta, de manera accesible al público desde las respectivas páginas de inicio; b) publique en un tamaño de letra legible y adecuado, en idioma español, el resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en: i) el Boletín Oficial de la República Argentina, ii) el Boletín oficial de la Provincia de Salta, iii) un diario de circulación provincial en Salta, y iv) un diario de amplia circulación nacional; c) difunda el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, en lenguas indígenas y en español, entre la población que habita actualmente los lotes 14 y 55, inclusive cada una de las comunidades víctimas. A fin de cumplir lo último ordenado, el Estado tendrá a su cargo la traducción del resumen oficial de esta Sentencia, pero deberá consensuar con los representantes las lenguas indígenas a las que se traducirá el resumen, y posibilitar que estos verifiquen, antes de su difusión, la corrección de las traducciones. Además, el Estado deberá comunicar a los representantes con una semana de anticipación la realización de las publicaciones dispuestas en los puntos a) y b) precedentes, así como los actos de difusión dispuestos en el punto c).

349. Asimismo, la Corte considera pertinente, tal como lo ha dispuesto en otros casos¹⁴³, que el Estado difunda, a través de una emisora radial de am-

¹⁴² Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 79, y *Caso Jenkins Vs Argentina*, párr. 134.

¹⁴³ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 227, y *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs Colombia. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 573.

plia cobertura, que alcance a toda la extensión de los lotes fiscales 14 y 15 del Departamento de Rivadavia en la Provincia de Salta, el resumen oficial de la Sentencia, en español y, previo consenso con los representantes, en lenguas de las comunidades indígenas víctimas. La transmisión radial deberá efectuarse cada primer domingo de mes al menos durante cuatro meses, después de las 8:00 hs. y antes de las 22:00 hs. Dos semanas antes de que el Estado realice la primera acción de radiodifusión deberá comunicar por escrito a esta Corte y a los representantes la fecha, horario y emisora en que efectuará tal acto. El Estado deberá cumplir con esta medida dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. Argentina deberá comunicar de forma inmediata a esta Corte una vez que haya procedido a realizar cada una de las transmisiones radiales dispuestas en este párrafo y de las publicaciones ordenadas en el párrafo anterior.

D. Medidas de no repetición

(...)

353. La *Corte* determinó que las regulaciones normativas existentes no son suficientes para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena, previendo procedimientos específicos adecuados para tal fin. En ese sentido, surge de lo expuesto antes en esta Sentencia que las propias autoridades argentinas han notado la insuficiencia del ordenamiento interno y la necesidad de adoptar medidas respecto a la propiedad indígena (*supra* párrs. 54 y 165). A su vez, el perito Solá ha indicado que “no existen procedimientos adecuados a nivel nacional ni provincial para recibir pretensiones territoriales de pueblos indígenas conforme a los estándares del sistema interamericano”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Además, el perito Solá, luego de dar cuenta de un relevamiento de 2018 de más de 1.500 comunidades indígenas, señaló que para 2017, en todo el país, solo 110 “contaban con título de propiedad comunitaria”, lograda por “procedimientos ajenos al Derecho Indígena tales como expropiaciones, prescripciones adquisitivas o donaciones de particulares”. Agregó que “[e]xcepcionalmente se adjudicaron títulos de propiedad comunitaria [...] en caso de tierras fiscales, especialmente en la provincia de Jujuy”. Informó también que en febrero de 2019, en el ámbito nacional, tres proyectos de ley “vinculados a la instrumentación de la propiedad comunitaria indígena” se encontraban en “trámite legislativo”, pero indicó que ninguno “ha sido considerado aún [...] y todos se encuentran próximos a caducar en [el marco de dicho] trámite”. En sentido concordante, el CDH-UBA afirmó, en su escrito de *amicus curiae*, que “los obstáculos enfrentados por las comunidades [víctimas] para ejercer su derecho al territorio ejemplifican la realidad de centenas de otras comunidades indígenas del país”; entendió que la “inadecuación de la normativa federal” es uno de los obstáculos referidos principales, y recordó que en 2012 el entonces Relator de Naciones Unidas

354. Por lo anterior, de modo similar a como lo ha hecho en otras oportunidades¹⁴⁵, la Corte ordena al Estado que, en un plazo razonable, adopte las medidas legislativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para, conforme a las pautas indicadas en la presente Sentencia (*supra* párrs. 93 a 98, 115 y 116), dotar de seguridad jurídica al derecho humano de propiedad comunitaria indígena, previendo procedimientos específicos adecuados para tal fin.

355. Este Tribunal advierte que el artículo XXIII de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, expresa que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas”. En el mismo sentido, el Poder Ejecutivo Nacional argentino ha advertido la procedencia e importancia de la participación de los pueblos indígenas en asuntos que les afecten, como surge del Decreto 672/2016¹⁴⁶. La Corte ordena al Estado que, de forma previa a la adopción de las medidas legislativas y/o de otro carácter

sobre derechos de los pueblos indígenas había advertido, en referencia a Argentina, que “[l]a mayoría de las comunidades indígenas del país no cuentan con un ‘reconocimiento legal de sus tierras acorde a sus formas de uso y ocupación tradicional’”.

¹⁴⁵ *Cfr.*, entre otras decisiones, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 171 y punto resolutivo 5; *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, párr. 209; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, párr. 235, y *Caso López y otros Vs. Argentina*, párr. 247.

¹⁴⁶ *Cfr.* Decreto 672/2016, emitido el 12 de mayo de 2016. En sus fundamentos indica que “la consulta es el derecho de los [p]ueblos [i]ndígenas [...] de poder intervenir de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos”. Dicho Decreto creó el “Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas”, estableciendo en el artículo 2 que el mismo “propenderá a generar condiciones para que se efectivice un diálogo intercultural, a fin de que las medidas legislativas y/o administrativas que afecten directamente a los Pueblos y/o Comunidades Indígenas, hayan contado con su intervención previa, incluyéndolos en los procesos de toma de decisión”. El Decreto cita como antecedente una Resolución que “reconoció” una “Mesa de Trabajo y Diálogo Político de los Pueblos Indígenas de Argentina con el Estado Nacional”. La Corte aclara que la mención a lo anterior tiene por objeto sólo dar cuenta de que las autoridades argentinas consideraron relevante propiciar medios para posibilitar la participación de pueblos indígenas. Por otra parte, es pertinente hacer notar que el perito Solá señaló que “Argentina aprobó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el 46° Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 15 de junio de 2016”.

ordenadas (*supra* párr. 354), arbitre acciones que permitan la participación de pueblos y/o comunidades indígenas del país (no sólo las víctimas de este caso) en procesos de consulta respecto de tales medidas¹⁴⁷.

356. La Corte recuerda que, de conformidad con el artículo 28 de la Convención Americana, un Estado no puede válidamente oponer el sistema federal para incumplir normas convencionales. Aunado a ello, este Tribunal nota que las máximas autoridades judiciales de Argentina y de Salta han indicado, con base en textos constitucionales, que en materia de derechos de pueblos indígenas las facultades nacionales y provinciales son “concurrentes”, y que normativa nacional opera como un “piso mínimo” (*supra* párr. 161). La Corte entiende, considerando lo dicho, que a efectos de garantizar efectivamente la no repetición de las violaciones declaradas en el presente caso, es pertinente que las regulaciones normativas y/o de otro carácter cuya adopción fue ordenada sean aplicables en todo el territorio nacional, tanto por el Estado Nacional como por

¹⁴⁷ La Corte ordena esta medida tomando nota de los antecedentes referidos y por considerarlo apropiado y útil para la efectividad de las medidas legislativas y/o de otro carácter ordenadas, teniendo en cuenta también circunstancias previas acaecidas en Argentina. En ese sentido, el escrito de *amicus curiae* presentado por AADI y SERPAJ indicó que durante el tratamiento, iniciado en 2012, del proyecto de Código Civil y Comercial Unificado, hubo un “intento” de “reglamentación del derecho de propiedad comunitaria indígena”, pero que durante audiencias públicas realizadas en ese marco se evidenció un “rechazo generalizado”, pues no se había realizado “ningún tipo de consulta con las comunidades [indígenas] ni con las instituciones representativas de los pueblos indígenas”. El mismo documento dio cuenta del trámite de uno de los proyectos referidos por el perito Solá (*supra* nota a pie de página 331), y expresó que el mismo “ha debido observar diversos obstáculos para su tratamiento y su efectiva consulta, en tanto los mecanismos destinados a la consulta con los pueblos indígenas aún no se hayan debidamente reglamentados en la República Argentina”. Explicó que aún pese a esa situación “desde la Comisión Especial de Pueblos Indígenas del Senado [...] se han llevado a cabo una serie de talleres y actividades destinados a la socialización, debate y análisis de dicho proyecto a lo largo y ancho del país”. El texto, recibido el 28 de marzo de 2018, describió esas actividades y aclaró que el proyecto en cuestión “ha vuelto a perder estado parlamentario recientemente, a pesar de lo cual se ha [...] venido trabajando sobre un nuevo borrador en diferentes regiones del país, a través de la Comisión Especial de Pueblos Indígenas creada en [...] 2017 en el Senado de la Nación, y cuyos aportes serán nuevamente presentados en un nuevo proyecto de ley”. Por otra parte, en el marco del Examen Periódico Universal de Naciones Unidas, en 2018 se ha recomendado a Argentina, “[v]elar por que los pueblos indígenas participen plenamente en el proceso de elaboración de las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos” (Consejo de Derechos Humanos. 37° período de sesiones. 26 de febrero a 23 de marzo de 2018. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Argentina. Doc. A/HRC/37/5, párr. 107.175).

todas la entidades estatales federativas que conforman la federación argentina; es decir, todas las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁴⁸.

357. Por lo dicho, el Estado, de conformidad con el marco de las competencias y funciones propias de su sistema de organización federal, debe adoptar las medidas pertinentes a fin de que: a) las medidas normativas y/o de otro carácter ordenadas (*supra* párr. 354) sean de aplicación tanto respecto al Estado nacional como a todas las entidades federativas, y b) respecto de las acciones de reconocimiento, implementación o garantía de los derechos de pueblos o comunidades indígenas al reconocimiento de la propiedad colectiva, se asegure la coordinación del ámbito federal y de las entidades federativas, de modo que las actuaciones desarrolladas en uno de tales ámbitos tengan validez en los otros y que se evite la duplicidad, superposición o contradicción de procedimientos o actos jurídicos.

E. Otras medidas solicitadas

(...)

F. Costas y gastos

(...)

G. Modalidad de cumplimiento

(...)

IX PUNTOS RESOLUTIVOS

370. Por tanto,

la Corte declara:

Por unanimidad, que:

1. El Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad, establecido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 del mismo tratado, y con los deberes establecidos en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de las 132 comunidades indígenas señaladas en el Anexo V a la presente Sentencia, en los términos de sus párrafos 92 a 98, 114 a 152 y 158 a 168.

Por unanimidad, que:

2. El Estado es responsable por la violación al derecho a la propiedad y a los derechos políticos, establecidos en los artículos 21 y 23.1 de la Convención

¹⁴⁸ Al respecto, el escrito de *amicus curiae* presentado por AADI y SERPAJ señala que el derecho a la propiedad comunitaria indígena carece actualmente “de una legislación específica que lo reglamente y unifique de forma adecuada para toda la República Argentina” y que “se viene proponiendo desde distintos sectores políticos la necesidad de sancionar una [l]ey de fondo” sobre ello.

Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de las 132 comunidades indígenas señaladas en el Anexo V a la presente Sentencia, en los términos de sus párrafos 173 a 184.

Por tres votos a favor, incluido el de la Presidenta de la Corte, y tres en contra¹⁴⁹, que:

3. El Estado es responsable por la violación a los derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, establecidos en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de las 132 comunidades indígenas señaladas en el Anexo V a la presente Sentencia, en los términos de sus párrafos 195 a 289.

Disienten los jueces Eduardo Vio Grossi, Humberto Antonio Sierra Porto y Ricardo Pérez Manrique.

Por unanimidad, que:

4. El Estado es responsable por la violación al derecho a las garantías judiciales, establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de las 132 comunidades indígenas señaladas en el Anexo V de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 294, 295, 300 a 302 y 305.

Por unanimidad, que:

5. El Estado no es responsable por la violación al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ni de las libertades de pensamiento y de expresión, de asociación y de circulación y de residencia, conforme establecen los artículos 3, 13, 16 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 153 a 157, 185 y 194 de la presente Sentencia.

Y dispone:

Por unanimidad, que:

6. Esta Sentencia constituye por sí misma una forma de reparación.

Por unanimidad, que:

7. El Estado, en un plazo de seis años desde la notificación de la presente Sentencia, adoptará y concluirá las acciones necesarias a fin de delimitar, demarcar y otorgar un título que reconozca la propiedad de las 132 comunidades indígenas víctimas del presente caso, señaladas en el Anexo V de la presente

¹⁴⁹ El artículo 23 del Estatuto de la Corte, titulado “*Quorum*”, en sus apartados 2 y 3, indica que “[l]as decisiones de la Corte se tomarán por mayoría de los jueces presentes”, y que “[e]n caso de empate, el voto del Presidente decidirá”. El artículo 16 del Reglamento de la Corte, titulado “Decisiones y votaciones”, establece en sus apartados 3 y 4 que “[l]as decisiones de la Corte se tomarán por mayoría de los Jueces presentes en el momento de la votación” y que “[e]n caso de empate decidirá el voto de la Presidencia”.

Sentencia, sobre su territorio, en los términos de los párrafos 325, 327 y 343 de la presente Sentencia.

Por unanimidad, que:

8. El Estado se abstendrá de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena o que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce, sin la previa provisión de información a las comunidades indígenas víctimas, así como de la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas, de acuerdo a las pautas señaladas en la presente Sentencia, en los términos indicados en los párrafos 328 y 343 de la presente Sentencia.

Por unanimidad, que:

9. El Estado, en un plazo de seis años contado desde la notificación de la presente Sentencia, concretará el traslado de la población criolla fuera del territorio indígena, en los términos señalados en los párrafos 325, 329 y 343 de la presente Sentencia.

Por unanimidad, que:

10. El Estado, en un plazo de seis años contado desde la notificación de la presente Sentencia, removerá del territorio indígena los alambrados y el ganado perteneciente a pobladores criollos, en los términos señalados en los párrafos 325, 330 y 343 de la presente Sentencia.

Por cinco votos contra uno, que:

11. El Estado, en el plazo máximo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, presentará a la Corte un estudio en que identifique situaciones críticas de falta de acceso a agua potable o alimentación y formulará e implementará un plan de acción, en los términos señalados en los párrafos 332 y 343 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Eduardo Vio Grossi.

Por cinco votos contra uno, que:

12. El Estado, en un plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, elaborará un estudio en el que establezca acciones que deben instrumentarse para la conservación de aguas y para evitar y remediar su contaminación; garantizar el acceso permanente a agua potable; evitar que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales y procurar su recuperación, y posibilitar el acceso a alimentación nutricional y culturalmente adecuada, en los términos de los párrafos 333 a 335 y 343 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Eduardo Vio Grossi.

13. Por cinco votos contra uno, que:

El Estado creará un fondo de desarrollo comunitario e implementará su ejecución en un plazo no mayor a cuatro años a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos señalados en los párrafos 338 a 343 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Eduardo Vio Grossi.

Por unanimidad, que:

14. El Estado, en un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, realizará las publicaciones y transmisiones radiales indicadas, en los términos señalados en los párrafos 348 y 349 de la presente Sentencia.

Por cinco votos contra uno, que:

15. El Estado, en un plazo razonable, adoptará las medidas legislativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena, en los términos señalados en los párrafos 354 a 357 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

Por unanimidad, que:

16. El Estado pagará en el plazo de seis meses partir de la notificación de la presente Sentencia, la cantidad fijada en su párrafo 365 por concepto de reintegro de gastos y costas, en los términos de los párrafos 366 a 369 del presente Fallo.

Por cinco votos contra uno, que:

17. El Estado rendirá al Tribunal los informes semestrales ordenados en el párrafo 344 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

Por unanimidad, que:

18. El Estado informará, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, sobre las medidas adoptadas para cumplir con todas las medidas ordenadas en la misma, sin perjuicio de lo establecido en el punto resolutivo 17 y los párrafos 344 y 349 de la presente Sentencia.

Por unanimidad, que:

19. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Los jueces L. Patricio Pazmiño Freire y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot dieron a conocer sus votos individuales concurrentes. Los jueces Eduardo Vio Grossi, Humberto Antonio Sierra Porto y Ricardo Pérez Manrique dieron a conocer sus votos individuales parcialmente disidentes.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 6 de febrero de 2020.

Anexo I

Listado de comunidades indígenas incluidas en la petición inicial conforme el informe de fondo No. 2/12

(...)

Anexo II

Comunidades indígenas consideradas víctimas en el informe de fondo No. 2/12

(...)

Anexo III

Comunidades indígenas contempladas en el decreto 1498/14 de la Provincia de Salta

(...)

Anexo IV

Comunidades indígenas señaladas en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas

(...)

Anexo V

Comunidades indígenas señaladas en los alegatos finales escritos de los representantes y víctimas del caso de conformidad con la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

(...)

R.S. ABATE (ed.), *What Can Animal Law Learn from Environmental Law?*, Environmental Law Institute, Washington, 2020, p. 1-862

Il libro curato da Randall S. Abate¹ e dal titolo “*What can animal law learn from environmental law?*”, nella sua seconda edizione del 2020 riveduta ed ampliata con i contributi di numerosi studiosi rispetto alla precedente versione (2015), rappresenta un’incredibile opportunità per capire e svelare le connessioni tra gli interrogativi e le problematiche posti dal diritto ambientale e quelli in seno al diritto degli animali. Si tratta di due settori ormai riconosciuti nella loro autonomia e complessità, il secondo – l’*animal law* – nato e sviluppatosi più tardi rispetto al diritto dell’ambiente e, per certi versi, rimasto in alcune sue fasi ancillare rispetto a quest’ultimo².

Il dialogo tra giuristi appartenenti a diversi ordinamenti (in particolare nella Unit III – *International and comparative law contexts*), di diversa formazione ed esperienza nel settore dell’*environmental law*, da un lato, e dell’*animal law*, dall’altro, permette al lettore di comprendere il contributo reciproco che ogni disciplina può dare all’altra, come viene ulteriormente declinato nella Unit I, nella quale sono approfondite le tematiche relative ai meccanismi procedurali e strategici propri delle due aree e le difficoltà comuni incontrate, prime tra tutti la pericolosità del predominio della disinformazione sopra la scienza. Diritto dell’ambiente e diritto degli animali, del resto, hanno seguito, in parte, percorsi simili a partire dalla loro origine prioritaria nei contesti di *common law*, in particolare quello nordamericano. Emerge con nitore e senza ipocrisie, dalla lettura

¹ Department of Political Science and Sociology Rechnitz Family Endowed Chair in Marine and Environmental Law and Policy, Monmouth University (USA).

² B. POZZO, *Les animaux et le droit de l’environnement*, in *Droit et animaux*, Paris, 2018, p.165 ss, ed ivi ampi riferimenti.

dei diversi contributi, il fatto che non siano mancati punti di possibili contrasti di vedute tra le due aree. Nonostante ciò, i punti di contatto nella metodologie, le interazioni e le influenze sono evidenti e prevalgono, rafforzando l'importanza di un confronto e di una comparazione interna. Basti rammentare, a questo proposito, che l'abitudine a considerare gli animali come semplici oggetti interamente asserviti alle utilità umane, come è stato in precedenza per l'uso massiccio ed incontrollato dell'ambiente, ha progressivamente ceduto il passo ad una sensibilità sempre maggiore verso l'altro dalla specie umana; se le normative restano ancora prevalentemente antropocentriche, si assiste comunque un aumento della regolamentazione in ambito nazionale e internazionale per proteggere gli animali, la natura e l'ambiente. Tutto ciò ha rappresentato anche il risultato della concettualizzazione giuridica di ciò che l'ambiente, da un lato, e gli animali, dall'altro, rappresentano in termini di arricchimento del mondo umano, oltre che del loro valore economico e di come la legge e i responsabili politici debbano e possano auspicabilmente agire.

I contributi di illustri studiosi e professionisti di tutto il mondo forniscono la dimensione globale e la rilevanza dei temi considerati. Le aree su cui si soffermano gli autori del volume sono del resto numerose e varie, in quanto riferite sia a temi connessi al diritto agroalimentare, alle dinamiche che si intrecciano con il diritto dei consumatori (in relazione al diritto ad essere informati, ad esempio mediante le normative sulle etichettature e la trasparenza), al diritto alla salute (compromessa dall'inquinamento dipendente dalle emissioni derivanti dall'allevamento intensivo e dal consumo di carne e derivati sempre crescente in ottica globale).

Il dialogo che ne deriva è, in definitiva, un chiaro esempio di quanto il confronto giuridico su soluzioni e strategie in chiave interdisciplinare possa giovare alla ricerca ed alla capacità di raggiungere obiettivi concreti per una migliore regolamentazione e protezione dell'ambiente e degli esseri non umani e, dunque, in definitiva, anche degli umani.

Diana Cerini

Comunicazioni della direzione

La direzione comunica che la Lega Anti Vivisezione (LAV) ha assegnato a Luca Belviso uno dei quattro premi “Maurizio Santoloci – Nuove ricerche per gli animali” per l’articolo *La tauromachia in Spagna: quando la monolitica e granitica interpretazione di “cultura” limita la protezione degli animali*, apparso nel n. 2/2019 di questa *Rivista*, e si congratula con l’autore.

REGOLAMENTO
SULLA PUBBLICAZIONE DEI LAVORI
DESTINATI ALLA RIVISTA GIURIDICA DELL'AMBIENTE

Art. 1 - Lavori pubblicabili

Sono pubblicabili sulla Rivista articoli, rassegne o note a sentenza (qui di seguito "lavori"). Con la proposta di pubblicazione, gli autori garantiscono che i loro lavori siano originali e che siano opportunamente parafrasati o citati letteralmente i lavori o le parole di altri autori, indicando in ogni caso il relativo riferimento.

Salvo deroga a discrezione del Comitato direttivo, i lavori proposti non devono essere stati pubblicati in altri periodici o riviste, né essere sottoposti, durante la procedura di valutazione esterna, ad altri periodici o riviste ai fini della pubblicazione.

Ogni lavoro deve essere corredato da un riassunto scritto direttamente dall'autore in inglese. Inviando un lavoro, l'autore concorda sul fatto che, se esso è accettato per la pubblicazione, tutti i diritti di sfruttamento economico, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti o in futuro sviluppate, sono trasferiti alla Rivista.

Art. 2 - Pubblicazione

Il Comitato direttivo decide preliminarmente se accettare o non accettare per la pubblicazione i lavori che ha ricevuto.

Il Comitato direttivo sottopone a valutazione esterna anonima tra pari i lavori che ha accettato e, terminata tale valutazione, decide definitivamente sulla loro pubblicazione.

Il Comitato direttivo può eccezionalmente decidere di non sottoporre a valutazione esterna i lavori di autori di chiara fama.

Il Comitato direttivo è tenuto a non divulgare alcuna informazione sui lavori ricevuti a soggetti diversi dagli autori, revisori o potenziali revisori, né a utilizzarli senza il consenso dell'autore.

Il Comitato direttivo agisce per garantire la miglior qualità della Rivista. Se sono ricevute segnalazioni in merito a errori o imprecisioni, conflitti di interessi o plagio in un lavoro pubblicato, il Comitato direttivo ne dà tempestiva comunicazione all'autore e all'editore e intraprende le azioni necessarie per chiarire la questione. Se del caso, il Comitato direttivo, ritira il lavoro o dispone per la pubblicazione di una correzione o di una ritrattazione.

Ai fini del presente regolamento, il Comitato direttivo include i direttori della Rivista.

Art. 3 - Valutazione esterna

Il Comitato direttivo invia i lavori da sottoporre a valutazione esterna a un professore universitario, anche fuori ruolo, esperto del tema trattato dallo scritto da valutare, purché questi non faccia parte né dello stesso Comitato direttivo, né del Comitato scientifico, né del Comitato editoriale della Rivista.

I lavori non sono inviati a valutatori esterni che, a giudizio del Comitato direttivo, si trovino in una situazione di conflitto d'interessi per rapporti personali o economici con l'autore.

Il Comitato direttivo indica ai valutatori esterni un termine per l'invio del giudizio.

I valutatori esterni procedono secondo il sistema di valutazione anonima c.d. a doppio cieco:

il lavoro è inviato al valutatore esterno senza la firma dell'autore ed è privato di altre indicazioni che possano rivelarne l'identità; il nome del valutatore esterno non è comunicato né all'autore, né a terzi.

Ai lavori da valutare è allegata una scheda predisposta dal Comitato direttivo, contenente i criteri per la formulazione del giudizio.

Il valutatore esterno selezionato che non si senta qualificato alla valutazione del lavoro assegnato o che ritenga di non essere in grado di eseguire la valutazione nei tempi richiesti comunica al Comitato direttivo la sua rinuncia a partecipare alla procedura di valutazione.

Il Comitato direttivo è tenuto a mantenere il riserbo sulle scelte dei valutatori esterni e questi ultimi sulle opinioni e sui giudizi espressi.

Art. 4 - Procedura di valutazione esterna

Nella valutazione esterna si tiene conto del genere scientifico e della diversa funzione e destinazione dei lavori.

La valutazione esterna è condotta con obiettività e chiarezza ed è accompagnata da una motivazione.

I valutatori esterni richiamano l'attenzione del Comitato direttivo sulle somiglianze sostanziali o sovrapposizioni che abbiano ravvisato tra il lavoro in esame e qualunque altro scritto pubblicato di cui siano a conoscenza.

I valutatori esterni possono subordinare l'approvazione del lavoro a miglioramenti del testo e a integrazioni bibliografiche. Il Comitato direttivo invia tali indicazioni all'autore e decide definitivamente sulla sufficienza e sulla coerenza degli adeguamenti che quest'ultimo ha apportato.

Resta ferma l'esclusiva responsabilità dell'autore per i contenuti del suo lavoro.

Art. 5 - Pubblicità del procedimento di valutazione

Il presente regolamento è pubblicato sulla Rivista.

Ogni cinque anni la Rivista pubblica l'elenco dei valutatori esterni utilizzati, senza riferimento ai lavori valutati.

I direttori curano la conservazione per cinque anni delle schede di valutazione ricevute.

Finito di stampare nel mese di settembre 2020
dalla Vulcanica srl - Nola (NA)

