

# NOCIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONCEPTO *BIEN COLECTIVO*

## PRELIMINARY IDEAS ON THE *COLLECTIVE GOODS* CONCEPT

BASTIANA T. LOCURSCIO<sup>1</sup>

Recibido: 16 de septiembre de 2022

Aprobado: 5 de diciembre de 2022

### RESUMEN

En las últimas décadas el uso del término *bien colectivo* se ha generalizado, tanto en un plano social como –en cuanto interesa– en el ámbito jurídico. No obstante, ello no ha ido acompañado de una nítida delimitación del concepto.

En este artículo se repasan sucintamente diferentes abordajes que se han hecho sobre tal definición y se revisan –desde una visión crítica– caracteres que han sido señalados como identificatorios de los bienes colectivos. A su vez, se comparan estos bienes con los *bienes públicos* de las finanzas públicas, con los *bienes de dominio público*

1. Abogada (UBA, 2005, Medalla de Oro), Licenciada en Economía (UBA, 2015, Diploma de Honor), NYU LL.M. (2009), Especialista en Derecho Tributario (UBA, 2010), Posgraduada en Derecho Aduanero y de la Integración (UBA, 2021), NYU LL.M. Hauser y Fulbright Scholar (2008), Profesora de grado y postgrado (UMSA y UCA). Correo electrónico: [bastianalocurscio@uca.edu.ar](mailto:bastianalocurscio@uca.edu.ar).

del derecho administrativo y con las *res communis omnium* del derecho romano.

Se observa una superposición de categorías frente a normas de diferente data que no han sido armonizadas y se concluye en que es precisa una revisión general del encuadre de los distintos tipos de bienes y de su regulación, para dar mayor coherencia y sistematicidad a nuestro régimen legal bajo el paradigma jurídico actualmente vigente.

#### **PALABRAS CLAVES**

Bien colectivo; Bien público; Bien de dominio público; *Res communis omnium*.

#### **ABSTRACT**

Over the last decades, the use of the term *collective goods* has become widespread, both in a social and –as far as it matters– legal framework. However, such generalization has not gone together with a clear understanding of the scope of the concept.

This article briefly reviews different approaches that have been made on that definition and discusses –from a critical point of view– aspects that have been pinpointed as identifying characters of these goods. In turn, these goods are compared with *public goods* of public finances, with *public domain goods* on the Administrative Law field, and with Roman Law *res communis omnium*.

Overlapping categories are pointed out in the face of rules issued at different times that have not been harmonized, and it is concluded that a general review of the framing of goods and their regulation is a must for our legal system to become more coherent and methodical under the prevailing legal paradigm.

#### **KEYWORDS**

Collective Goods; Public Goods; Public Domain Goods; *Res Communis Omnium*.

### PARA CITAR ESTE TEXTO:

Locurscio, Bastiana T., “Nociones preliminares sobre el concepto *bien colectivo*”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 14, 2023, pp. 51-89.

### INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se ha observado una concientización sobre el cuidado de los *bienes colectivos* y la relevancia de la *cosa común*.

Ello no solo ha quedado expuesto en un plano jurídico –con un desarrollo jurisprudencial que ha sacudido la legitimación procesal y que ha tenido recepción legal en Argentina y otros países de la región–, sino también en un plano social, en donde una visión individualista del mundo ha sido parcialmente reemplazada por una valorización de la *cosa común* y en la que los bienes colectivos por su propia naturaleza (tales como el ambiente<sup>2</sup>) han devenido esenciales

2. Destacaba Lorenzetti en 2008 que la noción de “ambiente” había evolucionado en el último tiempo, pero que aún suponía cierta confusión: “Para una tendencia restrictiva se incluyen sólo los recursos naturales tales como agua, suelo, flora, fauna y otros. Un poco más amplia es la inclusión de los bienes culturales, como el patrimonio histórico. Otra versión más extensa abarca problemas de política social, como la pobreza o la vivienda y la calidad de vida en general. Finalmente, otros concluyen en el concepto de calidad de vida como comprensivo del conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre”. Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría del derecho ambiental*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 2008, p. 15.

En una postura intermedia, en 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “el medio ambiente comprende el conjunto de elementos vivos e inertes, naturales y artificiales que, pese a su heterogeneidad, funcionan de modo integrado, conformando un sistema. Es un conjunto porque está compuesto por una pluralidad de elementos reconocibles en su individualidad; son heterogéneos ya que algunos tienen vida y otros solo existencia, pueden ser naturales o artificiales; poseen un funcionamiento integrado habida cuenta que los elementos que componen el ambiente se relacionan según pautas de ‘coexistencia’ y/o ‘convivencia’”, véase: *Coihue SRL c. Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios* (2021): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de noviembre de 2021, *Fallos*:

en la ponderación de la conducta de los estados, las empresas y los restantes miembros de la sociedad.

En el plano jurídico, la regulación de los bienes ha mutado sustancialmente y se alejó de un modelo que ha sido calificado como “antropocéntrico” y “puramente dominial”, en cuanto solo tenía en cuenta la “utilidad privada” que se podía obtener de los bienes o su empleabilidad en la actividad de gobierno. Así, ha surgido una esfera distinta a la pública y a la privada –la esfera social–, cuyos límites todavía no están claramente delineados bajo una regulación en la que las categorías antiguas se entrecruzan y superponen con las actuales. A esa esfera pertenecerían los bienes colectivos.

Aun cuando el término “bien colectivo” es común en el derecho y se ha desarrollado ampliamente el estudio de la legitimación o *standing* requerido para accionar judicialmente en protección de estos bienes<sup>3</sup>, la delimitación de ese concepto también permanece borrosa.

En ese marco, a continuación se repasa resumidamente la recepción jurídica del concepto y se revisan diferentes abordajes que se ha dado a su definición. En atención a los caracteres que son relevados como identificatorios, se reflexiona sobre la relación de estos bienes con

---

344:3476, cons. 9, punto a) del pronunciamiento de mayoría (suscripto por los Dres. Rosatti y Maqueda).

Legislativamente, en la Ley de Protección, Conservación, Mejoramiento y Restauración de los Recursos Naturales y del Ambiente en General de la Provincia de Buenos Aires se define al ambiente como el “[s]istema constituido por factores naturales, culturales y sociales, interrelacionados entre sí, que condicionan la vida del hombre a la vez que constantemente son modificados y condicionados por éste”. Cf. Ley N° 11.723, BO de la PBA 22/12/1995, Glosario.

Sobre diferentes acepciones en doctrina y legislación comparada, cf. Cafferatta, Néstor A., “Nociones preliminares de derecho ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/4605/2016.

3. Ello por cuanto estos bienes no son de titularidad dominial de un sujeto, como se estudiará a lo largo de estas notas. Así, Lorenzetti ha indicado que, respecto de los bienes colectivos, la legitimación es *extraordinaria* para reforzar su protección. Cf. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, pp. 183-184. Verbic ha dicho que resulta en cierto punto incuestionable que la vulneración de un bien colectivo origina un conflicto con características diferentes a las que puede presentar un conflicto derivado de la vulneración de un bien individual. Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 30.

los que se reconocen a partir de otras clasificaciones de bienes, tales como los *bienes públicos* de las finanzas, los *bienes de dominio público* del derecho administrativo y las *res communis omnium* del derecho romano.

Cabe anticipar que este artículo no abarca el estudio de la legitimación procesal u otros elementos específicos de los procesos colectivos, sin perjuicio de las referencias aisladas a esos tópicos a lo largo de su desarrollo. En estas notas se procura un ejercicio de reflexión sobre el concepto *bien colectivo* y la puesta en cuestión tanto del significado que surgiría de su empleo en el ámbito jurídico, como de las características identificatorias que la doctrina y jurisprudencia han señalado para delimitar su alcance.

### DESARROLLO

#### *Del acogimiento jurídico de los bienes colectivos*

El concepto *bien colectivo* fue desarrollado en el derecho argentino a partir de la segunda mitad del siglo XX, en paralelo a una creciente tendencia al estudio del derecho ambiental como rama jurídica autónoma<sup>4</sup>. Contemporáneamente, los procesos colectivos fueron

4. Esta tendencia fue paralela a –y recíproca con– la proliferación de la legislación local en la materia: el actual artículo 41 de la Constitución Nacional (la “Cláusula Ambiental”) fue incorporado en el texto constitucional con la reforma de 1994. En ese mismo año, el país aprobó el Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado y abierto a la firma en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (cf. Ley N° 24.375, BO 6/10/1994). No obstante, ya en 1978 la República Argentina había aprobado la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su decimoséptima reunión celebrada en la ciudad de París, el 16 de noviembre de 1972 (cf. Ley N° 21.836, BO 14/7/1978), y existían numerosos acuerdos internacionales sobre la cuestión ambiental. Asimismo, regía a esa fecha normativa dictada por las provincias, pioneras en el desarrollo de la legislación ambiental en Argentina. Cf. Sabsay, Daniel A. y Fernández, Cristian H., “La autonomía el derecho ambiental”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2577/2022.

Sobre el carácter autónomo del derecho ambiental, cf. Bianchi, Alberto, B., “¿Derecho ambiental o cuestiones ambientales en el Derecho?”, *La Ley*, cita digital:

multiplicándose a lo largo del globo<sup>5</sup>. Mismo en la región, se han producido cambios en las legislaciones de países vecinos que dieron cuenta de esta nueva perspectiva respecto de los bienes de uso común, con un amplio desarrollo de la acción popular en Brasil (país de avanzada en la materia a nivel comparado).

Lorenzetti expone que los intereses difusos y los bienes colectivos –necesariamente vinculados a ellos– son nociones relativamente nuevas dado que no se concebía ni lo uno (intereses difusos) ni lo otro (bienes colectivos) en el constitucionalismo clásico surgido a fines del siglo XVIII<sup>6</sup>. En efecto, en las constituciones que nacieron con la impronta de los valores enarbolados por la Revolución francesa, el centro de gravedad giraba en torno de la libertad y los derechos civiles, que constituyeron –y fundamentaron– los clásicos derechos individuales.

No obstante, señala Maddalena<sup>7</sup>, el concepto de bienes comunes (o de pertenencia común) no sería nuevo, sino que podría ser encontrado en la propia fundación de Roma, precediendo incluso al concepto de bien privado<sup>8</sup>. El mencionado autor ha sostenido:

“[E]l concepto de propiedad común y colectiva se manifestó de inmediato con la propia fundación de la Ciudad, en relación con todo el territorio, y luego, siguiendo la división, en relación con el *ager compascuus*, el cual debía ser considerado un bien ‘extra-co-

---

TR LALEY AR/DOC/1973/2022; ídem, “Sobre la Protección del Medio Ambiente y el Derecho Ambiental”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2826/2022 (por la negativa), y Sabsay, Daniel A. y Fernández, Cristian H., “La autonomía el derecho ambiental”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2577/2022 (por la positiva).

5. Cf. Hensler, Deborah R., “From Sea to Shining Sea: How and Why Class Actions Are Spreading Globally”, *Kansas Law Review*, vol. 65, pp. 965-988.

6. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 136.

7. Maddalena, Paolo, “I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni”, Conferencia del Istituto di diritto romano, de la Facoltà di giurisprudenza de la Universidad “La Sapienza” de Roma, del 6 de junio de 2012.

8. Para una postura crítica sobre esta cuestión, cf. Beneyto Pérez, Juan, “Notas sobre el origen de los usos comunales”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 9, pp. 33-102.

mercio' al estar destinado de manera estable al uso directo de todos los quirites, para el pastoreo. [...] [S]ólo en una época posterior tuvo lugar la 'división' de parte del territorio común a los patricios individuales, una división que ciertamente tuvo lugar en un período muy antiguo"<sup>9</sup>.

En la legislación argentina, el concepto *bien colectivo* no ha tenido inclusión constitucional directa, aunque habría quedado implícitamente receptado al ampararse los *derechos de incidencia colectiva en general* como categoría jurídica dispuesta por la reforma de 1994. Según el constituyente, en esta categoría quedan comprendidos los derechos que protegen *al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor*, entre otros<sup>10</sup>.

Hacia la misma época de esa reforma, en otros países de Latinoamérica también se produjeron modificaciones constitucionales en las que se contemplaron las acciones colectivas y otros institutos que profundizaron la adopción de un modelo de constitucionalismo social. Así, en Brasil, con la reforma de 1988 se incorporó a la Constitución el

9. Traducción libre del original: “[I]l concetto cioè di proprietà comune e collettiva, si manifestò immediatamente, con la stessa fondazione della Città, in relazione a tutto il territorio, e poi, a seguito della divisio, in relazione all’ager compascuus. Il quale dovette essere considerato come un bene ‘extra commercium’, in quanto destinato stabilmente all’uso diretto da parte di tutti i Quiriti, ai fini dell’esercizio della pastorizia. [...] [S]olo in un secondo momento si dette luogo alla ‘divisione’ di parte del territorio comune a singoli patrizi, divisione che avvenne, di certo, in epoca molto risalente”.

10. Constitución Nacional de la República Argentina, art. 43. En algunas constituciones locales también se han contemplado los derechos o intereses colectivos bien sea en el marco de la acción de amparo o en la asignación de funciones al Defensor del Pueblo. Así, en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –concerniente a la acción de amparo–, se prevé: “Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor”. Ver también: Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. 20; Constitución de la Provincia de Córdoba, art. 124; entre otras.

*mandamiento de seguridad colectivo* y se aludió a la existencia de un *patrimonio público y social* y al *medio ambiente*, como supuestos de intereses difusos y colectivos<sup>11</sup>. En el país mencionado, aun antes de la aludida modificación, se dictaron valiosos antecedentes en la materia, tales como la *Lei da Ação Popular* y la *Lei da Ação Cível Pública*<sup>12</sup>. Destaca Verbic que Brasil “es uno de los pocos países de tradición jurídica romano-canónica o de derecho civil que ha desarrollado un régimen sofisticado de protección de derechos de incidencia colectiva, y es el primero en introducir en Iberoamérica un mecanismo de protección específica para derechos difusos y colectivos de naturaleza indivisible”<sup>13</sup>.

Por oposición, Amoza Antúnez de Olivera sostiene, respecto de la Constitución de Uruguay, que ese cuerpo normativo “ha consagrado mayoritariamente solo garantías efectivas para los [derechos] de primera generación, y sobre esa base se pretende proteger a las restantes categorías, lo que en la práctica los deja carentes de protección, prohibiendo incluso la posibilidad de reclamar su protección ante los Tribunales por restringir la titularidad de la legitimación para accionar”<sup>14</sup>.

En nuestro país, tras la reforma constitucional, Quiroga Lavié sostuvo que “[u]no de los mayores avances en el sentido de la protección de los derechos de la sociedad ‘como ente moral o colectivo’ es el consagrado por la nueva Constitución en el segundo apartado de su flamante art. 43”<sup>15</sup>.

Barra, por su parte, focalizó el alcance de la norma en los efectos del daño en mira –y no en el acogimiento de un nuevo tipo de bie-

11. Constitución Política de la República Federativa del Brasil, arts. 5º y 129.

12. Ley Nº 4.717/65, DOU 29/6/1965, y Ley Nº 7.347/85, DOU 25/7/1985, respectivamente.

13. Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 22.

14. Amoza Antúnez de Olivera, Edgardo, “¿Quién tutela los derechos colectivos? Algunas reflexiones sobre el tribunal de lo contencioso administrativo y su rol de garante jurisdiccional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay*, núm. 30, 2014, p. 15.

15. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 3ª ed., Buenos Aires, Zavalía Editor, 2000, p. 246.

nes-, y destacó que el constituyente en la reforma de 1994 se refirió a derechos de incidencia colectiva en atención a una cierta naturaleza del agravio involucrado, *un agravio expansivo*, exponiendo ejemplos en que ante un mismo bien solo se daría el supuesto colectivo frente a determinadas hipótesis en que el perjuicio presenta un efecto generalizado (por ejemplo, en casos de discriminación)<sup>16</sup>.

### *De la codificación*

En el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCom), en vigencia desde 2016, se contemplaron los derechos de incidencia colectiva, por oposición a los derechos individuales, mencionándose al ambiente como uno de los supuestos en que esos derechos se presentan, mas sin contemplar una definición propia que los caracterice<sup>17</sup>.

Por su parte, en el articulado del Código de Vélez, los bienes colectivos no eran tratados. Entiende la doctrina que esta omisión podría encontrar fundamento en que los códigos del derecho privado regulaban solo los derechos individuales, por oposición al nuevo CCyCom, que es un “Código de los derechos individuales y colectivos”<sup>18</sup>. En ese sentido, Lorenzetti, presidente de la comisión que elaboró el proyecto del nuevo Código, listó entre los valores que guiaron su estructura a la constitucionalización del derecho privado y a

16. Barra, Rodolfo C., “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar”, *La Ley*, 1994-E-1087.

17. CCyCom, art. 14 (“Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”).

En la versión original del anteproyecto del CCyCom elaborado por la Comisión de Reformas se consideró una desagregación tripartita que además de los “derechos individuales” incluía a los “derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva” y a los “derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común”. Cf. Corbalán, Pablo S. y Pinese, Graciela, “Los derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial”, *Revista Código Civil y Comercial*, año 2, núm. 7, 2016, p. 186.

18. Lorenzetti, Ricardo L., “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/3561/2014.

la eliminación de una división tajante entre el derecho público y el privado observada, por ejemplo, en la inclusión de los derechos de incidencia colectiva en su texto<sup>19</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto y de la calificación patrimonial propia del concepto de *bien jurídico* bajo el antiguo Código<sup>20</sup>, en la nota al artículo 2311, Vélez Sarsfield ponderó la existencia de *cosas sobre las que no podía configurarse un derecho subjetivo individual*, al decir:

“La palabra ‘cosas’, en la flexibilidad indefinida de sus acepciones, comprende en verdad todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser la propiedad del hombre, sino todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. Mas como objeto de los derechos privados, debemos limitar la extensión de esta palabra a lo que puede tener valor entre los bienes de los particulares”.

También la nota al artículo 2340 de Vélez reflejaba el reconocimiento de la categoría jurídica de *cosas comunes a todos*<sup>21</sup>, si bien con un concepto parcialmente vinculado a (y definido por) la soberanía estatal. En esa nota, en el marco del articulado referente a *bienes públicos del Estado General o de los Estados particulares*, el codificador recuperó fuentes en las que se aludía al dominio de los mares por los países y la ley romana en que se disponía que *flumina pene omnia pública sunt*. En particular –y con una terminología que se mantiene vigente en la conceptualización de los bienes colectivos–, citó la Recopilación de Indias,

19. Ídem.

20. El concepto de bien en el Código de Vélez estaba vinculado estrechamente con un enfoque económico y comprendía a las cosas y a los objetos inmateriales *susceptibles de valor*. Código Civil de la Nación (derogado), arts. 2311-2312.

21. Cf. Abelenda, Virginia, “La importancia de las ‘Notas’ de Vélez Sarsfield al Código Civil Argentino sobre el derecho romano”, *Conferencia ofrecida en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Ricardo Palma*, Lima, Perú, del 29 de noviembre de 2013.

en la que se declara que “los montes, pastos y aguas en América que no están concedidos a particulares, son comunes a todos”.

Sobre la fundamentación que Vélez encontró para que un bien no sea de los particulares –si bien con especial referencia a los ríos<sup>22</sup>–, el jurista aludió a *bienes de importancia por la multitud de usos necesarios para la vida, la industria y la agricultura*, resultando conveniente a la paz y a los intereses generales, que el Estado<sup>23</sup> sea el único propietario y regulador del uso de ellos.

La codificación de los bienes colectivos en otros países de la región ha sido más temprana. Así, desde el Código Civil de 1916 en Brasil se designaron tres categorías de *bienes públicos*, siendo la primera de ellas (*bienes públicos de uso común del pueblo*) la que se vincularía de manera directa con el concepto *bien colectivo* que se aborda en estas notas:

“Art. 66. Los bienes públicos son:

- I. Los de uso común del pueblo, tales como los mares, ríos, calles, carreteras y plazas.
- II. Los de uso especial, tales como los edificios o terrenos aplicados al servicio o establecimiento federal, estadual o municipal.
- III. Los dominicales, esto es, los que constituyen el patrimonio de la Unión, de los Estados, o de los Municipios, como objeto de derecho personal o privado de cada una de esas entidades”<sup>24</sup>.

22. Los ríos eran para los romanos *res publicae iuris gentium*, a diferencia del agua que era *res communis omnium*. Abelenda, Virginia, *El agua res commune omnium: interdictos y acciones procesales romanas en defensa de su acceso y conservación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2015 [e-book], pp. 15-22. El codificador agrupa dentro de los bienes públicos tanto a los ríos como a sus cauces y las aguas que corren por sus cauces. Cf. Código Civil de la Nación (derogado), art. 2340, pto. 3.

23. Marienhoff considera que en el Código de Vélez la titularidad de los bienes dominicales no era clara ya que en algunos fragmentos se atribuía al Estado (cf. art. 2340 y su nota), en tanto en otros se aludía a un dominio común (cf. nota al art. 2644). El mencionado autor entiende que lo correcto es considerar al pueblo como titular del dominio público, siendo que ese dominio precede a la formación del Estado. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. V, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 15-32.

24. Traducción libre del original: “Art. 66. Os bens públicos são:

- I. Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças.

A su vez, en ese país, en el Código del Consumidor de 1990 se receptó la defensa colectiva de intereses o derechos difusos, entendidos como tales aquellos que son transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que son titulares personas indeterminadas y vinculadas por circunstancias de hecho<sup>25</sup>.

Repara la doctrina en la clara visión civilista-romanista seguida por la legislación brasilera citada –en contraposición por ejemplo a la estadounidense– al procurar una definición (*verbal*<sup>26</sup>) y clasificación de los bienes dentro de su estructura normativa<sup>27</sup>.

---

II. *Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal.*

III. *Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades”.*

Estas categorías se han mantenido en el Código Civil de 2002 (cf. art. 99). Con una visión crítica a la categorización de los tres grupos de bienes como bienes públicos, cf. Marrara, Thiago, *Direito Administrativo e Constitucional*, 1ª ed., Sección: “Uso de bem público”, 2017, disponible en: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbetes/31/edicao-1/uso-de-bem-publico> (fecha de consulta: 11/10/2022).

25. Se aclara que la traducción no es textual, por eso no se han incluido comillas. Ley (Brasil) N° 8.078/90, DOU 12/9/1990, art. 81. En el Código también se contempla la defensa colectiva de *intereses o derechos colectivos* (calificados como los transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas coligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base) y de los *intereses o derechos individuales homogéneos*. Ídem.

26. Destacan Guibourg, Ghigliani y Guarinoni que las definiciones pueden ser *verbales*, es decir, comunicativas del significado de una palabra a través de otras palabras, u *ostensivas*, esto es, elaboradas valiéndose de la identificación de ejemplos. En este último caso, es la persona a quien el ejemplo va dirigido quien aísla –mediante una operación intelectual propia– las características definitorias del concepto. Guibourg, Ricardo A.; Ghigliani, Alejandro M. y Guarinoni, Ricardo V., *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, Eudeba, 1985, pp. 55-57.

27. Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 13-27; Salgado, José María, *Tutela individual homogénea*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2011, pp. 29-32. Señalan los mencionados autores que en la legislación norteamericana los procesos colectivos se edifican sobre una descripción casuística, propia del *common law*, sin que los legisladores hayan intentado introducir especies o categorías abstractas de intereses o derechos subjetivos a tutelar por medio de las acciones de clase. Ídem.

Sobre la aplicación de ese tipo de acciones respecto de la defensa de bienes caracterizados en la doctrina argentina y brasilera como colectivos, tales como el am-

*De la elaboración de un concepto*

Al analizar el referido artículo 43 de la Constitución Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que se contemplan allí tres tipos de derechos: “individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”<sup>28</sup>.

Dada esa alusión a una cierta tipología de bienes (colectivos), la doctrina y la jurisprudencia de formación romanística han procurado elaborar un concepto que los aúne, sin una clara y unívoca acepción a la fecha.

En procura de identificar sus rasgos distintivos, el Alto Tribunal ha sostenido que los bienes colectivos *pertenecen a toda la comunidad*, siendo *indivisibles y no admitiendo exclusión alguna*<sup>29</sup>. Agregó que sobre ellos no cabe referir a derechos subjetivos, dado que se trata de bienes *de naturaleza colectiva*. “Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno”<sup>30</sup>.

Más recientemente, ese Tribunal ha dicho que esos bienes son de uso común y que están sujetos a una regulación y resguardo que no tiene en cuenta solamente intereses privados o estatales –como ocurría bajo el paradigma jurídico anterior–, sino los del sistema mismo, con una perspectiva que comprende la sustentabilidad futura<sup>31</sup>.

---

biente, cf. Cooley, Jim D. y Lemly, Thomas A., “Federal Class Action in Environmental Litigation: Problems and Possibilities”, *North Carolina Law Review*, vol. 51, núm. 6, pp. 1385-1454.

28. *Halabi, Ernesto c. PEN – Ley N° 25.873 – Decreto N° 1.563/2004 s/ amparo Ley N° 16.986* (2009): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de febrero de 2009, *Fallos*: 332:111, cons. 9. La itálica es añadida.

29. Ídem.

30. Ídem, cons. 11.

31. *Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo –derivación de aguas–* (2019): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de diciembre de 2019, *Fallos*: 342:2136; *La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas* (2020): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16 de julio de 2020, *Fallos*: 343:603; *Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental* (2020): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11 de agosto de 2020, *Fallos*: 343:726.

Incluso previo a la reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>32</sup> y otros tribunales<sup>33</sup> habían aludido a la existencia de tales bienes con consecuencias sustantivas en cuanto a su protección y reparación ante su daño, pero también –y primordialmente– con un cambio en el entendimiento de la legitimación y la necesidad (*o no*) de detentar un derecho subjetivo para accionar ante los tribunales.

En el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en 2004 en la órbita del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, se indica que los intereses o derechos difusos tienen “naturaleza indivisible” y son de titularidad de “un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base”<sup>34</sup>.

En una conceptualización *finalista*, Bidart Campos<sup>35</sup> retoma el numeral 40 de la Encíclica *Centesimus annus*, de Juan Pablo II, en la que se enfatiza que se trata de *bienes imprescindibles para el desenvolvimiento individual*: “Es deber del estado proveer a la defensa y tutela de los *bienes colectivos*, como son el ambiente natural y el ambiente humano [...] ahora con el nuevo capitalismo el estado y la sociedad tienen el deber de defender los *bienes colectivos* que, entre otras cosas, constituyen el único marco dentro del cual es posible para cada uno conseguir legítimamente sus fines individuales”<sup>36</sup>.

32. *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros* (1992): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de julio de 1992, Fallos: 315:1492.

33. Cf. *Kattan, Alberto E. y otro c. Gobierno Nacional - Poder Ejecutivo* (1983): Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, 10 de mayo de 1983.

34. Cf. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, art. 1°.

35. Bidart Campos, Germán J., “Los bienes colectivos tienen existencia constitucional”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/9430/2001.

36. En 2015, la Carta Encíclica *Laudato si'* trató sobre el cuidado de la *casa común* “como una hermana, con la cual compartimos la existencia, y como una madre bella que nos acoge entre sus brazos” (número 1). Asimismo, allí se sostuvo que “[e]l medio ambiente es un bien colectivo, patrimonio de toda la humanidad y responsabilidad de todos” (número 95). Francisco I, Carta Encíclica *Laudato si'*, del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común, del 24 de mayo de 2015.

Asimismo, al estudiar los *bienes comunes* (a los que distingue de los *colectivos* y los *públicos*), Marmor destaca que algunos aspectos del bienestar deben estar protegidos por derechos, esto es, por la imposición de deberes sobre otros, pero que esto no es común a todas sus dimensiones<sup>37</sup>.

En este último marco, siguiendo una postura finalista –y dadas las dificultades sobre la identificación de otros caracteres que se expondrá a continuación–, cabría abordar el concepto de bien colectivo *amparado jurídicamente* partiendo de los bienes comunitarios a los que se les reconoce una relevancia *tal* para el desenvolvimiento individual que amerite imponer obligaciones a cargo de otros. A su vez, al ser necesarios para el desarrollo de cada uno no se pueden negar a ninguno.

### ***Del estudio de sus caracteres identificatorios y de su relación con los bienes públicos y los bienes de dominio público***

De lo expuesto en el título anterior resulta que los caracteres básicos con los que la jurisprudencia y doctrina tienden a identificar a los *bienes jurídicamente colectivos* son: (i) *pertenencia comunitaria*, (ii) *indivisibilidad* e (iii) *imposibilidad de exclusión*.

37. Marmor señala: “Algunos aspectos del bienestar de una persona son demasiado triviales para merecer tal protección; simplemente no justifican la imposición de una carga sobre los demás. Otros aspectos del bienestar de una persona, a pesar de ser relevantes y dignos de protección, tales como el interés de una persona en ser amada y querida por otros, no pueden protegerse de manera plausible con la imposición de deberes en los demás; ya sea porque el deber sería desproporcionadamente gravoso o porque su imposición resulta prácticamente imposible”. Traducción libre del original: “Some aspects of a person’s well being are too trivial to deserve such protection; they simply do not justify the imposition of any burden on others. Other aspects of a person’s well being, in spite of being important and worthy of protection, such as, for example, a person’s interest in being loved and cherished by others, cannot be plausibly protected by the imposition of duties on others; either because the duty would be disproportionately burdensome or practically impossible to impose”. Marmor, Andrei, “Do We Have A Right To Common Goods?”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 14, núm. 2, 2001, p. 213.

Así, Lorenzetti indica que el bien colectivo es un bien que *pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna*, y menciona nueve características principales de los bienes colectivos<sup>38</sup>. Entre las características identificadas por el autor, desde la visión que se adopta en este artículo, cuatro atañerían directamente al resguardo de esos bienes por ser tales –y no a su definición preliminar<sup>39</sup>–; las otras cinco son: la indivisibilidad de los beneficios, la no exclusión de beneficiarios, el estatus normativo como bien, la calificación objetiva como bien colectivo y la ubicación en la esfera social.

### *La pertenencia comunitaria*

Respecto del primero de los caracteres básicos aludidos (pertenencia comunitaria), se trataría de una *titularidad común*, que no necesariamente se corresponde con una población nacional o provincial determinada, sino con un conjunto de personas vinculadas por características o intereses comunes<sup>40</sup>, y que se distingue de un dominio de

38. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, pp. 180-183.

39. Estas son: (i) uso común sustentable (al requerirse reglas limitativas que definan su uso razonable por faltar incentivos individuales para evitar el sobreuso), (ii) “precedencia de la tutela preventiva”, (iii) “resarcimiento a través de patrimonios de afectación”, y (iv) la regla de la “protección mediante la calificación como inenajenable” (aun cuando existan mercados secundarios representativos de valores que se les asignen). Más adelante, en este trabajo se cuestiona si otros de los elementos listados por Lorenzetti son definitorios del bien (por ejemplo, la no exclusión).

40. Cf., v. gr., *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros* (1992): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de julio de 1992, *Fallos*: 315:1492, en el que se dio protección al sentimiento religioso de los ciudadanos católicos. Ver también: Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española, entrada “comunidad” (<https://dpej.rae.es/lema/comunidad>; fecha de consulta: 10/11/2022).

El concepto “comunidad” no tiene una acepción propia y distintiva en la ciencia jurídica (que, desde lo subjetivo, se ha focalizado en el concepto “persona”), sino que su caracterización podría ser encontrada en la sociología. En ese ámbito, Ferdinand Tönnies ha sostenido que las voluntades humanas se hallan entre sí en múltiples relaciones y que el grupo formado por aquellas que son de afirmación recíproca (positiva), que se estima como una “cosa o ente que actúa de un modo unitario hacia aden-

más de un sujeto<sup>41</sup>. Este rasgo importa que el bien sea supraindividual, impersonal y no fraccionable en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares<sup>42</sup>, a quienes no se les reconoce sobre el bien colectivo individualmente –ni siquiera en una proporción– una titularidad que pueda ser asemejada a la que nace con el derecho de dominio<sup>43</sup>.

Galmarini propone una *gradación cuantitativa* de estos bienes en relación con grupos determinados y plantea la posibilidad de fragmentación sobre el concepto de indivisibilidad cuando la afectación (por ejemplo, al ambiente) se circunscriba a un punto geográfico específico<sup>44</sup>. Christe indica que una posible sub-clasificación de los derechos colectivos en sentido estricto<sup>45</sup> reconocería a los *intereses difusos* y a los *corporativos o sectoriales*, siendo que en estos últimos sí hay una referencia a un cierto grupo conformado jurídicamente o una situación organizacional que los acoge.

---

tro y hacia afuera”, recibe el nombre de unión. En ese ámbito identifica a la relación misma entendida como vida real y orgánica –y también a la unión– como el núcleo esencial del concepto “comunidad”. En términos del autor, “comunidad es la vida en común, duradera y auténtica”. Tönnies, Ferdinand, *Comunidad y sociedad*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1947, pp. 19, 21.

41. Este aspecto guarda relevancia para el análisis del concepto de “afectado” contenido en el artículo 43 de la Constitución Nacional, aspecto que –como los restantes relativos a la legitimación y al régimen jurídico aplicable a estos bienes– excede el objeto de este estudio.

42. *Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo* (2007): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de junio de 2007, Fallos: 330:2800; *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza Riachuelo)* (2019): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de septiembre de 2019, Fallos: 342:1477.

43. El sentido de pertenencia no es empleado por tanto con un sentido de propiedad, sino como relación o vinculación específica de una comunidad con el bien. Mismo alcance cabría otorgarle al concepto “titularidad” en este ámbito.

44. Galmarini, Pedro, “Audiencias públicas: legitimación, representación adecuada y caso”, en Lago, Lidia E., *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2020, pp. 124-126.

45. Esto es, sin comprender a los derechos individuales homogéneos que, sin perjuicio de poder dar origen a procesos colectivos, refieren a *intereses jurídicos individuales*. Christe, Graciela E., “Los derechos colectivos buscan su proceso. Algunas cuestiones sobre legitimación”, en Lago, Lidia E., *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2020, p. 34.

Por otro lado, si bien existiría consenso en este elemento como esencial de los bienes colectivos, no es unívoco el entendimiento acerca de cómo surge (y, en su caso, verifica) esa *pertenencia* comunitaria, esto es, si es precisa la existencia de una norma que genere ese tipo de pertenencia o si resulta de la misma naturaleza de los bienes, por su relevancia para el desenvolvimiento individual o para el goce de los restantes derechos<sup>46</sup>.

Lorenzetti incluye como requisito para que un bien sea colectivo al *estatus normativo como bien*, es decir, como un interés genérico merecedor de tutela, y a su *calificación objetiva*, esto es, a la necesidad de una designación normativa objetiva del bien como colectivo (por oposición a una designación subjetiva basada en su pertenencia a *muchos*)<sup>47</sup>. Ese requisito de reconocimiento normativo (o ubicación en la esfera social protegible a través de una norma) tendría por objeto limitar la invocación de infinitos bienes colectivos.

Por oposición, Zavala de González sostiene que “[a]l margen de que la mayoría de los intereses colectivos relevantes tienen raigambre constitucional, el imperativo jurídico actual reside en ‘acordar adecuada protección a toda situación (individual y grupal) digna de tutela, en función de la calidad intrínseca de los bienes y valores a defender’; es decir, con prescindencia de algún específico reconocimiento normativo”<sup>48</sup>.

A este respecto, cabe traer a colación la distinción entre el bien y el derecho, siendo que en la Constitución se contemplan los *derechos* de incidencia colectiva en general, entendiéndose que *estos* recaen sobre bienes colectivos y son, en su carácter de derechos, intereses (o, en la terminología de los derechos humanos, necesidades) jurídicamente protegidos. Esto es, el bien colectivo podría existir independientemente de la existencia de un derecho a su respecto y es ese interés que se relaciona con ese bien el que encontrará resguardo jurídico en

46. Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 29-32.

47. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, pp. 180-181.

48. Zavala de González, Matilde M., “Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario”, *La Ley Buenos Aires*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/12424/2001.

tanto esté jurídicamente protegido ya sea explícita o implícitamente (cf. Constitución Nacional, art. 33).

Sagüés<sup>49</sup> expone que, pese a que en la Constitución se habla de “derechos”, en la práctica muchos *meros intereses sin una tutela constitucional o subconstitucional definida que los caracterice como “derechos”* son presentados ante los tribunales como derechos y en fundamento en ello se reclaman prestaciones del Estado<sup>50</sup>. A su vez, contrapone su visión con la doctrina que considera procedente el amparo en pro de *intereses de incidencia colectiva*, tales como la supremacía constitucional o la buena marcha de las instituciones<sup>51</sup>.

En ese marco, es de notar que la búsqueda de una ley específica que caracterice *al bien* como colectivo para dar lugar a la acción colectiva no surge de forma expresa de los pronunciamientos del Alto Tribunal, aun cuando en todos los casos los bienes referidos en esos pronunciamientos se enmarcaban en un bloque normativo que resguardaba de manera expresa o implícita los derechos de los particulares sobre ellos.

En razón de la alusión a una pertenencia, es dable asimismo reflexionar sobre la vinculación de los bienes colectivos con otra categoría *clásica* de bienes, también receptada en el CCyCom: los *bienes pertenecientes al dominio público*.

49. Sagüés, Néstor P., “El amparo constitucional a diez años de la reforma de 1994”, *Jurisprudencia Argentina*, 2004-III-981.

50. Ejemplifica el referido autor con hipotéticos supuestos en los que afectos a ciertos deportes o *hobbies* plantean la aspiración de su enseñanza obligatoria en las escuelas, o en que se requiera al Estado la instalación de cementerios para animales para atender sus vínculos sentimentales con sus mascotas.

51. Según Sagüés esta doctrina fue descartada por la Corte Suprema en el fallo *Prodelco (Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo)* (1998): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de mayo de 1998, *Fallos*: 321:1252). Sagüés, Néstor P., “El amparo constitucional a diez años de la reforma de 1994”, *Jurisprudencia Argentina*, 2004-III-981. En esa causa, el tribunal sostuvo que “admitir la legitimación en un grado que la identifique con el ‘generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes del gobierno...’, ‘...deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la Legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares’”. *Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo* (1998): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de mayo de 1998, *Fallos*: 321:1252, cons. 25.

La categoría de bienes de dominio público (a diferencia de la de bienes colectivos) sí era receptada con un articulado propio en el Código de Vélez –como bienes del estado General o de los Estados particulares<sup>52</sup>–, así como lo ha sido en otros códigos latinoamericanos, tales como el de Chile<sup>53</sup>, el de Uruguay<sup>54</sup> y el de Brasil<sup>55</sup>. En todos los casos, el enfoque principal de los codificadores en su descripción aludió al dominio *no privado* de esos bienes.

Marienhoff define al dominio público como “un conjunto de bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público –directo o indirecto– de los habitantes”<sup>56</sup>.

La vinculación entre este concepto y el de bien colectivo se presenta de manera nítida en cuanto al listarse esos bienes en el Código se incluye a muchos que, por su naturaleza, suelen ser referidos por la doctrina moderna como bienes colectivos (tales como los mares territoriales, las aguas que tengan o adquieran la aptitud para satisfacer usos de interés general, el espacio aéreo, entre otros)<sup>57</sup>. A su vez, sobre esos bienes –a los que también suele denominar *públicos*– las

52. Código Civil de la Nación (derogado), art. 2339.

53. Código Civil de Chile, art. 589 (“Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales”).

54. Código Civil de Uruguay, arts. 476 (“Los bienes son de propiedad nacional o particular”), 477 (“Los bienes de propiedad nacional cuyo uso pertenece a todos los habitantes del Estado, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos del Estado”).

55. Código Civil de Brasil de 1916, art. 65 (“*São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem*”). Ver también: Código Civil de Brasil de 2002, art. 98 (“*São públicos os bens do domínio nacional pertencientes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem*”).

56. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. V., 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 58.

57. CCyCom, art. 235. No obstante, las limitaciones que en el Código se prevén a la extensión de esos bienes relativas a la jurisdicción territorial que corresponde al

personas tienen el uso y goce; ellos no pueden ser apropiados, son inenajenables, inembargables e imprescriptibles<sup>58</sup>.

La relación –o la eventual yuxtaposición parcial– entre las categorías de bienes colectivos y bienes de dominio público no ha sido profundizada en vasta doctrina. Mismo han existido causas en la que un estado reclamó por los daños producidos por una única conducta, tanto como legitimado por tratarse de un bien de dominio público, como por el daño moral producido sobre un bien colectivo<sup>59</sup>.

Vítolo señala que “en la estructura del nuevo Código se incorporan los bienes colectivos que se confunden en algunos casos con los bienes del dominio público del Estado y bienes comunitarios que deben respetarse”<sup>60</sup>. Lorenzetti, por su parte, sostiene que la inclusión de los bienes colectivos en la legislación responde a un cambio de paradigma en el derecho en el que se quiebra la distinción entre lo público y lo privado y donde la igualdad es abordada desde una perspectiva real –por oposición al abordaje previo, formal–, y mantiene tales conceptos como separados al decir que “los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los consideran colectivos, y no solamente de propiedad del Estado”<sup>61</sup>.

Este quiebre de las categorías clásicas dualistas (público-privado) también ha sido expuesto por doctrinarios de otros países de la región. Así, aun cuando en el Código Civil brasilero se recepta la ca-

---

Estado, no son propias de la definición de bienes colectivos en el uso genérico y habitual del término en el ámbito jurídico.

58. CCyCom, art. 237.

59. Cf. *Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella y otro* (1986): Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul, Sala II, 22 de octubre de 1986. En la causa, la Municipalidad de Tandil demandó a Transporte Automotores La Estrella por los daños causados por un ómnibus contra la fuente y grupo escultórico Las Nereidas. La reparación de esos daños comprendió tanto el daño moral colectivo por el daño del goce estético de la comunidad toda, como los gastos en la reparación de la obra de dominio público municipal en que incurriría el Estado.

60. Vítolo, Daniel R. (dir.), *Código Civil y Comentario de la Nación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius, 2016, p. 275.

61. Lorenzetti, Ricardo L., “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/3561/2014, p. 5.

tegoría de bienes de uso común del pueblo, Marrara ha sostenido que “[l]a división de los bienes entre públicos y privados, anclada en el Código Civil, ya no refleja la complejidad de los tipos y regímenes jurídicos de los más diversos objetos que componen el patrimonio estatal”<sup>62</sup>. El mencionado autor destaca que los poderes “como propietario” del Estado respecto de cada tipo de bien público varían, viéndose fuertemente reducidos en el caso de los bienes de uso común, en los que el Estado tiene fundamentalmente poderes de gestión y respecto de los cuales no cabe el concepto de propiedad en el sentido privatístico del término –con un uso, disfrute y disposición absoluto, exclusivo y perpetuo sobre un bien–.

Con análogo enfoque, Da Costa Moura considera artificial unificar al dominio público en una categoría única, dadas las distintas características, efectos y regulaciones que resultarían aplicables a los bienes que se comprenden en ella, con un efecto práctico que consiste en una “súper regulación” para algunos de esos bienes, tales como los bienes dominicales que se adecuan mejor al régimen que rige a los bienes privados. Por ello, el mencionado jurista propone una distinción entre el dominio público y el estatal, por fuera de la matriz dualista generalizada en América Latina, en la que se reconozca a bienes que están bajo la titularidad de otros sujetos, que no son necesariamente los entes estatales<sup>63</sup>.

Respecto de esos bienes de dominio público también existen discusiones sobre la necesidad (o no) de un acto que defina al bien como tal. En el derecho administrativo, la doctrina suele distinguir a los

62. Marrara, Thiago, *Direito Administrativo e Constitucional*, Sección: “Uso de bem público”, 1ª ed., 2017, disponible en: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbebe/31/edicao-1/uso-de-bem-publico> (fecha de consulta: 11/10/2022). Traducción libre del original: “*A divisão dos bens entre públicos e particulares, ancorada no Código Civil, já não reflète mais a complexidade de tipos e regimes jurídicos dos mais diversos objetos que compõem o patrimônio estatal*”.

63. Da Costa Moura, Emerson A., *A Função Social como elemento estruturante da Teoria do Domínio Público. O dever de funcionalização dos Bens Públicos*, 2017, fecha: 01/10/2017, cita: IJ-DCCXLVIII-197, disponible en: [https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=7c543b956020d642bc8bcb1e1ff0f7fb#indice\\_3](https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=7c543b956020d642bc8bcb1e1ff0f7fb#indice_3) (fecha de consulta: 11/10/2022).

bienes públicos por su naturaleza de aquellos que tienen una creación artificial. Así, Cassagne señala que, “en rigor, la afectación se refiere siempre a bienes del dominio público artificial, ya que en los bienes del dominio público natural o necesario, su destinación al uso común está comprendida en cada tipo de bien genéricamente considerado (v. gr. ríos, lagos navegables, mar territorial, etc.), sin requerirse un hecho o el dictado de acto administrativo alguno porque el bien ya ha sido incorporado al dominio público *ministerio legis*”<sup>64</sup>.

Marienhoff, por su parte, indica que es preciso un reconocimiento normativo, pero ante la pregunta de si es conveniente la existencia de una norma considera que si bien es aconsejable la ratificación del carácter dominial dado por la doctrina a ciertos bienes, “por ahora, sólo surge del juego lógico de los principios jurídicos”<sup>65</sup>.

### *La indivisibilidad e imposibilidad de exclusión*

Siguiendo con el análisis de los restantes caracteres sistematizados para los bienes colectivos (indivisibilidad e imposibilidad de exclusión), Salgado identifica a estos bienes como *bienes de disfrute común*, cuyo uso, goce y disposición corresponden a un número indeterminado de personas<sup>66</sup>. Bujosa Vadell, por su parte, ha indicado que “los derechos colectivos se refieren a la fruición de bienes de uso general no susceptibles de apropiación exclusiva y respecto de los

64. Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, T. II, 13ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2021, p. 334.

65. Marienhoff entiende que hay cuatro elementos que caracterizan a los bienes de dominio público: (i) el subjetivo (relativo al titular del derecho que para el autor es el pueblo –frente a otras posiciones que lo encuentran en el Estado–); (ii) el objetivo (referente a los bienes que pueden integrar el dominio público); (iii) el teleológico (sobre el fin al que debe responder la inclusión); y (iv) el normativo (dado que para el mencionado autor –en una postura en la que no es conteste la doctrina– se requiere de una ley de carácter constitutivo para que el bien integre el dominio público). Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. V, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 41.

66. Salgado, José María, *Tutela individual homogénea*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 42.

cuales el goce de los individuos o de los grupos no es limitado por el goce concurrente de otros miembros de la colectividad”<sup>67</sup>.

La doctrina jurídica suele recurrir, para estudiar esas dos características, al desarrollo –amplio– del concepto “bienes públicos” en el campo de las finanzas públicas. Y es que la doctrina económica es conteste en encontrar las propiedades económicas de los bienes colectivos en la *falta de rivalidad* en el consumo (esto es, que el consumo por una persona no disminuye la disponibilidad –en cantidad o calidad– del consumo del bien por otros) y en la *imposibilidad de exclusión* del goce por parte de potenciales consumidores<sup>68</sup>.

No obstante, destacados doctrinarios de las finanzas públicas refieren a la escasez de bienes públicos puros (esto es, con presencia plena de estas características) y a la multiplicidad de supuestos de bienes públicos impuros en los que uno de los caracteres falta<sup>69</sup> o desaparece al alcanzarse un cierto punto de congestión<sup>70</sup>. Así, Rosen menciona que la calificación de bien público no tiene carácter absoluto, sino que depende de las condiciones del mercado y del estado de la tecnología<sup>71</sup>.

Además de la dificultad de encontrar en un bien los caracteres plenos, es de notar que se suele ejemplificar en esa órbita como bien público al aire puro, al agua limpia, a la defensa nacional, a las ayu-

67. Citado en Christe, Graciela E., “Los derechos colectivos buscan su proceso. Algunas cuestiones sobre legitimación”, en Lago, Lidia E., *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2020, p. 36.

68. Esas propiedades hacen que estos bienes sean un típico ejemplo de falla de mercado en tanto el sistema de precios no funciona a su respecto como un mecanismo de asignación eficiente de recursos.

69. Stiglitz menciona el caso de la televisión por cable, supuesto en el que es posible la exclusión, aunque el consumo no es rival. Stiglitz, Joseph E., *La economía del sector público*, 3ª ed., Barcelona, Antoni Bosch editor, 2000, p. 158.

70. Rosen ejemplifica estos supuestos con el caso de una sala de lectura y una autopista en horario pico: hay un punto de congestión en el que la agregación de un usuario más pasa a tener un costo adicional. Rosen, Harvey S., *Hacienda Pública*, 5ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, 2002, p. 58.

71. Ídem.

das a la navegación –como las boyas luminosas y los faros– y a las exhibiciones de fuegos artificiales<sup>72</sup>.

En especial, de los últimos ejemplos mencionados resulta palmaria una falta de correspondencia entre los *bienes públicos* en el ámbito de las finanzas públicas y los *bienes colectivos* considerados en el ámbito jurídico. Ello estaría dado por la adición en este último ámbito del primero de los elementos (o requisitos) aludidos en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: la pertenencia a la comunidad<sup>73</sup>.

Asimismo, surgiría del análisis efectuado que en el campo jurídico la imposibilidad de exclusión vendría dada por el resguardo *jurídico* del derecho sobre el bien (esto es, en el campo de la *caracterización* del derecho sobre el bien, como consecuencia de su titularidad comunitaria) y no con sustento en su estado *de facto*.

Así, Lorenzetti define la *no exclusión de los beneficiarios* en los siguientes términos: “[...] todos los individuos tienen derecho al uso y por lo tanto no pueden ser excluidos”<sup>74</sup>. Sostiene Marienhoff, respecto de los bienes dominicales, “[e]l hecho de que una cosa no *deba* ser de propiedad privada o que no *convenga* que lo sea, es distinto a que no *pueda* serlo, pues no hay cosa o bien alguno insusceptible de propiedad privada”<sup>75</sup>. Desde la doctrina económica la *no exclusión* es entendida como el supuesto en el que *no se puede evitar* el consumo del bien por parte de aquellos que intentan consumirlo sin pagar por él, sea por su naturaleza o (solo desde una visión más amplia) porque una política pública así lo dispone<sup>76</sup>.

72. Stiglitz, Joseph E., *La economía del sector público*, 3ª ed., Barcelona, Antoni Bosch editor, 2000, pp. 154-155, 255; Rosen, Harvey S., *Hacienda Pública*, 5ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, 2002, pp. 61, 69.

73. Tan solo en la base de Fallos Completos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la frase “pertenencia comunitaria” aparece en nueve pronunciamientos relativos a bienes colectivos en los últimos cuatro años (cf. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>; fecha de consulta: 11/10/2022).

74. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 180. Sin destacado en el original.

75. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. V., 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 48.

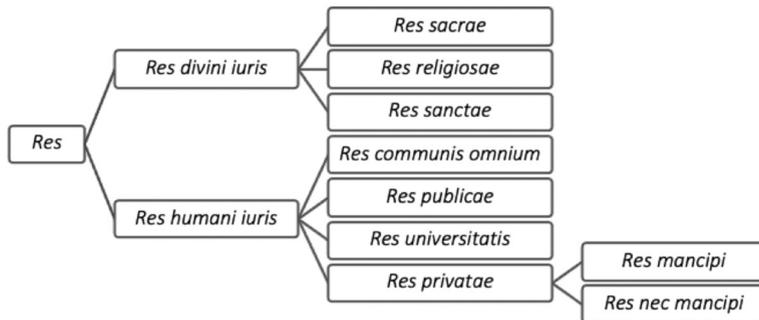
76. Kaul, Inge, “Re-Defining Public Goods: Why, How, And To What Effect”, preparado para la conferencia sobre “Regional Integration and Public Goods”, United

El carácter de indivisible del bien también presenta complejidades dadas por los diferentes efectos que puede tener el daño sobre un mismo bien y que resulta, en ciertos casos, en un perjuicio que se considera colectivo, en tanto en otros, en un perjuicio puramente individual (tal es lo que ocurre en el ejemplo de discriminación planteado por Barra para sustentar una visión *desde el daño*, previamente referido).

### *De su relación con las categorías romanísticas*

Por último, cabe referir a la categoría de *res communis omnium* en las fuentes romanísticas y su relación con los bienes colectivos en trato.

Las *res communis* del derecho romano se enmarcan en una clasificación más general de las *res* en ese derecho que, si bien no es uniforme en las fuentes –y siguiendo a aquellas que se detallan a continuación–, se sintetiza en el siguiente esquema:



Así, el concepto de *res communis omnium* queda comprendido entre las *res humani iuris*, que se oponen a las *res divini iuris* contempladas en las Institutas de Gayo<sup>77</sup>.

Nations University Comparative Regional Integration Studies 20-21, Brujas, Bélgica, 2003.

77. Dentro de las *res divinis* se encuentran: (i) las *res sacrae*, consagradas a los dioses superiores por autorización del pueblo romano y que no han sido desafectadas

Las cosas de derecho divino (*res divini iuris*) no son patrimonio de nadie, se reputan fuera del comercio y son ajenas a los actos de la vida jurídica<sup>78</sup>. Por oposición, las cosas del derecho humano (*res humani iuris*) “casi siempre se encuentran en los bienes de alguno”<sup>79</sup>, aunque pueden no estarlo, como las cosas que componen la herencia en tanto no existe heredero<sup>80</sup>.

---

por *profanatio* o en virtud de encontrarse en poder del enemigo; (ii) las *res religiosae*, dedicadas a los dioses manes, es decir, a los antepasados familiares y cuyo concepto estaría vinculado con inmuebles, siendo que se le da ese carácter al suelo empleado como sepultura con consentimiento de su propietario; y (iii) las *res sanctae*, a las que Gayo reputa “en cierto modo” de derecho divino, incluyéndose aquí a los muros y las puertas de las ciudades, consideradas propiedad del pueblo pero bajo la protección de los dioses. Instituta de Gayo, Comentario Segundo (“De las cosas”), Título Primero (“De la división y adquisición de las cosas”), §§ 4-5, 8 (disponible en <https://textos.pucp.edu.pe/pdf/4885.pdf>, fecha de consulta: 11/10/2022). Ver también: Maddalena, Paolo, “I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni”, Conferencia del Istituto di diritto romano, de la Facoltà di giurisprudenza de la Universidad “La Sapienza” de Roma, del 6 junio de 2012.

78. Instituta de Gayo, ídem, § 9. Dado que no pueden pertenecer a los particulares (ya que pertenecen al dios, al difunto o al *populus*), también se las llama *res nullius*. Ver también: Maddalena, Paolo, “I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni”, Conferencia del Istituto di diritto romano, de la Facoltà di giurisprudenza de la Universidad “La Sapienza” de Roma, del 6 junio de 2012.

79. Instituta de Gayo, ídem, § 9.

80. Las cosas de derecho divino no están presentes –como tales– en la legislación argentina. No obstante, tanto de la jurisprudencia como del Código de Vélez surgen referencias a *cosas sagradas y afectadas al culto*. El origen del concepto de *bienes eclesiásticos* podría ser encontrado en el desarrollo jurisprudencial, dado que ya en 1869 la Corte Suprema de Justicia de la Nación excluyó a ciertos bienes de los procesos de ejecución forzada por su naturaleza eclesiástica (*Spinetto, Esteban c. Comisión encargada de la obra del Templo de Monserrat* (1869): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13 de julio de 1869, Fallos: 7:327). Asimismo, en *Lastra, Juan c. Obisepado de Venado Tuerto* (1991): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 1991, Fallos: 314:1324, el Alto Tribunal se pronunció por la inembargabilidad de un inmueble del Obisepado de Venado Tuerto al entender que *toda interferencia jurisdiccional sobre su disponibilidad solo podía decretarse o reconocerse de conformidad con el ordenamiento canónico*.

En el Código de Vélez se contempló un tratamiento especial para los templos y las cosas sagradas y religiosas (arts. 2345, 2346). En el CCyCom los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado quedan excluidos de la garantía común de los acreedores (cf. CCyCom, art. 744, pto. d).

La clasificación de las *res humani iuris* no es uniforme en las fuentes romanas. Gayo las clasifica en públicas o privadas. En tanto son públicas aquellas cosas que no están en el patrimonio de ninguno en particular, son privadas las que se encuentran en el dominio de cada uno<sup>81</sup>.

Al respecto, Maddalena señala que en el derecho romano es prístina la diferencia entre la propiedad privada y la común:

“Bonfante observa que los bienes o ‘tienen un carácter social y más adherente al grupo social, o tienen un carácter personal y más adherente al individuo’, dando lugar a ‘dos formas de propiedad, colectiva e individual’.

En este punto resulta evidente que los juristas romanos vieron claramente la diferencia entre propiedad privada y propiedad común o colectiva. El primero implica un poder pleno y exclusivo del sujeto sobre el objeto. El segundo se basa en el concepto de ‘pertenencia’, que no expresa el significado de dominio, pero implica una especie de intercambio entre sujeto y objeto, por el cual la cosa ofrece al sujeto su utilidad de uso, y el sujeto está obligado a mantener la cosa en su estado natural, para que también pueda ser utilizada por generaciones futuras”<sup>82</sup>.

---

Marienhoff considera que esos bienes son, sin excepción, de carácter privado, aunque cuando están afectados a la prestación del servicio de culto católico quedan sometidos al régimen especial que aplica a los bienes afectados a un servicio público. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. V, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 26-28.

81. Instituta de Gayo, *ídem*, § 11.

82. Maddalena, Paolo, “I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni”, Conferencia del Istituto di diritto romano, de la Facoltà di giurisprudenza de la Universidad “La Sapienza” de Roma, del 6 junio de 2012. Traducción libre del original: “[I]l Bonfante osserva che i beni, o ‘hanno carattere sociale e più aderenti al gruppo sociale, o hanno carattere personale e più aderenti all’individuo’, dando luogo ‘a due forme di proprietà, collettiva e individuale’.

A questo punto appare evidente che i giureconsulti romani videro con chiarezza la differenza che corre tra la proprietà privata e la proprietà comune o collettiva. La prima comporta un potere pieno ed esclusivo del soggetto sull’oggetto. La seconda si fonda sul concetto di ‘appartenenza’, che non esprime il significato di dominio, ma implica una sorta di interscam-

Según Di Pietro, la clasificación tripartita de las *res humanis* no privadas (en *res communis omnium*, *res publicae* y *res universitatis*) podría tener origen en el período posclásico, pues si bien Marciano las mencionó, ni Gayo ni Ulpiano lo hicieron. En su explicación de esta distinción, el mencionado autor indica que “[h]ay una especie de concordancia, muy del gusto de los estoicos, para quienes existe una *res publica* de todo el género humano; otra, más propia de cada nación; y finalmente, otra más reducida formada por los *municipio* o *civitates*, o *universitates*”<sup>83</sup>.

En análogo sentido, Abelenda expone que recién con Marciano se llega a la categoría de las cosas comunes a todos por derecho natural, con la ejemplificación, entre tales, del aire, el agua corriente, el mar y sus costas. “El fundamento y la especificidad de esta clasificación se deben encontrar en los modos de uso, además ella está dada en negativo, ello es, el no poder impedir a nadie el uso de tales cosas”<sup>84</sup>. Así, la primera categoría de esta subdivisión tripartita se compone de *res* que son comunes a todos, independientemente de la pertenencia de los sujetos a una determinada comunidad: las *res communis omnium*. Este concepto y su desarrollo en el ámbito romano es el que podría encontrarse como primera fuente del concepto de bien colectivo, del cual se ha desprendido, además, el concepto de bienes públicos transnacionales, sean globales o regionales<sup>85</sup>, cuyo goce excede el concepto de *nacional* y alcanza al más amplio de *pueblo*.

---

*bio tra soggetto ed oggetto, per cui la cosa offre al soggetto la sua utilità d'uso, ed il soggetto è tenuto a conservare la cosa nel suo stato naturale, in modo che possa essere utilizzata anche dalle future generazioni”.*

83. Di Pietro, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, 2ª ed. reimpr., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2001, p. 106.

84. Abelenda, Virginia, *El agua res commune omnium: interdictos y acciones procesales romanas en defensa de su acceso y conservación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2015 [e-book], p. 31.

85. Estevadeordal, Antoni; Frantz, Brian y Nguyen, Tam R. (eds.), *Regional public goods: from theory to practice*, Inter-American Development Bank Asian Development Bank, 2003, disponible en <https://publications.iadb.org/en/regional-public-goods-theory-practice> (fecha de consulta: 11/10/2022).

En efecto, las *res communis omnium* consisten en aquellas cosas que por su propia naturaleza son de libre uso<sup>86</sup>. Tanto en las Institutas de Justiniano, como en el Digesto, la nómina de estas *res* es coincidente y son, a saber, el aire, el agua *profluens*, el mar y sus costas<sup>87</sup>. Estos bienes no son susceptibles de apropiación por los particulares. Al respecto, destaca Iglesias que “[p]uestas a disposición de todos los hombres, se excluye el dominio de los particulares. Cualquiera de estos puede usarlas en los límites de sus necesidades, siempre que no lesione el mismo derecho reconocido a los demás”<sup>88</sup>. Este entendimiento resulta concordante con el receptado en los artículos 14 y 240 del CCyCom, ambos prohibitivos del abuso de derechos individuales que pudiera afectar bienes colectivos.

No obstante, no existiría una superposición completa entre el concepto de *res communis omnium* del derecho romano y los bienes colectivos actuales<sup>89</sup>.

Por un lado, Iglesias entiende que el concepto de *res* es puramente romano y comprende a los objetos de la naturaleza, con material corpóreo y tangible, no siendo este concepto afectado por la referencia a *res incorporales* de Gayo. El concepto de bienes inmateriales y los derechos que entre ellos se enumeran pueden crecer “pero sin que en

86. Iglesias limitaría el concepto de quienes pueden hacer uso de estos bienes al género humano. En efecto, el autor sostiene que “[s]on las cosas que por derecho natural pertenecen a *todos los hombres*” y que son “[p]uestas a disposición de todos los hombres” (Iglesias, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 18<sup>a</sup> ed., Madrid, Ediciones Sello Editorial, 2010, p. 156). Ello no sería conteste con su origen en el *ius naturale* respecto del cual en el Digesto se enseña: “Derecho natural es aquel que la naturaleza ense n  a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales, que nacen en la tierra o en el mar, y también las aves”. Digesto, cit.,   3.

87. Terrazas Ponce, Juan D., “El concepto de ‘res publicae’, I: la noción de ‘res’ en el lenguaje de los juristas romanos”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 32, 2010, p. 153.

88. Iglesias, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 18<sup>a</sup> ed., Madrid, Ediciones Sello Editorial, 2010, p. 156.

89. Para una postura crítica sobre los usos comunes en el derecho romano, cf. Beneyto Pérez, Juan, “Notas sobre el origen de los usos comunales”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 9, pp. 33-102.

Roma alcancen a las entidades inmateriales, a las prestaciones, a las ideas (inventos o ingenios industriales)<sup>90</sup>.

En oposición, desde el criterio moderno, Lorenzetti<sup>91</sup> lista entre los bienes colectivos al ambiente –como macrobien y a todos los microbienes que lo integran (agua, suelo, etc.)–, a la competencia –que comprende la transparencia informativa y ausencia de monopolios–, a los derechos del usuario y del consumidor –en cuanto un derecho a una cierta organización institucional del mercado–, al trato antidiscriminatorio, al patrimonio cultural (que, para Bidart Campos, comprende el idioma y la comunicación social<sup>92</sup>) y a la salud pública. En el nuevo Código, los bienes pueden (o no) ser susceptibles de valor económico<sup>93</sup>.

Por otro lado, cierta doctrina jurídica requiere la caracterización normativa positiva para que un bien sea calificado como colectivo (cf. característica de “estatus normativo” previamente referida). Ello se opondría a la posibilidad de que existan *res communis* por naturaleza, tal como es previsto en algunas fuentes romanas en razón del reconocimiento en esas fuentes del *ius naturale* como una de las tres partes que –junto a los preceptos de gente y a los *civiles*– componen el *ius privatum*<sup>94</sup>.

En cuanto al resto de las categorías de las *res* no privadas, las *res publicae* “[s]on aquellas que pertenecen al pueblo romano considerado como comunidad políticamente organizada” y que “son consagra-

90. Ídem, p. 154.

91. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 179.

92. Bidart Campos, Germán J., “La defensa de nuestro idioma castellano como bien cultural colectivo”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/10176/2003; ídem, “Otra vez los bienes ‘colectivos’”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/21867/2001.

93. CCyCom, art. 16.

94. Instituta de Justiniano, Libro I (“De la Instituta del Señor Justiniano”), Título I (“De la Justicia y del Derecho”) (disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/600-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-i-instituta-digesto>, fecha de consulta: 11/10/2022). “El derecho privado consta de tres partes, pues está compuesto de los preceptos naturales, o de los de gentes o de los civiles”. Digesto, Libro Primero, Título I (“De la Justicia y del Derecho”), § 2 (disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/600/13.pdf>, fecha de consulta: 11/10/2022).

das a través de una ceremonia especial llamada *publicatio*<sup>95</sup>. En ese mismo grupo, se menciona a los caminos, a los lechos, a las orillas del río y a cosas que si bien son del pueblo son susceptibles de tráfico comercial, tal como el dinero que conforma el tesoro público, el producto de los impuestos, los esclavos o los terrenos públicos<sup>96</sup>.

Las *res universitatis*, por último, “son objetos que integran el patrimonio de los sujetos de existencia ideal, como las ciudades y las corporaciones, y que se encuentran afectados al uso de sus miembros”<sup>97</sup>. Incluye Justiniano dentro de este grupo a los teatros, a los estadios y a las cosas semejantes<sup>98</sup>.

Estos dos últimos conceptos, vinculados a la propiedad por un ente político, parecerían tener una estrecha relación con el concepto de bien de dominio público en el sentido de titularidad por parte de un estado y sujeto a su mantenimiento y resguardo. Con cita de Arangio Ruiz, Abelenda sostiene:

*“[L]os romanos no llegaron a construir el derecho sobre las cosas de uso público del Estado; más bien parecen oscilar entre la idea de una especie de condominio de todos los ciudadanos y el concepto publicista de la soberanía territorial. Pero si bien este concepto nace en el derecho consuetudinario francés, su idea ya estaba presente, en la clasificación sistemática de las cosas en el derecho romano, en donde se distinguía entre res publicae y res privatae, y dentro de las primeras, existía a su vez una subdivisión que era aquella de res publicae in publico usu (destinadas al uso de todos), donde se situaba al agua como cosa común, y res publicae in pecunia (o patrimonio) populi”<sup>99</sup>.*

95. Costa, José C., *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, 3ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 235.

96. Ídem.

97. Ídem.

98. Instituta de Justiniano, Libro II (“De la Instituta del Señor Justiniano”), Título I (“De la división de las cosas”) (disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/600/7.pdf>, fecha de consulta: 11/10/2022).

99. Abelenda, Virginia, *El agua res commune omnium: interdictos y acciones procesales romanas en defensa de su acceso y conservación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2015 [e-book], nota al pie núm. 3.

De este modo, podría volverse a un estudio detallado de las fuentes romanas en las discusiones sobre las titularidades de los bienes llamados tradicionalmente *de dominio público*, y repensarse con base en ello las clasificaciones clásicas de los bienes fundamentadas en su dominio (público o privado), frente a un nuevo paradigma jurídico que requiere de un sistema jurídico en cuya sistematización se albergue a la esfera social y a la titularidad por fuera de la jurisdicción de una determinada nación.

### REFLEXIONES FINALES

El derecho consuetudinario francés y los codificadores que siguieron la tradición jurídica romanística no receptaron, por regla, el concepto de *res communis omnium* del derecho romano<sup>100</sup>. Esa falta de acogida de un concepto de tal relevancia social puede ser vista como proyección de una visión individualista del derecho y como reflejo de una división tajante entre lo público (o estatal) y lo privado.

Sin embargo, el constitucionalismo social y la búsqueda de herramientas que permitan la tutela de lo colectivo han llevado a la ruptura de ese binomio público-privado y se han plasmado en numerosas manifestaciones jurídicas que se observan en la consideración del derecho civil como derecho común, en la aplicación de las normas de este último al campo de la responsabilidad pública y, más recientemente, en la recepción de una nueva categoría de bienes: los bienes colectivos<sup>101</sup>.

La noción de bienes colectivos puede ser delineada a partir del entendimiento de la existencia de intereses protegibles en cuanto son necesarios para el desenvolvimiento individual dentro de una esfera colectiva, con una consecuente titularidad indeterminada que excede

100. Ídem.

101. Esta visión bipartita del derecho también resulta resquebrajada con una visión social, más participativa en las decisiones públicas y con un interés en la cosa común y su resguardo por parte de los ciudadanos que coincide (*¿casualmente?*) con una crisis de la representatividad y de las instituciones políticas clásicas.

–y escapa– tanto al concepto clásico de propiedad como al de dominio público o privado, para recaer en una nueva esfera que se reconoce en el derecho, tal como lo es la esfera social. Estos bienes son normalmente indivisibles y no se admite a su respecto una asignación exclusiva (*cuando no desde el ser, desde el deber ser*). A su vez, se corresponden con una nueva noción de “pertenencia”, aplicable a bienes que interesan aun cuando no detenten un valor de comercialización.

Todo ello considerado, es dable recordar que las fuentes románicas enseñan que el referido binomio puede ser expandido en atención a distintos tipos de bienes que requieren de un tratamiento y un resguardo específico.

Y es que al igual que en el ámbito procesal –en donde el modelo procedimental tradicional se ha mostrado insuficiente<sup>102</sup>–, el modelo civilista del bien atado a un concepto patrimonial y de titularidad de un sujeto (sean los particulares individualmente considerados o el Estado) colisiona con el paradigma de constitucionalismo social vigente en Argentina y en gran parte de los países latinoamericanos. Este paradigma torna necesario –y hace exigible– el dictado de nuevas regulaciones, apropiadas y distintivas para este tipo de bienes.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abelenda, Virginia, “La importancia de las ‘Notas’ de Vélez Sarsfield al Código Civil Argentino sobre el derecho romano”, *Conferencia ofrecida en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Ricardo Palma*, Lima, Perú, del 29 de noviembre de 2013.
- Abelenda, Virginia, *El agua res commune omnium: interdictos y acciones procesales romanas en defensa de su acceso y conservación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2015 [e-book].
- Amoza Antúnez de Olivera, Edgardo, “¿Quién tutela los derechos colectivos? Algunas reflexiones sobre el tribunal de lo contencioso administrativo y su rol de garante jurisdiccional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay*, núm. 30, 2014, pp. 11-26.

102. Lago, Lidia E., *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2020.

## NOCIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONCEPTO BIEN...

---

- Barra, Rodolfo C., "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", *La Ley*, 1994-E-1087.
- Beneyto Pérez, Juan, "Notas sobre el origen de los usos comunales", *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 9, pp. 33-102.
- Bianchi, Alberto B., "¿Derecho ambiental o cuestiones ambientales en el Derecho?", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/1973/2022.
- Bianchi, Alberto B., "Sobre la Protección del Medio Ambiente y el Derecho Ambiental", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2826/2022.
- Bidart Campos, Germán J., "Los bienes colectivos tienen existencia constitucional", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/9430/2001.
- Bidart Campos, Germán J., "Otra vez los bienes 'colectivos'", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/21867/2001.
- Bidart Campos, Germán J., "La defensa de nuestro idioma castellano como bien cultural colectivo", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/10176/2003.
- Cafferatta, Néstor A., "Nociones preliminares de derecho ambiental", *Revista de Derecho Ambiental*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/4605/2016.
- Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, T. II, 13ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2021.
- Cooley, Jim D. y Lemly, Thomas A., "Federal Class Action in Environmental Litigation: Problems and Possibilities", *North Carolina Law Review*, vol. 51, núm. 6, pp. 1385-1454.
- Corbalán, Pablo S. y Pinese, Graciela, "Los derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial", *Revista Código Civil y Comercial*, año 2, núm. 7, 2016, pp. 183-188.
- Costa, José C., *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, 3ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.
- Da Costa Moura, Emerson A., *A Função Social como elemento estruturante da Teoria do Domínio Público. O dever de funcionalização dos Bens Públicos*, 2017, fecha: 01/10/2017, cita: IJ-DCCXLVIII-197, disponible en [https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=7c543b956020d642bc8bcb1e1ff0f7fb#indice\\_3](https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=7c543b956020d642bc8bcb1e1ff0f7fb#indice_3) (fecha de consulta: 11/10/2022).
- Di Pietro, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, 2ª ed. reimpr., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2001.
- Estevadeordal, Antoni; Frantz, Brian y Nguyen, Tam R. (eds.), *Regional public goods: from theory to practice*, Inter-American Development Bank Asian Development Bank, 2003, disponible en <https://publications.iadb.org/en/regional-public-goods-theory-practice> (fecha de consulta: 11/10/2022).
- Guibourg, Ricardo A.; Ghigliani, Alejandro M. y Guarinoni, Ricardo V., *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, Eudeba, 1985.

- Hensler, Deborah R., "From Sea to Shining Sea: How and Why Class Actions Are Spreading Globally", *Kansas Law Review*, vol. 65, pp. 965-988.
- Iglesias, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 18ª ed., Madrid, Ediciones Sello Editorial, 2010.
- Kaul, Inge, "Re-Defining Public Goods: Why, How, And To What Effect", preparado para la conferencia sobre "Regional Integration and Public Goods", United Nations University Comparative Regional Integration Studies 20-21, Brujas, Bélgica, 2003.
- Lago, Lidia E., *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2020.
- Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría del derecho ambiental*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 2008.
- Lorenzetti, Ricardo L., "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/3561/2014.
- Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017.
- Maddalena, Paolo, "I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni", Conferencia del Istituto di diritto romano, de la Facoltà di giurisprudenza de la Universidad "La Sapienza" de Roma, del 6 de junio de 2012.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. V., 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- Marmor, Andrei, "Do We Have A Right To Common Goods?", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 14, núm. 2, 2001, pp. 213-225.
- Marrara, Thiago, *Direito Administrativo e Constitucional*, Sección: "Uso de bem público", 1ª ed., 2017, disponible en: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/31/edicao-1/uso-de-bem-publico> (fecha de consulta: 11/10/2022).
- Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 3ª ed., Buenos Aires, Zavallia Editor, 2000.
- Rosen, Harvey S., *Hacienda Pública*, 5ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, 2002.
- Sabsay, Daniel A. y Fernández, Cristian H., "La autonomía el derecho ambiental", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2577/2022.
- Sagüés, Néstor P., "El amparo constitucional a diez años de la reforma de 1994", *Jurisprudencia Argentina*, 2004-III-981.
- Salgado, José María, *Tutela individual homogénea*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2011.
- Stiglitz, Joseph E., *La economía del sector público*, 3ª ed., Barcelona, Antoni Bosch editor, 2000.

- Terrazas Ponce, Juan D., "El concepto de 'res publicae', I: la noción de 'res' en el lenguaje de los juristas romanos", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 32, 2010, pp. 127-158.
- Tönnies, Ferdinand, *Comunidad y sociedad*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1947.
- Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2007.
- Vítolo, Daniel R. (dir.), *Código Civil y Comentado de la Nación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius, 2016.
- Zavala de González, Matilde M., "Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario", *La Ley Buenos Aires*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/12424/2001.

### *Jurisprudencia*

- Spinetto, Esteban c. Comisión encargada de la obra del Templo de Monserrat* (1869): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13 de julio de 1869, *Fallos*: 7:327.
- Kattan, Alberto E. y otro c. Gobierno Nacional-Poder Ejecutivo* (1983): Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, 10 de mayo de 1983.
- Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella y otro* (1986): Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul, Sala II, 22 de octubre de 1986.
- Lastra, Juan c. Obispado de Venado Tuerto* (1991): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 1991, *Fallos*: 314:1324.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros* (1992): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de julio de 1992, *Fallos*: 315:1492.
- Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo* (1998): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de mayo de 1998, *Fallos*: 321:1252.
- Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo* (2007): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de junio de 2007, *Fallos*: 330:2800.
- Halabi Ernesto c. PEN – Ley N° 25.873 – Decreto N° 1.563/2004 s/ amparo Ley N° 16.986* (2009): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de febrero de 2009, *Fallos*: 332:111.
- Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza Riachuelo)*

(2019): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de septiembre de 2019, *Fallos*: 342:1477.

*Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo –derivación de aguas–* (2019): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de diciembre de 2019, *Fallos*: 342:2136.

*La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas* (2020): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16 de julio de 2020, *Fallos*: 343:603.

*Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ. c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental* (2020): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11 de agosto de 2020, *Fallos*: 343:726.

*Coihue SRL c. Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios* (2021): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de noviembre de 2021, *Fallos*: 344:3476.

## *Normas*

### *Argentina*

Constitución Nacional de la República Argentina.

Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Constitución de la Provincia de Córdoba.

Código Civil y Comercial de la Nación.

Código Civil de la Nación (derogado).

Ley N° 21.836, *BO* 14/7/1978.

Ley N° 24.375, *BO* 6/10/1994.

Ley N° 11.723, *BO* de la PBA 22/12/1995.

### *Brasil*

Constitución Política de la República Federativa del Brasil.

Código Civil de la República Federativa del Brasil de 1916 (derogado).

Código Civil de la República Federativa del Brasil de 2002.

Código del Consumidor de la República Federativa del Brasil.

Ley N° 4.717/65, *DOU* 29/6/1965.

Ley N° 7.347/85, *DOU* 25/7/1985.

Ley N° 8.078/90, *DOU* 12/9/1990.

## NOCIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONCEPTO *BIEN*...

---

*Chile*

Código Civil de Chile.

*Uruguay*

Código Civil de Uruguay.