

## El agua y las categorías jurídicas

Leonardo Fabio Pastorino  
*Universidad Nacional de La Plata*

En el segundo curso, al abordar algunos conceptos con los que el derecho internacional ha tratado los recursos naturales y el problema ambiental he intentado poner en crisis las categorías jurídicas tradicionales, al menos respecto de estos fines. Muchos de los temas ahí planteados se vinculaban al agua: ríos internacionales, ríos compartidos, cuencas hídricas; contaminación del mar; entre otros. También traté de mostrar cómo el concepto de soberanía impide un tratamiento acorde con la naturaleza del recurso y cómo aquellos intentos por superar el mismo, *res communes* o patrimonio mundial encontraban aún ciertos obstáculos para poder ser aceptados como válidos, especialmente conviviendo con la propia soberanía o los regímenes jurídicos tradicionales y de matriz apropiativa sobre las cosas. No querría repetir todo lo allí dicho. En cambio, y en la misma línea, en esta ocasión voy a profundizar la relación del agua con las tradicionales categorías dominiales, especialmente en el derecho interno. Como en aquella oportunidad, anticipo mi hipótesis, y es que el agua es un elemento natural de características tan particulares que no puede ser forzada a entrar en las categorías preexistentes que el derecho “creó”, para muchas más cosas, situaciones o elementos diversos.

En honor a esta idea, especialmente a la unicidad del agua, es el título de este Tercer Curso de nuestro Ciclo de Cursos de Postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental en el que el elemento natural que nos ocupará está nombrado en singular.

Según nuestro Código Civil son:

a) de dominio público del estado (provincial o federal según donde se encuentren):

- 1) el mar territorial
- 2) los mares interiores
- 3) los ríos
- 4) las aguas que corren por cauces naturales
- 5) las aguas subterráneas
- 6) las aguas susceptibles de satisfacer usos de interés general
- 7) los lagos navegables

b) de dominio privado (de los particulares o, incluso, del propio estado):

- 1) el agua de lluvia que cae en terreno privado
- 2) las vertientes que nacen o mueren dentro de una misma heredad
- 3) los lagos no navegables

c) aguas susceptibles de apropiación privada, es decir que, en principio no tendrían dueño (aunque también se discute si por eso integran o no una categoría especial como *res nullius*) pero podrían ser apropiadas por los privados o convertirse en públicas si comienzan a correr por un cauce natural:

Serían las aguas de lluvia que caen o corren por lugares públicos.

Sobre cada una de estas categorías existe un gran número de cuestiones e interpretaciones para cuyo tratamiento ya son clásicos los trabajos de Marienhoff, Spota, Allende, entre otros tratadistas especializados en derecho de aguas, en derecho administrativo o en derecho civil, lo que ya apunta una primera observación sobre la parcialidad con que el agua es tratada por el derecho a partir de la lógica propia de cada disciplina jurídica. Sin tratar de hacer un catálogo de las cuestiones que se plantean en la doctrina nacional, pongo de ejemplo las ya clásicas

discusiones sobre si el régimen dominial del agua que preferentemente las considera públicas, debe estar incluido en el Código Civil; cómo deben gestionarse los recursos compartidos; cómo se reparte la jurisdicción sobre las aguas; cuándo un lago es navegable convirtiéndose en público y quién es el titular de dominio del lago no navegable; si la reforma de la ley 11.711 implicó una expropiación de las aguas subterráneas; si las aguas de fuente se equiparan a las de vertiente; si, como planteara antes, las aguas pluviales son *res nullius* o son públicas pero admitiendo la apropiación para el uso regular que es propio de las cosas públicas; entre tantos otros casos. Como homenaje a los mendocinos presentes, voy a recordar como una excelente síntesis de todas estas problemáticas y las soluciones planteadas por la doctrina, la que realizara el maestro Joaquín López al ingresar como miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba<sup>1</sup>.

Pero además de todos esos puntos grises sobre cada uno de los tipos de agua contemplados en el Código, quedan sin tratar y, no por ello sin discusión, la naturaleza jurídica de ciertos estados del agua o de ciertos momentos de la misma: las nubes, el rocío, el vapor, los glaciares, los esteros, etc.

El problema de la clasificación en distintos regímenes dominiales es común a todos los países pudiéndose reconocer, según Marienhoff, tres sistemas: la opción por considerar las aguas públicas, aquella por considerarlas privadas o una tercera opción mixta entre ambas. Claro que habría que completar el cuadro con las *res nullius* y las *res communes* que tal vez él omitió por tomar como referencia a nuestro Código Civil, ya que luego tratando los temas en particular menciona también a estas otras categorías. La disección artificial del agua, hecha por el derecho, ha permitido imaginar distintos regímenes jurídicos para cada una de las fases, olvidando la esencia misma del elemento, característica que la mayoría de los autores siguen reiterando desde el derecho romano sin una reflexión sobre la misma. Entre las voces disonantes, repasando los escritos de Marienhoff, me sorprendí al encontrar citada por él, la de un jurista que no conocía: Alejandro von der Heyde Garrigós. Al realizar una crítica al anteproyecto de reforma al Código Civil preparada por Bibiloni, decía que para él no hay “aguas” sino “agua”. Justificando que la idea del escrito no era la de profundizar en sus propias teorías, lamentablemente, no ahondó en la cuestión, aunque se definió porque “el agua” es siempre “pública”.

Procediendo con el rigor propio del jurista, para quien pudiera parecer ir contra los propios intereses de su clase pensar que su sistema pueda subordinarse a elementos o consideraciones externos al mismo, los mejores autores nacionales han procedido a encasillar al agua como cosa y dentro de esta categoría mayor, analizar si sería una cosa mueble o inmueble, terminando por definir si tal cosa podía o no ser objeto de una relación propietaria.

Para así proceder, tomaron la definición dada por el artículo 2311 del Código Civil: “se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor”; que anteriormente hacía referencia a los “objetos corporales”. Es obvio que dada la amplitud del término “objeto” y siendo que el lenguaje común utiliza el término agua fundamentalmente para llamarla así cuando se encuentra en estado líquido (lo que es obvio al repasar los tipos tratados en el Código) no resulta difícil identificar al agua como cosa. Tampoco por su relación con la palabra valor ya que este no necesariamente tiene que ver con un valor patrimonial, sino con cualquier valoración que consienta que la cosa sea objeto de una relación jurídica<sup>2</sup>. Obviamente, definir el agua como cosa va a tener implicancias trascendentes en otros órdenes jurídicos: en derecho penal para que se configure un hurto o robo; en los interdictos y acciones posesorias, etc.

---

<sup>1</sup> LÓPEZ, Joaquín, *El derecho de aguas en la legislación federal*.

<sup>2</sup> PASTORINO, Leonardo Fabio, *El Daño al ambiente*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2005. En el punto referido al ambiente como bien-valor colectivo, pág. 51 y ss.

Más difícil resulta aceptar la idea que el agua es un “cuerpo” tal como inicia su descripción Marienhoff. “Aquello que tiene una extensión limitada” dice la Real Academia para hablar de cuerpo, concepto que tiene que ver con una forma. Claro que si en vez de agua hablamos de sus *continentes*, el río, el lago, el mar, esa forma aparece ante los ojos, pero no hace a la naturaleza del agua como fluido que corre, circula, se mueve a la vez que muta en cuanto a estados. Justamente, creo, esta visión del agua como cosa estática es lo que lleva al mismo autor a decir que no importa al régimen jurídico su cambio de estado. El agua, como sabemos, pasa del vapor al agua y del agua al hielo, constantemente. Sin embargo, para mantener sus dichos, Marienhoff se apoya en Mayer y Fleiner para equiparar al río con un cuerpo inmovilizado, de entre cuyos usos se menciona el de servir para patinar<sup>3</sup>.

Es también esta visión estática y de contenedores la que permite decir que el agua pueda ser un bien inmueble. Inmueble es algo fijo y hoy recibimos cotidianamente noticias de lagos que desaparecen. Son inmuebles las cosas que están por sí mismas inmovilizadas, dice el artículo 2314 del CC, mientras que hace a la esencia del agua fluir de un lugar a otro. Lo inmóvil es su continente. También en la naturaleza muchas cosas tienen la ductilidad de pasar de ser muebles a inmuebles y viceversa, a veces por la acción del hombre, como cuando se extraen ciertos minerales del suelo, o cuando por su propio ciclo vital, el ganado al perecer puede formar parte del suelo. Pero el agua es extraordinariamente cambiante, yendo y viniendo de esas categorías, sin transformarse, como sí se descompone un animal que no podrá renacer por sí mismo, así como sí resurge el agua luego de la evaporación. A ello se suma la propia naturaleza consumible y su comportamiento cíclico, es decir que, aunque no es del todo así, se puede decir que es la misma agua la que pasa de un estado a otro, de ser inmueble a mueble y de pública a privada, volviendo sobre sus pasos, desapareciendo y resurgiendo en otros lados.

No le es ajeno esto a Marienhoff<sup>4</sup> que logra zanjar esa observación planteando una diferencia ante la pregunta de si el agua puede ser objeto de derecho de propiedad, aclara que no se refiere la pregunta a la condición jurídica de las distintas clases de agua sino a su posibilidad física de serlo, para lo que distingue entre aguas marítimas, aguas estancadas y aguas corrientes, sirviéndose de nuevo un poco del concepto de continente para facilitarse el razonamiento. En ese sentido, se ocupa de desglosar también el análisis diferenciando entre agua corriente propiamente dichas (la cuestión de las aguas estancadas y las marítimas, como aclaré, las resuelve fácilmente porque pueden ser limitadas por sus cauces) de los cursos de agua (*acqua profluens*, para los romanos), ya se trate de un río (*flumina*) o de un arroyo (*rivo*). Con esta disquisición, el curso de agua le resulta fácilmente objeto de propiedad, contra opiniones, que ya conoce, en contrario, porque se componen de lecho (continente) y el fluido que sería estable en cuanto a “volumen de agua contenido y siempre idéntico”. Para dejar más clara su opinión expresamente dice “igualmente estimo que se yerra cuando se sostiene que los cursos de agua no pueden ser objeto de propiedad, porque ésta supone un cuerpo cierto y determinado sobre el cual ejercerse, *mientras que las partículas líquidas no tienen tales caracteres*, puesto que, dada su movilidad, *tan pronto están en una parte como luego se van o desaparecen, para después surgir quién sabe dónde*. Bien se ha dicho que la renovación perpetua del caudal de un curso de agua no es obstáculo para su propiedad <pues todos los seres se renuevan sucesivamente y se transforman durante su vida asimilándose unas substancias y perdiendo otras, sin que hasta ahora hubiese ocurrido a nadie preguntar si la sustitución de sus partes altera los derechos del propietario>”, citando en esta última parte a Colmeiro<sup>5</sup>.

Así comienza a sostener su pensamiento en opiniones que, según mi punto de vista, hoy ya quedan superadas, como aquella de Huber que, “apoyándose en construcciones matemáticas, alega la existencia de un volumen delimitado que en toda época se halla en el curso de agua

---

<sup>3</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1939, pág. 51.

<sup>4</sup> Véase MARIENHOFF *Ob. cit.*, pág. 83 y ss.

<sup>5</sup> MARIENHOFF, *Ob. cit.*, pág. 88.

(recuerdo los problemas con los ciclos de agua en la pampa húmeda y sus períodos de sequías e inundaciones y la cantidad de arroyos hoy desaparecidos, también por causas absolutamente antrópicas como la construcción de represas, no por ello inválidas para desacreditar los términos absolutos en que Marienhoff sostiene su teoría) y termina con una improponible comparación entre el agua y la legión “que es siempre la misma, a pesar de la muerte que diezma los soldados, luego sustituidos por otros” o el pueblo “que es hoy lo que era hace cien años, a pesar de que no subsista ningún individuo de épocas anteriores”<sup>6</sup>.

Una vez demostrado para Marienhoff que las aguas pueden ser físicamente objeto de propiedad, la distinción del régimen dominial que le corresponda sería una cuestión de política legislativa, remarcando que no existen, para él, bienes que integren el dominio público por su naturaleza, sino por afectación legal<sup>7</sup>. Entonces podemos pasar a sumar, algunas observaciones sobre las dos categorías dominiales a las que se dividirían, según nuestro autor, las preferencias legislativas de los diversos estados.

Para plantear el tema de la propiedad privada debo recordar algunas cuestiones esenciales a su concepto y a sus formas. Respecto a las formas, y aprovechando la presencia de Alessandra Di Lauro, cito al italiano Salvatore Pugliatti que planteó el tema de “la propiedad y las propiedades” para referirse a este tema de los distintos modos de ejercer el derecho de propiedad sobre diversos objetos. Aunque también debo reconocer que el mismo Marienhoff cita algunos predecesores como el español Manuel Colmeiro (“todas las cosas se poseen de distinto modo, cada una según su naturaleza”, pudiendo entonces para él hablarse de las aguas corrientes como una propiedad modificada) y el francés M. Championnière (para quien el ejercicio es variable y sigue la naturaleza y utilidad de la cosa)<sup>8</sup>. Sin embargo, en cuanto al concepto, no deja de ser, para los autores citados, ambos cercanos en el tiempo a la sanción del Código francés y, por ende con aquella visión absoluta del derecho de propiedad (que emana también de nuestro texto constitucional de 1853 y de la redacción del Código Civil original y que, sostuvo Marienhoff a lo largo de su producción jurídica que llegó casi a nuestros días), un derecho exclusivo y propio de obtener de una cosa toda la utilidad de que ella es susceptible. Por aquella época todos los autores, incluso Vélez, se basaban en el desarrollo de Proudhon, para quien la propiedad sostenida en la idea de apropiación exclusiva convertía al propietario en el mejor garante de la conservación de la cosa con el fin de transmitirla a sus sucesores. Así los propietarios pasaban a ser la clase privilegiada en relación a los no propietarios, por el fin social que el ejercicio de su señorío tenía en el desarrollo de la comunidad. De ahí también su preferencia a la hora de las decisiones gubernamentales. En la visión crítica de Paolo Grossi, se trataba de una propiedad construida sobre la idea del “tener”, de poseer las cosas excluyendo al resto de las personas de cualquier tipo de determinación ya que la propiedad estaba protegida y privilegiada como un derecho natural<sup>9</sup>. Códigos civiles que siguiendo el modelo francés van a estar, como dice Rémoud-Guilloud, “infectados de materialismo”<sup>10</sup>.

Acá querría recordar que en el mismo libro que estoy teniendo de guía, Marienhoff preanuncia la crítica a este sistema de apropiación privada de las aguas cuando plantea que

---

<sup>6</sup> MARIENHOFF, *Ob. cit.* pág. 89.

<sup>7</sup> MARIENHOFF, *Ob. cit.* pág. 104.

<sup>8</sup> Citados en pág. 88 y ss. de esa obra.

<sup>9</sup> Ver GROSSI, Paolo, *Un altro modo di possedere*, Giuffrè Editore, Milano, 1977, pág. 8. Ello no debería sorprender, porque siguiendo el razonamiento del autor, la pérdida al inicio de la edad moderna de toda referencia a la divinidad, hizo del individualismo un nuevo culto que llegó a la exasperación. En la idea proudhoniana, el propietario se diferencia del resto de los mortales y se convierte en modelo para la sociedad. Según Grossi, Proudhon usa un lenguaje fiel a las convicciones de su tiempo: conformado por una parte de confianza en las virtudes taumatúrgicas del verbo “tener” y en el progreso realizado bajo el emblema del individualismo económico con una desconsideración total al problema de la distribución de los bienes, o como se dice ahora, de la riqueza.

<sup>10</sup> RÈMOND-GOUILLOUD, Martine, *Du droit de détruire*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989. pág. 15.

ciertos problemas jurídicos aparecerán, en este país despoblado, con el crecimiento de la población, soslayando el tema de la escasez del recurso<sup>11</sup>.

Es cierto que luego surgen las tendencias superadoras de esa propiedad absoluta que podrían regular o limitar el derecho privado, en base a un interés común, aunque no creo que puedan llegar al punto de consumir también el contenido de tal derecho. Y el juego de palabra es a propósito porque siendo el agua una cosa consumible y a la vez esencial a la vida, difícilmente la propiedad privada resistirá los embates de la cada vez mayor demanda. Pensemos en cuestiones prácticas más evidentes ahora que la geología y las ciencias en general nos explican como funciona la naturaleza. ¿Cómo puede hacerse efectivo un derecho de propiedad sobre fuentes surgentes en un fundo pero que se refieren a aguas subterráneas y hasta cuánto se puede limitar esa propiedad en interés común, cuando otros -estado o particulares- pueden succionar agua de la misma capa freática? ¿Cómo puede reconocerse un derecho de propiedad aunque sea de uso sobre el agua del subsuelo cuando el recurso es cada vez más escaso, la tierra se subdivide más y más, y más sujetos pueden gozar o necesitar la misma agua?

Hasta el mismo Marienhoff reconocía una obligación de derecho natural, un deber humano para el propietario, el de aceptar que todos los que necesiten agua para su existencia la tomen de sus propiedades<sup>12</sup>. Una visión hoy ya fuera de contexto histórico en cuanto a la imagen, aunque no en cuanto a su contenido, por lo que le he pedido a María de las Nieves Cenicacelaya que aborde el tema del derecho humano al agua<sup>13</sup>. Pero Marienhoff negaba que tal derecho pueda alcanzar, como reconoce que lo hacían los diversos ordenamientos, al derecho de abrevar ganado. Éste, como el uso agrícola y tantos otros, hoy posiblemente serían fácilmente garantizables con nuevos derechos humanos, en concreto, el derecho al desarrollo.

La crisis debida a la escasez, aunque me gustaría no olvidar el tema de la calidad y la contaminación que no puede escindirse y puede ser, incluso más grave, ha obligado a hablar de hipótesis de conflicto también entre los Estados. Si bien el tema lo va a tratar el profesor Tello, lo cito en este punto porque mientras pensaba el Curso y mi exposición, tuve la oportunidad de encontrar un libro reciente de Vandana Shiva que plantea el problema actual del agua bajo el título de *Las guerras por el agua*. Más allá que el título verdaderamente se adapta de lleno al estilo de nuestros cursos, que pretenden encontrar puntos de conflictos políticos y económicos entre los estados y sus repercusiones en el derecho, sus categorías y sus términos, también coincido con muchas críticas que realiza al modelo apropiativo.

Lo que me sorprende es que la autora crea que eso puede solucionarse con el sistema de aguas públicas, especialmente cuando todas las multinacionales y grandes empresas que, como dice la autora, imponen una lógica de mercado para un bien que no debería ser tratado como una mercancía cualquiera, obtienen el agua a través de concesiones estatales. No es jurídicamente correcto decir, a pesar que sí es la lógica propietaria o apropiativa la que está detrás, que “los sostenedores del libre comercio del agua ven al derecho de propiedad privada como única alternativa respecto a la propiedad estatal y al mercado libre como único sustituto de las reglamentaciones burocráticas sobre los recursos hídricos”. No poseen, estas empresas concesionadas, un derecho de propiedad en el sentido de nuestro derecho de dominio. Pero la naturaleza del bien es lo que hace que una vez que se obtiene la concesión del agua extraída de sus fuentes naturales, el agua (bien mueble según las teorías clásicas) y a través del suministro y posterior consumo, termina comportándose como un bien apropiado, gozado y consumido. Por lo que tampoco puede hablarse, como hace la autora citando a William Blackstone, de un derecho

---

<sup>11</sup> Ver, por ejemplo, pág. 105.

<sup>12</sup> MARIENHOFF, *Ob. cit.*, pág. 93 y ss.

<sup>13</sup> ALLENDE, Guillermo, *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1971. Allende recuerda que el artículo 78 de la Constitución del Chubut, a la época en que escribía, establecía que “el derecho natural de usar el agua para bebida de las personas, necesidades domésticas o abrevaderos, queda sujeto a los reglamentos generales”.

de propiedad temporáneo y transitorio de carácter usufructuario ya que para que haya usufructo no puede haber consumo del objeto de tal derecho<sup>14</sup>.

Si hace al dominio público la inalienabilidad, y si la condición de dominio público, así como se obtiene por afectación se pierde por desafectación, que en nuestro sistema es legal, ¿cómo puede justificarse que el agua pueda pasar de manos a privados concesionarios y consumidores?

Es cierto que el origen del dominio público, como sostiene Marienhoff en su libro sobre el tema, es el de extraer los bienes de interés para la comunidad basándose en dos criterios, el de uso común y de vigilancia de la autoridad<sup>15</sup>. ¿Pero puede sinceramente gestionarse con el mismo régimen una plaza o camino que pueden permanecer en el tiempo sin que el uso los agote y el agua que queda desafectada, sin decisión legal, al ser consumida, evaporada, transportada o por quien sabe cuántas otras condiciones de hecho degradada o perdida?

A propósito son interesantes las campañas que comentará Cenicacelaya sobre la gestión del agua en una lógica no privatizante, como también resulta clarificante *La piccola guida al consumo critico dell'acqua*, llena de ejemplos positivos de gestiones municipales públicas en contraposición a la gestión privada y el desarrollo de publicidad que, lejos de ofrecer información, la distorsionan con una idea consumista favorable a los intereses económicos de las empresas del agua que operan, generalmente, en un mercado fuertemente concentrado.

También Vandana Shiva denuncia los distintos usos, que pueden realizarse tanto bajo la lógica de la propiedad privada como bajo la lógica de las concesiones otorgadas por el Estado, los que están “convirtiendo la abundancia en escasez”. No se trata, dice, de un consumo incrementado por el aumento de la población, sino fundamentalmente por lógicas irracionales impulsadas por modelos de producción concebidos en una lógica capitalista de producir riqueza por la riqueza misma. Desarrollo forestal incentivado, elección de árboles de crecimiento rápido con alto consumo de agua, riego agrícola, uso del agua para la minería exigen más consumo, a la vez que otras actividades van incrementando la degradación del recurso.

Los estados actúan, muchas veces, como cómplices de los negocios privados y víctimas del poder de las multinacionales más que como reguladores de los intereses en juego y custodios de los más débiles. Por eso le he pedido a la doctora Morales Lamberti que con su sagacidad y capacidad de análisis afronte el tema.

Pero también debemos sumar otro argumento, al menos en base a nuestro derecho positivo. Un nuevo atentado a la unidad de gestión del recurso que demuestra que ni siquiera contemplar las aguas en su totalidad como públicas les puede uniformar su régimen, está dado por el artículo 2339 del Código Civil que las pone en cabeza de las provincias en las que se encuentran. Es decir que tenemos que considerar el problema de la interjurisdiccionalidad que no parece poder solucionarse ni siquiera con la nueva idea de los presupuestos mínimos de protección ambiental ni la ley dictada, en consecuencia, por el Congreso, Ley N° 25.688. Sin entrar en detalles, recordemos el paradigmático caso del Río Atuel, *leding case* que no logró resolver el problema de la distribución del agua de ese Río y de su cuenca entre Mendoza y La Pampa y que pone permanentemente en crisis el sistema institucional argentino gracias al sólido argumento que la dominialidad -esta vez pública- le da a Mendoza para decidir un recurso escaso, por la ley y por el consumo provincial sin considerar las necesidades de desarrollo de La Pampa ni las necesidades de los vecinos de ésta. De nada parece haber servido entonces la incitación de la Corte a lograr un acuerdo interprovincial que, si bien se ha celebrado, por este tiempo La Pampa denuncia su incumplimiento. Incumplimiento que el tiempo opera a favor del consumo mendocino y el incremento de los perjuicios pampeanos lo que ha provocado la

---

<sup>14</sup> SHIVA, Vandana, *Le guerre dell'acqua*, Feltrinelli, Milano, quarta edizione, 2007. pág. 34.

<sup>15</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Tratado del dominio público*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, pág. 27.

presentación de una nueva causa, esta vez orientada a los reclamos de los daños colectivos, ambientales y de la comunidad pampeana empobrecida.

No sé si Vandana Shiva ha caído inconscientemente en la trampa de quienes reducen el planteo de las categorías jurídicas entre dominio privado y dominio público, ya que también ella hace rápidas menciones a las *Institutas* de Justiniano<sup>16</sup> y a la concepción romanista y luego feudal para las que por ley natural son comunes a toda la humanidad el aire, el agua dulce, el mar y sus orillas. Como también recuerda que en su país, la India, estos bienes junto al espacio y la energía no pueden ser objeto de derecho de propiedad, o la Sharía, que reconoce un derecho de las personas al agua.

Lo define como bien común y apela a una especie de democracia ambiental para gestionar ese bien común e incluso llega a plantearse un límite a los derechos de los estados, por lo que me parece poder entender que pretende una categoría bastante distinta al clásico dominio público.

Es también cierto que para Marienhoff el dominio público usa el término dominio simplemente para identificar las cosas de utilidad común, como cosas públicas, sin una connotación que lo identifique con el derecho real de dominio privado que existe para las mismas<sup>17</sup>. Pero ello es difícil de conjugar con un sistema, al menos el argentino, donde el Estado gestiona por sí solo estos bienes pudiendo otorgar concesiones y permisos sin ningún control de la comunidad que, en las mismas ideas de Marienhoff debería ser la verdadera titular del bien, aunque recuerda para eso la definición moderna que diera Pardessus quien por primera vez utilizó la locución para indicar la categoría de bienes del Estado no pertenecientes al dominio privado del mismo, y sometida a un régimen especial que las trata como cosas inalienables e imprescriptibles.

Todavía habría que agregar la cuestión del *orden público*. Porque para quienes sostienen la dualidad público-privado, de caber el orden público en materias de agua, sólo esta categoría conceptual llegaría a cubrir las normas que regulan a las aguas públicas, con el cierto detrimento de los derechos al agua para aquellos privados que quedarían a merced del titular del recurso en el caso que este corresponda a un privado ya que las normas privadas podrían considerarse derogables por la voluntad de las partes. Pero en este punto en que estamos criticando al sistema de dominio público y el modo de ejercerlo casi como si fuera una posesión personal de los detentores del poder, más que tratarse de un eufemismo para referir a la titularidad del pueblo y al destino de servir a éste, tenemos ejemplos concretos en que el Estado ha decidido sobre el agua sin considerar el carácter de verdadero bien colectivo que tiene, y hasta ha pactado con otros entes públicos en detrimento del agua, de su calidad y de todos los fines que pueda realizar para la población circundante, abrogándose la disponibilidad, como representante del pueblo, de derechos que, en una vinculación de esencialidad tienen como verdadero titular a cada miembro de la colectividad<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> *Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc: aer, aqua profluens, et mare et per hoc littora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis, et monumentis et ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut et mare.* Libro Segundo, Título I, parágrafo I, tomado de Instituciones de Justiniano, Edición bilingüe, con nota previa de Ortolán, Atalaya, Buenos Aires, 1947, p.81.

<sup>17</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de dominio público*, pág. 30.

<sup>18</sup> Así, la Sala III de la Cámara Federal platense en sentencia recaída el 3/10/06 en autos "Municipalidad de Berazategui c/Aguas Argentinas S.A. s/Ordinario" dijo: "Las afirmaciones de la Corte Suprema son de estricta lógica. En efecto, el art. 41 de la Constitución Nacional establece que "todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano...". De tal manera, los titulares del derecho son una cantidad actualmente indefinida de personas y, por ello, sin bien existen diferentes posibles legitimados para accionar por el derecho en juego, ninguno en particular puede incorporar a su patrimonio, ni al haz de los derechos que les corresponden *qua individuo*, una potestad evidentemente genérica y difusa, o sea que la legitimación para accionar, en este tipo de situaciones, no se confunde con la titularidad del derecho.

Estas razones valen, *a fortiori*, cuando se trata de las administraciones estatales, en el caso, la municipal. En tal orden de ideas, recordemos que la disposición del art. 841, inc. 1° y 2° C.C. han sido interpretadas diciendo que "Respecto de la prohibición que sienta el art. 841 del Código Civil, con relación a las personas jurídicas de carácter

Llamativamente Marienhoff al decir que puede recaer en esta categoría cualquier bien siempre que pueda tener la aptitud necesaria o que reúna las características para cumplir las finalidades que motivan la institución dominial, rechazando así observaciones como las que hice arriba basadas en la distinta calidad de las cosas, agrega que “acertadamente se dijo que el dominio público se ejerce sobre bienes idénticos a aquellos sobre los que se ejerce la propiedad privada”<sup>19</sup>, a la que hemos ya dedicado algunas consideraciones para rechazar la posibilidad de alcanzar al agua como objeto de derecho.

Lo más interesante de su tratado, a nuestros fines, es que, rechazando las opiniones de quienes sostienen que los bienes muebles no pueden integrar el dominio público, considera que ello es así sólo tratándose de cosas consumibles o fungibles. Así expresamente dice: pero el régimen especial del dominio público requiere que los bienes o cosas que lo integran físicamente presenten o tengan un “relativo” carácter “permanente” o “irreemplazable”; de no ser así, no se justificaría ese excepcional y severo régimen legal. Por eso las cosas “consumibles” y las “fungibles” no pueden revestir carácter dominial. Las cosas consumibles no ofrecen carácter “permanente”; las cosas fungibles no tienen calidad de “irreemplazables”<sup>20</sup>.

Antes dije que el mismo Marienhoff reconocía algo así como un derecho natural al agua, allí, aunque sea en forma limitada reconoce la posibilidad de hablar de otras categorías: “Championnière estima que es un deber humano, una obligación de derecho natural, dejar que todos los que lo necesiten tomen ese elemento de existencia y de vida que la naturaleza produjo en tan gran abundancia; y que en ese sentido, pero en él solamente, es exacto decir que el agua pertenece a todos, que la naturaleza la ha distribuido a todos y que nadie puede apropiársela exclusivamente. Por eso se dijo (ahora citando a Laurent) que el agua, como elemento, no es susceptible de apropiación”<sup>21</sup>.

Incluso, algunos años después, ya en su *Tratado del dominio público* al hablar del aire, reconoce que ambos recursos serían (aunque para él, solo para “ciertas relaciones”) *res communes omnium*<sup>22</sup>.

Entonces creo suficiente lo dicho para desacreditar la idea de que el agua pueda constituir objeto de un derecho de dominio, considerando al agua bien mueble o inmueble, en tanto que para que exista dominio, además de la imprescindible sumisión del bien a la persona del titular,

---

público, se ha subrayado que es menester verificar si actúan en su condición de poder público, o simplemente como personas jurídicas. Cuando la Nación, las provincias y las municipalidades obran en el aludido carácter de poder público, las mismas están inhabilitadas, en principio, para celebrar transacciones, porque por lo mismo que ellas gestionan en esa calidad bienes y asuntos de interés colectivo y que están fuera del comercio, toda transacción es imposible, de acuerdo con la regla general establecida en el artículo 844 del Código citado" (v. Augusto M. Morello, Guadalberto Lucas Sosa y Roberto Berizonce, "op cit., pág 71)." Ver toda la sentencia (publicada en <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00015411.Htm>) para entender mejor la renuncia de derechos que se pretendían realizar en ocasión de un acuerdo conciliatorio que la Cámara deniega y que estaba vinculado con la construcción de la planta de tratamiento de residuos cloacales que desaguan en el Río de la Plata y los daños colaterales al ambiente y al Municipio.

<sup>19</sup> MARIENHOFF, *Tratado de dominio público*, pág. 88.

<sup>20</sup> MARIENHOFF, *Tratado de dominio público*, pág. 95 y ss.

<sup>21</sup> MARIENHOFF, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, pág. 88.

<sup>22</sup> Decía a p.572: “Sería un grave error creer que el aire, para todo tipo de relaciones, constituye una “*res communes omnium*”. Igual error se cometería si se creyera que el “*agua*” pertenece a todos y que nadie pueda apropiársela en forma exclusiva. Así como el “*agua*” pertenece a todos los hombres –“*res communis*”- al único y sólo efecto de que apaguen su propia sed, utilizándola como producto natural indispensable y fundamental para la vida, así también el aire pertenece a todos los hombres en calidad de “*res communis*” al solo y único efecto de que éstos lo aspiren y satisfagan una necesidad vital impostergable. Para todos los demás efectos el aire no constituye una “*res communis*” sino un bien dominial o público, siguiendo así la condición jurídica del *espacio* que lo contiene. Por eso, con exclusión del aire necesario para la vida humana –“*res communes omnium*”-, todo el contenido del espacio aéreo sigue la condición jurídica de éste: dependencia del dominio público, siendo su uso regulable por el Estado tal como acaece con cualquier otro bien perteneciente al dominio público”.



es necesario que quede incluido el *usus* como también el *fructus*<sup>23</sup>. Si bien para mí es suficiente esta caracterización para descartar el agua como objeto del dominio público, respondiendo a quienes entienden que en ese caso el dominio se usa en otro término y lo que en realidad sucede con las aguas públicas es una exclusión del régimen de apropiación privada para conceder universalmente el uso pero no el dominio a los particulares, reitero lo dicho respecto a que el uso en el agua es generalmente consuntivo y agota en sí al bien. Como también tengo que recordar que el uso puede degradar el bien, operándose una confusión entre la clásica división de los usos comunes y especiales que es propia de los bienes públicos, ya que en el caso del agua los usos comunes pueden terminar impidiendo el destino normal de la misma para el uso también común del resto de la colectividad por contaminación. Por todo esto agregó que debo negar, junto a la posibilidad de que el agua sea objeto de dominio, que lo sea de cualquier otro derecho de propiedad, como puede serlo un derecho concesionado de uso -común o especial-, tal como el previsto en carácter de excepción para las aguas subterráneas que, luego de su declaración como públicas, consienten en virtud del nuevo texto del inciso tercero del artículo 2340 del Código Civil, el derecho *regular*<sup>24</sup> del superficiario a extraerlas *en la medida de su interés*, que, por cierto, no ha sido especificado.

Vale la pena recordar que antes de nuestro Código Civil, en nuestro derecho se contemplaban aguas bajo la categoría de *res communes*. Por lo que es bueno buscar entre los antecedentes históricos las características de esta otra categoría no por creer que sea esta la que sí se adapte al régimen del agua, pero como ejercicio de diversificar las posibilidades y no encerrarse en una disyuntiva exagerada que gire sobre la opción aguas públicas o aguas privadas.

Entre los antecedentes es interesante notar que, por un lado, en el derecho indiano las cosas comunes provenían de una concepción indígena que tenía sus propias particularidades, pero, por el otro, en el derecho romano existió y hasta puede decirse que no estaba claramente diferenciada de las *res publicae* por lo que no es del todo incorrecto imaginar que cuando algunos autores contemporáneos piensan en el agua como del dominio público, lo hagan entendiendo que éstas lo son por los mismos fundamentos que otros podrían considerarlas *res communes*, algo similar al interés general.

Allende recuerda que Pedro Somellera enseñaba en 1823, en la recientemente fundada Universidad de Buenos Aires que las cosas “unas son comunes, otras públicas, y otra de los particulares. Las primeras son aquellas cuyo uso es común a todos los hombres, y la propiedad de ninguno: tales son el aire, la luz, el agua corriente, el mar y sus riberas. La absoluta necesidad que de estas cosas tiene el género humano, su extensión, su magnitud e inacababilidad, hacen que sea común su uso, y que no sean de la propiedad de ninguno, o lo que es lo mismo, que sean de la propiedad de todos, sin que pierdan esa calidad”<sup>25</sup>. Valga ésta como una primer demostración de lo que llegaba como tradición a nuestro país apenas independiente y como se enseñaba el régimen dominial antes de la aparición de nuestro Código Civil.

Pero es Alberto Spota quien en su magnífico tratado nos explica con más exactitud los antecedentes de esta categoría. Las cosas serían en el derecho romano comunes por su propia naturaleza y su imposibilidad material de ser apropiadas (los astros, la luz solar, el mar, etc.) lo que las constituía en cosas sin valor económico ni jurídico. A esto se acoplaba la idea de extrema abundancia. De acuerdo a su visión, para los romanos estas mismas cosas eran

---

<sup>23</sup> *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy- PUF, Paris, 2003, bajo la dirección de ALLAND, Denis y RIALS, Stéfhane. Ver la voz *domaine publique*, pág. 407.

<sup>24</sup> Palabra compleja a fin de entender el sentido de la reforma ya que, para empezar, no es sinónimo, como creen algunos, de racional y respecto a la gestión de los recursos y, para seguir, porque se trata de una palabra de muchos significados dados por la Real Academia dentro de los cuales, si bien existe el que prefiero, “ajustado y conforme a las reglas”, es decir, conforme a derecho, también está “uniforme, sin cambios grandes o bruscos” que, entendiendo la lógica de la reforma, observada como expropiatoria, podría entenderse en el sentido que se mantienen los usos del agua preexistentes en la cantidad, sin cambios bruscos, de cómo se venía consumiendo.

<sup>25</sup> ALLENDE, Ob. Cit., pág. 128.

naturalmente inmutables. Así, Spota recoge un párrafo de la *Enciclopedia Giuridica Italiana* en el que se lee “por su esencia, según el orden inmutable de la creación, han sido, son y serán siempre comunes a todos por su intrínseco destino: tales son el aire, la luz, el calor, el mar, el agua corriente considerada en sí misma e independientemente del camino que recorre y del álveo en el cual está comprendida”. Entre las citas que hace, tratando de describir la situación particular por la que los conceptos no son absolutamente terminantes, por lo que no resulta fácil distinguir las cosas comunes de las públicas, dice que las *res communes* serían libres a la comunidad de todos los hombres y apropiables por partes. Entre los citados, se halla Marciano, para quien las cosas eran comunes “por derecho natural”. Las cosas comunes eran conceptualmente distintas a las *res nullius* porque eran por naturaleza inapropiables<sup>26</sup> correspondiendo, a todos, sólo su uso. Cuestión que, aunque obvia, vale la pena remarcar ya que con los avances de la civilización y la tecnología cambió, diría para cada uno de los casos antiguamente contemplados. Como también es cierto que ha cambiado radicalmente la idea de inagotabilidad del agua respecto al avance de los desarrollos económicos y del uso extremadamente irracional que se hace de ella.

Las cosas públicas serían susceptibles de apropiación, pero el Estado las reservaba para su utilidad general. De allí, que las playas pudieran recaer en esta categoría porque eran humanamente poseíbles, así como luego se va a distinguir entre mar territorial, donde el Estado puede extender un manto de protección y cuidado y alta mar, cosa común<sup>27</sup>.

Siguiendo a Bonfante, “el concepto fundamental del derecho romano clásico es claro (...) El uso de las aguas públicas para beber o abrevar, para la pesca y para la irrigación debe ser libre a todos y debe ser evitado el *abusus* que es inherente al concepto de la propiedad privada. Inherente al concepto de la propiedad privada lo entendemos no ya en el sentido vulgar y moderno del abuso, que implica algo de excesivo, aun de destructivo y culpable, sino en el sentido del derecho romano, en el cual significa el consumo y el agotamiento de la cosa sólo por un uso doméstico”<sup>28</sup>. Es aquí donde la idea de agua pública se asocia al interés por su conservación en cantidad -no sé si puede decirse lo mismo en relación a la calidad- y donde quienes pretenden reconocer un interés general para satisfacer una necesidad natural identifican el agua con el dominio público.

No es la intención aquí la de agotar todas las vicisitudes por las que han pasado esas categorías jurídicas y los profundos cambios que surgieron luego de la caída del imperio romano respecto al régimen dominial de los mismos bienes a que ellas se referían en aquella época.

Si querría terminar de evocar la obra de Spota, justamente para recordar otra fuente más de la que se nutrió el régimen de las cosas comunes en el derecho indiano. Me refiero al sistema indígena al que hace referencia particularmente considerando el *ayllu* incaico y el *callpulli* azteca. En estos sistemas colectivistas o, como él llama, comunistas de tierras y aguas el Inca, que era el dueño supremo de ellas, las disponía, previo empadronamiento, distribuyendo las aguas bajo un sistema riguroso para que alcanzaran a todos.

Con la conquista, el rey español se consideró heredero de los incas y otros reyes indios y las aguas -junto a los montes y los pastos- pasaron a considerarse bienes realengos. Mandando el monarca español a proseguir con el sistema indígena en el reparto de las aguas. Así, Carlos V dispuso en 1541 que “Nos, hemos ordenado, que los pastos, montes y aguas sean comunes en las

---

<sup>26</sup> En cambio: “Las fieras, las aves, los peces y todos los demás animales que pueblan el mar, el cielo y la tierra, en el instante mismo en que por alguno son aprehendidos, éste les hace suyos por derecho de gentes: porque lo que no es de nadie, la razón natural lo concede al primer ocupante. No importa que las bestias fieras y las aves hayan sido acogidas en terreno propio o ajeno. Aunque si el dueño de un terreno ve a alguno que intenta penetrar en él para cazar o tender sus redes, puede impedirle que entre” (*Instituciones de Justiniano*, Libro Segundo, Título I, párrafo 12, tomado de la Edición bilingüe, con nota previa de Ortolán, publicada por Atalaya, Buenos Aires, 1947, p.84).

<sup>27</sup> SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho de Aguas*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndes, Buenos Aires, 1941, T.I, las pág.122 y ss. y, en particular, las notas 6, 7 y 8.

<sup>28</sup> SPOTA, Ob. cit. T.I, p.186.

Indias, y algunas personas sin título nuestro tienen ocupada muy grande parte de término, y tierras en que no consienten que ninguno ponga corral, ni buhio<sup>29</sup>, ni trayga allí su ganado: Mandamos que el uso de todos los pastos, montes y aguas de las Provincias de las Indias, sea común a todos los vecinos de ellas, que ahora son, y después fueren para que los puedan gozar libremente y hacer junto a cualquier hucho sus cabañas, traer allí los ganados, juntos, o apartados, como quisieren, sin embargo de cualquier ordenanzas, que si necesario es para en quanto a esto las revocamos, y damos por ningunas y de ningún valor y efecto”<sup>30</sup>. Pero ya algunos años antes (1526), el mismo monarca, había establecido que “Ordenamos que la misma orden que los indios tuvieron en la división y repartimiento de aguas, se guarde y se practique entre los españoles en quien estuvieren repartidas y señaladas la tierras, y para esto intervengan los mismos naturales, que antes lo tenían a su cargo, con cuyo parecer sean regados, y se de a cada uno el agua, que debe tener, sucesivamente de uno en otro, pena de que al que quisiere preferir, y ocupare por su propia autoridad, le sea quitada, hasta que todos los inferiores a él rieguen las tierras que tuvieren señaladas”<sup>31</sup>.

En el derecho indiano entonces las aguas en su unidad eran consideradas comunes, sean corrientes o no, sean de utilidad para la navegación, como luego muchos van a priorizar, o no. Pero también es cierto que el régimen dominial era el de bien realengo, es decir, de la Corona, y que lo que se está concediendo es el uso de la cosa que ya no es más común en el sentido romanista de inapropiable o de titularidad de todos los hombres.

Sin pretender acá entrar de lleno en la legislación indiana, querría recordar de todos modos, algunos principios que se derivan de la obra de Ambrosio Cerdán y Pontero de 1793, es decir su *Tratado sobre las aguas de los valles de Lima*, que recogía la experiencia del autor como juez de aguas y sus conocimientos sobre la materia y que tuvo una gran trascendencia en su época.

Obviamente, la obra se basa en la concepción jurídica vigente en las colonias por esa época que entendía a las aguas como una regalía de la Corona, la que otorgaba a los súbditos su uso benéfico, equitativamente distribuido en base a una distribución “sabia, justa y prudente”, pero me interesa porque parece ser más alejada de los sistemas dominiales y más atenta a la propia naturaleza del bien.

En reconocimiento a su escasez, el principio de proporción, por el cual se distribuían las aguas en manera proporcional a las tierras beneficiables; el principio de alternatividad, que distribuía a partir de turnos, tandas o mitas, entre los distintos valles como entre hacendados, y previendo turnos especiales para las comunidades indígenas y las compañías religiosas; el principio de economía, se refería a juntar todo lo que se pudiera y usarla en modo debido; el principio de firmeza o respeto a las medidas previstas para la distribución, que mandaba instalar medidas fijas en las bocas de entrada a valles y haciendas para que nadie viole la proporción prevista. Tal vez por una relación con la esencialidad para la condición humana, el principio de “no aceptación de personas” que significaba no favorecer a ciertas clases sobre otras (eclesiásticos, laicos, españoles, indios, etc.). También se reconocía un principio de limpieza, especialmente vinculado a mantener los cauces libre de obstáculos. Mientras que vinculado al gobierno y a la gestión existían principios de base exclusivamente técnica, como el principio de participación de madre e hija por el que el ducto principal no puede llevar menos agua que el secundario o el respeto a una altura determinada para la toma de aguas de un valle y, finalmente

---

<sup>29</sup> Entiendo que sería en español antiguo el bohío, “Cabaña de América, hecha de madera y ramas, cañas o pajas y sin más respiradero que la puerta”, según el Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>30</sup> SPOTA, Ob. Cit., T.I, pág. 274.

<sup>31</sup> SPOTA, Ob. Cit., pág. 280.

el principio de participación comunitaria que favorecía los acuerdos entre las distintas comunidades como también permitían el acceso de a la autoridad o juez de agua para resolver<sup>32</sup>.

De todos modos, la consideración de la fuente indiana que, si bien parte del concepto romanista de *res communes* va a tomar un giro distinto gracias a la inspiración del rey Carlos V de respetar los criterios de distribución indígenas, es fundamental a la hora de plantearse el tema de las nuevas concepciones que deben primar detrás de las palabras. Por lo que también tiene que ver el aspecto cultural y la relevancia que las personas pueden dar a las cosas.

Shiva dice que por un lado están las culturas que ven el agua como algo sagrado, cuya distribución equitativa representa el deber de preservar la vida y la visión de la economía del mercado que ve en el agua una mercancía más. Por ello convoqué a Rosa Chiquichano para que nos de al menos un testimonio de cómo otras culturas conciben el agua en un sentido tan espiritual y profundamente humano. Aunque en el sistema que nos impera, consumista y cada vez más lejano a esos otros tipos de valores no economicistas, la cultura y la razón pueden contribuir a generar nuevos cambios ya que existen ideas que pueden servir en las mismas bases histórico jurídicas que perdieron algo de significación con el liberalismo exagerado que se expandió luego de la revolución francesa.

Creo que el problema de definir un régimen legal para el agua, como para otros bienes ambientales pasa por entender el objeto del que estamos hablando. No es sólo un problema de su ciclo y del paso de una categoría dominial a otras, también tiene que ver con la finitud y la necesidad de preservar su calidad. Al mismo tiempo que se requiere constante información sobre sus usos y los modos en que éstos pueden afectarla.

Vandana Shiva pone frente a frente el derecho humano a percibir agua limpia o potable y la libertad de contaminar que, al final y aunque no sea en modo expreso, se termina reconociendo a los grandes usuarios del bien. Siempre me impactó el libro, pero quizá más el título con que lo coronó su autora, Martine Rémond-Gouilloud, *Du droit de détruire*. En el mismo, se cuestiona tanto los sistemas propietarios privados basados en la exclusividad, como su reflejo en los modelos públicos<sup>33</sup>. Con la metáfora “el derecho es una selva de símbolos” la autora se refiere a la confusión entre *res communes* y *res nullius*<sup>34</sup> las que entran en crisis cuando se quiebra el mito de la abundancia. El principio contaminador-pagador refleja más que ninguna categoría la idea que el derecho tolera la destrucción de los ecosistemas. En definitiva, parece que las categorías jurídicas creadas por el hombre son instrumentales, hasta ahora, a la concepción del señorío de éste sobre la naturaleza.

Por eso, sintetizando la caracterización del agua, lo que puede contribuir a fijar los principios básicos para su régimen jurídico, Vandana Shiva dice que el agua:

- 1) es un don de la naturaleza,
- 2) es esencial para la vida
- 3) interconecta la vida,
- 4) debe ser gratis para el sustento,
- 5) es limitada y, por ende, agotable,
- 6) debe ser conservada,
- 7) es un bien común,
- 8) nadie tiene derecho a destruirla y
- 9) no es sustituible.

---

<sup>32</sup> DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio, *El derecho de aguas indiano según Ambrosio Cerdán y Pontero*, Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”, N° 30, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 75 y ss.

<sup>33</sup> RÉMOND-GOUILLOUD, Ob. Cit., pág. 123 y ss.

<sup>34</sup> RÉMOND-GOUILLOUD, Ob. Cit., pág. 107.

Creo necesario abrir este debate para abandonar los criterios clásicos, nacidos más desde las clasificaciones en categorías teóricas que en el estudio de la realidad en base científica, y avanzar así en estudiar la posibilidad de que el ordenamiento jurídico reconozca en el agua, como posiblemente en otros bienes de la naturaleza, esa propia condición.

Así se podrá pensar una legislación de los bienes naturales partiendo de la base de un acabado conocimiento científico y técnico de sus leyes y los procesos que los involucran, lo mismo que previendo una gestión superadora de la dicotomía público-privado para concretizar, en sentido contrario, una concepción actual del régimen jurídico de las cosas colectivas que pueda adaptarse a la particularidad de cada una de las cosas de tal naturaleza y a la relación esencial del hombre con ellas. Ello deberá conducir a un régimen de gobierno también nuevo, dinámico, de activa y constante presencia sobre el recurso que gestiona y que, fundamentalmente incluya la participación ciudadana en las decisiones, control y también en la administración misma, bajo un sistema de democracia lo más directa posible. Tal legislación deberá olvidarse del criterio individual y apropiativo para consagrarse a regular meros derechos de uso, distinguiendo entre aquellos directamente vinculados con la vida misma de los otros vinculados al aprovechamiento económico y pautar las preferencias entre ellos, las formas y el *quantum* posibles de los mismos.

## Bibliografía

ALLENDE, Guillermo, *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1971.

CANO, Guillermo

- *Recursos hídricos internacionales de la Argentina*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1979.
- *El derecho de aguas en el anteproyecto de Código Civil*, La Ley, T.7, Secc. Doctrina, p.43.

DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio, *El derecho de aguas indiano según Ambrosio Cerdán y Pontero*, Revista de Historia del Derecho "Ricardo Levene", N° 30, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p.41.

GROSSI, Paolo, *Un altro modo di possedere*, Giuffré Editore, Milano, 1977.

LÓPEZ, Joaquín, *El derecho de aguas en la legislación federal*, Tomo XXVI de Anales, Córdoba, 1987, p.23.

MARIENHOFF, Miguel

- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1939.
- *Tratado del dominio público*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960.

MARTINELLI, Luca, *Piccola guida al consumo critico dell'acqua*, Altreconomia, Milano, 2007.

MATHUS ESCORIGUELA, Miguel (Director), *Derecho y administración de aguas*, Edición propia, Mendoza, 2007.

PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

PIGRETTI, Eduardo, *El Acuífero Guaraní como problema político y social*, en Pastorino, Leonardo (Director), Principios en materia de ambiente y recursos naturales renovables, Universidad Nacional de La Plata y Ediciones Cooperativas, Buenos Aires, 2008, p.25.

RÈMOND-GOUILLOUD, Martine, *Du droit de détruire*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989.

SHIVA, Vandana, *Le guerre dell'acqua*, Feltrinelli, Milano, quarta edizione, 2007.

SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho de Aguas*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndes, Buenos Aires, 1941.

SZÉKELY, Alberto (Compilador), *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*, Tomo V, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990.

VON DER HEYDE GARRIGÓS, Alejandro, *Breve crítica a las disposiciones sobre aguas en la reforma del Código Civil*, La Ley, T.6, Secc. Doctrina, p.113.